Rette indkomstmodtager
– allokering og fiksering

Til min far og mor

Henrik Dam

Rette indkomstmodtager

allokering og fiksering

FORLAGET THOMSON
GadJura

Henrik Dam
Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering
1. udgave/1. oplag
© Forlaget Thomson A/S, København 2005

ISBN 87-619-1171-2

Omslag: Helle Melberg, København
Sats og tryk: BookPartner, København

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

Denne afhandling er af Det Juridiske Fakultet ved
Københavns Universitet antaget til offentligt
at forsvares for den juridiske doktorgrad.

Forsvaret finder sted fredag den 7. oktober 2005,
kl. 13.00 præcis, i Københavns Universitets Festsal,
Frue Plads.

København, den 15. marts 2005
Vagn Greve, dekan

Forord

Denne afhandling er blevet til i løbet af min ansættelse – først som adjunkt og siden som lektor – ved Københavns Universitet, Det Juridiske Fakultet. Afhandlingen blev indleveret til bedømmelse for den juridiske doktorgrad den 28. maj 2004 og blev den 15. marts 2005 antaget til offentligt forsvar.

En doktorafhandling skal offentliggøres med den tekst, hvori den er antaget. Ændringer kan kun foretages med dekanens godkendelse. Ved indlevering af manuskriptet til trykning er der derfor – når bortset fra korrekturrettelser – ikke foretaget ændringer. Der er af samme årsag alene medtaget litteratur og afgørelser frem til den 1/5 2004.

Ved udarbejdelsen af manuskriptet har jeg haft stor nytte af det danske, skatteretlige forskningsmiljø. Jeg takker alle dem, som gennem årene har taget sig tid til at drøfte mange af de problemstillinger, der har optaget mig. Ikke alle kan nævnes i et forord, men en særlig tak skal lyde til mine nærmeste kollegaer: Professor, dr.jur. Finn Taksøe-Jensen, lektor, ph.d. Rasmus Kristian Feldthusen og lektor, ph.d. Jacob Graff Nielsen. Finn Taksøe-Jensen skal særligt fremhæves, idet han har været en uvurderlig støtte fra den dag, hvor jeg på hans opfordring påbegyndte projektet, og som fagleder i skatteret drog omsorg for, at jeg fik arbejdsro til at skrive afhandlingen.

Sekretær Mette Willer, stud.jur. Mikkel Hansen og stud.jur. Julie Søndergaard Larsen har alle ydet en stor og god indsats i forbindelse med korrekturlæsning og udarbejdelse af registre. Jeg takker dem alle for deres værdifulde bistand.

Statens Samfundsvidenskabelige Forskningsråd har bevilget økonomisk støtte til et 2 måneders forskningsophold i USA.

Endelig vil jeg rette min varmeste tak til min familie og mine venner, som gennem hele forløbet har støttet mig og vist forståelse – selv når hverdagen har været hård for dem.

København, august 2005

Henrik Dam

Indhold

Forord 5

Kapitel I: Introduktion 21
1. Temaet 21
2. Metode 28
2.1 Den matematiske tilgangsvinkel 28
2.2 Studier af fremmed ret 31
3. Afgrænsning 34
3.1 Indkomstforskydning 35
3.2 Indkomst 37
3.3 Selskabsdeltager og selskab 39
3.4 Realitetsgrundsætningen og omgåelse 40
3.5 Grænseoverskridende dispositioner 42
3.6 Sekundære korrektioner 46
4. Formål 46
4.1 Det overordnede formål: Allokering og fiksering af indkomst . 46
4.2 Årsager 47
4.3 Interessefællesskab 48
4.4 Allokering og fiksering – gældende ret 48
5. Systematik 49

1. del: Om allokering og fiksering

Kapitel II: Allokering, fiksering og bærende hensyn 53
1. Formål og systematik 53
2. Terminologi 54

Kapitel III: Allokering og fiksering 56
1. Indledning 56
2. Et traditionelt indkomstbegreb 57
2.1 Den fremkaldte indkomst 57
2.2 Den oppebårne indkomst 60
2.3 Beskatningen 60

3. Indkomstallokering 62
3.1 Indkomst, aktivitet, ophav og modtager 62
3.2 Forholdet mellem ophav og modtager 65
3.3 Selskab og selskabsdeltager 68
3.4 Beskatningen af en allokeret indkomst 69
4. Indkomstfiksering 71
4.1 Indkomst, aktivitet, ophav og modtager 71
4.2 Forholdet mellem indkomstens modtager og ophav 73
4.3 Selskab og selskabsdeltager 76
4.4 Beskatningen af en fikseret indkomst 76
4.5 Om værdiansættelse 78
4.6 Om de såkaldte »korresponderende korrektioner« 80
5. Sammenligning af allokering og fiksering 84
5.1 Ligheder 84
5.1.1 Indkomstforskydning 84
5.1.2 To eller flere skattesubjekter 86
5.1.3 Ikke oppebåret indkomst 86
5.1.4 Dobbeltbeskatning (Sekundære korrektioner) 87
5.2 Forskelle 90
5.2.1 Mindst to (bilateral) eller tre parter (multilateral) 90
5.2.2 Indkomstens modtager og ophav 90
5.2.3 Fremkaldt eller ikke fremkaldt 91
5.2.4 Om dispositionskorrektioner og vilkårskorrektioner 92
5.3 Sammenfatning 94
6. Om afkald 98
6.1 Tidspunktet for afkaldet 99
6.2 Overdragelse af retten til at oppebære en indkomst 100

Kapitel IV: Bærende hensyn 105
1. Indledning 105
2. Den såkaldte marginaleffekt 106
2.1 Beskatningen af fysiske personer og selskaber 108
2.2 Beregning af marginaleffekten 109
2.2 Sammenfatning 113
3. Andre årsager og modsatrettede hensyn 117
3.1 Valg af selskabsform 118
3.2 Forskydning af indkomsten 119
3.3 Modsatrettede hensyn 120
4. De bærende hensyn 121
4.1 Beskatningens principper 121
4.2 Samfundet 122

4.2.1 Det finansieringspolitiske hensyn 123
4.2.2 Det fordelingspolitiske hensyn 123
4.3 Individet 124
4.4 De fælles bærende hensyn 125
4.5 Valget af skattesubjekt 127
4.5.1 Beskatning af den begunstigede 127
4.5.2 Beskatning af den forfordelte 129
4.5.3 Beskatning af den begunstigede og den forfordelte 130

2. del: Interessefællesskabet

Kapitel V: Interessefællesskabet 133
1. Introduktion 133
2. Om interessefællesskab 134
2.1 Parter uden interessefællesskab 135
2.2 Parter med interessefællesskab 136
2.3 Indkomstbeskatningens forudsætning – Parter uden interessefællesskab 140
2.4 Korrektioner med og uden interessefællesskab 142
3. Systematik 144

Kapitel VI: De anvendte begreber 145
1. Indledning 145
2. De gængse begreber 145
2.1 Skatteretlige definitioner 146
2.1.1 Moder- og datterselskab 146
2.1.2 Søsterselskab 147
2.1.3 Koncern 148
2.2 Selskabs- og regnskabsretlige definitioner 150
2.2.1 Moder- og datterselskab 150
2.2.2 Associeret selskab 151
2.2.3 Tilknyttet selskab 152
2.2.4 Søsterselskab 152
2.2.5 Koncern 152
2.3 Sammenfatning 152
3. De »nye« begreber 154
3.1 Direkte kontrol 154
3.2 Indirekte kontrol 154
3.2.1 Indirekte vertikal kontrol 154
3.2.2 Indirekte horisontal kontrol 156
3.3 Sammenfatning 158

Kapitel VII: Det praksisdannede interessefællesskab 159
1. Indledning 159
2. Systematik 159
3. Indkomstallokering 160
3.1 Direkte kontrol 160
3.2 Indirekte vertikal kontrol 162
3.3 Indirekte horisontal kontrol 162
3.3.1 Koncernforbundne selskaber 162
3.3.2 Nærstående og personlige selskabsdeltagere m.v. 163
3.3.3 Fonde og trusts m.v. 163
3.4 Andre former for interessefællesskab 164
3.4.1 Væsentlig eller begrænset indflydelse 164
3.4.2 »Koncernlignende« interessefællesskab 165
3.4.3 Konkret interessefællesskab 167
3.4.4 Fonde, beneficianter og nærstående 167
3.5 Sammenfatning 168
4. Indkomstfiksering 169
4.1 Direkte kontrol 169
4.2 Indirekte vertikal kontrol 171
4.3 Indirekte horisontal kontrol 171
4.3.1 Koncernforbundne selskaber 172
4.3.2 Nærstående og personlige selskabsdeltagere m.v. 172
4.3.3 Fonde og truste m.v. 173
4.4 Andre former for interessefællesskab 173
4.4.1 Væsentlig eller begrænset indflydelse 174
4.4.2 »Koncernlignende« interessefællesskab 174
4.4.3 Konkret interessefællesskab 175
4.4.4 Fonde, beneficianter og nærstående 175
4.5 Sammenfatning 176

Kapitel VIII: Det lovhjemlede interessefællesskab 178
1. Indledning 178
2. Kontrol i henhold til LL § 2 178
2.1 Kontrol eller kontrolleres 179
2.1.1 Koncernforbundne efter LL § 2, stk. 2, jf. KGL § 4, stk. 2 183
2.1.2 Nærstående, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående 184
2.2 Koncernforbundne efter LL § 2, stk. 1, nr. 3 184
2.3 Sammenfatning 185
3. Om ejerskab og rådighed 186

3.1 Begrebet ejerskab 187
3.2 Begrebet rådighed 187
3.3 Om indirekte horisontal kontrol 194
3.4 Om skattemæssigt transparente selskaber som selskabsdeltagere 196
4. Direkte kontrol 201
4.1 Indledning 201
4.2 Ejerskab til kapitalandele 201
4.3 Rådighed over stemmerettigheder 203
4.4 Ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder 204
4.5 Sammenfatning 204
5. Indirekte vertikal kontrol 205
5.1 Indledning 205
5.2 Ejerskab til kapitalandele 206
5.3 Rådighed over stemmerettigheder 208
5.3.1 Serielt indskudte mellemselskaber 209
5.3.2 Parallelt indskudte mellemselskaber 210
5.4 Sammenblandet ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder (serielt indskudte mellemselskaber) 212
5.4.1 Anvendelse af metoden for kapitalandele eller stemmerettigheder 213
5.4.2 Isoleret opgørelse efter hver metode 214
5.4.3 Anvendelse af metoderne for de enkelte led i »kæden« af selskaber 215
5.5 Sammenblandet ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder (parallelt indskudte mellemselskaber) 217
5.6 Sammenfatning 218
5.6.1 Serielt indskudte mellemselskaber – Kapitalandele 219
5.6.2 Serielt indskudte mellemselskaber – Stemmerettigheder 221
5.6.3 Serielt indskudte mellemselskaber – Sammenligning . . . 223
5.6.4 Parallelt indskudte mellemselskaber – Kapitalandele . . . 223
5.6.5 Parallelt indskudte mellemselskaber – Stemmerettigheder 225
5.6.6 Parallelt indskudte mellemselskaber – Sammenligning . 226
5.6.7 Serielt og parallelt indskudte selskaber mellemselskaber – Kapitalandele 227
5.6.8 Serielt og parallelt indskudte selskaber mellemselskaber – Stemmerettigheder 228

5.6.9 Serielt og parallelt indskudte selskaber mellemselskaber – Sammenligning 229
6. Indirekte horisontal kontrol – Koncernforbundne selskaber 229
6.1 Indledning 229
6.2 De koncernforbundne selskaber 230
6.2.1 Koncernforbundne som følge af ejerskab til kapitalandele 231
6.2.2 Koncernforbundne som følge af rådighed over stemmerettigheder 235
6.2.3 Direkte og indirekte horisontal kontrol som koncernforbindelse 237
6.3 Samme kreds af selskabsdeltagere 241
6.3.1 Koncernforbundne selskaber 245
6.3.2 Selskaber, det kontrollerer eller kontrolleres af hinanden 245
6.3.3 Nærstående 246
6.4 Opgørelsen af koncernforbundne selskabers kapitalandele og stemmerettigheder 250
6.4.1 Ejerskab til kapitalandele 250
6.4.1.1 Addition af mellemselskabernes ejerskab til kapitalandele 252
6.4.1.2 Addition af mellemselskabets og moderselskabets ejerskab til kapitalandele 253
6.4.1.3 Addition af selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele 255
6.4.1.4 Sammenfatning 256
6.4.2 Rådighed over stemmerettigheder 258
6.5 Sammenfatning 260
6.5.1 Direkte kontrol 260
6.5.2 Indirekte kontrol 261
7. Indirekte horisontal kontrol – Nærstående, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående 263
7.1 Indledning 263
7.2 Den personlige selskabsdeltager 263
7.2.1 Personer 264
7.2.2 Dødsboer 264
7.3 Nærstående 267
7.3.1 Om definitionen i LL § 16, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3 267
7.3.2 De skatteretlige definitioner 268

7.4 Opgørelsen af personlige selskabsdeltagere og nærståendes m.v. kapitalandele og stemmerettigheder 277
7.4.1 Moderselskabets personlige selskabsdeltagere og deres nærstående 277
7.4.2 Selskabsdeltagerens nærstående og dødsboer efter disse 282
7.5 Sammenfatning 283
8. Indirekte horisontal kontrol – Fonde og truste m.v. 287
8.1 Indledning 287
8.2 Hvilke fonde og truste 287
8.2.1 Indirekte horisontal kontrol – Stiftelsen 288
8.2.2 Koncernforbundne selskaber – Bestemmende indflydelse 289
8.2.3 Forskellenes betydning 290
8.3 Opgørelsen af fonde og trusts (m.v.) kapitalandele og stemmerettigheder 291
8.4 Sammenfatning 292
8.4.1 Personer stifter fonde 294
8.4.2 Selskaber stifter fonde 297
8.4.3 Personer og selskaber stifter trusts 298
8.4.4 Om stiftelse og bestemmende indflydelse 301
9. Fremmed ret 302
9.1 Indledning 302
9.2 Engelsk ret 302
9.3 Amerikansk ret 307

Kapitel IX: Sammenfatning 312
1. Indledning 312
2. Kravet om et særligt interessefællesskab 313
2.1 Det teoretiske udgangspunkt 313
2.2 Praksis uden for anvendelsesområdet for LL § 2 314
2.3 LL § 2 315
2.3 Sammenfatning 315
3. Den lovtekniske udformning af LL § 2 316

3. del: Allokering af indkomst

Kapitel X: Systematik 325
1. Indkomstallokering 325

Kapitel XI: Statsskattelovens §§ 4-6 327

1. Indledning 327
2. Allokering af indkomst 327
3. Sammenfatning 328
3.1 Kapitalgevinster 329
3.2 Kapitalafkast 330
3.3 Anden indkomst, herunder den løbende indkomsterhvervelse . 330

Kapitel XII: Den øvrige skattelovgivning 332
1. Indledning 332
2. Kapitalgevinster 332
3. Formueafkast 335
4. Anden indkomst 337

Kapitel XIII: Praksis 344
1. Indledning 344
2. Systematik 345
3. Vederlag for arbejde m.v. 346
3.1 Forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, der begge er juridiske personer 347
3.1.1 Udskillelse af en del af den indkomstskabende aktivitet 348
3.1.2 Overdragelse af hele den indkomstskabende aktivitet . . 355
3.1.3 Kommanditselskab med kapitalselskab som komplementar 361
3.1.4 Sammenfatning 364
3.2 Forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab 367
3.2.1 Selskabet som lønmodtager 369
3.2.2 Den civilretlige gyldighed 375
3.2.3 Den særlige personlige erhvervsevne – »Substitutionsprincippet« 383
3.2.4 Den selvstændige erhvervsdrivende 390
3.2.5 Sammenfatning 407
4. Formueafkast 412
4.1 Forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, der begge er juridiske personer 412
4.2 Forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab 420
4.2.1 Forfattere og kunstneres royalties m.v. 420
4.2.2 Andre formueafkast 422
4.2.3 Sammenfatning 424

5. Kapitalgevinster 425
5.1 Forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, der begge er juridiske personer 426
5.2 Forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab 428

Kapitel XIV: Sammenfatning 432
1. Teori 432
2. Lovgivning og praksis 433
2.1 Arbejdsindkomst m.v. 435
2.2 Formueafkast 447
2.3 Kapitalgevinster 449
2.4 Konklusion 450
3. Realitetsgrundsætningen og indkomstallokering 451

4. del: Fiksering af indkomst

Kapitel XV: Systematik 459
1. Indkomstfiksering 459

Kapitel XVI: Statsskattelovens §§ 4-6 462
1. Indledning 462
2. Fiksering af indkomst 462
3. Sammenfatning 469

Kapitel XVII: Den øvrige lovgivning 470
1. Indledning 470
2. Gave, arveforskud og arv 471
3. Ophør af skattepligt til Danmark 474
4. Ændrede beskatningsformer 475
5. Den indkomstskabende aktivitet 477
6. Generel hjemmel til indkomstfiksering 480

Kapitel XVIII: Praksis 484
1. Indledning 484
2. Systematik 484
3. Renter 485
3.1 Lån mellem selskabsdeltager og selskab, der begge er juridiske personer 486
3.1.1 Den forretningsmæssige begrundelse 486
3.1.2 Andre begrundelser 499

3.1.3 Omgåelse af skattelovgivningen 502
3.1.4 Sammenfatning 503
3.2 Lån fra en personlig selskabsdeltager til et selskab 506
3.2.1 Den normale forrentning 507
3.2.2 Den normale forretningsmæssige begrundelse – Indkomstforvridning 508
3.2.3 Særlige tilfælde 522
3.2.4 Omgåelse af skattelovgivningen 530
3.2.5 Sammenfatning 537
3.3 Lån fra et selskab til en personlig selskabsdeltager 545
4. Arbejdsindkomst m.v. 549
4.1 Fremkaldt og oppebåret løn 550
4.2 Fiksering på armslængde-vilkår 551
4.3 Forretningsmæssigt begrundet konsolidering af selskabet 552
4.4 Sammenfatning 554
5. Udleje og forpagtning 555
5.1 Udleje og forpagtning fra selskab til selskabsdeltager 555
5.1.1 Praksis 555
5.1.2 Sammenfatning 563
5.2 Udleje og forpagtning fra selskabsdeltager til selskab 566
6. Salg af varer og tjenesteydelser, provisioner og royalty m.v. 568
6.1 Den fremkaldte royalty 570
6.2 Salg af varer og tjenesteydelser 573
6.3 Provisioner og royalty 579
6.4 Sammenfatning 580
7. Kapitalgevinster 580
7.1 Fast ejendom 581
7.1.1 Afståelse fra et selskab til den personlige selskabsdeltager 582
7.1.2 Afståelse fra et selskab til den personlige selskabsdeltagers nærstående 584
7.2 Værdipapirer 585
7.3 Sammenfatning 586

Kapitel XIX: Transfer pricing 588
1. Indledning 588
1.1 Bestemmelserne 588
1.1.1 Dansk ret 588
1.1.2 Engelsk ret 590
1.1.3 Amerikansk ret 591
1.2 Systematik 593

2. Anvendelsesområdet 594
2.1 Dansk ret 594
2.1.1 De skattepligtige 594
2.1.2 Kontrol og fast driftssted 595
2.1.3 Transaktionerne 596
2.1.3.1 Forarbejderne 596
2.1.3.2 Handelsmæssig eller økonomisk 598
2.1.3.3 Ensidigt eller gensidigt bebyrdende 599
2.1.3.4 Sammenfatning 605
2.2 Engelsk ret 607
2.2.1 De skattepligtige 607
2.2.2 Kontrol og fast driftssted 607
2.2.3 Transaktionerne 608
2.3 Amerikansk ret 609
2.3.1 De skattepligtige 609
2.3.2 Kontrol og fast driftssted 610
2.3.3 Transaktionerne 610
2.3.4 Restriktioner i udenlandsk ret 612
3. Sammenligning 614
3.1 Dansk ret 614
3.1.1 Varer og tjenesteydelser 616
3.1.2 Funktionsanalyse 617
3.1.3 Kontraktvilkårene 617
3.1.4 Risici 618
3.1.5 Økonomiske vilkår 618
3.1.6 Forretningsstrategier 619
3.2 Engelsk ret 619
3.3 Amerikansk ret 620
3.3.1 Graden af sammenlignelighed 622
3.3.2 Kvaliteten af materiale og formodninger 628
3.3.3 Sammenligning med en anden metode 630
3.3.4 Særlige omstændigheder 631
3.3.5 Tidspunktet for sammenligning 633
4. Priser og vilkår 635
4.1 Dansk ret 635
4.1.1 Den frie markedspris-metode 637
4.1.2 Videresalgspris-metoden 638
4.1.3 Kostpris plus avance-metoden 639
4.1.4 Avancefordelings-metoden 640
4.1.5 Den transaktionsbestemte nettoavance-metode 641
4.1.6 Andre metoder og Global Formulary Apportionment . . . 642

4.2 Engelsk ret 642
4.2.1 Metoderne 642
4.2.2 Fordel i relation til den engelske beskatning 643
4.2.3 Undtagelser fra Sched. 28AA 645
4.2.4 Korresponderende korrektioner 645
4.3 Amerikansk ret 648
4.3.1 Lån, forudbetaling og forudlevering 650
4.3.2 Udførelse af tjenesteydelser for andre 657
4.3.3 Benyttelse af andres rørlige gods 664
4.3.4 Overdragelse af rørligt gods 665
4.3.4.1 Den frie markedspris-metode 666
4.3.4.2 Videresalgspris-metoden 668
4.3.4.3 Kostpris plus avance-metoden 670
4.3.4.4 CPM-metoden og PS-metoden 672
4.3.4.5 De uspecificerede metoder 672
4.3.5 Overdragelse af immaterielle rettigheder 673
4.3.5.1 Den fri markedspris-metode 673
4.3.5.2 CPM-metoden og PS-metoden 674
4.3.5.3 De uspecificerede metoder 675
4.3.5.4 Særregler 675
4.3.6 Den sammenlignelige profit-metode (CPM-metoden) . . . 680
4.3.7 Avancefordelings-metoden (PS-metoden) 685
4.3.8 Armslængde-intervallet 688
4.3.9 Sideordnede ændringer 691
4.3.9.1 Korresponderende korrektioner 691
4.3.9.2 Konforme justeringer 692
4.3.9.3 Modregninger 692
5. Dansk praksis 693
5.1 Renter 694
5.2 Arbejdsvederlag 703
5.3 Udleje og bortforpagtning 705
5.4 Salg af varer og tjenesteydelser, provisioner og royalty m.v. . 708
5.5 Kapitalgevinster 716

Kapitel XX: Sammenfatning 718
1. Teori 718
2. Lovgivning og praksis 719
2.1 Rentefiksering 722
2.1.1 SL § 4 og den øvrige lovgivning 722
2.1.2 LL § 2 729
2.1.3 Værdiansættelsen 730

2.1.4 Omgåelse eller normalt forretningsmæssigt begrundet .. 731
2.2 Lønfiksering 731
2.2.1 SL § 4 og den øvrige lovgivning 731
2.2.2 LL § 2 735
2.2.3 Værdiansættelsen 735
2.2.4 Normalt forretningsmæssigt begrundet 735
2.3 Lejefiksering 736
2.3.1 SL § 4 og den øvrige lovgivning 736
2.3.2 LL § 2 740
2.3.3 Værdiansættelsen 741
2.3.4 Armslængde-vurdering 741
2.4 Fiksering af fortjeneste ved salg af varer og tjenesteydelser samt provisioner og royalty 741
2.4.1 SL § 4 og den øvrige lovgivning 741
2.4.2 LL § 2 743
2.4.3 Værdiansættelsen 743
2.4.4 Armslængde-vurdering 743
2.5 Fiksering af kapitalgevinster 743
2.5.1 SL § 4 og den øvrige lovgivning 743
2.5.2 LL § 2 745
2.5.3 Værdiansættelsen 746
2.5.4 Armslængde-vurdering 746
2.6 Principperne for indkomstfiksering 746
3. Omgåelse, forretningsmæssig begrundelse og armslængde-vurdering 751
4. Realitetsgrundsætningen og indkomstfiksering 754

5. del: Afslutning

Kapitel XXI: Sammenfatning og ændringsforslag 759
1. Indkomstbegreber 759
2. De lege ferenda 763
2.1 Interessefællesskabet 764
2.1.1 Anvendelsesområdet 764
2.1.2 Den almindelige og logiske algebra 766
2.1.3 Ændringsforslag 767
2.2 Indkomstallokering 772
2.2.1 Motivanalysen 772
2.2.2 Funktionsanalysen 774
2.2.3 Ændringsforslag 781
2.3 Indkomstfiksering 782

2.3.1 Motivanalysen 782
2.3.2 Den indkomstskabende aktivitet 784
2.3.3 Forretningsmæssig begrundelse eller armslængde-vurdering 785
2.3.4 Ændringsforslag 787
3. Sekundære korrektioner 792
4. Samspillet mellem allokering og fiksering 793

English summary 794
Subject 794
Procedure 794
Part One – Allocation and fixation 795
Part Two – Community of interest 796
Part Three – Allocation of income 797
Part Four – Fixation of income 798
Conclusion 800

Litteraturfortegnelse 802

Domsregister 815

Stikordsregister 822

Kapitel I

Introduktion

1. Temaet

Temaet for denne afhandling er den del af læren om rette indkomstmodtager, der kan betegnes som reglerne om allokering og fiksering af indkomst i forholdet mellem koncernforbundne selskaber og i forholdet mellem en selskabsdeltager og dennes selskab.[1] Afhandlingen omhandler hermed den centrale del af et indkomstbegreb, som skal virke som et værn mod en forskydning af indkomst mellem selskabsdeltager og selskab.[2]

Indkomstallokering er spørgsmålet om, hvorvidt en indkomst, der hidrører fra tredjemand, skal allokeres til – og dermed beskattes hos – selskabsdeltager eller selskab.[3] En af de tidligste afgørelser herom er den velkendte Havnemølle-dom (UfR 1960.535 H): Et aktieselskab, der drev virksomhed som mølleri, bortforpagtede en facilitet til korntørring til et interessentskab, der var stiftet af aktieselskabets selskabsdeltagere. På trods af denne aftale blev aktieselskabet beskattet af den indkomst, som interessentskabet (selskabsdeltagerne) havde indvundet ved at drive virksomhed med tørring af korn. Havnemølle-dommen gav anledning til megen omtale i den juridiske litteratur, idet aftalen mellem aktieselskabet og interessentskabet utvivlsomt var gyldig i civilretlig henseende.

I den juridiske teori svandt interessen for studier af reglerne om allokering af indkomst imidlertid langsomt ind på trods af, at der fortsat var en righoldig praksis herom. Først med den såkaldte Aage Haugland-dom (TfS 1998, 485 H) fik området på ny opmærksomhed.[4]

Indkomstfiksering er spørgsmålet om, hvorvidt selskabsdeltager og selskab skal beskattes af en fikseret indkomst, som ikke er fremkaldt ved en transaktion

---

1. I det følgende blot betegnet som forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, jf. nedenfor I, 3.3.
2. Se også nedenfor 3.1 og *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s. 191.
3. Se om definitionen nedenfor III, 3.
4. Dommen behandles nedenfor XIII, 3.2.3.

mellem disse.[5] Dette spørgsmål har påkaldt sig betydelig interesse siden starten af 1970'erne, hvor skattemyndighederne første gang beskattede en selskabsdeltager af en fikseret renteindtægt (se f.eks. R&R 1971, SM 5), selvom den pågældende ikke havde betinget sig en rente ved udlån af kapital til sit selskab og dermed ikke havde fremkaldt eller oppebåret en renteindtægt. Denne sag fik følgeskab af sager om beskatning af fikserede arbejdsvederlag, som en selskabsdeltager ikke havde oppebåret, fordi denne arbejdede gratis for sit selskab (se f.eks. R&R 1968, SM 89),[6] og om beskatning af fikserede lejeindtægter, som et selskab ikke havde opnået ved udleje af fast ejendom til en selskabsdeltager (UfR 1983.16 H).[7]

Praksis om beskatning af fikseret indkomst blev i perioden fra starten af 1970'erne til slutningen af 1990'erne ændret flere gange samtidig med, at det i den juridiske litteratur hyppigt blev analyseret, hvad der efter den seneste praksis og en fortolkning af retskilderne måtte antages at være hjemmel til.[8] Udviklingen i retspraksis kulminerede i 1998 med Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H.[9]

Højesterets dom kunne have ført til, at teori og praksis om beskatning af fikserede indkomster fik væsentlig mindre betydning og interesse som følge af en begrænset hjemmel til at korrigere de mellem selskabsdeltager og selskab aftalte priser og vilkår. Folketinget ville det imidlertid anderledes. I 1998 vedtog Folketinget således nye regler om beskatning af fikseret indkomst under navnet »transfer pricing«, jf. LL § 2 og SKL § 3 B.[10]

Reglerne om transfer pricing blev samme år suppleret af en bestemmelse om tynd kapitalisering, jf. SEL § 11, som skulle give de danske skattemyndigheder hjemmel til at korrigere danske selskabers indkomst, når selskaberne primært var kapitaliserede ved lån fra interesseforbundne udenlandske fysiske eller juridiske personer.[11] I 2002 vedtog Folketinget endvidere en bestemmelse i SEL § 11 A, der begrænsede fradragsretten for koncerninterne forsikringspræmier, såkaldt »captive insurance«.[12]

---

5. Se om definitionen nedenfor III, 4.
6. Praksis blev ændret ved LSRM 1975, 35, LSRM 1975, 36 og LSRM 1975, 39. Se nærmere nedenfor XVIII, 4.3.
7. Se om dommen nedenfor XVIII, 5.1.1.
8. Den fremherskende opfattelse var i denne periode, at der var hjemmel til rentefiksering og lejefiksering, jf. *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 588-590.
9. Højesteret afviste at beskatte en fikseret rente. Se om dommen nedenfor XVIII, 3.2.4.
10. Henholdsvis lov nr. 432 af 26/6 1998 og lov nr. 131 af 25/2 1998. Forslaget til SKL § 3 B var fremsat inden Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H. Forslaget til LL § 2 blev fremsat som en reaktion på Højesterets dom.
11. Lov nr. 432 af 26/6 1998.
12. Lov nr. 1284 af 20/12 2000.

»Dramaet med de mange akter« var imidlertid ikke afsluttet.[13] I den juridiske litteratur blev det for det første fortsat diskuteret, om der uden for anvendelsesområdet for LL § 2 var hjemmel til at beskatte fikserede indkomster. Højesteret kom endnu engang med et væsentligt bidrag til debatten: Denne gang i kraft af dommen i sagen TfS 2002, 967 H om beskatning af en fikseret leje ved udleje af en fast ejendom fra en mor til hendes datter. Ifølge Højesteret fandtes hjemmel til beskatning af en fikseret leje svarende til markedslejen i SL § 4, stk. 1, litra b, 1. og 2. pkt.

Det Økonomiske Råd – der typisk omtales som »Vismændene« – satte for det andet gang i en bredere offentlig debat, da det i sin halvårlige rapport fra foråret 2001 beregnede, at grundlaget for den danske indkomstbeskatning (den skattepligtige indkomst) årligt blev reduceret med 20-40 mia. kr. i perioden 1995-1997 som følge af, at selskaber, der havde hjemsted i Danmark, »flyttede« deres indkomster til udlandet.[14] Ifølge vismændene skete dette navnlig ved, at transaktioner mellem danske og udenlandske selskaber ikke fandt sted på priser og vilkår, som svarede til, hvad der ville være aftalt mellem uafhængige parter.[15] De danske selskaber »købte« eller »solgte« sig med andre ord ud af den danske skattepligt. Vismændene anbefalede derfor, at der blev foretaget ændringer i det danske skattesystem, således at indkomsten fremover kunne komme til beskatning i Danmark.

Vismændenes tal beroede på nationaløkonomiske beregninger over, hvad der ikke blev medregnet af skattepligtige indkomster som følge af forskellige måder, hvorpå indkomsten kunne forskydes til udlandet.[16]

> Metoden gik kort fortalt ud på at sammenligne de selvangivne momsgrundlag, som svarer til forbruget, med de selvangivne indkomster, eftersom der i teorien burde være en sammenhæng mellem momsgrundlaget og skattegrundlaget, når der er foretaget en række korrektioner af disse. På baggrund heraf gennemførtes en sammenligning af den faktiske skattebase med en beregnet forbrugsskattebase, der blev tillagt det danske forbrug i udlandet. Forskellen udgjorde – med mange forbehold – de indkomster, som ikke blev beskattet i Danmark.

Rådets beregninger blev efterfølgende kritiseret i den juridiske litteratur, dels

---

13. Titlen hidrører fra *Ole Bjørns* artikel i SR-Skat 1997, 61.
14. Ved en beskatning på 30 pct. ville de 20-40 mia. kr. give Danmark yderligere indtægter via skatterne på 6-12 mia. kr. årligt. Til sammenligning har selskabsskatten i perioden 1999-2002 givet et provenu på henholdsvis 36,6 mia. kr., 30,7 mia. kr., 41,4 mia. kr. og 38,6 mia. kr. I 2003 forventes et provenu på 38,4 mia. kr. og i 2004 et provenu på 39,4 mia. kr. Kilde: Økonomisk redegørelse fra Finansministeriet, december 2002. Se hertil *Jan Pedersen*, SU 2002, 368.
15. Jf. Det Økonomiske Råds rapport, foråret 2001, kapitel II.7, s. 156f.
16. Jf. også Skat, december 2001, s. 18 og 21, og *Jan Pedersen*, SU 2002, 349.

som følge af de metoder, der var anvendt ved beregningerne,[17] dels på baggrund af erfaringerne fra andre lande.[18]

Skattemyndighederne havde ligeledes en anden vurdering af problemets omfang. Myndighederne anslog, at forskydningen af indkomster til og fra udlandet næppe oversteg 5 mia. kr. årligt, og at det i øvrigt ikke kunne udelukkes, at skattetilsvaret til Danmark blev forøget som følge af transfer pricing.[19]

> I 2001 oplyste skattemyndighederne, at der siden 1998 havde været ca. 200 sager om transfer pricing, der varierede meget i størrelse og karakter. I de afsluttede sager var skattegrundlaget forøget med ca. 1,2 mia. kr., men der havde endnu ikke været forhandlinger med udlandet om forhøjelserne. I de uafsluttede sager lå der skønsmæssigt korrektioner for 1,5-1,9 mia. kr., men dette tal var behæftet med betydelig usikkerhed. De hidtidige forhandlinger med udlandet havde ført til en stigning i det danske skattegrundlag på 269 mio. kr.

Spørgsmål, der i den grad anses for at have samfundsøkonomisk betydning, og som optager både jurister og økonomer, har en evne til at finde vej til pressen – navnlig når det kan diskuteres, om f.eks. internationale koncerner bevidst forsøger at »snyde i skat« ved at forskyde indkomst fra Danmark til lande, hvor selskabsbeskatningen er lavere end i Danmark. Den skrevne presse har således i vidt omfang bragt historier om navnlig transfer pricing.[20] Den til tider ophe-

---

17. Se *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 462, *Jan Pedersen*, SU 2002, 368, lederen i SpO 2001, 301 og Skat, december 2001, s. 18-19, 40-45 og 54-59. I Skat, december 2001, s. 22 anføres: »Da resuméer nødvendigvis skal være kortfattede, fremstår konklusioner heri ofte lidt for bombastiske. DØR's (2001) vurdering bør citeres med de forudsætninger og forbehold, der gøres i teksten«.
18. Jf. *Jan Pedersen*, R&R 2003, 1, 6, som ved en sammenligning med tal fra de amerikanske skattemyndigheder nåede frem til, at vismændenes tal stod i »skærende kontrast« til tallene fra USA: »Umiddelbart synes den amerikanske opgørelse mere troværdig, idet den er funderet på faktuelle oplysninger i modsætning til den danske, som alene hviler på nationaløkonomiske beregninger, og som derfor er behæftet med en betydelig usikkerhed«. Se om de amerikanske tal nedenfor 2.2.
19. Jf. Skat, december 2001, s. 14, 45-49 og 53. Skatteministeren oplyste under en forespørgelsesdebat den 31/10 2002, at der var rejst mere end 200 sager om transfer pricing, og at disse sager umiddelbart indebar forhøjelser på 3-3,5 mia. kr. Se også *Jens Wittendorff*, SR-Skat 2003, 57. *Lisbeth Rasmussen* analyserede i SpO 2000, 182 skattemyndighedernes verserende sager om transfer pricing og fordelte omfanget af interesseforbundne transaktioner med udgangspunkt i selskabernes resultatopgørelse og balance. Langt størstedelen af transaktionerne mellem de interesseforbundne selskaber vedrørte mindre end 10 mio. kr. *Jesper Skovhus Poulsen* har endelig i SU 2001, 306 redegjort for de foreløbige resultater af Kontoret for International Selskabsbeskatnings arbejde med transfer pricing.
20. Se f.eks. – i alfabetisk rækkefølge fra de fem største dagblade – BT den 26/9 2002 »Hykleri på dansk«, BT den 29/9 2002 »De multinationale skal ikke slippe«, Berlingske Tidende den 8/4

dede debat i pressen startede dog først i september 2002 – det vil sige længe efter, at problemstillingen var erkendt i juridiske og økonomiske kredse – med en omdiskuteret tv-udsendelse på DR 1 med titlen »Skatteakrobaterne«.[21] I denne udsendelse blev det mere end antydet, at en række internationale koncerner, som var etablerede i Danmark, ikke betalte skat til Danmark som følge af omfattende transfer pricing.[22]

Som udløber af den offentlige debat om transfer pricing anmeldtes den 8/10 2002 i Folketinget en forespørgsel nr. F 17 til skatteministeren om de internationale selskabers betaling af skat. Forespørgslen endte med, at et flertal af Folketinget den 31/12 2002 vedtog følgende beslutning (V 6):

> »Folketinget opfordrer regeringen til fortsat at arbejde for, at multinationale selskaber betaler skat i overensstemmelse med lovgivningen og internationale aftaler. Folketinget

---

2002 »Det er først nu, det bliver sjovt«, Berlingske Tidende den 29/8 2002 »Ekstra skat til fremmede firmaer«, Berlingske Tidende den 7/9 2002 »Multinational skat bliver her«, Berlingske Tidende den 7/9 2002 »Skærpet kontrol med den interne afregning«, Berlingske Tidende den 5/10 2002 »Nul selskabsskat«, Berlingske Tidende den 9/10 2002 »Skattebedraget«, Berlingske Tidende den 10/10 2002 »Journalist-akrobatik«, Berlingske Tidende den 12/6 2003 »Kronik: Den fornærmede samfundsborger«, Berlingske Tidende 8/10 2003 »Transfer pricing«, Berlingske Tidende den 8/10 2003 »Kapløb: Skatter presses fra øst«, Berlingske Tidende den 8/10 2003 »Transfer pricing: Regnskaber er fyldt med fejl, Berlingske Tidende den 10/10 2003 »Ledende artikel: Transfer pricing«, Berlingske Tidende den 11/10 2003 »Rettelser«, Berlingske Tidende den 15/10 2003 »Breve fra læserne«, Ekstra Bladet den 19/9 2002 »Tv set af Frank Jensen: Skatte-akrobaterne«, Ekstra Bladet den 11/4 2004 »0-skat: Vi er ikke gode nok«, Jyllands-Posten den 15/10 2002 »Mere kontrol med skatteakrobater«, Jyllands-Posten den 20/12 2002 »Fokus på store selskaber«, Jyllands-Posten den 23/12 2002 »KL og ToldSkat i samarbejde«, Jyllands-Posten den 27/3 2003 »Krav om indgreb mod IT-udflagning«, Jyllands-Posten den 3/6 2003 »Deloitte Touche bedst på skat«, Jyllands-Posten den 30/9 2003 »Microsoft kryber i skattely«, Jyllands-Posten den 16/10 2003 »Skattetænkning over alle grænser«, Jyllands-Posten den 16/10 2003 »Revisor raser over stikkerrolle«, Jyllands-Posten den 4/2 2004 »Skat: Krav om nye regler mod transfer pricing«, Politiken den 18/9 2002 »Told Skat for Ombudsmanden«, Politiken den 23/9 2002 »McDonald's: Kom bare an«, Politiken den 29/9 2002 »Skatteakrobaterne: Manipulerende journalistik om selskabsskat«, Politiken den 4/10 2002 »Replik: Manipulationer og usandheder og Q8«, Politiken den 14/10 2002 »Mere kontrol med skatteakrobater«, Politiken den 18/11 2002 »Danske virksomheder truer med skatteflugt«, Politiken den 20/12 2002 »Kommuner opruster mod skattesnyd«, Politiken den 9/10 2003 »Skatteål slipper for bøder« og Politikken den 26/1 2004 »Strid om kontrol med multinationale selskaber«. Opregningen er ikke udtømmende.

21. Programmet blev sendt første gang den 18/9 2002 på DR 1. Det var tilrettelagt af Stig Andersen. I en efterfølger til programmet ved navn »Skattely«, der blev sendt første gang den 7/5 2003 på DR 1, behandledes spørgsmålet om, i hvilket omfang fysiske eller juridiske personer, der har hjemsted eller er hjemmehørende i Danmark, benytter sig af skattely i udlandet. Programmet var ligeledes tilrettelagt af Stig Andersen. Programmet blev bl.a. kritiseret af *Teddy Wivel* i R&R 2002, 11, 5.
22. Jf. også *Jan Pedersen*, R&R 2003, 1, 6.

konstaterer, at skatteministeren har iværksat initiativer for at sikre en effektiv administration af reglerne. Initiativerne indebærer, at Told- og Skattestyrelsen

– iværksætter en undersøgelse af transfer pricing dokumentationen, hvor selskabernes dokumentationspligt vil blive undersøgt og indholdet i de foreliggende dokumentationer vurderes,
– offentliggører en dokumentationsvejledning snarest,
– analyserer de udenlandske transfer pricing-regler, herunder bevisbyrde- og bøderegler. Hvis resultatet af undersøgelsen viser, at der er behov herfor, indføres der bøder for utilstrækkelig dokumentation,
– undersøger den udenlandske administration af transfer pricing reglerne, og
– har iværksat et arbejde med at udvikle rammerne for samarbejdet mellem de involverede myndigheder og for de værktøjer, der anvendes til kontrolopgaven. Folketinget opfordrer skatteministeren til inden udløbet af denne folketingssamling at give Folketinget en redegørelse om resultaterne af undersøgelserne«.

I indkomståret 2003 blev transfer pricing dokumentation og koncerninterne overdragelser af immaterielle aktiver som følge heraf valgt som ligningstema. Myndighederne iværksatte samtidig en undersøgelse af udenlandsk ret, som endnu ikke er afsluttet.[23]

Et af de initiativer, som allerede var iværksat længe inden den offentlige debat, var Told- og Skattestyrelsens etablering af særligt kontor, »Kontoret for International Selskabsbeskatning«, der fik til opgave at godkende de skatteansættende myndigheders ansættelser i sager om transfer pricing, og som deltager i de verserende danske sager om transfer pricing.[24]

I henhold til SKL § 3 B, stk. 5, skal de skatteansættende myndigheder, inden en indkomst korrigeres i henhold til LL § 2, indhente en godkendelse fra den centrale told- og skatteforvaltning ved dette kontor.

Interessen for transfer pricing har sat sine tydelige spor hos selskabsdeltagere og selskaber. I 1999 foretog revisions- og rådgivningsfirmaet Ernst & Young en spørgeskemaundersøgelse blandt mere end 400 koncernselskaber i 19 lande, herunder 25 selskaber, der havde hjemsted i Danmark. Spørgsmålene vedrørte selskabernes vurdering af transfer pricing-problematikken, og det fremgik heraf, at 78 pct. af de adspurgte moderselskaber og 97 pct. af de adspurgte datterselskaber anså transfer pricing for at være det mest presserende internationale skatteretlige problem. 57 pct. af alle selskaberne – og 44 pct. af de danske

23. Jf. også *Jens Wittendorff*, SR-Skat 2003, 57.
24. Kontoret blev oprettet den 1/4 1998. Se også *Jesper Skovhus Poulsen*, SU 2001, 306 og *Jan Pedersen*, SU 2002, 368 og R&R 2003, 1, 6.

selskaber – havde direkte eller indirekte været indblandet i en revision vedrørende transfer pricing. Mere end 66 pct. af de adspurgte selskaber forventede i øvrigt, at de inden for en kortere årrække ville få kontrolleret, om deres handel med interesseforbundne selskaber foregik på armslængde-priser og -vilkår.[25]

Reglerne om indkomstfiksering har både i denne indledning og i øvrigt fået mere opmærksomhed end reglerne om indkomstallokering. Som følge heraf kunne det anføres, at det ville være nærliggende og relevant at få analyseret reglerne om navnlig transfer pricing. Dette er imidlertid ikke formålet med afhandlingen. Årsagen hertil er dels, at væsentlige dele af reglerne om transfer pricing tager udgangspunkt i økonomiske og regnskabsmæssige principper, som ikke er interessante set ud fra en teoretisk juridisk synsvinkel,[26] dels at der netop som følge af områdets store bevågenhed både i og uden for Danmark er skrevet overordentligt meget om transfer pricing, herunder om LL § 2.

Den betydelige interesse for navnlig transfer pricing har i øvrigt ført til et misvisende billede af, hvornår og hvorledes indkomst forskydes mellem selskabsdeltager og selskab, idet navnlig de multinationale selskaber er blevet fremhævede som de store »syndere«. Det skal på den ene side ikke afvises, at der kan være multinationale koncerner, som aktivt og bevidst forsøger at unddrage sig den danske beskatning ved brug af f.eks. transfer pricing.[27] På den anden side må det understreges, at indkomsten lige så vel kan forskydes i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab som følge af en ukorrekt allokering af denne, og at sager om allokering og fiksering af indkomst i forholdet mellem *danske* selskabsdeltagere og *danske* selskaber udgør langt størstedelen af den offentliggjorte praksis.

Hertil kommer den store gruppe af sager, hvor mindre danske virksomheder undlader at opgøre et regnskab eller bevidst fører et misvisende regnskab med henblik på at selvangive mindre indtægter, end de faktisk oppebårne.[28] Sættes dette tal sammen med det store antal korrektioner af fysiske personers selvangivelse, som der hvert år må foretages, og de

---

25. Ved armslængde-priser og -vilkår forstås de priser og vilkår, der ville være anvendt ved en handel mellem uafhængige parter, jf. hertil LL § 2, stk. 1. Se også *Michael Sørensen*, SpO 1995, 270 og *Jan Pedersen*, R&R 2003, 1, 6. Sidstnævnte henviser til *Robert Feinschreiber* (ed.), Transfer Pricing International – A Country by Country Guide«, 2000, kapitel 35.
26. Cfr. en virksomhedsøkonomisk synsvinkel eller en praktisk juridisk synsvinkel. Jf. også *Jan Pedersen*, UfR 2000B.510.
27. Som nævnt i Skat, december 2001, s. 23, er dette utvivlsomt en af de metoder, der karakteriserer større virksomheders forsøg på skatteunddragelse.
28. Jf. Skat, december 2001, s. 23. Som anført i Skat, december 2001, s. 14-15, benyttes transfer pricing ofte ikke ved unddragelse af skattepligten i mindre virksomheder, idet de i stedet selvangiver salget for lavt eller fradragene for højt. Det faktum, at transfer pricing sager

utallige sager om svindel med moms, er det åbenbart, at sagerne om transfer pricing har fået uforholdsmæssigt stor bevågenhed.[29]

I afhandlingen fokuseres derfor på de teoretiske, juridiske problemer, som reglerne om allokering af indkomst og fiksering af indkomst giver anledning til. Reglerne om transfer pricing bliver dermed blot en mindre – men væsentlig – del af afhandlingens tema. Dette perspektiv er valgt, fordi de meget specielle regler, som i de senere år har sat dagsordenen i både dansk og international skatteret, har været båret af politiske, økonomiske og praktiske hensyn, mens de teoretiske analyser af reglerne om allokering og fiksering af indkomst – herunder også deres indbyrdes sammenhæng – er blevet negligerede. På trods af den opmærksomhed, området har fået, er selve grundlaget for beskatningen, dvs. indkomstbegrebet, således blevet ringe behandlet. Virkningerne heraf har, som det vil ses, ikke været ønskværdige.

2. Metode

Den i afhandlingen anvendte metode er som altovervejende hovedregel traditionelt dogmatisk, idet den først og fremmest tager sigte på at analysere gældende dansk ret ud fra de almindeligt anerkendte retskilder. Denne metode er indgående beskrevet og diskuteret i den juridiske litteratur. Anvendelsen af metoden anses derfor for at være berettiget ved en analyse af skatteretten, ikke mindst fordi en beskatning i kraft af Grundlovens § 43 utvivlsomt kræver lovhjemmel.[30]

I tilknytning til den traditionelle retsdogmatiske metode anvendes to andre tilgangsvinkler: Den matematiske tilgangsvinkel og en studie af fremmed ret, der navnlig anvendes i retspolitisk øjemed. Anvendelsen af disse tilgangsvinkler uddybes nedenfor 2.1 og 2.2.

2.1 Den matematiske tilgangsvinkel

Kernen i den matematiske tilgangsvinkel er forvandlingen af retsregler, der udtrykkes ved hjælp af ord, til matematiske udsagn, der symboliseres ved tal eller tegn.[31]

---

sjældent forekommer i mindre danske virksomheder, kan derfor ikke tages som udtryk for, at de har en højere »skattemoral« end multinationale koncerner.

29. Jf. også Skat, december 2001, s. 25.
30. Dette spørgsmål er indgående analyseret af *Jacob Graff Nielsen* i hans ph.d.-afhandling, Legalitetskravet ved beskatningen.
31. Jf. også *Mads Bryde Andersen*, Ret & metode, 2002, s. 124.

Den umiddelbare fordel ved at anvende denne tilgangsvinkel er, at de matematiske udsagn, der er hentet fra den matematiske teori, er aksiomer, hvis rigtighed antages at være indiskutable i analytisk sammenhæng, og som derfor ubetinget kan lægges til grund som sande udsagn.[32]

Afhandlingen beskæftiger sig ikke med matematisk forskning, således som den normalt defineres, dvs. som en studie af abstrakte strukturer samt deres indbyrdes logiske relationer. Den matematiske tilgangsvinkel benyttes alene som et redskab i de tilfælde, hvor retsregler med fordel kan ændres til matematiske udsagn, som herefter kan sammenlignes med andre retsregler, der også er omdannet til matematiske udsagn, eller hvor virkningen af retsregler kan belyses ved hjælp af matematiske udsagn.

Der anvendes i afhandlingen i alt væsentligt alene to matematiske metoder. Den første af disse er *den almindelige algebra*, hvor matematisk udsagn sammenbindes med operatorer som f.eks. plus (+), minus (–), gange (*), dividere (÷), kvadratrod (√), potens (x2) eller er lig med (=). Inden for denne del af det matematisk univers kombineres de matematiske udsagn f.eks. som **x + y – z**, hvor x, y og z er værdier, mens + og – er operatorer. Dette kan udvides til simple ligninger, f.eks. **2x = 10**, hvorfor x har værdien 5, eller mere komplicerede ligninger, f.eks. **3x + y = 10**, hvor værdien (x,y) som heltal kan være (0,10), (3,1), (2,4) eller (1,7).

Den almindelige algebra anvendes navnlig to steder i afhandlingen: Dels ved en analyse af, hvad der kan motivere selskabsdeltager og selskab til at forskyde en indkomst i det indbyrdes forhold,[33] dels ved en analyse af reglerne om selskabsdeltagers kontrol med selskabet som følge af ejerskab til kapitalandele i selskabet.[34]

Den anden af de matematiske metoder, der anvendes i afhandlingen, er den såkaldte *logikalgebra*.[35] I logikalgebraen forbindes matematiske udsagn ved hjælp af tre logiske operatorer: AND, OR og NOT.[36] Når den logiske operator AND anvendes til at forbinde to eller flere matematiske udsagn, skal begge udsagn være korrekte for at det samlede udsagn anses for at være korrekt. Hvis det matematiske udsagn **3x + y = 10** forbindes med det matematiske udsagn **x – y = 2** ved hjælp af operatoren AND, jf. **3x + y = 10 AND x – y = 2**, vil værdien af x og y henholdsvis skulle være 3 og 1, jf. **(x,y) = (3,1)**.

---

32. Matematikken giver dog kun svar på de spørgsmål, der stilles. Ved at manipulere med spørgsmålet kan resultatet derfor påvirkes.
33. Se nedenfor IV, 2.
34. Se nedenfor VIII.
35. Logikalgebraen er en del af den såkaldte booleske algebra, som er opkaldt efter den britiske matematiker og logiker George Boole. Han udgav i 1854 »An Investigation of the Laws of Thought«, hvori han beskrev dette algebraiske system.
36. På dansk OG, ELLER samt IKKE. De engelske betegnelser anvendes i afhandlingen.

Selv om værdien af x og y for den første del af det matematiske udsagn, **3x + y = 10**, kan have uendeligt mange værdier, herunder f.eks. heltallene **(x,y) = (0,10)**, **(3,1)**, **(2,4)** eller **(1,7)**, er det således kun værdien **(3,1)**, som også er korrekt for anden del af det matematiske udsagn.[37]

I modsætning hertil indebærer den logiske operator OR, at enten det ene eller det andet af f.eks. to dele af et matematiske udsagn skal være korrekt, for at det samlede udsagn er korrekt. Heraf følger, at det matematiske udsagn **3x + y = 10 OR x – y = 2**, kan have uendeligt mange værdier for x og y,[38] f.eks. heltallene **(x,y) = (3,1)**, **(2,4)** eller **(1,7)**, der er korrekte for så vidt angår den første del af det matematiske udsagn,[39] og for så vidt angår den anden del af det matematiske udsagn f.eks. heltallene **(x,y) = (2,0)**, **(3,1)**, **(4,2)** eller **(5,3)**.[40]

Den sidste logiske operator, NOT, anvendes til at undtage værdier. Det matematisk udsagn **3x + y = 10 OR x – y = 2 NOT x = y +2** betyder således, at værdien af (x,y) ikke må være en værdi, hvor x er to større end y. Herved udelukkes den midterste del af det matematisk udsagn, idet **(x – y = 2) = (x = y+2)**.

Som følge heraf vil (x,y) alene kunne have de værdier, der gør den første del af det matematisk udsagn korrekt. Der er uendeligt mange værdier for dette, herunder heltallene **(x,y) = (0,10)**, **(3,1)**, **(2,4)** eller **(1,7)**.[41]

I tilslutning til ovennævnte tre operatorer bruges to andre operatorer, IF og THEN,[42] der hidrører fra den samme del af det matematiske univers, logikalgebraen, men som typisk anvendes i relation til edb-programmering. Operatorerne IF og THEN opstiller regler for, hvad der sker, hvis bestemte forudsætninger er opfyldte. Det matematiske udsagn **IF x = 3 THEN y = 2**, indebærer f.eks., at værdien (x,y) skal være (3,2), hvis x har værdien 3.[43] Det samlede matematiske udsagn kan kombineres med operatoren ELSE,[44] der giver et matematisk udtryk for, hvad der skal ske, hvis det første udsagn (IF), ikke er korrekt, f.eks. som **IF x = 3 THEN y = 2 ELSE y = 5**.

---

37. Når to matematisk udsagn kombineres ved AND, vil det således kun være kombinationen af to sande udsagn, der resulterer i et sandt udsagn. Er det ene eller det andet udsagn falsk, eller er begge udsagn falske, bliver resultatet også falsk.
38. Matematiske udsagn, der kombineres ved hjælp af OR, vil alene være falske, hvis alle dele af udsagnet er falske. Er mindst én del af udsagnet sandt, vil resultatet også være sandt.
39. Den første værdi **(x,y) = (3,1)** er som nævnt ovenfor sand for begge udsagn.
40. For det andet matematiske udsagn er **x = y +2**, og alle heltal, der udgør værdien **y + 2 – y**, er derfor korrekte. Det vil sige, at samtlige heltal vil kunne give en korrekt værdi, forudsat at det første heltal er lig med det andet heltal adderet med 2.
41. Operatoren NOT ændrer værdien for et enkelt matematisk udsagn. Hvis udsagnet er sandt, returnerer NOT udsagnet falsk, og hvis udsagnet er falskt, returneres udsagnet sandt.
42. På dansk HVIS og I SÅ FALD. I afhandlingen anvendes de engelske begreber.
43. Har x ikke værdien 3, kan (x,y) have et uendeligt antal værdier, bortset fra (3,2).
44. På dansk ELLERS. Det engelske begreb anvendes i fremstillingen.

Heraf følger, at værdien (x,y) skal være (3,2), hvis x har værdien 3, men i alle andre tilfælde skal være (x,5), f.eks. heltallene (1,5), (2,5) eller (4,5), men ikke (3,5). Disse logiske operatorer kan kombineres med de andre operatorer, AND, OR og NOT, f.eks. som **IF 3x + y = 10 AND x – y = 2 THEN z = 5 ELSE z = 4**. Værdien (x,y,z) vil da være enten (3,1,5), når både første og anden del af det matematiske udsagn er korrekt, eller (x,y,4) for et uendeligt antal andre værdier, når enten den første eller den anden del af det matematisk udsagn ikke er korrekt.

Logikalgebraen kan anvendes til at reducere komplicerede kombinationer af udsagn til overskuelige værdier. Den giver endvidere mulighed for at sammenligne forskellige kombinationer med henblik på at undersøge, hvilke korrekte værdier de kan have. Logikalgebraen bruges derfor i vidt omfang ved en analyse af reglerne om selskabsdeltagers kontrol med selskabet som følge af rådighed over stemmerettighederne i selskabet.[45]

2.2 Studier af fremmed ret

En omfattende analyse af fremmed rets regler om allokering og fiksering af indkomst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab har ikke været mulig inden for afhandlingens rammer. Alene en fyldestgørende fremstilling af ét fremmed lands regler, praksis og litteratur om allokering og fiksering indkomster ville fylde adskillige hundrede sider.

Et forsøg på at beskrive dansk ret ved en komparativ analyse med fremmed ret vanskeliggøres endvidere af store forskelle på nationale regler om beskatning af indkomst. Ved en komparativ analyse må der derfor tages et stort antal forbehold, idet regler, som set med danske øjne kan forekomme uhensigtsmæssige eller mangelfulde, kan være velbegrundede i det system, hvor de hører hjemme.

Selv om det ikke har været muligt at foretage en fuldstændig komparativ analyse af dansk og fremmed ret, er studier af fremmed ret ingenlunde irrelevante. Sådanne studier må tværtom anses for at være hensigtsmæssige med henblik på at undersøge, hvorledes andre lande har løst problemstillinger, som endnu ikke er løst – eller som har fundet en utilfredsstillende løsning – i dansk ret. Studier af fremmed ret anvendes derfor i afhandlingen først og fremmest med henblik på at hente inspiration til ændringer eller præciseringer af dansk ret.[46]

---

45. Se nedenfor VIII.
46. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 29-31. Af samme grund er den ofte kritiserede »Länderberichtmetode« i vidt omfang anvendt ved beskrivelsen af fremmed ret, idet fremmed ret alene vil blive anvendt som en illustration af, hvorledes de dansk regler kan ændres.

Heraf følger, at der ved valget af fremmed ret blev lagt afgørende vægt på, om det pågældende land havde kodificerede regler om allokering og fiksering af indkomst. En sammenligning af den righoldige praksis om allokering og fiksering af indkomst efter dansk ret med tilsvarende omfattende analyser af fremmed retspraksis ville ikke danne et tilstrækkeligt grundlag for forslag om kodificering af dansk ret. Erfaringerne fra fremmed ret måtte hentes der, hvor erfaringerne var så fremskredne, at reglerne om allokering og fiksering af indkomst var kodificerede.

Ved et positivt tilvalg blev studierne af fremmed ret begrænset til amerikansk og engelsk ret. Valget betragtes som et »positivt tilvalg« i erkendelse af, at anden fremmed ret – herunder nordisk ret – kunne være inddraget. Det er således ikke udtryk for, at f.eks. norsk,[47] svensk[48] eller tysk ret ikke i et vist omfang kunne have bidraget til forståelsen af de problemstillinger, som afhandlingen vedrører.[49]

Amerikansk ret er først og fremmest valgt, fordi der i USA findes regler om navnlig fiksering af indkomst, der er langt mere detaljerede og videregående – og dermed også langt mere komplicerede – end dansk ret.[50] Selv om USA anses som et såkaldt »common law« land, er dette ikke tilfældet for skatteretten, der

---

Gældende dansk ret vil ikke blive forsøgt beskrevet under henvisning til reglerne om beskatning af allokerede og fikserede indkomster i engelsk og amerikansk skatteret.

47. Der bortses fra norsk ret idet Norge så vidt ses endnu ikke har reformeret sine regler om beskatning af fikseret indkomst, jf. Sktl. § 13-1. Retningslinjer svarende til OECD Transfer Pricing Guidelines er endvidere ikke inkorporeret i norsk ret, men det antages, at de må tillægges betydning ved fortolkningen af Sktl. § 13-1, jf. *Frederik Zimmer*, Internajonal intektsskatteret, s. 173-180 og Lærebok i skatterett, s. 424-427, *Ole Gjems-Onstad*, Norsk bedriftsskatterett, s. 1218-1227, *Jan Pedersen*, SU 2002, 368 og *Camilla Rønne*, SU 1998, 154. For så vidt angår spørgsmålet om allokering af indkomst er norsk ret så vidt ses påvirket af delingsreglerne i Sktl. kap. 12, som er stærkt omdiskuterede og har været genstand for mange ændringer i de seneste år, jf. bl.a. *Ole Gjems-Onstad*, Norsk bedriftsskatterett, s. 759-974 og *Frederik Zimmer*, Lærebok i skatterett, s. 413-417.
48. Der bortses fra svensk ret fordi retningslinjer svarende til OECD's Transfer Pricing Guidelines er ikke inkorporeret i den svenske lovgivning, jf. *Jens Wittendorff* SU 2003, 53, *Jan Pedersen*, SU 2002, 368 og *Gunnar Rabe & Johan Bojs*, Det svenska skattesystemet, s. 496-500, men det antages, at disse retningslinjer kan fungere som vejledende normer ved retsanvendelsen, jf. *Stefan Bergqvist*, SU 1999, 295. Der findes endvidere ikke i Sverige egentlige retsregler om allokering af indkomst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab. Svensk ret herom beror hovedsagelig på retspraksis. Denne praksis er kort refereret i SOU 2002:52, s. 188-199.
49. Med den betydning, som reglerne om transfer pricing i LL § 2 har fået for fiksering af indkomst i henhold til dansk ret, kunne der også være lagt vægt på fransk, spansk, belgisk, portugisisk eller hollandsk ret, idet disse lande i perioden 1998-2002 har revideret deres transfer pricing lovgivning, jf. *Jan Pedersen*, SU 2002, 368.
50. Selve den amerikanske lovbestemmelse om beskatning af fikseret indkomst er meget kortfattet, men de til bestemmelsen hørende regulativer er nærmest overvældende.

er gennemgribende reguleret dels i den føderale lovgivning, dels i form af nogle set med danske øjne særdeles omfattende regulativer,[51] som de amerikansk myndigheder har udstedt. Det er dernæst tillagt betydning, at der i amerikansk ret har været lovgivet om navnlig fiksering af indkomst, længe inden den første lovgivning herom så dagens lys i Danmark. En studie af amerikansk ret kan derfor give et fingerpeg om, hvorledes de danske regler fremover kan udvikles. Hertil kommer, at den centrale bestemmelse om fiksering af indkomst i dansk ret – LL § 2 – i henhold til forarbejderne er i overensstemmelse med forarbejderne til OECD's retningslinjer om transfer pricing, og at disse retningslinjer dels var inspireret af USA's regulativer, dels var produktet af et begrænset indbyrdes samarbejde og koordination mellem USA og OECD.[52] De amerikanske retningslinjer er imidlertid mere præcise og detaljerede end OECD's retningslinjer. Endelig er der lagt vægt på, at spørgsmålet om transfer pricing tages meget alvorligt i USA, eftersom myndighederne er af den faste overbevisning, at mange mia. USD årligt unddrages den amerikanske beskatning som følge heraf.

I USA anslog skattemyndighederne i 1999, at den amerikanske stat årligt blev unddraget 12,8 mia. USD i amerikanske selskabsskatter som følge af dispositioner mellem koncernforbundne selskaber.[53] Heraf var 1,7 mia. USD opdaget ved en revision af selskabernes regnskaber, mens de resterende 11,1 mia. USD beroede på et skøn over problemets omfang.

Den 1/7 1999 var der for de føderale amerikanske domstole anlagt transfer pricing sager, som – hvis de alle blev vundet af de amerikanske skattemyndigheder – ville føre til forhøjelser på 2,8 mia. USD.

Tallene må læses med en vis skepsis. Tidligere præsident Clinton bebudede således i sin valgkamp, at der i perioden 1994-1998 kunne indhentes yderligere 45 mia. USD i skatteindtægter hos amerikanske datterselskaber, der kontrolleredes af udenlandske modersel-

51. Disse regulativer må nærmest sidestilles med danske cirkulærer.
52. De amerikanske regulativer blev udstedt i 1994. OECD udsendte sine såkaldte »Guidelines« i 1995. Se nærmere *Michael Glarbo*, SU 1997, 227 og *Jan Pedersen*, R&R 2003, 1, 6.
53. Se hertil *Michael Sørensen & Ria Falk*, der i TfS 1993, 254 anførte, at udenlandske koncerners handel med amerikanske datterselskaber medførte et årligt provenutab på 30 mia. USD. Dette tal anses for at være tvivlsomt af forfatterne selv, af *Jan Pedersen*, Transfer pricing, 1998, s. 7 og af *Henrik Dam* i Skatteret – Speciel del, 2004, XIV, 1, men var dog i overensstemmelse med de amerikanske skattemyndigheders opfattelse i starten af 1990'erne. Det blev dengang også fremhævet, at de udenlandsk kontrollerede amerikanske selskaber havde en effektiv skatteprocent på mindre end 1 pct. (0,6 pct.), idet selskaberne i 1989 omsatte for omregnet 6 billioner kr. men alene betalte – omregnet – 37,2 mia. kr. i skat. Se til sidstnævnte *Jens Wittendorff*, SpO 1993, 163 og *Jan Pedersen*, SU 1993, 278.

skaber.[54] I hans økonomiske program blev dette tal først reduceret til 3,8 mia. USD, for senere at blive hævet til 3,885 mia. USD.[55]

USA må derfor i det hele anses for at være et retningsgivende land inden for navnlig spørgsmålet om transfer pricing,[56] der i dag er et centralt led i de danske regler om beskatning af fikseret indkomst.

Engelsk ret blev primært valgt, fordi antallet af korrektioner, der foretages med hjemmel i reglerne om transfer pricing, blev femdoblet fra 200 mio. GBP i 1999 til 1 mia. GBP i 2000.[57] På baggrund heraf var der ved valget af engelsk ret en forventning om, at de nye regler om transfer pricing, som England vedtog i 1998,[58] og som fik virkning for regnskabsperioder eller skatteansættelser, der afsluttes eller foretages fra og med den 1/7 1999, kunne være et eksempel til efterlevelse i Danmark. Ved valget af engelsk ret blev der for det andet lagt vægt på, at OECD's retningslinjer om transfer pricing blev tæt integreret i den engelske lovgivning med det resultat, at engelsk ret i større omfang end dansk ret følger disse retningslinjer. Der blev endelig lagt vægt på, at den engelske lovregel om transfer pricing – i modsætning til de danske og amerikanske lovregler, der er meget kortfattede – er meget detaljeret.

Reglerne om allokering af indkomst har som det ses kun haft mindre betydning for valget af fremmed ret. Dette beror hovedsagelig på, at der kun i begrænset omfang i fremmed ret – ligesom i dansk ret – findes detaljerede *lovregler* om, hvorledes en indkomst skal allokeres i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab.

3. Afgrænsning

Temaet for afhandlingen er afgrænset til reglerne om allokering og fiksering af indkomst i forholdet mellem en selskabsdeltager og det selskab, hvori den pågældende er deltager. Afgrænsningen indeholder tre led.

For det første behandles alene reglerne om allokering og fiksering af indkomst, cfr. reglerne om periodisering og kvalificering af indkomst, selvom også sidstnævnte regelsæt omhandler forskydninger af indkomst mellem selskabsdeltager og selskab (nedenfor 3.1).

---

54. Jf. *Michael Sørensen & Ria Falk*, TfS 1993, 254.
55. Jf. *Leif Weizman*, SU 1993, 295.
56. Jf. også *Jan Pedersen*, SU 1993, 278 og *Claus Engelsted*, SR-Skat 1994, 465.
57. Jf. *Jan Pedersen*, R&R 2003, 1, 6.
58. Taxes Act Sched. 28AA. De nye regler var allerede annoncerede i 1996, jf. også *Peter S. Andersen & Rikke Skipper-Pedersen*, SU 1998, 43.

For det andet behandles alene regler om allokering og fiksering af indkomst, cfr. regler om allokering og fiksering af udgifter m.v. (nedenfor 3.2).

For det tredje analyseres som udgangspunkt alene reglerne om allokering og fiksering i forholdet mellem en selskabsdeltager og det selskab, hvori den pågældende er deltager. Allokering og fiksering af indkomst i forholdet mellem nærstående, f.eks. nærstående fysiske personer, og i forholdet mellem f.eks. fonde og deres beneficianter, behandles som hovedregel ikke (nedenfor 3.3).

Det er ikke formålet med afhandlingen at analysere, i hvilket omfang selskabsdeltagers og selskabs dispositioner kan tilsidesættes i henhold til den såkaldte realitetsgrundsætning eller med baggrund i synspunkter om skatteretlig omgåelse. En efterprøvelse af realitetsgrundsætningen eller en undersøgelse af, i hvilket omfang dispositioner, som helt eller delvist er foretaget med henblik på omgåelse af skattelovgivningen, kan tilsidesættes i skatteretlig henseende, falder uden for emnet. Reglerne om allokering og fiksering af indkomst er dog i dele af den juridiske teori blevet forklaret med udgangspunkt i realitetsgrundsætningen, hvorfor en omtale af denne ikke helt kan undgås (nedenfor 3.4).

Der ses endvidere i alt væsentligt bort fra de problemstillinger, som reglerne om allokering og fiksering af indkomst kan give anledning til ved grænseoverskridende dispositioner, herunder spørgsmålet om EU-rettens betydning for reglerne om allokering og fiksering af indkomst og reguleringer i medfør af dobbeltbeskatningsoverenskomster m.v. (nedenfor 3.5).

Af pladsmæssige årsager har det endelig været nødvendigt at bortse fra de såkaldte sekundære korrektioner (nedenfor 3.6).

3.1 Indkomstforskydning

Reglerne om allokering og fiksering af indkomst vedrører samme grundlæggende problemstilling: Skal selskabsdeltager eller selskab beskattes af en indkomst, som selskabsdeltager eller selskab ikke har oppebåret?[59] Når et selskab i Havnemølle-dommen[60] beskattes af indkomsten hidrørende fra korntørreriet, sker det på trods af, at indkomsten var oppebåret af et interessentskab og dermed af de selskabsdeltagere, som var interessenter i interessentskabet. Selskabet havde hverken oppebåret indkomsten eller krav på denne. Når en selskabsdeltager beskattes af en fikseret rente ved udlån til sit selskab, er der ligeledes tale om en beskatning af en indkomst, som selskabsdeltageren hverken har krav på eller har oppebåret. Beskatningen af selskabsdeltager eller selskab ligger derfor langt fra udgangspunkt i SL § 4, hvorefter alene den fremkaldte indkomst beskattes hos den, der har oppebåret indkomsten.

---

59. Jf. nedenfor III, 5.1.1.
60. UfR 1960.535 H.

Når en sådan beskatning alligevel finder sted, beror det på en – i øvrigt korrekt – forestilling om, at indkomsten i modsat fald kan forskydes i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab.[61] Det havde f.eks. haft skattemæssige fordele for selskabsdeltagerne i Havnemølle-dommen, hvis indkomsten var blevet oppebåret og beskattet i interessentskabet,[62] frem for at selskabet som hidtil blev beskattet af indkomsten og derefter udloddede den til selskabsdeltagerne, der tillige skulle betale skat af udbyttet. På samme måde kan f.eks. en selskabsdeltagers rentefri udlån til selskabet være ansporet af, at selskabsdeltager ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst vil medregne en renteindtægt, og/eller at selskabet ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst kan udnytte rentefradraget.

En i skattemæssig henseende ukorrekt allokering eller fiksering af en indkomst er imidlertid alene to ud af i alt fire forskellige måder, hvorpå indkomsten kan forskydes. Afhandlingen vedrører derfor ikke alle former for *indkomstforskydning*. De andre former for forskydning af en indkomst – en ukorrekt periodisering eller kvalificering af indkomsten – omtales kort nedenfor.

Spørgsmålet om, hvorledes indkomsten skal *kvalificeres*, fremtræder i forskellige afskygninger i dansk skatteret.

Det er for det første spørgsmålet om, hvorledes en indkomst skal karakteriseres i skattemæssig henseende, f.eks. om den skal anses for at være en lønindkomst eller et aktieudbytte, om den er en rente eller en provision, om den er betaling for goodwill eller nøglepenge, etc.[63] Den retlige kvalifikation af indkomsten har for det andet et perspektiv i relation til personbeskatningen, idet indkomsten for personer skal opdeles i en almindelig skattepligtig indkomst, en personlig indkomst, en kapitalindkomst, en aktieindkomst og en CFC-indkomst.

Når en indkomst kvalificeres på en måde, som ikke er retvisende, kan den forskydes. I forholdet mellem selskabsdeltager og selskab kan den samlede beskatning af en indkomst f.eks. forskydes ved, at et udbytte – eller en del heraf – ukorrekt betegnes som en løn. Selskabet forsøger da at få fradrag for et beløb, som ikke er fradragsberettiget.[64] Samtidig ændres beskatningen af selskabsdeltageren, idet et udbytte for personers vedkommende beskattes anderledes end en lønindkomst.[65] I praksis findes talrige sager om denne problemstilling, herunder

---

61. Se om disse forskydninger nedenfor II og III, 5.1.1.
62. Det vil sige hos selskabsdeltagerne, da interessentskabet i skattemæssig henseende var transparent.
63. Se om spørgsmålet f.eks. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 384-393, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 378-381 og *Michael Serup*, R&R 1990, 7, 29.
64. En lønudgift er fradragsberettiget, jf. SL § 6, i modsætning til et udbytte.
65. Et aktieudbytte beskattes med 28 eller 40 pct. En lønindkomst skal medregnes til den personlige indkomst og beskattes med arbejdsmarkedsbidrag og særligt pensionsbidrag, i alt 9 pct.,

navnlig for så vidt angår spørgsmålet om fordelingen af en afståelsessum på flere aktiver, når disse aktiver behandles forskelligt i skattemæssig henseende.[66]

Periodisering er spørgsmålet om, i hvilket indkomstår en indkomst skal beskattes, eller en udgift skal fradrages. I nogle tilfælde fører en periodisering af indkomsten til, at den skal beskattes over flere indkomstår.

Hvis en indkomst periodiseres på en måde, som ikke er korrekt, vil den blive forskudt fra et indkomstår til et andet indkomstår. For selskabsdeltager og selskab kan indkomsten f.eks. forsøges udskudt på ubestemt tid, således at den ikke kommer til beskatning i noget indkomstår inden for en overskuelig fremtid.[67] Forskydningen kan imidlertid også have en kortere horisont, f.eks. således at en indkomst, som selskabsdeltageren har erhvervet ret til i et indkomstår, i skattemæssig henseende søges udskudt til det næste indkomstår på grund af den progressive beskatning af personers indkomst.

Reglerne om, hvorledes en indkomst skal periodiseres eller kvalificeres i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, er utvivlsomt interessante problemstillinger, som kunne analyseres nærmere i sammenhæng med reglerne om, hvorledes en indkomst skal allokeres og fikseres i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab. Det er imidlertid ikke inden for rammerne af afhandlingen muligt at redegøre udtømmende for alle fire problemstillinger.

3.2 Indkomst

Afhandlingen er afgrænset til reglerne om allokering og fiksering af *indkomst*, cfr. reglerne om allokering og fiksering af *udgifter*, herunder driftsomkostninger, driftstab og tab ved afhændelse formuegoder.[68]

Årsagen hertil er først og fremmest, at en indkomst i skattemæssig henseende behandles anderledes end en udgift eller et tab. Dette beror navnlig på udgangspunktet i SL § 4, hvorefter al indkomst som hovedregel er skattepligtig, mens driftsomkostninger og driftstab alene er fradragsberettigede, hvis de er anvendt

---

samt kommunale skatter, bundskat, og eventuelt også mellemskat, topskat og kirkeskat, i alt maksimalt 58 pct.

66. Se om praksis *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 384-393.
67. Højesteret tilsidesatte f.eks. i TfS 1989, 170 H et arrangement, hvor en række personer og selskaber havde tilrettelagt bogføring, regnskabsperioder og generalforsamlinger på en sådan måde, at retserhvervelsestidspunktet for selskabernes overskud blev udskudt med den virkning, at den væsentlige del heraf ikke kom til beskatning, men ville cirkulere frem og tilbage mellem to kommanditselskaber.
68. Som følge heraf ses der også bort fra moms- og toldretlige forhold. Jf. herom *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 47-49.

til at erhverve, sikre eller vedligeholde indkomsten, jf. SL § 6.[69] Disse forskelle har navnlig den betydning, at den skattepligtige må dokumentere eksistensen af en fradragsberettiget udgift eller tab, forinden dette kan fradrages.[70] For sagerne om allokering og fiksering af udgifter og tab har dette haft afgørende betydning, idet et fradrag ofte er blevet helt eller delvist nægtet allerede fordi udgiften ikke er anset for at være fradragsberettiget med hjemmel i SL § 6.[71] Spørgsmålet om, hvorvidt allokeringen eller fikseringen af udgiften var korrekt, fik som følge heraf ikke betydning.[72]

For det andet vedrører sagerne om fiksering af udgifter spørgsmålet om, hvorvidt en selskabsdeltager eller et selskab skal have et *mindre* fradrag end det, der er betalt og fremkaldt. Ved afhændelse af formuegoder vedrører sagerne ligeledes spørgsmålet om, hvorvidt en selskabsdeltager eller et selskab skal have fradrag for et *mindre* tab end det, der er fremkaldt ved afhændelsen af formuegodet. I modsætning hertil vedrører sagerne om fiksering af indkomst spørgsmålet om, hvorvidt selskabsdeltager eller selskab skal beskattes af et *større* beløb end det, der er fremkaldt og oppebåret. Ved fiksering af en indkomst forhøjes indkomsten således direkte til et *ikke fremkaldt* beløb, mens udgiften eller tabet i sagerne om fiksering af udgifter ofte nedsættes til et mindre beløb end det *»fremkaldte«*.[73] Der er imidlertid også tilfælde, hvor der indrømmes fradrag for en udgift eller et tab, som reelt ikke er afholdt.

Se f.eks. Højesterets dom i Coloplast-sagen, TfS 2002, 1036 H, hvor Coloplast fik fradrag for et ikke fremkaldt »tab«, der opstod ved udstedelse af medarbejderaktier, idet medarbejderne tegnede aktierne til favørkurs.[74]

---

69. For driftstab er det omdiskuteret, om hjemlen til fradrag er SL § 6, en analogi af denne bestemmelse eller sammenhængen mellem SL §§ 4-6, jf. hertil *Steen Askholt* i Lærebog om indkomstskat, s. 242. For så vidt angår tab ved afhændelse af formuegoder findes hjemmel til fradrag dels i de særlige avancebeskatningslove, dels i SL § 5, litra a.
70. Jf. også *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284 og Skatteudnyttelse, s. 336: »Den almindelige driftsomkostningslære vil her kunne finde anvendelse til afgørelse af, om en given udgift er fradragsberettiget«.
71. Det er navnlig ikke nødvendigt at henvise til LL § 2 for at nægte et sådant fradrag, jf. f.eks. TfS 1999, 950 H.
72. Se også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 388, der korrekt anfører, at det låntagende selskab kan nægtes fradrag for en renteudgift, hvis der er aftalt en for høj rente, jf. SL §§ 6 a og 6 e, uden hensyntagen til bestemmelsen i LL § 2.
73. En nedsættelse af de fradragsberettigede udgifter vil selvfølgelig alt andet lige indirekte påvirke opgørelsen af den samlede indkomst.
74. Som anført af *Jan Pedersen* i R&R 2003, SM 26 kan dommen i relation til reglerne om fiksering næppe tages til udtryk for andet og mere, end at der til den hermed overførte lønmodtagerfordel svarer en fradragsberettiget lønudgift.

3.3 Selskabsdeltager og selskab

Redegørelsen for reglerne om allokering og fiksering af indkomst er begrænset til de regler, der gælder i forholdet mellem en selskabsdeltager og det selskab, som den pågældende er deltager i.

Ved en selskabsdeltager forstås i denne sammenhæng for det første en aktionær, anpartshaver eller en anden fysisk eller juridisk person, der ejer kapitalandele i et selskab. Dette svarer til definitionen i årsregnskabslovens bilag 1, litra A, nr. 6. For det andet anses en fysisk eller juridisk person for at være selskabsdeltager, hvis den pågældende råder over stemmerettigheder i et selskab, uanset at den pågældende ikke ejer kapitalandele i selskabet. Denne definitionen går videre end den selskabsretlige definition af begrebet, men er nødvendig ved en beskrivelse af reglerne om allokering og fiksering af indkomst. Selskabsdeltagere kan være både fysiske og juridiske personer, herunder f.eks. aktie- eller anpartsselskaber.[75]

Kapitalandele er i overensstemmelse årsregnskabslovens bilag 1, litra A, nr. 1, defineret som andele i aktieselskaber (aktier), i anpartsselskaber (anparter) eller i andre selskabers egenkapital, herunder navnlig selskaber med begrænset ansvar (s.m.b.a.), som udsteder kapitalandele.[76] Ved stemmerettigheder forstås den ret, som en selskabsdeltager har til at stemme på et selskabs generalforsamling.

Endelig forstås der ved selskaber aktieselskaber, anpartsselskaber eller andre lignende virksomheder, som udsteder kapitalandele, der ejes af selskabsdeltagere, og som er selvstændige skattesubjekter i henhold til SEL § 1. Forholdet mellem en selskabsdeltager og et skattemæssigt transparent selskab, som udsteder kapitalandele – f.eks. et kommanditselskab – omhandles således ikke.[77] Der bortses ligeledes fra forholdet mellem to eller flere selskabsdeltagere, som deltager i et såkaldt personselskab, f.eks. et interessentskab.[78]

Afhandlingen vedrører også forholdet mellem to eller flere koncernforbundne selskaber. Et selskab, der er koncernforbundet med et andet selskab, kan ikke i traditionel forstand betegnes som en »selskabsdeltager«. For at være selskabsdeltager forudsættes, at et selskab direkte eller indirekte ejer kapitalandele eller råder over stemmerettigheder i et andet selskab.

---

75. Begrebet anvendes traditionelt i bredere sammenhæng, jf. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Lærebog i selskabsret I, s. 20-21.
76. Den traditionelle selskabsretlige definition af begrebet er langt fra så entydig, jf. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Lærebog i selskabsret I, s. 18-20.
77. Der ses derfor også bort fra selskaber, som vil blive anset for at være transparente i medfør SEL § 2 A.
78. Reglerne om allokering af indkomst i forholdet mellem deltagere af personselskaber er analyserede af *Liselotte Hedetoft Madsen*, Beskatning ved deltagelse i personselskaber, s. 159-195.

Af hensyn til fremstillingens form anvendes begrebet »selskabsdeltager og selskab« imidlertid som synonym for forholdet mellem koncernforbundne selskaber. Et koncernforbundet selskab anses således for at være selskabsdeltager i et andet koncernforbundet selskab i kraft af, at selskaberne er interesseforbundne, allerede fordi de kontrolleres af samme kreds af selskabsdeltagere.

3.4 Realitetsgrundsætningen og omgåelse

I den såkaldte realitetsgrundsætning[79] antages det, at faktisk foretagne dispositioner kan tilsidesættes eller ombenævnes i skatteretlig henseende, hvis dispositionerne ikke har et realøkonomisk indhold, således at der helt ses bort fra de faktisk foretagne dispositioner, eller at disse gives et andet (fiktivt) indhold, der lægges til grund ved beskatningen.[80] Hovedindholdet er således, at beskatningen kan rettes mod den faktiske økonomiske realitet på bekostning af den modstående civilretlige formalitet.[81] Det kræves dog, at der er en klar uoverensstemmelse med dispositionens realitet og formalitet.[82]

Denne grundsætning beror på en forudsætning om, at den skatteretlige retsanvendelse ikke retter sig mod det økonomiske indhold af skatteyderens dispositioner, men i stedet mod den civilretlige kvalifikation af disse. Når dispositioner tilrettelægges på en sådan måde, at de får en anden civilretlig form end deres realøkonomiske indhold, er dette udgangspunkt imidlertid ikke tilstrækkeligt, idet skatteyderne alene ønsker at opnå skattemæssige fordele uden de tilsvarende civilretlige følger.[83]

Det antages visse steder i den juridiske teori, at grundsætningen ikke indebærer hjemmelsmæssige problemer, idet grundsætningen ikke indebærer fortolkninger eller analogislutninger ud over de berørte skatteloves klare ordgrænse. Dette er ifølge disse dele af den juridiske teori en følge af, at realitetsgrundsæt-

---

79. Realitetsgrundsætningen er introduceret af *Jan Pedersen* i hans disputats »Skatteudnyttelse«.
80. Jf. navnlig *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 435-448, Transfer pricing, s. 36-38 og TfS 2000, 142, *Christian Homilius* SpO 2000, 333 og *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16.
81. Som teksten *Jan Pedersen*, TfS 2000, 142.
82. Jf. *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 36: »Generalklausulen er forbeholdt tilfælde, hvor der foreligger en klar uoverensstemmelse mellem den indre realitet og den ydre fremtoning«, og, s. 37: »Generalklausulen forudsætter en klar uoverensstemmelse mellem en indre realitet og en ydre formel fremtoning« og s. 37: »Klausulen forudsætter en indiskutabel konstatering af, at almindelige og normale forretningsmæssige dispositioner er tilsidesat til fordel for tomme og skattebetingede dispositioner således, at dispositionernes form står i modsætning til deres reelle indhold«. Se også *Jan Pedersen* i Skatteretten 1, s. 130: »Generalklausulen anvendes ved en klar uoverensstemmelse mellem den indre realitet og den ydre formelle fremtoning«.
83. Jf. *Jan Pedersen*, TfS 2000, 142.

ningen ændrer faktum, således at faktum falder inden for ordgrænsen.[84] Denne antagelse er imidlertid omdiskuteret og er for nylig blev bestridt i en afhandling, som netop vedrører det skatteretlige legalitetsprincip.[85]

Om realitetsgrundsætningen anføres endelig i dele af den juridiske teori, at det som følge af dens natur ikke er muligt at angive mere konkrete og klare rammer for dens anvendelsesområde.[86]

Det kan diskuteres, om allokering eller fiksering af indkomst ikke er udtryk for en ændring i overensstemmelse med realitetsgrundsætningen eller grundsætninger om skatteretlig omgåelse under henvisning til, at den ydre form for allokeringen eller fikseringen ikke svarer til arrangementets virkelige indhold. Dette kan imidlertid ikke uden videre antages.

Det kan for det første ikke uden videre antages, at der ikke er lovhjemmel til at korrigere den aftalte allokering eller fiksering af en indkomst. Forinden en anvendelse af realitetsgrundsætningen overhovedet overvejes, må det derfor undersøges, i hvilket omfang en sådan lovhjemmel findes. Navnlig i lyset af den kritik, som realitetsgrundsætningen er blevet udsat for,[87] er det magtpåliggende at afklare dette spørgsmål.

Det kan for det andet ikke uden nærmere undersøgelse antages, at en korrektion efter reglerne om fiksering af indkomst forudsætter, at der er nogen forskel på en transaktions ydre form og dens indre indhold. Den pris og de vilkår, der er aftalt vedrørende transaktionen, kan således være formelt som reelt aftalt, ligesom transaktionens parter kan have haft et reelt ønske om at handle på de aftalte priser og vilkår.[88] Den af selskabsdeltageren og selskabet aftalte allokering af indkomsten kan ligeledes være udtryk for, hvad der såvel formelt som reelt er arrangementets virkelige indhold.

For det tredje må det undersøges, om reglerne om allokering og fiksering af

---

84. Således *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 444-445, Transfer pricing, s. 37, Skatteretten 1, s. 130 og TfS 2000, 142.
85. Af *Jacob Graff Nielsen*, Legalitetskravet ved beskatning, s. 345-351, der anser den forudsatte ændring af faktum for at være i strid med hjemmelskravet ved beskatningen.
86. Således *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 438-442, og TfS 2000, 142.
87. Se f.eks. *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 100-109 og SpO 1984, 96, *Jacob Graff Nielsen*, Legalitetskravet ved beskatning, s. 345-351, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 376-381, *Thøger Nielsen*, Den evige udfordring, Dansk Skattevidenskabelig forening, 1965-1990, s. 46ff, *Isi Foighel*, R&R 1991, 5, 60 og *I.A. Strobel*, SR-Skat 1991, 377.
88. Anderledes *Bent Ramskov*, TfS 1998, 319, men jf. *Aage Michelsen*, R&R 2003, 1, SM 2: »Bent Ramskov, TfS 1998.319, p. 853 f forsøger at fortolke Højesterets henvisning til omgåelsessynspunktet som en henvisning til den såkaldte ulovhjemlede »realitetsgrundsætning«, hvorved sigtes til, at den ydre form ikke svarer til transaktionens reelle indhold. Dette kan ikke tiltrædes, idet der lige netop i rentefikseringstilfældene ikke er nogen forskel på den ydre form og transaktionens reelle indhold. Der er ganske enkelt hverken formelt eller reelt aftalt, at der skal erlægges en rente for et ydet lån«.

indkomst har et klart anvendelsesområde. I så fald vil henvisningen til en abstrakt realitetsgrundsætning, der ifølge sin natur ikke kan konkretiseres, selvklart ikke være hensigtsmæssig.

Det kan endelig ikke uden videre antages, at en korrektion efter reglerne om allokering eller fiksering af indkomst forudsætter, at det konkret kan bevises, at der ved den aftalte korrektion eller fiksering er tilsigtet en omgåelse eller udnyttelse af skattelovgivningen.

Heraf følger ikke, at principper svarende til en realitetsgrundsætning eller om skatteretlig omgåelse ikke kan tillægges vægt ved vurderingen af, om en disposition skal tilsidesættes i skattemæssig henseende. En efterprøvelse af realitetsgrundsætningens anvendelsesområde falder imidlertid uden for afhandlingens rammer.

3.5 Grænseoverskridende dispositioner

Det er ikke formålet med afhandlingen at give en redegørelse for, hvorledes der skal forholdes, når en allokering eller fiksering på tværs af landegrænser udløser en *international dobbeltbeskatning*.[89]

Baggrunden herfor er for det første, at spørgsmålet om international dobbeltbeskatning har vidtrækkende betydning, som bedre kan belyses ved en sammenhængende analyse af reglerne herom end ved en isoleret analyse af de problemstillinger, der opstår ved en korrektion af en grænseoverskridende disposition i medfør af reglerne om allokering eller fiksering af indkomst. Reglerne om international dobbeltbeskatning er endvidere allerede indgående analyseret.[90]

Der vil heller ikke blive redegjort nærmere for, hvilken betydning *EU-retten* har for dansk rets regler om allokering og fiksering af indkomst.

Årsagen hertil er, at EU på grund af traktatmæssige hindringer i alt væsentligt er afskåret fra at sætte dagsordenen ved udviklingen af en national eller euro-

---

89. For så vidt angår reglerne om transfer pricing, findes regler om løsning af sådanne problemstillinger i OECD's modeloverenskomst art. 9. Se hertil *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 367-369, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 81-86 og 269-272, *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 244-247, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 418-419, *Jakob Bundgaard*, Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, s. 219-220 og *Leif Weizman*, SpO 1992, 194. For så vidt angår dansk rets vedkommende må det antages, at bestemmelserne i art. 9 ikke begrænser adgangen til at foretage en korrektion efter dansk ret – hverken efter LL § 2 eller SL §§ 4-6, jf. også så vidt ses *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 368.
90. Jf. navnlig *Aage Michelsens* monografi »International skatteret« og *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, Afsnit I. Se særligt om dobbeltbeskatning i relation til transfer pricing *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 166-172.

pæisk skatteret.[91] Der er således kun et fåtal retsakter fra EU, som hidtil har haft betydning for national dansk skatteret, når bortses fra selve EU-traktaten, som har haft væsentlig betydning for dansk skatteret.

Hertil kommer, at de forslag, der udarbejdes af EU, som oftest tilsigter en harmonisering af medlemsstaternes nationale lovgivninger. Dette gælder ikke mindst inden for skatteretten, hvor EU har været mere optaget af at sikre vilkårene for Det Indre Marked end af at reformere de enkelte landes skattesystemer. Arbejdet får derved større karakter af et forsøg på at nedbryde allerede eksisterende barrierer end egentlig nyskabende udvikling.

Den hidtidige udvikling inden for EU støtter denne opfattelse. Det første bidrag til reglerne om fiksering af indkomst i EU-regi var konventionen om voldgiftsbehandling af dobbeltbeskatning i forbindelse med bl.a. transfer pricing («Konvention om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud«, 90/436/EØF).[92] Selv om denne konvention i sig selv kunne betragtes som »epokegørende«,[93] ændrer det ikke ved, at den ikke flyttede så meget som ét komma i de danske regler om beskatning af fikserede indkomster. Konventionen indeholdt i det væsentlige alene formelle bestemmelser om løsning af en dobbeltbeskatning som følge af transfer pricing korrektioner. Formålet med konventionen var da også at undgå økonomisk dobbeltbeskatning af europæiske koncerner som følge af, at en ændring af priser og vilkår for et eller flere af koncernens selskaber, der blev foretaget i ét EU-land, ikke blev respekteret i andre EU-lande.[94] Konventionen blev ratificeret af Danmark ved lov nr. 763 af 27/11 1992 og havde virkning fra og med den 1/1 1995. Den var fra starten tidsbegrænset i 5 år og udløb derfor den 31/12 2000, men der er udarbejdet en tillægsprotokol, som vil genoplive konventionen, når protokollen er underskrevet af alle EU-lande. Dette er endnu ikke sket.

Da konventionen udløb, havde der ikke været én eneste sag om dobbeltbe-

---

91. Gennemførelse af retsakter i EU inden for de direkte skatters område kræver enstemmighed, og denne enstemmighed har hidtil været særdeles vanskelig at opnå.
92. Konventionen blev til i EU-regi, men blev gennemført i form af en folkeretlig traktat og ikke som et direktiv. Jf. om konventionen LV 2004-1 S.I.2.13.2, *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 294-303 og SU 1993, 278, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 454, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 273-288, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 419, *Jakob Bundgaard*, Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, s. 221-226, *Søren Næsborg Jensen*, EU-Selskabsskatteret, s. 340-365 og SU 1995, 90, *Flemming Heegaard*, SU 1993, 359, *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129, *Aage Michelsen*, R&R 1996, 7, 15 og *Jens Wittendorff*, SR-Skat 2003, 57.
93. Således *Jan Pedersen*, SU 1993, 278 og R&R 2003, 1, 6.
94. Jf. *Jan Pedersen*, SU 1993, 278 og R&R 2003, 1, 6. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, 1998, s. 294-303 og *Jacob Bundgaard & Jens Wittendorf*, Armslængde princippet & Transfer pricing, s. 273-288.

skatning som følge af transfer pricing korrektioner.[95] Årsagen hertil må dels søges i det forhold, at myndighederne formentlig forinden var nået til enighed om korrektionerne, dels i konventionens artikel 7, stk. 3, hvorefter voldgiftens udtalelse ikke er bindende, hvis en kontraherende stats lovgivning ikke tillader de kompetente myndigheder at fravige afgørelser, som er truffet af det pågældende lands retsinstanser. Selv om konventionen fulgte den procedure, der kendtes fra dobbeltbeskatningsoverenskomsterne – med undtagelse af, at der var en tvungen voldgift, hvis staterne ikke umiddelbart kunne blive enige om at løse dobbeltbeskatningen – var dens anvendelsesområde således væsentligt begrænset. Ved grænseoverskridende transaktioner har selskabsdeltager og selskab reelt haft valget mellem at få prøvet den nationale korrektion ved en domstol og at få prøvet en uoverensstemmelse mellem de berørte landes skattemyndigheders korrektioner ved voldgiften.[96]

EU-kommissionen har tidligere bebudet regler om samhandel mellem interesseforbundne parter, uden at dette har ført til resultater af betydning. I Rudingrapporten fra 1992[97] anbefaledes, at alle lande tiltrådte EU-konventionen om voldgiftsbehandling af transfer pricing spørgsmål.[98] Forslag til harmonisering af reglerne om allokering og fiksering af indkomst fandtes ikke i rapporten.

Det seneste initiativ fra EU-kommissionen – EU-kommissionens arbejdspapir om beskatning i det indre marked af 23/10 2001[99] – indeholder set med danske øjne heller ikke nogen nyskabelser af betydning for en analyse af reglerne om allokering og fiksering af indkomst. I arbejdspapiret beskrives en række aktuelle problemstillinger, som kan virke hæmmende for de koncerner, der opererer på det europæiske marked, uden at disse problemstillinger dog karakteriseres som værende i strid med EU-retten. EU-kommissionen angiver en række løsninger på disse problemer, som navnlig vedrører de uhensigtsmæssigheder, der fremkommer ved, at en primær korrektion i ét EU-land ikke automatisk følges op af en tilsvarende primær (såkaldt korresponderende) korrektion i et andet EU-land.[100]

Derudover er der etableret et »Joint EU Transfer Pricing Forum« som har afholdt seks møder.[101] Forummets hovedopgaver er af pragmatisk, ikke lovgiv-

---

95. Jf. også *Jørgen Juul Andersen & Laila Rasmussen*, SU 2003, 49.
96. Se hertil *Flemming Heegaard*, SU 1993, 359.
97. Rapporten fremkom som følge af, at EU-kommissionen i 1990 på initiativ af skattekomissær Scrivener havde nedsat en komité, der skulle undersøge behovet for at harmonisere beskatningen af erhvervsdrivende inden for det europæiske fællesskab.
98. Se hertil KOM(75)391, *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129 og *Erik Overgaard*, SU 1993, 195.
99. Towards an Internal Market without tax obstacles, KOM(2001) 582.
100. Arbejdspapiret er gennemgået i hovedtræk af *Jan Pedersen* i R&R 2003, 1, 6.
101. EU-kommissionen anbefalede nedsættelsen af et sådant forum i sit arbejdspapir om beskatning

ningsmæssig karakter. Det vil sige, at forummet skal arbejde inden for de rammer, som de enkelte landes lovgivning udstikker. Arbejdet koncentrerer sig derfor om at ensarte fortolkningen af OECD's retningslinjer om transfer pricing, at forbedre samarbejdet mellem landene i de tilfælde, hvor en transaktion er grænseoverskridende, og at foreslå forbedringer af de nuværende instrumenter til modvirkning af dobbeltbeskatning, herunder dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og voldgiftskonventionen.[102]

I og med, at der ses bort fra de EU-retlige aspekter, vil det heller ikke blive indgående analyseret, om de danske eller engelske regler om allokering og fiksering af indkomst er i strid med EU-retten, herunder navnlig traktatens diskriminations- og restriktionsforbud. Der kan imidlertid med en vis vægt argumenteres for, at reglerne om allokering og fiksering af indkomst er begrundet i saglige hensyn, herunder at de anvendes uden forskelsbehandling, at de er begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, at reglerne netop er egnede til at opfylde det formål, de forfølger, og at de ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet.[103] I den forbindelse må det understreges, at reglerne ikke hindrer den fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser, men blot stiller krav om, at transaktioner mellem interesseforbundne parter skal ske på armslængde-vilkår.[104] Hertil kommer, at nationale foranstaltninger, der skal bekæmpe unddragelse af skatter, og/eller som skal sikre en effektiv kontrol med skatterne, af EF-domstolen anses for at være tvingende almene hensyn, som kan begrunde begrænsninger af de rettigheder, der følger af traktaten.[105] Selv kravet om, at der skal påvises en konkret skatteunddragelse, jf. sag C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, præmis 51, må anses for at være opfyldt. Endelig må det bemærkes, at EU-landene, netop fordi der ikke findes fælles EU-retlige regler om forskydning af indkomst, i kraft af navnlig dobbeltbeskatningsoverenskomsterne har indgået bilaterale aftaler, hvor kriterierne for fordelingen af indkom-

---

i det indre marked af 23/10 2001. Rådet gav sin tilslutning hertil den 11/3 2002 (Press:48, Nr: 6596/02). Forummet er sammensat af én formand, én person fra hvert lands skatteadministration og ti anerkendte eksperter i transfer pricing, jf. EU-kommissionens meddelelse af 19/7 2002 (IP/02/1105). Forummets virke kan følges på internet-adressen: http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing.htm#forum.

102. Se også *Jens Wittendorff*, SR-Skat 2003, 57.

103. Se hertil sag C-212/97, Centros, præmis 34.

104. Se hertil sag C-118/96, Jessica Safir.

105. Se f.eks. sag C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, præmis 57, med henvisninger til sag C-264/96, ICI, præmis 26, sagerne C-397/98 og C-410/98, Metallgesellschaft & Hoechst, præmis 57, sag C-436/00, X og Y, præmis 61, sag C-324/00, Lankhorst-Hohorst, præmis 37, sag C-120/78, Cassis de Dijon, præmis 8, sag C-250/95, Futura Participants og Singer, præmis 31 og sag C-254/97, Baxter, præmis 18.

sten er fastlagte. EF-domstolen respekterer som udgangspunkt denne fordeling af beskatningen.[106]

For så vidt angår spørgsmålet om fiksering af indkomst skal det i øvrigt bemærkes, at EU-domstolen i en afgørelse, der er optrykt som TfS 1996, 730 EU, jf. TfS 1994, 880 Ø, har konstateret, at en beskatning af en fikseret rente hos et moderselskab, der har ydet sit datterselskab et rentefrit lån, ikke er i strid med EU's regler om kapitaltilførselsafgift.[107]

3.6 Sekundære korrektioner

I forbindelse med beskrivelsen af reglerne om allokering og fiksering af indkomst må det konstateres, at skattemyndighedernes korrektioner i medfør af disse regler – de såkaldte primære korrektioner – kan føre til yderligere korrektioner: De såkaldte sekundære korrektioner, som nogle gange ligefrem bliver til tertiære korrektioner. Det er grundigt overvejet, om afhandlingen bør omtale disse korrektioner. På den ene side vedrører de ikke selve korrektionen af den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering eller fiksering af indkomsten. På den anden side er de utvivlsomt en følge af denne korrektion og har væsentlige skattemæssige konsekvenser. Af pladsmæssige hensyn har det imidlertid i alt væsentligt været nødvendigt at se bort fra de sekundære korrektioner.[108]

4. Formål

4.1 Det overordnede formål: Allokering og fiksering af indkomst

Formålet med afhandlingen er som nævnt ovenfor at analysere reglerne om allokering og fiksering af indkomst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, herunder i forholdet mellem koncernforbundne selskaber. En undersøgelse heraf er påkrævet af flere grunde.

---

106. Jf. f.eks. sag C-336/96, Gilly, præmis 24 og 30 samt sag C-307/97, Saint Gobain, præmis 56. I sag C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, lagde EF-domstolen til grund, at en dobbelbeskatningsaftale ikke vedrørte fordelingen af beskatningsretten. Se også *Michael Kirkegaard Nielsen & Sara Stentz Ludvigsen*, SU 2003, 384.
107. Se herom delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37), *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 390 og R&R 1995, 2, SM 33, *Michael Kirkegaard Nielsen*, TfS 1992, 266, *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345, *Jan Pedersen*, TfS 1995, 81,*Ole Bjørn*, SR-Skat, 1995, 14, SR-Skat 1996, 6 og SR-Skat 1997, 61 samt *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1995, 869 og TfS 1996, 661.
108. Der bortses ligeledes fra reglerne om omgørelse, jf. SSL § 37 C, og armslængde-betaling, jf. LL § 2, stk. 4.

For det første er indkomstens allokering og fiksering af helt afgørende betydning for beskatningen af denne. Indkomstbeskatningen giver således ikke megen mening, hvis der ikke er regler om, hvem der skal beskattes af en indkomst, som hidrører fra en indkomstskabende aktivitet, og hvilken indkomst den pågældende skal anses for at have fremkaldt som følge af en indkomstskabende aktivitet. Reglerne om allokering og fiksering af indkomst er derfor en del af skatterettens grundlæggende regler, som er en forudsætning for, at de øvrige materielle regler om beskatning kan virke efter hensigten. De er med andre ord en del af indkomstbegrebet.

For det andet syntes sondringen mellem allokering og fiksering af indkomst at have en betydelig aktualitet og relevans for skatteretten i kraft af stadig flere afgørelser og lovregler herom.

På trods heraf er området for det andet ikke grundlæggende analyseret i dansk ret. Principperne om allokering og fiksering af indkomst undergives som oftest en stedmoderlig behandling, idet overvejelser herom i de fleste monografier om dansk skatteret fortrænges af fremstillinger af mere lovteknisk komplicerede regler, som skatteretten er kendt for. Reglerne om allokering og fiksering af indkomst bliver endvidere ikke behandlet under ét, men derimod som løsrevne problemstillinger uden indre sammenhæng.

Analysen af reglerne om allokering og fiksering af indkomst har derfor som overordnet formål at undersøge, om der er regler herom, hvilke regler der i givet fald er herom, hvorledes disse regler er udformet, og hvorfor eventuelle regler herom findes og har fået den udformning, som de nu engang har. Det overordnede formål er derfor at finde ud af, hvorledes dansk skatteret er indrettet med henblik på at håndtere denne grundlæggende problemstilling.

4.2 Årsager

Et af formålene med afhandlingen er som ovenfor nævnt at analysere, hvorfor der er regler om allokering og fiksering af indkomst.

På den ene side vil det blive undersøgt, hvad der kan være årsag til, at en indkomst allokeres eller fikseres på en sådan måde af selskabsdeltager og selskab, at det i henhold til lovgivningen og praksis er nødvendigt at korrigere den faktisk foretagne allokering eller fiksering. Denne analyse foretages ud fra en – ganske vist forudindtaget – opfattelse af, at regler om allokering og fiksering af indkomst strengt taget ikke vil være nødvendige, hvis årsagerne til, at ukorrekte allokeringer eller fikseringer af indkomst finder sted i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, kan fjernes.

På den anden side skal det undersøges, hvorfor der findes regler, som kan korrigere den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte fordeling af indkomsten.

Det forventes, at disse årsager vil være sammenhængende, således at årsagen til den aftalte og »ukorrekte« allokering eller fiksering netop er den samme som årsagen til, at allokeringen eller fikseringen bliver korrigeret.

4.3 Interessefællesskab

Det kan diskuteres, om en korrektion af den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering eller fiksering af en indkomst forudsætter, at der består et vist interessefællesskab mellem en selskabsdeltager og et selskab ud over det, som allerede består i, at selskabsdeltageren er deltager i selskabet.

Afhandlingen har derfor til formål at analysere, om et særligt interessefællesskab er påkrævet, hvorfor dette i givet fald er tilfældet, og hvilken form for særligt interessefællesskab der i så fald kræves.[109]

Det vil ses, at der er en afgørende forskel mellem på den ene side praksis om interessefællesskabet i henhold til navnlig SL § 4, og på den anden side de lovhjemlede regler om interessefællesskabet i LL § 2. Ved en analyse af de krav til interessefællesskabet, der stilles i henhold til LL § 2, stk. 2, er det endvidere blevet klart, at den relativt enkle formulering dækker over nogle komplicerede – og ofte uafklarede – matematiske konstellationer.

4.4 Allokering og fiksering – gældende ret

En indgående beskrivelse af gældende ret om allokering og fiksering af indkomst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab er uundgåelig i betragtning af afhandlingens overordnede formål.

Ved analysen af lovgivning og praksis blev det som nævnt ovenfor klart, at beskrivelsen af gældende ret i den hidtidige litteratur langt fra er tilstrækkelig. Lovgivningens regler om allokering og fiksering af indkomst behandles sjældent, når bortses fra LL § 2, der til gengæld har været behandlet i et utal artikler og ikke så få monografier. For så vidt angår praksis er reglerne om beskatning af fikserede renter i henhold til SL § 4 indgående beskrevet i et meget stort antal artikler og til dels også i den juridiske litteratur – men praksis om beskatning af fikseret indkomst er endnu ikke behandlet under ét.[110] Praksis om beskatning af fikserede lønvederlag, provisioner og kapitalgevinster m.v. er således alene sted-

---

109. En større del af afhandlingen er tilegnet en analyse heraf, eftersom reglerne om interessefællesskabet – i modsætning til f.eks. LL § 2 og praksis om beskatning af fikserede renter – ikke var synderligt indgående beskrevet i dansk ret.

110. Langt størstedelen af de næsten hundrede artikler, der er skrevet om rentefiksering, er således en kommentar til den seneste afgørelse på tidspunktet for artiklens offentliggørelse med en mere eller mindre sporadisk henvisning til tidligere praksis.

moderligt behandlet. Den righoldige praksis om allokering af indkomst er i alt væsentligt uomtalt i den juridiske litteratur, når bortset fra enkelte afgørelser som f.eks. den foran omtalte Havnemølle-dom (UfR 1960.535 H) og Aage Haugland-dommen (TfS 1998, 485 H). Den hidtidige teori er derfor i vidt omfang orienteret om enkeltstående afgørelser samtidig med, at reglerne om allokering og fiksering af indkomst nærmest er parteret og henvist til spredt behandling i forbindelse med en redegørelse for de enkelte skattelove.

Afhandlingen har derfor som formål at udfinde gældende ret ud fra en analyse af lovgivning og praksis. Det er navnlig et formål at undersøge, om der på baggrund af praksis kan udledes generelle grundsætninger om allokering og fiksering af indkomst, som ganske vist har hjemmel i lov, men som tager udgangspunkt i mere eller mindre vidtgående fortolkninger af lovgivningen.

Denne analyse af gældende ret har efterfølgende været en betydelig inspiration til, hvorledes reglerne om allokering af indkomst kan kodificeres og ændres, således at der dannes et nyt indkomstbegreb.

Behandlingen af LL § 2 har voldt nogle vanskeligheder, dels fordi der kan skrives uendeligt meget om denne bestemmelse, dels fordi der allerede er skrevet meget om bestemmelsen. Det er imidlertid udelukket at forbigå LL § 2 i tavshed ved en analyse af reglerne om fiksering af indkomst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab; Dertil har bestemmelsen en alt for central placering i dansk skatteret. Formålet med redegørelsen for LL § 2 er imidlertid klart blevet påvirket af den megen litteratur om bestemmelsen.

I stedet for – endnu engang – udtømmende at redegøre for, hvorledes bestemmelsen skal anvendes,[111] er det ét af formålene at undersøge, om LL § 2 som anført i forarbejderne til bestemmelsen er en kodificering af den hidtidige praksis om fiksering af indkomst. Analysen af LL § 2 har dernæst fået som formål at undersøge, hvilket anvendelsesområde bestemmelsen har fået, herunder om den kan anvendes – eller burde kunne anvendes – til en korrektion i form af en ændring af indkomstens allokering.

5. Systematik

For at kunne behandle reglerne om allokering og fiksering af indkomst er det nødvendigt at definere begreberne allokering og fiksering, at undersøge de teoretiske ligheder og forskelle på begreberne og at belyse årsagerne til, at en indkomst allokeres eller fikseres ukorrekt i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab. Dette er formålet med kapitel II-IV, som udgør afhandlingens 1. del.[112]

111. En slavisk redegørelse herfor ville heller ikke have megen videnskabelig nyhedsværdi.
112. Kapitel II er en indledning til afhandlingens 1. del.

Herefter redegøres for, hvilket interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab en korrektion efter reglerne om allokering eller fiksering af en indkomst forudsætter. Til brug for analysen heraf i kapitel V-IX, der udgør afhandlingens 2. del, har det været nødvendigt at udvikle en række nye begreber, der præsenteres i kapitel VI. Dernæst sondres mellem de krav til interessefællesskabet, som skal være opfyldt, for at en korrektion kan finde sted efter LL § 2 om transfer pricing (kapitel VIII), og de krav, der skal være opfyldt, for at en korrektion kan finde sted efter en af de øvrige regler om allokering eller fiksering af indkomst (kapitel VII).[113]

Selve reglerne om allokering og fiksering af indkomst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab behandles i henholdsvis kapitel X-XIV, som er afhandlingens 3. del, og kapitel XV-XX, der er afhandlingens 4. del.

I afhandlingens 3. del analyseres hjemmelen til korrektioner af indkomstens allokering efter SL §§ 4-6 og hjemlen til sådanne korrektioner i den øvrige lovgivning i henholdsvis kapitel XI og XII.[114] Derefter analyseres den omfattende praksis om dette spørgsmål i kapitel XIII.[115]

Den samme fremgangsmåde anvendes i afhandlingens 4. del. I kapitel XVI redegøres for, i hvilket omfang der i medfør af SL §§ 4-6 måtte være hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst. Dernæst undersøges i kapitel XVII, hvornår der er hjemmel til sådanne korrektioner i henhold til den øvrige lovgivning. Den meget omfattende retspraksis herom beskrives i kapitel XVIII. Afhandlingens 4. del adskiller sig dog på et område fra afhandlingens 3. del: Reglerne om transfer pricing i LL § 2 indeholder en så vidtgående hjemmel til beskatning af fikseret indkomst, at denne bestemmelse behandles adskilt fra de øvrige hjemmelsgrundlag. Anvendelsesområdet for LL § 2 analyseres derfor særskilt i kapitel XIX.[116]

Afhandlingen afrundes dels med en sammenfatning af de resultater og synspunkter, der er fremkommet i ovenstående analytiske dele, dels med forslag til en grundlæggende ændring af det danske indkomstbegreb (kapitel XXI).

---

113. Indledning og sammenfatning findes i kapitel V og IX.
114. Beskatning af en allokeret indkomst forudsætter således utvivlsomt en positiv lovhjemmel.
115. Kapitel X er en indledning, og kapitel XIV er en sammenfatning.
116. En indledning til reglerne om fiksering af indkomst findes i kapitel XV, og en sammenfatning findes i kapitel XX.

1. DEL

Om allokering og fiksering

Kapitel II

Allokering, fiksering og bærende hensyn

1. Formål og systematik

Emnet for afhandlingen er som nævnt ovenfor afgrænset til en analyse af reglerne allokering og fiksering af indkomst i forholdet mellem selskab og selskabsdeltager.[1] Begreberne selskab og selskabsdeltager er allerede defineret,[2] og forholdet mellem disse – interessefællesskabet – analyseres i afhandlingens 2. del.[3]

Formålet med dette afsnit er derfor først og fremmest af definere, hvad der forstås ved henholdsvis allokering og fiksering af indkomst, dvs. hvad begreberne omfatter.[4] I tilslutning hertil beskrives forskelle på og ligheder mellem begreberne indkomstallokering og indkomstfiksering.[5] På baggrund heraf redegøres for, om reglerne om allokering og fiksering af indkomst efterfølgende kan behandles samlet under ét, eller om det ved den efterfølgende analyse er nødvendigt at sondre mellem på den ene side allokeringssituationen og på den anden side fikseringssituationen.

For det andet undersøges, hvad der kan være årsag til, at selskab og selskabsdeltager forsøger at forskyde en indkomst i kraft af en bestemt allokering eller fiksering af indkomsten. En analyse af selskab og selskabsdeltagers bevæggrunde kan selvsagt ikke være udtømmende. Ved identificeringen af årsagerne tages derfor udgangspunkt i en analyse af, hvilke fiskale interesser reglerne om

1. Jf. ovenfor I, 3.3.
2. Ovenfor I, 3.3.
3. V-IX.
4. III, 3 og 4.
5. III, 5.

allokering og fiksering af indkomst skal beskytte.[6] I tilknytning hertil skitseres en række andre økonomiske, handelsmæssige og civilretlige baggrunde for, at en indkomst allokeres eller fikseres på en bestemt måde.[7]

Det overordnede formål med afhandlingens 1. del er derfor at fastlægge de teoretiske rammer for allokering og fiksering af indkomst, således at de efterfølgende kan konfronteres med lovgivningen og praksis herom.

2. Terminologi

I terminologisk henseende antages det, at selskabsdeltager og selskab kan *aftale* en bestemt allokering eller fiksering af en indkomst. Det vil sige, at selskabsdeltager og selskab kan aftale, hvem der skal være rette indkomstmodtager, herunder hvem en indkomst fra tredjemand skal beskattes hos, og hvilke priser og vilkår der skal anvendes ved udøvelse af f.eks. en indkomstskabende aktivitet.

Den aftalte allokering eller fiksering af en indkomst kan i skattemæssig henseende være korrekt eller ukorrekt. Ved en *korrekt* allokering eller fikseringen af indkomsten forstås, at den aftalte allokering eller fiksering er i overensstemmelse med den allokering eller fiksering af indkomsten, der skal foretages i henhold til reglerne om allokering og fiksering af indkomst.

Reglerne om allokering og fiksering af indkomst er derfor de regler, der gælder om den korrekte allokering eller fiksering af en indkomst.

Ved en *ukorrekt* allokering eller fiksering af indkomsten forstås, at indkomsten ikke er allokeret eller fikseret på en måde, som er i overensstemmelse med reglerne om allokering og fiksering af indkomst. Dette kan enten bero på, at der mellem selskabsdeltager og selskab er indgået en udtrykkelig aftale om en bestemt allokering eller fiksering af indkomsten, som er ukorrekt. Den ukorrekte allokering eller fiksering kan imidlertid også følge af en stiltiende aftale mellem selskabsdeltager og selskab eller være en følge af, at selskabsdeltager og selskab end ikke har overvejet spørgsmålet om den korrekte allokering eller fiksering af indkomsten.

Den ukorrekte fiksering af en indkomst kan også omfatte den situation, at en indkomstskabende aktivitet udøves uden betaling af vederlag, hvad enten dette beror på, at der ikke er aftalt noget vederlag, eller at aktiviteten ifølge aftale skal udøves vederlagsfrit. En sådan aftale om indkomstens fiksering anses for at være ukorrekt i alle de tilfælde, hvor den indkomstskabende aktivitet i henhold til

6. IV, 2.
7. IV, 3.

reglerne om fiksering af indkomst burde have været udøvet mod betaling af et vederlag.

> Dette er f.eks. tilfældet, når et udlån i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab er foretaget rentefrit, og der i henhold til reglerne om fiksering af indkomst burde være aftalt en rente.

Den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering og fiksering af indkomsten kan *korrigeres*, således at selskabsdeltager eller selskab *beskattes* af en allokeret eller fikseret indkomst i overensstemmelse med reglerne om allokering og fiksering af indkomst.

En beskatning i overensstemmelse med den af selskabsdeltager og selskab aftalte allokering eller fiksering af indkomsten vil i sproglig henseende strengt taget også være en beskatning af en allokeret eller fikseret indkomst, hvad enten den aftalte allokering eller fiksering af indkomsten er korrekt eller ukorrekt. Det lægges imidlertid til grund, at en indkomst, der ikke er korrekt fikseret eller allokeret, ikke vil blive beskattet, forinden den aftalte allokering eller fiksering er blevet korrigeret af skattemyndighederne. I det omfang, det anføres, at en fikseret eller allokeret indkomst beskattes, forudsættes det derfor for det første, at denne indkomst er korrekt fastsat.

For det andet forudsættes, at indkomsten er blevet korrigeret i henhold til reglerne om allokering eller fiksering af indkomst. En beskatning af en fikseret eller allokeret indkomst omfatter derfor ikke de tilfælde, hvor selskabsdeltagers og selskabs aftalte om indkomstens allokering og fiksering lægges til grund for beskatningen. Der kunne i terminologisk henseende sondres mellem en beskatning af en *korrigeret* allokeret eller fikseret indkomst, således at beskatningen i alle andre tilfælde blev omtalt som en beskatning af en *aftalt m.v.* allokeret eller fikseret indkomst. I sproglig henseende er det imidlertid mere enkelt at omtale førstnævnte som en beskatning af en allokeret eller fikseret indkomst, al den stund det er underforstået, at den korrekte allokering eller fiksering af indkomsten er foretaget af skattemyndighederne. Sidstnævnte omtales i stedet som en beskatning af den aftalte m.v. indkomst, idet det er underforstået, at også denne indkomst er allokeret eller fikseret i medfør af selskabsdeltagers og selskabs aftale.

Kapitel III

Allokering og fiksering

1. Indledning

I dette kapitel analyseres den teoretiske baggrund for regler om allokering og fiksering af indkomst med udgangspunkt i tre aspekter af nogle samlebegreber, der kan betegnes som teoretiske indkomstbegreber: Det såkaldt traditionelle indkomstbegreb (nedenfor 2) og to sider af det såkaldt udvidede indkomstbegreb, der betegnes som henholdsvis indkomstallokering og indkomstfiksering (nedenfor 3 og 4).

De ovenfor nævnte indkomstbegreber er udtænkt med henblik på en teoretisk analyse af reglerne om allokering og fiksering af indkomst og er derfor betegnet som *teoretiske*. Det forudsættes derfor ikke, at nogle af disse indkomstbegreber er gældende dansk ret. Det nedenfor opstillede såkaldte teoretiske traditionelle indkomstbegreb må navnlig ikke forveksles med indkomstbegrebet, således som det er kommet til udtryk i SL §§ 4-6, selvom det har væsentlige fællestræk med sidstnævnte.[1] Der er endvidere tale om *samlebegreber*, som der ikke kan deduceres løsninger fra.[2]

I den hidtidige juridiske litteratur er der ikke foretaget teoretiske analyser af indkomstallokering og indkomstfiksering, herunder om der er teoretiske forskelle på reglerne om allokering og fiksering af indkomst, og hvori disse forskelle i givet fald måtte bestå. Som følge heraf sondres der ikke altid skarpt mellem på den ene side indkomstallokering og på den anden side indkomstfiksering.[3] Forskelle på og ligheder mellem de problemstillinger, som begreberne

---

1. Se om indkomstbegrebet i henhold til SL §§ 4-6 nedenfor XI og XVI.
2. Cfr. »realitetsgrundsætningen«, der anses for at være et almenbegreb, som der kan deduceres løsninger fra.
3. Se f.eks. *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16, der behandler TfS 2001, 176 LSR som en sag om indkomstfiksering, selvom sagen vedrører allokering af indkomst. Se også *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53, der ved diskussionen om den skattemæssige anerkendelse af nye forretningsmodeller behandler sager om allokering af indkomst sammen med sager om fiksering af indkomst.

dækker over, vil derfor efterfølgende blive fremhævet (nedenfor 5). På baggrund heraf afgøres det, om regler om allokering og fiksering af indkomst kan behandles under ét, eller om de må behandles adskilt.

Det vil ses, at de udvidede indkomstbegreber har et vist slægtskab med de situationer, der traditionelt behandles som afkald på en indkomst. Derfor redegøres endelig for, hvorledes der i teoretisk henseende må sondres mellem på den ene side allokering og fiksering af indkomst og på den anden side afkald på indkomst (nedenfor 6).

2. Et traditionelt indkomstbegreb

Et traditionelt indkomstbegreb kan defineres som et indkomstbegreb, der giver hjemmel til at beskatte en indkomst, som et skattesubjekt – betegnet som »den skattepligtige« – har *fremkaldt* (nedenfor 2.1) og *oppebåret* (nedenfor 2.2).

2.1 Den fremkaldte indkomst

Ved en fremkaldt indkomst forstås, at en indkomst er opstået og derved kan konstateres og værdiansættes, dvs. at der fysisk og faktisk foreligger en indkomst bestående i penge eller formuegoder af pengeværdi. Dette forudsætter, at der i civilretlig henseende er erhvervet et retskrav på en indkomst.[4]

Denne indkomst vil typisk være opstået som følge af en indkomstskabende aktivitet. I de tilfælde er indkomsten fremkaldt – dvs. skabt – af den, som har udøvet den indkomstskabende aktivitet. Denne indkomstskabende aktivitet kan f.eks. være et udført arbejde, en gevinst ved handel med aktiver eller et afkast af en investering.

> Den skattepligtige kan f.eks. have fremkaldt en løn eller en rente i og med, at den skattepligtige ifølge aftale med arbejdsgiver eller låntager har erhvervet ret til en løn eller en rente.

Det er selvsagt frugtesløst at forsøge at opregne alle mulige former for indkomstskabende aktiviteter i henhold til et traditionelt indkomstbegreb. Aktiviteten kan i sagens natur have en hvilken som helst form, som kan være årsag til, at en indkomst fremkaldes.

> I det gældende indkomstbegreb i SL § 4 tilkendegives af samme grund, at al indkomst er

4. Se hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 80-81, der bl.a. anfører, at det »ikke er muligt at opstille konkrete kriterier for, hvornår realisationen skal anses for at være sket«.

skattepligtig, uanset hvilken aktivitet indkomsten udspringer af. Eksemplificeringen i SL § 4, litra a-f, omhandler en række aktiviteter, hvoraf nogle stadig er ofte forekommende – f.eks. arbejde, tjeneste eller bistandsydelse af en hvilken som helst art, jf. SL § 4, litra a – mens andre i alt væsentligt er gået af brug, f.eks. sportler, emolumenter og klosterhævning, jf. SL § 4, litra c.[5]

De oftest forekommende årsager til indkomst kan til gengæld opregnes og opsummeres som

– en arbejdsindsats,
– afståelse af et formuegode eller
– investering i et formeugode.[6]

Når det ovenfor anføres, at *den skattepligtige* skal have fremkaldt en indkomst, forudsættes det endvidere, at årsagen til, at indkomsten er opstået, kan tilskrives den skattepligtige. Indkomsten skal med andre ord konkret være opstået som følge af den skattepligtiges forhold.

Det er imidlertid ikke hermed forudsat, at den skattepligtige har udøvet en indkomstskabende aktivitet. Indkomsten kan også fremkaldes som følge af, at den skattepligtige har en særlig status i forhold til indkomstens ophav. Den skattepligtige kan f.eks. være beneficiant i forhold til en fond, en modtager af en gave eller – hvis den skattepligtige er et selskab – en modtager af et tilskud. Den skattepligtige kan også modtage en lovpligtig ydelse, f.eks. et underholdsbidrag, en social ydelse, en pension eller lignende.

Fælles for disse situationer er, at den skattepligtige alt andet lige har forholdt sig passivt, men ikke desto mindre har fremkaldt en indkomst. Årsagen til, at en indkomst er fremkaldt er derfor ikke en aktivitet, men derimod selve forholdet mellem den skattepligtige og den, der tilvejebringer indkomsten.[7] Disse former for passiv fremkaldelse af indkomsten betegnes i det følgende som

---

5. Ved L 175: Forslag til lov om ophævelse af 100 love og retsforskrifter. (Ophævelse af mere end 100 love og retsforskrifter, der er forældede og uden retlig nødvendighed), der blev fremsat den 28/2 2001 af Kim Behnke (UP), Thorkild B. Fransgaard (UP) og Kirsten Jacobsen (UP), blev de tre sidstnævnte begreber derfor foreslået ophævet. Skatteministeren oplyste ved ved besvarelse af Skatteudvalgets spørgsmål nr. 229 og 230 af 18/9 2000, jf. alm. del – bilag 712, at SL § 4 henvisninger til sportler, emolumenter og klosterhævninger kunne ophæves. Ministeren fandt dog, at en ændring af statsskatteloven burde omfatte en fuldstændig gennemskrivning af lovteksten, og ikke en isoleret ændring af enkelte bestemmelser.
6. De samme overordnede inddelinger af den indkomstskabende aktivitet genfindes i SL §§ 4 og 5.
7. Denne del af et traditionelt indkomstbegreb har væsentlig betydning for de såkaldte sekundære korrektioner, jf. nedenfor 5.1.4.

– et gavemiljø,
– et tilskuds- eller udbyttemiljø eller
– et lovmiljø.

Det kunne om disse tilfælde anføres, at indkomsten beskattes allerede fordi den er oppebåret, uanset om den tillige er fremkaldt. Dette ville imidlertid dels forudsætte en teoretisk synsvinkel, hvorefter en indkomst udelukkende kan fremkaldes som følge af en indkomstskabende aktivitet, dels forudsætte en ændring af det ovenfor definerede traditionelle indkomstbegreb, således at beskatningen af en indkomst alene forudsætter, at den er oppebåret af den skattepligtige, uanset om den skattepligtige har fremkaldt denne eller ej. Et traditionelt indkomstbegreb, som alene forudsætter, at indkomsten er oppebåret, forekommer enkelt og besnærende, men er i teoretisk henseende meget problematisk, idet indkomsten da i teoretisk henseende så at sige opstår af ingenting. Hvis beskatningen ensidigt fokuserer på den oppebårne indkomst, uanset hvordan den er kommet den skattepligtige i hænde, og der derfor f.eks. bortses fra, hvem der har erlagt den til indkomsten svarende ydelse til den skattepligtige, vil det i teoretisk henseende ikke være muligt at graduere en beskatning af indkomst alt afhængig af dens karakter og forholdet mellem den skattepligtige og den, der har tilvejebragt ydelsen.

I de situationer, hvor en indkomstskabende aktivitet er udøvet, uden at der derved er opstået nogen konstaterbar indkomst, foreligger der ikke en fremkaldt indkomst. Den indkomst, som kunne være skabt ved, at den indkomstskabende aktivitet på sædvanlig vis var blevet udøvet mod betaling af et vederlag i form af penge eller formuegoder af pengeværdi, betegnes tværtimod som en ikke fremkaldt indkomst.

På samme måde betegnes f.eks. de gaver, som kunne være givet i forholdet mellem nærstående, ikke som fremkaldte, al den stund sådanne gaver rent faktisk ikke er givet. Gavemiljøet har jo netop ikke givet sig udslag i konstaterbare gaver. En social ydelse eller en anden lovpligtig ydelse, der ikke er blevet betalt, betragtes heller ikke som fremkaldt.

En indkomst, som ikke er fremkaldt, kan som nævnt ovenfor ikke beskattes i henhold til et traditionelt indkomstbegreb.

Den skattepligtige kan derfor ikke i henhold til det ovenfor omtalte traditionelle indkomstbegreb beskattes af f.eks. en løn eller en rente, som ikke er skabt ved den skattepligtiges indkomstskabende aktivitet, f.eks. fordi den skattepligtige ifølge aftale med arbejdsgiver eller låntager ikke har krav på henholdsvis en løn eller en rente.

Den skattepligtige beskattes heller ikke af en gave, som aldrig er givet, eller en lovpligtig ydelse, som ikke er blevet udbetalt.

2.2 Den oppebårne indkomst

Den oppebårne indkomst er den indkomst, som den skattepligtige har fået i hænde. Dette forudsætter, at en indkomst er fremkaldt. Hvis indkomsten ikke er fremkaldt – dvs. hvis der ikke faktisk foreligger en indkomst i form af penge eller formuegoder af pengeværdi – er der de facto ikke nogen indkomst, som kan oppebæres af nogen skattepligtig.

Har den skattepligtige f.eks. ikke fremkaldt nogle gaver som følge af et gavemiljø, kan den ikke givne gave selvsagt ikke være oppebåret af nogen.

I henhold til et traditionelt indkomstbegreb kan den skattepligtige ikke beskattes af en indkomst, som den pågældende ikke har fået i hænde.

Selv om den skattepligtige har fremkaldt f.eks. en rente eller en løn ved sin indkomstskabende aktivitet, kan renten eller lønnen i henhold til det ovenfor omtalte traditionelle indkomstbegreb ikke beskattes hos den skattepligtige, hvis den er oppebåret af et andet skattesubjekt.[8]

På samme måde kan en lovpligtig ydelse ikke beskattes hos den skattepligtige i medfør af det her omtalte teoretiske, traditionelle indkomstbegreb, hvis den skattepligtige ikke har oppebåret ydelsen.

2.3 Beskatningen

I mange tilfælde vil der være en sammenhæng mellem den fremkaldte og oppebårne indkomst, idet en skattepligtig vil fremkalde en indkomst som følge af sin indkomstskabende aktivitet og tillige oppebære denne.

En sædvanlig lønmodtager fremkalder således en indkomst som følge af sit arbejde, og

---

8. Det samme gælder, hvis indkomsten er fremkaldt, men endnu ikke er blevet udbetalt af indkomstens ophav. I disse tilfælde må indkomsten anses for at være oppebåret af den, som endnu ikke har betalt indkomsten, eller anses for endnu ikke at være oppebåret af nogen. Forudsættes det, at indkomsten er fremkaldt, og ifølge aftalen skal oppebæres af andre end indkomstens ophav, må tidspunktet for beskatningen afgøres i overensstemmelse med reglerne om indkomstens periodisering. Hvis indkomsten skal oppebæres af andre end den, som har fremkaldt indkomsten, må spørgsmålet om, hvorvidt den skal beskattes, endvidere afgøres i overensstemmelse med reglerne om allokering af indkomst. Er det derimod aftalt, at indkomsten skal oppebæres af indkomstens ophav, svarer det til, at der aldrig er fremkaldt en indkomst. Om en indkomst skal beskattes må i disse tilfælde afgøres i overensstemmelse med reglerne om fiksering af fiksering af indkomst. Se nærmere nedenfor 3 og 4.

indkomsten udbetales til lønmodtageren, som dermed oppebærer denne. Sælgeren af en vare fremkalder som hovedregel også en indkomst ved salget, og i det omfang salgssummen udbetales til sælger, vil den pågældende også have oppebåret indkomsten. En folkepensionist fremkalder en indkomst som følge af, at den pågældende er berettiget til folkepension som følge af lovgivningen, og oppebærer indkomsten ved at få pensionen udbetalt.

I lige så mange andre tilfælde vil en indkomst hverken være fremkaldt eller oppebåret. Den dovne, dumme eller ligeglade, som hverken vil, kan eller overvejer at arbejde, eller som ikke vil, kan eller overvejer at investere sin formue, vil således hverken fremkalde eller oppebære en indkomst. Et traditionelt indkomstbegreb opstiller ikke noget krav om, at den skattepligtige skal arbejde eller skal investere sin formue. Den ikke fremkaldte og ikke oppebårne indkomst modsvares derfor af, at der ikke sker nogen beskatning.

Et traditionelt indkomstbegreb er, som det ses, i mange situationer fuldt ud tilstrækkeligt til at beskatte den skattepligtige, idet en indkomst enten er fremkaldt og oppebåret hos ét bestemt skattesubjekt eller ikke er oppebåret og fremkaldt af det pågældende skattesubjekt. Kendetegnede for disse situationer er som oftest, at den skattepligtige enten har udvist en indkomstskabende aktivitet og dermed har fremkaldt og oppebåret en indkomst eller ikke har udvist en indkomstskabende aktivitet og som følge heraf hverken har fremkaldt eller oppebåret en indkomst.

Der kan som nævnt ovenfor også forekomme tilfælde, hvor en indkomst er fremkaldt og oppebåret, selvom der ikke er udvist nogen indkomstskabende aktivitet, f.eks. når indkomsten tager form af en gave, en uddeling, et tilskud, bistandshjælp, dagpenge, offentlige pensioner, etc. Indkomsten anses da for at være fremkaldt som følge af forholdet mellem indkomstens ophav og modtager.

Et traditionelt indkomstbegreb som det her omtalte kan herefter sammenfattes i fire grundsætninger:

- Der skattepligtige udøver en indkomstskabende aktivitet og fremkalder og oppebærer som følge heraf en indkomst, der beskattes hos den skattepligtige.
- Den skattepligtige udøver ikke en indkomstskabende aktivitet og hverken fremkalder eller oppebærer dermed en indkomst. Der finder ingen beskatning sted.
- Den skattepligtige fremkalder og oppebærer en indkomst, selvom der ikke er udøvet en indkomstskabende aktivitet. Indkomsten beskattes hos den skattepligtige.

Det følger endelig for det fjerde af et traditionelt indkomstbegreb, hvorledes der skal forholdes, når

– den skattepligtige har udvist en indkomstskabende aktivitet, men ikke har fremkaldt og/eller ikke har oppebåret en indkomst: Indkomsten skal ikke beskattes hos den skattepligtige.

Er indkomsten både fremkaldt og oppebåret hos et andet skattesubjekt, skal denne skattepligtige i stedet beskattes af indkomsten. Er indkomsten derimod fremkaldt af et skattesubjekt og oppebåret af et andet skattesubjekt, finder der i henhold til et traditionelt indkomstbegreb i princippet ikke nogen beskatning sted.

Et traditionelt indkomstbegreb som det her omtalte afstår således dels fra beskatning, når der er fremkaldt en indkomst som følge af en indkomstskabende aktivitet, men indkomsten ikke er oppebåret af den skattepligtige, som har fremkaldt denne, dels når en indkomst på trods af en indkomstskabende aktivitet hverken er fremkaldt eller oppebåret. I disse situationer er det teoretiske, traditionelle indkomstbegreb ikke tilstrækkeligt til at beskatte den skattepligtige, idet enten den ene eller begge forudsætninger for en beskatning – fremkaldelse og oppebærelse – er bristet. Hjemmel til en eventuel beskatning må da i stedet søges i reglerne om indkomstallokering og indkomstfiksering.

3. Indkomstallokering

Indkomstallokering er spørgsmålet om, hvem der er rette indkomstmodtager, idet reglerne om indkomstallokering har til formål at finde det skattesubjekt (den skattepligtige), der skal beskattes af en given indkomst. Når dette skattesubjekt er fundet i overensstemmelse med reglerne om indkomstallokering, medregnes den givne indkomst ved opgørelsen af den skattepligtiges indkomst i overensstemmelse med de regler, der måtte gælde for indkomst af den pågældende type.

Indkomstallokering kunne også betegnes som distribution, fordeling, omdeling eller uddeling af indkomst. Disse udtryk vækker imidlertid associationer om en form for opdeling af indkomsten, hvilket ingenlunde nødvendigvis er tilfældet eller påkrævet ved en allokering af en indkomst.

3.1 Indkomst, aktivitet, ophav og modtager

For at allokere en indkomst kræves for det første, at der foreligger en *indkomst*; Det vil sige noget, der kan allokeres. Det, der ikke er fremkaldt, kan selvsagt

ikke tildeles nogen. For så vidt angår spørgsmålet om allokering er det uden betydning, om denne indkomst er skattepligtig, delvist skattepligtig eller skattefritaget. Det er også uden betydning, hvilken skatteretlig kvalifikation indkomsten skal have, hvornår den – om overhovedet – skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, og hvorledes den skal beskattes. Kravet er alene, at der foreligger en indkomst, idet allokeringen er præjudicerende for de andre spørgsmål. Indkomsten kan grafisk symboliseres ved hjælp af en pil.

↓ Indkomst

Indkomsten må nødvendigvis have et *ophav*, det vil sige et sted, hvorfra den oprinder.

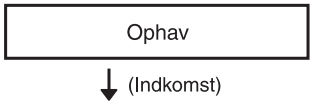
> I kildeskatteloven omtales dette ophav som en kilde.[9] Udtrykket »ophav« anvendes her i stedet for »kilde«, idet kildeskatteloven både omfatter det, der her betegnes som indkomstens ophav, og det, der nedenfor vil blive betegnet som den indkomstskabende aktivitet.[10]

Ved indkomstens ophav forstås den, der faktisk tilvejebringer de penge eller det formuegode af pengeværdi, der betegnes som indkomsten. Dette vil altid være en fysisk eller juridisk person, idet en genstand eller et dyr ikke i sig selv kan tilvejebringe en indkomst. Det er således kun fysiske og juridiske personer, der kan være indkomstens ophav. Dette gælder, uanset hvilken type af indkomst der er tale om. Et formueafkast vil således ikke have formuen som ophav, men derimod den fysiske eller juridiske person, der faktisk betaler afkastet, f.eks. det pengeinstitut, der betaler rente af et indestående. En kapitalgevinst har heller ikke kapitalen som ophav, men derimod den fysiske eller juridiske person, der har erhvervet det underliggende formuegode. En indkomst fra et arbejde vil som oftest have sit ophav i arbejdsgiveren, der betaler for det udførte arbejde,[11]

---

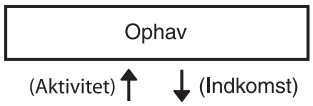
9. Kilden er i disse tilfælde Danmark, jf. vendingen »her i landet«, der anvendes i KSL § 2, stk. 1, litra a-e og g-k.
10. For at en indkomst skal være omfattet af KSL § 2, stk. 1, litra a, kræves f.eks. dels en bestemt *indkomstskabende aktivet*, der kan føre til indkomst af den i KSL § 43, stk. 1, nævnte art, dels at indkomsten har sit *ophav* fra en kilde her i landet.
11. Regler om f.eks. arbejdsudleje kan imidlertid ændre ved dette.

ligesom en gave har sit ophav i giveren. Den, der tilvejebringer indkomsten, kan grafisk fremstilles som ved hjælp af en kasse.



Indkomsten vil tillige have en årsag, dvs. en grund til, at den er opstået. Som nævnt ovenfor ville denne årsag typisk være en indkomstskabende aktivitet. Årsagen betegnes i dansk skatteret ofte som den indkomstskabende aktivitet, omend der kan være andre årsager til indkomsten end en aktivitet.[12] Der vil imidlertid altid være en årsag til, at indkomsten er opstået. Indkomsten opstår således ikke af sig selv, idet hverken »penge« eller »formuegoder af pengeværdi« materialiseres ud af intet. Når indkomsten stammer fra »noget« og ikke »intet«, vil den også have en årsag, for »noget« har altid en årsag.

Årsagen vil typisk være en handling, f.eks. det udførte arbejde eller investeringen af en kapital. Denne handling vil i den klassiske situation være udøvet i forhold til den, der er indkomstens ophav. I et almindeligt lønmodtagerforhold er arbejdet f.eks. udført for eller på vegne af det ophav, dvs. den fysiske eller juridiske person, der herefter tilvejebringer de penge eller formuegoder af pengeværdi, der bliver til indkomsten. Den indkomstskabende aktivitet kan derfor ligesom indkomsten illustreres med en pil, idet den i nedenstående figurer forkortes til ordet »aktivitet«.

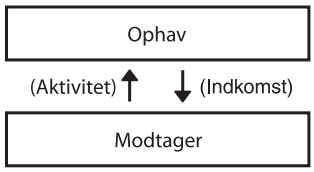


Det følger heraf, at den indkomstskabende aktivitet og indkomsten i den klassiske situation har form af en ydelse og en modydelse, dvs. reciprokke værdier, idet såvel indkomsten som aktiviteten kan anses som en ydelse eller modydelse.[13]

Indkomsten vil endelig have en *modtager*, dvs. en fysisk eller en juridisk person, der skal medregne indkomsten ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst, eller som helt eller delvist kan se bort fra denne ved indkomstopgørelsen. Modtageren vil ligesom ophavet nødvendigvis være en fysisk eller juridisk

12. Jf. ovenfor 2.1.
13. Om indkomst eller aktivet betegnes som ydelse eller modydelse, er et spørgsmål om perspektiv, der er uden betydning for en teoretisk analyse af reglerne om indkomstallokering.

person, idet genstande eller dyr ikke kan oppebære indkomst og betale skat heraf. Modtageren symboliseres også ved hjælp af en kasse.



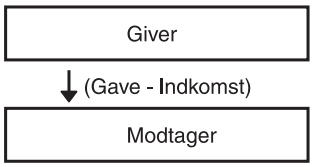
Begreberne ophav og modtager er selvsagt ikke entydige, idet indkomstens ophav samtidig er aktivitetens modtager, og aktivitetens ophav samtidig er indkomstens modtager. Begreberne ophav og modtager må derfor ses i et bestemt perspektiv for at blive entydige. Perspektivet ligger lige for, idet formålet med allokeringen som nævnt ovenfor er at finde den rette modtager af indkomsten, og ikke den rette modtager af aktiviteten. Ved modtager forstås derfor indkomstmodtager og ikke aktivitetsmodtager, og ved ophav forstås indkomstophav og ikke aktivitetsophav.[14]

3.2 Forholdet mellem ophav og modtager

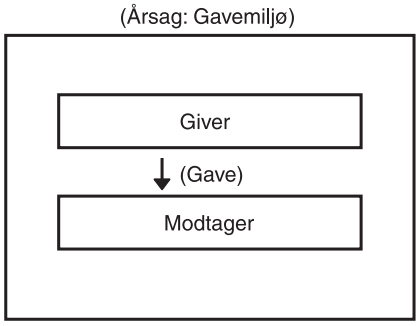
Det ovenfor beskrevne »klassiske« forhold mellem ophav og modtager, der består af en ydelse og en modydelse – indkomstskabende aktivitet og indkomst – kan brydes på forskellige måder.

For det første er der som nævnt ovenfor ikke nødvendigvis altid en indkomstskabende aktivitet.[15] Dette er f.eks. tilfældet for gaver, dvs. tilfælde, hvor modtageren ikke fuldt ud har leveret en modydelse i form af en indkomstskabende aktivitet. I det almindelige gavemiljø mellem nære familiemedlemmer, hvor penge eller formuegoder af pengeværdi overdrages vederlagsfrit fra ophav (giver) til modtager, er det vanskeligt at tale om en indkomstskabende aktivitet. En årsag til gaven findes ganske vist – udslaget af gavmildhed (animus donandi) – men denne kan ikke betegnes som modtagerens ydelse til giveren. For rene gaver vil forholdet mellem ophav og modtager derfor i stedet grafisk skulle fremstilles uden en pil, der symboliserer den indkomstskabende aktivitet:

14. Perspektivet er dog uden betydning for den teoretiske analyse af reglerne om indkomstallokering.
15. Se ovenfor 2.1.



Årsagen lader sig ikke på rimelig vis fremstille grafisk på anden måde end ved en henvisning til hele miljøet mellem giver og modtager, dvs. nærmest i form af en »kasse«, der omslutter hele arrangementet.



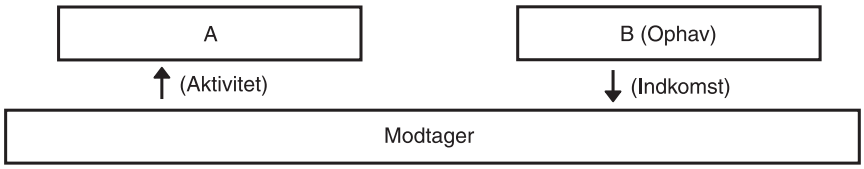
På samme måde kan lovpligtige ydelser som f.eks. underholdsbidrag, social ydelser og offentlige passiver m.v. ikke siges at være fremkaldt ved en indkomstskabende aktivitet. De er tværtimod kendetegnet ved, at den skattepligtige som oftest kan forholde sig passivt, idet indkomsten fremkaldes af lovgivningen, der stiller krav om den pågældende form for passive forsørgelse. Årsagen kan i disse tilfælde beskrives ved henvisning til et lovmiljø mellem indkomstens ophav og modtager.

Det ovenfor beskrevne traditionelle indkomstbegreb fører som nævnt til, at indkomsten skal beskattes hos modtageren, når modtageren har oppebåret gaven, idet denne anses for at være fremkaldt som følge af f.eks. gavemiljøet eller lovmiljøet.[16] Indkomstens fremkaldelse forudsætter således ikke en aktiv handling – en indkomstskabende aktivitet – af modtageren.

For det andet kan det klassiske forhold mellem ophav og modtager fraviges ved, at den, der er målet for den indkomstskabende aktivitet, ikke er den samme som den, der er ophav til indkomsten. Dette vil ske i en situation, hvor indkomstens modtager f.eks. udøver en indkomstskabende aktivitet til fordel for A,

16. Se ovenfor 2.1.

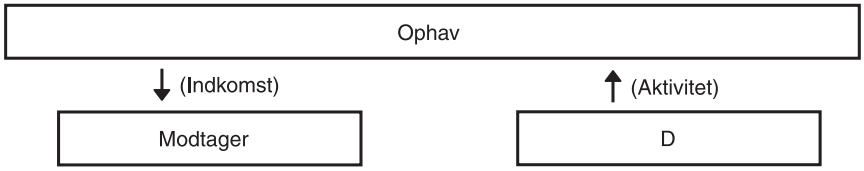
mens betalingen for den indkomstskabende aktivitet – modydelsen – hidrører fra B, der således er ophav til indkomsten, jf. nedenstående figur.



Eftersom modtageren i disse tilfælde vil have fremkaldt indkomsten som følge af sin indkomstskabende aktivitet – i forhold til A – og oppebåret indkomsten – fra B – skal modtager beskattes af denne allerede i medfør af det ovenfor beskrevne traditionelle indkomstbegreb.[17]

Det samme gælder, hvor indkomsten ikke er fremkaldt som følge af en aktivitet, men derimod af miljøet mellem ophav og modtager, således at modtageren har kunnet forholde sig passivt.

Det klassiske forhold mellem indkomstens ophav og modtager kan for det tredje og sidste fraviges ved, at den, der udøver den indkomstskabende aktivitet (D), ikke er den samme som den, der modtager indkomsten (C), jf. nedenstående figur:



Forholdet kan gøres endnu mere komplekst, f.eks. ved, at begge ydelser indeholder elementer af indkomst og indkomstskabende aktivitet, således at der er mere end ét ophav og mere end én modtager. Yderligere kompleksitet findes, hvis der er mere end 3 parter, hvoraf nogle kan betegnes som ophav, nogle som modtager og nogle som begge dele, samtidig med at den indkomstskabende aktivitet udøves af flere parter.

Situationen er den samme, hvor modtageren ikke har udvist en indkomstskabende aktivitet, idet indkomsten er fremkaldt som følge af miljøet mellem ophav og modtager, f.eks. som en gave, et tilskud eller en lovpligtig ydelse.

17. Jf. ovenfor 2.1.

I henhold til et traditionelt indkomstbegreb som det ovenfor beskrevne kan D i eksemplet ovenfor ikke beskattes af indkomsten, idet det ene skattesubjekt (D) har fremkaldt indkomsten ved sin indkomstskabende aktivitet – eller som følge af et særligt miljø mellem ophav og modtager – mens et andet skattesubjekt (C) har oppebåret indkomsten. Hjemmel til beskatning af (D) må derfor i stedet søges i reglerne om indkomstallokering.

Den, der har oppebåret indkomsten – (C) – kan endvidere kun beskattes i henhold til et traditionelt indkomstbegreb, hvis (C) anses for at have fremkaldt indkomsten i forhold til (D). Foreligger der ikke nogen indkomstskabende aktivitet i forholdet mellem (C) og (D), må denne fremkaldelse søges i forholdet mellem disse, f.eks. i et gavemiljø eller i et interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab.

Reglerne om indkomstallokering er derfor de regler, der måtte findes om, hvilket skattesubjekt der i skatteretlig henseende skal medregne indkomsten ved sin indkomstopgørelse i overensstemmelse med de regler, der gælder for beskatning af den pågældende type af indkomst. Dette forudsætter, som det ses, at der er mindst tre parter involveret, nemlig dels én part, der er ophav til indkomsten, dels to parter, for hvilke det kan diskuteres, hvem der skal beskattes af indkomsten som rette indkomstmodtager.[18] Rent teoretisk vedrører spørgsmålet om indkomstallokering reelt forholdet mellem ét ophav og et ukendt – i princippet uendeligt – antal modtagere, men i praksis ses det sjældent, at der er mere end ét ophav og to potentielle modtagere.

> Det er således kendetegnende for hele den foreliggende retspraksis, at den som oftest vedrører forholdet mellem kun tre parter, idet der mellem skattemyndigheder og skatteydere er uenighed om, hvorvidt indkomsten med rette er allokeret til et skattesubjekt, eller om den i stedet burde være allokeret til et andet skattesubjekt.[19]

3.3 Selskab og selskabsdeltager

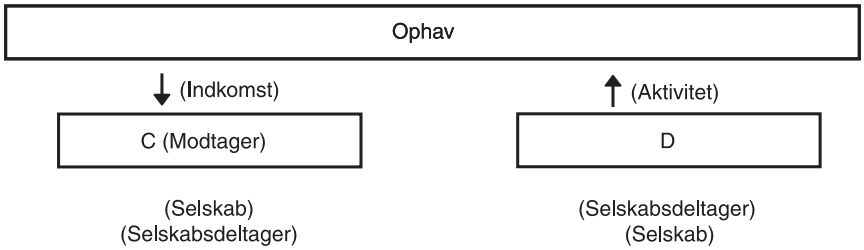
Afhandlingens emne er begrænset til forholdet mellem selskab og selskabsdeltager. Heraf følger imidlertid ikke, om dette forhold skal eksistere mellem indkomstens ophav og modtager, eller mellem de modtagere, der af henholdsvis skattemyndighederne og skatteyderne anses for at være rette indkomstmodtager.

Afgrænsningen tager sigte på den sidstnævnte relation. Spørgsmålet om al-

---

18. I tilfælde, hvor skattemyndighederne og skatteyder er enige om, at modtageren er den rette, kommer reglerne om indkomstallokering selvsagt ikke aktivt til anvendelse, uanset om allokeringen af indkomsten er sket i overensstemmelse med reglerne. I disse sager findes alene to parter, nemlig indkomstens ophav og modtager.
19. Se om praksis nedenfor XIII.

lokering af indkomst vil således alene blive analyseret for så vidt angår de situationer, hvor mindst ét selskab og mindst én selskabsdeltager i ét eller flere af det eller de berørte selskaber af henholdsvis skattemyndigheder og skatteyder anses for at være rette indkomstmodtager. Indkomstens modtager og aktivitetens udøver skal med andre ord være henholdsvis selskab og selskabsdeltager eller selskabsdeltager og selskab. I den ovenstående figur betyder det, at C skal være et selskab eller en selskabsdeltager, og at D skal være den/det korresponderende selskabsdeltager eller selskab.



Spørgsmål om allokering af indkomst kan også opstå i forholdet mellem andre interesseforbundne parter, f.eks. mellem ægtefæller eller forældre og deres børn.

3.4 Beskatningen af en allokeret indkomst

Det traditionelle indkomstbegreb, hvorefter en indkomst beskattes hos det skattesubjekt, der har *fremkaldt* indkomsten, og som faktisk har *oppebåret* denne, kan suppleres af et udvidet indkomstbegreb, hvorefter at en indkomst også kan beskattes hos et skattesubjekt, der har *fremkaldt* indkomsten som følge af sin indkomstskabende aktivitet eller et særligt gave- eller lovmiljø m.v., selv om det pågældende skattesubjekt *ikke* har *oppebåret* denne, og/eller således, at en indkomst kan beskattes hos et skattesubjekt, som har oppebåret indkomsten uden at fremkalde denne ved sin indkomstskabende aktivitet m.v.

For så vidt angår den skattepligtige, der har udøvet den indkomstskabende aktivitet, eller som er en del af det særlige gave- eller lovmiljø m.v., kan forholdet anskues på den måde, at indkomsten anses for at være fremkaldt og oppebåret hos den pågældende, som derefter har givet afkald på denne til fordel for det skattesubjekt, som har oppebåret indkomsten.

Selskabsdeltageren kan f.eks. anses for at have fremkaldt og oppebåret en indkomst ved at udøve den indkomstskabende aktivitet i forhold til indkomstens ophav for derefter at give afkald på denne til fordel for sit selskab, der de facto har oppebåret indkomsten fra indkomstens ophav.

I så fald kan det anføres, at hjemmel til beskatning findes i et traditionelt indkomstbegreb. Dette forudsætter imidlertid, at den skattepligtige kan anses for have oppebåret en indkomst, som den pågældende de facto aldrig har oppebåret. Det traditionelle indkomstbegreb er derfor utilstrækkeligt til at beskatte den, som har fremkaldt indkomsten ved at udøve den indkomstskabende aktivitet eller ved at være en del af det særlige gave- eller lovmiljø m.v., når den pågældende ikke de facto har oppebåret indkomsten.

For så vidt angår den skattepligtige, som har oppebåret indkomsten uden at fremkalde denne i forhold til indkomstens ophav, kan forholdet anskues på den måde, at indkomsten anses for at være fremkaldt og oppebåret hos den pågældende, som derefter har givet afkald på denne til fordel for det skattesubjekt, som har udøvet den indkomstskabende aktivitet.

> Selskabet kan f.eks. anses for at have fremkaldt og oppebåret den indkomst fra indkomstens ophav, som selskabsdeltageren de facto har fremkaldt ved at udøve den indkomstskabende aktivitet i forhold til indkomstens ophav for derefter at give afkald på denne til fordel for selskabsdeltageren.

I disse tilfælde kunne det ligeledes anføres, at hjemmel til beskatning findes i et traditionelt indkomstbegreb. Dette forudsætter imidlertid, at den skattepligtige kan anses for have fremkaldt indkomsten. Denne indkomst er i al fald ikke fremkaldt som følge af forholdet til indkomstens ophav, men kan i visse tilfælde anses for at være fremkaldt som følge af forholdet til den, der har udøvet en indkomstskabende aktivitet m.v. i forholdet til indkomstens ophav, f.eks. som følge af et gavemiljø mellem disse, eller som følge af interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab.

> Selskabet kan f.eks. anses for at have fremkaldt indkomsten i forhold til selskabsdeltageren samtidig med, at selskabsdeltageren anses for at have fremkaldt indkomsten i forhold til indkomstens ophav.

Det traditionelle indkomstbegreb kan derfor være tilstrækkeligt til at beskatte den, der har oppebåret indkomsten, forudsat at indkomsten anses for at være fremkaldt i forhold til den, som har udøvet den indkomstskabende aktivitet m.v.

Uanset om den ene eller den anden teoretiske tilgangsvinkel lægges til grund, er og bliver indkomstallokering kort sagt spørgsmålet om, efter hvilke regler en indkomst, som utvivlsomt er fremkaldt, skal allokeres til og beskattes hos ét bestemt skattesubjekt. Formålet med reglerne bliver derfor at finde den, der med et rammende udtryk traditionelt betegnes som »rette indkomstmodtager«.

4. Indkomstfiksering

Indkomstfiksering er spørgsmålet om, hvilken indkomst et skattesubjekt skal anses for at have fremkaldt og oppebåret ved en indkomstskabende aktivitet m.v., idet reglerne om indkomstfiksering har til formål at ansætte indkomsten til et bestemt beløb. Når denne indkomst er fastsat i overensstemmelse med reglerne om indkomstfiksering, medregnes den ved opgørelsen af den skattepligtiges indkomst i overensstemmelse med de regler, der måtte gælde for indkomst af den pågældende type.

Reglerne om indkomstfiksering betegnes i dag ofte som reglerne om transfer pricing. Begrebet transfer pricing knytter sig imidlertid til en bestemt regel – LL § 2 – og derfor anvendes i stedet det lidt ældre begreb indkomstfiksering som fælles betegnelse. Begrebet »transfer pricing« anvendes kun i sammenhæng med LL § 2, den nu ophævede bestemmelse i SEL 12 og udenlandske bestemmelser svarende til LL § 2.[20] Andre synonymer for fiksering som f.eks. at fæste, fastgøre, fastsætte, grundfæste, bestemme eller stipulere indkomsten kunne også være anvendt, men der er intet behov for at forny det traditionelle begreb.[21]

4.1 Indkomst, aktivitet, ophav og modtager

For at fiksere en indkomst kræves for det første, at der foreligger en aktivitet, som kan føre til, at en indkomst kan fremkaldes. Det vil sige, at selve den aktivitet, der er udøvet, skal kunne være årsag til en indkomst. Hvis aktiviteten ikke kan være årsag til en indkomst, kan en indkomst selvsagt ikke fikseres.

Denne aktivitet kan som nævnt ovenfor ofte bero på en arbejdsindsats, en investering af et formuegode eller et salg af et formuegode.[22] Sådanne aktiviteter er utvivlsomt egnede til at fremkalde en indkomst. Det er således almindeligt anerkendt, at en indkomst kan fremkaldes og oppebæres på baggrund af et arbejde, en investering eller et salg, uanset om den skattepligtige de facto har valgt at arbejde gratis, at investere uden at betinge sig et afkast eller at forære aktiver bort i stedet for at sælge dem. En indkomst kan som nævnt ovenfor for også fremkaldes, selvom den skattepligtige har forholdt sig passivt, f.eks. som

20. Se hertil *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 386, der så vidt ses alene vil anvende betegnelsen for så vidt angår grænseoverskridende transaktioner.
21. *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 408 og *Marlene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 121, omtaler problemstillingen som »maskerede indskud«. Denne betegnelse fører tankerne hen på de sekundære korrektioner, jf. nedenfor 5.1.4, og terminologien anvendes derfor ikke her.
22. Se ovenfor 2.1.

følge af et gave-, tilskuds- eller lovmiljø. Et sådant miljø fører derfor også til, at en indkomst kan fremkaldes, idet miljøet kan være årsag til en indkomst.

Indkomstfikseringen forudsætter således, at et skattesubjekt har udvist en aktivitet eller at der foreligger et miljø, for hvilken der kan fikseres en indkomst. Det forudsættes derimod ikke, at den skattepligtige de facto har fremkaldt eller oppebåret denne indkomst. Aktiviteten og miljøet kan grafisk fremstilles ved hjælp af en pil:

Aktivitet (Miljø) →

Det skattesubjekt, der udøver en indkomstskabende aktivitet, kan betegnes enten som aktivitetens *ophav* eller som indkomstens *modtager*. Begreberne ophav og modtager – der også anvendes ved definitionen af indkomstallokering – er heller ikke entydige for så vidt angår spørgsmålet om indkomstfiksering. Det er imidlertid indkomsten og ikke aktiviteten, der skal fikseres, og indkomstens modtager (aktivitetens ophav) betegnes derfor som modtager, og indkomstens ophav (aktivitetens modtager) betegnes som ophav.[23] Hvis dette lægges til grund, kan situationen for indkomstens modtager grafisk fremstilles på følgende måde:

Modtager	Aktivitet (Miljø) →

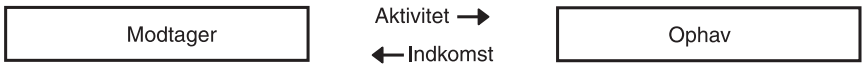
Den af modtager udviste aktivitet vil, forudsat at den er indkomstskabende, være rettet mod et objekt, der kan være *ophav* til en indkomst. På samme måde vil f.eks. et gave- eller lovmiljø bestå i relation til et objekt, der kan være ophav til en indkomst. Som nævnt ovenfor vedrørende indkomstallokering er det alene fysiske og juridiske personer, der kan være ophav – cfr. kilde – til en indkomst.[24] Aktivitetens modtager betegnes som indkomstens ophav og kan grafisk fremstilles således:

Modtager	Aktivitet →	Ophav

Det centrale i indkomstfikseringen er, hvilken indkomst modtageren skal anses for at have fremkaldt og oppebåret ved en udvist indkomstskabende aktivitet. I den klassiske situation vil den, som udøver en indkomstskabende aktivitet, mod-

23. I de tilfælde, hvor der ikke er udvist en indkomstskabende aktivitet, vil der selvsagt alene være en modtager af indkomsten.
24. Ovenfor 3.1.

tage en modydelse, der betegnes som *indkomsten*. Denne indkomst kan lige som aktiviteten grafisk fremstilles som en pil:



Det kan i teoretisk henseende endvidere diskuteres, hvilken indkomst den skattepligtige skal anses for at have fremkaldt og oppebåret som følge af, at der eksisterer et gavemiljø eller lovmiljø mellem modtager og ophav.

4.2 Forholdet mellem indkomstens modtager og ophav

Forholdet mellem aktivitet og indkomst – ydelse og modydelse – kan have to forskellige tilstande: Ydelse og modydelse kan have samme værdi, eller de kan have forskellig værdier.

Aktiviteten og indkomsten har samme værdi, hvis den indkomstskabende aktivitet kan ansættes til samme værdi – målt i tal – som indkomsten. Det er f.eks. tilfældet, hvor den indkomstskabende aktivitet er salg af en vare, hvis værdi kan ansættes til et bestemt beløb, og købesummen for varen udgør det samme beløb.

Ydelse og modydelse kan også have forskellige værdier. Dette er for det første tilfældet, når der alene foreligger en aktivitet, men ikke nogen indkomst, jf. nedenstående figur:

Der skal i så fald ikke alene tages stilling til, om den, som modtager den indkomstskabende aktivitet, skal beskattes af en vederlagsfri formuefordel (gaven) – f.eks. værdien af et formuegode eller en vederlagsfri tjenesteydelse – men også, om modtageren skal beskattes af en indkomst, den pågældende ikke har fremkaldt eller oppebåret. I henhold til det ovenfor omtalte traditionelle indkomstbegreb kan den, som har modtaget den indkomstskabende aktivitet, beskattes heraf, idet den til aktiviteten svarende værdi utvivlsomt er oppebåret af den pågældende, og idet indkomsten kan anses for at være fremkaldt i forholdet mellem modtager og ophav. Er modtager og ophav f.eks. henholdsvis selskabsdeltager og selskab, og er aktiviteten en vederlagsfri overdragelse af formuegoder af pengeværdi fra selskabsdeltageren til selskabet, kan selskabet beskattes

heraf, idet indkomsten anses for at være både fremkaldt og oppebåret som følge af tilskudsmiljøet.[25]

Den, som har udøvet den indkomstskabende aktivitet, kan derimod ikke i henhold til det traditionelle indkomstbegreb beskattes af en indkomst, idet den pågældende hverken har fremkaldt eller oppebåret en indkomst. En beskatning må derfor tage udgangspunkt i reglerne om indkomstfiksering.

Det sædvanlige forhold ydelse og modydelse kan for det andet fraviges ved, at der foreligger en indkomst, men ikke nogen aktivitet, f.eks. en gave i form af penge.

I disse tilfælde vil det ligeledes kunne diskuteres, om den, som modtager indkomsten, skal beskattes af en vederlagsfri formuefordel – penge – og om ophavet skal beskattes af en fikseret indkomstskabende aktivitet. Efter det traditionelle indkomstbegreb beskattes modtager af den hermed fremkaldte og oppebårne indkomst.[26]

> Sondringen mellem indkomstskabende aktivitet og indkomst er, som det ses, ikke entydig, idet indkomstens ophav kan anse den indkomstskabende aktivitet for at være »indkomsten« og kan anse indkomsten for at være »den indkomstskabende aktivitet«. Begreberne forudsætter således – ligesom begreberne modtager og ophav – at der anlægges et bestemt perspektiv.[27]
>
> Det afgørende er, om den ydelse, der udveksles, kan anses for at være en indkomstskabende aktivitet. Hvis en selskabsdeltager f.eks. overdrager en post aktier til sit selskab og som modydelse får penge, må der tages stilling til, om selskabsdeltageren har fået det korrekte vederlag for aktierne, dvs. om selskabsdeltageren har fremkaldt den rette indkomst. Årsagen hertil er, at overdragelse af aktier kan være en indkomstskabende aktivitet, idet den skattepligtige bl.a. kan opnå en kapitalgevinst ved overdragelse af aktierne.
>
> Forærer en selskabsdeltager derimod et pengebeløb til sit selskab, vil det ikke blive diskuteret, om selskabsdeltageren har fået det korrekte vederlag for pengene, dvs. om selskabsdeltageren har fremkaldt den rette indkomstskabende aktivitet. Årsagen hertil er, at overdragelsen af penge ikke anses for at være en indkomstskabende aktivitet, idet selve det

25. Se ovenfor 2.
26. Jf. ovenfor 2.
27. Perspektivet er dog i teoretisk henseende uden betydning for reglerne om indkomstfiksering.

at betale et pengebeløb – i modsætning til f.eks. at udføre et arbejde eller overdrage et formuegode – ikke anses for at være indkomstskabende.

I teoretisk henseende er reglerne om indkomstfiksering rettet mod beskatning af en ikke fremkaldt indkomst, cfr. en ikke fremkaldt indkomstskabende aktivitet.

Forholdet mellem ydelse og modydelse kan for det tredje og sidste have en tilstand, hvor der både er en ydelse og modydelse, men hvor værdierne af disse er forskellige. Den indkomstskabende aktivitet kan have en større værdi end indkomsten, eller indkomsten kan have en større værdi end den indkomstskabende aktivitet.

I henhold til et traditionelt indkomstbegreb som det ovenfor beskrevne kan den, der har udøvet den indkomstskabende aktivitet, kun beskattes af den fremkaldte og oppebårne indkomst. Hjemmel til beskatning af en yderligere fikseret indkomst må derfor søges i reglerne om indkomstfiksering.

På samme måde vil et traditionelt indkomstbegreb ikke indeholde hjemmel til at beskatte modtager, når f.eks. et gavemiljø eller et lovmiljø ikke har ført til, at der er fremkaldt en indkomst. Hjemmel til beskatning af f.eks. en fikseret gave eller en fikseret lovpligtig ydelse, der aldrig er blevet givet eller betalt, må derfor ligeledes søges i reglerne om indkomstfiksering.

Indkomstfiksering er derfor spørgsmålet om, i hvilket omfang der i skatteretlig henseende stilles krav om, at modtager og ophav ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal medregne bestemte værdier for ydelse og modydelse. Det vil sige, om der er i dansk skatteret er hjemmel til at beskatte ophav og/eller modtager af en værdi af en ydelse eller modydelse, som er større eller mindre end den faktiske værdi, som parterne har fremkaldt og oppebåret. Dette forudsætter, som det ses, at der er mindst to parter involveret: Dels én part, der er ophav til indkomsten, dels én part, der er modtager af indkomsten. Yderligere parter kræves ikke. Spørgsmålet om indkomstfiksering kan imidlertid også omfatte flere parter, f.eks. hvor flere forbundne transaktioner tilsammen udgør den indkomstskabende aktivitet og indkomsten.

Den foreliggende praksis vedrører imidlertid i alt væsentligt forholdet mellem to parter – typisk to interesseforbundne selskaber eller én selskabsdeltager og dennes selskab – idet der mellem skattemyndigheder og skatteydere er uenighed om, hvorvidt disse parter ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal medregne en fikseret indkomst, der er større end den indkomst, der er fremkaldt og oppebåret som følge af transaktionen.

4.3 Selskab og selskabsdeltager

Afhandlingen er begrænset til forholdet mellem selskab og selskabsdeltager. Det følger heraf, at indkomstens ophav og modtager i sager vedrørende indkomstfiksering skal være henholdsvis selskab og selskabsdeltager eller selskabsdeltager og selskab. Spørgsmålet om fiksering af indkomst vil således alene blive analyseret for så vidt angår de situationer, hvor mindst ét selskab og mindst én deltager i ét eller flere af det eller de berørte selskaber ved en indkomstskabende aktivitet m.v. har fremkaldt og oppebåret en indkomst – eller ikke har fremkaldt og oppebåret en indkomst – der ifølge skattemyndighederne ikke er retvisende.

Denne afgrænsning svarer til anvendelsesområdet for LL § 2 om transfer pricing. Fiksering af indkomst i henhold til denne bestemmelse forudsætter således også, at det i bestemmelsen omtalte interessefællesskab, jf. LL § 2, stk. 1, eksisterer i forholdet mellem indkomstens modtager og ophav.[28]

4.4 Beskatningen af en fikseret indkomst

Det traditionelle indkomstbegreb, hvorefter en indkomst beskattes hos det skattesubjekt, der har *fremkaldt* indkomsten, og som faktisk har *oppebåret* denne, kan suppleres af et udvidet indkomstbegreb, hvorefter en indkomst også kan beskattes hos et skattesubjekt, selv om det pågældende skattesubjekt *ikke* har *fremkaldt* eller *oppebåret* denne indkomst. Indkomsten kan ligeledes beskattes hos den, som har haft fordel ved, at den ikke er fremkaldt eller oppebåret, eller hos begge.

For så vidt angår den, der har udøvet den indkomstskabende aktivitet, eller som er en del af et særligt gave- eller lovmiljø m.v., uden derved at fremkalde eller oppebære en indkomst, kan forholdet anskues på den måde, at indkomsten anses for at være fremkaldt og oppebåret hos den pågældende, som derefter har givet afkald på denne til fordel for det skattesubjekt, som har haft fordel af, at indkomsten hverken er fremkaldt eller oppebåret.[29]

---

28. Se herom nedenfor VIII.
29. Se hertil *Jan Pedersen*, R&R 2003, SM 26: »Ret beset hvilede den tidligere beskatning af fikserede indkomster på en forudsætning om, at en tilgået og ubestridt skattepligtig økonomisk fordel – f.eks. et rentefrit lån eller et næringssalg under markedspris – ikke kunne opstå af

Selskabsdeltageren kan f.eks. anses for at have fremkaldt og oppebåret en indkomst ved at udøve en indkomstskabende aktivitet i forhold til sit selskab for derefter at give afkald på denne til fordel for selskabet, selvom selskabsdeltageren de facto hverken har fremkaldt eller oppebåret en indkomst.

I så fald kan det anføres, at hjemmel til beskatning findes i et traditionelt indkomstbegreb. Dette forudsætter imidlertid, at den skattepligtige anses for have fremkaldt og oppebåret en indkomst, som den pågældende de facto hverken har fremkaldt eller oppebåret. Det traditionelle indkomstbegreb er derfor utilstrækkeligt til at beskatte den, som har udøvet den indkomstskabende aktivitet.

For så vidt angår den skattepligtige, som har haft fordel ved, at indkomsten ikke er fremkaldt eller oppebåret, kan forholdet anskues på den måde, at indkomsten anses for at være fremkaldt og oppebåret hos den pågældende, som derefter har givet afkald på denne til fordel for det skattesubjekt, som har udøvet den indkomstskabende aktivitet.

Selskabet kan f.eks. anses for at have fremkaldt og oppebåret en indkomst i kraft at, at selskabsdeltageren til fordel for selskabet har udøvet en indkomstskabende aktivitet for dette uden at fremkalde eller oppebære en indkomst for derefter at give afkald på denne til fordel for selskabsdeltageren.

I disse tilfælde kunne det ligeledes anføres, at hjemmel til beskatning findes i et traditionelt indkomstbegreb. Dette forudsætter imidlertid, at den skattepligtige kan anses for have fremkaldt og oppebåret indkomsten. Denne antagelse vil ofte være korrekt, idet den pågældende utvivlsomt i kraft af den udøvede aktivitet eller passivitet har oppebåret et formuegode af pengeværdi – f.eks. i form af en gave, et tilskud eller en vederlagsfri benyttelse af andres formuegoder – og tillige vil have fremkaldt denne indkomst som følge af forholdet til den, der har udøvet den indkomstskabende aktivitet m.v. Dette forhold kan f.eks. være et gavemiljø eller interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab.

Selskabet kan f.eks. anses for at have fremkaldt og oppebåret en indkomst i forhold til selskabsdeltageren samtidig med, at selskabsdeltageren ikke anses for at have fremkaldt og oppebåret en indkomst i forhold til selskabet.

---

intetheden, men i stedet var overført fra den anden part, hvorfor overførslen også kunne beskattes hos den anden part, idet overførslen alene kunne gennemføres, såfremt indkomsten var forudgående realiseret af den anden part. Med andre ord kunne den økonomiske fordel ved f.eks. et rentefrit lån eller køb til underpris ikke opstå ud af den blå luft, men måtte anses for overført og dermed forudsætningsvist erhvervet hos yderen af det rentefrie lån, sælgeren ved handel til underpris etc. Keine Hexerei – nur Behendigkeit!«

Det traditionelle indkomstbegreb kan derfor være tilstrækkeligt til at beskatte den, som har haft fordel ved, at et andet skattesubjekt hverken har fremkaldt eller oppebåret en indkomst.

Uanset om den ene eller den anden teoretiske tilgangsvinkel lægges til grund, er og bliver indkomstfiksering kort sagt spørgsmålet om, hvilken indkomst et skattesubjekt skal anses for at have fremkaldt og oppebåret ved udøvelsen af en indkomstskabende aktivitet.

Det anføres ofte i teorien, at reglerne om beskatning af fikseret indkomst i bund og grund vedrører spørgsmålet om, hvornår civilretligt gyldige aftaler kan fraviges i skatteretlig henseende.[30] Det overses herved, at grundlaget for en korrektion efter reglerne om indkomstfiksering er en forudsætning om, at den underliggende aftale er civilretligt gyldig. I skattemæssig henseende vedrører reglerne om indkomstfiksering derfor alene spørgsmålet om, hvorvidt den indkomst, der de facto er fremkaldt og oppebåret som følge af den civilretligt gyldige aftale, kan lægges til grund ved skatteansættelsen. Det civilretlige udgangspunkt fraviges derfor alene ved indkomstansættelsen og kun for så vidt angår spørgsmålet om, hvilken indkomst der er fremkaldt og oppebåret.[31]

4.5 Om værdiansættelse

Indkomstfiksering må ikke forveksles med værdiansættelse.

Reglerne om indkomstfiksering vedrører hjemmelsgrundlaget, dvs. hvilken hjemmel der er til at fiksere den indkomst, en indkomstskabende aktivitet kan fremkalde, til et bestemt beløb i skattemæssig sammenhæng, selvom indkomsten ikke er fremkaldt. Værdiansættelse er et spørgsmål om, hvilket beløb en indkomst, der består af formuegoder af pengeværdi, skal ansættes til, uanset om den er fikseret eller ej. Selvom der findes regler for værdiansættelse, er selve ansættelsen af den korrekte værdi som oftest en skønsmæssig afgørelse, der primært er baseret på økonomiske overvejelser.[32]

---

30. Se f.eks. *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 381: »... armslængdeproblematikken drejer sig således reelt om at definere, i hvilke tilfælde det alligevel er berettiget at fravige det civilretlige udgangspunkt« og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 25: »Armslængdeproblematikken drejer sig herved reelt om at definere, i hvilke tilfælde det er berettiget skatteretligt at fravige det civilretlige udgangspunkt«.
31. Jf. også *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s. 192-193.
32. Cfr. *Jakob Bundgaard*, SR-Skat 2003, 43, der for så vidt angår fiksering af indkomst sondrer mellem en fikseringskorrektion og en værdikorrektion. Forfatterens sondring beror så vidt ses på, om »den begunstigende part beskattes af den indkomst, som vedkommende har givet afkald på, mens den begunstigede part beskattes af sin modtagne økonomiske fordel og tildeles et fradrag for en fiktiv betaling herfor« (fikseringskorrektion) og »den begunstigende part anses at have afstået et aktiv til en anden pris, hvilket kan udløse skattemæssige konsekvenser« mens

LL § 2 indeholder f.eks. hjemmel til at beskatte fikserede indkomster i forholdet mellem visse interesseforbundne parter. Det anføres endvidere, at indkomsten skal fikseres til den værdi, der ville være fremkommet ved en handel mellem uafhængige parter (armslængde-vilkår). LL § 2 indeholder således dels hjemmel til beskatning af en fikseret indkomst, dels en angivelse af, hvilken værdi indkomsten skal ansættes til.[33]

Regler om værdiansættelse anvendes, uden at en fikseret indkomst beskattes, når f.eks. en lønmodtager beskattes af værdien af frynsegoder, jf. LL § 16. I medfør af disse regler skal værdien af frynsegodet ansættes, og lønmodtageren skal beskattes heraf. Det fremgår til gengæld ikke af reglerne, at arbejdsgiveren skal beskattes af en fikseret indkomst svarende til den, som arbejdsgiveren kunne have opnået, såfremt frynsegodet var stillet til rådighed for andre end den ansatte mod betaling.[34] På samme måde kan en transaktion mellem et selskab og en selskabsdeltager føre til, at selskabsdeltageren anses for at have fået et maskeret udbytte fra selskabet, som skal beskattes. Dette kan bl.a. bero på, at den værdiansættelse, der er lagt til grund for en transaktion mellem selskabet og selskabsdeltageren, ikke anses for at være den korrekte. Heraf følger imidlertid ikke nødvendigvis, at selskabet eller selskabsdeltageren beskattes af en fikseret indkomst.

Fordelingen af en købesum på forskellige aktiver, således som det kendes ved overdragelse af virksomheder, vedrører ligeledes ansættelse af skattepligtige værdier, uden at det deraf kan udledes, at der er hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst. Det er således fast antaget, at den fordeling af værdierne på skattepligtige aktiver, som er lagt til grund af interesseforbundne parter, kan anfægtes af skattemyndighederne, hvis den anses for at være ukorrekt.[35] Ændringen af selve fordelingen af den samlede købesum for en virksomhed kan have betydning for opgørelsen af den skattepligtige indkomst, men fører ikke til, at en fikseret indkomst beskattes.

Spørgsmålet om, hvorledes de korrekte værdier skal ansættes, behandles

---

»den begunstigede part anses at have modtaget en formuefordel« (værdikorrektion). Når bortses fra, at forfatteren kun vil tildele et fradrag for en fiktiv betaling i den første situation, er forskellen den samme, medmindre forfatteren i det andet tilfælde anser de skattemæssige konsekvenser for at være mere end en beskatning af indkomsten. Der gives da heller ikke af forfatteren nogen eksempler på, hvornår en korrektion er udtryk for den ene eller den anden form for korrektion.

33. Se også TfS 2002, 967 H, der omtales nedenfor XX, 2.3.1.
34. Jf. også Skat, december 2001, s. 26-27.
35. Jf. LV 2004-1 E.I.2.2 og E.H.1.2. Anderledes *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 384-393, der under henvisning til Højesterets praksis om rentefiksering, jf. TfS 1998, 199 H, er i tvivl om, hvorvidt der er hjemmel til en sådan praksis.

derfor kun kortfattet i forbindelse med en analyse af reglerne om beskatning af fikseret indkomst.[36]

4.6 Om de såkaldte »korresponderende korrektioner«

Indkomstfiksering er som nævnt ovenfor spørgsmålet om, hvilken indkomst et skattesubjekt skal anses for at have fremkaldt og oppebåret ved udøvelsen af en indkomstskabende aktivitet.[37]

Ved en transaktion, der både indeholder en ydelse og en modydelse – f.eks. handel med en vare – kan ydelsen og modydelsen som nævnt have forskellige størrelser.[38] Ved salg af en vare vil indkomstens modtager (sælgeren) derfor oppebære en økonomisk fordel, hvis varen sælges for et beløb, der er højere end dens værdi. Indkomstens ophav (køber) vil derimod oppebære en økonomisk fordel, hvis varen sælges for et beløb, der er mindre end dens værdi.

Antages det nu, at der hjemmel til at ændre værdiansættelsen mellem køber og sælger, således at varen skal handles til et bestemt fikseret pris, kan det have følgende konsekvenser: Er varen solgt til en pris, der er højere end den fikserede pris, som varen skal ansættes til i skattemæssig henseende, korrigeres sælgers indkomst, således at den i skattemæssig henseende afspejler et salg af varen til den korrekte, lavere pris. Samtidig korrigeres købers indkomst, således at den også afspejler et køb af varen til den korrekte, lavere pris. Set fra sælgers side indebærer dette, at sælger har oppebåret en økonomisk fordel, der er større end den, der medregnes i skattemæssig henseende. Køber vil omvendt blive anset for at have anskaffet varen til en skattemæssig anskaffelsessum, der er lavere end den, som køber faktisk har betalt. Sælgers gevinst er med andre ord – som altid – købers tab.[39]

Er varen derimod solgt til en pris, der er lavere end den fikserede pris, som varen skal ansættes til i skattemæssig henseende, korrigeres sælgers indkomst ligeledes, således at den i skattemæssig henseende afspejler et salg af varen til den korrekte, højere pris. Samtidig korrigeres købers indkomst til at afspejle et køb af varen til den korrekte, højere pris. Set fra sælgers side indebærer dette nu, at sælger har oppebåret en indkomst, der er lavere end den, som sælger beskattes af. Køber har omvendt betalt mindre for varen end den skattemæssige anskaf-

---

36. Se nærmere om værdiansættelsen *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 396-404.
37. Se ovenfor 4.4.
38. Ovenfor 4.2.
39. Reglerne om sekundære korrektioner fører dog efter omstændighederne til, at den af sælger oppebårne økonomiske fordel også bliver beskattet, jf. nedenfor 5.1.4.

felsessum, som køberen kan lægge til grund. Købers gevinst er med andre ord sælgers tab.[40]

En skattemæssig korrektion af værdien af de ydelser og modydelser, som indkomstens modtager og ophav ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal medregne, vil derfor alt andet lige føre til, at den ene part vil få forhøjet sin skattepligtige indkomst, og den anden part vil få nedsat sin skattepligtige indkomst.[41]

> Beskattes selskabsdeltageren f.eks. af en fikseret rente ved udlån til selskabet, fordi renten fikseres til et højere beløb end det mellem selskabsdeltager og selskab aftalte, vil selskabsdeltager som følge af den yderligere fikserede renteindtægt få forhøjet sin indkomst samtidig med, at selskabet får nedsat sin indkomst som følge af en yderligere fikseret renteudgift.

En korrektion efter reglerne om indkomstfiksering kan derfor ikke betegnes som hverken positiv eller negativ, idet den set fra det ene synspunkt alt andet lige kan være positiv (den skattepligtige indkomst nedsættes), mens den for den anden part kan være negativ (den skattepligtige indkomst forhøjes). Den kan heller ikke anses for at have en bestemt positiv eller negativ værdi, idet den skattepligtige indkomst kan forhøjes (positiv værdi) for den ene part og samtidig kan nedsættes (negativ værdi) for den anden part.

> En korrektion af værdierne for ydelse og modydelse kan derfor med udgangspunkt i ovenstående eksempel sammenlignes med en vippe. Hvis der trykkes på den ene f.eks. således at den aftalte rente for et udlån sættes op, vil udlåner blive beskattet af en fikseret rente, der er større end den aftalte rente. Herved forhøjes udlåners skattepligtige indkomst. Den anden ende af »vippen« vil samtidig blive sænket: Låntager vil derfor få et større rentefradrag end det aftalte. Herved nedsættes låntagers skattepligtige indkomst. Er den aftalte rente omvendt for høj, sænkes »vippen« hos udlåner og hæves tilsvarende hos »låntager« med det modsat rettede resultat til følge. Indkomstfiksering bliver dermed et spørgsmålet om, hvornår »vippen« står i den korrekte »skattemæssige« position.[42]

---

40. Når bortses fra de sekundære korrektioner, jf. nedenfor 5.1.4.
41. Forudsat at transaktionen i øvrigt har skattemæssige konsekvenser for begge parter.
42. Se hertil *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 417-418, der som hovedregel betragter transfer pricing korrektionen som en »+/– regel«. Ved udlån er *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 439 derimod af den opfattelse, at låntager ikke skal have fradrag for en rente af samme størrelse som den fikserede rente, der skal beskattes hos långiver. Forfatteren redegør ikke for, hvorfor det teoretiske udgangspunkt fraviges for så vidt angår renter. *Bent Ramskov* forlader i øvrigt omgående dette synspunkt og vender tilbage til hovedreglen ved en analyse af, hvorledes sagen TfS 1998, 199 H, ville blive afgjort i henhold til LL § 2 (Intern selskabsomstrukturering, s. 440).

I terminologisk henseende er det derfor meningsløst at sondre mellem positive og negative korrektioner af den skattepligtige indkomst som følge af reglerne om indkomstfiksering,[43] idet den omfordeling af indkomsterne, som korrektioner efter reglerne om fiksering af indkomsten kan give anledning til, vil have såvel positive som negative konsekvenser, når transaktionen har skattemæssige konsekvenser for begge parter.[44]

> Dette synes tillige forudsat i SSL § 34, stk. 1, nr. 4, om ekstraordinær genoptagelse af en skatteansættelse, eftersom det antages, at bestemmelsen giver de danske skattemyndigheder ret til at forhøje en indkomst, hvis en udenlandsk skattemyndighed har nedsat en indkomst hidrørende fra en transaktion omfattet af SKL § 3 B.[45]

Det er endvidere i *teoretisk* henseende vanskeligt at sondre mellem »primære korrektioner« og »korresponderende transaktioner«. At omtale den ene korrektion som primær og den anden som »korresponderende« ville være meningsforstyrrende, idet en transaktion definitorisk har to parter, hvorfor en primær korrektion af transaktionen *altid* vil vedrøre begge parter.[46] Korrektionen af priser og vilkår hos parterne udspringer således af en korrektion af priser og vilkår vedrørende én og samme transaktion, der er korrigeret med samme hjemmelsgrundlag.[47] Terminologien forudsætter endvidere, at der anlægges et bestemt perspektiv. Dette perspektiv vil imidlertid være helt vilkårligt, idet den ene part har »købt for dyrt«, hvis den anden har »solgt for billigt«, og vice versa. Såvel den primære korrektion som den såkaldte »korresponderende transaktion« vil derfor kunne foretages hos begge parter.

Af samme grund giver det ikke mening at diskutere, om en »korresponderende korrektion« forudsætter, at der er foretaget en primær korrektion. En »korresponderende korrektion« er lige så meget en primær korrektion som »den primære korrektion« og kan altid foretages, også selvom den samme primære korrektion ikke foretages hos den anden part i transaktionen, f.eks. fordi denne

---

43. Cfr. *Jakob Bundgaard*, R&R 2003, 45, som i artiklen adskillige gange vender tilbage til spørgsmålet om, hvorledes der skal forholdes, når »den primære korrektion undtagelsesvis er negativ«.
44. Jf. også *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16.
45. Jf. *Kim Wind Andersen*, TfS 2001, 300.
46. Modsætningsvis *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 89-92, *Jens Wittendorff*, SR-Skat 1999, 75, *Jakob Bundgaard*, TfS 2000, 736, R&R 2003, 3, 45 og SR-Skat 2003, 43, *Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen*, TfS 2001, 888, *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 2003, 7.
47. Cfr. *Jakob Bundgaard*, R&R 2003, 3, 45, og SR-Skat 2003, 43, der terminologisk sondrer mellem en »(primær korrektion) hos den part, der har købt for dyrt eller solgt for billigt«, og en »korresponderende korrektion hos den anden part« og *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16.

er et selskab, som er hjemmehørende i udlandet, og det pågældende udland ikke vil anerkende korrektionen.[48]

> I forholdet til udlandet kan der selvsagt forekomme tilfælde, hvor en primær korrektion i Danmark ikke følges op af en tilsvarende primær korrektion i udlandet eller vice versa. Den teoretiske sammenhæng mellem de skattemæssige værdier af ydelse og modydelse kan således blive brudt. »Vippen« brækker med andre ord over på midten, al den stund et land fastholder den ene ende af vippen på udgangspunktet, mens det andet land hæver eller sænker den anden ende af vippen. I disse sammenhænge kan det af hensyn til forhandlingerne mellem landene være *praktisk*, at det ene lands korrektion betegnes som en korresponderende transaktion, ikke mindst fordi dette udtryk anvendes i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og af OECD.[49] Dette ændrer imidlertid ikke ved, at begrebet »korresponderende transaktioner« i teoretisk henseende er meningsløst. Dette ses ikke mindst, hvis begge lande uafhængigt af hinanden har foretaget primære korrektioner, idet begge korrektioner da er såvel primære som »korresponderende«.

Er der foretaget en primær korrektion hos den ene part, må den anden part i øvrigt – forudsat at begge er skattepligtige til Danmark – have krav på at få foretaget en tilsvarende primær korrektion, idet skattemyndighederne ikke ensidigt kan ændre priser og vilkår for transaktionen for den ene part uden samtidig at anerkende, at disse priser og vilkår for transaktionen også må lægges til grund for den anden parts skatteansættelse.[50] Dette er en direkte følge af, at den skattepligtige indkomst for begge parter ændres som følge af skattemyndighedernes ændring af *transaktionen*, og at denne ændring – medmindre den omstødes af en højere instans – må respekteres af skattemyndighederne under ét.[51]

> Dette gælder også i relation til LL § 2, idet ændringen af den skattepligtiges indkomst foretages som følge af en ændring af priser og vilkår for handelsmæssige eller økonomiske *transaktioner*. Selv om bestemmelsen således kan anvendes i relation til én skattepligtig, uden at den samtidig anvendes for den anden skattepligtige i transaktionen, må denne anden skattepligtige i medfør af almindelige forvaltningsretlige principper have et retskrav på, at den samme vurdering af transaktionens priser og vilkår lægges til grund ved dennes skatteansættelse.

---

48. Cfr. *Jakob Bundgaard*, TfS 2000, 736 og SR-Skat 2003, 43, som antager, at en »korresponderende korrektion« forudsætter, at det er foretaget en »primær korrektion«.
49. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 21-22.
50. Ligeledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 278.
51. Den skattepligtige har derimod ikke krav på at få foretaget en primær korrektion, hvis ingen korrektion af transaktionen forinden er foretaget.

5. Sammenligning af allokering og fiksering

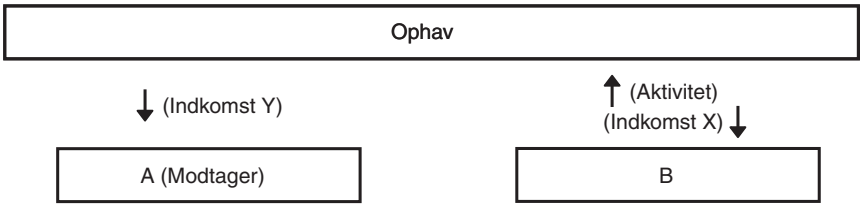
Forinden regler og praksis om allokering og fiksering af indkomst analyseres, må der tages stilling til, om reglerne om indkomstallokering og indkomstfiksering har sådanne fællestræk, at de kan behandles under ét, eller om de er så forskellige, at der ved analysen af dem må sondres mellem på den ene side allokering af indkomst og på den anden side fiksering af indkomst. I det følgende sammenlignes den teoretiske redegørelse for begreberne med henblik på at konstatere ligheder (nedenfor 5.1) og forskelle (nedenfor 5.2).

5.1 Ligheder

5.1.1 Indkomstforskydning

En sammenligning viser for det første, at de problemstillinger, som allokering og fiksering vedrører, har ét fællestræk: De vedrører begge det grundlæggende spørgsmål om, hvem der skal beskattes af en indkomst.

For så vidt angår de problemstillinger, indkomstallokering vedrører, følger dette allerede af gennemgangen ovenfor. Indkomstallokering er således spørgsmålet om, hvilket skattesubjekt blandt flere mulige, der ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal medregne en given indkomst. Den overdragne indkomst (Z) som følge af en bestemt allokering af indkomsten kan beregnes som forskellen mellem den indkomst, indkomstens modtager (A) måtte have oppebåret (indkomst Y), og den indkomst, aktivitetens udøver (B) måtte have oppebåret (indkomst X),

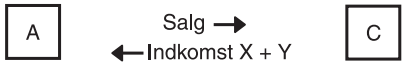


det vil sige som det matematiske udsagn $\mathbf{Z = Y - X}$. Aktivitetens udøver vil som oftest slet ikke have oppebåret nogen indkomst, og den forskudte indkomst vil i sådanne tilfælde kunne udregnes til $\mathbf{Z = Y - 0}$, idet $\mathbf{X = 0}$, dvs. som $\mathbf{Z = Y}$.

For så vidt angår de forhold, som indkomstfiksering dækker over, kræver tilstedeværelsen af dette fællestræk derimod en nærmere redegørelse. Ved en transaktion mellem to parter udveksles en ydelse og en modydelse. I det omfang, ydelserne ikke har samme værdi, opnår den ene part en fordel på bekostning af den anden. Denne fordel vil den pågældende part efter omstændighederne senere kunne fremkalde. Den anden part i den oprindelige transaktion har således

indirekte overgivet en indkomst til den part, der opnåede en fordel ved den oprindelige transaktion. I det klassiske eksempel sker dette f.eks. ved salg, hvor A sælger et aktiv til B for et beløb, hvorefter B videresælger dette aktiv til C for et højere beløb. A fremkalder og oppebærer herved indkomsten X, og B fremkalder og oppebærer indkomsten Y.

Havde A i stedet solgt aktivet direkte til C, havde A alt andet lige fremkaldt og oppebåret hele indkomsten X + Y.



I stedet har A ved at sælge til B for et lavere beløb (indkomst X), end B sælger for til C (indkomst Y), »overdraget« en del af sin mulige indkomst til B, forudsat at A kunne have solgt til C for samme beløb, som B har opnået ved salg til C. Den overdragne indkomst – der kan betegnes som Z – opgøres som forskellen på den af B og C oppebårne indkomst, dvs. på baggrund af det matematiske udsagn **Z = Y – X**.

Det er denne grundlæggende lighed mellem indkomstallokering og indkomstfiksering, der er ophav til den fælles betegnelse indkomstforskydning. Heraf følger også, at selve allokeringen eller fikseringen af en indkomst ikke nødvendigvis fører til, at en højere indkomst end den samlede indkomst beskattes.[52]

> I tilfælde, hvor den aftalte allokering af en indkomst korrigeres, vil den samme indkomst blot blive beskattet hos et andet skattesubjekt end det, der har medregnet indkomsten ved sin indkomstopgørelse. Når en fikseret indkomst beskattes kan der efter omstændighederne ske en forøgelse af den samlede indkomst, der beskattes. For den, der beskattes af den fikserede indkomst, vil en sådan forøget beskatning isoleret set altid finde sted.

---

52. Cfr. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 23-24 samt *Jakob Bundgaard*, Tynd kapitalisering, s. 43 og SR-Skat 2003, 43: »En dispositionskorrektion kan indebære, at den samlede indkomst justeres med en forøgelse af den indkomst, som pålægges en beskatning til følge. En vilkårskorrektion indebærer derimod alene en omfordeling af indkomsten mellem de implicerede parter, uden at den samlede sum af indkomster underkastes nogen kritik«. Forfatteren henviser som eksempel til Havnemølle-dommen (UfR 1960.535 H). Indkomsten blev imidlertid ikke forøget i Havnemølle-dommen, men blot allokeret fra et interessentskab til et aktieselskab som rette modtager af indkomsten, jf. nedenfor XIII, 3.1.1. Cfr. også *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 249, som tilslutter sig det af *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff* anførte.

Noget andet er, at de såkaldte sekundære korrektioner kan føre til, at den samme indkomst beskattes mere end én gang.[53]

5.1.2 To eller flere skattesubjekter

Indkomstallokering og indkomstfiksering har for det andet det fællestræk, at begge problemstillinger vedrører fordelingen af en indkomst mellem to eller flere skattesubjekter.

I sager om indkomstallokering skal det afgøres, hvem en indkomst skal allokeres til. Indkomsten kan rent teoretisk fordeles således, at den fuldt ud tillægges ét skattesubjekt, eller således, at den fordeles på de skattesubjekter, som af skattemyndighederne eller skatteyderne er udpeget som rette modtagere af indkomsten.

I sager om indkomstfiksering kan den samlede indkomst, som transaktionen giver anledning til, ligeledes fordeles således, at den fuldt ud tillægges et skattesubjekt, eller således, at den fordeles på de fysiske eller juridiske personer, der er parter i transaktionen.

> I praksis er det dog typisk sådan, at indkomsten i de situationer, der betegnes som spørgsmål om indkomstallokering, henføres til ét skattesubjekt, mens den samlede indkomst i de situationer, der behandles under reglerne om indkomstfiksering, fordeles på transaktionens parter.[54]

5.1.3 Ikke oppebåret indkomst

Det tredje fællestræk for reglerne om indkomstallokering og indkomstfiksering er, at den skattepligtige i begge tilfælde kan beskattes af en indkomst, som den pågældende ikke har oppebåret.

For så vidt angår indkomstallokering kan det skattesubjekt, der anses for at være rette indkomstmodtager, efter omstændighederne tilpligtes at medregne indkomsten ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst, uanset at den pågældende ikke har oppebåret indkomsten. Dette er tilfældet, når indkomsten beskattes hos den, der har fremkaldt den som følge af en indkomstskabende aktivitet m.v., men som ikke har oppebåret indkomsten.

I tilfælde af indkomstfiksering kan et skattesubjekt ligeledes få forhøjet sin indkomst med en indkomst, som den pågældende ikke har oppebåret. Dette er tilfældet, når indkomsten beskattes på trods af, at den pågældende hverken har fremkaldt eller oppebåret indkomsten.

---

53. Se nedenfor 5.1.4.
54. Se navnlig herom nedenfor XIV og XX.

5.1.4 Dobbeltbeskatning (Sekundære korrektioner)

Det fjerde fællestræk er, at såvel en allokering af indkomsten som en beskatning af en fikseret indkomst kan føre til, at den samme indkomst beskattes hos mere end et skattesubjekt.

I tilfælde af indkomstallokering kan indkomsten dels beskattes hos den, der har oppebåret indkomsten (sekundær korrektion), dels hos den, der har fremkaldt indkomsten (primær korrektion). Ved indkomstfiksering kan indkomsten dels beskattes hos den, som hverken har fremkaldt eller oppebåret indkomsten (primær korrektion), dels hos den, som har haft fordel ved at indkomsten hverken er fremkaldt eller oppebåret (sekundær korrektion).

Det samlede skattemæssige resultatet af en primær og sekundær korrektion kan være meget varieret. Dette beror på, at de primære og sekundære korrektioner i nogle tilfælde forstærker hinanden, således at selskabsdeltager og selskab vil blive udsat for en dobbeltbeskatning eller en trippelbeskatning, mens de i andre tilfælde neutraliserer hinanden, således at resultatet bliver skattemæssigt neutralt set under ét for selskabsdeltager og selskab eller ligefrem bliver skattemæssigt neutralt for begge parter.[55]

> Det kan ikke tillægges betydning, at den indkomst, der allokeres eller fikseres, i sig selv kan være ophav til en yderligere indkomst, f.eks. fordi den investeres med henblik på at opnå et afkast. Årsagen hertil er, at denne form for økonomisk dobbeltbeskatning er almindelig for alle typer af indkomst, også selvom indkomsten ikke er korrigeret efter reglerne om allokering eller fiksering af indkomst. Det anses f.eks. for at være uden betydning for virkningen af den primære og sekundære korrektion ved et rentefrit udlån mellem selskabsdeltager og selskab, at låntager tillige beskattes af den indkomst, som låneprovenuet måtte være ophav til. Beskatning af låneprovenuets afkast vil altid finde sted, herunder også når udlånet forrentes på almindelige markedsmæssige vilkår.[56]

Ved en primær og sekundær korrektion efter reglerne om *allokering af indkomst* vil den, til hvem indkomsten i skattemæssig henseende allokeres, altid blive

---

55. Se også LV 2004-1 S.I.1.3.2, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 93 og *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 220-221. Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 136, der uden videre antager, at den endelige beskatning altid vil påhvile långiver: »En indvending mod rentefikseringsmodellen er, at den endelige beskatning kommer til at påhvile långiver, uanset at det er låntager, der har oppebåret en fordel ved ikke at skulle svare rente til långiver«.
56. Cfr. *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162, som giver udtryk for, at denne beskatning er en »voldsom overbeskatning«, og at det ville give »et mere rimeligt skattemæssigt resultat, hvis man undlod at beskatte selskabet af overførslen, men indrømmede selskabet en modsvarende rentefradragsret, der så kunne udligne skatten af det faktisk afkast i selskabet«.

beskattet af denne fremkaldte indkomst som følge af den primære korrektion. Beskatningen forudsætter selvsagt, at indkomsten i sig selv er skattepligtig.

Den sekundære korrektion kan imidlertid ændre den samlede beskatning betydeligt, eftersom denne korrektion er en beskatning af den økonomiske fordel, som den, der med urette har oppebæret indkomsten, har fremkaldt.

Denne fordel kan karakteriseres som en betaling, der er fradragsberettiget for den, til hvem indkomsten er allokeret, men som er skattepligtig for den, som med urette har oppebåret indkomsten. Resultatet heraf er, at den primære og sekundære korrektion ophæver hinanden.

> Dette er f.eks. tilfældet, når selskabsdeltageren har oppebåret en indkomst, der tilkommer selskabet som rette indkomstmodtager. Hvis selskabsdeltagerens økonomiske fordel herved anses som løn, vil selskabsdeltageren skulle beskattes af denne (sekundær korrektion) samtidig med, at selskabet må indrømmes et tilsvarende fradrag. Dette fradrag ophæver beskatningen af selskabet som rette indkomstmodtager af en tilsvarende indkomst (primær korrektion). Resultat heraf bliver, at alene selskabsdeltageren beskattes af indkomsten. Dette svarer til, at det fra begyndelsen var anerkendt, at selskabsdeltageren var rette indkomstmodtager.

Der vil imidlertid også kunne konstrueres situationer, hvor begge parter – dvs. både den, til hvem indkomsten er allokeret, og den, der med urette har oppebåret indkomsten – beskattes af denne.

> Dette er f.eks. tilfældet, når indkomsten med urette er allokeret til et datterselskab i stedet for moderselskabet. Moderselskabet beskattes da som rette indkomstmodtager (primær korrektion). Den af datterselskabet fremkaldte og oppebårne økonomiske fordel anses som et skattepligtigt tilskud fra moderselskabet (sekundær korrektion). Tilskuddet vil som oftest ikke være fradragsberettiget for moderselskabet.

Endelig vil der kunne konstrueres eksempler, hvor der alene sker en beskatning hos den, der er anset for at være rette indkomstmodtager.

> Dette vil f.eks. være tilfældet, når datterselskabets indkomst med urette er allokeret til moderselskabet. Datterselskabet vil da blive beskattet af indkomsten som rette indkomstmodtager (primær korrektion). Moderselskabet, som har fremkaldt og oppebåret en økonomisk fordel, vil efter omstændighederne ikke skulle beskattes af dette, eftersom den anses som et skattefrit udbytte, jf. SEL § 13 (sekundær korrektion). Resultatet bliver, at alene rette indkomstmodtager beskattes af indkomsten.

Ved *fiksering af indkomster* kan den primære og den sekundære korrektion ophæve hinanden, således at der i princippet ikke finder nogen beskatning sted.

Dette er tilfældet, når den primære korrektion udløser en beskatning af den, der har udøvet den indkomstskabende aktivitet, og et fradrag hos den, til fordel for hvem aktiviteten er udøvet, samtidig med, at den sekundære korrektion udløser et tilsvarende fradrag hos førstnævnte og beskatning hos sidstnævnte.

Et eksempel herpå er de tilfælde, hvor selskabet beskattes af en fikseret rente ved udlån til selskabsdeltageren (primær korrektion), mens selskabsdeltageren får fradrag for en tilsvarende renteudgift, samtidig med at selskabsdeltageren beskattes af en løn svarende til den sparede renteudgift (sekundær korrektion), og selskabet indrømmes fradrag for denne lønudgift. Når bortses fra reglerne om opgørelse af den skattepligtige indkomst for personer, er resultatet alt andet lige skattemæssigt neutralt for både selskabsdeltager og selskab.[57]

I andre tilfælde vil den, som udøver den indkomstskabende aktivitet, blive beskattet af en fikseret indkomst ved den primære korrektion, mens den, til fordel for hvem aktiviteten er udøvet, indrømmes et tilsvarende fradrag, således at det samlede skattemæssige resultat set under ét er neutralt.

Ved udlån fra selskabet til selskabsdeltageren er dette f.eks. tilfældet, når selskabet beskattes af en fikseret rente (primær korrektion), og selskabsdeltageren indrømmes et tilsvarende fradrag. Hvis både selskabsdeltager og selskab er et aktie- eller anpartsselskab, vil den fremkaldte og oppebårne økonomiske fordel, som selskabsdeltageren har haft ved at få det rentefri udlån, efter omstændighederne kunne betragtes som et skattefrit udbytte, jf. SEL § 13 (sekundær korrektion). Resultatet vil derfor set under ét for selskaberne være skattemæssigt neutralt, omend det ene selskab vil få en forhøjelse af indkomsten svarende til det andet selskabs nedsættelse.[58]

Endelig vil der forekomme tilfælde, hvor den, som har udøvet den indkomstskabende aktivitet, beskattes af en fikseret indkomst, mens de skattemæssige konsekvenser for den, til fordel for hvem aktiviteten er udøvet, er neutrale.

Dette er f.eks. tilfældet, når den långivende selskabsdeltager beskattes af en fikseret rente (primær korrektion) samtidig med, at det låntagende selskab får fradrag for en tilsvarende rente og beskattes af et tilskud af samme størrelse (sekundær korrektion).[59]

---

57. Se også *J.O. Engholm Jacobsen*, TfS 1989, 528 og *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162.
58. Jf. også *Erik Werlauff,* Selskabsskatteret 2003/04, s. 427 og *Jan Pedersen*, TfS 1995, 81, der anfører, at det er paradoksalt, at de skattemæssige konsekvenser udløses hos långiver, selvom låntager har oppebåret den økonomiske fordel.
59. Det forudsættes, at tilskuddet ikke er fradragsberettiget for långiver. Fradrag for tilskud er f.eks. givet i UfR 1976.60 H, TfS 1984, 61 LSR og UfR 1984.160 H. Der er ikke i sager om fiksering af indkomst eksempler på, at selskabsdeltageren har fået fradrag for et tilskud til sit selskab. Se hertil LV 2004-1 S.I.1.1 og *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.

5.2 Forskelle

Der er også en række forskelle på reglerne om indkomstallokering og indkomstfiksering.

5.2.1 Mindst to (bilateral) eller tre parter (multilateral)

For det første fremgår det af ovenstående, at reglerne om indkomstallokering alene har betydning, når to eller flere skattesubjekter kan være modtagere af en indkomst, som hidrører fra tredjemand. Indkomstallokering forudsætter derfor dels mindst ét ophav til indkomsten, dels mindst to skattesubjekter, som kan være rette modtagere af indkomsten. Spørgsmålet om allokering af indkomst vil derfor altid opstå i forholdet mellem mindst tre parter, dvs. mindst i et multilateralt forhold.[60]

Det fremgår endvidere af ovenstående gennemgang, at reglerne om indkomstfiksering kan finde anvendelse i forholdet mellem blot to parter: Ophav og modtager. Der er ikke som for indkomstallokering noget behov for mindst to modtagere, som indkomsten kan allokeres til, og ét ophav. Spørgsmålet om fiksering af indkomst vil derfor kunne opstå i forholdet mellem mindst to parter, dvs. mindst i et bilateralt forhold.[61]

Det er imidlertid ikke udelukket, at en sag om indkomstfiksering omfatter mere end to parter, f.eks. således at der foreligger ikke mindre end tre transaktioner i forholdet mellem tre parter, nemlig én mellem A og B, én mellem A og C og én mellem B og C. Indkomstfikseringen adskiller sig imidlertid fra indkomstallokeringen derved, at der ikke i et sådant tilfælde er tale om et ægte multilateralt (treparts) forhold. De enkelte transaktioner kan – og skal – vurderes hver for sig, idet forholdet til de øvrige transaktioner alene kan anses som vilkår, der på lige fod med andre udefra kommende vilkår kan have betydning for vurderingen af hver enkelt transaktionen. Hver transaktion giver sig udslag i én indkomst, for hvilken det må overvejes, om en fikseret indkomst kan beskattes. I modsætning hertil kan indkomstallokering ikke udskilles i to eller flere bilaterale (toparts) forhold, idet forholdet mellem indkomstens ophav og de potentielle modtagere af indkomsten må vurderes under ét. Der er alene én indkomst, for hvilken det må overvejes, hvem der er rette indkomstmodtager.

5.2.2 Indkomstens modtager og ophav

Reglerne om indkomstallokering har for det andet som formål at udfinde det rette skattesubjekt i forholdet mellem to modtagere, som typisk dels er det skattesubjekt, der har udøvet den indkomstskabende aktivitet og dermed frem-

---

60. Jf. redegørelsen ovenfor 3.2.
61. Jf. redegørelsen ovenfor 4.

kaldt indkomsten, dels er det skattesubjekt, der har oppebåret indkomsten. Den ene part anses af skattesubjekterne i fællesskab som rette modtager af indkomsten – den anden part anses af skattemyndighederne som rette indkomstmodtager. Allokeringen foregår således i forholdet mellem potentielle modtagere af indkomsten og ikke i forholdet mellem indkomstens modtager og ophav.

Indkomstfiksering foregår derimod direkte i forholdet mellem modtager og ophav, idet skattemyndighederne og skatteyderne er uenige om, hvilken indkomst der skal anses for at være fremkaldt.

Formålet med reglerne om indkomstallokering bliver derved at finde ud af, hvem der er indkomstens modtager i relation til indkomstens ophav. I en sag om indkomstfiksering er det derimod fastslået, hvem der er ophav og modtager af indkomsten.[62] Reglerne om indkomstfiksering har derfor alene til formål at fastlægge, hvilke værdier ophav og modtager ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal anses for at have fremkaldt og oppebåret.

Med udgangspunkt i de grafiske figurer, der ovenfor 3 og 4 er anvendt ved beskrivelsen af indkomstallokering og indkomstfiksering, kan dette udtrykkes således, at indkomstallokering vedrører spørgsmålet om, hvor pilene skal pege hen, mens indkomstfiksering er spørgsmålet om, hvor store pilene skal være.

5.2.3 Fremkaldt eller ikke fremkaldt

For det tredje og sidste er der den forskel på problemstillingerne, at indkomstallokering vedrører allokeringen af en indkomst, hvis værdi principielt er uomtvistet, idet indkomsten er fremkaldt – men ikke oppebåret – af den, der har udøvet den indkomstskabende aktivitet, mens indkomstfiksering vedrører fikseringen af indkomst, hvis værdi principielt er omtvistet, idet indkomsten hverken er fremkaldt eller oppebåret af den, der har udøvet den indkomstskabende aktivitet.[63]

I de situationer, som indkomstallokering omfatter, udfindes den skattepligtige blandt flere modtagere, der skal beskattes af en indkomst, som er fremkaldt og hvis værdi er uomtvistet. Formålet med reglerne om indkomstallokering er blot at finde den eller de skattepligtige, som skal beskattes af den fremkaldte indkomst, uanset om den eller de pågældende har oppebåret indkomsten. Værdien af denne indkomst – den fremkaldte indkomst – prøves ikke i medfør af reglerne om allokering af indkomst.

Reglerne om indkomstfiksering tager derimod sigte på at beskatte et skattesubjekt af en indkomst, som ikke er fremkaldt, fordi dens værdi er omtvistet.

---

62. Jf. også *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52.
63. Indkomsten kan derimod være fremkaldt af den anden part i transaktionen, således at den fremkaldte og oppebårne indkomst blot er forskudt fra et skattesubjekt til et andet, jf. ovenfor 5.1.1.

Formålet med reglerne om indkomstfiksering er derfor at finde den eller de skattepligtige, som skal beskattes af en indkomst, uanset om indkomsten er fremkaldt eller oppebåret. Det afgøres i den forbindelse, hvilken indkomst der må anses for at være fremkaldt, herunder hvilken værdi indkomsten må ansættes til, men ikke hvem der skal anses for at have oppebåret den pågældende ikke fremkaldte indkomst.

5.2.4 Om dispositionskorrektioner og vilkårskorrektioner

Der sondres undertiden i den juridiske litteratur mellem på den ene side de såkaldte dispositionskorrektioner og på den anden side de såkaldte vilkårskorrektioner, idet der i litteraturen – som det vil ses nedenfor – er en tendens til, at en korrektion efter reglerne om allokering af indkomst betegnes som en dispositionskorrektion og at en korrektion efter reglerne om fiksering af indkomst betegnes som en vilkårskorrektion.

> Således delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37): »Hvis aftaler mellem koncernforbundne selskaber og disses hovedaktionærer derimod afviger så meget fra sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, at de må anses for indgået i kraft af aktionærindflydelsen, viser praksis, at der foretages såvel dispositionskorrektioner som vilkårskorrektioner, hvilket vil sige, at aftalerne ikke tillægges skattemæssig virkning efter deres indhold. De grundlæggende præjudikater om dispositionskorrektioner er dommene i UfR 1960.535 H, Havnemøllesagen, og UfR 1983.699 H, Bohartsagen. Vedrørende vilkårskorrektioner kan der i relation til rentefri lån først og fremmest henvises til TfS 1985, 439 Ø, hvor landsretten udtaler, at et rentefrit lån mellem koncernforbundne søsterselskaber er et usædvanligt vilkår i forretningsforhold og alene må anses som ydet på grund af aktionærens indflydelse. Skattemyndighederne har derfor været berettiget til i henhold til statsskattelovens § 4 e at tilsidesætte som sket. Der kan endvidere henvises til TfS 1993, 236 Ø, hvor landsretten udtalte, at rentefriheden mellem de interesseforbundne selskaber ikke var forretningsmæssigt begrundet, således at der var tale om en vilkårlig løbende indkomstoverførsel, der ikke skattemæssigt skulle accepteres«.
>
> Se også *Jakob Bundgaard*, SR-Skat 2003, 43: »Der kan formentlig begrebsmæssigt på et overordnet plan opereres med en todeling i det skatteretlige omkvalificeringsbegreb i form af begreberne dispositionskorrektion og vilkårskorrektion, som i nogen grad kan udledes af eksisterende praksis«.[64]

64. Jf. også *Jakob Bundgaard*, Tynd kapitalisering, s. 42-46 og R&R 2003, 3, 45 samt *Oyvind Hansen & Inge Nilsson* i TfS 2003, 326. Se hertil *Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen*, TfS 2001, 888 og *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339, der omtaler korrektioner efter LL § 2 som vilkårskorrektioner.

Andre forfattere anvender begreberne dispositionskorrektion og vilkårskorrektion som en sondring mellem på ene side de korrektioner, der kan finde sted med udgangspunkt i reglerne om fiksering af indkomst (vilkårskorrektion), og på den anden side en underkendelse af det skattemæssige arrangement i henhold til den såkaldte realitetsgrundsætning (dispositionskorrektion).

Således *Jan Pedersen*, R&R 2000, 2, 32 SM: »Efter min opfattelse må der ved indkomstmanipulationer sondres mellem dispositionsmanipulationer, dvs. manipulationer af indkomstens retlige fremtrædelsesform, og vilkårsmanipulationer, dvs. manipulationer af indkomstens beløbsmæssige fremtrædelsesform.

En dispositionsmanipulation kan undergives en dispositionskorrektion på grundlag af skatterettens realitetsgrundsætning. En sådan korrektion aktualiseres, hvis den manipulerede disposition ikke har faktisk og økonomisk realitet, men blot er en tom og indholdsløs formalitet. Det er en betingelse for dispositionskorrektionen, at der består en modstrid mellem den af skatteyderen hævdede form og dispositionens realøkonomiske indhold.

En vilkårsmanipulation omfattende indkomstoverførsel ved manipulerede prisvilkår kan derimod alene undergives en vilkårskorrektion, såfremt der er udtrykkelig hjemmel hertil«.[65]

Jf. også *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 399-400 og R&R 2003, 1, 16: »LL § 2 giver således alene adgang til vilkårskorrektion. Modstykket til vilkårskorrektion er *dispositionskorrektion*, dvs. den situation, hvor selve dispositionen anfægtes. Dispositionskorrektionen kan alene gennemføres med hjemmel i skatterettens realitetsgrundsætning«.[66]

I nogle tilfælde bruges disse definitioner ligefrem under ét, således at en korrektion af den aftalte allokering af en indkomst betegnes om en dispositionskorrektion, mens der samtidig henvises til reglerne om skattemæssig underkendelse af arrangementer.[67]

Således *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 249, der dels omtaler dispositionskorrektioner som en korrektion af en indkomsts allokering under henvisning til den terminologi, der anvendes

---

65. Se hertil *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 37, der betegner realitetsgrundsætningen som en dispositionskorrektion.
66. Se endvidere *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 36-38, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 399-400 og *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53.
67. Se også *Nikolaj Vinther & Sten Bønsing*, TfS 2002, 955, der kalder »dispositionskorrektion« for »princippet om rette indkomstmodtager«.

af Jakob Bundgaard og Jens Wittendorff, dels anvender dispositionskorrektion som betegnelse for, at et arrangement underkendes i skattemæssig henseende under henvisning til den af Jan Pedersen anvendte terminologi.

Begreberne dispositions- og vilkårskorrektion anvendes ikke her. Baggrunden herfor er for det første, at begreberne efter den foran først nævnte definition er cirkulære, idet de aftalte vilkår for en transaktion selvsagt følger af parternes dispositioner. En korrektion af vilkårene for en transaktion vil derfor altid indirekte være en korrektion af de dispositioner, som har ført til de aftalte vilkår. Begreberne er derfor reelt intetsigende og fører ikke til nogen erkendelse af, hvorledes en korrektion kan finde sted i henhold til reglerne om allokering og fiksering af indkomst. Det, der korrigeres, er således ikke dispositionen eller vilkårene, men derimod den aftalte allokering eller fiksering af *indkomsten*, hvad enten denne antages at tage udspring i en disposition eller i et vilkår. For det andet anvendes begreberne som det ses i forskellig betydning af forskellige forfattere. Dette kan give anledning til tvivl om, hvad der egentlig forstås ved dispositions- og vilkårskorrektioner.

5.3 Sammenfatning

Det følger af ovenstående, at reglerne om indkomstallokering og indkomstfiksering har en række fællestræk, men på trods heraf har et forskelligt anvendelsesområde. De ovenfor tre konstaterede forskelle på indkomstallokering og indkomstfiksering er endvidere så betydelige, at reglerne om allokering og fiksering af indkomst i det følgende må behandles hver for sig.[68]

Forskellen på indkomstallokering og indkomstfiksering kan illustreres ved, at spørgsmål om allokering og fiksering kan være sideordnede problemstillinger i samme sagskompleks. Forholdet kan f.eks. være det, at det først må afgøres, hvem en indkomst rettelig tilkommer i skatteretlig henseende (indkomstallokering), hvorefter det må afgøres, om den af dette skattesubjekt modtagne indkomst skal ansættes til et højere eller lavere beløb end det fremkaldte beløb (indkomstfiksering). Denne opdeling synes forudsat i Skatteministeriets meddelelse i TfS 1991, 135 SKM.

---

68. Se hertil *Christian Homilius*, SpO 2000, 333, der under henvisning til to af de centrale domme om allokering og fiksering af indkomst – UfR 1960.535 H og TfS 1998, 199 H – konstaterer, at situationerne ikke er sammenlignelige. Forfatteren uddyber denne sondring med en henvisning til, at UfR 1960.535 H vedrører det forhold, at man »hugger« en indtægt fra den virksomhed, som indtægtsgrundlaget i en lang periode har tilhørt, mens TfS 1998, 199 H vedrører et »oprindeligt vilkår«. Se endvidere LV 2004-1 S.F.4 om »Fikseret løn, rente, leje«, hvori det anføres: »Det her omhandlede spørgsmål må ikke forveksles med spørgsmålet om hvem der er rette indkomstmodtager, ...«

> På foranledning af, at der i København blev åbnet et kontor af et engelske firma, Daniel Meyer & Partners, hvis speciale var salg af skattelyselskaber, blev skatteministeren af Folketingets skatteudvalg anmodet om en kommentar.
>
> Skatteministeren oplyste, at firmaet Daniel Meyer & Partners ville anbefale den fremgangsmåde, at en skatteyder købte et selskab i et skattelyland, således at skatteyderens indtægter fremover kunne indtjenes gennem selskabet i skattelylandet. Skatteyderen kunne herefter låne af selskabet til sit forbrug og selv fastsætte lånevilkårene.
>
> Hertil bemærkede skatteministeren, at skattemyndighederne efter fast praksis ikke godkendte, at en person eller et selskab, der er hjemmehørende i Danmark, og som har indtjent en indtægt ved virksomhed her i landet, kan undgå dansk beskatning af denne indtægt ved at overføre den til et selskab, som skatteyderen har stiftet i udlandet. Indtægten vil blive således fortsat blive beskattet hos personen eller selskabet her i landet, forudsat denne kan anses for rette indkomstmodtager. Ministeren gjorde dog samtidig opmærksom på, at der kan være forretningsmæssige grunde til, at et dansk foretagende stifter et selskab i udlandet, herunder f.eks. til at udvide virksomheden. I så fald skal den indtægt, som er indtjent ved det udenlandske selskabs virksomhed, også beskattes i dette selskab.[69]
>
> I det engelske firmas fremlagte materiale var det ikke præciseret, hvorledes firmaet ville rådgive sine danske klienter. Skattemyndighederne måtte derfor ifølge skatteministeren i hvert enkelt tilfælde bedømme, om der var en forretningsmæssig baggrund for oprettelsen af et selskab i udlandet. I den forbindelse kunne det være nødvendigt at undersøge selskabets forretningsmæssige organisation, herunder arbejdsgangen og spørgsmål om, hvem der foretog de forretningsmæssige dispositioner. I tilfælde af, at det udenlandske selskab var forretningsmæssigt begrundet, kunne det også komme på tale at undersøge, om der i forholdet mellem det udenlandske selskab og dets danske ejer var aftalt eller fastsat vilkår, der afveg fra de vilkår, som ville være aftalt mellem uafhængige parter.[70]

Af ministeriets svar fremgår, at reglerne om indkomstfiksering alene ville kunne finde anvendelse, i det omfang det udenlandske selskab i henhold til reglerne om indkomstallokering kunne anses for at være rette indkomstmodtager. Heraf følger også, at indkomstallokering og indkomstfiksering kan udelukke hinanden. Indkomstfiksering i forholdet mellem skatteyderen og det udenlandske selskab ville således ikke finde sted, hvis skatteyderen blev anset for at være rette indkomstmodtager af indtægterne. I så fald ville det udenlandske selskab ikke have indtægter og ville derfor ikke kunne foretage udlån til skatteyderen, for hvilke der ville kunne fikseres en rente.

---

69. Dette er et spørgsmål om indkomstallokering.
70. Dette er et spørgsmål om indkomstfiksering.

Denne sammenhæng mellem allokering og fiksering fremgår også tydeligt af sagen TfS 1993, 321 LSR,[71] og af sagerne TfS 1986, 146 LSR, TfS 1997, 392 H og TfS 1997, 862.[72]

Der findes imidlertid også eksempler på, at skattemyndighederne – og Landsskatteretten – har haft vanskeligt ved at sondre mellem allokering og fiksering af indkomst. I TfS 2001, 771 LSR, hvor selskabet havde afholdt udgifter til vedligeholdelse m.v. af et hus, som var udlejet til selskabsdeltageren, anfører Landsskatteretten f.eks. ikke klart, at sagen reelt vedrørte spørgsmålet om allokering af udgifter. I sagen TfS 2002, 153 LSR, om et datterselskab, der havde afholdt en udgift for moderselskabet, blev det ligeledes ikke klargjort, at sagen reelt vedrørte spørgsmålet om allokering af udgifter. I stedet blev begge sager afgjort under henvisning til, at de ikke var omfattet af LL § 2, stk. 1.[73]

De teoretiske forskelle og ligheder på begreberne kan også beskrives ved en henvisning til en ældre dom fra den amerikanske Supreme Court: Lucas. v. Earl, 281 United States Reports (U.S) 111 (1930). Sagen vedrørte en advokat, som med sin hjemmegående hustru havde aftalt, at deres samlede indkomster skulle tilfalde et interessentskabslignende fællesskab som rette indkomstmodtager for derefter at blive fordelt med halvdelen til hver af dem. Resultatet af denne aftale var, at hustruen fremover skulle beskattes af den ene halvdel af advokatens indtægter, mens advokaten skulle beskattes af den anden halvdel. Supreme Court anerkendte ikke denne aftale, idet advokaten fortsat blev beskattet af hele sin indkomst. I begrundelsen anførtes, at »arrangements by which the fruits are attributed to a different tree from which they grew« ikke skulle respekteres i skattemæssig henseende. Denne grundsætning blev i dansk ret oversat til læren om »træet og frugterne« og blev i teorien anvendt som argument både for og imod beskatning af fikserede indkomster.

Se f.eks. på den ene side *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284: »Dommen om træet og frugterne illustrerer på bedste vis hovedkravet om indkomstens realisering. Advokaten havde rådet over den faktisk eksisterende indkomst ved overgivelsen til hustruen og havde derved – i skatteretlig henseende – realiseret indkomsten«, og på den anden side *Aage Michelsen*, Lærebog om indkomstskat, s. 588: »Synspunktet er, at det skattesubjekt, der har den retlige adkomst til indkomstgrundlaget, f.eks. en post aktier, eller som har udført en arbejdsindsats,

71. Sagen behandles indgående nedenfor XIII, 4.1.1.
72. Se om sagerne nedenfor XVIII, 6.2.
73. *Jørgen Juul Andersen & Laila Rasmussen* refererer i SU 2003, 49 til et tilfælde, hvor et dansk selskab og et udenlandsk selskab havde indgået en kommissionæraftale, og hvor en større del af indkomsten i henhold til aftalen blev allokeret til det danske selskab i henhold til SL § 4. Det er ikke på baggrund af det af *Jørgen Juul Andersen & Laila Rasmussen* oplyste muligt at fastslå, om det danske selskab i stedet som hævdet af forfatterne burde have været beskattet af en fikseret indkomst.

> også må være rette indkomstmodtager til afkastet af aktierne henholdsvis rette indkomstmodtager af vederlaget for det udførte arbejde«.[74]

Ud fra ovenstående definitioner må det imidlertid understreges, at Lucas. v. Earl ene og alene omhandlede spørgsmålet om allokering af indkomst. Der blev ikke i denne sag taget stilling til, om der var hjemmel til at beskatte advokaten eller hans hustru af en fikseret indkomst. Læren om træet og frugten kan derfor med henvisning til Lucas v. Earl alene anvendes til at illustrere principperne om indkomstallokering: Hvis der er to eller flere træer i plantagen skal resultatet af deres arbejde – frugterne – henføres til det træ, der er ophav til frugterne: Dvs. en sammenhæng mellem på den ene side den indkomstskabende aktivitet og på den anden side indkomsten.

Principperne om indkomstfiksering kan med henvisning til samme allegori beskrives på følgende måde: Hvis resultatet af træernes indkomstskabende aktivitet – frugterne – beror på en transaktion mellem to eller flere af træerne i plantagen, skal hvert træ medregne frugter svarende til det, som træet ville have fremkaldt, hvis det havde indgået en transaktion med træer i en anden plantage.[75] I sagen Lucas v. Earl havde indkomstfiksering vedrørt spørgsmålet om, hvorvidt den indkomst, som advokaten havde fremkaldt ved sin indkomstskabende aktivitet, havde den korrekte værdi. Det kunne også være diskuteret, om der i forholdet mellem advokaten og hustruen skulle have været fremkaldt en indkomst vedrørende deres interessentskabslignende fællesskab.

Selv om reglerne om allokering og fiksering af indkomst er forskellige, har de imidlertid som nævnt ovenfor også betydelige fællestræk. Beskatningen af såvel en allokeret som en fikseret indkomst tager således udgangspunkt i en forestilling om, at et traditionelt indkomstbegreb, der alene beskatter den fremkaldte og oppebårne indkomst, ikke er tilstrækkeligt.

Det traditionelle indkomstbegreb udvides derfor i to tempi. Ved beskatning af en allokeret indkomst er det traditionelle indkomstbegreb fraveget i og med, at et skattesubjekt beskattes af en indkomst, der er fremkaldt som følge af den indkomstskabende aktivitet, men som den pågældende ikke har oppebåret. Den ene del af det traditionelle indkomstbegrebs krav til beskatningen – den frem-

---

74. Se endvidere *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 365 og Transfer Pricing, s. 102, *Thøger Nielsen*, TfR 1963, 383 og redaktionel artikel i SpO 1989, 14 om rentefri lån mellem interesseforbundne parter: »Det følger imidlertid af det skattemæssige indkomstbegreb, jf. SL §§ 4 og 6, at den, der disponerer over sine indtægtsmuligheder på en sådan måde, at frugterne af en (kapital)indsats høstes af andre, kan beskattes af den således overførte indkomst«.
75. Anderledes *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284, der om indkomstfiksering anfører, at træet slet ikke har båret nogen frugt, og at det forhold, at et nærliggende træ har båret frugt – eventuelt fordi dette træ er gødet, passet og plejet – ikke gør nogen forskel.

kaldte indkomst – er således opretholdt, mens det andet krav – den oppebårne indkomst – er fraveget.

Ved beskatningen af en fikseret indkomst fraviges begge krav til beskatningen af en indkomst, som følger af det traditionelle indkomstbegreb. Den indkomstskabende aktivitet har således ikke ført til, at der er fremkaldt en indkomst, og denne indkomst er som følge heraf heller ikke oppebåret hos det skattesubjekt, som har udøvet den indkomstskabende aktivitet, eller hos noget andet skattesubjekt. Indkomsten beskattes ikke desto mindre hos det skattesubjekt, som hverken har fremkaldt eller oppebåret indkomsten.

Af de to udvidede indkomstbegreber – beskatning af allokeret indkomst og beskatning af fikseret indkomst – er sidstnævnte således et fuldstændigt opgør med et traditionelt indkomstbegreb, mens førstnævnte kun er et delvist brud med et traditionelt indkomstbegreb. Indkomstfiksering ligger derfor længere fra udgangspunktet i det teoretiske traditionelle indkomstbegreb end indkomstallokering.[76]

6. Om afkald

Reglerne om allokering og fiksering af indkomst har et betydeligt slægtskab med reglerne om afkald på indkomst.

Årsagen til, at den, der har fremkaldt en indkomst, ikke tillige har oppebåret denne, kan beskrives som et afkald på at oppebære indkomsten. Den skattepligtige har derimod ikke givet afkald på at fremkalde denne ved sin indkomstskabende aktivitet.

> Selskabsdeltageren betinger sig f.eks. et vederlag for sit arbejde, men giver afkald på at få lønnen udbetalt, der i stedet udbetales til dennes selskab. Indkomsten er fremkaldt af selskabsdeltageren, men ikke oppebåret af denne.

På samme måde kan årsagen til, at en indkomst hverken er fremkaldt eller oppebåret beskrives som den skattepligtiges afkald på at fremkalde og oppebære indkomsten.

> Selskabsdeltageren giver f.eks. afkald på at få et vederlag for sit arbejde. Indkomsten er hverken fremkaldt eller oppebåret af selskabsdeltageren.

76. Se navnlig om betydningen heraf nedenfor XXI, 1.

6.1 Tidspunktet for afkaldet

I tidsmæssig henseende kan et afkald være givet før eller efter at indkomsten anses for at være fremkaldt eller oppebåret.

Er et afkald givet, inden indkomsten er fremkaldt eller oppebåret, kan indkomsten ikke beskattes efter det traditionelle indkomstbegreb.[77] Det må i stedet overvejes, om den skattepligtige kan beskattes i henhold til reglerne om allokering eller fiksering af indkomst, alt afhængig af om den skattepligtige har givet afkald på at fremkalde og/eller at oppebære indkomsten.

Dette illustreres f.eks. af Vestre Landsrets dom i TfS 1997, 665 V.[78]

Hvis afkaldet er givet, efter at indkomsten er fremkaldt og oppebåret, kan den skattepligtige i henhold til det traditionelle indkomstbegreb beskattes af denne.[79] Det forhold, at den skattepligtige efter at have fremkaldt og oppebåret indkomsten afstår denne til en anden, tillægges ikke betydning for spørgsmålet om, hvorvidt den skattepligtige skal beskattes heraf.[80]

I relation til reglerne om fiksering af indkomst fremgår dette af Højesterets dom i sagen TfS 1990, 214 H, hvor moderselskabet ikke havde givet afkald på en afgift og som følge heraf skulle beskattes af afgiften. Det var derfor ikke nødvendigt at tage stilling til, om moderselskabet skulle beskattes af en indkomst, det ikke havde fremkaldt, eftersom moderselskabet havde fremkaldt indkomsten.[81]

Praksis om, hvornår der kan gives afkald på en indkomst med den virkning, at afkaldsgiver ikke er skattepligtig af indkomsten, er således ikke præjudicerende for, om afkaldet skal korrigeres efter reglerne om allokering af indkomst eller fiksering af indkomst. Denne praksis vedrører alene spørgsmålet om, på hvilket tidspunkt afkaldet skal være givet, for at den skattepligtige ikke anses for at have fremkaldt eller oppebåret indkomsten.

---

77. Se også redaktionel artikel i SpO 1973, 113 og *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277.
78. Afgørelsen er omtalt nedenfor XVIII, 3.2.3.
79. Se også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 82, *Thøger Nielsen*, UfR 1972 B, 201, redaktionel artikel i SpO 1973, 113 og *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277.
80. Se også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 601-602, *J.O. Engholm Jacobsen*, Skatteretten 1, s. 353-354, *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 82 og redaktionel artikel i SpO 1973, 113.
81. Se om sagen nedenfor XVIII, 6.1.

6.2 Overdragelse af retten til at oppebære en indkomst

Grænsedragningen mellem på den ene side allokering af indkomst og på den anden side fiksering af indkomst er, som det fremgår af ovenstående, klar og entydig. Der opstår imidlertid et særligt problem i de tilfælde, hvor en transaktion mellem to parter vedrører selve den aftalte allokering af indkomsten, dvs. hvor den ydelse, den ene part leverer – eller forsøger at levere – er retten til at oppebære indkomsten. Spørgsmålet er, hvorledes reglerne om allokering og fiksering af indkomst skal anvendes, når den aktivitet der udøves, er overdragelsen af selve indkomstens allokering.

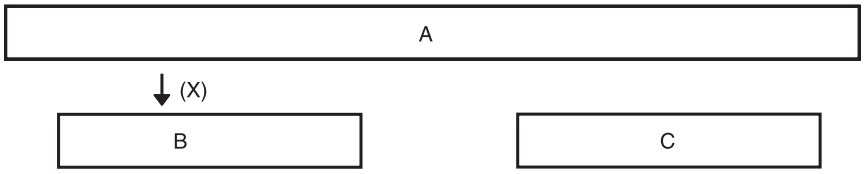
> I praksis har dette allerede givet anledning til vanskeligheder, jf. TfS 2001, 807 LSR, hvor driften i et selskab blev overdraget til et andet interesseforbundet selskab. I forbindelse hermed betalte det købende selskab for værdien af igangværende arbejder. Skattemyndighederne fandt, at selskaberne ved overdragelsen havde ansat værdien af de igangværende arbejder for lavt. Den erlagte modydelse for ydelsen »igangværende arbejder« blev med andre ord anfægtet, og det sælgende selskab blev forpligtet til at medregne en større – fikseret – indkomst end den, selskabet havde selvangivet. I et forsøg på at undgå de såkaldte sekundære korrektioner påtog det købende selskab sig en forpligtelse til armslængde-betaling i henhold til LL § 2, stk. 4. For Landsskatteretten gjorde Told- og Skattestyrelsen gældende, at dette ikke var muligt, idet LL § 2, stk. 4, alene finder anvendelse, hvis den primære korrektion er foretaget med hjemmel i LL § 2, stk. 1. Skattemyndighederne havde ganske vist beskattet det sælgende selskab af en fikseret indkomst, men Told- og Skattestyrelsen gjorde gældende, at sagen skulle behandles i overensstemmelse med reglerne om allokering af indkomst, eftersom det sælgende selskab allerede havde erhvervet ret til de pågældende indtægter, men havde ladet det købende selskab udfakturere tilgodehavenderne for at få flyttet midler over i dette selskab. Landsskatteretten fandt, at skattemyndighederne havde fikseret en indkomst i henhold til LL § 2, stk. 1, og at selskaberne derfor havde retskrav på at afværge sekundære korrektioner i henhold til LL § 2, stk. 4.

Landsskatterettens afgørelse er utvivlsomt korrekt, eftersom skattemyndighederne havde valgt at beskatte det sælgende selskab af en fikseret indkomst. Det blev imidlertid ikke hermed afgjort, om overdragelsen af retten til at oppebære indkomsten fra de igangværende arbejder skulle have været behandlet efter reglerne om allokering af indkomst.[82]

Problemstillingen kan illustreres ved hjælp af følgende eksempel og figur:

---

82. Se også TfS 1999, 646 Ø og TfS 2000, 799 LSR.



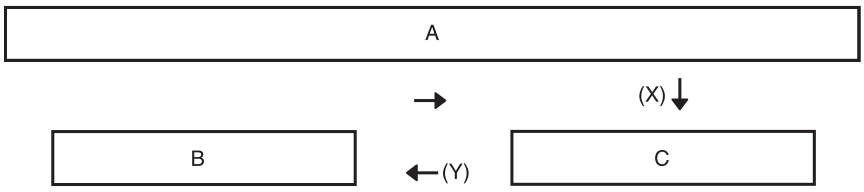
En indkomst (X), der hidrører fra A, er allokeret til B. B ønsker at overdrage indkomsten til C.

I overensstemmelse med det ovenfor anførte må det først undersøges, om indkomsten med rette er allokeret til B. Kun hvis dette er tilfældet, kan det diskuteres, om B kan overdrage indkomsten til C. Skal indkomsten f.eks. allokeres til C i henhold til de regler, der måtte gælde om allokering af indkomst, kan B ikke overdrage denne. Det samme er tilfældet, hvis indkomsten skal allokeres til andre end B eller C som rette indkomstmodtagere. B's overdragelse af indkomst forudsætter således, at denne med rette er allokeret til B.[83]

Hvis A og B er interesseforbundne parter, må det endvidere undersøges, om B har medregnet den korrekte indkomst ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, eller om den kan fikseres til et højere – ikke fremkaldt – beløb eller til et lavere beløb.[84]

Når det er afklaret, at indkomsten med rette er allokeret til B, og at størrelsen af denne (X) udviser det rette beløb, kan der tages stilling til, hvorledes der skal forholdes, hvis B forsøger at overdrage denne til C. Denne overdragelse kan teoretisk anskues på to forskellige måder:

Overdragelsen kan på den ene side anskues således, at B har ret til at overdrage retten til at få allokeret indkomsten til C, men at C – i hvert fald forudsat at B og C er interesseforbundne – skal erlægge en passende modydelse (Y). Dette kan grafisk illustreres ved følgende figur



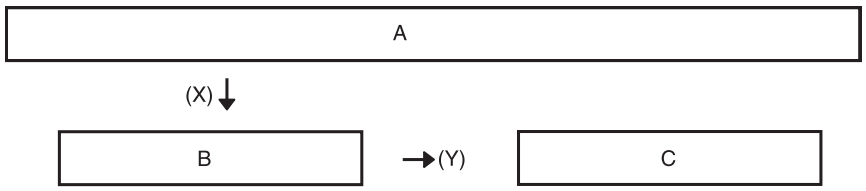
Ud fra et sådant teoretisk udgangspunkt anerkendes det, at retten til at få allokeret en indkomst er et aktiv, der på lige fod med alle andre aktiver kan overdrages, herunder også i forholdet mellem interesseforbundne parter. Eftersom

83. Se sammenfatningen ovenfor 5.3.
84. Jf. ovenfor 5.3.

retten til at få allokeret indkomsten således kan afhændes fra B til C, kan B efter overdragelsen ikke anses for at være rette modtager af indkomsten. Denne skal i stedet i skattemæssig henseende allokeres til C. Reglerne om allokering af indkomst kan således ikke føre til, at B beskattes af indkomsten. Derimod kan reglerne om fiksering af indkomst bringes i anvendelse for så vidt angår den modydelse (Y), som C har erlagt. Det vil sige, at der må tages stilling til, om denne modydelse er tilstrækkelig, og hvis dette ikke er tilfældet, må der ved B og C's opgørelse af den skattepligtige indkomst – i det omfang der måtte være hjemmel hertil – medregnes en fikseret modydelse.

Resultatet af denne fremgangsmåde er, at C utvivlsomt skal beskattes af indkomsten X. B skal endvidere utvivlsomt beskattes af den eventuelt erlagte modydelse Y. Det springende punkt er, om B derudover kan beskattes af et fikseret beløb, der er større eller mindre end Y.[85]

På den anden side kan det også hævdes, at reglerne om allokering af indkomst ikke kan fraviges ved aftale. Heraf følger, at det ikke i skatteretlig henseende anerkendes, at retten til at få allokeret en indkomst er et aktiv, der kan overdrages i skattemæssig henseende. Det følger i så fald endvidere, at B – på trods af at retten til at oppebære indkomsten civilretligt måtte være afhændet – i skattemæssig henseende fortsat anses for at være den, til hvem indkomsten skal allokeres og beskattes. Overdragelsen af indkomsten til C bliver herved i skattemæssig henseende en overdragelse af en indkomst, som B allerede har oppebåret og er beskattet af, jf. nedenstående figur:



I det omfang, selve overdragelsen af den fremkaldte indkomst (Y) anses for at være en indkomstskabende aktivitet – hvilket ikke er tilfældet, hvis (Y) er et pengebeløb[86] – kan det endvidere diskuteres, om C har erlagt den rigtige modydelse (Z), herunder om B skal beskattes af en fikseret indkomst, der er en anden end den eventuelt erlagte modydelse.[87] Er der ikke erlagt nogen modydelse –

85. Dette teoretiske udgangspunkt blev lagt til grund af skattemyndighederne i den ovenfor refererede sag TfS 2001, 807 LSR.
86. Se ovenfor 3.2.
87. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvor indkomsten fra A er en aktiepost, som B overdrager til C uden vederlag. Det kan da diskuteres, om B skal beskattes af en eventuel avance på aktierne, som B ikke har fremkaldt, idet overdragelsen er sket uden vederlag.

eller er der kun delvist erlagt en modydelse – kan C endvidere beskattes af den vederlagsfri formuefordel (Y), som C har fået.

Følgevirkningerne af denne fremgangsmåde er, at B utvivlsomt skal beskattes af indkomsten (X). C skal utvivlsomt beskattes af (Y), i det omfang der ikke er erlagt en passende modydelse (Z). Det springende punkt er, om B derudover kan beskattes af en fikseret indkomst i forbindelse med overdragelsen af (Y).

I økonomiske henseende vil begge fremgangsmåder kunne føre til samme resultat. Antages det f.eks., at B ved overdragelsen af (X) som et aktiv til C skal have en modydelse (Y), der har samme størrelse som (X), vil både B og C i henhold til det første af de teoretiske udgangspunkter blive beskattet af X, idet både B's og C's indkomst kan opgøres som henholdsvis **B = (X) og C = (X)**, når **(X) = (Y)**.

Antages det ligeledes, at B efter at have oppebåret indkomsten (X) som rette indkomstmodtager vederlagsfrit overdrager denne til C, er **(X) = (Y)**, og B's og C's indkomst kan i henhold til det andet teoretiske udgangspunkt ligeledes opgøres som **B = (X) og C = (X)**.

Selvom sådanne økonomiske ligheder mellem metoderne kan forekomme, er det åbenbart, at de beror på forskellige forudsætninger, nemlig henholdsvis en hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst og en forudsætning om en vederlagsfri overdragelse. Årsagen hertil er, at det første teoretiske udgangspunkt indebærer, at selve allokeringen af indkomst behandles som et aktiv, der overdrages. Det overdragne aktiv er dermed aldrig blevet beskattet hos overdrageren, hvorfor der reelt alene skal tages stilling til et spørgsmål: Hvilken ydelse og modydelse skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst som følge af overdragelsen af aktivet. Reglerne om allokering af indkomst bliver dermed uden betydning, idet overdragelsen udelukkende behandles efter reglerne om fiksering af indkomst.

For så vidt angår det andet teoretiske udgangspunkt har reglerne om allokering af indkomst fortsat betydning, idet overdragelsen af retten til at få indkomsten allokeret ikke anerkendes i skattemæssig henseende. Den civilretlige overdragelse af indkomsten anses derfor ikke i skattemæssig henseende for at være en overdragelse af denne som et aktiv, men derimod som en overdragelse af selve pengeværdien. For denne pengeværdi kan reglerne om fiksering af indkomst efter omstændigheder anvendes. Reglerne om allokering af indkomst får i denne situation større betydning end reglerne om fiksering af indkomst, idet en korrektion af allokeringen utvivlsomt må foretages, mens det afhænger af omstændighederne – tilstedeværelsen af en indkomstskabende aktivitet – om overdragelsen mellem den rette modtager af indkomsten og den, som indkomsten er søgt overdraget til, udløser en beskatning af en fikseret indkomst.

Disse forskelle kan opsummeres således, at der efter det første teoretiske udgangspunkt foretages én korrektion i overensstemmelse med reglerne om

fiksering af indkomst, mens der efter det andet teoretiske udgangspunkt foretages én korrektion efter reglerne om allokering af indkomst og eventuelt også én korrektion efter reglerne om fiksering af indkomst.

Ved vurderingen af, hvilken metode der skal anvendes, kan disse forskelle ikke tillægges betydning, selvom de har stor betydning for spørgsmålet om, i hvilket omfang der er hjemmel til skattemæssige korrektioner, og hvorledes eventuelle sekundære korrektioner skal behandles. Ud fra en teoretisk synsvinkel er det derimod afgørende, om selve retten til at få allokeret en indkomst som rette indkomstmodtager er et aktiv, der kan overdrages. Hvis dette antages, er det første teoretiske udgangspunkt det korrekte. I modsat fald er det andet teoretiske udgangspunkt det korrekte.

Ved afgørelsen heraf må det erkendes, at selve det at have ret til en indkomst har en økonomisk værdi, som utvivlsomt i civilretlig henseende kan overdrages, så længe retten ikke er udnyttet. I det omfang, retten er udnyttet, kan den selvsagt ikke længere overdrages.

Heraf følger som det første, at retten til at oppebære en indkomst alene kan overdrages i civilretlig – og dermed også i skatteretlig – henseende, når denne ret ikke er udnyttet. Er retten udnyttet ved, at indkomsten allerede er oppebåret, kan retten til at oppebære indkomsten ikke overdrages, idet der ikke længere er nogen rettighed at overdrage.

Er retten til at oppebære indkomsten derimod ikke udnyttet, må den for det andet som nævnt i civilretlig henseende kunne overdrages, idet rettigheden fortsat eksisterer. I skatteretlig henseende må denne gyldige civilretlige disposition som udgangspunkt anerkendes. I modsat fald ville det f.eks. ikke i skattemæssig henseende nogensinde være muligt at overdrage aktiver, som giver et kapitalafkast, eller f.eks. at give transport i et optjent arbejdsvederlag.

Den afgørende sondring er herefter, hvornår retten til at oppebære indkomsten i skatteretlig henseende skal anses for at være udnyttet, således at den ikke længere eksisterer og derfor ikke kan overdrages, og hvornår rettigheden til at oppebære indkomsten fortsat skal anses for at eksistere, således at den kan overdrages. Dette spørgsmål må afgøres ud fra de almindelige principper om tidspunktet for retserhvervelse.[88]

88. En nærmere analyse heraf falder uden for afhandlingens rammer.

Kapitel IV

Bærende hensyn

1. Indledning

Formålet med dette afsnit er for det første at analysere, hvad der kan være årsag til, at selskabsdeltager og selskab indgår en sådan aftale om placeringen af en indkomst, at denne aftale må korrigeres ud fra regler om indkomstallokering eller indkomstfiksering. Udgangspunktet herfor er en analyse af de grunde, der kan bevæge selskab og selskabsdeltager til at forskyde indkomsten i det indbyrdes forhold. Der vil ved redegørelsen navnlig blive fokuseret på den del af de økonomiske årsager, der kan betegnes som skatteretlige (nedenfor 2). De andre økonomiske, handelsmæssige og civilretlige hensyn vil alene blive omtalt i hovedtræk (nedenfor 3).

Ved analysen lægges der størst vægt på de skattemæssige overvejelser, idet disse ofte vil indgå som en væsentlig faktor ved tilrettelæggelsen af selskabsdeltagers og selskabs indkomstskabende aktiviteter, når begge er skattepligtige til samme land, må respektere samme lovgivning og er underlagt samme markedsmæssige samt økonomiske vilkår.[1]

Herefter redegøres for, hvorfor der er behov for regler om indkomstallokering og indkomstfiksering, og hvilke bærende hensyn der følgelig må tages i betragtning ved vurderingen af, hvorledes reglerne om allokering og fiksering af indkomst bør indrettes (nedenfor 4).

Den metode, der anvendes nedenfor, kan betegnes som en motivmetode. Det er således ikke formålet at beregne, i hvilket omfang indkomster faktisk forskydes som følge af ukorrekte allokeringer eller fikseringer. Valget af metode er sket i erkendelse af, at der ikke foreligger nogen sikker metode til opgørelse af, i hvilket omfang indkomster forskydes.[2] Valget af en empirisk metode er navnlig

1. Se hertil *Jan Pedersen*, SU 2002, 349, der anfører, at alle skattepolitiske undersøgelser tilsiger, at skattemæssige overvejelser også indgår som en meget væsentlig faktor i de internationale koncerners dispositioner i henseende til investering og drift.
2. Se hertil Skat, december 2001, s. 45-53.

afvist, dels fordi der ikke foreligger noget materiale, som uden videre kan lægges til grund for en sådan undersøgelse,[3] dels fordi en interview-undersøgelse hos selskab og selskabsdeltagere næppe ville fremskaffe oplysninger, som kunne belyse problemets omfang.[4]

2. Den såkaldte marginaleffekt

Det er almindeligt anerkendt, at der efter dansk ret er forskel på beskatningen af fysiske og juridiske personer, og at der tillige i det indbyrdes forhold – f.eks. mellem to fysiske eller to juridiske personer – kan være forskelle i beskatningen.

Disse forskelle – der under et betegnes som »marginaleffekten«[5] – vil i det følgende blive belyst med henblik på at vurdere, hvilken betydning de måtte have for selskabsdeltagerens og selskabets aftale om, hvorledes en indkomst skal placeres. Det forudsættes, at reglerne om beskatning af fysiske og juridiske personer, herunder selskaber, fonde, foreninger, arbejdsmarkedssammenslutninger, andelsforeninger m.v., allerede er kendte.

Analysen fokuserer på de forskelle, der er på den danske beskatning af en selskabsdeltager, der er en fysisk person, og et selskab. Det vil derfor ikke blive analyseret, hvilke forskelle der er på den danske beskatning af selskaber og andre landes beskatning af selskaber, eller på den danske beskatning af selskabsdeltagere og andre landes beskatning af selskabsdeltagere. Årsagen hertil er dels, at en sådan analyse for at være blot nogenlunde retvisende ville forudsætte en omfattende beskrivelse af skattesystemet i flere lande,[6] dels at forskellene på udenlandske skattesystemer er så store, at analysen ikke vil give noget brugbart

---

3. Det bemærkes herved, at de af selskaber offentliggjorde regnskaber ingenlunde kan være grundlag for en vurdering af, om indkomsten forskydes. Dette gælder, uanset at selskaber med stor omsætning måtte have små overskud, idet der ikke nødvendigvis er – eller behøver at være – nogen sammenhæng mellem omsætningen og et overskuds størrelse. Se også Skat, december 2001, s. 52.
4. Selskabsdeltager og selskab ville næppe – heller ikke i forskningsmæssigt øjemed – frivilligt oplyse, om en indkomst bevidst forskydes i det indbyrdes forhold, og hvad der måtte være formålet med en sådan forskydning.
5. Betegnelsen er valgt, fordi forskellene beror på den uensartede marginale beskatning af fysiske og forskellige typer af juridiske personer.
6. Se også Skat, juli 2000, s. 89-121, og Skat, november 2000, s. 31-53, hvor Skatteministeriet konkluderer, at sammenligninger af den effektive beskatning af selskaber i forskellige lande er endog meget vanskelig. Som et kuriosum kan tilføjes, at Danmark – inden vedtagelsen af LL § 2 – angiveligt blev anset for at være et skattely i relation til reglerne om transfer pricing på grund af en lav risiko for at få forhøjet den danske indkomst som følge af danske korrektioner samtidig med gode muligheder for at få nedsat den danske indkomst som følge af udenlandske korrektioner, jf. *Jens Chr. G. Svolgaard*, SR-Skat 1998, 102.

overblik over problemets omfang, medmindre samtlige landes skattesystemer analyseres.[7]

I teoretisk henseende vil indkomsten i øvrigt med stor skattemæssig fordel kunne forskydes til de lande, der populært betegnes som »skattely« eller »skatteoaser«.[8] Her vil marginaleffekten som oftest være forskellen på det danske skattetryk og en procentsats, der er meget nær 0 (nul). Det danske skattetryk kan derfor i forhold til sådanne lande anses for at være stort set det samme som marginaleffekten.[9] Det samme må antages at være tilfældet i forholdet mellem Danmark og andre vestlige lande, som ikke betegnes som skattely.[10] Forskellene på beskatningen af personer og selskaber inden for EU er således fortsat ganske markante,[11] selvom selskabsskatterne er begyndt at bevæge sig mod samme – lave – niveau.[12] Hertil kommer, at forskelle på reglerne om fuld og begrænset skattepligt og om opgørelse af den skattepligtige indkomst kan være et yderligere incitament til en ukorrekt allokering eller fiksering af indkomsten.[13]

---

7. *Jan Pedersen* har i SU 2002, 368 skitseret marginaleffekten i forhold en række andre lande.
8. Jf. *Jan Pedersen*, SU 2002, 368 og R&R 2003, 1, 6, der understreger, at forskydninger af indkomsten til skattely vil være »fordelagtige«, og at de pågældende landes myndigheder ofte opfordrer hertil ved ikke at deltage i et internationalt skatteretligt samarbejde om at hindre f.eks. transfer pricing: »Det må derfor hævdes, at sådanne stater udgør parasitter på den internationale indkomstfordeling og udgør en trussel mod verdensordenen«. OECD har i 2002 udgivet en liste over skattely-lande, som ikke ønsker at samarbejde med vestlige lande om en effektiv beskatning af indkomst. Listen omfatter Andorra, Liechtenstein, Liberia, Monaco, Marshall Islands, Nauru og Vanuatu, jf. *Jens Wittendorff,* SU 2003, 53. Se også Skat, december 2001, s. 15.
9. Alternativet – at flytte virksomheden til et skattely – er ofte stærkt uhensigtsmæssigt hvis det pågældende skattely ikke samfundsmæssigt, politisk og økonomisk er attraktivt for virksomheden, og kan i øvrigt være en besværlig og omkostningskrævende affære, der efter omstændighederne vil udløse et betydeligt skattetilsvar til det land, der forlades. Se hertil *Jan Pedersen*, SU 2002, 349.
10. Dette har betydning, idet udvekslingen af varer primært foregår mellem lande, som er medlem af OECD. Se hertil lederen i SpO 2001, 301.
11. Se om forskellene Skat, juli 2000, s. 89-121, og Skat, november 2000, s. 31-53. Jf. også lederen i SpO 2001, 301.
12. Jf. Skat, december 2001, s. 17 og 33 og *Jens Wittendorff,* SU 2003, 53, men cfr. *Jan Pedersen*, R&R 2003, 1, 6, der anfører, at beskatningen af selskaber for så vidt angår skatteprocenter er blevet betydeligt harmoniserede i de vestlige lande, og at den danske beskatning af selskaber i høj grad er konkurrencedygtig og befinder sig på et gennemsnitligt niveau inden for EU. *Jan Pedersen* overser herved, at der i en tid, hvor selskabernes værdi primært måles på deres nuværende og fremtidige evne til at generere overskud til selskabsdeltagerne, alt andet lige kan være et stort incitament til at forskyde indkomster fra et land til et andet, også selvom besparelsen i skat kun er få procent. Der er i øvrigt ingen af selskaberne, som betaler skat med et gennemsnitligt niveau. Skatten betales med den sats, der gælder i hvert land, og i den forbindelse er den gennemsnitlige europæiske beskatning ligegyldig.
13. Se hertil Skat, december 2001, s. 36 og 46 og *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53.

Det vil heller ikke blive analyseret, hvilke forskelle der er på beskatningen af selskabsdeltagere, der f.eks. er dødsboer, fonde, eller andelsforeninger m.fl. og selskaber, som er aktieselskabsbeskattede.[14] Årsagen hertil er, at langt størstedelen af dansk praksis om indkomstallokering og indkomstfiksering vedrører forholdet mellem på den ene side en selskabsdeltager, der er en fysisk person, og på den anden side et af denne kontrolleret selskab.[15]

Den øvrige praksis vedrører hovedsageligt forholdet mellem to aktieselskabsbeskattede selskaber, der er henholdsvis selskabsdeltager og selskab. Marginaleffekten kan i disse tilfælde som udgangspunkt beregnes til 0 pct., idet selskaberne alt andet lige beskattes ens. Forskelle på selskabernes skattepligtige indkomster og fradragsberettigede udgifter kan dog føre til, at det ene selskab reelt kan oppebære en indkomst skattefrit, mens det andet vil blive beskattet af indkomsten med op til og med 30 pct. Regler om underskudsfremførsel m.v. kan endvidere have stor indflydelse på marginaleffekten.[16]

2.1 Beskatningen af fysiske personer og selskaber

Dansk rets mangfoldige bestemmelser om skatternes beregning for fysiske og juridiske personer fører til, at det er umuligt at beregne én bestemt marginaleffekt i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab. Selv når der ses bort fra de mange forskellige regler om opgørelse af skattepligtige indtægter og fradragsberettigede udgifter, er det blotte antal af kombinationer endvidere så overvældende, at det ville være en uoverskuelig opgave at beregne alle mulige marginaleffekter

En stærkt begrænset fremstilling af forskellene på beskatningen af selskabsdeltager og selskab kan tage udgangspunkt i udvalgte, grundlæggende dele af selve skatteberegningen – nemlig skatteprocent og eventuelle bundfradrag. Et sådant udgangspunkt indebærer, at beskatningen af selskabsdeltagere, der er fysiske personer, må inddeles i 8 niveauer, idet beskatningen af indkomsten øges for hvert niveau:

1. Personer, med en indkomst, der er lig med eller mindre end 36.800 kr., og som ikke skal betale arbejdsmarkedsbidrag af indkomsten, er skattefri. Beskatningen udgør således 0 (nul) pct. af den skattepligtige indkomst.

---

14. Ved aktieselskabsbeskattede selskaber forstås de selskaber, der er omfattede af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 c-2 f og 3 a-5 b, jf. hertil *Henrik Dam* i Skatteret – Almen del, 2004, XXIII, 4.
15. Jf. nedenfor XIII og XVIII.
16. Reglerne om underskudsfremførsel er indgående behandlet i et EU-retligt perspektiv af *Christina D. Tvarnø* i hendes ph.d. afhandling »Skattemæssigt underskud i selskaber i EU – En komparativ retsøkonomisk analyse«.

2. Personer, som efter betaling og fradrag af arbejdsmarkedsbidrag har en indkomst, der lig med eller mindre end 36.800 kr., skal betale 8 pct. i arbejdsmarkedsbidrag af den personlige indkomst.
3. Personer, som efter betaling og fradrag af arbejdsmarkedsbidrag har en indkomst, der er større end 36.800 kr., men lig med eller mindre end 216.800 kr., skal betale 8 pct. i arbejdsmarkedsbidrag, 32,5 pct. i kommunale skatter og 5,5 pct. i bundskat, i alt 43,0 pct.[17]
4. Personer, som efter betaling og fradrag af arbejdsmarkedsbidrag har en indkomst, der er større end 216.800 kr., men lig med eller mindre end 304.800 kr., skal betale 8 pct. i arbejdsmarkedsbidrag, 32,5 pct. i kommunale skatter og 5,5 pct. i bundskat, og 6 pct. i mellemskat, i alt 48,5 pct.[18]
5. Personer, som efter betaling og fradrag af arbejdsmarkedsbidrag har en indkomst, der er større end 304.800 kr., skal betale 8 pct. i arbejdsmarkedsbidrag, 32,5 pct. i kommunale skatter og 5,5 pct. i bundskat, 6 pct. i mellemskat og 15 pct. i topskat, i alt 62,3 pct.[19]
6. Personer, som har en aktieindkomst, der er lig med eller mindre end 42.400 kr., skal betale 28 pct. skat.
7. Personer, hvis aktieindkomst er større end 42.400 kr., skal betale 43 pct. i skat.
8. Endelig skal personer, hvis indkomst er CFC-indkomst, betale 30 pct. i skat.

Ses der bort fra reglerne om opgørelsen af den skattepligtige indkomst og de fradragsberettigede udgifter, vil aktieselskabsbeskattede selskaber m.v. med en vis ret kunne siges at være underlagt én og samme beskatningsform:

1. Selskaber m.v., der er skattepligtige efter reglerne i om beskatning af aktieselskaber m.v. i selskabsskatteloven, skal betale 30 pct. i skat.

2.2 Beregning af marginaleffekten

Den højeste skattesats for selskabsdeltagere, der er fysiske personer, kan herefter stærkt simplificeret opgøres som 0, 8, 43,0, 48,5, 62,3, 28, 43 eller 30 pct. alt afhængigt af, hvilken type af indkomst der er tale om, og hvor store indtægter den pågældende har. Ved vurderingen af marginaleffekten må det imidlertid erindres, at reglerne om skatteberegning er snævert integrerede. Den samlede skat for en selskabsdeltager af et aktieudbytte, der er større end 42.400 kr., vil

17. 8 pct. + (32,5 pct. + 5,5 pct.) af (100 pct. ÷ 8 pct.).
18. 8 pct. + (32,5 pct. + 5,5 pct. + 6 pct.) af (100 pct. ÷ 8 pct.).
19. 8 pct. + 59 pct. af (100 pct. ÷ 8 pct.). Det bemærkes, at det skrå skatteloft udgør samme procentsats som de gennemsnitlige kommunale skatter og de statslige skatter sammenlagt.

således aldrig blive 43 pct., men derimod en procentsats grænsende til 43. Dette beror på, at de første 42.400 kr. alene vil være beskattet med 28 pct., og at denne lavere beskatning til stadighed vil føre til, at den gennemsnitlige skat af hele aktieudbyttet aldrig fuldt ud vil blive 43 pct.[20] På samme måde vil summen af arbejdsmarkedsbidraget, de kommunale skatter og de statslige skatter grænse mod de nævnte procentsatser.[21]

For selskaber og selskabsdeltagere, der er aktieselskabsbeskattede, udgør den højeste skattesats derimod 30 pct.

Marginaleffekten kan derfor opgøres på følgende måde i forholdet mellem fysiske personer, der er selskabsdeltagere, og selskaber, der er aktieselskabsbeskattede, når der tages udgangspunkt i opdelingen for fysiske personer:

1. Marginaleffekten udgør forskellen på beskatningen af selskabsdeltageren, 0 pct., og selskabet, 30 pct., i alt 30 pct. i selskabsdeltagerens favør. Set med selskabets øjne svarer det til, at 30 pct. af indtægten »går tabt« ved en placering i selskabet frem for hos selskabsdeltageren. Marginaleffekten sættes derfor til værdien ÷ 30 pct.
2. Marginaleffekten udgør forskellen på arbejdsmarkedsbidraget, 8 pct., og selskabets beskatning, 30 pct. Værdien er derfor ÷ 22 pct. Det kan fortsat svare sig at forskyde indkomsten til selskabsdeltageren.
3. Marginaleffekten udgør forskellen på beskatningen af selskabsdeltageren, 43,0 pct.,[22] og selskabets beskatning, 30 pct, i alt 13,0 pct. i selskabets favør, svarende til en marginaleffekt på 13 pct. Indkomsten kan med fordel forskydes til selskabet.
4. Marginaleffekten kan opgøres til 18,5 pct., svarende til forskellen på beskatningen af selskabsdeltageren, 48,5 pct.,[23] og et selskab, 30 pct. En forskydning af indkomsten til selskabet vil føre til den laveste beskatning.
5. I denne kategori er marginaleffekten forskellen på selskabsdeltagerens beskatning, 62,3 pct., og selskabets beskatning, 30 pct., dvs. 32,3 pct. i selskabets favør.
6. For en aktieindkomst, der er lig med eller mindre end 42.400 kr., er margi-

---

20. Af en aktieindkomst på 10 mio. kr. vil en selskabsdeltager f.eks. skulle betale 28 pct. af 42.400 kr. og 43 pct. af 9.957.600 kr., svarende til 4.293.640 kr. (11.872 kr. + 4.281.768 kr.). Den gennemsnitlige skat af aktieindkomsten er således 42,9364 pct. i 2004-niveau.
21. Når bortses fra de skattefri fysiske personer og de fysiske personer, som alene skal betale arbejdsmarkedsbidrag, idet den makismale beskatning da vil udgøre et absolut tal, nemlig henholdsvis 0 og 8 pct.
22. Arbejdsmarkedsbidrag, kommunale skatter og bundskat.
23. Arbejdsmarkedsbidrag, kommunale skatter, bundskat og mellemskat.

naleffekten ÷2 pct., idet selskabsdeltageren beskattes med 28 pct. og selskabet med 30 pct.[24]

7. For aktieindkomst, der er større end 42.400 kr., er marginaleffekten 13 pct., svarende til forskellen på selskabsdeltagerens beskatning, 43 pct., og selskabets beskatning, 30 pct.[25]

Det fremgår af ovenstående, at det alt andet lige er fordelagtigt at placere en indkomst hos en selskabsdeltager, der er skattefri, eller som alene skal betale arbejdsmarkedsbidrag, kommuneskat og/eller bundskat, frem for at placere den i et selskab, som skal betale selskabsskat af den samme indkomst. Derimod kan indkomsten med fordel placeres i selskabet, hvis selskabsdeltageren tillige skal betale mellemskat og eventuelt også topskat. Et aktieudbytte kan – når bortses fra de særlige regler, hvorefter et selskab er skattefrit af aktieudbytte eller kun skal beskattes af en del af beløbet – med fordel forskydes til selskabsdeltageren, når det er mindre end 42.400 kr. Et aktieudbytte ud over dette beløb kan med fordel placeres i selskabet.

Forholdet mellem på den ene side selskabsdeltageren og på den anden side selskabet er imidlertid ikke er fuldt ud beskrevet med en opgørelse af beskatningen af indkomsten alt afhængigt af, hvor den placeres. I mange tilfælde vil indkomsten efter placeringen hos det ene skattesubjekt efterfølgende blive overført til det andet skattesubjekt – typisk fra selskab til selskabsdeltager. Selvom selskabsdeltageren f.eks. har valgt at placere en indkomst til et af denne kontrolleret selskab, kan det ikke afvises, at selskabsdeltageren herefter ønsker at overføre indkomsten til sig selv. En yderligere beregning af marginaleffekten må derfor tage højde dels for reglerne om udbetaling af aktieudbytte fra selskaber til selskabsdeltagere, dels for aflønning af selskabsdeltagere, dels for reglerne om selskabsdeltageres kapitalindskud i selskaber.[26] Med udgangspunkt i ovenstående beregninger kan denne *korrigerede marginaleffekt* opgøres således:

1. Marginaleffekten i 1. kategori var ÷ 30 pct.
   Ved overførsel af indkomsten fra selskabsdeltageren til selskabet skal selskabet betale skat af kapitalindskud med 30 pct. Den korrigerede marginaleffekt ved overførsel til selskabet bliver derfor 0 pct.

---

24. Det må imidlertid bemærkes, at reglerne om selskabers beskatning af aktieudbytte, jf. SEL § 13, i en del tilfælde vil føre til, at udbyttet er skattefrit for selskabet. Marginaleffekten er da 28 pct. i selskabets favør.
25. Er aktieudbyttet skattefrit for selskabet i medfør af SEL § 13, er marginaleffekten 43 pct i selskabets favør.
26. Det må erkendes, at indkomsten kan overføres mellem selskab og selskabsdeltager på mange andre måder end de her angivne.

Overførsel fra selskabet til selskabsdeltageren kan ske som aktieudbytte eller som aflønning.

Skat af aktieindkomst betales med 28 og eventuelt også 43 pct. af de 70 pct., der er tilbage i selskabet efter beskatning. Ved en skat på 28 pct. bliver den samlede beskatning herefter 49,6 pct., og ved en skat på 43 pct. bliver den samlede beskatning 58,1 pct. Den korrigerede marginaleffekt bliver derved henholdsvis ÷ 49,6 pct. og ÷ 58,1 pct.

Ved aflønning betales en skat på 0, 8, 43, 48,5 eller 62,3 pct. Den samlede beskatning bliver imidlertid ikke herved 0, 35,6, 60,1, 64 eller 73,6 pct. Dette beror på, at selskabet som altovervejende hovedregel kan fradrage aflønningen ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Den samlede skat bliver derfor alt andet lige den skat, som selskabsdeltageren skal betale. Forskellen mellem en placering af indkomsten i selskabet med efterfølgende aflønning af selskabsdeltageren og en placering af indkomsten hos selskabsdeltageren er derfor alt andet lige 0.

2. Marginaleffekten i 2. kategori var ÷ 22 pct.

   Ved overførsel af indkomsten fra selskabsdeltageren til selskabet skal selskabet betale skat af et kapitalindskud på 92 pct. med 30 pct. Den korrigerede marginaleffekt ved overførsel til selskabet bliver derfor 5,6 pct.

   Overførsel fra selskabet til selskabsdeltageren kan ske som aktieudbytte eller som aflønning.

   Skat af aktieindkomst betales med 28 eller 43 pct., svarende til en samlet beskatning på 49,6 eller 58,1 pct. Den korrigerede marginaleffekt er henholdsvis ÷ 41,6 pct. og ÷ 50,1 pct.

   Ved aflønning er den korrigerede marginaleffekt alt andet lige 0 pct.

3. Marginaleffekten i 3. kategori var ÷ 13 pct.

   Ved overførsel af indkomsten fra selskabsdeltageren til selskabet skal selskabet betale skat af et kapitalindskud på 57 pct. med 30 pct. Den korrigerede marginaleffekt ved overførsel til selskabet bliver derfor 30,1 pct.

   Overførsel fra selskabet til selskabsdeltageren kan ske som aktieudbytte eller som aflønning.

   Der betales skat af aktieindkomst med 28 eller 43 pct., svarende til en samlet beskatning på 49,6 eller 58,1 pct. Den korrigerede marginaleffekt er henholdsvis ÷ 6,6 pct. og ÷ 15,1 pct.

   Ved aflønning er den korrigerede marginaleffekt alt andet lige 0 pct.

4. Marginaleffekten i 4. kategori var 18,5 pct.

   Ved overførsel af indkomsten fra selskabsdeltageren til selskabet skal selskabet betale skat af et kapitalindskud på 51,5 pct. med 30 pct. Den korrigerede marginaleffekt ved overførsel til selskabet bliver derfor 34 pct.

   Overførsel fra selskabet til selskabsdeltageren kan ske som aktieudbytte eller som aflønning.

Skat af aktieindkomst betales med 28 eller 43 pct., svarende til en samlet beskatning på 49,6 eller 58,1 pct. Den korrigerede marginaleffekt er henholdsvis ÷ 1,1 pct. og ÷ 9,6 pct.

Ved aflønning er den korrigerede marginaleffekt alt andet lige 0 pct.

5. Marginaleffekten i 5. kategori var 32,3 pct.

   Ved overførsel af indkomsten fra selskabsdeltageren til selskabet skal selskabet betale skat af et kapitalindskud på 37,7 pct. med 30 pct. Den korrigerede marginaleffekt ved overførsel til selskabet bliver derfor 43,6 pct.

   Overførsel fra selskabet til selskabsdeltageren kan ske som aktieudbytte eller som aflønning.

   Der betales skat af aktieindkomst med 28 eller 43 pct., svarende til en samlet beskatning på 49,6 eller 58,1 pct. Den korrigerede marginaleffekt er henholdsvis 12,7 pct. og 4,2 pct.

   Ved aflønning er den korrigerede marginaleffekt alt andet lige 0 pct.

6. Marginaleffekten i 6. kategori var ÷ 2 pct.

   Ved overførsel af indkomsten fra selskabsdeltageren til selskabet skal selskabet betale skat af et kapitalindskud på 72 pct. med 30 pct. Den korrigerede marginaleffekt ved overførsel til selskabet bliver derfor 19,6 pct.

   Overførsel fra selskabet til selskabsdeltageren kan ske som aktieudbytte eller som aflønning.

   Det er i 6. kategori forudsat, at selskabsdeltageren alene skal betale 28 pct. i skat af aktieindkomsten, svarende til en samlet beskatning på 49,6 pct. Den korrigerede marginaleffekt er derfor ÷ 21,6 pct.

   Ved aflønning ville den korrigerede marginaleffekt alt andet lige være 0 pct.

7. Marginaleffekten i 7. kategori var 13 pct.

   Ved overførsel af indkomsten fra selskabsdeltageren til selskabet skal selskabet betale skat af et kapitalindskud på 57 pct. med 30 pct. Den korrigerede marginaleffekt ved overførsel til selskabet bliver derfor 30,1 pct.

   Overførsel fra selskabet til selskabsdeltageren kan ske som aktieudbytte eller som aflønning.

   Det er i 7. kategori forudsat, at selskabsdeltageren skal betale 43 pct. i skat af aktieindkomsten, svarende til en samlet beskatning på 58,1 pct. Den korrigerede marginaleffekt er derfor ÷ 15,1 pct.

   Ved aflønning ville den korrigerede marginaleffekt alt andet lige være 0 pct.

2.2 Sammenfatning

Det kan herefter for det første konkluderes, at der allerede som følge af den forskellige beskatning af selskaber og selskabsdeltagere, herunder navnlig for-

skellene i skattetrykket, kan være et ikke ubetydeligt skattemæssigt incitament til at forskyde en indkomst i forholdet mellem selskab og selskabsdeltagere.[27]

Selskabsdeltagere, som er skattefri, eller som alene skal betale arbejdsmarkedsbidrag, beskattes lavere end et selskab. I de tilfælde kan selskabets indkomst derfor ud fra et ønske om at minimere skatten forskydes til selskabsdeltageren.

I alle de tilfælde, hvor selskabsdeltageren tillige skal betale kommuneskatter og statsskatter, er selskabets beskatning lavere end selskabsdeltagerens, og indkomsten kan derfor med henblik på at minimere beskatningen forskydes til selskabet.[28]

Endelig beskattes aktieindkomster lig med eller under 42.400 kr. med en lavere sats hos en selskabsdeltager end i et selskab, hvorimod aktieindkomster over dette beløb beskattes lavere i selskabet.[29]

Analysen bekræfter således, at en given indkomst med fordel kan forskydes fra en selskabsdeltager til et selskab eller fra et selskab til en selskabsdeltager, alt afhængigt af, hvem der beskattes i mindst muligt omfang af indkomsten.[30]

For det andet kan det konkluderes, at de beregnede marginaleffekter ændres betydeligt, hvis der indbygges en forudsætning om, at indkomsten efterfølgende skal overføres fra selskabsdeltageren til selskabet eller vice versa. Det har således stor betydning, hvem der skal være indkomstens endelige modtager.[31]

Ved overførsel fra selskabsdeltageren til selskabet foreligger et skattepligtigt kapitalindskud, jf. SL § 4, som ikke er fradragsberettiget hos selskabsdeltageren.[32] En forskydning af selskabets indkomst til selskabsdeltageren, som derefter skal overføre denne til selskabet som endelig indkomstmodtager, vil derfor i

---

27. Se også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 587: »I de senere år har antallet af problemer med indkomstfordelingen været stigende, først og fremmest fordi skatteyderne kan se deres fordel ved at sprede indkomsten mellem flere skattesubjekter enten for at undgå progressiv beskatning, for at placere indtægten hos en skattesubjekt med lavere eller ingen beskatning eller for at hindre dobbeltbeskatningen af selskabsindkomst.« Se endvidere *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s. 191, *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 87, *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 31-32 og 77, *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328, *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52 og R&R 1998, 10, 30, *Ole Bjørn*, SpO 1999, 54 samt forudsætningsvis *Niels Hansen*, R&R 1996, 12, SM 429.
28. Ud af ca. 4,6 mio. skattepligtige betaler ca. 4,1 mio. (90 pct.) bundskat og ca. 1,6 mio. mellemskat og eventuelt også topskat (36 pct.), jf. www.skat.dk/tal_statistik/indkomstfordeling/687.html.
29. Forudsat at der bortses fra reglerne om skattefri aktieudbytter i SEL § 13.
30. Jf. også *Jan Pedersen*, TfS 1995, 81 og TfS 2001, 824, der korrekt bemærker, at den højere beskatning af selskaber tidligere indebar, at indkomsten blev forskudt til selskabsdeltageren frem for selskabet.
31. Se hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 78-79, der antager, at det som udgangspunkt er fordelagtigt at lade indkomsten fremtræde, som om den er optjent i et selskab.
32. Overførsel kan dog også ske på anden måde, f.eks. ved nytegning af kapitalandele i selskabet.

bedste fald føre til en beskatning svarende til den, selskabet skulle have betalt. Dette vil imidlertid kun være tilfældet, hvor indkomsten var skattefri hos selskabsdeltagerne. I alle andre tilfælde vil konstruktionen føre til en beskatning, der er 5,6, 30,1, 34 eller 43,6 pct. højere end ved en direkte forskydning af indkomsten til selskabet.[33]

En overførsel fra selskabet til selskabsdeltageren kan bl.a. ske som et aktieudbytte, der ikke er fradragsberettiget i selskabet, eller som lønindkomst til selskabsdeltageren,[34] der er fradragsberettiget i selskabet.[35] En forskydning af selskabsdeltagerens indkomst til selskabet, som herefter overfører denne som løn til selskabsdeltageren, vil i alle de tilfælde, hvor lønnen kan fradrages fuldt ud ved opgørelsen af selskabets indkomst, reelt være skatteretligt neutral. Selskabet betaler ikke skat, i det omfang indkomsten kan fradrages, fordi den udbetales som løn til selskabsdeltageren, og indkomsten beskattes alt andet lige på samme måde som hos selskabsdeltageren, hvad enten den udbetales som løn fra selskabet eller som indkomst fra tredjemand.[36]

Ved overførsel til selskabsdeltageren som aktieudbytte er der ikke skattemæssig neutralitet. Det afgørende er i de tilfælde, om selskabsdeltageren med fordel eller med ulempe kan forskyde en indkomst til selskabet, som herefter udloddes til selskabsdeltageren som aktieudbytte. Ovenstående analyse har vist, at en sådan konstruktion alt andet lige vil føre til ufordelagtige resultater efter skat for selskabsdeltageren, medmindre den pågældende skulle have betalt topskat af indkomsten, dersom den var placeret hos denne personligt. For selskabsdeltagere, som er skattefri, eller som skal betale arbejdsmarkedsbidrag, kommunale skatter, bundskat og/eller eventuelt også mellemskat, vil konstruktionen efter skat føre til et tab i størrelsesordenen 1,1 pct. til 58,1 pct. af den skattepligtige indkomst. Tabet er størst, når den pågældende ville have været skattefri af indkomsten, dersom den var optjent personligt, men hvor den skal beskattes med 43 pct. ved udlodning fra selskabet. Det mindste tab opstår, hvor selskabsdeltageren tillige skulle have betalt mellemskat af indkomsten, og denne alene beskattes med 28 pct. ved en udlodning fra selskabet. I de tilfælde, hvor selskabsdeltageren tillige skulle have betalt topskat af indkomsten, er den skattemæssige gevinst ved i stedet at placere denne i selskabet, hvorefter den udloddes

---

33. For så vidt angår selskabsdeltagerens aktieindkomst vil beskatningen blive 19,6 eller 30,1 pct. højere.
34. Overførsel som lønindkomst forudsætter, at selskabsdeltageren udfører et arbejde for selskabet.
35. Overdragelse kan dog også ske på anden måde, f.eks. i form af frynsegoder, jf. LL § 16, eller ved solvent likvidation, jf. LL § 16 B.
36. Det er dog ikke i skattemæssig henseende uden betydning, om selskabsdeltageren modtager indkomsten som lønmodtager eller selvstændigt erhvervsdrivende.

som aktieudbytte til selskabsdeltageren, på henholdsvis 12,7 og 4,2 pct., afhængigt af om aktieudbyttet beskattes med 28 eller 43 pct.[37]

Forskydningen af en indkomst mellem selskab og selskabsdeltager kan således være motiveret af ønsket om at få den lavest mulige beskatning af indkomsten hos det primære skattesubjekt og/eller af ønsket om at få den lavest mulige økonomiske dobbeltbeskatning af indkomsten ved overførsel mellem det primære og det sekundære skattesubjekt (den endelige indkomstmodtager).

Det må for det tredje erkendes, at beregningen af marginaleffekten lider af en lang række svagheder. Særlige regler om opgørelsen af den skattepligtige indkomst, herunder f.eks. om selskabers skattefri aktieudbytte, jf. SEL § 13, kan omkalfatre den beregnede marginaleffekt. Det samme gælder f.eks. også for reglerne om selskabsdeltageres aflønning med formuegoder af pengeværdi, f.eks. fri bolig, fri bil, fri telefon, etc. Hertil kommer en lang række særlige regler for beskatning af f.eks. ægtefæller, særlige undtagelser fra pligten til at betale arbejdsmarkedsbidrag, muligheden for at udnytte skattemæssige fradrag, etc. Ved valg af virksomhedsordningen vil den personlige beskatning endvidere kunne udsættes for så vidt angår det opsparede overskud og muligheden for at beregne et kapitalafkast har nogle skattemæssige fordele.[38] I tilfælde af, at virksomheden giver underskud, vil det for virksomhedens ejer endvidere kunne være en fordel at drive virksomheden i privat regi, således at underskuddet efter omstændighederne vil kunne fradrages i ejerens eventuelle øvrige positive personlige indkomst.[39] De ovenfor beregnede marginaleffekter vil derfor i mange tilfælde ikke svare til, hvad der vil kunne konstateres i praksis. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at de beregnede marginaleffekter kan forekomme i praksis, og at der som påvist kan være betydelige forskelle på beskatningen af selskabsdeltager og selskab.

Der er ved analysen bortset fra den, der tilvejebringer indkomsten for et selskab eller en selskabsdeltager. Årsagen hertil er, at den pågældende som udgangspunkt i skattemæssig henseende vil blive behandlet på samme måde, uanset om indkomsten betales til en selskabsdeltager eller et selskab. I tilfælde, hvor kun den ene part tillige vil opkræve moms af indkomsten, kan dette dog få betydning for betaleren, forudsat at den udgående moms ikke kan modregnes i indgående moms.

---

37. For så vidt angår allokeringen af aktieindkomst vil en allokering i selskabet med efterfølgende udlodning til selskabsdeltageren føre til en øget beskatning på 21,6 eller 15,1 pct. alt afhængigt af, om selskabsdeltageren skulle have betalt 28 eller 43 pct. i skat af aktieindkomst, dersom udbyttet var allokeret hos denne.
38. Se også *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328 og *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52
39. Jf. også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 79 og *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328.

Uanset ovenstående forbehold er det påvist, at der er sådanne forskelle i beskatningen af selskabsdeltager og selskab, at dette i sig selv kan være en bevæggrund for, at en indkomst forskydes i forholdet mellem disse i kraft af en ukorrekt allokering eller fiksering af indkomsten.[40]

> Dette understreges tydeligt af, at praksis om allokering og fiksering af indkomst først opstod i henholdsvis 1960'erne og 1970'erne, hvor forskellene på beskatningen af personer og selskaber var blevet så markante, at marginaleffekten havde fået væsentlig betydning.[41]

Heraf følger imidlertid ikke, at forskydningen af indkomsten skal korrigeres efter reglerne om allokering eller fiksering af indkomst. En forskydning af indkomsten med henblik på at spare skat og afgift kan tværtom være et beskyttelsesværdigt formål al den stund, forskydningen respekterer lovgivningens grænser.[42]

3. Andre årsager og modsatrettede hensyn

Det må erindres, at også andre faktorer end de skatteretlige kan have afgørende betydning for valget af den form, hvori virksomheden drives.[43] Selve *etableringen* af et selskab behøver således ikke at være motiveret af skattemæssige spekulationer, men kan lige så vel bero på selskabets civilretlige status eller (andre) økonomiske eller handelsmæssige faktorer (nedenfor 3.1). *Forskydningen* af indkomst mellem selskab og selskabsdeltager kan ligeledes være båret af andre interesser end ønsket om at betale mindst muligt i skat (nedenfor 3.2). I visse tilfælde vil selskabsdeltager og selskab ligefrem aktivt søge at undgå en

---

40. Se ligeledes *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 395-396.
41. Se også *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277: »At disse problemer først er blevet aktuelle i de senere år, har sin nærliggende forklaring i, at det først er i de senere år, at personbeskatningen er kommet til at overstige selskabsbeskatningen« samt *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 51 og Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 977-978. Det må også tages i betragtning, at aktieselskaber med kun én selskabsdeltager i en lang periode blev anset for at være en nullitet, jf. sagen UfR 1934.45 H, hvor Højesteret fandt, at selskabsdeltageren var rette indkomstmodtager af selskabets indkomst, idet selskabsdeltageren ejede samtlige aktier bortset fra to, der øjensynligt ejedes af nogle strømænd. Se også *J. Hartvig Jacobsen* i Skatteretten, s. 92-93.
42. Ligeledes *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 407-408, *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 77, *Jan Pedersen*, R&R 1995, 5, SM 139, *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146, *Aage Michelsen*, R&R 1998, 2, SM 41 og R&R 2003, 1, SM 2, samt *Jakob Bundgaard*, TfS 2003, 299 og TfS 2003, 316.
43. Se hertil *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s. 191 og *Gitte Skouby*, R&R 1998, 10, 30.

forskydning af indkomsten som følge af en ukorrekt allokering eller fiksering af denne (nedenfor 3.3).

Nedenfor vil de væsentligere af disse faktorer blive skitseret. En udtømmende opregning er ikke mulig, eftersom kun fantasien sætter grænser for, hvilke fordele en selskabsdeltager kan realisere dels ved at stifte et selskab, dels ved at forskyde en indkomst i forholdet mellem sig selv og selskabet.

3.1 Valg af selskabsform

Ved valget af f.eks. et aktieselskab frem for en personligt drevet virksomhed kan der bl.a. være lagt vægt på muligheden for at fremskaffe kapital fra en kreds af investorer, at selskabet kan drives med begrænset hæftelse, at selskabet også i øvrigt kan optræde over for omverdenen som et selvstændigt retssubjekt, og at reglerne i aktieselskabsloven giver nogle klare retningslinjer for f.eks. selskabsdeltagernes, kreditorernes, kontrahenternes og medarbejdernes indflydelse på og samarbejde med selskabet, etc.[44]

Der kan også være lagt vægt på en række økonomiske faktorer, når bortses fra de skattemæssige faktorer, som er skitseret ovenfor. Disse kan bl.a. være lavere transaktionsomkostninger og muligheden for at opnå en billigere finansiering af virksomheden.[45]

Blandt de handelsmæssige faktorer kan navnlig anføres, at valget af et selskab som driftsform kan signalere, at virksomheden har et større omfang og kapital og dermed er mere seriøs end en personligt drevet virksomhed. Dette kan navnlig have betydning i forhold til udlandet, hvor aktieselskabet i modsætning til andre selskabsformer kan være kendt og accepteret som ramme om en virksomhed.

Endelig må det tages i betragtning, at der i visse situationer er krav om, at en særlig form for virksomhed udøves i form af et selskab.[46] Et sådant »Berufsverbot« for personligt drevne virksomheder fører selvsagt til, at et selskab må vælges som driftsform. På samme måde kan visse former for virksomhed ikke drives inden for rammerne af samme selskab, hvorfor f.eks. et pengeinstitut, der tillige ønsker at have en kreditforening i koncernen, f.eks. må etablere et moderselskab, der ejer begge selskaber.

På den anden side kan det at drive en virksomhed i form af et selskab være

---

44. Se nærmere om selskabsrettens civilretlige mål *Bernhard Gomard*, Aktieselskaber & anpartsselskaber, s. 1-2 og *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Lærebog i selskabsret I, s. 16-18. Jf. også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 92.
45. Se nærmere om de økonomiske betragtninger *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Lærebog i selskabsret I, s. 173-179.
46. Efter dansk ret f.eks. pengeinstitutter.

noget mere usikkert end at søge ansættelse. Dette gælder ikke mindst for konsulenter, som undertiden vil have valget mellem at blive ansat som lønmodtagere eller at arbejde som selvstændig erhvervsdrivende, evt. at drive virksomhed i selskabsform. Hvor den ansatte nyder en vis beskyttelse som lønmodtager, vil selskabet – eller konsulenten som selvstændig erhvervsdrivende – ikke have samme fordele.[47]

Valget af et selskab som rammen omkring den erhvervsmæssige virksomhed kan derfor ikke i sig selv anses for at være båret af skattemæssige hensyn.[48]

3.2 Forskydning af indkomsten

Årsagen til, at en forskydning af indkomsten finder sted, kan søges i selskabets og selskabsdeltagers økonomiske forhold, f.eks. fordi selskabet er økonomisk nødlidende eller fordi selskabsdeltageren har en interesse i at konsolidere dette. En forskydning kan også være et led i et forsøg på at gøre selskabet til en større og mere attraktiv forretning i forhold til omverdenen eller være et forsøg på at skjule selskabets fejlslagne forretninger.[49] Hensynet til tredjemand som kreditor eller som samarbejdspartner kan også føre til, at en indkomst forskydes til selskabet. Er der flere selskabsdeltagere, kan en forskydning af indkomsten være båret af en dominerende selskabsdeltagers interesse i at begunstige sig selv på de øvrige selskabsdeltageres bekostning, f.eks. ved at indkomsten forskydes til selskabsdeltageren personligt eller til et andet selskab, som denne ejer fuldt ud.[50] I forhold til lande, hvor indførelse eller udførelse af valuta og/eller kapital er begrænset, kan en forskydning af indkomsten være båret af hensynet til at omgå disse restriktioner.[51] I en koncern kan indkomsten blive forskudt, fordi koncernens ledelse ikke ønsker, at lokale ledelser får mulighed for at råde over for store midler, eller fordi der er uenighed mellem moder- og datterselskab om den måde, hvorpå koncernen skal drives.[52] Endelig vil indkomsten nogle gange

---

47. Jf. også *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52.
48. Ligeledes *Thøger Nielsen*, UfR 1972B.201 og SpO 1972, 51. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing s. 38, Skatteretten 2, s. 313 og R&R 1998, SM 305, der anfører, at en overførsel af indkomstgrundlaget fra et skattesubjekt til et andet ikke alene kan være legitimt, men også være fornuftigt begrundet af skattesubjekternes økonomiske, driftsmæssige og retlige vilkår. Cfr. i øvrigt *Gitte Skouby*, R&R 1998, 10, 30, men jf. *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52 om sagen TfS 1987, 457 Ø: »Østre Landsret rammer også en pæl igennem den opfattelse, at der er forbundet en odiøs skattebesparelse ved at oprette et selskab til at varetage en erhvervsmæssig virksomhed«.
49. Se hertil Skat, december 2001, s. 35-36.
50. Se også Skat, december 2001, s. 37.
51. Jf. Skat, december 2001, s. 35.
52. Jf. Skat, december 2001, s. 36 og *Michael Sørensen*, SpO 2001, 114.

forskydes på grund af fejl, f.eks. fordi selskab og selskabsdeltager opfattes som et sådant hele, at der ikke anvendes ressourcer på at afgøre, hvorledes en indkomst skal allokeres eller fikseres, eller fordi sådanne ressourcer ikke findes.[53]

Ovenstående opregning er selvsagt ikke udtømmende, men er dog udtryk for nogle af de argumenter, der ofte er fremført i praksis i forbindelse med sager om allokering og fiksering af indkomst.[54]

3.3 Modsatrettede hensyn

Et af de markante hensyn, der taler mod en forskydning af indkomsten, er, at selskabsdeltager og selskab som følge heraf vil kunne påføre sig selv større skader i form af en ringere styring af deres fælles økonomi end den fordel, der opnås ved, at de opnår besparelse på det samlede skattetilsvar.

> Skatteministeriet har i Skat, december 2001, analyseret dette i relation til nogle hypotetiske eksempler.[55] Konklusionen på undersøgelsen var, at udstrakt anvendelse af transfer pricing til at forskyde indkomsten kunne føre til, at en ledelse mistede overblik med en koncerns økonomiske tilstand,[56] at tabet i form af dårligere resultat før skat som følge af dårlig økonomistyring kunne være større end besparelsen ved at forskyde indkomst som følge af transfer pricing,[57] at ledelsen kunne få vanskeligere ved at værge sig mod svindel fra medejere, ansatte, leverandører og kunder,[58] og at indkomstforskydningen kunne gøre det vanskeligt at afgøre, hvilke dele af koncernen som gav overskud, og hvilke der gav underskud.[59] Transfer pricing kunne derfor samlet ses føre til et tab for virksomheden.[60]

Det må endvidere tages i betragtning, at den bevågenhed, som navnlig sagerne om transfer pricing har været udsat for,[61] givetvis kan påvirke selskaberne til at

---

53. Jf. også Skat, december 2001, s. 35.
54. Jf. nedenfor XIII og XVIII.
55. Jf. Skat, december 2001, s. 13.
56. Skat, december 2001, s. 16. Der erkendes dog, at dette overblik kan bevares ved enkeltstående transaktioner. I øvrigt vil overblikket også kunne bevares, hvis koncernen udarbejder interne regnskaber til brug for økonomistyringen, som ikke anvendes ved selvangivelsen af den skattepligtige indkomst. Omkostningerne herved må da modregnes i den skattemæssige besparelse, som opnås ved at forskyde indkomsten.
57. Skat, december 2001, s. 16.
58. Skat, december 2001, s. 23.
59. Skat, december 2001, s. 28.
60. Jf. Skat, december 2001, s. 33. Se hertil *Sv. Allan Jensen & Erna Christensen*, SU 1992, 73 og *Joel S. Demski*, R&R 1995, 6, 40. Sidstnævnte analyserer transfer pricing problemet i relation til den økonomisk effektive ledelse af selskabet. Se også *Jesper Solgaard*, der i SU 2003, 50 redegør for et strategisk ledelseskoncept »Supply Chain Management«.
61. Jf. ovenfor I, 1.

ændre adfærd, idet risikoen ved en afsløring kan give væsentlige negative økonomiske konsekvenser i form af et dårligt image. Et negativt image kan på længere sigt give større tab end den økonomiske gevinst, der blev forsøgt indvundet ved, at indkomsten blev allokeret eller fikseret på en måde, som var i strid med reglerne herom.[62]

4. De bærende hensyn

4.1 Beskatningens principper

Det kan diskuteres, ud fra hvilke principper et lands skattesystem skal indrettes. Spørgsmål om skatternes berettigelse og fordeling giver således anledning til mange forskellige meninger.

For det første kan det grundlæggende diskuteres, om samfundet overhovedet skal have udgifter af en sådan karakter, at en tvangsmæssig opkrævning af skatter er nødvendig. I det danske samfund er vi gennem flere hundrede år vænnet til et sådant system, men der kan argumenteres for en minimalstat, der alene finansieres ved brugerbetaling eller ved statslig erhvervsmæssig virksomhed.

Hvis skatterne anses for at være berettigede som samfundets måde at foretage tvangsmæssige opkrævninger af bidrag fra dets borgere til dækning af samfundets udgifter, kan det endvidere diskuteres, hvorledes fordelingen skal foretages. I teorien anføres det ofte, at skattesystemet bør indrettes under hensyntagen til grundprincipperne om retfærdighed og lighed for loven,[63] men det må erkendes, at definitionen af retfærdighed og uretfærdighed i skattesystemet beror på nogle meget subjektive vurderinger. Af samme grund er der ikke generel enighed om principper som skatteevneprincippet, ækvivalentsteorien, neutralitetsprincippet, lighedsprincippet, etc.

En nærmere analyse af det retfærdige eller uretfærdige i de nævnte principper og grundsætninger er imidlertid unødvendig i relation til beskrivelsen af de

62. Jf. også *Jan Pedersen*, R&R 2003, 1, 6, der endvidere anfører, at det etablerede erhvervsliv er inde i en udvikling, hvor mere udspekulerede former for skatteplanlægning anses for »uetiske og dermed stridende mod almindelige normer for »shareholder values««. Det er givetvis korrekt, at selskaberne ikke bevidst ønsker at foretage handlinger, som ved en afsløring ville blive anset for at være uetiske. Spørgmålet er imidlertid, om dette kan betegnes som en »etisk« handlemåde, eller om det blot må betragtes som økonomisk sund fornuft. Jf. også Skat, december 2001, s. 38: »Visse virksomheder vil måske af delvist ideelle etiske grunde undlade at bruge »forkerte« transferpriser, men alene indtil nettogevinsten herved overstiger et bestemt beløb«.

63. Jf. *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 7-8.

bærende hensyn bag reglerne om allokering og fiksering af indkomst. Formålet med afhandlingen er ikke at analysere, hvorledes det danske skattesystem grundlæggende bør eller kan indrettes, men derimod at redegøre for, hvorledes reglerne om allokering og fiksering bør indrettes i relation til det allerede etablerede danske skattesystem. Ved beskrivelsen af de bærende hensyn vil det derfor blive lagt til grund, at der opkræves skatter, og at skatterne fordeles på en bestemt måde, som i et vist omfang følger et skatteevneprincip.[64] Det kan herunder navnlig lægges til grund, at beskatningen af selskabsdeltager og selskab i udstrakt grad tager udgangspunkt i en dobbeltbeskatning, idet overførsel af indkomst fra selskabsdeltager til selskab eller vice versa typisk beskattes som et tilskud, et udbytte eller en løn.[65]

De hensyn, der ligger bag reglerne om fiksering og allokering, kan herefter anskues ud fra to synsvinkler. Den ene synsvinkel tager udgangspunkt i samfundets behov for at opkræve skatter og fordelingen af disse, således som opkrævningen og fordelingen nu engang er blevet fastlagt af Folketinget (nedenfor 4.2). Den anden synsvinkel tager udgangspunkt i det enkelte individs – herunder selskabsdeltagers og selskabs – velfærd og frihed til at etablere sin virksomhed inden for de rammer, som lovgivningen tillader (nedenfor 4.3). På baggrund heraf vil de fælles bærende hensyn blive identificeret (nedenfor 4.4). Herefter kan der endelig redegøres for, hvilke former for korrektioner efter reglerne om indkomstallokering og indkomstfiksering der kan opfylde de bærende hensyn (nedenfor 4.5).

4.2 Samfundet

Hensynet til samfundet kan beskrives dels ud fra samfundets behov for at opkræve skatter (det finansieringspolitiske hensyn, nedenfor 4.2.1), dels ud fra behovet for at fordele skatterne på den måde, der er fastsat af et flertal i Folketinget (det fordelingspolitiske hensyn, nedenfor 4.2.2).

---

64. Den lave beskatning af juridiske personer, der er omfattet af selskabs- eller fondsskatteloven, kan dårligt forenes med et skatteevneprincip. Heller ikke beskatningen af andelsforeninger eller tonnageskatteloven synes at bero på et bredt skatteevneprincip.

65. Jf. også *Aage Michelsen*, Lærebog om indkomstskat, s. 797, der anfører, at det er karakteristisk for den danske beskatning af selskaber, at selskabets indkomst er genstand for en økonomisk dobbeltbeskatning. Se endvidere *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 385, der fremhæver, at en »særbehandling« af selskaber i langt de fleste tilfælde er fastholdt i skatteretlig henseende. Som anført af *J. Toftegaard & C. Ulrich Mortensen*, Vore skatter, s. 149, og *J. Hartvig Jacobsen*, Skatteretten, s. 88, er der imidlertid alene tale om en dobbeltbeskatning af de beløb, der udbetales til selskabsdeltagerne. *Niels Winther-Sørensen* redegør i SU 2003, 250 for dobbeltbeskatningen af et selskab og en selskabsdeltager på baggrund af drøftelserne på IFA-kongressen i Sydney i 2003.

4.2.1 Det finansieringspolitiske hensyn

Baggrunden for opkrævning af skatter efter dansk ret er utvivlsomt, at skiftende flertal i Folketinget lige siden statsskattelovens vedtagelse – og også længe inden denne tid – har anset en sådan opkrævning for at være nødvendig for at få dækket samfundets udgifter. Skatterne er som nævnt ovenfor ikke den eneste måde, hvorpå udgifterne kan dækkes. I perioder, hvor skatterne ikke er tilstrækkelige, må samfundet i stedet låne, men sådanne lån skal tilbagebetales, og dette sker som altovervejende hovedregel ved opkrævning af nye skatter. Inden for de senere år er der endvidere kommet mere brugerbetaling.

Ved tilrettelæggelse af reglerne om allokering og fiksering må der derfor set fra samfundets side tages hensyn til behovet for at få finansieret samfundets udgifter.

Forskellene på beskatning af selskab og selskabsdeltager er skitseret ovenfor. Det fremgår heraf, at det kan have stor betydning for skatternes størrelse, hvis en indkomst som følge af en bestemt allokering eller fiksering forskydes fra selskab til selskabsdeltager eller vice versa. De beregnede marginaleffekter er imidlertid så følsomme over for skatternes indretning, at det alene kunne konkluderes, at samfundet som følge af en allokering eller fiksering af en indkomst kan miste hele det provenu, som indkomsten uden den skete forskydning ville have givet anledning til.

Heraf følger, at det politisk bestemte ønske om en finansiering af samfundets udgifter – og afledt deraf skatternes størrelse – ikke kan realiseres, hvis en indkomst allokeres eller fikseres på en sådan måde, at den forskydes fra et beskattet skattesubjekt til et eller flere lavere beskattede skattesubjekter. Samfundet har tværtom ud fra et snævert finansieringspolitisk hensyn en interesse i, at indkomsten placeres hos det skattesubjekt, der betaler mest muligt i skat.[66]

Heraf følger også, at det ved beskatningen må være forudsat, at bestemte indkomster kan henføres til bestemte skattesubjekter. I modsat fald ville ønsket om et bestemt provenu være meningsløst, idet indkomsten da kunne placeres hos et hvilket som helst skattesubjekt med henblik på at minimere skattetilsvaret. For så vidt angår forholdet mellem selskabsdeltager og selskab ville dette kunne indebære, at den forudsatte dobbeltbeskatning de facto blev ophævet.

Det finansieringspolitiske hensyn er derfor isoleret set et bærende hensyn for samfundet.

4.2.2 Det fordelingspolitiske hensyn

Fordelingen af den byrde, som skatterne er udtryk for, har til stadighed undergået mange forandringer. Det er nærmest blevet en dansk tradition, at skiftende

66. Se om det EU-retlige perspektiv ved et sådant hensyn ovenfor I, 3.5.

højre- eller venstreorienterede regeringer – som oftest med støtte fra midterpartier – lancerer skattereformer, som i større eller mindre grad omfordeler skatternes byrde. I relation til de bærende hensyn er det som nævnt ovenfor ikke nødvendigt at diskutere det retfærdige i skatternes fordeling. Det afgørende er, at det som et aksiom kan lægges til grund, at skatterne efter dansk ret fordeles på en bestemt måde ud fra et politisk ønske om, hvem der skal bære den økonomiske byrde, de er udtryk for.[67]

Det er ovenfor påvist, at der i forholdet mellem selskab og selskabsdeltager kan være skattemæssige grunde til, at en indkomst forskydes fra selskabet til selskabsdeltageren eller omvendt. Sådanne forskydninger i form af ukorrekte allokeringer eller fikseringer af indkomsten ændrer imidlertid på hele grundlaget for den politisk bestemte fordeling af skatterne. Hvis en indkomst, der hos en selskabsdeltager skal beskattes med alt til og med topskat, således allokeres til et selskab, flyttes skattebyrden fra selskabsdeltager til selskab, og fordelingen af skattebyrden i form af den sædvanlige dobbeltbeskatning bliver illusorisk. På samme måde ændres grundlaget for fordelingen af skatterne, hvis selskab eller selskabsdeltager ikke handler på en sådan måde, at en mulig indkomst fremkaldes.

Heraf følger, at det politisk bestemte ønske om samfundets fordeling af skatterne ikke kan opfyldes, hvis grundlaget for skatternes beregning – indkomsten – vilkårligt kan allokeres eller fikseres i forholdet mellem selskab og selskabsdeltager. Samfundet har derfor en snæver fordelingspolitisk interesse i, at en indkomst allokeres eller fikseres på en sådan måde, at den tilfalder det skattesubjekt, der skal bære en bestemt byrde i form af skatter.

Det fordelingspolitiske hensyn forudsætter herefter ligesom det provenupolitiske hensyn, at bestemte skattesubjekter bærer den til indkomsten svarende skattebyrde og må derfor betegnes som et bærende hensyn for samfundet.

4.3 Individet

I den mikroøkonomiske teori antages det, at individets adfærd styres af et ønske om velfærd.[68] Det anerkendes imidlertid også, at velfærd kan have mange forskellige udtryk, herunder social velfærd, økonomisk velfærd, helbredsmæssig velfærd, religiøs velfærd etc. De værdier, som et individ sætter pris på, kan således være vidt forskellige fra de værdier, et andet individ sætter pris på.

I relation til reglerne om allokering og fiksering kan velfærd imidlertid de-

---

67. Dette kommer f.eks. til udtryk i de forskellige skattesatser, jf. ovenfor 2.1.
68. For selskaber antages det sædvanligvis, at målet er at maksimere profitabiliteten på lang sigt. Se herom *Jan Schans Christensen*, Ledelse & Aktionærer, s. 31-42 og Kapitalselskaber, s. 187-192.

fineres langt mere snævert som et ønske om penge. Reglerne om allokering og fiksering har kun interesse for det individ, som udøver en indkomstskabende aktivitet. Selv om denne aktivitet kan være ansporet af ét eller flere ønsker om andet end penge, kan det med rimelighed lægges til grund, at ønsket om økonomisk gevinst for langt de fleste er et formål eller ligefrem et hovedformål. Det kan imidlertid ikke afvises, at velfærd for et individ er at formøble sin formue ved at udøve en aktivitet, der er filantropisk men bærende i sig selv, eller som bevidst er underskudsgivende.

Set ud fra denne synsvinkel vil det bærende hensyn for individet være, at indkomsten i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab allokeres eller fikseres på en sådan måde, at den pågældendes velfærd forøges. Hvis ønsket om velfærd er lig med ønsket om penge, vil indkomsten skulle allokeres eller fikseres på den måde, der samlet set giver den største økonomiske gevinst efter skat. Det vil sige, at individet vil søge den lavest mulige beskatning med mindre andre økonomiske faktorer indebærer, at den samlede velfærd ville blive større selv mod betaling af en større skat. For personer, hvor ønsket om penge ikke er bærende, vil allokeringen eller fikseringen skulle foretages på den måde, som ville give dem størst muligt ønske om velfærd. For filantropen, der ønsker at bortskaffe sin formue, ville det svare til, at indkomsten skulle allokeres eller fikseres således, at skatten bliver den størst mulige, medmindre andre økonomiske faktorer ville indebære et endnu større tab, selvom skattetilsvaret blev mindre.

Heraf følger, at individets ønske om velfærd i form af penge bedst kan realiseres, hvis individet vilkårligt kan vælge, om en virksomhed skal udøves i personligt regi eller i selskabsform, og hvis den af virksomheden fremkaldte indkomst vilkårligt kan allokeres eller fikseres i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, således at skattetilsvaret altid minimeres i videst muligt omfang. Selskab og selskabsdeltager har derfor som udgangspunkt en snæver velfærdsorienteret interesse i at kunne organisere virksomheden på en hvilken som helst måde og i at en indkomst alt herefter kan allokeres eller fikseres på en sådan måde, at den tilfalder det skattesubjekt, der skal svare mindst mulig skat heraf.

4.4 De fælles bærende hensyn

Samfundets og individets snævre interesser er, som det ses, ikke ens. Set fra samfundets side skal individet dels respektere den fordeling af skatterne, der er vedtaget, dels medvirke til finanseringen af samfundets fælles udgifter. Set fra individets side skal samfundet have færrest muligt penge, således at individets velfærd forøges.

Det fælles bærende hensyn bag reglerne om allokering og fiksering af ind-

komst må være en afvejning af disse modsat rettede interesser, dvs. en balance mellem på den ene side behovet for finansiering og ønsket om fordeling og på den anden side ønsket om velfærd.[69]

Ved denne afvejning må det tages i betragtning, at samfundets og individets snævre interesser nok er modstridende, men også kan være sammenfaldende. Selskab og selskabsdeltager kan således have interesse i, at samfundet i kraft af dets udgifter og fordelingen af de skatter, der skal finansiere udgifterne, kan stille ydelser til rådighed for selskab og selskabsdeltager, som de ellers selv skulle betale for. Betalingen af skatter kan dermed også af det enkelte individ anses for at være en forøgelse af den pågældendes velfærd. På samme måde kan samfundet have interesse i, at individet øger sin velfærd i form af penge, eftersom det på længere sigt kan give sig udslag i yderligere indkomster, som kan komme til beskatning.

Selskab og selskabsdeltagers maksimering af velfærden vil derfor være i samfundets interesse så længe maksimeringen indebærer, at samfundet får del i velfærden i overensstemmelse med samfundets ønsker om finansiering af udgifterne og fordeling af skatterne. Heraf følger som bærende hensyn, at selskab og selskabsdeltager må have ret til at maksimere deres velfærd, men at denne maksimering må respektere de skatteretlige regler. Reglerne om allokering og fiksering bør derfor ideelt set være indrettet på en sådan måde, at selskab og selskabsdeltager kan forskyde indkomsten med henblik på at maksimere deres velfærd, medmindre denne forskydning set med samfundets øjne har en ikke ønsket effekt for finansiering af udgifterne eller fordelingen af skatterne.

Det bærende hensyn kan derfor reduceres til, indkomsten skal placeres hos den rette indkomstmodtager ud fra den af selskab og selskabsdeltager valgte tilrettelæggelse af den indkomstskabende aktivitet under hensyntagen til samfundets behov for opnåelse af et bestemt provenu og fordeling af skatterne.

Denne gensidige respekt indebærer imidlertid ikke andet og mere end en erkendelse af, at grænserne for, hvilke allokeringer og fikseringer der kan finde sted, må fastsættes politisk ud fra en afvejning af de nævnte hensyn, og at selskab og selskabsdeltager må operere inden for de herefter udstukne grænser. Det overordnede hensyn til retssikkerheden indebærer dog samtidig, at grænserne må være klart udstukne, således at selskab og selskabsdeltager ikke er tvivl om, hvilke allokeringer og fikseringer der vil blive anerkendt i skattemæssig henseende.

---

69. Se også *Jan Pedersen*, SU 2002, 368: »Transfer pricing-lovgivningen må derfor være resultatet af en politisk og samfundsøkonomisk afvejning af modstående interesser«.

4.5 Valget af skattesubjekt

Det er ovenfor erkendt, at en forskydning af indkomsten i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab kan være båret af skattemæssige hensyn som følge af marginaleffekten eller af andre generelle eller konkrete forskelle på beskatningen af selskabsdeltager og selskab, men lige så vel kan være forretningsmæssigt begrundet.

Det er også erkendt, at sådanne forskydninger ud fra en samlet afvejning af individets og samfundets hensyn må accepteres, så længe de respekterer samfundets behov for opnåelse af et bestemt provenu og fordeling af skatterne, således som disse behov nu engang er kommet til udtryk i skattelovgivningen.

På baggrund heraf kan det vurderes, hvorledes reglerne om allokering og fiksering af indkomst må tilrettelægges for at opfylde de bærende hensyn. I de tilfælde, hvor indkomsten skulle beskattes efter reglerne om allokering af indkomst, blev det ovenfor anført, at indkomsten i teoretisk henseende kunne beskattes hos den, der havde oppebåret indkomsten, eller hos den, der ved at udøve en indkomstskabende aktivitet havde fremkaldt indkomst eller hos begge.[70] For så vidt angår beskatning af en fikseret indkomst blev det konkluderet, at den ikke fremkaldte og dermed ikke oppebårne indkomst enten kunne beskattes hos den, der havde udøvet den indkomstskabende aktivitet, eller hos den, til fordel for hvem den indkomstskabende aktivitet blev udøvet, eller hos begge.[71]

For så vidt angår allokering af indkomst kan den, der har oppebåret en indkomst og dermed fået denne i hænde, betegnes som den begunstigede. Samtidig kan den, der har fremkaldt en indkomst ved sin indkomstskabende aktivitet, men ikke har oppebåret denne, betegnes som den forfordelte. På samme måde kan den, som hverken har fremkaldt eller oppebåret en indkomst ved sin indkomstskabende aktivitet, i relation til reglerne om fiksering af indkomst betegnes som den forfordelte, mens den part, som herved vederlagsfrit har nyt godt af den indkomstskabende aktivitet, kan betegnes som den begunstigede.

I henhold til reglerne om allokering og fiksering af indkomst kan således den begunstigede (nedenfor 4.5.1), den forfordelte (nedenfor 4.5.2) eller begge (nedenfor 4.5.3) beskattes.

4.5.1 Beskatning af den begunstigede

En beskatning af den begunstigede i henhold til reglerne om allokering af indkomst vil indebære, at den, som har oppebåret indkomsten, beskattes heraf. Har selskabsdeltager f.eks. udvist en indkomstskabende aktivitet i forhold til

70. Ovenfor III, 3.2.
71. Ovenfor III, 4.2.

tredjemand og derved fremkaldt en indkomst, som er oppebåret af selskabet, skal sidstnævnte beskattes af indkomsten.

For så vidt angår reglerne om fiksering af indkomst beskattes den, til fordel for hvem en indkomstskabende aktivitet er udøvet, uden at aktivitetens udøver derved har fremkaldt eller oppebåret en indkomst. Har selskabsdeltager f.eks. udøvet en indkomstskabende aktivitet i forhold til selskabet uden at fremkalde eller oppebære en indkomst, skal sidstnævnte beskattes af den til aktiviteten svarende økonomiske værdi.

Det kunne anføres, at denne beskatning er tilstrækkelig til at opfylde de bærende hensyn. Indkomsten bliver således på trods af den skete allokering eller fiksering fortsat beskattet – ganske vist ikke hos den, der har udøvet den indkomstskabende aktivitet, men derimod hos den, som har nydt godt af, at førstnævnte ikke har fremkaldt og/eller oppebåret indkomsten.[72]

Samtidig respekteres den i øvrigt gyldige civilretlige aftale mellem selskabsdeltager og selskab og tillægges skattemæssige virkninger efter sit indhold.

En beskatning af den begunstigede er imidlertid ikke nødvendigvis ud fra et provenu- eller fordelingsmæssigt synspunkt tilstrækkelig. Selv om indkomsten måtte blive beskattet hos den begunstigede, kan forudsætningen for indkomstbeskatningen være afgørende ændret på to punkter: For det første kan den effektive beskatning være ændret som følge af marginaleffekten (det provenumæssige hensyn), og for det andet er skattebyrden flyttet fra den forfordelte til den begunstigede (det fordelingsmæssige hensyn). Den sædvanlige økonomiske dobbeltbeskatning af selskabsdeltager og selskab er samtidig gjort illusorisk. Det er med andre ord ikke set fra samfundets side uden betydning, om en indkomst beskattes hos f.eks. selskabsdeltager eller selskab.

I matematisk henseende kan dette udtrykkes på følgende måde:

Selskabsdeltager og selskab kan som selvstændige skattesubjekter symboliseres som A og B. Ved at udøve en indkomstskabende aktivitet kan A fremkalde en indkomst, der kan betegnes som X. Denne indkomst beskattes efter de regler, som måtte gælde for beskatning af A, med en procentsats, der kan betegnes som Y. Den skat, som A skal betale af indkomsten X, kan derfor udregnes til **AI = X * Y%**, hvor AI er udtryk for A's indkomstskat.

Antages det nu, at A som følge af den skete allokering ikke skal beskattes af indkomsten, kan det som ovenfor anført anses for at være tilstrækkeligt, at B beskattes af indkomsten ud fra en betragtning om den økonomiske fordel, som B har oppebåret. Denne fordel svarer til den indkomst, X, som A ikke beskattes af. B beskattes med procentsatsen Z, og skatten

72. Se hertil *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.

kan derfor udregnes til **BI = X * Z%**, hvor BI er udtryk for B's indkomstskat. I henseende til skattebyrden er indkomsten flyttet, idet B og ikke A er blevet skattesubjekt.

Provenuet er endvidere ændret i alle de tilfælde, hvor **Y ≠ Z**, dvs. i alle de situationer, hvor A ikke betaler skat med samme procentsats som B. Hvis A er en fysisk person, og B er et selskab, er det ovenfor bevist, at **Y ≠ Z** som oftest er et sandt udsagn, idet der kun undtagelsesvist forekommer situationer, hvor selskabsdeltager og selskab beskattes med samme effektive procentsats.[73] Heraf følger, at **X * Y% ≠ X * Z%,** og at det derfor ikke er uden betydning for det samlede provenu, om en indkomst beskattes hos selskabsdeltager eller selskab.

Det foran anførte synspunkt beror imidlertid på en forudsætning om, at det provenumæssige og fordelingsmæssige hensyn tager udgangspunkt i en forestilling om, at bestemte indkomster skal beskattes hos bestemte skattesubjekter. Denne forestilling må, som ovenfor anført, anses for bevist i og med, at hele skattesystemet beror på en differentieret beskatning af bestemte skattesubjekter, der hver skal selvangive egen indkomst og beskattes på baggrund af det differentierede system.[74]

Spørgsmålet om, hvorvidt beskatningen af den begunstigede må anses for at være tilstrækkelig, bliver imidlertid hermed afhængig af, om det i skattesystemet er forudsat, at den begunstigede eller den forfordelte bør beskattes af indkomsten. I tilfælde af, at førstnævnte må antages, er beskatningen tilstrækkelig til at opfylde de bærende hensyn. I tilfælde af sidstnævnte må det i relation til de bærende hensyn afvises, at det er tilstrækkeligt, at indkomsten beskattes hos den begunstigede. Beskatningen af den begunstigede kan derfor i teoretisk henseende anses for at være tilstrækkelig.

4.5.2 Beskatning af den forfordelte

Reglerne om allokering og fiksering af indkomst indeholder som nævnt ovenfor i teoretisk henseende tillige en hjemmel til at beskatte den forfordelte. I relation til allokering af indkomst indebærer dette, at den, som har fremkaldt indkomsten som følge af sin indkomstskabende aktivitet, beskattes heraf, på trods af, at indkomsten er oppebåret af et andet skattesubjekt. For så vidt angår fiksering af indkomst beskattes den, som hverken har oppebåret eller fremkaldt indkomsten som følge af sin indkomstskabende aktivitet.

Netop denne form for beskatning opfylder de bærende hensyn, når der tages udgangspunkt i en forestilling om, at bestemte indkomster skal beskattes hos

---

73. Se ovenfor 2.2.
74. Som nævnt ovenfor kommer dette navnlig til udtryk ved den forudsatte økonomiske dobbeltbeskatning af selskabsdeltager og selskab.

bestemte skattesubjekter i henhold til de provenumæssige og fordelingsmæssige hensyn. Det skattemæssige provenu og fordelingen af skattebyrden påvirkes således ikke af den begunstigedes og den forfordeltes aftale om allokering eller fiksering af indkomsten.[75] Som anført ovenfor forudsætter dette imidlertid, at det lægges til grund, at beskatningen af den forfordelte er forudsat ved tilrettelæggelsen af skattesystemet. Antages det således, at skatterne er tilrettelagt ud fra et ønske om at beskatte den begunstigede, kan beskatningen af den forfordelte således ikke anses for at være overensstemmelse med de bærende hensyn. Det kan derfor alene konkluderes, at beskatningen af den forfordelte kan være tilstrækkelig i skattemæssig henseende.

En sådan beskatning indebærer imidlertid, at den civilretligt gyldige aftale mellem den begunstigede og forfordelte om indkomstens allokering eller fiksering ikke tillægges skatteretlige virkninger efter sit indhold.

4.5.3 Beskatning af den begunstigede og den forfordelte

En beskatning af såvel den begunstigede som den forfordelte synes ikke at være påkrævet ud fra en afvejning af de bærende hensyn.

Hvis formålet med reglerne antages at være et værn mod forskydning af indkomsten i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab i strid med de provenumæssige og fordelingsmæssige hensyn, er det tilstrækkeligt at beskatte den forfordelte af indkomsten. En samtidig beskatning af den begunstigede ville føre til en dobbeltbeskatning, som ligger ud over det, som de bærende hensyn som udgangspunkt kan begrunde.[76]

I det omfang, det begunstigede skattesubjekt måtte have oppebåret en økonomisk fordel ved, at et andet skattesubjekt er forfordelt, kan beskatningen af den begunstigede selvsagt være nærliggende. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at indkomsten som følge heraf beskattes mere end én gang, hvilket strengt taget ikke er nødvendigt for at hindre en forskydning af indkomsten.

En ordning, hvorefter der er valgfrihed mellem en beskatning af den begunstigede og den forfordelte, må endelig afvises, eftersom der herved ville blive skabt en betydelig usikkerhed med hensyn til, hvem der skal beskattes af en indkomst.[77]

---

75. Samtidig opretholdes den økonomiske dobbeltbeskatning af selskabsdeltager og selskab.
76. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 282-283.
77. Se hertil *Svend Erik Holm*, R&R 1993, 8, SM 211.

2. DEL

Interessefællesskabet

Kapitel V

Interessefællesskabet

1. Introduktion

Formålet med afhandlingens 2. afsnit er at analysere, om en allokering eller fiksering af en indkomst i forholdet mellem et selskab og en selskabsdeltager efter dansk ret forudsætter, at de har et særligt interessefællesskab.[1] Det vil endvidere blive undersøgt, hvorfor et særligt interessefællesskab måtte være påkrævet, ligesom det særlige interessefællesskab vil blive søgt defineret.

> Ved et særligt interessefællesskab forstås et interessefællesskab, der ligger ud over det, som allerede følger af, at selskabsdeltageren i sagens natur må eje kapitalandele og/eller råde over stemmerettigheder i selskabet.

Det vil ses, at et særligt interessefællesskab kun er én ud af flere betingelser, der skal være opfyldt, for at reglerne om allokering og fiksering af indkomst kan finde anvendelse. Som følge heraf kan det diskuteres, om det er hensigtsmæssigt, at netop dette krav udskilles til særskilt behandling, når de øvrige betingelser for indkomstallokering eller indkomstfiksering efterfølgende behandles under ét.[2] Adskillelsen af analyserne må derfor begrundes:

Kravet om et særligt interessefællesskab er for det første særegent for reglerne om allokering og fiksering af indkomst, idet korrektioner af en indkomst efter begge regelsæt forudsætter et særligt interessefællesskab mellem selskab og selskabsdeltager. Der er således tale om en (delvist) sammenfaldende betingelse til forskel for de øvrige krav, der må stilles, forinden den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering eller fiksering af indkomsten korrigeres.

For det andet er interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab

1. Der er egentlig tale om interessefællesskabs-begreber, men disse omtales af sproglige årsager blot som et interessefællesskab.
2. Se f.eks. navnlig XIII og XVIII.

ikke blevet grundigt analyseret i den hidtidige juridiske teori. I de hidtidige fremstillinger af f.eks. LL § 2 fokuseres således i betydeligt omfang på selve armslængde-princippet, mens kravet om »ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder« kun er stedmoderligt behandlet.

Hertil kommer, at bestemmelserne om selskabsdeltagerens kontrol med selskabet er udformet på en sådan måde, at det kun med nogle vanskeligheder kan fastslås, hvilken personkreds der er omfattet af bestemmelserne.[3] LL § 2 henviser således i alt væsentligt direkte og indirekte til SEL § 32, LL § 16 H, KGL § 4, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3, som derved bliver afgørende for, hvem der er omfattet af bestemmelsen.[4]

Sidst – men ikke mindst – er interessefællesskabet mellem selskab og selskabsdeltager udskilt til en særskilt analyse med henblik på at kunne sammenligne de krav om interessefællesskab, der stilles i henhold til LL § 2, med de krav om interessefællesskab, der er forudsat i praksis om indkomstallokering og indkomstfiksering efter andre bestemmelser, herunder f.eks. SL §§ 4 og 5. I tilslutning hertil vil det blive analyseret, om der i lovgivning eller praksis stilles forskellige krav til interessefællesskabet afhængigt af, om en korrektion foretages efter reglerne om allokering af indkomst eller fiksering af indkomst.

2. Om interessefællesskab

I skatteretlig henseende defineres et interessefællesskab sædvanligvis som et særligt forhold, der består mellem to eller flere selvstændige skattesubjekter, som har fælles økonomiske interesser, og som kan tilrettelægge transaktioner under hensyntagen til deres samlede skattetilsvar.[5]

I det følgende vil denne antagelse blive efterprøvet ved at sammenligne det teoretiske udgangspunkt for dispositioner mellem parter uden interessefællesskab (nedenfor 2.1) med dispositioner mellem parter med interessefællesskab (nedenfor 2.2). På baggrund heraf vil det blive vurderet, om korrektioner efter reglerne om allokering og fiksering af indkomst i teoretisk henseende må forudsætte en særlig form for interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab (nedenfor 2.3 og 2.4).

---

3. Cfr. *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2003, 25: »Ligningslovens §_2 indeholder en indgående beskrivelse af den personkreds, hvis indbyrdes transaktioner kan gøres til genstand for skattemæssig korrektion«.
4. Se nedenfor VIII, 2.1.
5. Således *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 315-316 og Transfer pricing, s. 35 samt *Michael Serup*, R&R 1990, 7, 29.

2.1 Parter uden interessefællesskab

Det er fast antaget, at det skatteretlige indkomstbegreb tager afsæt i civilretten. Det, der beskattes, er som udgangspunkt de økonomiske følgevirkninger af civilretlige dispositioner i overensstemmelse med det indhold, som disse civilretlige dispositioner måtte have.[6]

Langt de fleste civilretlige dispositioner, som udløser en skattepligt, foregår i forholdet mellem personer – det være sig fysiske eller juridiske – som ikke har sammenfaldende økonomiske interesser. I en markedsøkonomi antages det sædvanligvis om disse dispositioner, at hver part i overensstemmelse med, hvad der nu engang er markedsmæssigt hensigtsmæssigt, forsøger at maksimere sin indkomst.

> Lønmodtageren har f.eks. som udgangspunkt en økonomisk interesse i at få mest muligt i løn, mens arbejdsgiveren som hovedregel har en økonomisk interesse i at betale mindst muligt. Køberen af en vare har ligeledes som udgangspunkt en økonomisk interesse i at få varen billigst muligt, mens sælgeren som hovedregel har en økonomisk interesse i at sælge varen dyrest muligt.[7] Låntager vil helst låne penge rentefrit, mens långiver helst vil betinge sig den højest mulige rente.

Der vil selvfølgelig kunne forekomme situationer, hvor den kortsigtede økonomiske interesse ikke tjener en parts interesser på lang sigt.

> Lønmodtageren har f.eks. ingen fordel i at maksimere sin løn, hvis resultatet er, at arbejdsgiveren må lukke sin virksomhed, således at lønmodtageren efterfølgende står uden arbejde. Arbejdsgiveren har ligeledes ingen interesse i at minimere lønmodtagerens løn, hvis lønmodtageren er en nøglemedarbejder og som følge af lønvilkårene søger andet arbejde. Sælgeren af en vare har ingen interesse i at ruinere køberen, hvis dette medfør, at sælgerens omsætning og dermed indkomst på langt sigt falder til et beløb, der er mindre end det, som på langt sigt kunne være realiseret ved at sælge varerne lidt billigere til køber. Långiver har heller ingen interesse at opkræve så høje renter, at låntager til sidst må opgive alle betalinger – herunder både renter og afdrag – medmindre långiver allerede inden da som følge af den høje rente har fået en større indkomst, end en lavere forrentning og en tilbagebetaling af lånet ville have medført.

---

6. Jf. også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 33 og *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 45. Det ligger uden for afhandlingens formål at redegøre for, hvornår den skatteretlige normering af faktum afviger fra den civilretlige. Spørgsmålet herom er navnlig indgående behandlet af *Jan Pedersen* i hans disputats, Skatteudnyttelse, og er baggrunden for den af ham opstillede realitetsgrundsætning.
7. Jf. også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 39.

I disse tilfælde må hver part vælge mellem at forfølge sine interesser på kort eller langt sigt. Sådanne overvejelser er almindeligt forekommende i en markedsøkonomi og indebærer ikke, at parterne kan anses for at være interesseforbundne. Hver part vil jo fortsat overveje, hvad der tjener den pågældende bedst.

Forholdet mellem parter, som ikke er interesseforbundne, kan herefter beskrives således, at de i økonomisk henseende har hver deres »lommer« og forsøger at fylde dem mest muligt. Ved fordelingen af den samlede indkomst, som en civilretlig disposition mellem dem måtte give anledning til, vil de derfor have modstridende interesser for så vidt angår selve fordelingen af den samlede indkomst.[8] Disse modstridende interesser opstår ved, at hver part tilrettelægger sine dispositioner med henblik på eget bedste ud fra en vurdering af markedets vilkår.

2.2 Parter med interessefællesskab

I andre tilfælde foreligger der et sådant økonomisk fællesskab mellem parterne, at de må betegnes som interesseforbundne i skatteretlig forstand. Dette er for det første tilfældet, når parterne har sådanne fælles *økonomiske forhold*, at det, som den ene part taber – og den anden part dermed vinder – tillige vindes af den første part. Et typisk eksempel herpå er forholdet mellem en selskabsdeltager og et selskab, som den pågældende ejer fuldt ud.[9] Den indkomst, som selskabet indvinder på bekostning af selskabsdeltageren, kommer efter omstændighederne også sidstnævnte til gode i og med, at selskabsdeltageren via sine kapitalandele efter omstændighederne kan få overført hele indkomsten til sig selv på et senere tidspunkt.

> Når selskabsdeltageren f.eks. sælger et formuegode for 1 kr. til sit helejede selskab, selvom formuegodet har en markedsværdi på 10.000 kr., taber selskabsdeltageren 9.999 kr., mens selskabet vinder 9.999 kr. set i forhold til den situation, at formuegodet var afstået på markedsmæssige vilkår. Ejer selskabsdeltageren samtlige kapitalandele i selskabet, har han imidlertid tillige vundet 9.999 kr., idet hans kapitalandele som hovedregel er steget i værdi med et tilsvarende beløb. Selskabsdeltageren kan endvidere få pengene tilbage fra selskabet, omend dette i mange tilfælde vil udløse en skattepligt.

Forholdet kan beskrives således, at selskabsdeltageren råder over to forskellige skattesubjekter – »to lommer« om man vil – én, der betegnes som hans personlige indkomst, og en anden, der betegnes som selskabets indkomst, forudsat at

---

8. Se hertil *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 36.
9. Jf. også *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s. 191-192 og *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 347-348 samt s. 358.

selskabsdeltageren har bestemmende indflydelse på selskabet og ejer samtlige kapitalandele i dette.[10] Har en fysisk eller juridisk person alene bestemmende indflydelse, men ingen økonomisk interesse i selskabet – dvs. intet ejerskab til kapitalandele – vil den pågældende fortsat kunne begunstige sig selv på selskabets bekostning.[11] I tilfælde af, at en selskabsdeltager alene ejer kapitalandele i sit selskab, men ikke har bestemmende indflydelse på dette, vil selskabsdeltageren alt andet lige ikke kunne påvirke selskabets handlemåde, men selskabsdeltageren og selskabet vil utvivlsomt kunne have fælles økonomiske interesser som følge af de »to lommer«.

For en selskabsdeltager og dennes selskab under ét kan det derfor for selve erhvervelsen af indkomsten være uden betydning, om den placeres det ene eller det andet sted, idet den i alle tilfælde vil kunne komme begge skattesubjekter til gode, forudsat at selskabsdeltageren ejer samtlige kapitalandele i selskabet. Selve indkomsten bliver alt andet lige før skat ikke større eller mindre af, at den placeres hos det ene skattesubjekt frem for det andet.

I eksemplet ovenfor er selskabsdeltageren hverken blevet rigere eller fattigere ved, at 9.999 kr. nu befinder sig i selskabet. De 10.000 kr. indgår som udgangspunkt stadig i hans formue og er blot blev ændret fra at være værdien af et formuegode (10.000 kr.) til at være kontanter (1 kr.) og øget kursværdi af kapitalandelene (9.999 kr.).

Heraf følger imidlertid ikke, at selskabsdeltager og selskab ikke kan have en betydelig interesse i indkomstens placering. Selvom indkomsten alt andet lige hverken bliver større eller mindre, kan der som nævnt ovenfor f.eks. være forretningsmæssige grunde til, at selskabsdeltageren har brug for øget kapital i selskabet, f.eks. at selskabet i forbindelse med sin indkomstskabende aktivitet har brug for det pågældende formuegode. Indkomstens placering kan imidlertid som ligeledes nævnt ovenfor også være båret af skattemæssige hensyn, herunder navnlig ønsket om at opnå den lavest mulige beskatning af indkomsten.[12]

I eksemplet har selskabsdeltageren således »skjult« et skattepligt tilskud til selskabet i form

---

10. Se også *I.A. Strobel*, SPO 1992, 146: »Når en juridisk persons regeringsform i realiteten er uindskrænket monarkisk, har den pågældende fysiske person altså to klaverer at spille på: Han kan disponere på egne vegne, og han kan disponere på den juridiske persons vegne. Det kan ikke være nogen hemmelighed for læserne, at det benyttes flittigt til forsøg på at nedbringe skatten«.
11. Jf. også *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 301. Selskabsdeltageren har i disse tilfælde kun »én lomme«, men dispositioner med selskabet kan tilrettelægges ensidigt af selskabsdeltageren med henblik på at berige selskabsdeltageren på bekostning af selskabet.
12. Disse årsager er indgående analyseret ovenfor IV. Se også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 315 og *I.A. Strobel*, UfR 1976B.233.

af et salg af et formuegode til underpris. Det kan samtidig have haft betydning, at selskabsdeltageren ved et salg til markedsværdien skulle have været beskattet af en avance. Har selskabet et uudnyttet skattemæssigt underskud, kan dette efter omstændighederne anvende underskuddet til at neutralisere denne avance ved videresalg.

Parter må for det andet betegnes som interesseforbundne i skatteretlig forstand, når de på grund af *personlige forhold* behandler deres økonomi – eller blot dele deraf – som én fælles økonomi, selvom de reelt ikke har fælles økonomi. Sådanne former for interessefællesskab ses ofte i forholdet mellem nærstående personer, hvor gavemiljøet mellem parterne samt retlige eller moralske forsørgelsespligter fører til, at den ene part i et vist omfang kan være villig til at ofre sine økonomiske interesser til fordel for den anden part.[13] Det klassiske eksempel er forældrene, som forsørger deres børn – ikke alene som følge af en retlig pligt, men også på grund af de følelsesmæssige bånd.

Forholdet kan typisk beskrives således, at parterne ikke altid sondrer skarpt mellem deres egen økonomi og fællesskabets økonomi. Grænsen mellem egne »lommer« og fællesskabets »lommer« bliver derved flydende, og de enkelte parter råder i et vist omfang over hver deres »lommer« med henblik på det fælles bedste. I det omfang, parterne ad åre får retlig status som arvelader og arvtager, kan en overførsel af indkomster fra f.eks. forældre til børn endvidere af parterne anses for at være et periodemæssigt spørgsmål, idet forældrenes formue i sidste ende tilfalder børnene.

Aftaler om overførsel af indkomst mellem nærstående personer vil som oftest være båret af gavmildhed. En overførsel kan imidlertid også have skatteretlige motiver,[14] f.eks. når forældre forsøger at overføre en løbende indkomst til deres børn ved at fralægge sig afkastet af deres investeringer til fordel for børnene. Forældrene forsøger herved at undgå beskatningen af det løbende afkast, som i stedet beskattes hos børnene. Hvis forældrene alligevel havde til hensigt at begunstige børnene, har dispositionen den fordel, at de ikke længere beskattes af afkastet. Havde de i stedet oppebåret dette og foræret det til børnene, var det blevet beskattet to gange; Først hos forældrene som et formueafkast, og siden hos børnene som en gave.[15]

Et interessefællesskab kan for det tredje opstå om helt *konkrete* dispositioner, hvor to parter, som ellers ikke generelt har fælles interesser, i forbindelse med en enkeltstående transaktion får en fælles interesse. Dette er f.eks. tilfældet, når en bestemt tilrettelæggelse af en disposition får betydelige skattemæssige fordele for begge parter, der overskygger deres i øvrigt modstridende økonomiske

13. Jf. også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 363-364.
14. Ligeledes *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 315.
15. Det forudsættes, at underholdet til børnene ikke er fradragsberettiget.

interesser.[16] Forholdet kan beskrives på den måde, at parterne råder over en tredje »lomme« – skattetilsvaret – og begge beriger sig på bekostning af denne tredje »lomme«.

I andre tilfælde vil kun den ene part kunne have en særlig skattemæssig interesse i at tilrettelægge en disposition på en bestemt måde. Har den anden part ikke modstridende interesser, vil de i fællesskab kunne blive enige om, at den ene part i forbindelse med dispositionen belønnes for den skattemæssige besparelse, som den anden part opnår.[17] Forholdet kan beskrives således, at den ene part begunstiger den anden part hvis sidstnævnte bistår førstnævnte med at berige sig på bekostning af skattetilsvaret.

Der vil endelig kunne forekomme situationer, hvor den ene part har en særlig skattemæssig interesse i at tilrettelægge dispositionen på en bestemt måde, mens den anden part bevisligt er helt uden interesse heri, og førstnævnte derfor ensidigt får lov til at tilrettelægge dispositionen. I disse tilfælde kan det ikke antages, at der består et interessefællesskab mellem parterne.[18] Forholdet må i stedet beskrives således, at der reelt bliver tale om en ensidig disposition, hvor en part eventuelt forsøger at berige sig selv på bekostning af skattetilsvaret, idet den anden part på grund af manglende interesse vil acceptere hvad som helst.[19] I stedet for et fællesskab om interesser er der således én singulær interesse. Selv om forholdet i teoretisk henseende må betegnes som en art »interessesingularitet», adskiller det sig ikke nævneværdigt fra de andre former for konkret interessefællesskab.

> Sådanne singulære interesser kan selvsagt også forekomme i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab og i forholdet mellem nærstående fysiske personer, når den ene part savner enhver interesse i, hvorledes en given disposition mellem parterne tilrettelægges.

Interessefællesskabet og den nævnte »interessesingularitet« er ikke nødvendigvis et udtryk for, om en part kontrollerer en anden part. Det kan således antages, at en part i kraft af en dominerende indflydelse på markedet kan presse en anden part til at acceptere priser og vilkår, som er særligt fordelagtige for førstnævnte part. Sådanne priser og vilkår må anses for at være indgået mellem parter uden interessefællesskab, selvom der utvivlsomt foreligger en form for »kontrol« i

---

16. Jf. også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 316 og Transfer pricing, s. 35-36 samt *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 41-45.
17. Jf. også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 316 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 41-45.
18. Anderledes *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer pricing, s. 388.
19. Det forudsættes, at den pågældende ikke vil kunne ifalde et ansvar for den anden parts dispositioner.

form af den ene parts dominerende position. Når det fastholdes, at parterne ikke i disse tilfælde har et interessefællesskab, er det fordi de alt andet lige har modstridende interesser, som dog ikke vægter lige meget ved en forhandling som følge af den ene parts dominerende position.[20]

2.3 Indkomstbeskatningens forudsætning – Parter uden interessefællesskab

Det er efter mere end hundrede års erfaring med statsskatteloven rimeligt at antage, at vore skatteretlige regler – herunder indkomstbegrebet – giver anledning til færre problemer, når de civilretlige dispositioner, der ligger til grund for beskatningen, ikke er foregået i forholdet mellem interesseforbundne parter, end når dette er tilfældet. Praksis er således fyldt med eksempler på, at Landsskatteretten eller domstolene har måttet gribe korrigerende ind, når parter med interessefællesskab lægger deres dispositioner til grund for opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Skattelovgivningen er endvidere siden statsskattelovens vedtagelse blevet udvidet med mange forskellige regler, som skal værne beskatningen mod dispositioner mellem parter med interessefællesskab.[21]

> På samme måde er der i praksis talrige eksempler på, at det er nødvendigt at korrigere de dispositioner, som søges lagt til grund ved beskatningen, når der foreligger såkaldt »interessesingularitet«.[22]

Praksis og lovgivning indeholder imidlertid ikke nogen forklaring på, hvorfor det er nødvendigt at have særlige regler for interesseforbundne parter og/eller at frakende deres i øvrigt civilretligt gyldige dispositioner skattemæssige retsvirkninger, når bortses fra erfaringerne. Det kan med andre ord på baggrund af praksis og lovgivning *bevises*, at interesseforbundne parters dispositioner ikke uden videre skal tillægges skatteretlig virkning efter deres indhold, men det kan ikke *forklares*, hvorfor de ikke skal tillægges skatteretlig virkning efter deres indhold.

Årsagen hertil kan alene forklares ved, at selve beskatningen – og herunder navnlig også indkomstbegrebet i SL §§ 4-6 – bygger på en forudsætning om, at

---

20. Se hertil *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s.195, der vedrørende kontrol i henhold til den nu ophævede bestemmelse i SEL § 12 fremhæver: »*... der må være tale om en kvalificeret indflydelse, som rækker ud over den indflydelse, der blot er bestemt af de i et i øvrigt frit marked herskende økonomiske magtforhold*«. Jf. også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 330 og *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 228-229.
21. Se hertil *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 315 og R&R 1996, 10, SM 327.
22. Se f.eks. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer pricing, s. 388-393.

de civilretlige dispositioner, der ligger til grund for skattepligten, foregår mellem parter, som ikke er interesseforbundne. Denne forestilling er – selv når der bortses fra, at den er rigeligt dokumenteret i praksis – ikke urimelig. Den danske økonomi har – siden indkomstskatten blev indført i 1903 – været en markedsøkonomi. Vore skatteretlige regler må som udgangspunkt antages at være rettet mod det store flertals dispositioner, og disse dispositioner er som nævnt ovenfor dispositioner mellem parter, som ikke er interesseforbundne, og som derfor disponerer på almindelige markedsmæssige vilkår. Hvis denne forudsætning lægges til grund – at skatteretten grundlæggende er indrettet mod flertallet og ikke med henblik på et lille mindretal af interesseforbundne parter[23] – er det selvklart, at der rundt omkring i lovgivningen er opstået særlige regler, som kun er rettet mod det lille mindretal, og at de regler, som er rettet mod flertallet, får en anderledes virkning, når de finder anvendelse på mindretallet, idet mindretallets dispositioner ikke nødvendigvis vil foregå på markedsmæssige vilkår.[24]

I relation til reglerne om allokering og fiksering af indkomst betyder dette, at et traditionelt skatteretligt indkomstbegreb, som alene giver hjemmel til beskatning af den fremkaldte og oppebårne indkomst, er knæsat med hensyn til dispositioner mellem ikke interesseforbundne parter, som foregår på markedsmæssige vilkår. Det er således en forudsætning, at disse skattesubjekter indretter deres adfærd – herunder den adfærd der består i at fremkalde og oppebære en indkomst – på almindelige markedsmæssige vilkår. Til gengæld vil et traditionelt indkomstbegreb ikke tage højde for alle de situationer, hvor spørgsmålet om, hvem der skal fremkalde og oppebære indkomsten, tilrettelægges i forholdet mellem interesseforbundne parter med henblik på at minimere skattetilsvaret.

En selskabsdeltager og et selskab vil som anført ovenfor som følge af den fælles økonomi ud fra rent skattemæssige overvejelser kunne tilrettelægge, hvem der skal fremkalde og oppebære en indkomst.[25] Eftersom selskabsdeltageren reelt råder over to skattesubjekter, vil det alt andet lige ud fra en skattemæssig betragtning være mest fordelagtigt at placere indkomsten der, hvor den beskattes lavest. Andre forretningsmæssige hensyn kan selvsagt tale for en anden placering, men det skattemæssige motiv vil altid være til stede.[26] Det er åbenbart, at et traditionelt indkomstbegreb, der alene beskatter fremkaldte og oppebårne indkomster, da er helt utilstrækkeligt.

---

23. Herunder de tilfælde, hvor der foreligger såkaldt »interessesingularitet«.
24. Jf. også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 323 og *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 301.
25. Se også *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 304-307, der på baggrund af en analyse af interessefællesskabet konkluderer, at dispositionerne ikke vil være begrundet i almindelige driftsøkonomiske hensyn, men derimod i skattemæssige hensyn.
26. Se i det hele ovenfor IV.

2.4 Korrektioner med og uden interessefællesskab

Det kan som ovenfor lægges til grund, at indkomstbegrebet i SL §§ 4-6 bygger på en forudsætning om, at dispositioner, der foretages mellem parter uden interessefællesskab, vil foregå på markedsmæssige vilkår, idet de ikke interesseforbundne parter handler inden for en markedsøkonomi. Endelig er det påvist, at disse markedsmæssige vilkår i forholdet mellem interesseforbundne parter kan vige for skattemæssige overvejelser.

På baggrund af praksis og lovgivning kan det endvidere gøres gældende, at skattemyndighederne som hovedregel alene korrigerer den skattemæssige virkning af gyldige civilretlige dispositioner, når parterne er interesseforbundne.[27] Det anføres således ofte i praksis, at parterne ikke har handlet på »markedsmæssige vilkår«, eller at deres dispositioner ikke er »normalt forretningsmæssigt begrundede« eller har nogen »forretningsmæssig realitet«.[28]

Det er imidlertid ikke hermed forklaret, hvorfor det øjensynligt som oftest er interesseforbundne parters dispositioner, der korrigeres i skattemæssig henseende, herunder om korrektioner efter reglerne om allokering og fiksering af indkomst alene bør finde anvendelse for interesseforbundne parters dispositioner.

> Hvad er f.eks. årsagen til, at et pengeinstitut ikke beskattes af en fikseret rente, når det har udlånt kapital til en kunde til en rente, der ligger langt under den sædvanlige markedsrente? Og hvad er årsagen til, at en forretning ikke beskattes af en fikseret avance, når den sælger varer på udsalg til en pris, der ligefrem ligger under forretningens egen indkøbspris?

Svaret må søges i det, der som ovenfor nævnt er forudsætningen for indkomstbegrebet i SL §§ 4-6: At dispositioner mellem parter, der hverken har noget generelt eller konkret interessefællesskab,[29] foregår på markedsmæssige vilkår, når parterne handler inden for en markedsøkonomi. En korrektion af de interesseforbundne parters dispositioner vil ud fra denne forudsætning have det selvfølgelige udgangspunkt at bringe dispositionen i overensstemmelse med, hvad der ville være aftalt mellem ikke interesseforbundne parter, dvs. hvad der ville være aftalt på markedsmæssige vilkår.[30] En korrektion af ikke interesse-

---

27. Jf. også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 388.
28. Se herom nedenfor XIII og XVIII.
29. Og hvor der tillige ikke foreligger såkaldt »interessesingularitet».
30. Af *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s. 192 udtrykt således, at virkningerne af interessefællesskabet søges neutraliseret.

forbundne parters dispositioner giver herefter ofte ikke mening, for hvad skal de sammenlignes med, om ikke deres egne dispositioner?

> Når en bank har udlånt en kapital rørende billigt til en kunde, der ikke har noget økonomisk interessefællesskab med banken, er udlånet derfor per definition foretaget på markedsmæssige vilkår. Den af banken og kunden aftalte rente er således nu engang den markedsrente, der finder anvendelse i forholdet mellem ikke interesseforbundne parter, jf. deres egen transaktion.[31] På samme måde er forretningens pris ved udsalg markedsprisen på det pågældende produkt, når salget sker til ikke interesseforbundne parter, selvom forretningen taber penge på salget. Hvis forretningens pris skal sammenlignes med de priser, der aftales i forholdet mellem ikke interesseforbundne parter, kan forretningen og kunden med god ret hævde, at transaktionen bør sammenlignes med deres egen transaktion.

Skattemyndighederne er dog ikke desto mindre utvivlsomt berettigede til at korrigere dispositioner mellem parter, selvom disse ikke er interesseforbundne.[32]

Det må på baggrund heraf antages, at reglerne om allokering og fiksering af indkomst som oftest vil finde anvendelse i forholdet mellem parter, som er interesseforbundne, eller som har en interessesingularitet.[33] På den anden side kan det ikke antages, at interessefællesskabet i sig selv i er tilstrækkeligt til, at den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering eller fiksering af indkomsten korrigeres.[34] Som nævnt ovenfor må indkomsten også i forholdet mellem interesseforbundne parter kunne fordeles inden for de af lovgivningen udstukne rammer.[35] Det er herunder legitimt, at parterne forsøger at maksimere

---

31. Anderledes *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 322, der så vidt ses antager, at der findes én objektiv markedsværdi: »Der er således intet til hinder for, at armslængde-prisen divergerer fra såvel markedsværdien som en åbne markedspris«.
32. Dette er tydeligt kommet til udtryk i sagen TfS 1998, 713 H, hvor Højesteret anfører: »Det er ubestridt, at ... ikke havde sammenfaldende skattemæssige interesser, ... Uanset dette er skattemyndighederne ved de skattemæssige behandling ikke bundet af den benævnelse, parterne har valgt at give et aktiv, som er omfattet af aftalen, såfremt aktivet i virkeligheden har en anden karakter end den, der fremgår af parternes benævnelse«. I sagerne TfS 1996, 496 H og TfS 1996, 497 H lagde Højesteret derimod ved korrektionen til grund, at »... aftaleparterne i sale and lease back-arrangementet har haft en *fælles interesse* i en høje værdiansættelse af de overdragne driftsmidler« (fremhævet her).
33. Se hertil *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277, som ligeledes antager, at der ikke er noget behov for at korrigere en aftale mellem to parter, som ikke er interesseforbundne. Se hertil *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 386-387, som på den ene side ikke vil udelukke en korrektion af ikke interesseforbundne parters dispositioner, men som på den anden side så vidt ses forudsætter, at »parterne har haft en *konkret påviselig interesse i at fravige armslængdevilkår* ...« Som nævnt ovenfor anses parterne i disse tilfælde enten for at have et interessefællesskab.
34. Jf. også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 317.
35. Se ovenfor IV, 4.4.

deres indkomst ved at tilrettelægge dispositionerne således, at de inden for lovgivningens rammer minimerer deres skattetilsvar.[36]

3. Systematik

De overvejelser, der har givet anledning til, at interessefællesskab er udskilt til særskilt behandling, har haft afgørende betydning for den valgte systematik. Afhandlingens 2. afsnit er derfor opdelt i to kapitler, bortset fra ét kapital om begrebsanvendelsen[37] og sammenfatningen af analysen.[38]

Ét kapitel vedrører interessefællesskabet, således som det er forudsat i praksis om allokering eller fiksering af indkomst, bortset fra praksis vedrørende LL § 2.[39] I dette kapitel sondres mellem på den ene side allokering af indkomst og på den anden side fiksering af indkomst. De krav til interessefællesskabet, der måtte kunne udledes af praksis, betegnes som de »praksisdannede« krav til interessefællesskabet eller som »det praksisdannede interessefællesskab«.

Det andet kapitel vedrører interessefællesskabet, således som det er lovhjemlet i LL § 2 med den hertil hørende praksis.[40] Dette »lovhjemlede« interessefællesskab er ikke opdelt i særskilte afsnit vedrørende fiksering og allokering af indkomst. Årsagen hertil er, at LL § 2 alene vedrører fiksering af indkomst.[41]

> Begreber som »de facto« og »de jure« kontrol er i denne forbindelse meningsløse, eftersom det praksisdannede interessefællesskab dels kan bero på lovregler (de jure), f.eks. i form af et ejerskab til kapitalandele, dels på faktiske forhold, f.eks. i form af et særligt interessefællesskab vedrørende en bestemt transaktion (de facto). De lovhjemlede krav om interessefællesskab eksisterer endvidere faktisk (de facto), selvom de beror på lovgivningen (de jure).[42]

---

36. Jf. også *I.A. Strobel*, UfR 1976B.233.
37. Nedenfor VI.
38. Nedenfor IX.
39. Nedenfor VII.
40. Nedenfor VIII.
41. Se herom nedenfor XIX.
42. Anderledes *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 59, *Jakob Bundgaard*, Tynd kapitalisering, s. 98 og SR-Skat 2003, 43, samt *Jens Wittendorff*, SR-Skat 2000, 193 og SR-Skat 1999, 75, der anvender begreberne »de jure« og »de facto« kontrol som beskrivelse af henholdsvis det praksisdannede og det lovhjemlede interessefællesskab.

Kapitel VI

De anvendte begreber

1. Indledning

Den skatteretlige litteratur om interessefællesskabet mellem selskab og selskabsdeltager er – ligesom lovgivningen om dette spørgsmål – præget af en generel mangel på egnede begreber for de forskellige måder, hvorpå et interessefællesskab mellem selskab og selskabsdeltager kan foreligge. Forinden reglerne om interessefællesskabet gennemgås, er det derfor hensigtsmæssigt at udvikle den juridiske terminologi med nogle nye begreber, som er anvendelige ved beskrivelsen af de undertiden meget komplicerede strukturer, der må redegøres for ved beskrivelsen af et interessefællesskab.

Nedenfor fastlægges for det første, hvad der fremover forstås ved de gængse begreber moderselskab, datterselskab, søsterselskab og koncern (nedenfor 2). Ved hjælp af disse begreber kan dele af interessefællesskabet mellem selskab og selskabsdeltager beskrives.

Dernæst defineres en række »nye« begreber, der sammen med de gængse begreber anvendes ved beskrivelsen af mere komplicerede former for interessefællesskaber mellem selskab og selskabsdeltager (nedenfor 3).

Endelig fastlægges systematikken i kapitlerne om det praksisdannede og lovhjemlede interessefællesskab mellem selskab og selskabsdeltager på baggrund af den nye begrebsdannelse (nedenfor 4).[1]

2. De gængse begreber

I skatte- og civilretlig henseende anvendes ofte begreber som moderselskab, datterselskab, søsterselskab og koncern. Nedenfor redegøres dels for, hvorledes begreberne anvendes i skatteretlig sammenhæng (2.1), dels for de selskabs- og

1. Nedenfor henholdsvis VII og VIII.

regnskabsretlige definitioner af begreberne (2.2). På baggrund heraf defineres begreberne, således som de vil blive anvendt her (2.3).

2.1 Skatteretlige definitioner

2.1.1 Moder- og datterselskab

De begreber, der traditionelt anvendes i dansk skatteret, er begreberne »moderselskab« og »datterselskab«. Begrebet »moderselskab« anvendes i FUL § 3, i FUL § 6, stk. 2, FUL § 8, stk. 6, LL § 15, stk. 10, LL § 33 E, PABL § 2, stk. 4, SEL § 2, stk. 1, litra c, SEL § 13, stk. 1, nr. 2, stk. 8, 10 og 11, SEL § 29 A, stk. 3, SEL § 29 B, SEL § 30 A, SEL § 31 og SEL § 32. Begrebet »datterselskaber« optræder også i en række bestemmelser, herunder ABL § 2 a, stk. 9, ABL § 11, stk. 9, DBSL § 29, stk. 3, FUL § 3, FUL § 6, stk. 2, FUL § 8, stk. 6 og 7, FUL § 12, stk. 4, FUL § 14 c, nr. 2, LL § 5 I, LL § 15, stk. 7 og 10, LL § 33 E, PABL § 2, stk. 1, nr. 14, PABL § 2, stk. 4, PABL § 17 a, stk. 1, SEL § 2, stk. 1, litra c, SEL § 3, stk. 1, nr. 4, SEL § 4, stk. 5, SEL § 13, stk. 1, nr. 2, stk. 8 og 11, SEL § 23, stk. 2, SEL § 29 A, stk. 3, SEL § 31, SEL § 32, SEL § 33 A, stk. 3 og VSL § 22 c, stk. 2, nr. 4.

I en række af disse bestemmelser er begreberne moder- og datterselskab nærmere definerede eller omtalt i en sådan sammenhæng, at en definition kan deduceres. Begreberne moder- og datterselskab anvendes imidlertid ikke i samme betydning i alle skattelove. Der findes ikke inden for skattelovgivningen en fælles definition af begreberne. Endelig findes der ikke i fortolkningsbidragene til skattelovgivningen, herunder lovforarbejder, vejledninger og cirkulærer m.v., nogen entydig definition af, hvad der forstås ved henholdsvis et moder- og datterselskab.[2] Definitionerne af moder- og datterselskab kan dog tilnærmelsesvis samles i 3 kategorier, hvis der alene tages højde for danske kapitalselskaber:

Den første kategori omfatter de bestemmelser, hvor der lægges vægt på, om moderselskabet kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på datterselskabet, ABL § 2 a, stk. 9, og SEL § 32. Denne kontrol eller væsentlige indflydelse kan foreligge som følge af ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder.

I den anden kategori stilles krav om et selskabs (moderselskabets) ejerskab til en nærmere angiven procentdel af et andet selskabs (datterselskabets) kapitalandele. Kravet er enten mindst 25 pct. eller mindst 20 pct. (SEL § 2, stk. 1, litra c, og SEL § 13, stk. 1, nr. 2). Der tages ikke hensyn til rådighed over stemmerettigheder. I henhold til SEL § 13, stk. 11, ABL § 11, stk. 9, DBSL § 29, stk. 3, og VSL § 22 c, stk. 2, nr. 4, medregnes kapitalandele, hvad enten de ejes

2. En udtømmende opregning af disse bidrag udelades, eftersom begreberne optræder i langt over 200 af de nævnte fortolkningsbidrag.

direkte eller indirekte. I de øvrige bestemmelser – FUL § 8, stk. 7, LL § 15, stk. 7, PABL § 2, stk. 1, nr. 14, SEL § 33 A, stk. 3, LL § 15, stk. 10, SEL § 1, stk. 1, nr. 1, 2 eller 4, og PABL § 2, stk. 4 – anføres blot, at moderselskabet skal eje de pågældende kapitalandele. Der er ikke taget stilling til, om ejerskabet skal være direkte, eller om det kan være indirekte.

Endelig stilles der i den tredje kategori krav om, at moderselskabet skal eje samtlige kapitalandele i datterselskabet, jf. SEL § 4, stk. 5, SEL § 31 og SEL § 13, stk. 10.[3]

Årsagen til de mange forskellige definitioner er naturligvis, at der er behov for forskellige begreber i forskellige sammenhænge. Forskellene kan derfor ikke give anledning til kritik.

2.1.2 Søsterselskab

Begrebet søsterselskab optræder kun ét sted i den skatteretlige lovgivning, nemlig i momslovens § 38, stk. 1, hvor »søsterselskaber« omtales i forbindelse med moder- og datterselskaber. Begrebet er ikke defineret i momsloven.

Det anvendes endvidere i forskellige sammenhænge i lovforarbejder, cirkulærer og vejledninger m.v. I VEJ 2003, 30005[4] omtales søsterselskaber to steder uden nogen nærmere definition af, hvad begrebet dækker over. I VEJ 2002, 30013[5] og VEJ 2002, 30033[6] anvendes ordet ligeledes én gang uden nogen nærmere definition.

I CIR nr. 74 af 30/5 2000,[7] pkt. 2.2, omtales søsterselskaber som selskaber, der er koncernforbundne i henhold til definitionen af koncernforbundne selskaber i KGL § 4, stk. 2. To selskaber er derfor ifølge denne henvisning søsterselskaber, hvis samme kreds af selskabsdeltagere eller en fond direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af aktiekapitalen i hvert selskab eller direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerne i hvert selskab. Denne definition omfatter dog ifølge cirkulæret også moder- og datterselskaber. I CIR nr. 82 af 29/5 1997, pkt. 7.2.2,[8] omtales søsterselskabet ligeledes som en særlig afart af koncernforbundne selskaber.

I CIR nr. 199 af 16/12 1999,[9] pkt. 2.1.1, opregnes søsterselskaber derimod

---

3. Det accepters dog i henhold til SEL § 31 under særlige omstændigheder, at moderselskabet ikke ejer samtlige kapitalandele i datterselskabet, jf. SEL § 31, stk. 1, 3. pkt., og TfS 1997, 225 Ø. Se nærmere *Henrik Dam* i Skatteret – Speciel del 2004, XII, 3.2.3.
4. Lønsumsafgiftsvejledningen 2002 af 21/1 2003.
5. Vejledning af maj 2002 om beskatning af pensionsafkast for år 2001.
6. Vejledning af november 2002 om beskatning af pensionsafkast for år 2002.
7. Om aktiekøberetter til medarbejdere m.v.
8. Cirkulære om international beskatning (lov nr. 312 af 17. maj 1995 og lov nr. 487 af 12. juni 1996).
9. Om ændring af forskellige skatte- og afgiftslove, toldloven, lov om fonde og visse foreninger

sammen med koncernforbundne selskaber og selskaber ejet af samme aktionærkreds. Cirkulæret synes herved at forudsætte, at der skal sondres mellem søsterselskaber og koncernforbundne selskaber.

Endelig er søsterselskaber defineret i CIR nr. 133 af 19/8 1996,[10] pkt. 1:

> »Endvidere vil overdragelser mellem søsterselskaber kunne være omfattet. Foreligger der eksempelvis en situation, hvor selskabet A råder over 51 pct. af stemmerne i henholdsvis selskab B og C (søsterselskaber), vil en overdragelse fra selskab B til selskab C være omfattet af bestemmelsen, idet selskab B på grund af fælles ledelse (selskab A) må anses for at have bestemmende indflydelse på selskab C's handlemåde«.

Efter denne definition er to selskaber således søsterselskaber, hvis et andet selskab råder over samme antal stemmer i begge selskaber. En enslydende definition findes i CIR nr. 97 af 26/6 1995,[11] pkt. 3.5.[12]

Definitionen af søsterselskaber er imidlertid ikke altid begrænset til tilfælde, hvor et selskab (moderselskabet) råder over lige store andele af stemmer i to datterselskaber. Af bemærkningerne til ændringen af SEL § 32 ved lov nr. 487 af 12/6 1996[13] fremgår således, at to eller flere datterselskaber betragtes som søsterselskaber, forudsat at de kontrolleres af samme moderselskab.

En fast definition af begrebet søsterselskab findes som det ses ikke. På baggrund af ovenstående fortolkningsbidrag kan søsterselskaberne tilnærmelsesvis defineres som to eller flere selskaber, der kontrolleres af den samme kreds af selskabsdeltagere. Selskaberne vil i kraft heraf også blive anset for at være koncernforbundne i henhold til definitionen i KGL § 4, stk. 2.

2.1.3 Koncern

Det sidste begreb, der ofte anvendes i skatteretlig sammenhæng ved beskrivelse af interessefællesskabet mellem selskab og selskabsdeltager, er begrebet »koncern«. Dette begreb er først og fremmest defineret i KGL § 4, stk. 2.[14] I den øvrige skatteretlige lovgivning henvises som altovervejende hovedregel til denne

---

samt lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v. (Objektiveringer, justeringer af reglerne for beskatning ved død samt afgrænsning af told- og afgiftsområdet m.m.) ved lov nr. 166 af 24/3 1999.

10. Om ændring af cirkulære om beskatning af goodwill m.v.
11. Om beskatning af goodwill m.v.
12. »Foreligger der eksempelvis en situation, hvor selskab A råder over 51 pct. af stemmerne i henholdsvis selskab B og C (søsterselskaber), vil en overdragelse fra selskab B til selskab C være omfattet af bestemmelsen, idet selskab B på grund af fælles ledelse (selskab A) må anses for at have bestemmende indflydelse på selskab C's handlemåde.«
13. Folketingstidende 1995-96, Tillæg A, s. 2737.
14. Se nærmere nedenfor VIII, 6.

definition, jf. ABL § 2 d, stk. 3, § 6, stk. 8, nr. 4 og § 11 A, IFORE §§ 12 og 13, KGL § 8, § 30, stk. 4, LL § 5 G, stk. 1, § 5 H, § 7 H, stk. 2, nr. 3 og 4, § 15, stk. 4, nr. 4, § 28, stk. 1-3, § 33 D, stk. 5 og 7, § 33 E, stk. 2 og 3, PBL § 2, stk. 3, nr. 5, SEL § 1, stk. 2 og 7, § 2, stk. 5, § 11, stk. 4, § 31, stk. 1, § 32, stk. 6, § 33 A, stk. 2, samt SKL § 7 A, stk. 2, nr. 11 og 12,

På trods af, at de koncernforbundne selskaber er defineret i KGL § 4, stk. 2, findes i kursgevinstloven en afvigende definition, jf. KGL § 25, stk. 4, der henviser til den nu ophævede realkreditlovs § 77, stk. 2, og dermed til lov om finansiel virksomhed § 2, nr. 6. FUL § 8, stk. 7, indeholder ligeledes en anderledes definition af de koncernforbundne selskaber.[15] Det samme gør bestemmelserne om transfer pricing – jf. LL § 2, stk. 2, og SKL § 3 B, stk. 2 – og om koncerninterne forsikringspræmier, jf. SEL § 11 A. En anderledes definition af de koncernforbundne selskaber findes endelig i LL § 7 A, der ved definitionen af begrebet »koncernforbindelse« henviser til aktieselskabslovens § 2, stk. 1 og 2,[16] og i tonnageskattelovens § 3.

FUL § 14 d, stk. 7, anvender til gengæld begrebet »koncern« uden nærmere definition heraf. Det samme gør sig gældende i KSL § 48 E, stk. 3, nr. 3, og stk. 8, der omhandler »koncernforbundne selskaber« uden en nærmere definition af begrebet.

Det følger af ovenstående, at begrebet koncern ikke er entydigt fastlagt i dansk skatteret. Begrebet har således forskellig betydning alt afhængig af, hvilken sammenhæng det optræder i.[17] I fortolkningsbidragene til skattelovgivningen, herunder lovforarbejder, vejledninger og cirkulærer m.v., findes lige så lidt som i den øvrige lovgivning en entydig definition af, hvad en koncern er.[18]

En koncern kan dog tilnærmelsesvis på baggrund af skattelovgivningen defineres som to eller flere selskaber, der kontrolleres af samme kreds af selskabs-

---

15. Definitionen svarer dog i alt væsentligt til definitionen i KGL § 4, stk. 2.
16. Se nærmere om denne definition nedenfor 2.2.1.
17. Jf. også *Søren Friis Hansen*, Europæisk koncernret, s. 340-353, *Steen Askholt* i Lærebog om indkomstskat, s. 757, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 299, *Paul Krüger Andersen*, Aktie- og anpartsselskabsret, s. 451-459, og *Jakob Bundgaard*, Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, s. 38, Tynd kapitalisering, s. 25-26 samt Skatterettens koncernbegreb i Festskrift til Ole Bjørn, s. 61-82.
18. Eftersom koncerner omtales i mere end 200 af de nævnte fortolkningsbidrag, vil definitionerne i disse fortolkningsbidrag ikke blive nærmere gennemgået. Det er selvklart, at årsagen til de forskellige definitioner er, at skatteretten har haft behov for forskellige koncernbegreber i forskellige sammenhænge. Som følge heraf må der nødvendigvis findes forskellige bestemmelser, og det kan derfor ikke klandres lovgiver, at sådanne forskelle findes. Jf. også *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 299 og SU 1996, 231, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 342-343, *Jakob Bundgaard*, Skatterettens koncernbegreb i Festskrift til Ole Bjørn, s. 61-82 og *Paul Krüger Andersen*, Studier i dansk koncernret, s. 330 og 346.

deltagere på baggrund af denne kreds direkte eller indirekte rådighed over stemmerettigheder eller ejerskab til kapitalandele.

2.2 Selskabs- og regnskabsretlige definitioner

2.2.1 Moder- og datterselskab

I modsætning til den skatteretlige lovgivning og de dertil hørende fortolkningsbidrag findes der inden for selskabs- og regnskabsretten – med én undtagelse – en éntydig definition af begreberne moder- og datterselskab, jf. aktieselskabslovens § 2, stk. 2, anpartsselskabslovens § 3, stk. 2, lov om finansiel virksomhed § 2, stk. 1, nr. 4, og årsregnskabslovens bilag 1, litra B, nr. 4, der hidrører fra det 7. direktiv om koncernregnskaber (83/349/EØF).[19] En modervirksomhed (moderselskab) er i henhold til sidstnævnte bilag en virksomhed, der:

»1) besidder flertallet af stemmerettighederne i en anden virksomhed,[20]

2) er virksomhedsdeltager og har ret til at udnævne eller afsætte et flertal af medlemmerne i den anden virksomheds øverste ledelsesorgan,[21]

3) 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,

4) er virksomhedsdeltager og på grundlag af aftale med andre deltagere råder over flertallet af stemmerettighederne i en anden virksomhed eller

5) besidder kapitalandele i en anden virksomhed og udøver en bestemmende indflydelse over dennes driftsmæssige og finansielle ledelse«.

---

19. Artikel 1.
20. Ved beregning af stemmerettigheder skal modervirksomhedens stemmerettigheder tillægges de stemmerettigheder i den pågældende virksomhed, der besiddes af modervirksomhedens dattervirksomheder. Fra det samlede antal stemmerettigheder i den pågældende virksomhed trækkes de stemmerettigheder, der besiddes af denne selv eller dennes dattervirksomheder. Fra modervirksomhedens stemmerettigheder i den pågældende virksomhed trækkes de stemmerettigheder, der besiddes til sikkerhed, hvis virksomheden kun udøver stemmeretten i overensstemmelse med instrukser i sikkerhedsstillerens interesse, eller hvis besiddelsen er et led i virksomhedens erhvervsmæssige låneaktiviteter og stemmeretten kun udøves i sikkerhedsstillerens interesse. Jf. i det hele årsregnskabslovens bilag 1, litra B, nr. 6.
21. Ved beregning af rettigheder til at udnævne eller afsætte et flertal af medlemmerne i virksomhedens øverste ledelsesorgan medregnes de rettigheder, som besiddes af virksomheden selv og af dens dattervirksomheder tilsammen, jf. årsregnskabslovens bilag 1, litra B, nr. 7.

Datterselskabet defineres i aktieselskabslovens § 2, stk. 3, under henvisning til definitionen af moderselskaber. Den samme definition findes i anpartsselskabslovens § 2, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed § 2, stk. 1, nr. 5, og i årsregnskabsloven, jf. bilag 1, litra B, nr. 2, hvis grundlag som nævnt er det 7. direktiv om koncernregnskaber (83/349/EØF). Definitionen er i henhold til sidstnævnte bilag følgende:

> »En virksomhed med hvilken en modervirksomhed direkte eller indirekte har en af de i nr. 4 nævnte forbindelser«.[22]

Definitionen af moder- og datterselskab i erhvervsfondslovens § 2, stk. 1, svarer til ovenstående definitioner som følge af den indirekte henvisning til aktieselskabslovens § 2, stk. 2.

En afvigelse fra ovenstående definition findes dog også, jf. loven om europæiske samarbejdsudvalg § 6, stk. 1 og 2.[23]

2.2.2 Associeret selskab

Der skelnes ikke inden for skatteretten terminologisk mellem på den ene side virksomheder, der efter en af de skatteretlige definitioner anses for at være en dattervirksomhed, og på den anden side virksomheder, som ikke er en dattervirksomhed, men som ikke desto mindre er under indflydelse af en anden virksomhed. I modsætning hertil anvendes inden for civilretten begrebet associerede virksomheder om de virksomheder, der ikke har status som dattervirksomheder, men som ikke desto mindre er under betydelig indflydelse af en anden virksomhed.

Virksomheder, som ikke er dattervirksomheder, men hvorpå en anden virksomhed kan udøve en betydelig indflydelse, er således definerede som associerede virksomheder i lov om finansiel virksomhed § 2, stk. 1, nr. 11, idet definitionen hidrører fra årsregnskabslovens bilag 1, litra B, nr. 1, dvs. i sidste ende fra det 7. direktiv om koncernregnskaber (83/349/EØF). Efter denne definition er en associeret virksomhed:

> »En virksomhed, som ikke er en dattervirksomhed, men i hvilken en anden virksomhed og dennes dattervirksomheder besidder kapitalandele og udøver en betydelig indflydelse på

---

22. Nr. 4 er den ovenfor citerede bestemmelse.
23. I henhold til § 6, stk. 6, anses en virksomhed ikke for en modervirksomhed, hvis der er tale om et selskab som omhandlet i artikel 3, stk. 5, litra a, i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21/12 1989 om kontrol med virksomhedssammenslutninger. Det samme gælder, hvis der er tale om et selskab som omhandlet i samme artikel, litra c, jf. artikel 5, stk. 3, 1. pkt., i Rådets fjerde direktiv af 25/7 1978 om årsregnskaber for visse selskabsformer (78/660).

virksomhedens driftsmæssige og finansielle ledelse. En virksomhed formodes at udøve betydelig indflydelse, hvis virksomheden og dens dattervirksomheder tilsammen besidder 20 pct. eller mere af stemmerettighederne«.

2.2.3 Tilknyttet selskab

Endelig findes der i årsregnskabslovens bilag 1, litra B, nr. 5, med baggrund i det 7. direktiv om koncernregnskaber (83/349/EØF) en definition af såkaldt tilknyttede virksomheder, som heller ikke findes inden for skatteretten:

»En virksomheds dattervirksomhed, dens modervirksomhed og dennes dattervirksomhed«.

2.2.4 Søsterselskab

Begreber som »søsterselskab» og »søstervirksomhed« anvendes i rigt omfang i den juridiske litteratur om selskabsretlige forhold. Begrebet anvendes imidlertid ikke i selskabslovgivningen og er følgelig heller ikke defineret i denne.

2.2.5 Koncern

Inden for selskabs- og regnskabsretten findes en entydig definition af begrebet koncern, omend der også inden for cilvilretten i øvrigt findes forskellige definitioner af, hvad en koncern er.[24]

Koncerner er defineret i aktieselskabslovens § 2, stk. 1, i anpartsselskabslovens § 2, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed § 2, stk. 1, nr. 6, i erhvervsfondslovens § 2, stk. 2 og i lov om europæiske samarbejdsudvalg § 6, stk. 4.[25] Disse definitioner er sammenfaldende og hidrører – bortset fra definitionen i lov om europæiske samarbejdsudvalg – fra det 7. direktiv om koncernregnskaber (83/349/EØF), jf. årsregnskabslovens bilag 1, litra B, nr. 3, hvorefter en koncernvirksomhed er:

»En modervirksomhed og dens dattervirksomheder«.

2.3 Sammenfatning

Entydige definitioner af centrale skatteretlige begreber som moderselskab, datterselskab, søsterselskab og koncern findes ikke. Det selskab, der anses som et moderselskab i henseende til en skattelov, er derfor ikke nødvendigvis et moderselskab i relation til en anden skattelov. Inden for selskabs- og regnskabs-

24. Jf. også *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 299, *Jakob Bundgaard*, Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, s. 38, *Steen Askholt* i Lærebog om indkomstskat, s. 755-757 og *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 342-343.
25. Se nærmere *Jan Schans Christensen*, Kapitalselskaber, s. 547-550.

retten er definitionerne af de pågældende begreber derimod i alt væsentligt enslydende. Til gengæld er det, der i henhold til skatteretten er et moderselskab, datterselskab, søsterselskab eller en koncern, ikke nødvendigvis et moderselskab, datterselskab, søsterselskab eller en koncern i henhold til de civilretlige regler.

En definition af begreberne med henblik på en anvendelse i denne afhandling må derfor respektere den kontekst, som begreberne skal anvendes i, således som det allerede i dag er tilfældet med anvendelsen af begreberne inden for skatteretten. Dette gælder så meget desto mere, eftersom formålet med afhandlingen ikke er at etablere fælles civil- og skatteretlige begreber, men blot at fastlægge en terminologi, der kan anvendes ved undersøgelsen af, hvilket interessefællesskab der skal eksistere i forholdet mellem selskab og selskabsdeltager, førend en korrektion af deres skattepligtige indkomst kan finde sted efter reglerne om fiksering eller allokering af indkomst. Dette sidste tilsiger, at begreberne defineres bredt, idet de specifikke krav til interessefællesskab mellem selskab og selskabsdeltager må behandles nærmere nedenfor.

De definitioner af moder- og datterselskabet, der er gennemgået ovenfor, har betydelige fællestræk, som kan lægges til grund ved en definition af begreberne, således som de anvendes i det følgende:

Et *moderselskab* defineres herefter som et selskab, der som følge af ejerskab til kapitalandele, rådighed over stemmerettigheder eller på anden måde direkte eller indirekte har kontrol med eller væsentlig indflydelse på et andet selskab, der betegnes som *datterselskabet*.

Som *søsterselskaber* betegnes fremover selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres af eller er under væsentlig indflydelse af den samme kreds af selskabsdeltagere, men som hverken direkte eller indirekte kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på hinanden. Kontrol og væsentlig indflydelse kan forekomme som følge af ejerskab til kapitalandele, rådighed over stemmerettigheder eller på anden måde. Søsterselskaber er f.eks. to eller flere datterselskaber, der kontrolleres af samme moderselskab, og som ikke kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på hinanden.[26]

En samlet definition af koncerner kan tage udgangspunkt i det, der er fælles for alle definitionerne: En *koncern* er to eller flere selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres af samme kreds af selskabsdeltagere, hvad enten denne kontrol følger af ejerskab til kapitalandele, rådighed over stemmerettigheder eller på anden måde. Heraf følger, at moderselskaber, datterselskaber og/eller

---

26. Kontrollerer det ene »søsterselskab« derimod det andet »søsterselskab«, eller har det blot væsentlig indflydelse på dette andet »søsterselskab«, betegnes selskaberne derfor ikke længere som søsterselskab, idet de i deres interne forhold kan betegnes som moder- og datterselskaber. Se nærmere herom nedenfor 3.2.1.

søsterselskaber til sammen i det følgende under ét vil blive betegnet som en koncern.

3. De »nye« begreber

En tilbundsgående analyse af interessefællesskabet mellem selskab og selskabsdeltager kræver som nævnt ovenfor brugen af en række »nye« begreber, som på forholdsvis enkel vis kan beskrive mere komplekse former for interessefællesskab. Ordet »nye« er sat i anførselstegn, eftersom nogle af disse begreber er anvendt tidligere i andre eller lignende sammenhænge.

En ny begrebsdannelse kan tage udgangspunkt i en sondring mellem direkte (nedenfor 3.1) og indirekte (nedenfor 3.2) kontrol.

3.1 Direkte kontrol

Ved direkte kontrol forstås de tilfælde, hvor kontrollen med et andet selskab m.v. (D) er samlet hos én selskabsdeltager (M), f.eks. et moderselskab, der direkte kontrollerer et datterselskab.[27] Disse tilfælde af kontrol er de enklest forekommende, eftersom interessefællesskab beror på forholdet mellem én selskabsdeltager og ét selskab. I det følgende anvendes begreberne direkte kontrol for alle de tilfælde, hvor et selskab direkte kontrolleres af én selskabsdeltager.

3.2 Indirekte kontrol

Ved indirekte kontrol eller forstås, at kontrol med et selskab udøves af flere selskabsdeltagere i forening. Dette kan selvsagt ske på flere forskellige måder, herunder navnlig ved såkaldt indirekte vertikal kontrol (nedenfor 3.2.1) eller ved såkaldt indirekte horisontal kontrol (nedenfor 3.2.2).

3.2.1 Indirekte vertikal kontrol

Den indirekte vertikale kontrol forekommer i de tilfælde, hvor én selskabsdeltager (M) har skudt et eller flere selskaber (D1) ind mellem sig selv og det kontrollerede selskab (D2), således at selskabsdeltageren alene indirekte kontrollerer det pågældende selskab, jf. f.eks. nedenstående figur.

27. Bogstaverne M og D anvendes her og i det følgende som synonym for henholdsvis selskabsdeltager og selskab.

Der findes ikke i dansk ret nogen fast betegnelse for det eller de indskudte selskaber. De betegnes ofte – når selskabsdeltageren er et selskab – som datterselskaber, således at det næste selskab i rækken betegnes som datterdatterselskab og så fremdeles.

Denne begrebsdannelse er imidlertid temmelig nødlidende, dels fordi den har svært ved at håndtere de situationer, hvor der er indskudt flere sideordnede selskaber, dels fordi den giver anledning til nogle meget lange – og temmelig intetsigende – betegnelser, hvis der f.eks. er indskudt tre selskaber; det femte[28] og sidste selskab betegnes efter denne terminologi som et datterdatterdatterdatterselskab, forudsat at selskabsdeltageren er et moderselskab.[29]

I stedet anvendes fremover begrebet *mellemselskab* som betegnelse for alle selskaber, der er skudt ind *mellem* – deraf betegnelsen *mellem*selskab – et moderselskab og et datterselskab, eller mellem et mellemselskab og et andet mellemselskab eller mellem et mellemselskab og et datterselskab.[30]

Betegnelsen moderselskab er reserveret til det øverste selskab i hierarkiet, ligesom betegnelsen datterselskab er reserveret til det nederste selskab i hierarkiet.[31] Undertiden omtales et mellemselskab som det første, andet, tredje, fjerde eller femte etc. mellemselskab i hierarkiet. Ved sådanne angivelser af mellemselskabets placering tælles fra toppen af hierarkiet og ned.

Mellemselskaber kan indskydes på forskellige måder, herunder navnlig som rangordnede eller sideordnede. Ved rangordnede mellemselskaber forstås, at et eller flere mellemselskaber er indskudt i vertikal – dvs. ret nedadgående – retning. Sådanne konstruktioner omtales her og fremover som serielt eller rang-

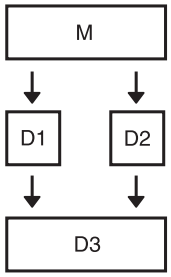
---

28. Hvis selskabsdeltageren er et moderselskab, som tillige er det første selskab i hierarkiet, og der er indskudt tre selskaber, må det sidste selskab være det femte.
29. Hertil kommer, at det første selskab ikke kan betegnes som et datterselskab, medmindre selskabsdeltageren er et moderselskab.
30. Samme betegnelse anvendes af *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 60-61 og af *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 75.
31. Moderselskabet *kan* være selskabsdeltageren, men kan ligeledes blot være første selskab i hierarkiet, hvis selskabsdeltageren f.eks. er en fysisk person.

ordnet indskudte mellemselskaber. Begrebet serielt foretrækkes dog, eftersom det også rummer den situation, at der alene er indskudt ét mellemselskab.

Er der kun indskudt ét mellemselskab, omtales dette som et singulært serielt indskudt mellemselskab. Hvis der er indskudt mere end et mellemselskab i vertikal retning, tales om pluralt serielt indskudte mellemselskaber.

De sideordnet indskudte mellemselskaber betegnes også som parallelt indskudte mellemselskaber. Herved forstås, at to eller flere mellemselskaber er indskudt i horisontal retning, jf. nedenstående figur:



Det ligger i sagens natur, at der ikke kan være tale om singulært parallelt indskudte mellemselskaber. Paralleliteten forudsætter som det ses, at der er indskudt mindst to mellemselskaber.

I nogle tilfælde vil mellemselskaber være indskudt såvel serielt som parallelt. I sådanne konstruktioner betegnes mellemselskaberne som serielt indskudte parallelle mellemselskaber.[32]

3.2.2 Indirekte horisontal kontrol

Indirekte horisontal kontrol kan forekomme på forskellige måder, hvoraf tre som følge af reglerne om kontrol i LL § 2 har betydning for så vidt angår reglerne om allokering og fiksering af indkomst.[33]

For det første kan den indirekte horisontale kontrol forekomme ved, at en selskabsdeltager kontrollerer et datterselskab sammen med et eller flere *koncernforbundne selskaber*. Dette betegnes som indirekte horisontal kontrol, idet de koncernforbundne selskaber som oftest befinder sig på samme niveau i hierarkiet som selskabsdeltageren. Der er som oftest ikke tale om, at de koncernforbundne selskaber er skudt ind som mellemselskaber mellem selskabsdeltageren og selskabet.[34]

---

32. Det er overflødigt at anvende betegnelsen »plural« i disse tilfælde, eftersom en kombination af serielt og parallelt indskudte selskaber forudsætter, at der er mindst fire mellemselskaber.
33. Jf. hertil nedenfor VII og VIII.
34. Efter den brede definitionen af koncernforbundne selskaber kan et koncernforbundet selskab

En nærmere analyse nedenfor vil påvise, at såvel selskabsdeltageren som det koncernforbundne selskab – forudsat selskabsdeltageren er et selskab – i en situation som den forekommende reelt burde anses for at være parallelt indskudte mellemselskaber. Koncerndefinitionen forudsætter således, at både selskabet og det koncernforbundne selskab kontrolleres af samme kreds af selskabsdeltagere.[35] Når denne konstruktion alligevel støttes af selvstændige begreber, beror det derfor alene på, at der i dansk ret findes særlige regler for opgørelse af koncernforbundne selskabers kontrol med andre selskaber.

Den indirekte horisontale kontrol vil for det andet efter dansk ret foreligge i de tilfælde, hvor besiddelse af kapitalandele eller stemmerettigheder hos *selskabsdeltagerens nærstående eller personlige selskabsdeltagere og deres nærstående* skal medregnes ved afgørelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer et selskab. Denne form for indirekte kontrol betegnes også som horisontal, eftersom de personlige selskabsdeltagere og deres nærstående ikke er skudt ind mellem selskabsdeltageren og et selskab, men tværtimod ofte vil befinde sig på samme niveau i hierarkiet som selskabsdeltageren eller endog efter omstændighederne på et højere niveau.[36]

I en række tilfælde kan en selskabsdeltager, som selv er et selskab, i stedet anses for at være et serielt – eller efter omstændighederne parallelt – indskudt mellemselskab mellem den personlige aktionær (selskabsdeltageren) og et datterselskab. Situationen betegnes alligevel som et tilfælde af indirekte horisontal kontrol, dels fordi der kan forekomme tilfælde, hvor selskabsdeltageren reelt ikke er et indskudt mellemselskab, og dels fordi der i dansk ret findes særlige regler for opgørelse af nærståendes, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående kontrol.

For det tredje og sidste forekommer indirekte horisontal kontrol i de tilfælde, hvor selskabsdeltageren kontrollerer et selskab sammen med en eller flere *fonde eller truste m.v.*, der er stiftet af selskabsdeltageren m.fl.[37]

Der vil også her kunne forekomme situationer, hvor selskabsdeltageren er et selskab, som reelt er et mellemselskab, der er skudt ind parallelt eller serielt mellem fonden m.fl. og datterselskabet. Eftersom der i dansk ret findes særlige regler om opgørelse af kontrol for fonde m.v., synes det dog mere hensigtsmæssigt, at situationen begrebsmæssigt betegnes som et tilfælde af indirekte horisontal kontrol.

---

dog også være et moderselskabs datterselskab, der således reelt bliver et mellemselskab.

35. Se nærmere nedenfor VIII, 5.
36. F.eks. hvor selskabsdeltageren er et moderselskab, og den personlige aktionær ejer kapitalandele eller råder over stemmerettigheder i moderselskabet.
37. Se kritisk hertil nedenfor VIII, 8.4.

3.3 Sammenfatning

Den nye begrebsdannelse om kontrol kan grafisk sammenfattes på følgende måde:

Kontrol

Direkte	Indirekte				
	Vertikal		Horisontal		
	Serielt	Parallelt	Koncern-forbundne	Personlige selskabs-deltagere m.v.	Fonde m.v.

Systematikken i 2. afsnit følger denne grafiske fremstilling for så vidt angår både gennemgangen af de praksisdannede krav til interessefællesskabet mellem selskab og selskabsdeltager (nedenfor VII) og de lovhjemlede regler om dette interessefællesskab (nedenfor VIII).

Reglerne om direkte kontrol behandles således før reglerne om indirekte kontrol. Indirekte vertikal kontrol – herunder med serielt og parallelt indskudte selskaber – behandles før den indirekte horisontale kontrol. Endelig inddeles den indirekte horisontale kontrol på baggrund af, om den udøves i fællesskab med koncernforbundne selskaber, personlige selskabsdeltagere m.v. eller fonde m.v.

Kapitel VII

Det praksisdannede interessefællesskab

1. Indledning

I det følgende redegøres for, hvilket interessefællesskab der har været mellem selskab og selskabsdeltager i de sager, hvor det har været prøvet, om den aftalte allokering eller fiksering af indkomsten er korrekt, når bortses fra de tilfælde, der er omfattet af reglerne om transfer pricing i LL § 2.[1]

Eftersom det alene er LL § 2, der udtrykkeligt stiller krav om et bestemt interessefællesskab, må det på baggrund af en analyse af retspraksis afgøres, om tilsvarende krav eller andre krav kan opstilles, forinden der foretages en korrektion efter reglerne om fiksering af indkomst uden for anvendelsesområdet for LL § 2, eller en korrektion efter reglerne om allokering af indkomst.

2. Systematik

Den her valgte systematik svarer til den systematik, der vil blive anvendt nedenfor VIII ved analysen af de lovhjemlede regler om interessefællesskabet i LL § 2. Årsagen hertil er, at de praksisdannede krav til interessefællesskab i sammenfatningen vil blive sammenlignet med reglerne i LL § 2.[2]

Ved redegørelsen for de praksisdannede krav til interessefællesskabet sondres mellem på den ene side allokering af indkomst (nedenfor 3) og på den anden side fiksering af indkomst (nedenfor 4).

Inden for disse to afsnit opdeles det praksisdannede interessefællesskab på baggrund af, om selskabsdeltager havde

1. De lovhjemlede regler om interessefællesskabet behandles nedenfor VIII.
2. Nedenfor IX.

– direkte kontrol (nedenfor 3.1 og 4.1),
– indirekte vertikal kontrol (nedenfor 3.2 og 4.2), eller
– indirekte horisontal kontrol (nedenfor 3.3 og 4.3)
  med selskabet.

Hertil kommer en sidste gruppe af sager, hvor det praksisdannede interessefællesskab mellem selskab og selskabsdeltager ikke svarer til nogle af de typer af kontrol, der er omfattet af LL § 2 (nedenfor 3.4 og 4.4).

3. Indkomstallokering

Indkomstallokering adskiller sig som tidligere nævnt fra indkomstfiksering derved, at der i en sag om indkomstallokering altid er mindst tre parter,

– dels den eller de parter, indkomsten stammer fra,
– dels de to eller flere parter, som i skattemæssig henseende gør krav på at være rette indkomstmodtager af indkomsten.[3]

Alle tre eller flere parter, dvs. såvel indkomstens kilde eller kilder som indkomstens potentielle modtagere, kan være interesseforbundne. Emnet er imidlertid som nævnt ovenfor III, 3.3, begrænset til de situationer, hvor spørgsmålet om den korrekte allokering af indkomsten opstår i forholdet mellem selskab og selskabsdeltager. Det vil derfor alene blive analyseret, hvornår der foreligger et sådant interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab, at den aftalte allokering af indkomsten kan korrigeres.

3.1 Direkte kontrol

Ved direkte kontrol forstås, at en selskabsdeltager direkte kontrollerer et selskab. I praksis har reglerne om allokering af indkomst navnlig fundet anvendelse i disse tilfælde.

Den aftalte eller forudsatte allokering af en indkomst er for det første blevet korrigeret i forholdet mellem moder- og datterselskaber,[4] når moderselskabet ejer samtlige kapitalandele i datterselskabet.[5]

En korrektion efter reglerne om allokering af indkomst har for det andet i

3. Jf. ovenfor III, 4.2.1.
4. Eller mellemselskab og datterselskaber, jf. ovenfor VI, 3.2.1.
5. TfS 1993, 321 LSR, TfS 1997, 184 LSR og TfS 2003, 1007 LSR.

talrige situationer fundet sted, når en selskabsdeltager, der er en fysisk person, kontrollerer samtlige kapitalandele i et selskab.[6]

Selv i tilfælde, hvor den personlige selskabsdeltager ikke har ejet selskabet fuldt ud, men dog har ejet mere end 50 pct. af kapitalandelene eller rådet over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i selskabet, er den aftalte allokering af en indkomst blevet korrigeret.

I sagen UfR 1983.699 H rådede selskabsdeltageren oprindelig over et flertal af stemmerne i selskabet, men efter en overdragelse af de fleste A-aktier til sine tre børn havde han alene kontrol over selskabet i fællesskab med børnene. I sagen TfS 1994, 710 Ø ejede selskabsdeltageren først samtlige kapitalandele i selskabet. En tredjedel af disse blev overdraget tredjemand, hvorefter selskabsdeltageren ejede 67 pct. af kapitalandelene i selskabet. I sagerne TfS 1985, 572 LSR og TfS 1989, 20 LSR var det oplyst, at selskabsdeltageren »berherskede« selskabet. Endelig ejede selskabsdeltageren i sagen TfS 1989, 68 H formelt 349.000 kr. af selskabets samlede kapital på 500.000 kr. 500 kr. ejedes af en kollega og 500 kr. af kollegaens hustru.

Reglerne om allokering af indkomst kan, som det ses, finde anvendelse og føre til en beskatning i alle de tilfælde, hvor der foreligger såkaldt direkte kontrol, hvad enten denne foreligger i forholdet mellem moder- og datterselskab[7] eller en personlig selskabsdeltager og et selskab.

I alle tilfælde på nær ét – TfS 1989, 68 H – er indkomsten blevet beskattet hos selskabsdeltageren. Dette er ensbetydende med, at selskabsdeltageren i relation til skattemyndighederne har forsøgt at gøre selskabet til rette modtager af en indkomst, som rettelig tilkom selskabsdeltageren. Årsagen hertil er formentlig forskellene i beskatning af selskab og selskabsdeltager – den såkaldte marginaleffekt – som er analyseret ovenfor.[8] Praksis kan ikke tages til indtægt for, at den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af indkomsten ikke kan korrigeres, således at indkomsten kan beskattes hos selskabet i stedet for selskabsdeltageren, jf. TfS 1989, 68 H.

Den i øvrigt foreliggende praksis viser klart, at et interessefællesskab i form af selskabsdeltagerens direkte kontrol med selskabet ikke i sig selv er tilstrækkeligt til, at den aftalte allokering af en indkomst kan korrigeres.[9] Dette er fast

---

6. LSRM 1978, 61, LSRM 1978, 63, LSRM 1980, 62, LSRM 1980, 63, R&R 1981, SM 147, LSRM 1982, 161, LSRM 1982, 162, TfS 1984, 275 LSR, TfS 1986, 303 LSR, TfS 1990, 405 LSR, TfS 1991, 101 Ø, TfS 1991, 477 TSS, TfS 1992, 440 LSR, TfS 1998, 312 Ø, TfS 1998, 655 LR, TfS 1999, 604 Ø, TfS 2000, 955 V, TfS 2001, 870 V, TfS 2002, 519 H, TfS 2003, 802 H, TfS 2003, 957 LR og TfS 2004, 238 Ø.
7. Eller mellem- og datterselskab eller mellem- og mellemselskab.
8. IV, 2.2.4.
9. Se hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 119.

antaget i en lang række sager, hvor en selskabsdeltager, der var en fysisk person, ejede samtlige kapitalandele i selskabet.[10]

3.2 Indirekte vertikal kontrol

Ved indirekte vertikal kontrol forstås, at en selskabsdeltager kontrollerer et selskab indirekte via ét eller flere mellemselskaber, der er skudt ind mellem selskabsdeltageren og selskabet.

Der findes alene én afgørelse om beskatning af en allokeret indkomst i tilfælde, hvor interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab har haft en sådan karakter.

> I sagen TfS 2001, 870 V ejede selskabsdeltageren samtlige kapitalandele i et moderselskab, som ejede halvdelen af kapitalandelene i datterselskabet.

3.3 Indirekte horisontal kontrol

Ved indirekte horisontal kontrol forstås, at en selskabsdeltager kontrollerer et selskab indirekte i fællesskab med andre såkaldt sideordnede selskabsdeltagere. Det sideordnede fællesskab med andre selskabsdeltagere kan foreligge på tre forskellige måder,[11] herunder

- sammen med et eller flere koncernforbundne selskaber (nedenfor 3.3.1),
- sammen med nærstående samt personlige selskabsdeltagere og deres nærstående (nedenfor 3.3.2) eller
- sammen med fonde eller trusts stiftet af selskabsdeltageren eller af de ovenfor nævnte (nedenfor 3.3.3).

3.3.1 Koncernforbundne selskaber

Retspraksis om allokering af indkomst i tilfælde, hvor selskabsdeltageren har haft indirekte horisontal kontrol med selskabet i fællesskab med koncernforbundne selskaber, findes ikke.

Til gengæld findes en række sager om allokering af indkomst i forholdet mellem koncernforbundne selskaber.[12] I to af disse sager blev den mellem selskaberne aftalte allokering korrigeret.

---

10. SpO 1975, 175, R&R 1981, SM 147, SpO 1981, 343, TfS 1987, 457 Ø, TfS 1996, 337 TS, TfS 1997, 517 LSR, TfS 1998, 485 H, TfS 1999, 110 LSR, TfS 1999, 646 Ø, TfS 2002, 84 Ø og TfS 2002, 262 LR.
11. Jf. ovenfor VI, 3.2.2.
12. TfS 1989, 605 H, TfS 1998, 791 V, TfS 2003, 363 V og TfS 2003, 802 H.

Sagerne TfS 1998, 791 V og TfS 2003, 802 H omhandlede søsterselskaber. I begge sager ejede en personlig selskabsdeltager samtlige kapitalandele i de omhandlede søsterselskaber.

I de to andre sager blev den aftalte allokering derimod ikke tilsidesat.

Sagen TfS 1989, 605 H omhandlede et dansk aktieselskab og et schweizisk kommanditselskab. Det danske aktieselskab var under »dominerende indflydelse« af en bestemt familie. Det schweiziske kommanditselskab, som ejede et schweizisk aktieselskab, ejedes fuldt ud af to af medlemmer af samme familie.[13] I sagen TfS 2003, 363 V kontrolleredes de to koncernforbundne selskaber (søsterselskaber) af en personlig selskabsdeltager.

3.3.2 Nærstående og personlige selskabsdeltagere m.v.

En selskabsdeltager kan kontrollere et selskab i fællesskab med andre nærstående eller sammen med personlige selskabsdeltagere og deres nærstående.

Reglerne om allokering af indkomst kan finde anvendelse i disse tilfælde, således at den aftalte allokering af indkomsten korrigeres.

I sagen TfS 1995, 270 Ø ejede de personlige selskabsdeltagere, der var ægtefæller, i fællesskab samtlige kapitalandele i selskabet. I sagen TfS 1997, 69 V ejede en far og hans søn hver halvdelen af kapitalandelene i et selskab.

Et sådant interessefællesskab er imidlertid ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at den aftalte allokering af indkomsten kan korrigeres.

I sagen TfS 1999, 541 Ø ejede selskabsdeltagerne, der var ægtefæller, hver halvdelen af kapitalandelene i selskabet.

3.3.3 Fonde og trusts m.v.

Der er ikke offentliggjort retspraksis om allokering af indkomst i tilfælde, hvor selskabsdeltageren har udøvet indirekte horisontal kontrol med selskabet i fællesskab med fonde eller trusts m.v., der er stiftet af selskabsdeltageren, dennes nærstående, dennes personlige selskabsdeltager eller deres nærstående, eller fonde eller trusts stiftet af disse m.v.

---

13. Selve allokeringen af indkomsten blev ikke tilsidesat, idet de schweiziske selskaber af Højesteret så vidt ses blev anset for at være rette indkomstmodtager. Indkomsten blev dog stadig beskattet i Danmark, idet der ifølge Højesteret ikke var skabt en sådan tilknytning til et fast driftssted i Schweiz, at indkomsten var undtaget fra beskatning i Danmark, jf. den med Schweiz indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomst art. 7, stk. 1. Se nærmere nedenfor XIII, 4.1.

3.4 Andre former for interessefællesskab

En analyse af praksis om allokering af indkomst har vist, at der i adskillige tilfælde har foreligget en form for interessefællesskab, som ikke er omfattet af det interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab, der er forudsat i LL § 2. Disse andre former for praksisdannet interessefællesskab kan opdeles i tre kategorier:

Den første kategori omfatter forholdet mellem en selskabsdeltager og et selskab, når selskabsdeltageren direkte og indirekte ejer 50 pct. eller færre af kapitalandelene eller råder over 50 pct. eller færre af stemmerettighederne i selskabet (nedenfor 3.4.1).

Dernæst findes en række tilfælde, hvor reglerne om allokering af indkomst har fundet anvendelse i forholdet mellem selskaber, som ikke er koncernforbundne, således som begrebet er defineret i LL § 2 og KGL § 4, stk. 2, men som alligevel har haft et interessefællesskab, der tilnærmelsesvist kan betegnes som en koncernforbindelse (nedenfor 3.4.2).

Endelig findes en tredje kategori af sager, hvor interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab var helt konkret begrundet (nedenfor 3.4.3).

Hertil kommer en række sager om allokering af indkomst i forholdet mellem fysiske eller juridiske personer og selvejende institutioner m.v. og i forholdet mellem nærstående fysiske personer, der alene omtales i petit (nedenfor 3.4.4).

3.4.1 Væsentlig eller begrænset indflydelse

I henhold til LL § 2 har selskabsdeltager og selskab alene det fornødne interessefællesskab, hvis selskabsdeltageren direkte eller indirekte ejer eller råder over mere end 50 pct. af selskabets kapitalandele eller stemmerettigheder.[14]

I en række sager om indkomstallokering har interessefællesskabet mellem selskabsdeltagere og selskab imidlertid ikke levet op til et sådant krav. Tre af sagerne endte med, at den allokering af indkomsten, som selskab og selskabsdeltagere havde forudsat, blev opretholdt.

Sagen TfS 1992, 550 LSR omhandlede et selskab, der havde to selskabsdeltagere, som hver ejede halvdelen af kapitalandelene i selskabet. I sagen TfS 1997, 125 LSR ejedes selskabet af tre selskabsdeltagere – to brødre og et selskab, de kontrollerede – med hver 16 2/3 pct. af kapitalandelene og af et af dem uafhængigt selskab med 50 pct. af kapitalandelene. Den sidste »selskabsdeltager« optrådte efter det oplyste som følge af en fejl som ejer af én aktie

14. Se nærmere herom nedenfor VIII, 2.1.

i selskabet. Sagen TfS 2001, 573 LR vedrørte et selskab, som ville blive ejet af nogle advokatfirmaer. De enkelte firmaers ejerandel var ikke oplyst.

I den fjerde og sidste sag blev den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering derimod tilsidesat.[15]

I sagen LSRM 1962, 97 ejede den personlige selskabsdeltager selskabet sammen med nogle kolleger, men hans ejerandel var ikke oplyst.

Når reglerne om indkomstallokering overhovedet overvejes i de ovenfor nævnte sager, beror det bl.a. på, at selskabsdeltagerne har haft en fælles interesse i en bestemt allokering af indkomsten. Selv om ingen selskabsdeltager alene eller i fællesskab med nærstående kan kontrollere selskabet, må de derfor i relation til aftalen om indkomstens allokering betegnes dels som indbyrdes interesseforbundne, dels som interesseforbundne med selskabet.

3.4.2 »Koncernlignende« interessefællesskab

Definitionen af koncernforbundne selskaber i KGL § 4, stk. 2, forudsætter, at samme kreds af selskabsdeltagere direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i hvert selskab eller direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerne i hvert selskab.

I praksis har spørgsmålet om indkomstallokering været rejst i en række sager, hvor selskaberne ikke var koncernforbundne i den forstand, hvori begrebet anvendes i KGL § 4, stk. 2, men dog havde et »koncernlignende« interessefællesskab.

For det første findes en række sager om allokering af indkomst i forholdet mellem på den ene side et aktie- eller anpartsselskab og på den anden side et interessentskab eller kommanditselskab. Disse selskaber kan ikke anses for at være koncernforbundne i henhold til KGL § 4, stk. 2, idet selskabsdeltageren i sagens natur ikke kan eje kapitalandele eller råde over stemmerettigheder i et interessentskab eller kommanditselskab.[16] I den ene sag førte et sådant interessefællesskab ikke desto mindre til, at den stedfundne allokering i forholdet mellem et kommanditselskab og et aktieselskab blev tilsidesat.

---

15. Se også TfS 2004, 262 LR, hvor Ligningsrådet skulle tage stilling til, om et selskab eller de af dets ansatte, der fungerede som bestyrelsesmedlemmer, var rette indkomstmodtagere af et bestyrelseshonorar. Sagen omtales nedenfor XIII, 3.2.2.
16. Jf. også TfS 2003, 44 LSR. Se om afgørelsen nedenfor VIII, 4.2. I selskabsretlig henseende kan de derimod efter omstændighederne anses for at være koncernforbundne.

I sagen TfS 2001, 169 H ejede en personlig selskabsdeltager samtlige kapitalandele i aktieselskabet og beherskede kommanditselskabet.[17]

I den anden sag blev den aftalte allokering af indkomsten derimod opretholdt.

I sagen TfS 1997, 305 Ø var den personlige selskabsdeltager eneejer af kapitalen i et aktieselskab og beherskede sammen med sin hustru og sin søn et tysk interessentskab.[18]

Et »koncernlignende« fællesskab foreligger også, når samme kreds af selskabsdeltagere ejer eller råder over 50 pct. eller færre af kapitalandelene eller stemmerettighederne i et eller begge af de »forbundne« selskaber. I disse tilfælde kan en indkomst beskattes i henhold til reglerne om allokering af indkomst.

TfS 1994, 131 V vedrørte nogle anpartsselskaber, der kontrolleredes af tre anpartshavere, der tillige var selskabsdeltagere i et aktieselskab. De var efter det oplyste så vidt ses ikke nærstående. Det kunne efter det oplyste heller ikke antages, at nogen af selskabsdeltagerne alene havde kontrol med aktieselskabet.

At reglerne om allokering af indkomst fører til korrektioner i nogle af de ovenfor nævnte tilfælde beror bl.a. på, at selskabsdeltagerne havde et konkret interessefællesskab i en bestemt allokering af indkomsten. I sagen TfS 2001, 169 H havde selskabsdeltageren en sådan økonomisk interesse i kommanditselskabet og aktieselskabet, at det – når bortses fra skatten – var underordnet, om indkomsten blev placeret i det ene eller det andet selskab. I sagen TfS 1994, 131 V havde selskabsdeltagerne en sammenfaldende interesse i at berige nogle af deres selskaber på et andet selskabs bekostning.

Er der ikke noget påviseligt interessefællesskab, synes Landsskatteretten i en sag at have forudsat, at den foretagne allokering af en indkomst ikke kan korrigeres.

I sagen TfS 1996, 921 LSR ejede en hollandsk koncern alle kapitalandele i et hollandsk selskab, men kun 1/3 af kapitalandelene i et schweizisk selskab.

Landsskatteretten afviste udtrykkeligt at anvende reglerne om allokering af indkomst i forholdet mellem det hollandske og schweiziske selskab, idet den ikke fandt, at der var tilstrækkelige holdepunkter for, at der havde bestået et interessefællesskab mellem selskaberne.[19]

---

17. Se nedenfor XIII, 3.1.3.
18. Se nedenfor XIII, 3.1.1.
19. Jf. også *Aage Michelsen*, R&R 1997, SM 47.

3.4.3 Konkret interessefællesskab

Reglerne om indkomstallokering har i en række tilfælde fundet anvendelse i forholdet mellem selskab og selskabsdeltager, selvom interessefællesskabet mellem disse var helt konkret begrundet.

I den ene sag blev en indkomst, der var indtægtsført i et selskab, allokeret til og beskattet hos en person, som end ikke var selskabsdeltager i selskabet.

> I TfS 1998, 114 H omhandlede forholdet mellem faderen til tre mindreårige selskabsdeltagere, der ejede samtlige kapitalandele i et selskab, og selskabet.

I den anden sag blev en indkomst, der var indtægtsført i et selskab, ligeledes allokeret til og beskattet hos en person, som ikke var selskabsdeltager i selskabet.

> TfS 2001, 930 Ø vedrørte forholdet mellem en dansker, der ikke var selskabsdeltager i et udenlandsk selskab, og selskabet. Det udenlandske selskab ejedes fuldt ud af hans bofælle. Til gengæld ejede han samtlige kapitalandele i et andet selskab, der oppebar en indkomst, som hidrørte fra bofællens indkomstskabende aktivitet.

Faderen blev bl.a. beskattet af en allokeret indkomst i sagen TfS 1998, 114 H, fordi han reelt havde kontrol med selskabet. Det kan ikke antages, at hans mindreårige børn kunne eller ville modsætte sig faderens ønsker med hensyn til, hvorvidt faderen eller selskabet skulle beskattes af indkomsten – ikke mindst fordi faderen var gået personlig konkurs.

I sagen TfS 2001, 930 Ø var der etableret en slags »cross holding«, hvor selskabsdeltagerne gensidigt ville respektere hinandens ønsker, idet de hver havde arbejde for et selskab, som den anden selskabsdeltager ejede. Bl.a. denne fælles interesse i ikke at lægge hinanden hindringer i vejen og respektere hinandens ønsker førte til, at deres respektive indkomster blev forsøgt allokeret til et selskab i et skattely.

3.4.4 Fonde, beneficianter og nærstående

Forholdet mellem fonde og beneficianter og forholdet mellem nærstående fysiske personer er ikke omfattet af definitionen af interessefællesskab, således som den er kommet til udtryk i LL § 2. I praksis er den mellem fonde og beneficianter aftalte allokering derimod i en række tilfælde blevet korrigeret.[20] Der findes dog også sager, hvor den aftalte alloke-

20. Jf. f.eks. LSRM 1961, 17, LSRM 1967, 7, LSRM 1974, 29, SpO 1976, 84, TfS 1989, 428 V, TfS 1989, 588 H og TfS 1995, 114 Ø.

ring ikke er blevet korrigeret.[21] I forholdet mellem nærstående fysiske personer er den aftalte allokering af indkomsten ligeledes blevet tilsidesat i en række sager.[22]

3.5 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående analyse kan det konkluderes, at der ikke ved anvendelse af principperne om indkomstallokering stilles krav om kontrol, således som dette begreb er defineret i LL § 2. En allokering af indkomsten har således fundet sted, når der i forholdet mellem to selskabsdeltager og selskab foreligger

– direkte kontrol,
– indirekte vertikal kontrol,
– indirekte horisontal kontrol eller
– andre former for konkret begrundet interessefællesskab.

Den sidste kategori omfatter alle de tilfælde, hvor der mellem selskabsdeltager og selskab alene består et konkret begrundet interessefællesskab om netop allokeringen af indkomsten.[23] En udtømmende opregning af disse former for interessefællesskab er meningsløs, eftersom interessefællesskabet i sagens natur kan opstå på allehånde forskellige måder.

Det må i øvrigt erkendes, at korrektioner i henhold til reglerne om allokering af indkomst som altovervejende hovedregel har fundet sted i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, når interessefællesskab har den i LL § 2 omtalte karakter.[24]

Af ovenstående redegørelse fremgår endvidere, at den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af indkomsten ikke er blevet korrigeret i tilfælde, hvor der ikke i det mindste forelå et konkret interessefællesskab mellem disse. Med udgangspunkt heri og under henvisning til sagen TfS 1996, 921 LSR[25] må det derfor antages, at reglerne om indkomstallokering ikke vil blive anvendt i forholdet mellem parter, som ikke er interesseforbundne.

På baggrund heraf kan det endelig konkluderes, at et interessefællesskab hidtil har været en betingelse for, at den aftalte allokering af indkomsten i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab kan korrigeres. Dette interesse-

---

21. Jf. f.eks. R&R 1968, SM 52, SpO 1969, 42, UfR 1971.354 Ø og R&R 1977, SM 213.
22. LSRM 1958, 191, LSRM 1971, 71, LSRM 1972, 71, SKDM 1974, 55, LSRM 1978, 62, LSRM 1980, 183, TfS 1990, 293 H, TfS 1995, 226 LSR og TfS 1998, 790 V.
23. Se ovenfor 3.4.
24. Jf. ovenfor 3.1-3.3.
25. Se ovenfor 3.4.2.

fællesskab er dog ikke i sig selv tilstrækkeligt til at tilsidesætte den aftalte allokering af indkomsten.[26]

4. Indkomstfiksering

Som nævnt ovenfor er analysen af retspraksis om indkomstfiksering begrænset til tilfælde, hvor interessefællesskabet eksisterer i forholdet mellem parterne i den transaktion, der har givet anledning til, at en sag om indkomstfiksering er blevet rejst. Denne begrænsning findes som nævnt også i LL § 2.[27]

4.1 Direkte kontrol

Direkte kontrol foreligger i de tilfælde, hvor en selskabsdeltager direkte kontrollerer et selskab.

I praksis er et moder- eller datterselskab blevet beskattet af en fikseret indkomst i tilfælde, hvor moderselskabet har ejet samtlige kapitalandele i datterselskabet.[28]

Det långivende selskab er ligeledes blev beskattet af en fikseret indkomst, når moderselskabet ikke ejede samtlige kapitalandele i datterselskabet, men dog ejede mere end halvdelen af kapitalandelene i datterselskabet.

I sagen TfS 1986, 473 LR ejede moderselskabet 99 pct. af kapitalandelene i datterselskabet. I sagen TfS 1995, 528 LSR ejede moderselskabet 99,76 pct. af kapitalandelene i datterselskabet, idet de resterende 0,24 pct. ejedes af moderselskabets personlige selskabsdeltager, hans hustru og sønner.

En fikseret indkomst er ligeledes blevet beskattet i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og dennes helejede selskab.[29]

Reglerne om beskatning af fikserede indkomster kan også finde anvendelse i tilfælde, hvor den personlige selskabsdeltager alene har kontrol med selskabet – dvs. ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene eller rådede over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i selskabet – uden dog at være selskabets eneste ejer.

I sagerne R&R 1968, SM 89, R&R 1971, SM 5, TfS 1992, 107 LR, TfS 1994, 410 LSR

26. Se ovenfor 3.1-3.4. Jf. også *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 389.
27. Jf. ovenfor III, 4.3.
28. TfS 1986, 402 V, TfS 1986, 475 LR, TfS 1988, 553 LR, TfS 1990, 319 LSR og TfS 1991, 240 LSR.
29. TfS 1990, 83 LSR, TfS 1995, 685 LR og TfS 2004, 83 LSR.

og TfS 2000, 511 LSR havde selskabsdeltageren efter det oplyste kontrol med selskabet. I sagen UfR 1965.927 Ø var det oplyst, at den personlige selskabsdeltager ejede 80 pct. af kapitalandelene i selskabet, idet de resterende 20 pct. ejedes af hans hustru og svoger med halvdelen hver.

Reglerne om beskatning af fikserede indkomster kan, som det ses, finde anvendelse i de tilfælde, hvor der foreligger såkaldt direkte kontrol, hvad enten denne foreligger i forholdet mellem moder- og datterselskab[30] eller en personlig selskabsdeltager og et selskab. En fikseret indkomst kan endvidere beskattes hos enten selskabsdeltager eller selskab.

Heraf følger imidlertid ikke, at en fikseret indkomst kan beskattes, alene fordi en selskabsdeltager kontrollerer et selskab. Der findes således en lang række eksempler på, at selskabsdeltager har kontrolleret selskabet, uden at hverken selskabsdeltager eller selskab af den grund er blevet beskattet af en fikseret indkomst.

At interessefællesskabet mellem moder- og datterselskaber ikke er tilstrækkeligt til at beskatte en fikseret indkomst, fremgår af en række sager.

I sagerne TfS 1996, 282 Ø, TfS 1997, 102 Ø, TfS 1997, 862 LSR og TfS 1998, 238 H var det oplyst, at moderselskabet ejede samtlige kapitalandele i datterselskabet. I sagen LSRM 1941, 92 var det oplyst, at moderselskabet ejede hovedparten af kapitalandelene i datterselskabet. I sagen LSRM 1974, 161 var det ikke oplyst, hvor mange kapitalandele moderselskabet ejede i datterselskabet.

Heller ikke i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab er et interessefællesskab i form af selskabsdeltagerens kontrol med selskabet tilstrækkeligt til, at en fikseret indkomst kan beskattes.

I seks tilfælde – TfS 1993, 249 LSR, TfS 1993, 261 LSR, TfS 1996, 642 H, TfS 1997, 329 V, TfS 1999, 516 LSR og TfS 2000, 524 Ø – ejede selskabsdeltageren samtlige kapitalandele i selskabet. I de andre sager – LSRM 1972, 10, LSRM 1975, 35, LSRM 1975, 36, LSRM 1975, 39, LSRM 1976, 28, TfS 1994, 136 LSR, TfS 1994, 884 LSR, TfS 1996, 750 LSR og TfS 1997, 752 H – havde selskabsdeltageren så vidt ses alene kontrol med selskabet.

30. Eller mellem- og datterselskab eller mellem- og mellemselskab.

4.2 Indirekte vertikal kontrol

Indirekte vertikal kontrol foreligger, når en selskabsdeltager kontrollerer et selskab indirekte via et eller flere såkaldte mellemselskaber, der er skudt ind mellem selskabsdeltageren og selskabet.

I retspraksis om indkomstfiksering har der alene været to sager, hvor selskabsdeltageren havde indirekte vertikal kontrol med selskabet. I den ene af disse sager blev selskabet beskattet af en fikseret indkomst.

> Selskabsdeltageren ejede i sagen UfR 1983.16 H flertallet af kapitalandelene i et moderselskab, som ejede 100 pct. af kapitalandelene i et mellemselskab, der igen ejede 100 pct. af kapitalandelene i datterselskabet.

I den anden sag blev selskabsdeltageren derimod ikke beskattet af en fikseret indkomst.

> I sagen TfS 1998, 199 H ejede den personlige selskabsdeltager 100 pct. af kapitalandelene i moderselskabet, der ejede 100 pct. af kapitalandelene i hvert af datterselskaberne.

Det kan som følge heraf konkluderes, at en fikseret indkomst er blevet beskattet, når selskabsdeltageren har haft indirekte vertikal kontrol med selskabet, men at hjemmelen hertil ikke følger af selve interessefællesskabet.

4.3 Indirekte horisontal kontrol

Indirekte horisontal kontrol er en form for kontrol, der udøves af en selskabsdeltager i fællesskab med andre. [31] Denne sideordnede kontrol kan udøves sammen med

- koncernforbundne selskaber (nedenfor 4.3.1),
- nærstående samt personlige selskabsdeltagere og deres nærstående (nedenfor 4.3.2) eller
- fonde eller truste stiftet selskabsdeltageren eller af de ovenfor nævnte (nedenfor 4.3.3).

31. Jf. ovenfor VI, 3.2.2.

4.3.1 Koncernforbundne selskaber

Der findes ikke offentliggjorde sager om beskatning af fikserede indkomster i tilfælde, hvor selskabsdeltageren har kontrolleret et selskab sammen med et eller flere koncernforbundne selskaber.

En fikseret indkomst er derimod i en række tilfælde blevet beskattet i forholdet mellem koncernforbundne selskaber.

I sagen TfS 1985, 439 Ø var den personlige selskabsdeltager den eneste selskabsdeltager i det ene selskab og ejede 90 pct. af kapitalandelene i det andet selskab. De resterende 10 pct. af kapitalandelene i det andet selskab ejedes af førstnævnte selskab. I sagen TfS 1993, 261 LSR var begge selskaber fuldt ud ejede af den samme personlige selskabsdeltager. I sagen TfS 1986, 441 LSR kontrolleredes begge selskaber af tre selskabsdeltagere, herunder en direktør, dennes tidligere hustru og direktørens far. Sagen TfS 1986, 146 LSR omhandlede to selskaber, der fuldt ud ejedes af den samme personlige selskabsdeltager. I sagen TfS 2003, 602 H var en personlig selskabsdeltager hovedaktionær i det sælgende selskab, og havde bestemmende indflydelse i det købende selskab.

Selskabernes koncernforbindelse er imidlertid ikke i sig tilstrækkelig til at beskatte et af selskaberne af en fikseret indkomst.

I sagerne UfR 1963.880 Ø og TfS 1986, 156 LSR var det långivende og låntagende selskab søsterselskaber, idet moderselskabet kontrollerede samtlige kapitalandele i de omhandlede søsterselskaber.

4.3.2 Nærstående og personlige selskabsdeltagere m.v.

En indirekte horisontal kontrol kan udøves af selskabsdeltageren i fællesskab med nærstående, personlige selskabsdeltagere og/eller deres nærstående. Sådanne konstruktioner forekommer relativt ofte i praksis.

I en række tilfælde er selskabsdeltageren eller selskabet blevet beskattet af en fikseret indkomst.

I sagen TfS 1984, 13 LSR kontrolleredes selskabet af en kvinde, hendes samlever og samleverens søn, som hver ejede 1/3 af kapitalandelene i selskabet. I sagen TfS 1990, 276 LSR ejede tre nært beslægtede selskabsdeltagere samtlige kapitalandele i selskabet. Selskabet blev endelig i sagen TfS 1992, 106 LR, kontrolleret af to ægtefæller og deres fire børn. Selskabet havde en kapital på 25 mio. kr., der var fordelt med nom. 4.750.000 kr. A-aktier til den ene ægtefælle, nom. 250.000 kr. A-aktier til den anden ægtefælle, og nom. 5.000.000 kr. B-aktier til hver af de fire børn. I den fjerde og sidste sag, TfS 1984, 272 H blev selskabet kontrolleret af en far og hans to sønner.

Der findes imidlertid også en række sager, hvor en fikseret indkomst ikke er blevet beskattet.

I sagen SpO 1974, 204 V ejede selskabsdeltageren 40 pct. af selskabets kapitalandele. De resterende kapitalandele ejedes af hans søn (50 pct.) og hans hustru (10 pct.).[32] Sagen TfS 1996, 69 LSR angik forholdet mellem tre datterselskaber og et moderselskab. Moderselskabet ejede samtlige kapitalandele i to af datterselskaberne og 28 pct. af kapitalandelene i det tredje, långivende datterselskab. De resterende 72 pct. af kapitalandelene i det långivende datterselskab ejedes af én far, hvis fire sønner ejede samtlige kapitalandele i moderselskabet. I sagen TfS 1997, 665 V ejede selskabsdeltageren 25 pct. af kapitalandelene i selskabet. De resterende 75 pct. af kapitalandelene ejedes af hans tre sønner med 25 pct. hver. Endelig ejede selskabsdeltageren i sagen TfS 1998, 410 Ø nom. 100.000 kr. A-aktier i selskabet. Hans datter ejede nom. 100.000 kr. B-aktier og hans to børnebørn hver nom. 50.000 kr. B-aktier. A-aktierne havde 10 stemmer pr. nom. 1.000 kr., medens B-aktierne havde 1 stemme pr. nom. 1.000 kr.

4.3.3 Fonde og truste m.v.

Der findes ikke offentliggjort retspraksis om fiksering af indkomst i sager, hvor selskabsdeltageren kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på selskabet som følge af indirekte horisontal kontrol, der udøves i fællesskab med fonde eller truste m.v.

4.4 Andre former for interessefællesskab

I en del af den offentliggjorde praksis om indkomstfiksering har interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab ikke haft en sådan karakter, at LL § 2 i dag ville kunne finde anvendelse for transaktionen mellem disse.

Der findes for det første praksis om indkomstfiksering i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, når selskabsdeltager ikke har kontrol med selskabet (nedenfor 4.4.1).

Dernæst findes praksis om beskatning af fikserede indkomster, når to selskaber ikke er koncernforbundne, men ikke desto mindre har et fællesskab af »koncernlignende« karakter (nedenfor 4.4.2).

Endelig findes praksis om beskatning af fikserede indkomster i tilfælde, hvor interessefællesskabet er helt konkret begrundet (nedenfor 4.4.3).

---

32. Vestre Landsret fandt ikke desto mindre, at selskabsdeltageren havde betydelig indflydelse på selskabet, og at dette blev bekræftet ved, at han på et bestyrelsesmøde havde fået selskabet til at garantere en forrentning af sit tilgodehavende svarende til den, som skattemyndighederne havde ansat, forudsat at han tabte sagen.

Sagerne om fiksering af indkomst i forholdet mellem fonde og deres beneficianter og i forholdet mellem nærstående fysiske personer behandles alene i petit, eftersom de falder uden for emnets afgrænsning (nedenfor 4.4.4).

4.4.1 Væsentlig eller begrænset indflydelse

I henhold til LL § 2 forudsætter selskabsdeltagerens kontrol med selskabet, at den pågældende ejer mere end halvdelen af kapitalandelene eller råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i selskabet.

Uden for anvendelsesområdet for LL § 2 er det i to tilfælde forsøgt at beskatte et selskab af en fikseret rente ved udlån til nogle selskabsdeltagere, som ikke havde kontrol med selskabet.

I sagen TfS 1993, 236 Ø ejede to selskaber hver for halvdelens vedkommende et tredje selskab. En rentefiksering blev accepteret. I sagen TfS 2003, 500 LSR ejede hver selskabsdeltager 24 pct. af kapitalandelene i selskabet. De resterende 4 pct. blev ejet af et andet selskab, som kontrolleredes af de fire selskabsdeltagere sammen med et tredje – så vidt ses uafhængigt – selskab.[33] En rentefiksering blev afvist.

Et selskab er endvidere blevet beskattet af en fikseret leje ved udleje til blandt andet dets fire selskabsdeltagere. Ingen af selskabsdeltagerne havde så vidt ses kontrol med selskabet.

I sagen TfS 2002, 162 LSR havde selskabet en anpartskapital på 200.000 kr. A-anparterne, hvis antal ikke er oplyst, ejedes af én selskabsdeltager, og havde 10 stemmer hver. B-anparterne, hvis antal ligeledes ikke er oplyst, ejedes ligeligt af de tre andre selskabsdeltager og havde 1 stemme hver.

4.4.2 »Koncernlignende« interessefællesskab

To selskaber anses for at være koncernforbundne, hvis samme kreds af selskabsdeltagere direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i hvert selskab eller direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerne i hvert selskab, jf. KGL § 4, stk. 2.

Det er i ét tilfælde blevet prøvet, om et selskab kunne beskattes af en fikseret indkomst i forbindelse med en transaktion med et andet selskab, selvom selskaberne ikke var koncernforbundne i traditionel forstand.

I TfS 1997, 392 H havde den personlig selskabsdeltager i et dansk selskabs moderselskab

---

33. De fire selskabsdeltagere var ikke nærstående, men havde dog en fælles interesse i den aftalte forrentning, eftersom de alle havde optaget lige store lån i selskabet.

en dominerende indflydelse på en udenlandske anstalt. En fikseret indkomst blev ikke beskattet.

4.4.3 Konkret interessefællesskab

Der har i praksis været fire sager om beskatning af fikseret indkomst i forholdet mellem en person og et selskab, selvom den pågældende person end ikke har været selskabsdeltager i selskabet.[34]

I to af disse sager blev en fikseret indkomst beskattet.

I sagen TfS 1990, 367 Ø ejede selskabsdeltageren samtlige kapitalandele i selskabet. Hans fraskilte hustru havde ingen interesser i selskabet, men var blevet begunstiget på bekostning af dette. I sagen TfS 2004, 140 V ejede selskabsdeltageren ligeledes samtlige kapitalandele i selskabet. Sønnen havde ingen interesser i selskabet, men var blevet begunstiget på bekostning af dette.

I de to andre sager blev det derimod afvist at beskatte en fikseret indkomst.

I sagen TfS 1994, 191 LR forespurgte en person, om han ville blive beskattet af en fikseret rente ved udlån til et selskab, der kontrolleredes af hans hustru. Hustruen ejede samtlige kapitalandele i selskabet. Forespørgeren var alene ansat som direktør og medlem af bestyrelsen. I sagen TfS 1995, 180 Ø havde långiveren – året før sagen om beskatning af en fikseret rente blev rejst – afstået samtlige kapitalandele i selskabet til sin søn. Hendes fordring på selskabet var dels opstået i den periode, hvor hun havde været ejer af selskabet, dels i hendes afdødes mands periode.

Selv om de pågældende ikke var selskabsdeltagere, må de – allerede fordi de var nærstående med selskabsdeltageren – antages at have haft et betydeligt konkret interessefællesskab med selskabet. I de to førstnævnte sager søgte selskabsdeltageren således at begunstige nærstående familiemedlemmer på selskabets bekostning. I de to sidstnævnte sager blev spørgsmålet om rentefiksering rejst, fordi selskabsdeltageren som nærstående med långiver ligeledes kunne have haft en konkret interesse i at begunstige den nærstående på selskabets bekostning.

4.4.4 Fonde, beneficianter og nærstående

Forholdet mellem en fond og dens beneficianter og forholdet mellem nærstående fysiske personer er ikke omfattet af LL § 2.

I praksis om indkomstfiksering uden for anvendelsesområdet for LL § 2 er en fond eller en

34. TfS 1990, 367 Ø, TfS 1994, 191 LR, TfS 1995, 180 Ø og TfS 2004, 140 V.

forening til gengæld blevet beskattet af fikserede renteindtægter i forhold til sine beneficanter, selvom disse hverken har haft kontrol eller væsentlig indflydelse med fonden.[35] I sidstnævnte sag havde de långivende foreninger et konkret interessefællesskab med selskabet, eftersom det bl.a. var foreningernes formål at subsidiere selskabet.[36] Til gengæld er en rente- og lejefiksering blevet afvist under hensyntagen til, at långiver/udlejer og låntager/lejer måtte anses for indbyrdes uafhængige retssubjekter.[37]

I forholdet mellem nærstående fysiske personer findes en righoldig praksis, hvor den ene nærstående person er beskattet af en fikseret indkomst.[38] Beskatningen af en fikseret indkomst i forholdet mellem nærstående personer er imidlertid også blevet afvist i nogle tilfælde.[39]

4.5 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående redegørelse for retspraksis kan det konkluderes, at indkomstfiksering som hovedregel har fundet sted i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, når de pågældende er forbundet på en måde, som ville være omfattet af definitionen af kontrol i LL § 2. En fikseret indkomst er således blevet beskattet, når der i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab forelå

– direkte kontrol,
– indirekte vertikal kontrol eller
– indirekte horisontal kontrol.[40]

Et konkret begrundet interessefællesskab har imidlertid også ført til, at en fikseret indkomst er blevet beskattet.[41] I langt de fleste tilfælde har interessefællesskabet dog haft en karakter som omtalt i LL § 2.[42]

En analyse af den praksis om indkomstfiksering uden for anvendelsesområdet

---

35. Jf. TfS 1993, 81, TfS 1995, 273 LSR og TfS 1996, 145 LSR. Ligeledes *Eskil Trolle*, TfS 1995, 228.
36. Sammenlign *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33, der anfører, at der ikke skulle ske rentefiksering i forholdet mellem foreningerne.
37. TfS 1988, 555 LR.
38. Jf. f.eks. LSRM 1968, 22, UfR 1968.183 Ø, LSRM 1973, 157, LSRM 1980, 98, TfS 1984, 51 V, TfS 1986, 410 LSR, TfS 1984, 426 Ø, TfS 1990, 505 LSR, TfS 1991, 538 Ø, TfS 1992, 514 V, TfS 1997, 613 V, TfS 1997, 644 LSR, TfS 2000, 936 V og TfS 2002, 967 H.
39. Se f.eks. SKD 1980.345 V, TfS 1991, 179 LSR, UfR 1980.341 og TfS 2001, 886 LSR.
40. Se også *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277 som fremhæver forholdet mellem koncernforbundne selskaber og tilfælde, hvor selskabsdeltageren kontrollerer selskabet sammen med nærstående.
41. Se ovenfor 4.4.
42. Jf. ovenfor 4.1-4.3.

for LL § 2 peger derfor i retning af, at en indkomstfiksering i den hidtidige praksis har forudsat et interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab. En fikseret indkomst er ikke blevet beskattet i tilfælde, hvor der ikke i det mindste forelå et konkret interessefællesskab.

Endelig kan det på baggrund af analysen konkluderes, at interessefællesskabet ikke i sig selv er tilstrækkeligt til, at en fikseret indkomst kan beskattes.[43]

43. Se ovenfor 4.1-4.4. Jf. også *I.A. Strobel*, TfS 1988, 314.

Kapitel VIII

Det lovhjemlede interessefællesskab

1. Indledning

Nedenfor analyseres, hvilke krav der i henhold til LL § 2 stilles til interessefællesskabet mellem selskab og selskabsdeltager, forinden en transaktion mellem disse korrigeres i medfør af bestemmelsen.

I det følgende redegøres først for, hvorledes de lovhjemlede bestemmelser om kontrol i LL § 2 er udformede (nedenfor 2). Dernæst redegøres kort for begreberne »ejerskab« og »rådighed«, som er helt centrale ved vurderingen af, om en selskabsdeltager direkte eller indirekte kontrollerer et selskab (nedenfor 3). Herefter behandles reglerne om direkte kontrol (nedenfor 4), indirekte vertikal kontrol (nedenfor 5), indirekte horisontal kontrol (nedenfor 6, 7 og 8) samt fremmed ret (nedenfor 9).[1]

2. Kontrol i henhold til LL § 2

Reglerne om transfer pricing i LL § 2 forudsætter bl.a., at en skattepligtig fysisk eller juridisk person

- kontrolleres af en fysisk eller juridisk person, jf. LL § 2, stk. 1, nr. 1 (nedenfor 2.1), eller
- kontrollerer juridiske personer, jf. LL § 2, stk. 1, nr. 2 (nedenfor 2.1), eller
- er koncernforbundet med en juridisk person, jf. LL § 2, stk. 1, nr. 3 (nedenfor 2.2), eller
- har et fast driftssted beliggende i udlandet, jf. LL § 2, stk. 1, nr. 4, eller

1. Se om systematikken ovenfor VI, 3.3 og VII, 2.

– er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med et fast driftssted i Danmark, jf. LL § 2, stk. 1, nr. 5.

2.1 Kontrol eller kontrolleres

Ved kontrol efter LL § 2 forstås ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder som nævnt i SEL § 32, stk. 6, 1. pkt. eller i LL § 16 H, stk. 2, 2. pkt. I modsætning til SEL § 32 og LL § 16 H skal der dog efter LL § 2 direkte eller indirekte ejes mere end 50 pct. af kapitalandelene eller rådes over mere end 50 pct. af stemmerettighederne, jf. LL § 2, stk. 2. 1. pkt.[2] Kontrol antages derfor at foreligge, hvis den skattepligtige:

– direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i en juridisk person, jf. LL § 2, stk. 1, nr. 1 og stk. 2, 1. pkt., SEL § 32, stk. 6, 1. pkt. og LL § 16 H, stk. 2, 2. pkt., eller
– direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i en juridisk person, LL § 2, stk. 1, nr. 1 og stk. 2, 1. pkt., SEL § 32, stk. 6, 1. pkt., og LL § 16 H, stk. 2, 2. pkt.

Det må erkendes, at den skattepligtige ikke kontrollerer et selskab som følge af ejerskab til kapitalandele, hvis den pågældende ikke tillige råder over stemmerettigheder.[3] Ejerskab til kapitalandele er imidlertid udtrykkeligt defineret som kontrol i LL § 2, stk. 2, og omtales derfor her og i det følgende som en form for »kontrol«.

Den skattepligtige anses endvidere for at være kontrolleret af en fysisk eller juridisk person, hvis den pågældende fysiske eller juridiske person

– direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i den skattepligtige, jf. LL § 2, stk. 1, nr. 2 og stk. 2, 1. pkt., SEL § 32, stk. 6, 1. pkt. og LL § 16 H, stk. 2, 2. pkt., eller
– direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i den skattepligtige, jf. LL § 2, stk. 1, nr. 2 og stk. 2, 1. pkt., SEL § 32, stk. 6, 1. pkt., og LL § 16 H, stk. 2, 2. pkt.

Ved bedømmelsen af, om kontrol herefter foreligger, kunne det frem til vedtagelsen af lov nr. 313 af 21/5 2002 uden tvivl antages, at selskabsdeltageren også skulle medregne kapitalandele og stemmerettigheder, som indehaves af

---

2. Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 57.
3. Se nærmere nedenfor IX, 3.2.

– koncernforbundne selskaber, jf. LL § 2, stk. 2, 1. pkt., SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., og KGL § 4, stk. 2 (nedenfor 2.1.1),
– personlige selskabsdeltagere og deres nærstående, jf. LL § 2, stk. 2, 1. pkt., SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., og LL § 16 H, stk. 2, 1. pkt. (nedenfor 2.1.2),
– nærstående, jf. LL § 2, stk. 2, 1. pkt., og LL § 16 H, stk. 2, 1. og 3. pkt. (nedenfor 2.1.2),
– en fond eller trust stiftet af den skattepligtige selv, jf. LL § 2, stk. 2, 1. pkt., SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., og LL § 16 H, stk. 2, 1. pkt., eller
– en fond eller trust stiftet af de nævnte koncernforbundne selskaber, personlige aktionærer, nærstående m.v. eller af fonde eller trusts stiftet af disse, jf. LL § 2, stk. 2, 1. pkt., SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., og LL § 16 H, stk. 2, 1. pkt.

LL § 2 henviser til »... selskabsskattelovens § 32, stk. 6, 1. pkt., og § 16 H, stk. 2, 2. pkt., ...«, dvs. til SEL § 16 H, stk. 2, 2. pkt., og ikke til LL § 16 H, stk. 2, 2. pkt. Der findes imidlertid ikke – og har aldrig været – en § 16 H i selsskabsskatteloven. Henvisningen må derfor forstås som en henvisning til LL § 16 H, således som det oprindelig var anført i LL § 2, da den blev vedtaget ved lov nr. 432 af 26/6 1998. Den forkerte henvisning blev introduceret ved lov nr. 1026 af 23/12 1998 og har eksisteret lige siden.[4]

Ved lov nr. 313 af 21/5 2002 blev reglerne om tvungen sambeskatning i SEL § 32 og LL § 16 H – og dermed også i FBL § 12 – imidlertid ændret ud fra et ønske om at gøre reglerne mere objektive. I forbindelse hermed blev reglerne om kontrol og væsentlig indflydelse i SEL § 32 og LL § 16 H – som LL § 2 også indtil da havde henvist til – omstrukturerede, således at de efter ændringen blev overført fra SEL § 32, stk. 1, 2. og 3. pkt., til SEL § 32, stk. 1. og 2. pkt., og fra LL § 16 H, stk. 1, 2. til 5. pkt, til LL § 16 H, stk. 2, 1. til 4. pkt. Omstruktureringen indebar ikke nogle materielle ændringer af bestemmelserne om kontrol og væsentlig indflydelse.[5]

Ved fremsættelsen af L 099-2 2001/02, der blev til lov nr. 313 af 21/5 2002, blev det ikke foreslået at ændre LL § 2, selvom henvisningerne i denne bestemmelse til SEL § 32, stk. 1, 2. og 3. pkt., og LL § 16 H, stk. 1, 2. til 5. pkt, ikke ville give mening efter ændringen af SEL § 32 og LL § 16 H. Først ved en

---

4. Jf. forslag til § 3, nr. 1, i lov nr. 1026 af 23/12 1998, fremsat som L 53 1998/99: »Ved kontrol forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder som nævnt i § 32, stk. 1, 2.-3. pkt. i selskabsskatteloven, og § 16 H, stk. 1, 2.-5. pkt., dog således at der direkte eller indirekte skal ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 pct. af stemmerne«.
5. Jf. Folketingstidende 2001-02 (2. samling), Tillæg A, s. 2639: »Bestemmelsen svarer til gældende regler, dvs. at CFC-beskatningen kun kan omfatte selskaber, der direkte eller indirekte ejer mindst 25 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet eller råder over mere end 50 pct. af stemmerne«.

betænkning afgivet af Skatteudvalget den 2/5 2002 stillede skatteministeren et ændringsforslag til lovforslaget, hvorved LL § 2 blev ændret:

> »11) Før nr. 1 indsættes som nyt nummer:
>
> »01. I § 2, stk. 2, 1. pkt., ændres »som nævnt i § 32, stk. 1, 2. og 3. pkt. i selskabsskatteloven, og § 16 H, stk. 1, 2.-5. pkt.,« til: »som nævnt i selskabsskattelovens § 32, stk. 6, 1. pkt., og § 16 H, stk. 2, 2. pkt.,«.«
>
> [Redaktionel ændring]«[6]

I bemærkningerne til dette ændringsforslag anførtes:

> »Der er alene tale om tekniske konsekvensændringer«.[7]

Denne bemærkning står imidlertid i skarp kontrast til det faktum, at henvisningen til bestemmelserne i SEL § 32 og LL § 16 H blev begrænset, således at der nu i LL § 2 alene henvises til følgende dele af SEL § 32 og LL § 16 H:

> »Moderselskabet anses for at kontrollere eller have væsentlig indflydelse på datterselskabet, hvis det direkte eller indirekte ejer mindst 25 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet eller direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerne i datterselskabet«.[8]
>
> »Den skattepligtige anses for at kontrollere eller have væsentlig indflydelse på et selskab, hvis vedkommende direkte eller indirekte eller i fællesskab med nærtstående ejer mindst 25 pct. af aktiekapitalen i selskabet eller råder over mere end 50 pct. af stemmerne i selskabet«.[9]

Dette indebærer, at LL § 2 ikke længere henviser til reglerne om indirekte horisontal kontrol i SEL § 32, jf. nu SEL § 32, stk. 6, 2. pkt.:

> »Ved bedømmelsen af, om moderselskabet anses for at kontrollere eller have væsentlig indflydelse på datterselskabet, medregnes aktier og stemmerettigheder, som ejes af koncernforbundne selskaber, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 2, eller af en fond eller trust stiftet af moder-

---

6. Folketingstidende 2001-02 (2. samling), Tillæg B, s. 710.
7. Folketingstidende 2001-02 (2. samling), Tillæg B, s. 711.
8. SEL § 32, stk. 6, 1. pkt.
9. LL § 16 H, stk. 2, 2. pkt.

> selskabet selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, nærtstående m.v. eller af fonde eller truster stiftet af disse«.

På helt tilsvarende måde bortfaldt henvisningen til definitionen af indirekte horisontal kontrol i LL § 16 H, stk. 2, 1. pkt.:

> »Stk. 1 finder tilsvarende anvendelse, hvis den skattepligtige i fællesskab med nærtstående eller i fællesskab med en fond eller trust stiftet af den skattepligtige eller dennes nærtstående eller fonde eller truster stiftet af disse kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på et udenlandsk selskab som nævnt i stk. 1«.

Endelig bortfaldt henvisningen til, hvad der forstås ved nærstående, jf. LL § 16 H, stk. 2, 3. og 4. pkt.:

> »Som nærtstående anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold«.

På baggrund heraf kan det diskuteres, om den indirekte horisontale kontrol, der udøves sammen med koncernforbundne selskaber, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående samt fonde og truste m.v., jf. SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., fortsat er omfattet af LL § 2, og om begrebet nærstående stadig skal anses for at omfatte den personkreds, der er opregnet i LL § 16 H, stk. 2, 3. og 4. pkt.

Til støtte for en antagelse om, at LL § 2 omfatter indirekte horisontal kontrol som omtalt i SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., og at nærstående er den i LL § 16 H, stk. 2, 3. og 4. pkt., opregnede personkreds, kan for det første anføres, at ændringen af LL § 2 i henhold til bemærkningerne alene var redaktionel. Det fremgår endvidere intetsteds af bemærkningerne til lov nr. 313 af 21/5 2002, at der med den ændrede henvisning var tilsigtet nogen ændring af anvendelsesområdet for LL § 2.

For det andet kan anføres, at en ændring af navnlig reglerne om indirekte horisontal kontrol ville have så drastisk betydning for LL § 2's anvendelsesområde, at det med en vis ret kunne forventes, at lovgiver ville have gjort udtrykkelig opmærksom herpå, såfremt en ændring havde været tilsigtet.

For det tredje fremgår det tydeligt af henvisningen til LL § 16 H, stk. 2, 2. pkt., at en selskabsdeltagers nærståendes kapitalandele og stemmerettigheder fortsat skal medregnes ved opgørelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer selskabet. Reglerne om indirekte horisontal kontrol sammen med nærstående er således i hvert fald opretholdt i kraft af henvisningen til LL § 16 H, stk. 2, 2. pkt. Det kan ikke antages, at formålet med ændringen af henvisningerne var, at alle

andre former for indirekte horisontal kontrol ikke længere skulle være omfattet af LL § 2.

Endelig kan der henvises til, at den til LL § 2 svarende bestemmelse i SKL § 3 B om oplysningspligt ved grænseoverskridende transaktioner udtrykkelig omfatter både indirekte horisontal kontrol og definitionen af nærstående, jf. henvisningen til SEL § 32, stk. 6, 1. og 2. pkt., samt til LL § 16 H.[10]

Til støtte for en antagelse om, at LL § 2 ikke omfatter indirekte horisontal kontrol som omtalt i SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., og at nærstående ikke er den i LL § 16 H, stk. 2, 3. og 4. pkt., opregnede personkreds, kan alene anføres, at henvisningerne i LL § 2 blev ændret, og at der ikke længere udtrykkeligt henvises til de nævnte regler og definitioner i SEL § 32 og LL § 16 H. Der må imidlertid ved fortolkningen af bestemmelsen navnlig i kraft af forarbejderne ses bort herfra. Efter vedtagelsen af lov nr. 313 af 21/5 2002 må henvisningen til SEL § 32, stk. 6, 1. pkt., og LL § 16 H, stk. 2, 2. pkt.,[11] derfor i overensstemmelse med forarbejderne fortolkes således, at indirekte horisontal kontrol medregnes som hidtil, og at begrebet nærstående fortsat omfatter den personkreds, der er defineret i LL § 16 H. Det må samtidig erkendes, at kontrolbestemmelsen i LL § 2 efter ændringerne ved lov nr. 1026 af 23/12 1998 og lov nr. 313 af 21/5 2002 er degenereret til et lovteknisk niveau, der er uacceptabelt.[12]

2.1.1 Koncernforbundne efter LL § 2, stk. 2, jf. KGL § 4, stk. 2

Ved vurderingen af, om kontrol foreligger, henvises i LL § 2, stk. 2, som nævnt ovenfor til reglerne i SEL § 32. Herefter medregnes også kapitalandele og stemmerettigheder, som indehaves af koncernforbundne selskaber. De koncernforbundne selskaber er i henhold til SEL § 32 defineret i KGL § 4, stk. 2. Som koncernforbundne selskaber anses herefter

- selskaber og foreninger m.v., hvor samme kreds af selskabsdeltagere direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i hvert selskab, jf. KGL § 4, stk. 2, nr. 1,
- selskaber og foreninger m.v., hvor samme kreds af selskabsdeltagere direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i hvert selskab, jf. KGL § 4, stk. 2, nr. 2,

10. Se nedenfor 2.5.1. Ved lovforslag nr. 126 af 14/1 2004, § 13, foreslås en teknisk ændring af SKL § 3 B.
11. Som nævnt ovenfor i loven fejlagtigt angivet som SEL § 16 H, stk. 2, 2. pkt.
12. Der vil blive rettet op på dette forhold, såfremt den tekniske ændring af LL § 2, stk. 2, i lovforslag nr. 126 af 14/1 2004, § 10, nr. 1, vedtages (Vedtaget som lov nr. 458 af 9/6 2004).

– en fond og selskaber, hvori fonden direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i hvert selskab, jf. KGL § 4, stk. 2, nr. 3, eller
– en fond og selskaber, hvori fonden direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i hvert selskab, jf. KGL § 4, stk. 2, nr. 4.

I henhold til KGL § 4, stk. 2, 2. pkt., anses selskabsdeltagere som nævnt i ABL § 11, stk. 3, som én og samme selskabsdeltager. ABL § 11, stk. 3, omfatter selskabsdeltagerens ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Et stedbarns- eller adoptivforhold sidestilles efter ABL § 11, stk. 3, med et ægte slægtskabsforhold. Kapitalandele tilhørende en tidligere ægtefælle til den nævnte personkreds og kapitalandele, som en nuværende ægtefælle til den nævnte personkreds har afstået før ægteskabets indgåelse, medregnes dog ikke. Endvidere medregnes kapitalandele, som tilhører eller har tilhørt selskaber, fonde m.v., hvorover den nævnte personkreds på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har eller har haft en bestemmende indflydelse.

2.1.2 Nærstående, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående
En personlig selskabsdeltager er en skattepligtig, der er omfattet af KSL § 1 eller DSKL § 1, jf. SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., og LL § 16 H, stk. 1, 1. pkt.

Nærstående er i henhold til SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., og LL § 16 H, stk. 2, 3. pkt., en ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold, jf. SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., og LL § 16 H, stk. 2, 4. pkt.[13]

2.2 Koncernforbundne efter LL § 2, stk. 1, nr. 3

Ved koncernforbundne juridiske personer forstås i henhold til ordlyden af LL § 2 »juridiske personer«, der kontrolleres af samme kreds af selskabsdeltagere. LL § 2 henviser ikke til KGL § 4, stk. 2, for så vidt angår en definition af de koncernforbundne selskaber. På baggrund af forarbejderne må det ikke desto mindre antages, at afgrænsningen af de koncernforbundne selskaber i LL § 2 er

13. Definitionen finder også anvendelse i relation til LL § 2, jf. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2460: »Som nærtstående anses efter ligningslovens § 16 H, stk. 1, den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold«.

sammenfaldende med principperne bag definitionen i KGL § 4, stk. 2.[14] I forarbejderne til LL § 2 anføres således:

> »De foreslåede regler omfatter endvidere skattepligtige, der er koncernforbundet med en juridisk person. Ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, der kontrolleres af samme kreds af aktionærer, jf. tilsvarende principperne i kursgevinstlovens § 4, stk. 2«.[15]

Det anføres endvidere, at afgrænsningen af de skattepligtige, der er omfattede af LL § 2, svarer til afgrænsningen i SKL § 3 B:

> »Afgrænsningen af de skattepligtige, der er omfattet af den foreslåede nye § 2 i ligningsloven, svarer til den afgrænsning af skattepligtige, der er foretaget i skattekontrollovens § 3 B, som indført ved lov nr. 131 af 25. februar 1998«.[16]

Af forarbejderne til sidste bestemmelse – SKL § 3 B – fremgår ligeledes, at udgangspunktet for, hvad der er koncernforbundne selskaber, er definitionen i KGL § 4, stk. 2.[17]

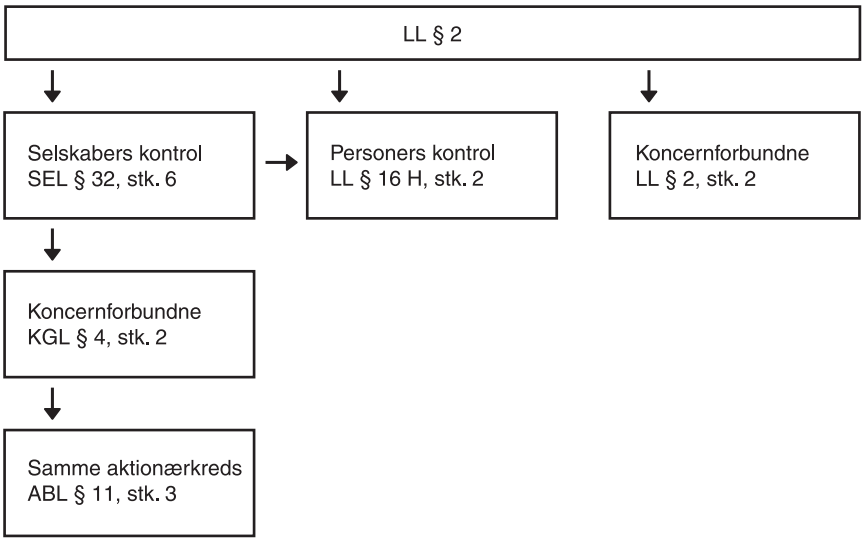
2.3 Sammenfatning

Bestemmelserne om kontrol i LL § 2 tager i alt væsentligt udgangspunkt i andre regler, herunder SEL § 32, LL § 16 H, KGL § 4 og ABL § 11. Ved bedømmelsen af, om kontrol foreligger efter LL § 2 om transfer pricing, henvises således til SEL § 32 og LL § 16 H, for så vidt angår definitionen af begrebet »kontrol«. Derudover findes i LL § 2, stk. 2, 2. pkt., en definition af begrebet »koncernforbundne selskaber«. SEL § 32 henviser dels til LL § 16 H, der omhandler personlige selskabsdeltagere og deres nærstående, dels til KGL § 4, stk. 2, der omhandler koncernforbundne selskaber. Endelig henvises i KGL § 4, stk. 2 til reglerne i ABL § 11, stk. 3, vedrørende begrebet »samme aktionærkreds«.[18] De

---

14. Ligeledes *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 66.
15. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2460 En enslydende formulering findes i bemærkningerne til den tilsvarende bestemmelse i SKL § 3 B, jf. Folketingstidende 1997-98 (1. samling), Tillæg A, sp. 1906. Se også nedenfor 2.5.2.
16. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2459.
17. Folketingstidende 1997-98 (1. samling), Tillæg A, s. 1906. Jf. også VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.3 og *Jakob Bundgaard*, Tynd kapitalisering, s. 109.
18. Se også om systematikken *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 368-369 og Transfer pricing, s. 62-63 samt *Mette Klingsten & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 77-78.

indbyrdes henvisninger kan – når der tages udgangspunkt i LL § 2 – illustreres ved følgende figur:



På baggrund heraf kan det konkluderes, at reglerne om kontrol i LL § 2 i alt væsentligt er baseret på de samme principper som reglerne om kontrol i SEL § 32 og LL § 16 H, og disse regler derfor utvivlsomt kunne være behandlet under et.[19] Heraf følger også, at retspraksis om kontrol og væsentlig indflydelse efter én af bestemmelserne alt andet lige vil have betydning for samtlige bestemmelser.

Hvis lovforslag nr. 126 af 14/1 2004, § 10, nr. 1, vedtages, vil dette blive ændret, idet LL § 2, stk. 2, i alt væsentligt udtømmende vil angive, hvornår en selskabsdeltager har »bestemmende indflydelse« på et selskab (Vedtaget som lov nr. 458 af 9/6 2004).[20] Den foreslåede ændring har alene teknisk karakter.

3. Om ejerskab og rådighed

Begreberne »ejerskab» og »rådighed» er centrale i LL § 2, al den stund det forudsættes, at selskabsdeltageren direkte eller indirekte har et vist ejerskab til kapitalandele eller en vis rådighed over stemmerettigheder.

---

19. Se også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 408 om FBL § 12 og SEL § 32.
20. Begrebet »kontrol« foreslås opgivet til fordel for begrebet »bestemmende indflydelse«.

Ved en analyse af LL § 2 er det derfor væsentligt at få fastlagt, dels hvad der forstås ved at være ejer eller have ejerskab (nedenfor 3.1) til kapitalandele, dels hvad der forstås ved at råde over eller at have rådighed (nedenfor 3.2) over stemmerettigheder. Der må endvidere tages stilling til, hvad det betyder, at det i reglerne om indirekte horisontal kontrol sammen med koncernforbundne selskaber, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående samt fonde og truste stiftet af disse m.fl. anføres, at selskabsdeltageren skal medregne kapitalandele og stemmerettigheder, »som ejes« af de pågældende, jf. SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., og at det i ABL § 11, stk. 3, anføres, at den personlige selskabsdeltager skal medregne kapitalandele og stemmerettigheder, der »tilhører« visse nærstående m.v. (nedenfor 3.3). Endelig redegøres for, om transparente selskaber kan anses for at være selskabsdeltagere (nedenfor 3.4).

3.1 Begrebet ejerskab

Det må indledningsvis slås fast, at der ikke er forskel på begreberne »ejer« og »ejerskab«. Ved definitionen af begrebet ejerskab henvises således i såvel LL § 2 som SKL § 3 B til det tilsvarende begreb »ejer«, i SEL § 32. Begreberne i KGL § 4, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3, må som følge af de indbyrdes henvisninger være i overensstemmelse hermed.

Det fremgår ikke af ovennævnte bestemmelser eller andetsteds af lovgivningen, hvad der forstås ved en ejer. Som ejer må derfor anses den, der har ejendomsret til kapitalandelene. Ejendomsretten anses normalt for at være retten til at råde over et aktiv med respekt af de grænser, der følger af lovgivningen og/eller aftaler om begrænsning af ejendomsretten.[21] Selvom ejendomsretten ikke er et klart defineret begreb, falder det uden for afhandlingens formål at søge dette nærmere afgrænset.[22]

3.2 Begrebet rådighed

En selskabsdeltager kan i medfør af LL § 2 kontrollere et selskab, fordi den pågældende har »rådighed« over en bestemt andel af stemmerettighederne i

---

21. Således *Anders Sandøe Ørsted*, Haandbog over den Danske og Norske Lovkyndighed, 3. bind, s. 507, *Henning Matzen*, Forelæsninger over den Danske Tingsret, s. 90, *Carl Goos*, Forelæsninger over den almindelige Retslære, 2. del, s. 194, *Carl Torp*, Dansk Tingsret ved *L.A. Grundtvig*, s. 127, *Vagn Carstensen* i Knud Illum, Dansk Tingsret, s. 30 og *W.E. von Eyben*, Formuerettigheder, s. 19. Cfr. *Frederik Vinding Kruse*, Ejendomsretten, 1. bind, s. 135, der anser den negative afgrænsning for at være ukorrekt med det argument, at den sammenblander ejendomsrettens indhold med ejendomsrettens genstand.
22. Se specifikt om selskabsdeltageren som »ejer« af et kapitalselskab *Jan Schans Christensen*, Kapitalselskaber, s. 92-93.

selskabet. Ved afgørelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne, lægges endvidere vægt på, hvilke stemmerettigheder den samme kreds af selskabsdeltagere »råder over«, jf. KGL § 4, stk. 2, nr. 2 og 4, eller »råder eller har rådet over«, jf. ABL § 11, stk. 3. Begreberne »råde over« og »rådighed« må være udtryk for det samme.

En nærmere redegørelse for, hvad der forstås ved rådighed, falder uden for emnets afgrænsning. Det skal alene bemærkes, at der efter Landsskatterettens praksis må foretages en konkret vurdering af, om en person råder over stemmerettigheder i et selskab, jf. TfS 2004, 166 LSR.

> I Landsskatterettens kendelse i sagen TfS 2004, 166 LSR er det således antaget, at begrebet rådighed kan fortolkes udvidende, således at det ikke alene omfatter de tilfælde, hvor en person formelt har rådighed over nogle stemmerettigheder, men også omfatter tilfælde, hvor en person i kraft af indflydelse over en anden person har rådighed over stemmerettigheder. Sagen omhandlede en person, D, der havde finansieret stiftelsen af et anpartsselskab ved at låne 125.000 kr. til C, som stiftede selskabet. Lånet var rente- og afdragsfrit, men skulle tilbagebetales efter skriftligt påkrav med mindst 1 måneds varsel. Det var endvidere aftalt, at lånet alene kunne indfries ved samtidig overdragelse af anparterne til nominel værdi af 125.000 kr. Ifølge låneaftalen kunne selskabet ikke pantsætte fast ejendom uden samtykke fra D. C var endvidere pligtig at oprette ægtepagt om fuldstændig særeje vedrørende dennes anparter i selskabet. Der skulle også tegnes en livsforsikring på C på 1 mio. kr. med D som begunstiget. D havde ret til udpege to af selskabets tre bestyrelsesmedlemmer og havde endelig når som helst ret til at opsige samarbejdet og overtage administrationen af selskabet. Under disse omstændigheder fandt Landsskatteretten med rette, at D måtte anses for at råde over mere end halvdelen af stemmerettighederne i selskabet.

I relation til reglerne om kontrol i LL § 2 må der derudover tages stilling til, hvorledes der skal forholdes, når rådigheden over stemmerettigheder er opnået som følge af pantsætning af kapitalandele eller når aktionæroverenskomster udvider eller begrænser rådigheden over stemmerettigheder.

Ved en *pantsætning* af kapitalandele beholder pantsætter de forvaltningsmæssige rettigheder til kapitalandlene, medmindre andet udtrykkeligt er aftalt.[23] I mangel af udtrykkelig aftale skal pantsætter derfor fortsat i relation til LL § 2 alt andet lige medregne stemmerettighederne på de pantsatte kapitalandele. Hvis der er truffet aftale om overdragelse af stemmerettighederne, skal de derimod medregnes hos panthaveren ved opgørelsen af, om panthaver har kontrol med selskabet i henhold til LL § 2.[24]

---

23. Se hertil UfR 1968, 766 H vedrørende stemmerettighederne.
24. Cfr. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 58, og

Reglen i KGL § 4, stk. 2, om koncernforbundne selskaber giver dog anledning til problemer når det skal vurderes, hvorvidt pantsatte stemmerettigheder skal medregnes hos panthaver eller pantsætter. Det anføres således i KGL § 4, stk. 2, sidste pkt.:[25]

> »Ved opgørelsen af stemmeandele ses bort fra stemmer, som alene er opnået ved stemmeretsoverdragelse i forbindelse med erhvervet sikkerhed i aktier«.[26]

I forarbejderne til bestemmelsen citeredes CIR nr. 134 af 29. juli 1992, pkt. 56-64.[27] Det anførtes heri:

> »Ved opgørelse af stemmeandele ses bort fra stemmer, som alene er opnået ved stemmeretsoverdragelse i forbindelse med erhvervet sikkerhed i aktier. Hvis et selskab har sikret et mellemværende med et andet selskab med pant i debitors aktier, anses selskaberne dermed ikke for koncernforbundne alene på grundlag af den stemmeret, som kreditor eventuelt har opnået i forbindelse med pantsætningen«.

Reglen i KGL § 4, stk. 2, sidste pkt., fraviger således klart reglen om, at stemmerettigheder skal medregnes, hvis selskabsdeltageren har rådighed over disse, uanset hvorledes denne rådighed er kommet selskabsdeltageren i hænde. Der kan således ikke være tvivl om, at panthaver som hovedregel må anses for at råde over de stemmerettigheder, der som følge af en pantsætning fuldt ud kan udnyttes af panthaver.

Det er umiddelbart vanskeligt at forklare, hvorfor der i relation til koncernbegrebet skal være en særlig begrænsning af den måde, hvorpå det afgøres, om en selskabsdeltager råder over stemmerettigheder. Årsagen hertil skal imidlertid findes i anvendelsesområdet for KGL § 4, stk. 2. Formålet med KGL § 4, stk. 2,

---

Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 76, som under henvisning til KGL § 4, stk. 2, uden videre antager, at der altid skal ses bort fra stemmerettigheder, som er opnået i forbindelse med erhvervet sikkerhed i kapitalandele. Se i øvrigt om pantsætning af kapitalandele *Jan Schans Christensen*, Kapitalselskaber, s. 142-143 og *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Lærebog i selskabsret II, s. 96. En panthaver, der har pant i anparter, skal inden 4 uger give anpartsselskabet meddelelse om sine panterettigheder, jf. anpartsselskabslovens § 16, stk. 2. Der kan ikke træffes aftale om overdragelse af forvaltningsmæssige rettigheder i forbindelse med en pantsætning, hvis det er i strid med vedtægtsbestemte forkøbsrettigheder, jf. UfR 1963.111 H og UfR 1994.234 H.

25. Det bemærkes, at den særlige regel i KGL § 4, stk. 2, ikke alene gælder for pantsætning, men også for enhver anden form for erhvervet sikkerhed i kapitalandele.
26. Formuleringen er enslydende med den tidligere KGL § 6 B, stk. 3, sidste pkt.
27. Se hertil Folketingstidende 1996-97, Tillæg A, s. 4073: »Skatteministeriets cirkulære nr. 134 af 29. juli 1992, pkt. 56-64 indeholder en gennemgang af bestemmelsen herunder koncernbegrebet og de undtagelser, der fastholder selskabers generelle fradragsret.«

sidste pkt., er at undgå, at f.eks. et pengeinstitut mister retten til at fradrage tab på en fordring på et selskab, alene fordi kapitalandelene i det pågældende selskab er pantsat til pengeinstituttet som sikkerhed for dets udlån til selskabet, jf. forarbejderne til ændringen af den tilsvarende bestemmelse i KGL § 6 B, stk. 3:

> »Selskaber får i visse tilfælde pant i aktier som sikkerhed for udlån. Specielt for pengeinstitutter og andre finansieringsvirksomheder er dette en sædvanlig fremgangsmåde til sikring af tilgodehavender. Afhængig af pantsætningens omfang og nærmere aftale om udøvelse af den til aktierne knyttede stemmeret, kan pantsætningen medføre, at kreditorselskabet kommer til at råde over mere end 50 pct. af stemmerne i debitorselskabet. Dette vil efter den gældende § 6 B i kursgevinstloven indebære, at kreditorselskabet anse for koncernforbundet med debitorselskabet med den virkning, at fremtidige tab hos kreditorselskabet på fordringer mod det omhandlede debitorselskab ikke kan fradrages.
>
> For ikke at forringe selskabers mulighed for at sikre sig ved pant eller anden sikkerhed i aktier foreslås det, at stemmer, som alene er opnået ved stemmeretsoverdragelse i forbindelse med erhvervet sikkerhed i aktier, ikke medregnes ved opgørelsen af sikredes stemmeandel i andre selskaber«.[28]

Bestemmelsen fører imidlertid også til, at det må overvejes,

- om der er tale om en generel grundsætning, der finder anvendelse ved afgørelsen af, om selskabsdeltager i henhold til LL § 2 kontrollerer et selskab,
- om retten til at bortse fra stemmerettigheder som følge af pantsætning alene har betydning ved vurderingen af, om to selskaber er koncernforbundne i henhold til KGL § 4, stk. 2, eller
- om der i det hele skal ses bort fra KGL § 4, stk. 2, 2. pkt., ved afgørelsen af, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab i henhold til LL § 2.

Ved afgørelsen må det tages i betragtning, at LL § 2 dels indeholder en selvstændig definition af, hvilke selskaber der er koncernforbundne, dels som følge af henvisningen til SEL § 32 og LL § 16 H indirekte henviser til definitionen af koncernforbundne selskaber i KGL § 4, stk. 2, og således ligeledes til begrænsningen i KGL § 4, stk. 2, sidste pkt.

I relation til LL § 2 må det antages, at den selvstændige definition af de koncernforbundne selskaber i LL § 2, stk. 2, sidste pkt., fortrænger den konkret begrundede begrænsning i KGL § 4, stk. 2, sidste pkt. To selskaber må derfor i

---

28. Folketingstidende 1991-92, Tillæg A, s. 5486-5487. Se også *I.A. Strobel*, SpO 1992, 146.

henhold til LL § 2 kunne anses for at være koncernforbundne som følge af, at en eller flere panthavere skal medregne stemmerettigheder, som de har fået rådighed over som følge af erhvervet sikkerhed i kapitalandele.[29]

En udvidelse eller begrænsning af rådigheden over stemmerettigheder kan bl.a. ske ved, at der foreligger en *aktionæroverenskomst*, jf. hertil forarbejderne til KGL § 4, stk. 2, der citerer CIR nr. 134 af 29. juli 1992, pkt. 56-64:[30]

> »Indflydelse, der overstiger 50 pct., kan f.eks. foreligge i forbindelse med aktionæroverenskomster«.[31]

Ved opgørelsen af en selskabsdeltagers kontrol på baggrund af stemmerettigheder må der endvidere tages hensyn til eventuelle særligt aftalte begrænsninger i stemmerettighederne. Er selskabsdeltagerens stemmerettigheder i selskabet f.eks. suspenderet, eller har selskabsdeltageren forpligtet sig til ikke at udnytte sine stemmerettigheder i selskabet eller et eller flere indskudte mellemselskaber, skal det indgå ved vurderingen af, om selskabsdeltageren direkte eller indirekte kontrollerer selskabet som følge af rådighed over stemmerettigheder.[32]

> Det kan diskuteres, om der, som forudsat i cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997 om international beskatning, pkt. 7.2.2.2, er hjemmel til at se bort fra stemmerettigheder, som en selskabsdeltager på grund af aftale eller andet ikke de facto kan udnytte. På den ene side kan anføres, at den pågældende fortsat råder over stemmerettighederne, uagtet disse ikke kan udnyttes. På den anden side kan det anføres, at rådigheden er illusorisk i relation til bestemmelserne om kontrol, medmindre stemmerettighederne faktisk kan udnyttes til at udøve denne kontrol. På baggrund af formålet med reglerne må det i cirkulæret anførte derfor tiltrædes. En selskabsdeltager kan ikke anses for at råde over stemmerettigheder, i det omfang denne rådighed ikke kan udnyttes til at afgive stemmer.

Begrænsninger i anvendelsen af stemmerettigheder kan f.eks. bero på en bestemmelse i selskabets vedtægter, hvori der er fastsat et såkaldt »stemmeloft«, således at alene en vis andel af stemmerne kan anvendes i en afstemning. De kapitalandele, som selskabsdeltageren råder over ud over det i vedtægterne aftalte stemmeloft, betegnes i selskabsretten som overtallige aktier, uanset at der

---

29. Anderledes VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.2.2.
30. Se hertil Folketingstidende 1996-97, Tillæg A, s. 4075. Jf. også *Gitte Skouby*, *Jytte Hjorth & Peter Nellemann*, Kursgevinstloven med kommentarer, s. 54.
31. CIR nr. 134 af 29. juli 1992, pkt. 60, jf. Folketingstidende 1996-97, Tillæg A, s. 4075.
32. Jf. også *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 410 og *Anja Svendgaard*, Frivillig og tvungen sambeskatning, s. 63-64. Se endvidere eksemplet i cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997 om international beskatning, pkt. 7.2.2.2.

formelt er knyttet en stemmerettighed til disse, og skal ikke medregnes ved opgørelsen af, om selskabsdeltageren anses for at kontrollere selskabet.[33]

En begrænsning i anvendelsen af stemmerettigheder følger også i de situationer, hvor selskabsdeltageren er indehaver af såkaldte navneaktier, men hverken har anmeldt sin erhvervelse af aktierne til aktiebogen eller har anmeldt og dokumenteret sin erhvervelse over for selskabet. Selskabsdeltageren er da afskåret fra at håndhæve de rettigheder, der er knyttet til navneaktierne, herunder retten til at stemme på disse, jf. aktieselskabslovens § 27. Stemmerettighederne må derfor heller ikke skulle medregnes ved opgørelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer selskabet.

Det kan i et selskabs vedtægter bestemmes, at der ikke kan udøves stemmeret på aktier, som er erhvervet ved overdragelse, hvis afstemningen finder sted på en generalforsamling, der har været indkaldt inden den selskabsdeltager, som har erhvervet aktierne ved overdragelse, har noteret sin erhvervelse i aktiebogen eller anmeldt og dokumenteret denne til selskabet, jf. aktieselskabslovens § 67, stk. 2. Denne såkaldte »kupregel« skal i begrænset omfang sikre mod overraskelser på en generalforsamling i form af, at en hidtil ukendt selskabsdeltager møder op med en bestemmende indflydelse. Den erhvervede aktiepost anses dog som repræsenteret på generalforsamlingen, selv om stemmeretten ikke kan udnyttes, dersom aktierne forud for generalforsamlingen er noteret i aktiebogen, eller selskabsdeltageren har anmeldt og dokumenteret sin erhvervelse.[34] I relation til bestemmelsen om kontrol i LL § 2 må »kupreglen« respekteres, al den stund en sådan er fastsat i selskabets vedtægter. Stemmerettigheder, der som følge af denne regel ikke kan anvendes, kan ikke medregnes ved opgørelsen af, om selskabsdeltageren anses for at kontrollere selskabet.

Bestemmelsen i aktieselskabslovens § 67, stk. 3, hvorefter et selskab ikke kan stemme på egne aktier, og der heller ikke kan stemmes på aktier i selskabet, som ejes af dets datterselskaber, må også respekteres i relation til reglerne om kontrol i LL § 2.[35] Ved vurderingen af, om selskabsdeltageren kontrollerer selskabet, lægges der således alene vægt på selskabsdeltagerens aktuelle ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder i selskabet. Et selskabs ejerskab til egne kapitalandele og såkaldt cross-holding – hvor to selskaber ejer hinandens kapitalandele – medregnes ikke.[36] Ved opgørelsen af, hvor mange stem-

---

33. Jf. *Jan Schans Christensen*, Kapitalselskaber, s. 155-156 og *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Lærebog i selskabsret II, s. 257-258.
34. Se hertil *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Lærebog i selskabsret II, s. 260-261.
35. Jf. også VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.2.2 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 58. Se nærmere om bestemmelsen *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Lærebog i selskabsret II, s. 260.
36. Jf. også *Anja Svendgaard*, Frivillig og tvungen sambeskatning, s. 58. Se om cross holding og

merettigheder selskabsdeltageren råder over i selskabet, må der endvidere bortses fra de stemmerettigheder, som selskabet selv råder over.[37] Selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder skal således sættes i forhold til samtlige stemmerettigheder, når bortses fra de stemmerettigheder, som selskabet selv råder over, jf. også TfS 1992, 99 SKM.

> Skatteministeriet udtalte i denne sag om opgørelse af stemmerettighederne i henhold til ABL § 11, stk. 1, at stemmerettighederne skal opgøres på grundlag af den samlede stemmeværdi af kapitalandele, der ikke ejes af selskabet. Der blev herved henset til, at stemmerettigheder i ABL's forstand forstås i overensstemmelse med aktieselskabsloven § 67, stk. 3, hvorefter der ikke kan stemmes på et selskabs beholdning af egne aktier.

Begrænsning i adgangen til at anvende stemmerettigheder forekommer også i de situationer, hvor en selskabsdeltager er inhabil, jf. hertil aktieselskabslovens § 67, stk. 4. Efter denne bestemmelse kan en selskabsdeltager ikke udnytte sine stemmer ved afstemningen på en generalforsamling vedrørende et søgsmål mod selskabsdeltageren selv eller om selskabdeltagerens eget ansvar over for selskabet og heller ikke om søgsmål mod andre eller andres ansvar, hvis selskabsdeltageren deri har en væsentlig interesse, der kan være stridende mod selskabets.[38] Denne bestemmelse kan imidlertid ikke have betydning for, om selskabsdeltageren kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på selskabet i henhold til LL § 2. Dette er en følge af, at begrænsningen i stemmerettighederne alene rammer den situation, hvor der stemmes om selskabsdeltagerens ansvar over for selskabet eller om et ansvar for andre, hvor selskabsdeltageren har en væsentlig interesse i spørgsmålet. I de tilfælde, der har betydning for spørgsmålet om allokering eller fiksering af indkomst, er den pågældende derimod alt andet lige ikke inhabil.

I de tilfælde, hvor stemmeretten på kapitalandele ikke kan udnyttes, må andre selskabsdeltageres stemmerettigheder opgøres i forhold til de samlede stemmerettigheder, som kan udnyttes.[39]

---

egne kapitalandele *Jan Schans Christensen*, Ledelse & Aktionærer, s. 59 og Kapitalselskaber, s. 341-352.

37. Ligeledes *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 76.
38. Jf. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Lærebog i selskabsret II, s. 262.
39. Jf. også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 63 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner. s. 51.

3.3 Om indirekte horisontal kontrol

De lovhjemlede regler om interessefællesskab mellem selskab og selskabsdeltager forudsætter som nævnt, at selskabsdeltageren enten ejer et vist antal kapitalandele i selskabet eller råder over et vist antal stemmerettigheder. Dette gælder i relation til såvel direkte kontrol som indirekte vertikal kontrol, jf. formuleringen i LL § 2, stk. 2:

> »Ved kontrol forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder som nævnt i selskabsskattelovens § 32, stk. 6, 1. pkt., og § 16 H, stk. 2, 2. pkt., dog således at der *direkte eller indirekte* skal *ejes* mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller *rådes* over mere end 50 pct. af stemmerne«.[40]

I modsætning hertil anføres det for så vidt angår den indirekte horisontale kontrol i SEL § 32, stk. 6, 2. pkt. – hvortil LL § 2 som nævnt ovenfor henviser[41] – at selskabsdeltageren skal medregne kapitalandele og stemmerettigheder,

> »… *som ejes af* koncernforbundne selskaber, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 2, eller af en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, nærtstående m.v. eller af fonde eller truste stiftet af disse«.[42]

I ABL § 11, stk. 3, som LL § 2 indirekte henviser til,[43] anføres endvidere, at den personlige aktionær ved opgørelsen af sine kapitalandele og stemmerettigheder skal medregne kapitalandele,

> »… der samtidig *tilhører* eller *har tilhørt* den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer«.[44]

---

40. Fremhævet her.
41. Se ovenfor 2.1 og 2.3.
42. Fremhævet her.
43. Se ovenfor 2.1.1 og 2.3.
44. Fremhævet her. I ABL § 11, stk. 3, anføres endvidere, at der skal »… medregnes *aktier*, der samtidig tilhører …«, cfr. stemmerettigheder. Det fremgår imidlertid klart af bestemmelsen, at selskabsdeltageren ikke alene skal medregnes kapitalandele (aktier), der tilhører nærstående m.v., men også stemmerettigheder, som tilhører nærstående m.v. Det anføres således udtrykkeligt i ABL § 11, stk. 3, at de pågældende »aktier« skal medregnes ved afgørelsen, om den skattepligtige ejer en bestemt andel af kapitalandelene og råder over en bestemt andel af stemmerettighederne.

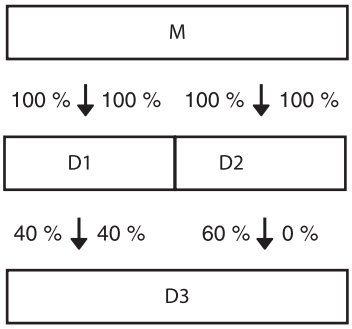
Spørgsmålet er herefter, om de to sidstnævnte bestemmelser skal fortolkes således, at såvel kapitalandele som stemmerettigheder skal medregnes efter samme regler, som gælder for direkte og indirekte vertikal kontrol, dvs. på baggrund af ejerskab og rådighed, eller om begreberne »som ejes af« og »tilhører« skal fortolkes således, at stemmerettigheder alene skal medregnes, hvis de ejes af eller tilhører de pågældende koncernforbundne, personlige selskabsdeltagere, nærstående og fonde m.v., uanset om de pågældende har rådighed over stemmerettighederne.

Ud fra en snæver sproglig fortolkning er det første resultat det korrekte. Kapitalandele og stemmerettigheder skal således alene medregnes, hvis de ejes af eller tilhører – hvilket må være det samme som ejerskab – et af de koncernforbundne selskaber, personlige selskabsdeltagere eller nærstående m.v., uanset om de råder over stemmerettighederne eller ej. Reglen om, at kontrol og væsentlig indflydelse ved hjælp af stemmerettigheder opgøres på baggrund af rådigheden til disse, synes således at være sat ud af kraft for så vidt angår disse bestemmelser om indirekte horisontal kontrol.

På den anden side er bestemmelserne aldrig i teori eller praksis blevet fortolket på denne måde. Det må således antages, at der ved opgørelse af den indirekte horisontale kontrol i SEL § 32, stk. 6, og ved opgørelse af den indirekte horisontal kontrol i ABL § 11, stk. 3, lægges vægt på, om de pågældende koncernforbundne selskaber, personlige selskabsdeltagere og nærstående m.v. ejer kapitalandele eller råder over stemmerettigheder. Dette sidste resultat er i overensstemmelse med reglerne om indirekte horisontal kontrol sammen med nærstående i LL § 16 H, stk. 2, hvor der udtrykkeligt lægges vægt på, hvilke kapitalandele de nærstående ejer, og hvilke stemmerettigheder de råder over. Til støtte for denne fortolkning af reglerne om indirekte horisontal kontrol i SEL § 32, stk. 6, og ABL § 11, stk. 3, kan endelig anføres, at det modsatte resultat ville føre til uhensigtsmæssige resultater, jf. f.eks. nedenstående eksempel:

> Moderselskabet, M, ejer og råder over 100 pct. af stemmerettighederne i hvert af mellemselskaberne D1 og D2. D1 råder over og ejer 40 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet D3. D2 ejer de andre 60 pct. af stemmerettighederne i D3, men råder ikke over disse. Rådigheden til disse stemmerettigheder tilkommer en tredjemand, der ikke har forbindelse til de nævnte selskaber.
>
> Fortolkes SEL § 32, stk. 6 – og dermed også ABL § 11, stk. 3 – således, at D1 skal medregne de stemmerettigheder, som D2 ejer, uanset at D2 ikke råder over disse, vil D1 og D2 i fællesskab blive anset for at kontrollere D3. M vil derimod ikke blive anset for at kontrollere D3, idet M ikke i kraft af sin indirekte vertikale kontrol har rådighed over mere

end 50 pct. af stemmerettighederne i D3.[45] Når det øverste moderselskab i hierarkiet ikke anses for at kontrollere D3 på trods af, at det fuldt ud kontrollerer begge mellemselskaber, må dette så meget desto mere gælde for de indskudte mellemselskaber D1 og D2.



Det må herefter antages, at SEL § 32, stk. 6, og ABL § 11, stk. 3, skal fortolkes således, at den indirekte horisontale kontrol med stemmerettigheder opgøres på baggrund af rådigheden til stemmerettighederne, uanset det i bestemmelserne anføres, at der skal medregnes stemmerettigheder »som ejes af« eller »tilhører« de pågældende koncernforbundne selskaber, personlige selskabsdeltagere og nærstående m.v.

3.4 Om skattemæssigt transparente selskaber som selskabsdeltagere

En selskabsdeltager kan som nævnt ovenfor være en hvilken som helst fysisk eller juridisk person, der kan eje kapitalandele, eller som kan råde over stemmerettigheder, herunder f.eks. en person, et kapitalselskab, en fond, en forening, et interessentskab, eller et kommanditselskab.

Særligt vedrørende sidstnævnte typer af selskaber – interessentskaber og kommanditselskaber – der i skattemæssig henseende er transparente, opstår et spørgsmål om, hvorvidt disse skal anses for at være en »fysisk eller juridisk person« således som begrebet anvendes i LL § 2, eller om de kapitalandele, som selskabet måtte eje, ved opgørelsen af den skattemæssige kontrol i stedet skal medregnes hos de fysiske eller juridiske personer, som er interessenter, kommanditister eller komplementarer. Dette kan have væsentlig betydning f.eks. i et tilfælde, hvor et interessentskab ejes af fire interessenter med 1/4 del til hver, og interessentskabet ejer samtlige kapitalandele i et kapitalselskab, f.eks. et aktieselskab. Antages det, at interessentskabet er en »fysisk eller juridisk« person, der kan eje kapitalandelene i aktieselskabet, er transaktioner mellem interessentska-

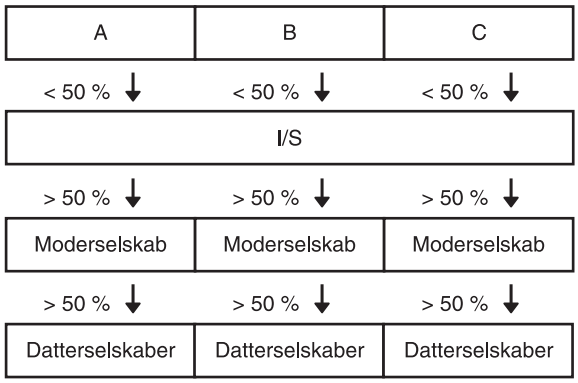
45. Se nedenfor 5.3 om opgørelse af den indirekte vertikale kontrol.

bet og aktieselskabet omfattet af LL § 2. Antages det derimod, at interessentskabet på grund af dets skattemæssige transparens ikke kan eje kapitalandelene i aktieselskabet, må disse i stedet anses for at være ejede af interessentskabets ejere. Da ingen selskabsdeltager herefter ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i aktieselskabet – eller råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne – vil transaktioner mellem interessentskabet og aktieselskabet ikke være omfattet af LL § 2.

Ligningsrådet har i TfS 1999, 976 LR haft lejlighed til at tage stilling til dette spørgsmål i relation til bestemmelsen i SKL § 3 B.

> Sagen omhandlede tre aktieselskaber, A, B og C, der havde stiftet et interessentskab (I/S). Ingen af interessenterne ejede mere end halvdelen af interessentskabets formue, og ingen interessent havde afgørende indflydelse på interessentskabet. Sidstnævnte havde et repræsentantskab med 30 stemmeberettigede, hvoraf hvert selskab udpegede 10 repræsentanter. I dets øverste ledelse (Management Team) fandtes endvidere ledere for selskabernes divisioner og stabe. Der fandtes efter det oplyste ikke stemmeaftaler eller lignende mellem interessenterne.
>
> Interessentskabet drev virksomhed i de lande, hvor A, B og C var hjemmehørende. Et af selskaberne (A) var hjemmehørende i Danmark, og de to andre i udlandet.[46]
>
> Interessentskabet ejede en række koncerner med hver sit moderselskab, der var registreret i ét af de tre lande, hvor interessenterne var hjemmehørende.[47] Det blev oplyst, at »Det juridiske ejerskab til aktierne i alle underkoncernselskaberne ligger hos moder-konsortiet«, dvs. at interessentskabet i juridisk henseende ejede samtlige kapitalandele i den underliggende koncerns moderselskaber.[48] Selskabernes indbyrdes forhold kan grafisk illustreres på følgende måde:

46. Ifølge *Jens Wittendorff*, SR-Skat 2000, 193 i henholdsvis Norge og Sverige.
47. Ifølge *Jens Wittendorff*, SR-Skat 2000, 193 ejede interessentskabet et moderselskab i henholdsvis Danmark, Norge og Sverige, som ejede selskaber i flere lande, herunder i de skandinaviske lande.
48. Idet moder-konsortiet er det samme som interessentskabet.



Ligningsrådet nåede – ligesom selskabets repræsentant, den kommunale skattemyndighed og Told- og Skattestyrelsen – frem til, at grænseoverskridende transaktioner mellem interessentskabet og de selskaber, som det ejede, ikke var omfattet af SKL § 3 B. Til støtte herfor anførtes:

> »Efter det af revisor oplyste kan det lægges til grund, at moder-konsortiet har status som et interessentskab, der undergives beskatning hos de enkelte deltagere. Interessentskaber er efter dansk skatteret ikke undergivet selvstændig skattepligt. På den baggrund er Told- og Skattestyrelsen enig med revisor og X Kommune i, at der ikke er 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 er derfor ikke omfattet af oplysnings- og dokumentationsforpligtelserne i skattekontrollovens § 3 B«.

Denne argumentation forekommer ikke umiddelbart overbevisende. For det første er der hverken i SKL § 3 B eller for den sags skyld i de øvrige lovhjemlede bestemmelser om kontrol krav om, at selskabsdeltageren skal være en »juridisk person«. Det anføres således udtrykkeligt i SKL § 3 B, at også »fysiske« personer kan anses for at kontrollere juridiske personer. Interessentskabet kan derfor ikke frakendes status som selskabsdeltager ud fra en kategorisk henvisning til, at det ikke er en juridisk person. I den forbindelse må det understreges, at spørgsmålet om, hvorvidt et interessentskab kan anses for at være en juridisk person, er omdiskuteret.

For det andet er det for så vidt angår spørgsmål om »ejerskab« og »rådighed« til stemmerettigheder ukorrekt, når det anføres, at interessentskabet ikke er en

juridisk person.[49] Interessentskabet kan netop på dette område have en ejers rettigheder til de kapitalandele, som det ejer, og en råders rettigheder over de stemmerettigheder, som det råder over. Dette sidste blev da også anerkendt af selskaberne selv, eftersom det klart blev oplyst, at det juridiske ejerskab til kapitalandelene var placeret i interessentskabet.

Når der i lovgivningen udtrykkeligt henvises til »fysiske« og »juridiske« personer, kan der i øvrigt ikke ses bort herfra med den begrundelse, at selskabet i skattemæssig henseende er transparent. Denne skatteretlige særegenhed betyder blot, at selskabet ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst ikke beskattes som et selvstændigt retssubjekt, selvom det på andre områder må karakteriseres som en »juridisk person« og/eller som et selvstændigt retssubjekt.[50] Der er så vidt ses ikke i forarbejderne til LL § 2 eller SKL § 3 B holdepunkter for at antage, at begreberne »fysiske« og »juridiske« personer alene tager sigte på fysiske og juridiske personer, der er selvstændige skattesubjekter. Selve den skattemæssige transparens synes heller ikke at kunne begrunde resultatet. Selvom interessentskabet ikke skal beskattes af et eventuelt overskud hidrørende fra de kontrollerede transaktioner, er det ikke udelukket at forhøje de enkelte interessenters indkomst i henhold til LL § 2 med en forholdsmæssig del af den fikserede indkomst på baggrund af regnskabsmæssig forhøjelse af interessentskabets indkomst.[51]

For det tredje kan det ikke til støtte for afgørelsen gøres gældende, at ingen af interessenterne havde afgørende indflydelse på interessentskabet, og at de derfor ikke kunne antages at kontrollere andre selskaber. Det samme argument ville i givet fald også kunne anføres for så vidt angår store børsnoterede selskaber, der som følge af deres store kreds af selskabsdeltagere ikke kontrolleres af nogen enkeltstående selskabsdeltager. Sådanne moderselskaber – der utvivlsomt er omfattet af begrebet »juridiske« personer – kan ikke påberåbe sig, at de ikke kan kontrollere mellem- og datterselskaber, fordi moderselskabet selv ikke kontrolleres af én enkelt selskabsdeltager eller samme kreds af selskabsdeltagere. Når først en eventuel uenighed i moderselskabet er afklaret, agerer dette som én juridisk person med én stemme. Det samme kan gøre sig gældende i et interessentskab, der – når først interessenterne eller et flertal af disse er blevet

---

49. Anderledes VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.4.3, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 391, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 71, *Jakob Bundgaard*, Tynd kapitalisering, s. 93-94 og *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 411.
50. Se også om juridiske personer som retssubjekter *Jan Schans Christensen*, Kapitalselskaber, s. 29-31.
51. Den enkelte interessent vil som følge af den særlige indkomstopgørelse for interessentskaber ikke nødvendigvis få ændret sin indkomstopgørelse med samme nominelle beløb som de andre interessenter.

enige – i relation til de selskaber, som interessentskabet ejer, virker som én juridisk enhed, der taler med én stemme.

Det kan på den anden side ikke afvises, at interessenternes aftalte kan være indrettet på en sådan måde, at interessentskabet ikke kan udnytte sine stemmerettigheder som én juridisk person, f.eks. fordi hver interessent kan stemme på en forholdsmæssig del af stemmerettighederne i tilfælde af uenighed mellem interessenterne. I et sådant tilfælde kan interessentskabet næppe anses for at råde over stemmerettighederne. I den foreliggende sag var der imidlertid ingen oplysninger, der tydede på, at interessentskabet ikke ville kunne udnytte sine stemmerettigheder, når først et flertal af interessenterne – på samme måde som selskabsdeltagere i et kapitalselskab – var blevet enige om, hvorledes stemmerettighederne skulle udnyttes.[52]

Hvis det antages, at et interessentskab ikke kan kontrollere »juridiske personer«, jf. LL § 2, stk. 1, nr. 2, er det i øvrigt ikke tilstrækkeligt at undersøge, om interessenterne i stedet kontrollerer den eller de pågældende juridiske personer. Årsagen hertil er, at transaktioner mellem selve interessentskabet og de »juridiske personer«, som interessentskabet ikke anses for at kontrollere, ikke vil være omfattet af LL § 2, uanset interessenterne anses for at kontrollere de »juridiske personer«. LL § 2 vil da alene omfatte de transaktioner, som foregår mellem de enkelte interessenter og de »juridiske personer«. Ved anvendelsen af LL § 2 må der således som følge af kravet om »kontrollerede transaktioner« sondres mellem på den ene side interessenterne og på den anden side interessentskabet.

Det er derfor tvivlsomt, om Ligningsrådets afgørelse i TfS 1999, 976 LR kan anses for at være gældende ret, idet et interessentskab alt andet lige på lige fod med andre selskabsdeltagere i sig selv må kunne anses for at kontrollere et selskab som følge af ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder.[53] Noget andet er, at ingen af interessenterne kunne anses for at kontrollere interessentskabet, og at ingen af interessenterne derfor kunne anses for indirekte at kontrollere de moderselskaber, som interessentskabet ejede, eller for den sags skyld deres datterselskaber.

At et interessentskab kan være ejer af kapitalandele, er så vidt ses også forudsat af Lands-

---

52. Det deklaratoriske udgangspunkt for ledelsen af et interessentskab er i øvrigt, at der kræves enstemmighed blandt interessenterne for at kunne træffe beslutninger, der vil binde interessentskabet. Dette udgangspunkt finder i hvert fald anvendelse for mindre og mellemstore interessentskaber, men kan formentlig fraviges for større interessentskaber, jf. også *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Introduktion til selskabs- og foreningsretten, s. 140-141.
53. Cfr. *Jens Wittendorff*, SR-Skat 2000, 193 og *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 411, men jf. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Dansk selskabsret 3, s. 194-214.

skatteretten i TfS 2003, 44 LSR, hvor det bl.a. blev anført, at ingen af parterne – herunder så vidt ses heller ikke interessentskabet – havde kontrol over den anden part.[54]

4. Direkte kontrol

4.1 Indledning

I henhold til LL § 2 anses en selskabsdeltager for at kontrollere et selskab, hvis selskabsdeltageren direkte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i et selskab eller direkte råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i selskabet.

I det følgende behandles først reglerne om direkte kontrol på baggrund af ejerskab til kapitalandele (nedenfor 4.2) og dernæst reglerne om direkte kontrol som følge af rådighed over stemmerettigheder (nedenfor 4.3). Endelig redegøres for, om kontrol kan etableres som følge af en sammenblanding af ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder (nedenfor 4.4).[55]

4.2 Ejerskab til kapitalandele

Efter LL § 2 anses en selskabsdeltager for at kontrollere et selskab, såfremt den pågældende ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i selskabet.[56] Fra retspraksis kan henvises til sagerne TfS 2001, 944 LR og TfS 2001, 450 LR.[57]

TfS 2001, 944 LR: I forbindelse med en omstrukturering af en koncern påtænktes aktierne i et selskab, A, der var registreret og hjemmehørende i et skattely, overdraget til det danske selskab B. Ved besvarelsen af, om A og B ville blive undergivet tvungen sambeskatning i henhold til SEL § 32, blev det lagt til grund, at kravet om kontrol eller væsentlig indflydelse

54. Se om sagen nedenfor VIII, 4.2.
55. Hvor intet andet er anført forudsættes det i *alle* eksemplerne, at stemmerettighederne følger kapitalandelene.
56. Jf. også VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.2.3.
57. Se også TfS 1992, 563 Ø om ejertidsfradrag ved afståelse af aktier og anparter efter lov om særlig indkomstskat § 6 A, stk. 5. Efter denne bestemmelse blev et sådant fradrag ikke indrømmet, når den ene af parterne i overdragelsen på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse havde haft en bestemmende indflydelse på den anden parts handlemåde. Skatteministeriet tog bekræftende til genmæle for Østre Landsret, idet landsretten havde tilkendegivet, at en dom ville gå Skatteministeriet imod, da skatteyderens besiddelse af 50 pct. af anpartskapitalen ikke ville kunne forhindre, at den anden anpartshaver sammen med formanden for bestyrelsen traf beslutning om selskabets anliggender mod hans ønske. Skatteyderen havde derfor ikke bestemmende indflydelse. Jf. om afgørelsen *Ole Bjørn*, SR-Skat 1995, 364.

var opfyldt. Ud fra det oplyste må det antages, at B ville komme til at eje samtlige kapitalandele i A.

TfS 2001, 450 LR: En udenlandsk virksomhed, V, blev drevet gennem et selskab, der svarede til et dansk kommanditselskab. En af komplementarerne i V var et børsnoteret udenlandsk selskab, B. B ville etablere et dansk mellemselskab, H, som skulle have til formål at være holdingselskab for et udenlandsk datterselskab, U. Ved besvarelsen af, om H og U skulle undergives tvungen sambeskatning, blev det lagt til grund, at kravet om kontrol eller væsentlig indflydelse i SEL § 32 var opfyldt. På baggrund af det oplyste må det antages, at U ville blive et 100 pct. ejet selskab af H.

Forholdet kan med matematiske principper udtrykkes som $\mathbf{M \rightarrow D \geq 1/2}$, hvor $M \rightarrow D$ er en indikator for, hvor mange af selskabets kapitalandele, selskabsdeltageren ejer udtrykt som en brøk af samtlige de kapitalandele, der skal medregnes ved opgørelsen af selskabsdeltagerens ejerandel.

Ejer selskabsdeltageren 50 pct. eller færre af kapitalandelene, anses den pågældende ikke for at kontrollere selskabet. Fra retspraksis kan henvises til sagen TfS 2003, 500 LSR, hvor selskabsdeltagerne ikke havde kontrol med selskabet, idet de hver kun ejede 24 pct. af anpartskapitalen,[58] og til TfS 2003, 44 LSR, hvor deltagerne i et interessentskab, D og E, der havde solgt interessentskabets virksomhed til et aktieselskab, ikke kontrollerede aktieselskabet, der ejedes af E, F og I.[59]

TfS 2003, 44 LSR: Selskabet A A/S ejedes af F ApS med 37,5 pct., G ApS med 37,5 pct. og H ApS med 25 pct. Samtlige disse selskaber var 100 pct. ejede af henholdsvis E, F og I. B I/S ejedes af D og E med halvdelen hver. Landsskatteretten udtalte, at salget af virksomheden i B I/S til A A/S ikke var omfattet af LL § 2, stk. 1, idet A A/S ikke kontrolleredes af B I/S, og idet selskaberne ikke kunne være koncernforbundne, da B I/S var et interessentskab.

Ved opgørelsen af, om selskabsdeltageren direkte har kontrol med selskabet, ses bort fra selskabets ejerskab til egne kapitalandele.

Ved bedømmelsen af, om et moderselskab har direkte kontrol med et datterselskab som følge af ejerskab til kapitalandele, er det uden betydning, om moderselskabets selskabsdeltagere indirekte kontrollerer datterselskabet. Moderselskabet kan derfor have direkte kontrol med datterselskabet som følge af

---

58. Det var ikke i sagen oplyst, om stemmefordelingen fulgte fordelingen af kapitalandele. Se om sagen nedenfor VIII, 6.3 og XVIII, 3.3.1.
59. Jf. også *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 91-92.

ejerskab til kapitalandele, selvom moderselskabets selskabsdeltagere hverken har direkte eller indirekte kontrol med moderselskabet eller datterselskabet.[60]

4.3 Rådighed over stemmerettigheder

I henhold til LL § 2 anses kravet om kontrol for at være opfyldt, hvis selskabsdeltageren direkte råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i selskabet.[61]

En selskabsdeltager anses derfor ikke for at kontrollere et selskab, for så vidt selskabsdeltageren alene råder over præcis 50 pct. af stemmerettighederne. Selskabsdeltageren skal råde over det absolutte flertal af stemmerettighederne, dvs. mere end 50 pct. Hvis to selskabsdeltagere råder over hver halvdelen af stemmerne i et selskab, anses ingen af selskabsdeltagerne således for at kontrollere dette som følge af rådighed over stemmerettigheder. Årsagen hertil er, at ingen af selskabsdeltagerne har en dominerende indflydelse, når stemmetallet er lige. Det er således også i dansk selskabsret antaget, at et forslag på en generalforsamling i et aktie- eller anpartsselskab alt andet lige ikke kan anses for at være vedtaget, hvis stemmerne står lige.[62]

Kravet om rådighed over stemmerettigheder kan med matematiske principper udtrykkes som grundsætningen **M~D ≥ 1/2**, hvor M~D er udtryk for, hvor stor en andel af stemmerettighederne i selskabet, selskabsdeltageren råder over, opgjort som en brøkdel af alle de stemmerettigheder, der skal medregnes ved opgørelsen af selskabsdeltagerens procentuelle andel.

Ved opgørelsen af, om selskabsdeltageren direkte har kontrol med selskabet, ses bort fra selskabets rådighed over egne stemmerettigheder.

Et moderselskab vil i øvrigt have direkte kontrol med et datterselskab som følge af rådighed over stemmerettigheder, selvom moderselskabets selskabsdel-

---

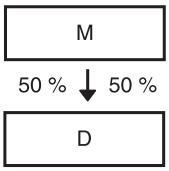
60. Se også nedenfor 5.2.
61. Se også CIR nr. 135 af 2/9 1999 om international beskatning af udbytter og aktieavancer m.v. pkt. 7.2.1 og VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.2.3. Efter dansk ret skal en differentiering af stemmerettighederne i et aktieselskab ske ved opdeling af aktierne i såkaldte aktieklasser. Vedtægterne skal angive forskellene mellem aktieklasserne, størrelsen af disse og eventuelle begrænsninger i fortegningsretten til nye aktiver ved forhøjelse af aktiekapitalen, jf. ASL § 4, stk. 2, nr. 3 og § 17. I et anpartsselskab giver anparterne lige ret i selskabet i forhold til deres størrelse, medmindre andet er bestemt i vedtægterne, jf. ApSL § 5, nr. 5, og § 14.
62. Jf. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Lærebog i selskabsret II, s. 264. I henhold til aktieselskabslovens § 77 skal valg afgøres ved lodtrækning, medmindre vedtægterne bestemmer andet. En selskabsdeltager, som alene råder over halvdelen af stemmerettighederne, vil i disse tilfælde have 50 pct. chance for at kunne udøve en bestemmende indflydelse på selskabet.

tagere hverken har direkte eller indirekte kontrol med moderselskabet eller datterselskabet.

4.4 Ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder

Der er ovenfor redegjort for, hvornår selskabsdeltageren anses for at kontrollere et selskab som følge af ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder. Det er imidlertid ikke hermed afgjort, hvorledes der skal forholdes, når selskabsdeltageren isoleret set hverken kontrollerer selskabet som følge af ejerskab til kapitalandele eller som følge af rådighed over stemmerettigheder, men ville blive anset for at kontrollere selskabet, hvis både de økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder blev taget i betragtning under ét.

Eksempel: Selskabsdeltageren ejer 50 pct. af kapitalandelene i selskabet D uden at råde over de til kapitalandelene hørende stemmerettigheder. Selskabsdeltageren råder derudover over de 50 pct. af stemmerettighederne, der hører til de andre 50 pct. af kapitalandelene, som selskabsdeltageren ikke ejer.



I ovenstående eksempel anses selskabsdeltageren hverken for at kontrollere selskabet som følge af ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder. Hvis ejerskabet til kapitalandelene derimod sammenlægges med rådigheden over stemmerettigheder vil selskabsdeltageren derimod blive anset for at kontrollere selskabet. En sådan addition af ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder har imidlertid ikke hjemmel i LL § 2 eller de til bestemmelsen hørende fortolkningsbidrag. I ovennævnte eksempel må det derfor konkluderes, at selskabsdeltageren ikke kontrollerer selskabet.

4.5 Sammenfatning

Kontrol kan som nævnt ovenfor foreligge i form af direkte ejerskab til kapitalandele *eller* direkte råden over stemmerettigheder. Det må imidlertid overvejes, om der er behov for både en regel om kontrol som følge af ejerskab til kapitalandele og for en regel om kontrol som følge af råden over stemmerettigheder.

Det forekommer umiddelbart rimeligt at antage, at der kan være behov for

regler om kontrol som følge af ejerskab til kapitalandele og råden over stemmerettigheder i alle de tilfælde, hvor selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele ikke følges af en tilsvarende rådighed over stemmerettigheder eller vice versa. Behovet opstår i alle de tilfælde, hvor selskabet kontrolleres på baggrund af kapitalandele, men ikke på baggrund af stemmerettigheder.

Det ovenfor anførte kan bevises ved følgende matematisk udsagn: Kontrol foreligger, hvor selskabsdeltageren kontrollerer selskabet som følge af, at ejerskabet til kapitalandele (M→D) eller rådigheden over stemmerettigheder (M~D) er større end (>) den fastsatte procentuelle værdi (X), dvs. hvor **M→D > X OR M~D > X**. Har ejerskabet til kapitalandele og rådigheden over stemmerettigheder samme nominelle udtryk, er **M→D = M~D** hvorfor ligningen kan udtrykkes som **M→D > X OR M→D > X** eller **M~D > X OR M~D > X**. Det følger heraf, at det er tilstrækkeligt at undersøge, om **M→D > X** eller om **M~D > X**, men ikke begge dele.

Hvis det derimod lægges til grund, at selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele ikke har samme nominelle værdi opgjort i procenter som selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder, er det korrekt, at **M→D ≠ M~D**. Heraf følger, at det altid må undersøges, om **M→D > X OR M~D > X**. Forskellen vil imidlertid kun have betydning, hvis én af værdierne er lig med eller mindre end X, og den anden værdi er lig med eller større end X, dvs. hvis **(M→D ≤ X AND M ~D > X) OR (M→D > X AND M~D ≤ X)**, der også kan udtrykkes som **M→D ≤ X OR M ~D ≤ X NOT M→D ≤ X AND M~D ≤ X**.

For så vidt angår direkte kontrol er der derfor alene behov for at have regler om kontrol på baggrund af såvel ejerskab til kapitalandele som rådighed over stemmerettigheder, når selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele har en større eller mindre procentuel værdi end selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder.

5. Indirekte vertikal kontrol

5.1 Indledning

En selskabsdeltager kan kontrollere et selskab ved at indskyde et eller flere selskaber – såkaldte mellemselskaber – mellem selskabsdeltageren og selskabet. I det følgende analyseres, hvornår selskabsdeltageren anses for at have indirekte vertikal kontrol med selskabet enten som følge af ejerskab til kapitalandele (nedenfor 5.2) eller på baggrund af rådighed over stemmerettigheder (nedenfor 5.3). Herefter redegøres for reglerne om indirekte vertikal kontrol i de situationer, hvor selskabsdeltageren indirekte kontrollerer et selskab såvel på baggrund af ejerskab til kapitalandele som på baggrund af rådighed over stemmerettighe-

der. Ved analysen sondres mellem serielt indskudte mellemselskaber (nedenfor 5.4) og parallelt indskudte mellemselskaber (nedenfor 5.5).

5.2 Ejerskab til kapitalandele

Efter LL § 2 anses en selskabsdeltager for indirekte at kontrollere et datterselskab, hvis selskabsdeltageren indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i selskabet.

Det indirekte ejerskab kan f.eks. være etableret ved, at en selskabsdeltager har placeret et eller flere indskudte selskaber mellem sig selv og datterselskabet. Disse mellemselskabers ejerskab til kapitalandele skal som udgangspunkt medregnes på linje med selskabsdeltagerens eget ejerskab til kapitalandele.

Det er for spørgsmålet om kontrol i princippet uden betydning, hvor mange mellemselskaber der er skudt ind mellem selskabsdeltageren og selskabet.[63] Fra retspraksis kan henvises til afgørelserne i TfS 2000, 197 LR, TfS 2000, 532 LR og TfS 2003, 48 LR.

> TfS 2000, 197 LR: Et moderselskab, M, ejede indirekte en række datterselskaber i flere lande. Flertallet af disse selskaber var ejet 100 pct. af et hollandsk mellemselskab, C, der igen var 100 pct. ejet af et engelsk mellemselskab, D. Der var med andre ord indskudt to mellemselskaber mellem moderselskabet og datterselskaberne. Selskabet D påtænkte at flytte sit hovedsæde til Danmark. I den anledning blev Ligningsrådet forespurgt, om M ville blive tvunget sambeskattet med C. Ligningsrådet lagde ved besvarelsen til grund, at kravet om kontrol eller væsentlig indflydelse i SEL § 32 var opfyldt. Der var ikke i sagen oplysninger om, hvor mange kapitalandele eller stemmerettigheder M ejede eller rådede over i D.

> TfS 2000, 532 LR: Kravet om kontrol eller væsentlig indflydelse, jf. SEL § 32, var opfyldt i et tilfælde, hvor nogle selskaber var erhvervet af et holdingselskab, H, som var erhvervet af de danske selskaber A og B. Der var ikke i sagen oplysninger om, hvor mange kapitalandele og stemmerettigheder de enkelte selskaber ejede eller rådede over. Det var heller ikke oplyst, om selskaberne A og B kontrolleredes eller var under væsentlig indflydelse af samme kreds af selskabsdeltagere.[64]

> TfS 2003, 48 LR: Et engelsk moderselskab, M, havde indirekte erhvervet 2 danske mellemselskaber, D1 og D2. Efter det oplyste ejede M – eller et med dette selskab koncern-

63. Se også *Anders Oreby Hansen*, SU 1999, 6.
64. Dette beror formentlig på, at selskaberne ikke ville blive tvungent sambeskattet, idet den virksomhed, der fandt sted i de udenlandske selskaber, ikke i overvejende grad var af finansiel karakter.

forbundet selskab – 100 pct. af kapitalandelene i D1, som igen ejede 100 pct. af kapitalandelene i D2. D2 ville eje 100 pct. af kapitalandelene i et hollandsk mellemselskab, D3. D3 ville eje et antal selskaber, som ville være beliggende såvel i som udenfor Holland. Nogle af disse selskaber ville D3 eje direkte som datterselskaber, mens andre ville blive ejet via lokale mellemselskaber. Ved besvarelsen af, om D1 skulle sambeskattes med mellemselskabet D3 samt dettes mellemselskaber og datterselskaber, lagde Ligningsrådet til grund, at kravet om kontrol eller væsentlig indflydelse var opfyldt, jf. SEL § 32.

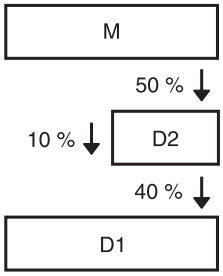
Ved opgørelsen af den indirekte vertikale kontrol med et selskab må der tages stilling til, hvorledes der skal forholdes, når selskabsdeltageren ikke ejer alle kapitalandele eller råder over alle stemmerettigheder i de indskudte mellemselskaber. Det afgørende er da ifølge de administrative retningslinjer,[65] om selskabsdeltageren udøver kontrol på baggrund af kapitalandele eller stemmerettigheder.[66] Udøves selskabsdeltagerens kontrol med selskabet indirekte på baggrund af ejerskab til *kapitalandele*, og ejer selskabsdeltageren ikke alle kapitalandele i det indskudte mellemselskab, er det kun en *forholdsmæssig* del af mellemselskabernes kapitalandele i selskabet, der skal medregnes ved opgørelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer selskabet.[67]

Eksempel: Moderselskabet, M, ejer direkte 10 pct. af kapitalandelene i datterselskabet, D1. M ejer derudover 50 pct. af kapitalandelene i mellemselskabet, D2, som ejer 40 pct. af kapitalandelene i datterselskabet, D1.

Ved opgørelsen af M's kontrol med D1 medregnes det direkte ejerskab til kapitalandele på 10 pct. fuldt ud. Den indirekte kontrol som følge af ejerskab til kapitalandelen via D2 medregnes kun med 20 pct. (50 pct. af 40 pct.), idet M alene ejer halvdelen af kapitalandelene i D2. M ejer derfor i alt 30 pct. af kapitalandelene i D1. M kontrollerer ikke D1.

---

65. CIR nr. 82 af 29/5 1997 om international beskatning, pkt. 7.2.2.1 og VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.2.4.
66. Se kritisk hertil nedenfor IX, 3.1.
67. Jf. CIR nr. 82 af 29/5 1997 om international beskatning, pkt. 7.2.2.1 og VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.2.4. Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 60-61, *Jakob Bundgaard*, Tynd kapitalisering, s. 100-101, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 346 og 369 samt Transfer pricing, s. 64, *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 76, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 412, *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 51 og *Anja Svendgaard*, Frivillig og tvungen sambeskatning, s. 62-63.



Denne grundsætning kan matematisk opstilles som **M→D1 = M→D2 * D2→D1**, hvor M→D1 er selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele i datterselskabet, mens M→D2 er selskabdeltagerens ejerskab til kapitalandele i mellemselskabet og D2→D1 er mellemselskabets ejerskab til kapitalandele i datterselskabet. Selskabsdeltageren har alene indirekte kontrol med datterselskabet, hvis M→D1 er større end 50 pct., svarende til 1/2. Det vil sige, at **M→D2 * D2→D1 > 1/2**.

Der bortses fra, at moderselskabet i eksemplet tillige direkte ejer kapitalandele i datterselskabet.[68] I eksemplet kan moderselskabets direkte og indirekte ejerskab til kapitalandele i datterselskabet opgøres på følgende vis: **M→D1 = (M→D2 * D2→D1) + M→D1**.

Indirekte kontrol som følge af ejerskab til kapitalandele forudsætter ikke, at den øverste selskabsdeltager i »hierarkiet« har en tilsvarende indirekte kontrol. Et moderselskab kan derfor blive anset for have direkte kontrol med et mellemselskab og indirekte kontrol med et datterselskab, selvom den øverste selskabsdeltager i hierarkiet – de fysiske personer, der direkte eller indirekte er selskabsdeltagere i moderselskabet – ikke enkeltvis har kontrol med moderselskabet.

5.3 Rådighed over stemmerettigheder

I medfør af LL § 2 anses en selskabsdeltager for at kontrollere et selskab, hvis selskabsdeltageren indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i selskabet. En indirekte rådighed over stemmerettigheder foreligger f.eks., hvor der er indskudt et eller flere mellemselskaber mellem selskabsdeltageren og selskabet. Det er for spørgsmålet om kontrol principielt uden betydning, hvor mange mellemselskaber der er skudt ind mellem selskabsdeltageren og selskabet.

---

68. Indirekte vertikal kontrol kan selvfølgelig kombineres med direkte kontrol, jf. også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 61, *Jakob Bundgaard*, Tynd kapitalisering, s. 101-102 og 104-105 samt *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 81-82 og 86.

Udøves kontrollen med datterselskabet indirekte på baggrund af rådighed over *stemmerettigheder*, medregnes det eller de indskudte mellemselskabers rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet *fuldt ud* ved opgørelsen af, hvor mange stemmerettigheder selskabsdeltageren råder over i datterselskabet, men kun i det omfang selskabsdeltageren kontrollerer de indskudte mellemselskaber. Hvis selskabsdeltageren ikke kontrollerer et mellemselskab, medregnes dette mellemselskabs rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet ikke.[69] Det afgørende er, om selskabsdeltageren ved sin kontrol over et selskab kan kontrollere, hvordan dette selskab anvender alle sine stemmerettigheder i et andet selskab.[70]

Ved analysen nedenfor sondres mellem serielt indskudte mellemselskaber (5.3.1) og parallelt indskudte mellemselskaber (5.3.2).

5.3.1 Serielt indskudte mellemselskaber

Ved serielt indskudte mellemselskaber forstås, at et eller flere mellemselskaber (D1) er indskudt rangordnet mellem moderselskab (M) og datterselskab (D2).[71]

De matematiske principper for opgørelse af indirekte rådighed over stemmerettigheder er underlagt logikalgebraen. Selskabsdeltageren har således indirekte vertikal kontrol med selskabet, hvis **M~D1 > 1/2 AND D1~D2 > 1/2**, hvor M~D1 er moderselskabets rådighed over stemmerettigheder i mellemselskabet, og D1~D2 er mellemselskabets rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet.

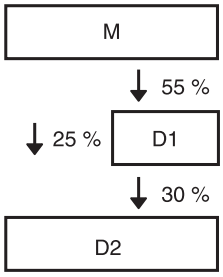
Det matematiske udsagn ændres imidlertid markant, hvis moderselskabet tillige har direkte rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet. jf. nedenstående eksempel:

> Moderselskabet, M, råder direkte over 25 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet, D2. M råder endvidere over 55 pct. af stemmerettighederne i mellemselskabet D1, der igen råder over 30 pct. af stemmerettighederne i D2.
>
> M kan i dette tilfælde bestemme, hvordan D1 skal udnytte sine stemmerettigheder i D2. De stemmerettigheder, som D1 råder over i D2, skal derfor medregnes fuldt ud ved opgørelsen

---

69. Jf. CIR nr. 82 af 29/5 1997 om international beskatning, pkt. 7.2.2.2 og VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.2.4. Se også *Jakob Bundgaard*, Tynd kapitalisering, s. 103-104, *Søren Rasmussen*, SR-Skat 1998, 252, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 346 og 369-370 samt Transfer pricing, s. 63, *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 76, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 412, *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 51 og *Anja Svendgaard*, Frivillig og tvungen sambeskatning, s. 66-68.
70. Jf. også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 62.
71. Se ovenfor VI, 3.2.1.

af, om M kontrollerer D2. Dette medfører, at M anses for at råde over 25 pct. af stemmerettighederne i D2 som følge af direkte kontrol og yderligere 30 pct. af stemmerettighederne som følge af indirekte kontrol via D1. M anses derfor for at kontrollere D2.[72]



I disse tilfælde skal mellemselskabets rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet fortsat medregnes, forudsat at moderselskabet råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i datterselskabet. Matematisk kan dette udtrykkes som **IF M~D1 > 1/2 AND D1~D2 > 1/2 THEN M~D2 = D1~D2 ELSE M~D2 = 0**, hvor M~D2 er udtryk for selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet. Heraf følger, at selskabsdeltagerens indirekte rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet er lig med mellemselskabets direkte rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet, hvis selskabsdeltageren direkte råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i mellemselskabet, og ellers er lig med 0 (nul).

I eksemplet ovenfor kan selskabsdeltagerens direkte og indirekte rådighed over datterselskabet derfor udtrykkes ved **M~D2 = M~D2 + D1~D2**, idet første led i det matematiske udsagn **IF M~D1 > 1/2 THEN M~D2 = D1~D2 ELSE M~D2 = 0** er korrekt.

Et moderselskabs indirekte kontrol med et datterselskab som følge af rådighed over stemmerettigheder forudsætter i øvrigt ikke, at én af moderselskabets selskabsdeltagere har direkte eller indirekte kontrol med moderselskabet, mellemselskabet eller datterselskabet.

5.3.2 Parallelt indskudte mellemselskaber

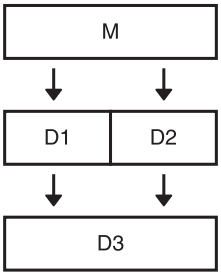
Ved parallelt indskudte mellemselskaber (D1 og D2) forstås, at to eller flere mellemselskaber er indskudt i horisontal retning mellem moderselskabet (M) og datterselskabet (D3).[73]

Det matematiske udsagn for, hvornår moderselskabet (M) anses for at kontrollere datterselskabet (D3) som følge af indirekte rådighed over stemmerettig-

72. D1 anses i dette tilfælde ikke for at kontrollere D2.
73. Se om definitionen ovenfor VI, 3.2.1.

heder, er i disse tilfælde et helt andet, end hvad der er anført ovenfor vedrørende serielt indskudte mellemselskaber.[74] Dette er en følge af, at moderselskabet kan kontrollere datterselskabet enten i kraft af rådighed over stemmerettigheder i det ene mellemselskab (D1),[75] i kraft af rådighed over stemmerettigheder i det andet mellemselskab (D2)[76] eller i kraft af rådighed over stemmerettigheder i begge mellemselskaber. Moderselskabet anses derfor for at have indirekte vertikal kontrol med datterselskabet, hvis følgende matematiske udsagn er sandt:[77] **(M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2) OR (M~D2 > 1/2 AND D2~D3 > 1/2) OR (M~D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND (D1~D3 + D2~D3) > 1/2)**.

Det må i den forbindelse bemærkes, at det matematiske udsagn **D1~D3 > 1/2 AND D2~D3 > 1/2** er falsk, idet **D1~D3 + D2~D3 1/1**. Dette er en følge af, at mellemselskaberne D1 og D2 i fællesskab maksimalt kan råde over 100 pct. (1/1) af stemmerettighederne i datterselskabet D3. Heraf følger også, at hvis udsagnet **M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2** er sandt, må **M~D2 > 1/2 AND D2~D3 > 1/2** være falsk og vice versa. I det matematiske udsagn **(M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2) OR (M~D2 > 1/2 AND D2~D3 > 1/2) OR (M~D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND (D1~D3 + D2~D3) > 1/2)** kan derfor alene første og tredje led, eller andet og tredje led, være sande på samme tid, jf. nedenstående figur:



Hvis mellemselskabet D1 råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i D3, må mellemselskabet D2 råde over mindre end halvdelen af stemmerettighederne i D3. Moderselskabet M kan derfor alene kontrollere D3 via D1 og da kun, for så vidt M råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i D1.

Den logiske følge heraf er, at moderselskabet må kontrollere datterselskabet via det ene eller det andet mellemselskab, hvis et af disse selskaber råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i datterselskabet.

---

74. Se ovenfor 5.3.1.
75. Hvis **M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2**.
76. Hvis **M~D2 > 1/2 AND D2~D3 > 1/2**.
77. Hvis **M~D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND (D1~D3 + D2~D3) > 1/2**.

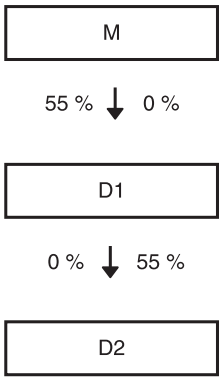
Et moderselskabs indirekte kontrol med et datterselskab som følge af rådighed over stemmerettigheder forudsætter i øvrigt ikke, at én af moderselskabets selskabsdeltagere har direkte eller indirekte kontrol med moderselskabet, mellemselskabet eller datterselskabet.

5.4 Sammenblandet ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder (serielt indskudte mellemselskaber)

Det er ovenfor forudsat, at ejerskabet til kapitalandele og rådigheden over stemmerettigheder ikke er sammenblandet, dvs. at alle selskaber kontrolleres enten på baggrund af ejerskab til kapitalandele eller som følge af rådighed over stemmerettigheder.[78] Nedenfor analyseres, hvorledes der skal forholdes, når selskabsdeltagerens kontrol med selskabet er »sammenblandet« i den forstand, at nogle selskaber kontrolleres på baggrund af rådighed over stemmerettigheder, mens andre selskaber kontrolleres som følge af ejerskab til kapitalandele.

I den enkleste form er den indirekte vertikale kontrol sammenblandet som nævnt ovenfor, når en selskabsdeltager udelukkende kontrollerer et selskab som følge af ejerskab til kapitalandele, og dette selskab udelukkende kontrollerer et andet selskab på baggrund af rådighed over stemmerettigheder, eller vice versa, jf. nedenstående eksempel:

Moderselskabet, M, ejer 55 pct. af kapitalandelene i mellemselskabet D1. M råder imidlertid ikke over nogen dele af stemmerettighederne i det pågældende selskab. D1 ejer ikke nogen kapitalandele i datterselskabet D2. Til gengæld råder D1 over 55 pct. af stemmerettighederne i D2.



78. Ovenfor 5.2 og 5.3.

Moderselskabet kontrollerer utvivlsomt mellemselskabet som følge af direkte ejerskab til kapitalandele, jf. LL § 2, stk. 1, og mellemselskabet kontrollerer utivlsomt datterselskabet som følge af direkte rådighed over stemmerettigheder. Det kan imidlertid diskuteres, om moderselskabet som følge heraf skal anses for at kontrollere datterselskabet. Afgørelsen heraf beror på, hvorledes den indirekte vertikale kontrol skal opgøres, når kontrollen udøves på baggrund af forskellige rettigheder i de enkelte led af den kæde af selskaber, der forbinder datterselskabet med moderselskabet. Nedenfor 5.4.1-5.4.3 redegøres for tre måder, hvorpå denne problemstilling kan løses.

5.4.1 Anvendelse af metoden for kapitalandele eller stemmerettigheder

Ved opgørelsen af indirekte vertikal kontrol er der – som beskrevet ovenfor 5.2 og 5.3 – to forskellige regler: Selskabsdeltagerens indirekte kontrol på baggrund af ejerskab til *kapitalandele* opgøres ved at multiplicere de brøker, der angiver selskabsdeltagerens og de enkelte selskabers kontrol.[79] Selskabsdeltagerens indirekte kontrol på baggrund af rådighed over *stemmerettigheder* er lig med moderselskabets direkte rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet, forudsat at selskabsdeltageren kontrollerer mere end halvdelen af stemmerettighederne i det første selskab i hierarkiet og så fremdeles. I modsat fald anses selskabsdeltageren for at råde over 0 (nul) pct. af stemmerettighederne i datterselskabet.[80]

Der er hverken i praksis eller litteratur taget stilling til, hvilket af disse to forskellige principper der skal tages i brug, når f.eks. moderselskabet og datterselskabet kontrolleres på baggrund af henholdsvis kapitalandele og stemmerettigheder eller vice versa.

Det kan overvejes, at bruge den ene eller den anden metode for såvel ejerskab til kapitalandele som rådighed over stemmerettigheder. Valget af ét princip frem for et andet vil imidlertid føre til tilfældige – og derfor helt uacceptable – resultater. En anvendelse af det princip, der anvendes ved opgørelsen af den indirekte kontrol som følge af ejerskab til kapitalandele, vil f.eks. i ovenstående eksempel føre til, at moderselskabet, M, ikke anses for at kontrollere D2.[81] Anvendelsen af det princip, der bruges ved opgørelsen af den indirekte kontrol på baggrund af rådighed over stemmerettigheder, vil derimod føre til, at M anses for at kontrollere D2.[82]

---

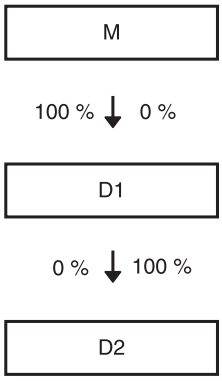
79. Se nærmere ovenfor 5.2.
80. Se nærmere ovenfor 5.3.
81. M vil alene blive anset for at råde over 30,25 pct. (55 pct. af 55 pct.) af stemmerettighederne i D2.
82. M's ejerskab af kapitalandele i mellemselskabet D1 overstiger 50 pct., hvorfor M anses for at råde over alle mellemselskabets stemmerettigheder i D2.

Som følge af den måde, hvorpå indirekte kontrol på baggrund af rådighed over stemmerettigheder opgøres, vil der i øvrigt kunne konstrueres en lang række eksempler, hvor anvendelse af metoden for opgørelse af indirekte kontrol på baggrund af rådighed over stemmerettigheder vil føre til, at selskabsdeltageren kontrollerer selskabet, hvorimod anvendelse af den metode, hvorpå indirekte ejerskab til kapitalandele opgøres, vil føre til det modsatte resultat. Hvis stemmefordelingen følger kapitalandelene vil der derimod ikke kunne forekomme situationer, hvor der kan statueres kontrol som følge af indirekte ejerskab til kapitalandele, men ikke som følge af indirekte rådighed over stemmerettigheder.[83]

5.4.2 Isoleret opgørelse efter hver metode

De tilfældige resultater, som anvendelse af en ene metode frem for den anden vil give anledning til, er så uacceptable, at de må forkastes. Det kan i stedet overvejes at holde metoderne adskilte, således at det indirekte ejerskab med kapitalandele og den indirekte rådighed over stemmerettigheder opgøres hver for sig. En fuldstændig adskillelse af metoderne vil føre til, at den indirekte kontrol skal opgøres separat dels for ejerskab til kapitalandele, dels for rådighed over stemmerettigheder, jf. nedenstående eksempel:

Moderselskabet, M, ejer 100 pct. af kapitalandelene i mellemselskabet D1. M råder imidlertid ikke over nogen dele af stemmerettighederne i det pågældende selskab. D1 ejer ikke nogen kapitalandele i datterselskabet D2. Til gengæld råder D1 over 100 pct. af stemmerettighederne i D2.



M kontrollerer utvivlsomt direkte D1 som følge af ejerskab til kapitalandele, og D1 kontrollerer utvivlsomt direkte D2 som følge af rådighed over stemmerettigheder. Holdes metoderne adskilt, vil M imidlertid ikke blive anset for at kontrollere D2. M's indirekte ejerskab

83. Det matematiske bevis herfor gennemgås nedenfor 5.6.

til kapitalandele i D2 kan opgøres til 0 pct.: 100 pct. af D1's 0 pct. besiddelse af kapitalandele i D2. M's indirekte rådighed over stemmerettigheder i D2 kan ligeledes opgøres til 0 pct., idet M ikke råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i D1.

En adskillelse af principperne kan derfor føre til situationer, hvor selskabsdeltageren direkte eller indirekte kontrollerer ét selskab, og det pågældende selskab direkte eller indirekte kontrollerer et andet selskab, men hvor selskabsdeltageren stadigvæk ikke anses for at kontrollere sidstnævnte selskab.

Dette resultat må også forkastes. I henhold til LL § 2 kontrollerer en selskabsdeltager et selskab, hvis selskabsdeltageren direkte eller indirekte ejer eller råder over et bestemt antal kapitalandele eller stemmerettigheder. De metoder, hvorefter den indirekte vertikale kontrol opgøres, er fastsat i et cirkulære,[84] som ganske vist tager udgangspunkt i forarbejderne til bestemmelserne, men som ikke kan begrænse anvendelsesområdet for f.eks. LL § 2 i tilfælde, hvor selskabsdeltageren utvivlsomt indirekte har kontrol med selskabet.

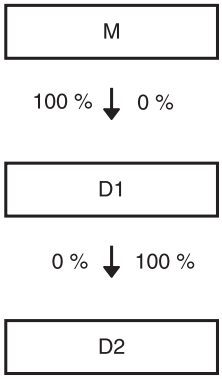
5.4.3 Anvendelse af metoderne for de enkelte led i »kæden« af selskaber

Den sidste løsning er at holde metoderne adskilte, således at indirekte vertikal kontrol opgøres dels på baggrund af ejerskab til kapitalandele, dels på baggrund af rådighed over stemmerettigheder. Denne opgørelse foretages for hvert led i »kæden« af selskaber fra og med selskabsdeltager og til og med datterselskab, dvs. i forholdet mellem selskabsdeltager og moderselskabet, i forholdet mellem moderselskabet og første mellemselskab, osv. til og med forholdet mellem sidste mellemselskab og datterselskabet. I tilfælde, hvor to eller flere på hinanden følgende led i »kæden« af selskaber kontrolleres på baggrund af samme type rettigheder – ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder – anvendes metoden for opgørelsen af indirekte vertikal kontrol for disse led i »kæden«. I de led af »kæden« af selskaber, hvor kontrollen ændrer karakter fra ejerskab til kapitalandele til rådighed over stemmerettigheder eller vice versa, afgøres det, om selskabsdeltageren har kontrol til og med dette foreløbigt sidste mellemselskab i »kæden«, og om dette foreløbigt sidste mellemselskab i »kæden« har kontrol med det efterfølgende mellemselskab eller datterselskab i »kæden«. I bekræftende fald har selskabsdeltageren også kontrol med det efterfølgende mellemselskab eller datterselskabet og så fremdeles. Metoderne anvendes således for en »kæde« af selskaber så længe dette er muligt, og der, hvor kontrollen måtte ændre karakter – fra at bero på ejerskab til kapitalandele til at bero på rådighed over stemmerettigheder eller vice versa – undersøges det alene,

84. CIR nr. 82 af 29/5 1997 om international beskatning.

om det foreløbigt sidste led i »kæden« af selskaber kontrollerer det efterfølgende første led i »kæden« af selskaber. Et eksempel kan illustrere princippet:

Moderselskabet, M, ejer 100 pct. af kapitalandelene i mellemselskabet D1, men råder ikke over af stemmerettighederne D1. D1 ejer ikke nogen kapitalandele i datterselskabet D2. Til gengæld råder D1 over 100 pct. af stemmerettighederne i D2.



I dette eksempel er det første led i kæden forholdet mellem M og D1. M kontrollerer D1 på baggrund af ejerskab til kapitalandele. Kontrollen ændrer karakter i forholdet mellem D1 og D2, idet den overgår fra at bero på ejerskab til kapitalandele til rådighed over stemmerettigheder. Det må derfor først og fremmest fastslås, at M kontrollerer D1. Dernæst må det undersøges, om D1 også kontrollerer D2. Dette er tilfældet som følge af rådighed over stemmerettigheder. Eftersom M kontrollerer D1, og D1 kontrollerer D2, kan det konkluderes, at M kontrollerer D2.

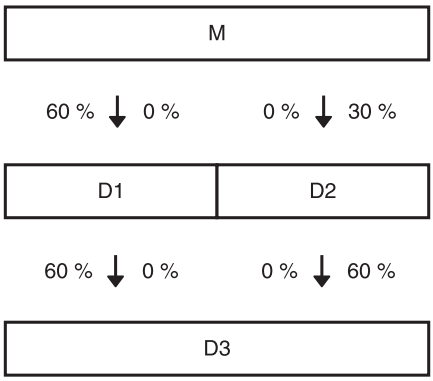
Det matematiske udsagn for en konstruktion med ét moderselskab, ét mellemselskab og ét datterselskab er **IF (M→D1 OR M~D1) > 1/2 AND (D1→D2 OR D1~D2) > 1/2 THEN (M→D2 OR M~D2) = (M→D1*D1→D2 OR D1~D2) ELSE (M→D2 < 1/2 AND M~D2 = 0)**, hvor M→D1 er moderselskabets ejerskab til kapitalandele i mellemselskabet, og M~D1 er moderselskabets rådighed over stemmerettigheder i mellemselskabet, mens D1→D2, D1~D2, M→D2 og M~D2 tilsvarende er udtryk for interessefællesskabet mellem henholdsvis mellem- og datterselskab samt moder- og datterselskab.

I eksemplet vil **M→D2 OR M~D2 = D1~D2**, idet M kontrollerer D2 som følge af indirekte rådighed over stemmerettigheder, dvs. at **M~D2 = D1~D2**.

5.5 Sammenblandet ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder (parallelt indskudte mellemselskaber)

Der er ovenfor redegjort for, hvorledes selskabsdeltagerens indirekte kontrol skal opgøres, når selskabsdeltageren kontrollerer et selskab via ét eller flere serielt indskudte mellemselskaber, og når kontrollen undervejs i »kæden« af selskaber fra selskabsdeltager til datterselskab ændrer karakter fra ejerskab til kapitalandele til rådighed over stemmerettigheder eller vice versa.[85] I det følgende redegøres for, hvorledes kontrollen skal opgøres, når selskabsdeltageren har indflydelse på et selskab via parallelt indskudte mellemselskaber, og når selskabsdeltagerens indflydelse på selskabet er »sammenblandet« i den forstand, at nogle selskabsdeltageren har et interessefællesskab med nogle mellemselskaber som følge af ejerskab til kapitalandele og med andre som følge af rådighed over stemmerettigheder, jf. nedenstående eksempel:

Moderselskabet, M, ejer direkte 60 pct. af kapitalandelene i mellemselskabet D1, der ejer 60 pct. af kapitalandelene i datterselskabet D3. M råder ikke over stemmerettigheder i D1 og D1 råder ikke over stemmerettigheder i D3. M råder endvidere over 30 pct. af stemmerettighederne i D2, der råder over 60 pct. af stemmerettighederne i D3. M ejer ikke kapitalandele i D2 og D2 ejer ikke kapitalandele i D3.



Ved afgørelsen af, om selskabsdeltageren (M) kontrollerer datterselskabet (D3), må det som nævnt ovenfor afvises at anvende metoden for opgørelse af indirekte kontrol på baggrund af ejerskab til kapitalandele frem for metoden for opgørelse af indirekte kontrol som følge af rådighed over stemmerettigheder, eller vice

85. Ovenfor 5.4.

versa.[86] Anvendes den første metode om ejerskab til kapitalandele fuldt ud for hele konstruktionen, anses selskabsdeltageren ikke for at kontrollere D3.[87] Hvis valget derimod falder på anden metode om rådighed over stemmerettigheder, således at denne anvendes for hele konstruktionen, vil selskabsdeltageren blive anset for at kontrollere D3.[88] Disse tilfældige resultater er helt uacceptable.

Selskabsdeltagerens kontrol med datterselskabet må derimod tage udgangspunkt i, hvilken indflydelse selskabsdeltageren har på datterselskabet gennem hvert af de parallelt indskudte mellemselskaber. I ovenstående eksempel anses selskabsdeltageren herefter for at eje 36 pct. af kapitalandelene (60 pct. af 60 pct.) i datterselskabet og over 0 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet.[89] Heraf følger, at selskabsdeltageren ikke anses for at kontrollere datterselskabet.

Det bemærkes i øvrigt herved, at den nominelle værdi af selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele i datterselskab aldrig kan adderes med den nominelle værdi af rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet, således at kontrol antages at foreligge, hvis summen er større end 50 pct.[90] Kontrol på baggrund af ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder må opgøres hver for sig. Dette fremgår klart af ordlyden i LL § 2, idet der skal ejes mere end halvdelen af kapitalandelene »eller« rådes over mere end halvdelen af stemmerettighederne.[91]

5.6 Sammenfatning

Ved analysen af reglerne om indirekte kontrol er det ovenfor påvist, at der er en betydelig forskel på de måder, hvorpå kontrollen opgøres. Denne forskel beror på, at de matematiske regler for opgørelse af indirekte kontrol på baggrund af på den ene side kapitalandele og på den anden side stemmerettigheder ikke er ens.

Selskabsdeltagerens indirekte kontrol på baggrund af ejerskab til *kapitalan-*

---

86. Se ovenfor 5.4.1.
87. Kontrol opgøres da efter den almindelige algebra som **M→D1*D1→D3 + M→D2*D2→D3**, dvs. som 3/5*3/5 + 3/10*3/5, der er lig med 12/25 (48 pct.).
88. Idet **M~D1 > 1/2 AND D1~D2 > 1/2**, hvorfor **M~D2 > 1/2**, når kontrollen opgøres i overensstemmelse med den logiske algebra.
89. Eftersom selskabsdeltageren kun råde over 30 pct. af stemmerettighederne i det mellemselskab, som råder over stemmerettigheder i datterselskabet.
90. Se også ovenfor 4.4. Anderledes *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 370-371 og Transfer pricing, s. 64-65, men jf. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 64-65.
91. Ligeledes *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 90.

dele opgøres med udgangspunkt i den almindelige algebra ved at multiplicere de brøker, der angiver selskabsdeltagerens og de enkelte selskabers kontrol.

Selskabsdeltagerens indirekte kontrol på baggrund af rådighed over *stemmerettigheder* opgøres med udgangspunkt i logikalgebraen ved at undersøge, om selskabsdeltageren råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i moderselskabet, og om moderselskabet råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i det første mellemselskab i »kæden« af selskaber og så fremdeles til og med det sidste mellemselskabs rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet.

Disse forskelle fører til, at der kan forekomme situationer, hvor indirekte kontrol vil kunne konstateres på baggrund af stemmerettigheder, men ikke på baggrund af kapitalandele. Forskellen kan analyseres ud fra sondringen mellem serielt (nedenfor 5.6.1 og 5.6.2) og parallelt indskudte mellemselskaber (nedenfor 5.6.4 og 5.6.5), hvis der samtidig sondres mellem på den ene side kontrol som følge af ejerskab kapitalandele (5.6.1 og 5.6.4) og på den anden side kontrol som følge af rådighed over stemmerettigheder (5.6.2 og 5.6.5), jf. nedenstående oversigt:

	Kapitalandele	Stemmerettigheder
Seriel	5.6.1	5.6.2
Parallel	5.6.3	5.6.4

Analysen af disse problemstillinger sammenfattes nedenfor 5.6.3 og 5.6.6. Endelig redegøres for, hvorledes situationen stiller sig, når mellemselskaber er indskudt såvel serielt som parallelt (nedenfor 5.6.7-5.6.9.).

5.6.1 Serielt indskudte mellemselskaber – Kapitalandele

I det følgende forudsættes at der er ét moderselskab, ét mellemselskab og ét datterselskab. Selskabsdeltagerens indirekte kontrol med datterselskabet opgøres i så fald efter formlen **M→D1 * D1→D2 > 1/2**, hvor M→D1 er de af moderselskabet ejede kapitalandele i mellemselskabet opgjort som en brøkdel af de samlede kapitalandele, der skal medregnes, og D1→D2 er de af mellemselskabet ejede kapitalandele i datterselskabet opgjort som en brøkdel af de samlede kapitalandele, der skal medregnes.

På baggrund heraf kan det beregnes, hvornår moderselskabet kontrollerer datterselskabet, hvis M→D1 og D1→D2 udgør samme værdi, X, dvs. hvis moderselskabet ejer lige så mange kapitalandele i mellemselskabet, som mel-

lemselskabet ejer kapitalandele i datterselskabet. Det matematiske udsagn er **X * X > 1/2**, hvoraf følger **X2 > 1/2** eller **X > √ 1/2**.[92]

Heraf følger, at moderselskabet skal eje mere end 70,71 pct. af kapitalandelene i mellemselskabet, og at mellemselskabet skal eje mere end 70,71 pct. af kapitalandelene i datterselskabet, hvis moderselskabet skal kontrollere datterselskabet.

I tilfælde af, moderselskabet ejer flere end de anførte 70,71 pct. af kapitalandelene i mellemselskabet, kan moderselskabet kontrollere datterselskabet, selvom mellemselskabet ejer færre end 70,71 pct. af kapitalandelene i datterselskabet, og vice versa. En forøgelse af mellemselskabets kapitalandele i datterselskab med f.eks. 10 pct.point – til 80,81 pct. – fører imidlertid ikke til, at moderselskabets ejerskab til kapitalandele i mellemselskabet kan nedsættes med samme pålydende procentsats, dvs. med 10 pct.point til 60,61 pct. Dette sidste er en følge af, at den indirekte vertikale kontrol opgøres som en procentdel af en procentdel, dvs. ved en multiplikation af brøker, og ikke som en procentdel plus en procentdel, dvs. ved en addition af brøker.

Det matematiske bevis for ovenstående er: Når moderselskabet ejer lige så mange kapitalandele i mellemselskabet, som mellemselskabet ejer kapitalandele i datterselskabet – dvs. begge brøker har værdien X – kan moderselskabets indirekte ejerskab til kapitalandele i datterselskabet – udtrykt ved værdien Y – som nævnt ovenfor beregnes til **X * X = Y**, der svarer til **X2 =Y**.

Ændres forholdet mellem moderselskabets ejerskab til kapitalandele i mellemselskabet og mellemselskabets ejerskab til kapitalandele i datterselskabet med samme værdi, Z, kan moderselskabets indirekte ejerskab til kapitalandele i datterselskabet opgøres til **X + Z * X – Z = Y**.

Det er uden betydning, om det er moderselskabets eller mellemselskabets ejerskab til kapitalandele, der forøges eller formindskes.[93] Hvis ændringen skal være uden betydning for vurderingen af, om moderselskabet kontrollerer datterselskabet, skal **X2 = X + Z * X – Z**.

Dette sidste matematiske udsagn kan være falsk. En forøgelse eller formindskelse af et moderselskabs eller et mellemselskabs ejerskab til kapitalandele vil således ikke altid kunne modsvares af en tilsvarende formindskelse eller forøgelse af et andet mellemselskabs ejerskab til kapitalandele. I henseende til reglerne om kontrol på baggrund af ejerskab til kapitalandele er sådanne ændringer kun neutrale, for så vidt de samme procenttal foreligger

92. Tegnet √ betyder kvadratrod.
93. Idet **(X + Z) * (X – Z) = (X – Z) * (X + Z)**.

efter ændringen, f.eks. hvor moderselskabet ejer 80 pct. af kapitalandelene i mellemselskabet, der ejer 70 pct. af kapitalandelene i datterselskabet, og dette ændres til henholdsvis 70 og 80 pct. Det matematiske bevis herfor er udsagnet **X*Y = X + Z * Y – Z**, hvor X er moderselskabets ejerskab til kapitalandele i mellemselskabet, Y er mellemselskabets ejerskab til kapitalandele i datterselskabet, og Z er ændringen i procent af disse respektive ejerskaber. Dette matematiske udsagn vil være sandt, hvis **X + Z = Y AND Y – Z = X**, idet udsagnet da vil have følgende udtryk: **X*Y = X*Y**. **X + Z = Y** og **Y – Z = X** er sande udsagn, hvis **X = Y – Z** og **Y = X + Z**, dvs. at forskellen på X og Y inden den ændringen netop er Z, f.eks. hvor X = 50 og Y = 40, eller X = 100 og Y = 90.

Er der indskudt to eller flere selskaber mellem datterselskab og selskabsdeltager, vil selskabsdeltagerens kontrol med datterselskabet alt andet lige kræve, at selskabsdeltageren og hvert af selskaberne ejer endnu flere kapitalandele. Er der f.eks. indskudt to selskaber mellem datterselskab og selskabsdeltager – og udgør selskabsdeltagerens og de indskudtes selskabers ejerskab til kapitalandele samme værdi – vil kravet om selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele i selskabet først være opfyldt, når selskabsdeltageren og hvert af de indskudte selskaber ejer mere end 79,37 pct. af kapitalandelene.[94]

Den indirekte kontrol som følge af ejerskab til kapitalandele kan således i vidt omfang svækkes ved, selskabsdeltageren indskyder et større antal selskaber mellem sig selv og datterselskabet. Er der f.eks. indskudt 10 selskaber mellem selskabsdeltageren og datterselskabet, vil kontrol som følge af ejerskab til kapitalandele forudsætte, at selskabsdeltageren og hvert af de indskudte selskaber ejer mere end 93,89 pct. af kapitalandelene i det næste selskab i ret nedadstigende retning i »kæden« af selskaber, forudsat selskaberne inddeles i et hierarkisk system.

Antallet af selskaber, der kan skydes ind mellem selskabsdeltageren og datterselskabet, er i teoretisk henseende uendeligt. Kravene til, hvor mange kapitalandele hvert selskab skal eje i det næstkommende selskab i »kæden«, grænser derfor mod 100 pct., jf. formlen **X > ∞√1/2**.[95]

5.6.2 Serielt indskudte mellemselskaber – Stemmerettigheder

En selskabsdeltagers kontrol med et selskab via et indskudt selskab som følge af rådighed over stemmerettigheder kan udtrykkes som **IF M~D1 > 1/2 THEN M~D2 =D1~D2 ELSE M~D2 = 0**, hvor M~D1 er udtryk for selskabsdeltagerens direkte rådighed over stemmerettigheder i moderselskabet, M~D2 er udtryk

---

94. Det matematiske udsagn herfor er **X *X *X > 1/2**, svarende til **X3 > 1/2** eller **X > 3√1/2**. Ved 3 mellemselskaber udgør procenten 84,09 (4√1/2), ved 4 mellemselskaber 87,06 (5√1/2) og ved 5 mellemselskaber 89,99 (6√1/2).
95. Tegnet ∞ betyder uendeligt.

for selskabsdeltagerens indirekte rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet, og D1~D2 er lig med moderselskabets direkte rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet.

Af ovenstående matematiske udsagn følger ikke, at selskabsdeltageren kontrollerer datterselskabet. Udsagnet **M~D2 = D1~D2** er alene udtryk for, at selskabsdeltageren anses for indirekte at råde over lige så mange stemmerettigheder i datterselskabet, som moderselskabet direkte råder over i datterselskabet. Det matematiske udsagn må derfor udvides til **IF M~D1 > 1/2 AND D1~D2 > 1/2 THEN M~D2 > 1/2 ELSE M~D2 ≤ 1/2**. Heraf følger, at indirekte kontrol på baggrund af stemmerettigheder altid forudsætter, at selskabsdeltageren kontrollerer mere end 50 pct. af stemmerettighederne i det indskudte selskab, og at det indskudte selskab kontrollerer mere end 50 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet.

Ved afgørelsen af, hvor mange stemmerettigheder selskabsdeltageren anses for at råde over i datterselskabet, har det afgørende betydning, om selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder i moderselskabet udgør 50 pct. eller mindre, eller om moderselskabets rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet udgør 50 pct. eller mindre. I det førstnævnte tilfælde anses selskabsdeltageren for at råde over 0 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet. I det andet tilfælde anses selskabsdeltageren derimod for at råde over lige så mange stemmerettigheder i datterselskabet, som moderselskabet direkte råder over i datterselskabet, dvs. dvs. 50 pct. eller færre. Reglerne kan matematisk udtrykkes som **IF M~D1 > 1/2 AND D1~D2 > 1/2 THEN M~D2 > 1/2**, eller **IF M~D1 > 1/2 AND D1~D2 ≤ 1/2 THEN M~D2 ≤ 1/2**, eller **IF M~D1 ≤ 1/2 AND D1~D2 > 1/2 THEN M~D2 = 0**.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvornår selskabsdeltageren kontrollerer datterselskabet, er det imidlertid tilstrækkeligt at finde ud af, om selskabsdeltageren kontrollerer datterselskabet eller ej. Eftersom 50 pct. er større end 0 pct. kan de tre matematiske udsagn derfor begrænses til det midterste, dvs. som **IF M~D1 ≤ 1/2 OR D1~D2 ≤ 1/2 THEN M~D2 ≤ 1/2**.

Er der indskudt to eller flere moderselskaber, skal hvert af disse tilsvarende råde over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i det selskab, de har indflydelse på, jf. det matematiske udsagn **IF M~D1 > 1/2 AND D1~D2 > 1/2 AND D2~D3 > 1/2 THEN M~D3 > 1/2 ELSE M~D3 ≤ 1/2**.

Ved afgørelsen af, om selskabsdeltager har indirekte vertikal kontrol med selskabet i kraft af rådighed over stemmerettigheder, er det derfor uden betydning, hvor mange selskaber der er skudt ind mellem selskabsdeltager og datterselskab: Hvert selskab i rækken fra og med det første og til og med det næstsidste skal råde over mere end 50 pct. af stemmerne i det førstkommende selskab

i nedadstigende retning i »kæden« af selskaber, forudsat selskaberne er sat op i en hierarkisk ordning.

5.6.3 Serielt indskudte mellemselskaber – Sammenligning

Ved en sammenligning af ovenstående følger, at der ikke er behov for at opgøre kontrol på baggrund af ejerskab til kapitalandele via serielt indskudte mellemselskaber, når bortses fra de situationer, hvor fordelingen af stemmerettighederne ikke følger fordelingen af kapitalandelene. Dette gælder, uanset om der serielt er indskudt ét eller flere selskaber mellem selskabsdeltager og selskab.

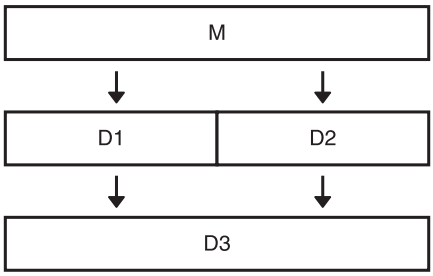
Der vil derfor kunne forekomme tilfælde, hvor såvel ejerskab til kapitalandelene som rådighed over stemmerettigheder vil føre til, at der foreligger indirekte vertikal kontrol.

Der vil ligeledes kunne forekomme tilfælde, hvor ejerskab til kapitalandele ikke fører til, at der foreligger indirekte vertikal kontrol, hvorimod rådigheden over stemmerettigheder fører til, at der foreligger indirekte vertikal kontrol.

Til gengæld vil der aldrig forekomme tilfælde, hvor ejerskab til kapitalandele fører til, at der kan statueres indirekte vertikal kontrol, samtidig med at rådigheden over stemmerettigheder ikke fører til, at der foreligger indirekte vertikal kontrol.[96]

5.6.4 Parallelt indskudte mellemselskaber – Kapitalandele

De matematiske principper for beregning af kontrol som følge af ejerskab til kapitalandele er noget mere komplicerede, når selskaber er indskudt parallelt mellem selskabsdeltager og selskab. Beregningen indeholder således ikke mindre end 4 variabler allerede i den enklest forekommende konstruktion:



Forudsættes det, at selskabsdeltageren M indirekte skal eje mere end 50 pct. af kapitalandelene i D3 for at kontrollere dette datterselskab, kan kravene til selskabsdeltagerens og de enkelte selskabers kapitalandele som nævnt ovenfor opgøres efter formlen **(M→D1 * D1→D3) + (M→D2 * D2→D3) > 1/2**, hvor

96. Forudsat at stemmefordelingen følger fordelingen af kapitalandelene.

M→D1 er selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele i selskabet D1 opgjort som en brøkdel af selskabets samlede kapitalandele, D1→D3 er selskabet D1 ejerskab til kapitalandele i datterselskabet D3 opgjort på tilsvarende måde, M→D2 er selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele i selskabet D2 og D2→D3 er selskabet D2's ejerskab til kapitalandele i D3.[97]

I tilfælde af, at M→D1, D1→D3, M→D2 og D2→D3 udgør samme værdi – dvs. at selskabsdeltageren kontrollerer samme brøkdel af de indskudte selskaber, som de indskudte selskaber hver især kontrollerer af datterselskabet – kan selskabsdeltagerens mindste indirekte ejerskab til kapitalandele i hvert af de indskudte selskaber, der vil udløse kontrol, opgøres til mere end 50 pct. efter formlen **X * X + X * X > 1/2**. Heraf følger, at **2 * X2 > 1/2** og **X > √1/4**.

Det er imidlertid indlysende, at såvel D1 som D2 ikke på samme tid kan eje mere end halvdelen af kapitalandelene i D3, eftersom summen af D3's kapitalandele ikke kan være højere end 1/1.[98]

Selskabsdeltageren kan dog fortsat kontrollere datterselskabet ved at eje mere end 50 pct. af kapitalandelene i ét af de indskudte selskaber, hvis dette selskab ejer 100 pct. af kapitalandelene i datterselskabet.

Det er ovenfor påvist, at anvendelse af serielt indskudte mellemselskaber alt andet lige fører til, at kravene til selskabsdeltagerens og de indskudte selskabers ejerskab til kapitalandele øges i takt med, at flere selskaber indskydes serielt mellem selskabsdeltageren og datterselskabet.[99] I modsætning hertil ændres kravet om ejerskab til kapitalandele ikke i de tilfælde, hvor der indskydes tre eller flere sideordnede selskaber. Ved anvendelse af 3 parallelt indskudte selskaber kan kravene til selskabsdeltageren og de enkelte selskaber – forudsat at selskabsdeltageren og hvert selskab ejer lige store kapitalandele opgjort i brøker – beregnes til mere end 40,82 pct. efter formlen **X * X + X * X + X * X> 1/2**, hvoraf følger **X > √1/6**. En sådan konstruktion er imidlertid ikke mulig, idet summen af de tre mellemselskabers ejerskab til kapitalandele i datterselskabet er større end 1/1 (100 pct.). Hvis det forudsættes, at de indskudte mellemselskaber har lige stor indflydelse på datterselskabet, kan deres ejerskab til kapitalandele hver beregnes til 1/3. For at kontrollere datterselskabet skal moderselskabet derfor eje **X * 1/3 + X * 1/3 + X *1/3 > 1/2** eller **X > 1/2**, dvs. mere end halvdelen af kapitalandelene i hvert af de indskudte selskaber. Noget andet er som nævnt ovenfor, at selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele i ét eller

97. Ligningens parenteser er strengt taget unødvendige, idet der ifølge algebraens grundregler altid skal multipliceres, inden der adderes.
98. Eftersom **D1→D3 + D2→D3 ≯1/1**.
99. Ovenfor 5.6.3.

flere – men ikke alle – af selskaberne kan være mindre end 50 pct.,[100] idet datterselskabet kan kontrolleres via blot ét af de øvrige selskaber.

5.6.5 Parallelt indskudte mellemselskaber – Stemmerettigheder

Ved afgørelsen af, om selskabsdeltageren har indirekte kontrol med et datterselskab som følge af parallelt indskudte selskabers rådighed over stemmerettigheder, anvendes de samme principper, som anvendes ved opgørelsen af kontrol på baggrund af serielt indskudte selskabers rådighed over stemmerettigheder. I den ovenfor nævnte konstruktion med en selskabsdeltager og to parallelt indskudte mellemselskaber anses selskabsdeltageren derfor for at kontrollere datterselskabet, hvis følgende matematiske udsagn er korrekt:[101] **IF (M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2) OR (M~D2 > 1/2 AND D2~D3 > 1/2) THEN M~D3 > 1/2**. M~D1 er selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder i selskabet D1, D1~D3 er selskabet D1's rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet D3, M~D2 er selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder i selskabet D2 og D2~D3 er selskabet D2's rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet D3.

Det matematiske udsagn har – selvom det bygger på samme principper som for serielt indskudte selskaber – en anden karakter. Dette beror på, at selskabsdeltagerens kontrol med datterselskabet kan bero på kontrol gennem enten selskabet D1 eller selskabet D2. Hertil kommer, at kontrol kan bero på en kombination af selskaberne D1 og D2's rådighed over stemmerettigheder, nemlig hvis selskabsdeltageren råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i hvert af selskaberne og selskaberne tilsammen råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i datterselskabet. Det matematiske udsagn herfor er **IF M~D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND D1~D3 + D2~D3 > 1/2 THEN M~D3 > 1/2**. Det samlede matematiske udsagn for, hvornår selskabsdeltageren kontrollerer datterselskabet i to parallelt indskudte selskaber som følge af rådighed over stemmerettigheder, er derfor **IF (IF (M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2) OR (M~D2 > 1/2 AND D2~D3 > 1/2)) OR (IF M~D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND D1~D3 + D2~D3 > 1/2) THEN M~D3 > 1/2 ELSE M~D3 ≤ 1/2**.

Den første del af det matematiske udsagn **(IF (M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2) OR (M~D2 > 1/2 AND D2~D3 > 1/2))** vil i øvrigt altid kun være sandt for så vidt angår ét af udsagnene **(M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2)** eller **(M~D2 > 1/2 AND D2~D3 > 1/2)**. Hvis selskabet D1 råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet D3, må selskabet D2 nødvendigvis råde over færre end 50 pct. af stemmerettighederne i samme selskab, eftersom den samlede mængde af stemmerettigheder kun kan udgøre 100 pct. Dette kan

100. Helt ned til 0 pct.
101. Se ovenfor 5.6.4.

udtrykkes som **IF D1~D3 > 1/2 THEN D2~D3 ≤ 1/2** og **IF D2~D3 > 1/2 THEN D1~D3 ≤ 1/2**.

I alle de situationer, hvor ét af de indskudte selskaber råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet, er det derfor alene af betydning af få fastlagt, om selskabsdeltageren råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i det pågældende indskudte selskab. Råden over stemmerettigheder i de øvrige indskudte selskaber – og deres råden over stemmerettigheder i datterselskabet – vil i disse situationer være uden betydning for, om kravet om kontrol er opfyldt.

Er der parallelt indskudt tre eller flere selskaber, kan selskabsdeltagerens kontrol med datterselskabet ligeledes foreligge enten på den måde, at ét af selskaberne råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i datterselskabet, og moderselskabet råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i dette indskudte selskab, eller ved, at moderselskabet råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i to eller flere af de indskudte selskaber, der tilsammen råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i datterselskabet, jf. det matematiske udsagn **IF (IF (M~D1 > 1/2 AND D1~D4 > 1/2) OR (M~D2 > 1/2 AND D2~D4 >1/2) OR (M~D3 > 1/2 AND D3~D4 > 1/2)) OR (IF M~D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND D1~D4 + D2~D4 > 1/2) OR (IF M~D1 > 1/2 AND M~D3 > 1/2 AND D1~D4 + D3~D4 > 1/2) OR (IF M~D2 > 1/2 AND M~D3 > 1/2 AND D2~D4 + D3~D4 > 1/2) OR (IF M~D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND M~D3 > 1/2 AND D1~D4 + D2~D4 + D3~D4 > 1/2) THEN M~D4 > 1/2 ELSE M~D4 ≤ 1/2**.

Selskabsdeltageren kan i øvrigt kontrollere datterselskabet, selvom selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder i ét eller flere af de indskudte selskaber og ét eller flere af selskabernes rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet udgør en værdi grænsende til 0 (nul) procent. Dette beror på, at selskabsdeltageren kan kontrollere datterselskabet gennem blot ét af de indskudte selskaber.

5.6.6 Parallelt indskudte mellemselskaber – Sammenligning

Ved en sammenligning af ovenstående følger, at der ved opgørelsen af selskabsdeltagers kontrol med et selskab via parallelt indskudte selskaber altid må tages højde for såvel ejerskab til kapitalandele som rådighed over stemmerettigheder, uanset om stemmefordelingen følger fordelingen af kapitalandele.

Der vil således kunne forekomme tilfælde, hvor såvel ejerskab til kapitalandelene som rådighed over stemmerettigheder vil føre til, at selskabsdeltageren anses for at kontrollere datterselskabet via parallelt indskudte selskaber.

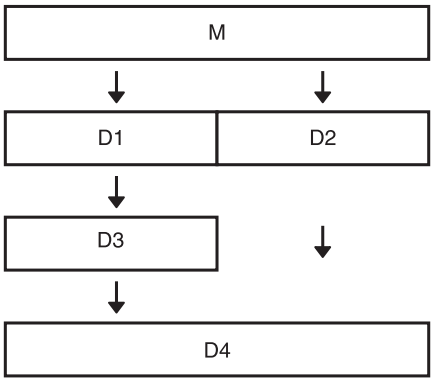
Der vil ligeledes kunne forekomme tilfælde, hvor ejerskab til kapitalandele ikke fører til, at der foreligger indirekte vertikal kontrol, hvorimod rådigheden over stemmerettigheder fører til, at der foreligger indirekte kontrol.

Endelig vil der kunne forekomme tilfælde, hvor ejerskab til kapitalandele fører til, at der statueres kontrol, samtidig med at rådigheden over stemmerettigheder ikke fører til, at der foreligger kontrol.

5.6.7 Serielt og parallelt indskudte selskaber mellemselskaber – Kapitalandele

Når selskabsdeltageren har indflydelse på et datterselskab via selskaber, der er indskudt såvel serielt som parallelt, er det vanskeligere at beregne, hvornår selskabsdeltageren anses for at kontrollere datterselskabet. Udgangspunktet for beregningerne er en kombination af den almindelige algebra og logikalgebraen. Beregningerne er imidlertid afhængige af, hvor mange selskaber der er indskudt serielt og parallelt mellem selskabsdeltageren og datterselskabet. Det har herunder afgørende betydning, hvor mange parallelle selskaber der er indskudt på hvert »niveau«, hvor mange »niveauer« af parallelle selskaber der er indskudt serielt, og hvorledes selskaberne indbyrdes er forbundet.

I en enkel konstruktion, hvor to selskaber er indskudt parallelt og et tredje selskab er indskudt serielt i forhold til ét af de to mellemselskaber, jf. nedenstående figur:



har selskabsdeltageren M indirekte kontrol med datterselskabet D4 som følge af ejerskab til kapitalandele, hvis **(M→D1 * D1→D3 * D1→D4) + (M→D2 * D2→D4) > 1/2**. Har selskabsdeltagerens og de indskudte selskabers ejerskab til kapitalandele, M→D1, D1→D3, D1→D4, M→D2, og D2→D4 samme nominelle værdier, kan kravet om ejerskab til kapitalandele for hvert enkelt selskab opgøres med udgangspunkt i det matematiske udsagn **X *X * X + X * X > 1/2**, eller **X3 + X2 > 1/2**, som svarer til **(X + 1) * X2 > 1/2**, hvorfor **X >√ (1/2)/(X + 1)**.

Selskabsdeltageren og hvert af de indskudte selskaber skal herefter eje mindst 56,6 pct. af kapitalandelene i det selskab, som selskabsdeltageren eller det

pågældende selskab kontrollerer. En sådan konstruktion er imidlertid ikke mulig, idet summen af selskaberne D2 og D3's ejerskab til kapitalandele i datterselskabet D4 da ville være mere end 100 pct. Heraf følger, at selskabsdeltageren enten må kontrollere datterselskabet D4 via selskabet D2 eller via selskaberne D1 og D3.

I det omfang, der indskydes flere parallelle selskaber, nedsættes kravet til de enkelte selskabers ejerskab til kapitalandele i datterselskabet alt andet lige, hvorimod der fortsat vil være krav om, at selskabsdeltageren skal eje mindst 50 pct. af kapitalandelene i mindst ét af de indskudte selskaber.[102] Indskydes der derimod flere serielle selskaber, vil kravene til både selskabsdeltagerens og selskabernes ejerskab til kapitalandele forøges.[103] Det må derfor i hver enkelt situation beregnes, hvilken betydning det har for selskabsdeltagerens indflydelse på selskabet, at der indskydes flere selskaber parallelt og serielt, eftersom der ikke på forhånd kan siges andet, end at anvendelsen af flere serielt og parallelt indskudte selskaber vil ændre beregningerne.

5.6.8 Serielt og parallelt indskudte selskaber mellemselskaber – Stemmerettigheder

Reglerne om selskabsdeltagers indirekte kontrol med et datterselskab ved hjælp af serielt og parallelt indskudte selskabers stemmerettigheder er – ligesom opgørelsen af indirekte kontrol på baggrund af kapitalandele, der ejes af serielt og parallelt indskudte mellemselskaber – noget komplicerede. I den ovenfor nævnte forenklede konstruktion anses selskabsdeltageren M for at kontrollere datterselskabet D4, hvis følgende matematiske udsagn er sandt:[104] **IF (M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2 AND D3~D4 > 1/2) OR (M~D2 > 1/2 AND D2~D4 > 1/2) THEN M~D4 > 1/2**.

Formlen indeholder to led: Dels et led, der undersøger, om selskabsdeltageren M har kontrol med datterselskabet D4 via rådighed over stemmerettigheder i selskaberne D1 og D3 **(M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2 AND D3~D4 > 1/2)**, dels et led, der undersøger, om selskabsdeltageren M har kontrol med datterselskabet D4 via rådighed over stemmerettigheder i D2 **(M~D2 > 1/2 AND D2~D4 > 1/2)**. Kun det ene led vil kunne være sandt på én og samme tid, for hvis **D2~D4 > 1/2**, må **D3~D4 ≤ 1/2**, og vice versa.

Hertil kommer, at selskabsdeltageren M kan kontrollere datterselskabet D4, hvis M direkte eller indirekte råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i både D2 og D3, og selskaberne D2 og D3 tilsammen råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i D4, jf. ligningen **IF M~D1 > 1/2 AND**

---

102. Se ovenfor 5.6.4.
103. Se ovenfor 5.6.1.
104. Se ovenfor 5.6.7.

D1~D3 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND D2~D4 + D3~D4 > 1/2 THEN M~D4 > 1/2.

Det samlede matematiske udsagn for, hvornår selskabsdeltageren kontrollerer datterselskabet, er derfor **IF ((M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2 AND D3~D4 > 1/2) OR (M~D2 > 1/2 AND D2~D4 > 1/2)) OR (M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND D2~D4 + D3~D4 >1/2) THEN M~D4 > 1/2 ELSE M~D4 ≤ 1/2**.

Det følger heraf, at kravet om, at selskabsdeltageren skal råde over mindst 50 pct. af stemmerettighederne i mindst ét af selskaberne, som direkte eller indirekte skal råde over mindst 50 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet, ikke kan fraviges. Dette gælder, uanset om konstruktionen udvides med ét eller flere parallelt eller serielt indskudte selskaber.

5.6.9 Serielt og parallelt indskudte selskaber mellemselskaber – Sammenligning

Ved en sammenligning af ovenstående matematiske udsagn ses, at der er et reelt behov for, at der ved opgørelsen af selskabsdeltagerens indirekte kontrol med selskabet lægges vægt på såvel ejerskab til kapitalandele som rådighed over stemmerettigheder.

Der vil således kunne forekomme tilfælde, hvor såvel ejerskab til kapitalandelene som rådighed over stemmerettigheder vil føre til, at der foreligger kontrol.

Der vil ligeledes kunne forekomme tilfælde, hvor ejerskab til kapitalandele ikke fører til, at der foreligger kontrol, hvorimod rådigheden over stemmerettigheder fører til, at der foreligger kontrol.

Endelig vil der kunne forekomme tilfælde, hvor ejerskab til kapitalandele fører til, at der statueres kontrol, samtidig med at rådigheden over stemmerettigheder ikke fører til, at der foreligger kontrol.

6. Indirekte horisontal kontrol – Koncernforbundne selskaber

6.1 Indledning

Ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager anses for at kontrollere et selskab, jf. LL § 2, skal de kapitalandele og de stemmerettigheder, som koncernforbundne selskaber til den pågældende selskabsdeltager ejer eller råder over, medregnes ved opgørelsen af selskabsdeltagerens kapitalandele og stemmerettigheder.

LL § 2 finder endvidere anvendelse i forholdet mellem koncernforbundne selskaber.

En analyse af, hvornår selskaber er koncernforbundne, kan som anført ovenfor tage udgangspunkt i KGL § 4, stk. 2.[105] Det undersøges herefter, hvilke selskaber der i henhold til KGL § 4, stk. 2, skal anses for at være »koncernforbundne« (nedenfor 6.2). Dernæst redegøres for, hvilke selskabsdeltagere der anses for at være samme aktionærkreds (samme kreds af selskabsdeltagere) i henhold til KGL § 4, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3 (nedenfor 6.3). På baggrund heraf redegøres for, hvorledes et koncernforbundet selskabs kapitalandele og stemmeretter skal medregnes ved bedømmelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer eller et selskab (nedenfor 6.4). Til sidst sammenfattes resultaterne af disse analyser (nedenfor 6.5).

6.2 De koncernforbundne selskaber

De koncernforbundne selskaber er i KGL § 4, stk. 2, opregnet som

- selskaber og foreninger m.v., hvor samme aktionærkreds direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i hvert selskab m.v., jf. KGL § 4, stk. 2, nr. 1 (nedenfor 6.2.1),
- selskaber og foreninger m.v., hvor samme aktionærkreds direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i hvert selskab m.v., jf. KGL § 4, stk. 2, nr. 2 (nedenfor 6.2.2),
- en fond og selskaber, hvori fonden direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i hvert selskab m.v., jf. KGL § 4, stk. 2, nr. 3 (nedenfor 6.2.1), eller
- en fond og selskaber, hvori fonden direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i hvert selskab m.v., jf. KGL § 4, stk. 2, nr. 4 (nedenfor 6.2.2).

I henhold til KGL § 4, stk. 2, kan to eller flere selskaber[106] derfor være koncernforbundne, hvis samme kreds af selskabsdeltagere (samme aktionærkreds) ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i et eller flere af selskaberne eller råder

105. Ovenfor 2.1.1 og 2.2.

106. »Foreninger m.v.« kan endvidere være koncernforbundne med selskaber, såfremt samme kreds af selskabsdeltagere ejer mere end halvdelen af kapitalandele eller råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i foreningen m.v. og selskabet. »Foreninger m.v.« kan også være koncernforbundne med et selskab som følge af, at foreningen m.v. ejer eller råder over kapitalandele eller stemmerettigheder i selskabet. Se hertil *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 67.

over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i et eller flere af de andre selskaber.[107] To selskaber kan være koncernforbundne, hvis den samme kreds af selskabsdeltagere kontrollerer det ene selskab som følge af ejerskab til kapitalandele og det andet selskab på baggrund af rådighed over stemmerettigheder. Det kræves ikke, at den samme kreds af selskabsdeltagere ejer kapitalandele i begge selskaber eller råder over stemmerettigheder i begge selskaber.

Sondringen mellem selskaber, der er koncernforbundne som følge af, at samme kreds af selskabsdeltagere ejer en bestemt andel af kapitalandelene,[108] og selskaber, der er koncernforbundne, fordi samme kreds af selskabsdeltagere råder over en bestemt andel af stemmerettighederne, er således alene systematisk begrundet.[109]

Kravet om ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder indebærer i øvrigt ifølge Landsskatterettens praksis, at et interessentskab – eller et kommanditselskab eller partrederi eller lignende – ikke i denne skatteretlige relation kan være koncernforbundet med et aktie- eller anpartsselskab, og det uagtet der kan være kapitalandele og/eller stemmerettigheder i interessentskaber, kommanditselskaber eller partrederier m.v., jf. TfS 2003, 44 LSR.[110] Det antages derimod at bestemmelsen i AL § 40, stk. 5, kan finde anvendelse, når den samme kreds af personer kontrollerer et interessentskab og et kapitalselskab.[111] I lyset af, at KGL § 4, stk. 2, ifølge ordlyden også omfatter »foreninger m.v.«, er Landsskatterettens afgørelse derfor af tvivlsom rigtighed i de tilfælde, hvor samme kreds af selskabsdeltagere bevisligt kontrollerer både et interessentskab og et kapitalselskab som følge af ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder.

6.2.1 Koncernforbundne som følge af ejerskab til kapitalandele

Hvis en selskabsdeltager (M) *direkte* ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i to eller flere selskaber (D1 og D2), anses de pågældende selskaber for at være koncernforbundne.[112]

Selskaberne anses herefter for at være koncernforbundne, hvis følgende ma-

---

107. Jf. også *Christian Homilius*, TfS 1999, 810, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 66, *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 86-87, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 414 og 453 og *Jane Bolander* i Lærebog om indkomstskat, s. 491.
108. Nedenfor 6.2.1.
109. Nedenfor 6.2.2.
110. Se om sagen ovenfor 4.2. Jf. også *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 91-92.
111. Jf. LV 2004-1 E.C.4.6 og E.C.5.3.6 samt forudsætningsvis TfS 1997, 87 LR.
112. Jf. også LV 2004-1 S.C.1.2.2.3.1 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 63.

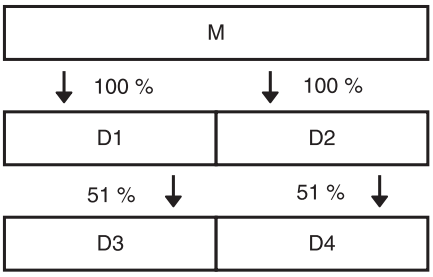
tematiske udsagn **M→D1 > 1/2 AND M→D2 > 1/2** er sandt, hvor M→D1 er selskabsdeltagerens – eller samme kreds af selskabsdeltageres – ejerskab til kapitalandele i selskabet D1 og M→D2 er selskabdeltagerens m.v. ejerskab til kapitalandele i selskabet D2. Hvis enten M→D1 eller M→D2 eller såvel M→D1 som M→D2 har en mindre numerisk værdi end 1/2 – dvs. hvis moderselskabet ejer mindre end halvdelen af kapitalandelene i det ene eller begge selskaber – er selskaberne derfor ikke koncernforbundne. Det matematiske udsagn herfor er **IF M→D1 > 1/2 AND M→D2 > 1/2 THEN D1↔D2 ELSE D1≠D2**, hvor D1↔D2 er udtryk for, at selskaberne er koncernforbundne, og D1≠D2 symboliserer, at de ikke er koncernforbundne.

Fra retspraksis kan henvises til

> TfS 2003, 584 LSR: Moderselskabet A ApS var sambeskattet med det helejede datterselskab B ApS og ejede halvdelen af interessentskabet C I/S. A ApS ejede sammen med selskabet D ApS selskabet E ApS. Da A ApS kun ejede 50 pct. af anpartskapitalen i E ApS, var selskaberne ifølge Landsskatteretten ikke koncernforbundne, jf. KGL § 4, stk. 2.[113]

To eller flere selskaber (D3 og D4) kan også være koncernforbundne som følge af, at den samme kreds af selskabsdeltagere (M) *indirekte* via to mellemselskaber (D1 og D2) ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i hvert selskab.[114]

> *Eksempel:* Moderselskabet M ejer 100 pct. af kapitalandelene i hvert af selskaberne D1 og D2. Mellemselskaberne D1 og D2 ejer hver 51 pct. af kapitalandelene i henholdsvis D3 og D4.



> I henhold til KGL § 4, stk. 2, anses D1 og D2 for at være koncernforbundne, idet samme kreds af selskabsdeltagere – M – direkte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i hvert af selskaberne. D3 og D4 må endvidere anses for at være koncernforbundne, idet samme

113. Afgørelsen er refereret nedenfor XIX, 5.1.
114. Jf. også LV 2004-1 S.C.1.2.2.3.1 og *Lisbeth Rasmussen*, SpO 2000, 182.

kreds af selskabsdeltagere – M – indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i hvert af selskaberne.

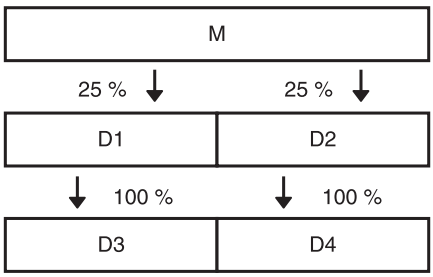
Fra retspraksis kan henvises til sagerne TfS 1998, 534 LSR og TfS 1998, 824 LSR.

TfS 1998, 534 LSR: Selskabet A var moderselskab for tre 100 pct. ejede datterselskaber, C, D, og E. Mellemselskabet C var holdingselskab for B. A og B blev af Landsskatteretten anset for at være koncernforbundne i henhold til KGL § 4 (dengang KGL § 6 B).

TfS 1998, 824 LSR: Datterselskabet A var 100 pct. ejet af C. A og C var begge en del af koncernen K, som ejedes af to brødre. Koncernen omfattede også selskabet D. A, C og D var frivilligt sambeskattede. A ejede 31,7 pct. af kapitalandelene i selskabet B. På en generalforsamling i B blev det diskuteret, om selskabet skulle sælges eller likvideres. Det blev besluttet at overdrage samtlige kapitalandele i selskabet til koncernen K, hvor D i sidste ende blev køber af kapitalandelene. Ifølge Landsskatteretten var A og D koncernforbundne, jf. KGL § 4 (dengang KGL § 6 B).

I de tilfælde, hvor den samme kreds af selskabsdeltagere ejer lig med 50 pct. eller færre af kapitalandelene i de indskudte selskaber, må det overvejes, om datterselskaberne skal anses for at være koncernforbundne, jf. nedenstående eksempel:

Moderselskabet M ejer 25 pct. af kapitalandelene i hvert af mellemselskaberne D1 og D2. D1 og D2 ejer hver 100 pct. af kapitalandelene i henholdsvis datterselskabet D3 og datterselskabet D4. Ingen af selskaberne råder over stemmerettigheder.



De indskudte selskaber – i eksemplet D1 og D2 – kan ikke anses for at være koncernforbundne, eftersom samme kreds af selskabsdeltagere – i eksemplet M – hverken direkte eller indirekte ejer mere end halvdelen af kapitalandelene i hvert af selskaberne.

Datterselskaberne – i eksemplet D3 og D4 – vil derimod kunne anses for at

være koncernforbundne, forudsat de indskudte selskaber – i eksemplet D1 og D2 – anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere, eller forudsat selskabsdeltageren – i eksemplet M – anses for indirekte at eje mere end halvdelen af kapitalandelene i hvert af datterselskaberne.

Det må for det første afvises, at de indskudte selskaber anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere. Disse selskaber er ikke koncernforbundne, medmindre selskabsdeltageren ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene eller råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i hvert af selskaberne.[115] Det ene selskab har heller ikke direkte eller indirekte kontrol med det andet selskab, eftersom de er indskudt parallelt.[116] Endelig er to parallelt indskudte selskaber ikke omtalt i definitionen af samme kreds af selskabsdeltagere i ABL § 11, stk. 3.[117]

Det må for det andet afvises, at selskabsdeltageren indirekte kontrollerer mere end halvdelen af kapitalandelene i hvert af datterselskaberne. Selskabsdeltagerens indirekte vertikale ejerskab til kapitalandelene i datterselskaberne via de horisontalt indskudte selskaber må opgøres på baggrund af de almindelige principper om indirekte ejerskab til kapitalandele, således at selskabsdeltageren M i ovenstående eksempel alene anses for indirekte at eje 25 pct. (25 pct. af 100 pct.) af kapitalandelene i henholdsvis datterselskabet D3 og datterselskabet D4.[118]

Heraf følger, at hverken de indskudte selskaber eller datterselskaberne kan anses for at være koncernforbundne. Dette kan udtrykkes på den måde, at når de indskudte selskaber, der ikke direkte kontrolleres af samme kreds af selskabsdeltagere, ikke anses for at være koncernforbundne, må dette så meget desto mere gælde for de datterselskaber, som de indskudte selskaber kontrollerer. Det forhold, at de indskudte selskaber direkte kontrollerer datterselskaberne, kan ikke ændre ved følgeslutningen.

I ovenstående eksempel anses datterselskaberne herefter for at være koncernforbundne, hvis det matematiske udsagn **M→D1 * D1→D3 > 1/2 AND M→D2 * D2→D4 > 1/2** er sandt, når M→D1 er selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele i selskabet D1, D1→D3 er selskab D1's ejerskab til kapitalandele i datterselskabet D3, M→D2 er selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele i selskabet D2, og D2→D4 er selskabet D2's ejerskab til kapitalandele i datterselskabet D4.

Hvis D1→D3 og D2→D4 hver især udgør 100 pct., eller 1/1, idet selskaberne ejer samtlige kapitalandele i hvert sit datterselskab, bliver kravene til selskabsdeltagerens ejerskab, at **M→D1 * 1/1 > 1/2 AND M→D2 * 1/1 > 1/2**, hvoraf

115. Se nærmere nedenfor 6.3.1.
116. Se nærmere nedenfor 6.3.2.
117. Se nærmere nedenfor 6.3.3.
118. Jf. ovenfor 5.4, 5.5 og 5.6.7.

følger, at **M→D1 > 1/2 AND M→D2 > 1/2**, hvilket vil sige, at selskabsdeltageren skal eje mere end 50 pct. af kapitalandelene i begge de indskudte selskaber. Herefter følger, at to selskaber alene vil være koncernforbundne som følge af indirekte ejerskab til kapitalandele via horisontalt indskudte mellemselskaber, hvis den samme kreds af selskabsdeltagere direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene eller stemmerne i de indskudte selskaber.

Dette krav om 50 pct. ejerskab til kapitalandele i de indskudte mellemselskaber er også forudsat i forarbejderne til den nu ophævede, men i øvrigt til KGL § 4, stk. 2, svarende bestemmelse, i KGL § 6 B, stk. 3:

> »Ved en aktionærkreds' indirekte ejerskab forstås ejerskab via andre selskaber m.v., hvori den pågældende aktionærkreds ejer mere end 50 pct. af aktiekapitalen«.[119]

6.2.2 Koncernforbundne som følge af rådighed over stemmerettigheder

To eller flere selskaber (D1 og D2) vil være koncernforbundne, hvis den samme kreds af selskabsdeltagere *direkte* råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i hvert af selskaberne.[120]

Ved anvendelse af matematiske begreber kan dette udtrykkes ved, at selskaberne er koncernforbundne, når det matematiske udsagn **M~D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2** er korrekt, når M~D1 er selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet D1, og M~D2 er selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet D2.

Ved bedømmelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne som følge af, at samme kreds af selskabsdeltagere *indirekte* råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i alle selskaberne, skal den matematiske logikalgebra anvendes.

To eller flere datterselskaber anses herefter for at være koncernforbundne, hvis samme kreds af selskabsdeltagere kontrollerer samtlige stemmerettigheder i det eller de indskudte selskaber, og de pågældende selskaber tilsammen råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i alle datterselskaberne.[121]

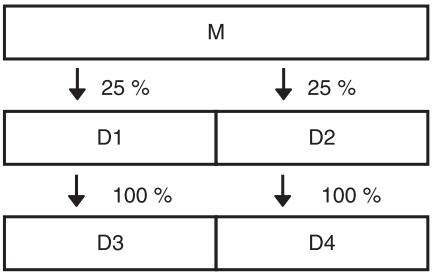
Når den samme kreds af selskabsdeltagere derimod råder over 50 pct. eller færre af stemmerettighederne i de indskudte selskaber, må det overvejes, om datterselskaberne fortsat kan anses for at være koncernforbundne, jf. nedenstående eksempel:

> Moderselskabet M råder over 25 pct. af stemmerettighederne i hvert af mellemselskaberne

---

119. Folketingstidende 1991-92, Tillæg A, sp. 5487, og Folketingstidende 1991-92, Tillæg B, sp. 1497-1498.
120. Jf. også LV 2004-1 S.C.1.2.2.3.1.
121. Jf. også LV 2004-1 S.C.1.2.2.3.1.

D1 og D2. Mellemselskaberne D1 og D2 råder over hver 100 pct. af stemmerettighederne i henholdsvis D3 og D4. Det forudsættes, at ingen af selskaberne ejer kapitalandele i andre selskaber.



De indskudte selskaber – D1 og D2 i eksemplet – er ikke koncernforbundne. Datterselskaberne – i eksemplet D3 og D4 – vil endvidere kun kunne anses for at være koncernforbundne, hvis de indskudte selskaber anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere, eller hvis selskabsdeltageren – i eksemplet M – anses for indirekte at råde over mere end halvdelen af stemmerettighederne i hvert af datterselskaberne.

Det må som nævnt ovenfor afvises, at mellemselskaberne udgør samme kreds af selskabsdeltagere.[122] Selskabsdeltageren kan endvidere ikke anses for indirekte at kontrollere datterselskaberne, idet den indirekte vertikale kontrol via de horisontalt indskudte mellemselskaber opgøres med udgangspunkt i logikalgebraen. Når selskabsdeltageren råder over 50 pct. eller færre af stemmerettighederne i de indskudte selskaber, anses selskabsdeltageren overhovedet ikke for at råde over stemmerettigheder i datterselskaberne, uagtet de indskudte selskaber råder over samtlige stemmerettigheder i datterselskaberne. I eksemplet ovenfor anses selskabsdeltageren M derfor for at råde over 0 pct. af stemmerettighederne i hvert af datterselskaberne D3 og D4. [123]

Heraf følger, at hverken de indskudte selskaber eller datterselskaberne kan anses for at være koncernforbundne, når selskabsdeltageren ikke har kontrol med de indskudte selskaber, som kontrollerer datterselskaberne, og når de indskudte selskaber ikke i øvrigt kan anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere.

I eksemplet vil datterselskaberne herefter være koncernforbundne, hvis følgende matematiske udsagn **M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND D2~D4 > 1/2** er korrekt, hvor M~D1 er selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder i selskabet D1, D1~D3 er selskab D1's rådighed over stem-

122. Se ovenfor 6.2.1.2. Jf. endvidere nedenfor 6.3.1-6.3.3.
123. Jf. ovenfor 5.3 og 5.6.8.

merettigheder i datterselskabet D3, M~D2 er selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder i selskabet D2, og D2~D4 er selskabet D2's rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet D4.

Den logiske operator AND indebærer, at alle udsagn skal være sande, førend det samlede matematiske udsagn er korrekt. Dette kan udtrykkes ved **IF (M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND D2~D4 > 1/2) THEN (D1↔D2 AND D3↔D4) ELSE (D1≠D2 AND D3≠D4)**, hvor **(D1↔D2 AND D3↔D4)** betyder, at de indskudte selskaber og datterselskaberne er koncernforbundne, og **(D1≠D2 AND D3≠D4)** symboliserer, at de ikke er koncernforbundne.

Told- og Skattestyrelsen er i LV2004-1 S.C.1.2.2.3.1 nået til samme resultat i et noget enklere eksempel:

»Det forudsættes, at stemmefordelingen følger kapitalandelene.

---

2. Råder selskab A over 49 pct. af stemmerne i henholdsvis selskab B og C, og råder selskab B over 10 pct. af stemmerne i selskab C, er ingen af selskaberne koncernforbundne«.

6.2.3 Direkte og indirekte horisontal kontrol som koncernforbindelse

I henhold til KGL § 4, stk. 2, er to eller flere selskaber koncernforbundne, hvis samme kreds af selskabsdeltagere ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i selskaberne og/eller råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i selskaberne.

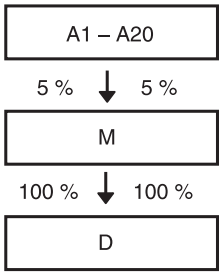
Af bestemmelsens *ordlyd* følger, at f.eks. et moder- og datterselskab ikke vil blive anset for at være koncernforbundne, medmindre samme kreds af selskabsdeltagere – dvs. moderselskabets og datterselskabets selskabsdeltagere – kontrollerer begge selskaber, jf. nedenstående eksempel:

Moderselskabet, M, råder direkte over 100 pct. af stemmerettighederne og ejer 100 pct. af kapitalandelene i datterselskabet D. Moderselskabet ejes af 20 fysiske personer, der hver ejer 5 pct. af kapitalandelene og råder over 5 pct. af stemmerettighederne i M.[124]

I henhold til *ordlyden* af KGL § 4, stk. 2, kan M ikke anses for at være koncernforbundet med D, medmindre A1-A20 anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere. Hvis

124. De pågældende er ikke nærstående, jf. herom nedenfor 7.

A1-A20 ikke anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere, er der ingen selskabsdeltager, der ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i både M og D.



På samme måde burde et mellemselskab og et datterselskab – eller et moderselskab og et datterselskab – i henhold til *ordlyden* af KGL § 4, stk. 2, ikke anses for at være koncernforbundne, medmindre samme kreds af selskabsdeltagere, dvs. henholdsvis moderselskabet eller moderselskabets selskabsdeltagere, kontrollerer begge selskaber.

Denne fortolkning har imidlertid ikke støtte i forarbejderne til den tilsvarende bestemmelse i den tidligere kursgevinstlov, KGL § 6 B. Det anføres tværtimod, at moder- og datterselskaber samt moder- og datterdatterselskaber anses for at være koncernforbundne, uden at der tages forbehold om, at en selskabsdeltager i moderselskabet direkte eller indirekte skal kontrollere begge selskaber:

»Som koncernforbundne selskaber anses selskaber og foreninger m.v. hvor samme aktionærkreds ved fordringens erhvervelse eller på noget senere tidspunkt direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerne i hvert selskab. Ved den indirekte indflydelse forstås stemmeret via andre selskaber, hvori den pågældende aktionærkreds råder over mere end 50 pct. af stemmerne. Der kan således være tale om lån fra et moderselskab til et datterselskab eller omvendt, lån fra et moderselskab til et datterdatterselskab eller omvendt eller lån mellem søsterselskaber«.[125]

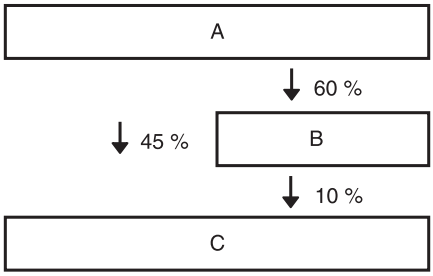
Det samme fremgår af et eksempel i LV 2004-1 S.C.1.2.2.3.1, der giver udtryk for Told- og Skattestyrelsens opfattelse af gældende ret:

»Det forudsættes, at stemmefordelingen følger kapitalandelene.

1. Råder selskab A over 60 pct. af stemmerne i selskab B og 45 pct. af stemmerne i selskab C, og råder selskab B over 10 pct. af stemmerne i selskab C, er såvel A og B som A og C koncernforbundne«.

125. Folketingstidende 1990-91, Tillæg B, sp. 1308-1309.

Forholdet mellem selskaberne A, B og C kan illustreres ved følgende figur:



Told- og Skattestyrelsen er således af den opfattelse, at moderselskabet og mellemselskabet er koncernforbundne, og at moderselskabet og datterselskabet er koncernforbundne, selvom ingen selskabsdeltager eller samme kreds af selskabsdeltagere efter det oplyste kontrollerer A samtidigt med B og C.[126] Denne selskabsdeltager kan ikke være A, som ganske vist råder over 60 pct. af stemmerettighederne i B og 55 pct. af stemmerettighederne i C, men som efter det oplyste ikke forudsættes af kontrollere sig selv. På baggrund af lovens forarbejder kan det endvidere ikke antages, at Told- og Skattestyrelsen i eksemplet har forudsat, at én selskabsdeltager – eller samme kreds af selskabsdeltagere – råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i A, således at den eller de pågældende direkte og indirekte kontrollerer såvel A som B og C.

Det må derfor konkluderes, at det ved vedtagelsen af KGL § 4, stk. 2,[127] har været forudsat, at selskaber, der kontroller eller kontrolleres af hinanden – f.eks. et moder- og datterselskab – er koncernforbundne, selvom ingen enkelt selskabsdeltager eller samme kreds af selskabsdeltagere direkte eller indirekte kontrollerer *begge* selskaber.[128] Det, der i henhold til LL § 2 betegnes som direkte eller indirekte vertikal kontrol, anses derfor i relation til KGL § 4, stk. 2, for at være en forbindelse, hvorefter to selskaber bliver koncernforbundne.

I retspraksis er det i adskillige tilfælde antaget, at moder- og datterselskaber må anses for at være koncernforbundne i henhold til KGL § 4, stk. 2 – tidligere KGL § 6 B – jf. sagerne TfS 1986, 46 SD, TfS 1992, 296 TS, TfS 1993, 324 LR, TfS 1993, 264 LR, TfS 1994, 834 LR og TfS 1997, 653 LR, når blot moderselskabet kontrollerer datterselskabet.

---

126. Det anføres ikke i eksemplet, om B og C skal anses for at være koncernforbundne. Dette må antages, eftersom samme kreds af selskabsdeltagere – A – direkte og indirekte råder over 55 pct. af stemmerettighederne i C og direkte råder over 60 pct. af stemmerettighederne i B. Se nærmere nedenfor 6.4.2.
127. Tidligere KGL § 6 B.
128. Cfr. det *éne* selskab (datterselskabet), der kontrolleres af moderselskabet.

TfS 1984, 46 SD: Den til KGL § 4 svarende bestemmelse i den nu ophævede kursgevinstlov – KGL § 6 B – fandt anvendelse på et moderselskab, der var var frivilligt sambeskattet med et datterselskab. Det vil sige, at moderselskabet ejede 100 pct. af kapitalandelene i datterselskabet.

TfS 1992, 296 TS: Et holdingselskab og dets helejede datterselskab var omfattet af den til KGL § 4 svarende bestemmelse i den nu ophævede KGL § 6 B.

TfS 1993, 324 LR: D A/S var et helejet datterselskab af M A/S. Ligningsrådet fandt, at selskaberne var omfattede af KGL § 4 (dengang KGL § 6 B), idet der var tale om koncernforbundne selskaber.

TfS 1993, 264 LR: Datterselskabet D var 100 pct. ejet af moderselskabet M. Ved besvarelsen af, om en kapitalforhøjelse var omfattet af KGL § 4 (dengang KGL § 6 B) lagde Ligningsrådet til grund, at selskaberne var koncernforbundne.

TfS 1994, 834 LR: Moderselskabet M ejede samtlige kapitalandele i datterselskabet D. Ligningsrådet fandt, at selskaberne var omfattede af KGL § 4 (dengang KGL § 6 B).

TfS 1997, 653 LSR: Moderselskabet M ejede 100 pct. af kapitalandelene i datterselskabet D. Selskaberne var ifølge Landsskatteretten koncernforbundne i henhold til KGL § 4 (dengang KGL § 6 B).

Ved bedømmelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne, må det imidlertid erindres, at definitionen i LL § 2 alene beror på de samme principper, som er kommet til udtryk i KGL § 4, stk. 2.[129] I sidstnævnte bestemmelse er fortolkningen af, hvilke selskaber der anses for at være koncernforbundne, endvidere meget vidtgående, eftersom der ikke udtrykkeligt i KGL § 4, stk. 2, er regler for det tilfælde, at et selskab direkte eller indirekte kontrollerer et andet selskab. I relation til KGL § 4, stk. 2, anses alle former for direkte og indirekte vertikal kontrol derfor som en forbindelse, der fører til, at selskaberne er koncernforbundne. I modsat fald ville tab på fordringer i forholdet mellem f.eks. et moder- og datterselskab ikke være sanktioneret af KGL § 4.

I relation til LL § 2 kan det derfor med betydelig styrke fastholdes, at to eller flere selskaber alene anses for at være koncernforbundne, hvis samme selskabsdeltager eller samme kreds af selskabsdeltagere kontrollerer begge selskaber, og at moder- og datterselskaber eller moder- og mellemselskaber derfor ikke er

129. Se ovenfor 2.1.1 og 2.2.

koncernforbundne, medmindre moderselskabets selskabsdeltagere direkte eller indirekte kontrollerer begge selskaber.[130]

6.3 Samme kreds af selskabsdeltagere

Der findes ikke i KGL § 4, stk. 2, nogen klar definition af, hvilke selskabsdeltagere der skal anses for at være »samme aktionærkreds« – dvs. samme kreds af selskabsdeltagere – når bortses fra, at det i KGL § 4, stk. 2, anføres, at selskabsdeltagere som nævnt i ABL § 11, stk. 3, anses som samme aktionærkreds.[131]

Det kan imidlertid ikke antages, at henvisningen til ABL § 11, stk. 3, er udtømmende, således at det alene er selskabsdeltagere, der er omfattet af ABL § 11, stk. 3, som anses for at udgøre samme kreds af selskabsdeltagere.[132] En nærmere analyse af begrebet fører tværtom frem til, at samme kreds af selskabsdeltagere i hvert fald udgøres af

– koncernforbundne selskaber (6.3.1),
– selskaber, der kontrollerer eller kontrolleres af hinanden (6.3.2), og
– aktionærer som nævnt i ABL § 11, stk. 3 (6.3.3).

Det kan til gengæld diskuteres, om to selskabsdeltagere er samme kreds af selskabsdeltagere, alene fordi de har indflydelse på det samme selskab eller de samme selskaber.[133]

I praksis er dette afvist af Ligningsrådet i sagen TfS 1992, 200 LR og af Landsskatteretten i sagen TfS 2003, 500 LSR.

> TfS 1992, 200 LR: Et aktieselskab A påtænkte at afstå såvel aktier som ansvarlig lånekapital i aktieselskabet B, hvortil A siden B's stiftelse løbende havde indskudt ca. 2 mio. kr. som ansvarlig lånekapital. Kapitalandelene i B var fordelt med 25 1/3 pct. til aktieselskabet C, 25 1/3 pct. til den personlige selskabsdeltager D, 24 pct. til den personlige selskabs-

130. Moderselskabet kan uafhængigt heraf anses for at kontrollere mellem- eller datterselskaber som følge af direkte eller indirekte vertikal kontrol.
131. Se også *Lars Villadsen & Kim Wind Andersen*, TfS 2000, 713.
132. Jf. *Henrik Peytz* i Kursgevinstloven med kommentarer, s. 55.
133. Dette er antaget af *Henrik Peytz* i Kursgevinstloven med kommentarer, s. 55, der anfører, at reglen formentlig må forstås således, at blot en hvilken som helst gruppe af personer/selskaber/fonde ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i to selskaber eller råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne, er de to selskaber koncernforbundne efter denne bestemmelse; uanset at ejerforholdene inden for kredsen kan være forskellige. Det samme antages af *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 67, *Jakob Bundgaard*, Tynd kapitalisering, s. 109-110 og *Mette Klingsten & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 80.

deltager E, og 25 1/3 pct. til selskabet A. Bestyrelsen i B bestod af direktør F, som også var direktør i A, bestyrelsesmedlem G, de personlige selskabsdeltagere D og E samt advokat H. Kapitalandelene i A var ejet af F og dennes børn, som ikke var selskabsdeltagere i B. Ligningsrådet fandt, at selskaberne A og B ikke var koncernforbundne i henhold til KGL § 6 B (nu KGL § 4, stk. 2).

TfS 2003, 500 LSR: Selskabet A ApS ejedes af de personlige anpartshavere B, C, D og E med hver 24 pct. af anpartskapitalen. De sidste 4 pct. af anpartskapitalen ejedes af F A/S. F A/S ejedes af de 4 personlige anpartshavere og A ApS. Ifølge Landsskatteretten kunne selskabsdeltagerne ikke anses for at have kontrol med selskabet, jf. LL § 2, stk. 2.[134]

Det følger af sidstnævnte afgørelse, at Landsskatteretten ikke kan have anset selskabsdeltagerne for at være samme kreds af selskabsdeltagere, alene fordi de havde en ikke ubetydelig indflydelse på samme selskab.[135]

Det ovenfor anførte var tidligere Told- og Skattestyrelsens opfattelse af gældende ret, jf. LV 2002 S.C.1.2.2.3.1, men blev ændret under henvisning til TfS 1999, 976 LR, jf. LV 2004-1 S.C.1.2.2.3.1:[136]

»Det forudsættes, at stemmefordelingen følger kapitalandelene.

---

4. Råder et selskab A over 50 pct. af stemmerne i henholdsvis selskab C og D, mens selskab B tilsvarende råder over 50 pct. af stemmerne i henholdsvis selskab C og D, er selskab C og D koncernforbundne, jf. TfS 1999, 976 LR«.[137]

Ligningsrådets afgørelse i TfS 1999, 976 LR må anses for at være korrekt, selvom begrundelsen for resultatet må anses for at være forkert.[138] Ligningsrådet udtalte, at grænseoverskridende transaktioner på tværs af de selskaber, som et interessentskab ejede, var omfattet af SKL § 3 B. Som begrundelse herfor anførtes:

---

134. Se nærmere om sagen nedenfor XVIII, 3.3.1.
135. Det må i øvrigt have været forudsat, at selskabsdeltagerne ikke var nærstående, jf. nedenfor 6.3.3.
136. Jf. også *Gitte Skouby*, *Jytte Hjorth & Peter Nellemann*, Kursgevinstloven med kommentarer, s. 55.
137. Eksemplet hidrører fra CIR nr. 134 af 29/7 1992, pkt. 61. Se også *Lars Villadsen & Kim Wind Andersen*, TfS 2000, 713.
138. Se referatet ovenfor 3.5. Cfr. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 70-71 og *Jens Wittendorff*, SR-Skat 2000, 193.

»Som det fremgår af det af revisor oplyste, ejer moder-konsortiet aktierne i de selskaber, der udgør moderselskaberne i de enkelte underkoncerner. Underkoncernerne kontrolleres derfor af samme kreds af aktionærer, jf. skattekontrollovens § 3 B, stk. 2, 2. pkt., hvorfor selskaberne i underkoncernerne er koncernforbundne, jf. skattekontrollovens § 3 B, stk. 1, nr. 3. Selskaber på tværs af underkoncernerne er også koncernforbundet efter kursgevinstlovens § 4, stk. 2«.[139]

Det af Ligningsrådet anførte kunne isoleret set tiltrædes, forudsat at det antages, at »samme kreds af aktionærer« er interessentskabet. Ligningsrådet havde imidlertid forinden afvist, at interessentskabet kunne anses for at være selskabsdeltager. At Ligningsrådet ikke har anset interessentskabet for at være selskabsdeltager, fremgår også af det næste led i begrundelsen:

»På grund af ovennævnte lovforslagsbemærkningers henvisning til principperne i kursgevinstlovens § 4, stk. 2, kan det med sikkerhed udledes, at udtrykket ″kontrollerer″ i skattekontrollovens § 3 B, stk. 2, 2. pkt., ikke indebærer, at det er en betingelse, at en (fysisk eller) juridisk person med status som selvstændigt skattesubjekt direkte eller indirekte skal eje mere end 50 pct. af kapitalen eller besidde mere end 50 pct. af stemmerne i to eller flere selskaber, førend disse selskaber anses for koncernforbundne efter skattekontrollovens § 3 B, stk. 1, nr. 3«.

Denne bemærkning kan ikke antages at være rettet mod interessentskabet, idet dette utvivlsomt direkte eller indirekte ejede mere end halvdelen af kapitalandelene i de selskaber, som var underlagt dette. Det anførte må i stedet tage sigte på interessenterne, der som tidligere fremhævet af Ligningsrådet ikke kontrollerede nogle af de selskaber, som interessentskabet ejede.[140] Dette støttes endvidere af, at det i afgørelsen blev bemærket, at det samme havde været tilfældet, hvis interessentskabet ikke havde været indskudt mellem selskaberne.[141] Disse selskaber blev derfor på trods af, at de efter det oplyste alene havde et interessefællesskab i form af ejerskab til interessentskabet, anset for at være »samme kreds af aktionærer«.

Det er endelig overraskende, at Ligningsrådet på baggrund af en henvisning til KGL § 4, stk. 2, »med sikkerhed« kunne udlede, at to eller flere selskaber kan være koncernforbundne, selvom intet skattesubjekt ejer mere end halvdelen af kapitalandelene eller råder over mere end stemmerettighederne i begge selskaber. Hvis ikke grænsen i henhold til ordlyden af KGL § 4, stk. 2, er 50 pct., må der findes en anden nedre grænse. Hvad denne grænse er, fremgår ikke klart af

139. TfS 1999, 976 LR.
140. Jf. også *Lars Villadsen & Kim Wind Andersen*, TfS 2000, 713.
141. Ligeledes *Lars Villadsen & Kim Wind Andersen*, TfS 2000, 713.

lovgivningen, og Ligningsrådets udtalelse herom kan derfor fortolkes således, at to selskaber er koncernforbundne, blot nogle selskabsdeltagere – som ikke i øvrigt har noget interessefællesskab – ejer kapitalandele eller råder over stemmerettigheder i begge selskaber. På baggrund af en sådan definition alle selskaber i ind- og udland kunne være koncernforbundne, al den stund samme kreds af investorer og småsparere ejede kapitalandele i begge selskaber. Ligningsrådets udtalelse kan imidlertid også fortolkes således, at der i det mindste stilles krav om et konkret interessefællesskab mellem selskabsdeltagerne, for at de kan anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere. Et sådant krav fremgår imidlertid heller ikke af lovgivningen. Ligningsrådets fortolkning af, hvad der er koncernforbundne selskaber, synes derfor at være mere vidtgående, end der er hjemmel til.

> I sin yderste konsekvens kunne Ligningsrådets opfattelse føre til, at to selskaber ville være koncernforbundne, hvis selskaberne blev kontrolleret af de samme f.eks. 100, 1000 eller 10.000 selskabsdeltagere, som ikke i øvrigt havde noget interessefællesskab, og som ikke hver for sig kontrollerede nogle af selskaberne.[142] Til gengæld kan det ikke afvises, at der – navnlig når kredsen af selskabsdeltagere er meget lille – kan være et betydeligt behov for at regulere transaktioner mellem to selskaber, idet selskabsdeltagerne kan have en fælles interesse i at forskyde indkomst fra det ene selskab til det andet selskab. Ud fra en rent sproglig fortolkning må begrebet »samme aktionærkreds« derfor kunne omfatte den situation, at to eller flere fysiske eller juridiske personer er selskabsdeltagere i de samme selskaber, og når den enkelte selskabsdeltager ejer lige mange kapitalandele i de pågældende selskaber, således at en forskydning af indkomsten mellem disse alt andet lige ikke har økonomisk betydning for den pågældende selskabsdeltager.

Noget andet er, at de selskaber, som interessentskabet ejede, efter omstændighederne måtte anses for at være koncernforbundne, fordi samme kreds af selskabsdeltagere – selve interessentskabet – ejede mere end halvdelen af kapitalandelene i hvert af selskaberne.[143] I den forbindelse er det uden betydning, at interessentskabet efterfølgende ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst

---

142. Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 69, der ganske vist tilslutter sig Ligningsrådets opfattelse, men som på den anden side anfører: »Der er ikke med koncerndefinitionen taget højde for situationer, hvor den fælles ejerskare skyldes, at et eller flere udenlandske selskaber er børsnoterede. Herved kan man næppe tale om en fælles aktionærkreds, der burde være omfattet af koncerndefinitionen.« En enslydende bemærkning findes i *Jakob Bundgaard*, Tynd kapitalisering, s. 111.
143. Når først et flertal af interessenterne var blevet enige, kunne interessentskabet så vidt ses stemme på samtlige stemmerettigheder, jf. ovenfor 3.4, medmindre det i medfør af det deklaratoriske udgangspunkt om interessentskabets ledelse antages, at beslutninger om anvendelse af interessentskabets stemmerettigheder krævede énstemmighed. Datterselskaberne i hvert af

ikke er et selvstændigt skattesubjekt. Det kunne være anført, at ingen af interessenterne havde kontrol med de selskaber, som interessentskabet ejede, og at de derfor ikke kunne være koncernforbundne. En koncernforbindelse forudsætter imidlertid lige så lidt som direkte eller indirekte kontrol, at den øverste selskabsdeltager i hierarkiet kontrollerer samtlige selskaber fra og med det første selskab til og med det sidste selskab i hierarkiet.[144]

I afgørelsen TfS 2004, 126 LR har Ligningsrådet fastholdt sin fortolkning af begrebet »samme aktionærkreds«, idet to selskaber blev anset for at være koncernforbundne, fordi de samme tre selskabsdeltagere ejede samtlige kapitalandele i det ene selskab og mere end halvdelen af kapitalandelene i det andet selskab.

6.3.1 Koncernforbundne selskaber

Koncernforbundne selskaber må anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere. Dette er en følge af, at de koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte må have samme kreds af selskabsdeltagere for at være koncernforbundne.

I mange tilfælde vil det dog være uden betydning, om koncernforbundne mellemselskaber anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere, idet datterselskaberne allerede kan anses for at være koncernforbundne som følge af selskabsdeltagerens indirekte rådighed over stemmerettigheder.

6.3.2 Selskaber, det kontrollerer eller kontrolleres af hinanden

Selskaber, der kontrollerer eller kontrolleres af hinanden, må også anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere, når én selskabsdeltager eller den samme kreds af selskabsdeltagere kontrollerer selskaberne.

Det har ikke nogen selvstændig betydning, at koncernforbundne selskaber og selskaber, der kontrollerer eller kontrolleres af hinanden, anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere, forudsat at en selskabsdeltager, der er placeret højere i hierarkiet af selskaber, i sidste ende direkte eller indirekte kontrollerer alle de forbundne selskaber. Eftersom KGL § 4, stk. 2, tager højde for både direkte og indirekte rådighed over stemmerettigheder eller ejerskab til kapitalandele, er to eller flere selskaber allerede koncernforbundne, når den øverste selskabsdeltager i hierarkiet har direkte eller indirekte kontrol med selskaberne.

---

de moderselskaber, som interessentskabet ejede, var også koncernforbundne, i det omfang de var ejet af samme moderselskab.

144. I modsat fald ville langt de fleste børsnoterede selskaber ikke kunne kontrollere andre selskaber, idet kontrollen med det børsnoterede selskab er spredt på så mange selskabsdeltagere, at ingen enkelt selskabsdeltager eller kreds af selskabsdeltagere kan kontrollere dette.

6.3.3 Nærstående

Selskabsdeltageren og dennes ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer, anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere, jf. KGL § 4, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3.[145]

To selskaber kan derfor være koncernforbundne, hvis en selskabsdeltager f.eks. kontrollerer det ene selskab, og selskabsdeltagerens ægtefælle kontrollerer det andet selskab, jf. også Told- og Skattestyrelsens eksempel i LV 2004-1 S.C.1.2.2.3.1:

> »Det forudsættes, at stemmefordelingen følger kapitalandelene.
>
> ---
>
> 3. Råder en person X over 51 pct. af stemmerne i selskab A, og råder X's ægtefælle Y over 51 pct. af stemmerne i selskab B, er selskab A og selskab B koncernforbundne«.

Forholdet mellem på den ene side selskaberne A og B og på den anden side ægtefællerne X og Y kan illustreres ved følgende figur:

Fra retspraksis kan henvises til sagen TfS 1999, 89 LSR.

> TfS 1999, 89 LSR: A ApS var ejet af selskabsdeltagerne C, hans mor D og hans søster E. C ejede sammen med D mere end 50 pct. af anparterne i A ApS, ligesom de tilsammen rådede over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i A ApS. C ejede derudover 100 pct. af anparterne og rådede over 100 pct. af stemmerettighederne i B ApS. A ApS og B ApS var derfor koncernforbundne i henhold til KGL § 4 (dengang KGL § 6 B).

Den personkreds, der er omfattet af ABL § 11, stk. 3, er de samme »nærstående«, som er omfattet af LL § 16 H, stk. 2. Redegørelsen for, hvem personkredsen omfatter, og hvorledes kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af eller rådes over af den nævnte personkreds, skal medregnes ved bedømmelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer et selskab, udskydes derfor til fælles behandling

145. Idet stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold.

med reglerne om indirekte horisontal kontrol sammen med nærstående, personlige aktionærer og deres nærstående.[146]

Analysen af ABL § 11, stk. 3, vil derfor her for det første blive begrænset til spørgsmålet om, hvorvidt kapitalandele og stemmerettigheder, der *har tilhørt* nærstående, skal medregnes ved opgørelsen af, om to selskaber er koncernforbundne. Dernæst vil det blive undersøgt, hvilken betydning det har, at der i henhold til ABL § 11, stk. 3, sidste pkt., skal medregnes aktier, som tilhører eller har tilhørt selskaber og fonde m.v., hvorover den nævnte personkreds på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har eller har haft en *bestemmende indflydelse.*

I henhold til ABL § 11, stk. 3, medregnes ikke alene kapitalandele og stemmerettigheder, der tilhører selskabdeltagerens ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer, men også kapitalandele og stemmerettigheder, der *har tilhørt* den samme personkreds, ved afgørelsen af, om selskabsdeltageren og dennes nærstående (den samme kreds af selskabsdeltagere) ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i et selskab eller råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i selskabet. Kapitalandele tilhørende en tidligere ægtefælle til den nævnte personkreds og kapitalandele, som en nuværende ægtefælle til den nævnte personkreds har afstået før ægteskabets indgåelse, medregnes dog ikke.

Som nævnt ovenfor henviser KGL § 4, stk. 2, til ABL § 11, stk. 3, for så vidt angår definitionen af samme kreds af selskabsdeltagere. Det må som følge heraf overvejes, om kapitalandele og stemmerettigheder, der har tilhørt den ovenfor nævnte personkreds, skal medregnes ved bedømmelsen af, om samme kreds af selskabsdeltagere kontrollerer to eller flere selskaber på en sådan måde, at de anses for at være koncernforbundne i henhold til KGL § 4, stk. 2.

Til støtte herfor kan anføres, at LL § 2 indirekte – via henvisningen til SEL § 32, der henviser KGL § 4, stk. 2 – uden forbehold henviser til ABL § 11, stk. 3, ved definitionen af samme kreds af selskabsdeltagere.[147] Som følge heraf kan det anføres, at stemmerettigheder og kapitalandele, der har tilhørt de pågældende personer, skal medregnes.

Der er imidlertid vægtige grunde til at se bort fra kapitalandele og stemmerettigheder, der har tilhørt de pågældende personer. For det første henviser KGL § 4, stk. 2, alene til »aktionærer som nævnt i« ABL § 11, stk. 3. Denne henvisning kan fortolkes således, at det alene er selve opregningen af personkredsen, der henvises til. For det andet er bestemmelsen om kapitalandele, der »har tilhørt« den nævnte personkreds i ABL § 11, stk. 3, nært forbundet med ABL §

146. Nedenfor 7.3.
147. Se nærmere ovenfor 2.1.1 og 2.3.

11, stk. 2, hvorefter hovedaktionæraktier er aktier eller anparter, der ejes af skattepligtige, der ejer eller på noget tidspunkt inden for de seneste 5 år har ejet 25 pct. eller mere af aktiekapitalen, eller som råder eller i den ovennævnte periode har rådet over mere end 50 pct. af stemmeværdien. Bestemmelsen i ABL § 11, stk. 3, er således møntet på kapitalandele og stemmerettigheder, der har tilhørt selskabsdeltagerens nærstående inden for samme 5-årige periode som nævnt i ABL § 11, stk. 2. For det tredje ville en fortolkning, hvorefter der tillige skulle medregnes kapitalandele, der har tilhørt den pågældende personkreds, i henhold til KGL § 4, stk. 2, gælde uden tidsbegrænsning. Heraf følger, at kapitalandele og stemmerettigheder skulle medregnes, selv om de havde tilhørt den pågældende personkreds for mange år siden – og efter omstændighederne langt mere end 5 år siden. I hele denne periode ville selskaber kunne være koncernforbundne, selvom samme kreds af selskabsdeltagere ikke længere aktuelt ejede mere end 50 pct. af kapitalandelene i hvert selskab eller rådede over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i hvert selskab. For det fjerde må det tages i betragtning, at tilsvarende bestemmelser ikke findes i LL § 16 H, stk. 2, om tvungen sambeskatning for personer m.v. Personer, der er omfattet af LL § 16 H, skal således ikke medregne kapitalandele og stemmerettigheder, der har tilhørt den nærstående personkreds. Dette må have en vis – omend begrænset – afledt betydning ved vurderingen af, om to selskaber m.v. er koncernforbundne. For det femte og sidste indeholder LL § 2 en selvstændig definition af, hvilke selskaber der anses for at være koncernforbundne. Selvom denne bestemmelse er grundlagt på de principper, der kommer til udtryk i KGL § 4, stk. 2, kan den ikke være bundet af en særlig og konkret begrundet udvidelse i ABL § 11, stk. 3.

Det må derfor konkluderes, at kapitalandele og stemmerettigheder, der har tilhørt nærstående, ikke skal medregnes ved bedømmelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne, fordi selskabsdeltageren og dennes nærstående (den samme kreds af selskabsdeltagere) ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene eller råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i selskaberne.[148]

I henhold til ABL § 11, stk. 3, sidste pkt., skal der ved opgørelsen af, hvad en selskabsdeltager ejer af kapitalandelene eller råder over af stemmerettigheder, medregnes kapitalandele og stemmerettigheder, som tilhører selskaber, fonde m.v., hvorover selskabsdeltageren eller dennes nærstående m.v. på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har en *bestemmende indflydelse.*[149]

Som nævnt ovenfor henviser KGL § 4, stk. 2, til »aktionærer som nævnt i«

148. Anderledes *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 414.

149. Der må som nævnt ovenfor ses bort fra kapitalandele og stemmerettigheder, som har tilhørt den

ABL § 11, stk. 3. Det må på baggrund heraf overvejes, om kapitalandele og stemmerettigheder, der tilhører sådanne selskaber og fonde m.v., skal medregnes ved bedømmelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne som følge af, at den samme kreds af selskabsdeltagere ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene eller råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i alle selskaberne. De nævnte selskaber og fonde m.v. må uden tvivl anses for at være selskabsdeltagere («aktionærer«), eftersom de ejer kapitalandele eller råder over stemmerettigheder i de selskaber, som kan være koncernforbundne. De er endvidere udtrykkeligt »nævnt« i ABL § 11, stk. 3. På baggrund heraf må det konkluderes, at henvisningen i KGL § 4, stk. 2, til ABL § 11, stk. 3, også omfatter selskaber, fonde m.v., hvorover selskabsdeltageren eller dennes nærstående m.v. på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har en bestemmende indflydelse.

Den »bestemmende indflydelse» er et begreb, der anvendes i ABL § 11, stk. 3, sidste pkt., men som ikke anvendes i LL § 2. Det fremgår ikke af ABL § 11, stk. 3, hvornår en bestemmende indflydelse må antages at foreligge, herunder om der kan stilles bestemte krav om ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder, således som det f.eks. er tilfældet i LL § 2. Efter bestemmelsens ordlyd må det afgørende være, om selskabsdeltageren eller dennes nærstående har en bestemmende indflydelse på selskabet eller fonden m.v., uden hensyntagen til, hvor mange kapitalandele eller stemmerettigheder den eller de pågældende ejer eller råder over. Den bestemmende indflydelse indebærer derfor, at selskabsdeltageren alene eller sammen med sine nærstående m.v., jf. ABL § 11, stk. 3, skal kunne bestemme over selskabet eller fonden m.v.

Det er ikke enhver form for bestemmende indflydelse, der er omfattet ABL § 11, stk. 3. I bestemmelsen forudsættes tværtimod, at den bestemmende indflydelse skal foreligge i kraft af besiddelse af kapitalandele, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse. En bestemmende indflydelse som følge af, at selskabsdeltageren eller dennes nærstående i øvrigt har en dominerende position i forhold til selskabet eller fonden m.v. – f.eks. som en uundværlig forretningsforbindelse – er derfor ikke omfattet. I så fald hører selskabet eller fonden m.v. ikke til den samme kreds af selskabsdeltagere, der i øvrigt består af selskabsdeltageren og dennes nærstående.

---

pågældende personkreds, og derfor ligeledes fra en bestemmende indflydelse på selskabet eller fonden m.v., som den pågældende personkreds måtte have haft, men ikke længere har.

6.4 Opgørelsen af koncernforbundne selskabers kapitalandele og stemmerettigheder

Der er ovenfor redegjort for, hvilke selskaber der i henhold til KGL § 4, stk. 2, og de tilsvarende principper i LL § 2 må anses for at være koncernforbundne.[150] I det følgende redegøres for, hvorledes koncernforbundne selskabers ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder skal medregnes ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager anses for at kontrollere et selskab.

Der sondres mellem på den ene side de situationer, hvor selskabsdeltageren og det eller de koncernforbundne selskaber ejer kapitalandele i selskabet (nedenfor 6.4.1), og på den anden side de tilfælde, hvor selskabsdeltageren og det eller de koncernforbundne selskaber råder over stemmerettigheder i selskabet (nedenfor 6.4.2).

6.4.1 Ejerskab til kapitalandele

Når to eller flere selskaber er koncernforbundne som følge af, at samme kreds af selskabsdeltagere direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i hvert af selskaberne, må der tages stilling til, efter hvilke regler det skal afgøres, om de koncernforbundne selskaber har kontrol med andre selskaber.

Hvis selskabsdeltageren eller samme kreds af selskabsdeltagere ejer samtlige kapitalandele i de koncernforbundne selskaber, må de kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af eller tilhører koncernforbundne selskaber, medregnes fuldt ud ved opgørelsen af, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab. I tilfælde, hvor selskabsdeltageren ejer samtlige kapitalandele i de indskudte selskaber, og de indskudte selskaber tilsammen ejer samtlige kapitalandele i datterselskaberne, kan det derfor konkluderes, at de indskudte selskaber er koncernforbundne, at disse selskaber anses for at kontrollere datterselskabet, og at selskabsdeltageren anses for at kontrollere datterselskabet.

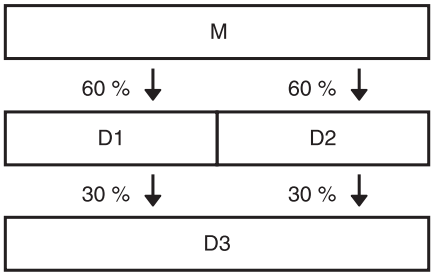
Det er til gengæld ikke i LL § 2 eller KGL § 4, stk. 2, afklaret, hvorledes der skal forholdes, hvis selskabsdeltageren ejer mindre end 100 pct. af kapitalandelene i hvert af de koncernforbundne selskaber.[151] Problemstillingen kan illustreres ved følgende eksempel:

> Moderselskabet M ejer 60 pct. af kapitalandelene i henholdsvis D1 og D2. Mellemselskaberne D1 og D2 ejer hver 30 pct. af kapitalandelene i datterselskabet D3. Hverken mo-

150. Ovenfor 6.2.

151. Eftersom selskaberne anses for at være koncernforbundne må selskabsdeltageren eller samme kreds af selskabsdeltagere til gengæld eje mere end 50 pct. af kapitalandelene i selskaberne og/eller råde over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i et af selskaberne.

derselskabet eller mellemselskaberne råder over stemmerettigheder i henholdsvis mellemselskaberne og datterselskabet.



Det følger af KGL § 4, stk. 2, at mellemselskaberne (D1 og D2) i ovenstående eksempel er koncernforbundne selskaber, eftersom den samme kreds af selskabsdeltagere (M) ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i begge selskaber, jf. KGL § 4, stk. 2, nr. 1 og 3. Selskabsdeltageren kan imidlertid ikke anses for at kontrollere datterselskabet som følge af indirekte vertikal kontrol.[152] Det må herefter overvejes, om et eller flere mellemselskaber i fællesskab med andre koncernforbundne mellemselskaber skal anses for at kontrollere et datterselskab, som moderselskabet ikke anses for at kontrollere. Ved bedømmelsen af dette spørgsmål er det afgørende, hvorledes de koncernforbundne mellemselskabers indflydelse på datterselskabet skal opgøres, herunder om det skal ske ved

– addition af de kapitalandele, som hvert af de koncernforbundne mellemselskaber direkte ejer i datterselskabet (nedenfor 6.4.1.1),
– addition af de kapitalandele, som det ene af de koncernforbundne mellemselskaber direkte ejer i datterselskabet, med de kapitalandele, som moderselskabet indirekte ejer i datterselskabet gennem det andet mellemselskab (nedenfor 6.4.1.2), eller
– addition af de kapitalandele, som moderselskabet indirekte ejer i datterselskabet gennem begge mellemselskaber (nedenfor 6.4.1.3).

Der er ikke i KGL § 4, stk. 2 – eller andetsteds i lovgivningen – holdepunkter for at vælge den ene løsning frem for den anden. Det anføres således alene, at kapitalandele, der ejes af koncernforbundne selskaber, skal »medregnes« ved bedømmelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer et selskab.

152. Se ovenfor 5.2. Selskabsdeltageren M anses for indirekte at kontrollere 36 pct. (18 pct. + 18 pct.) af kapitalandelene i datterselskabet D3.

6.4.1.1 Addition af mellemselskabernes ejerskab til kapitalandele

Hvis de kapitalandele, som det ene mellemselskab – i eksemplet D1 – ejer, adderes med de kapitalandele, som det andet mellemselskab – i eksemplet D2 – ejer, vil mellemselskaberne i fællesskab blive anset for at kontrollere datterselskabet – i eksemplet D3 – eftersom de i fællesskab ejer mere end halvdelen af kapitalandelene i datterselskabet.

Heraf følger, at mellemselskaberne vil blive anset for at have indirekte horisontal kontrol med et selskab, som det moderselskab, der kontrollerer mellemselskaberne, ikke anses for at kontrollere som følge af indirekte vertikal kontrol.

I eksemplet ovenfor svarer dette til, at D1 og D2 hver for sig vil blive anset for at kontrollere D3, selvom M, der kontrollerer D1 og D2, ikke anses for at kontrollere D3.

Denne mangel på »ligevægt» ved bedømmelsen af moderselskabets og mellemselskabernes kontrol kan give anledning til nogle særprægede situationer. Den indebærer således i eksemplet, at moderselskabets økonomiske og handelsmæssige transaktioner med datterselskabet ikke er omfattet af LL § 2, hvorimod mellemselskabernes transaktioner med datterselskabet vil være omfattet af LL § 2. Det samme vil moderselskabets transaktioner med mellemselskaberne og mellemselskaberne indbyrdes transaktioner.[153]

Det må imidlertid også erkendes, at en sådan mangel på »ligevægt« forekommer i langt de fleste tilfælde, hvor et selskab kontrollerer et andet selskab. Et moderselskab, der ejer 100 pct. af kapitalandelene i et datterselskab, anses f.eks. for at kontrollere dette, selvom ingen af moderselskabets selskabsdeltagere – der kan være andre selskaber eller personlige selskabsdeltagere – direkte eller indirekte kontrollerer hverken moderselskabet eller datterselskabet. Direkte kontrol og indirekte vertikal kontrol forudsætter således ikke, at den øverste selskabsdeltager i hierarkiet direkte eller indirekte kontrollerer samtlige selskaber.[154] Koncernforbundne selskabers kontrol kan derfor heller ikke forudsætte, at den øverste selskabsdeltager i hierarkiet kontrollerer datterselskabet.

Der er imidlertid den forskel, at *mindst én* selskabsdeltager – enten en person eller et selskab – i de tilfælde, hvor der foreligger direkte kontrol eller indirekte vertikal kontrol, må have kontrol med selskabet, selvom andre selskaber, der er højere placeret i hierarkiet, ikke nødvendigvis kontrollerer selskabet.

---

153. Det samme gælder for reglerne i SEL § 11 og SEL § 11 A. Der vil også kunne konstrueres eksempler, hvor reglerne om tvungen sambeskatning i SEL § 32, LL § 16 H eller FBL § 12 ikke vil finde anvendelse i forholdet mellem selskabsdeltageren og datterselskabet, men derimod i forholdet mellem mellemselskaberne og datterselskabet.

154. Jf. i det hele ovenfor 4 og 5.

I ovenstående eksempel anses moderselskabet M således for direkte at kontrollere mellemselskaberne D1 og D2, uanset de selskaber og personer, der er selskabsdeltagere i M, hverken indirekte eller direkte måtte have kontrol med M, D1 eller D2. Mindst én selskabsdeltager – M – har imidlertid kontrol med D1 og D2.

Ved en addition af de koncernforbundne mellemselskabers ejerskab til kapitalandele anses selskaberne derimod for at kontrollere et selskab i tilfælde, hvor *ingen* selskabsdeltager nødvendigvis kontrollerer selskabet.

D1 og D2 anses således for at kontrollere D3, selvom hverken moderselskabet M eller andre selskabsdeltagere alt andet lige har direkte eller indirekte kontrol med D3.

Heraf følger, at de koncernforbundne mellemselskaber vil blive anset for at kontrollere et datterselskab, som ingen enkelt selskabsdeltager – eller samme kreds af selskabsdeltagere – der er placeret højere i hierarkiet end mellemselskaberne, anses for at kontrollere.

En addition af de koncernforbundne mellemselskabers ejerskab til kapitalandele i datterselskabet vil derfor kunne føre til det uhensigtsmæssige resultat,

– at koncernforbundne mellemselskaber anses for at kontrollere datterselskaber, selvom ingen af de selskabsdeltagere, der nødvendigvis direkte eller indirekte må kontrollere de koncernforbundne mellemselskaber, direkte eller indirekte kontrollerer datterselskaberne.

6.4.1.2 Addition af mellemselskabets og moderselskabets ejerskab til kapitalandele

Det kan som nævnt ovenfor i stedet overvejes at medregne koncernforbundne selskabers ejerskab til kapitalandele på den måde, at det ene koncernforbundne mellemselskabs ejerskab til kapitalandele adderes med de kapitalandele, som moderselskabet indirekte ejer i datterselskabet gennem det andet mellemselskab.

I ovenstående eksempel vil dette føre til, at det ene mellemselskab – f.eks. D1 – anses for direkte at eje 30 pct. af kapitalandelene i datterselskabet D3, og at der ved bedømmelsen af, om D1 kontrollerer D3, tillige skal medregnes de 18 pct., som moderselskabet M indirekte via det andet mellemselskab, D2, ejer i datterselskabet D3.[155] En sådan opgørelse vil medføre, at ingen af mellemselskaberne anses for at kontrollere datterselskabet sammen med koncernforbundne selskaber.

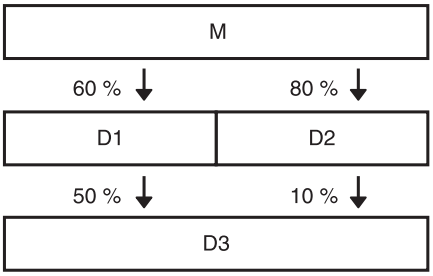
Der er imidlertid fortsat ikke nogen »ligevægt« ved bedømmelsen af, om de

155. I alt 48 pct.

koncernforbundne mellemselskaber og moderselskabet kontrollerer datterselskabet. I ovenstående eksempel vil hverken moderselskabet eller mellemselskabet ganske vist blive anset for at kontrollere datterselskabet, men moderselskabets indflydelse på datterselskabet (36 pct.) opgøres til en anden værdi[156] end mellemselskabernes indflydelse på datterselskab (48 pct.).[157] Den manglende »ligevægt« er imidlertid som nævnt ovenfor ikke særegen ved beregningen. Af større betydning er, at der vil kunne forekomme tilfælde, hvor de koncernforbundne mellemselskaber anses for at kontrollere et selskab, som ingen andre selskabsdeltagere eller samme kreds af selskabsdeltagere, der er placeret højere i hierarkiet end mellemselskaberne, anses for at kontrollere.

Hertil kommer, at beregningen vil give forskelligt resultat for de enkelte mellemselskaber, medmindre moderselskabets indflydelse på mellemselskaberne og mellemselskabernes indflydelse på datterselskaberne i form af ejerskab til kapitalandele har samme værdier, jf. nedenstående eksempel:

Moderselskabet M ejer 60 pct. af kapitalandelene i mellemselskabet D1 og 80 pct. af kapitalandelene i mellemselskabet D2. D1 ejer 50 pct. af kapitalandelene i datterselskabet D3. D2 ejer 10 pct. af kapitalandelene i D3. Hverken moderselskabet eller mellemselskaberne råder over stemmerettigheder.



Ved en addition af mellemselskabets kapitalandele med selskabsdeltagerens kapitalandele vil mellemselskabet D1 blive anset for at kontrollere D3 (1/2 + 4/5 * 1/10 = 29/50, svarende til 58 pct.), hvorimod D2 ikke vil blive anset for at kontrollere D3 (1/10 + 3/5 * 1/2 =19/50, svarende til 38 pct.).

En addition af koncernforbundne mellemselskabers direkte ejerskab til kapitalandele i datterselskabet med moderselskabets indirekte ejerskab til kapitalandele i datterselskabet vil derfor kunne føre til de uhensigtsmæssige resultater,

156. 3/5 * 3/10 + 3/5 * 3/10 = 9/25, svarende til 36 pct.
157. 3/10 + 3/5 * 3/10 = 12/25, svarende til 48 pct.

– at koncernforbundne mellemselskaber anses for at kontrollere datterselskaber, selvom ingen af de selskabsdeltagere, der nødvendigvis direkte eller indirekte må kontrollere de koncernforbundne mellemselskaber, direkte eller indirekte kontrollerer datterselskaberne, og
– at det ene koncernforbundne mellemselskab anses for at kontrollere datterselskabet, selvom det andet koncernforbundne selskab ikke anses for at kontrollere datterselskabet.

6.4.1.3 Addition af selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele

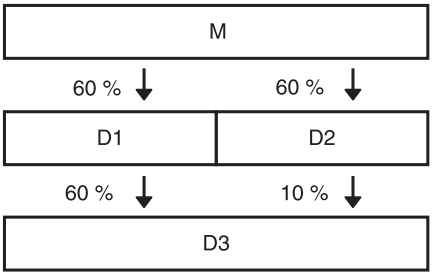
Ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager sammen med koncernforbundne selskaber kontrollerer et datterselskab, kan der endelig lægges vægt på, hvilke kapitalandele der indirekte ejes af det selskab, den person – eller den kreds af selskabsdeltagere – der ejer kapitalandele i de koncernforbundne selskaber. I det ovenfor 6.4.1 præsenterede eksempel tages herved i betragtning, at moderselskabet ikke ejer 100 pct. af kapitalandelene i nogle af de koncernforbundne mellemselskaber, og at deres »koncernforbindelse» derfor ikke er fuldstændig. Som følge heraf medregner hvert af de koncernforbundne mellemselskaber alene kapitalandele svarende til moderselskabets indirekte ejerskab til kapitalandele. Mellemselskaberne anses derfor ikke for at kontrollere datterselskabet.[158]

Ved en sådan beregning er der »ligevægt« ved opgørelsen af moderselskabets og mellemselskabernes indflydelse på datterselskabet, idet såvel moderselskabet som hvert af mellemselskaberne direkte og indirekte anses for at eje det samme antal kapitalandele i datterselskabet.[159] Heraf følger også, at de koncernforbundne mellemselskaber kun anses for at kontrollere et datterselskab, hvis mindst én selskabsdeltager eller samme kreds af selskabsdeltagere, der er placeret højere i hierarkiet end mellemselskaberne, anses for at kontrollere datterselskabet. Til gengæld vil der ikke altid være »ligevægt«, hvis en selskabsdeltagers direkte eller indirekte vertikale kontrol sammenlignes med den indirekte horisontale kontrol sammen med koncernforbundne selskaber. Anvendelsen af den ovenfor omtalte metode vil f.eks. kunne føre til, at et mellemselskab anses for at kontrollere et datterselskab på baggrund af direkte kontrol, men ikke anses for at kontrollere datterselskabet sammen med et andet koncernforbundet mellemselskab

Eksempel: Moderselskabet M ejer 60 pct. af kapitalandelene i mellemselskabet D1 og 60 pct. af kapitalandelene i mellemselskabet D2. D1 ejer 60 pct. af kapitalandelene i datterselskabet D3. D2 ejer 10 pct. af kapitalandelene i D3.

---

158. 3/5 * 3/10 + 3/5 * 3/10 = 9/25, svarende til 36 pct.
159. Både M, D1 og D2 opgør det direkte og indirekte ejerskab som 3/5 * 3/10 + 3/5 * 3/10 = 9/25, svarende til 36 pct.



Hverken moderselskabet eller mellemselskaberne råder over stemmerettigheder. Det er fast antaget, at moderselskabet har direkte kontrol med mellemselskaberne D1 og D2, men ikke indirekte kontrol med D3.[160] D1 må endvidere utvivlsomt anses for at kontrollere datterselskabet D3, hvis kontrollen skal opgøres i overensstemmelse med reglerne om direkte ejerskab til kapitalandele.[161] Hvis D1 ved opgørelsen af sin kontrol med D2 skal medregne egne og et koncernforbundet selskabs ejerskab til kapitalandele efter den metode, hvor der lægges vægt på moderselskabets, M's, indirekte ejerskab til kapitalandele i datterselskabet D3, vil D1 derimod ikke blive anset for at kontrollere D3, idet D1 da alene ejer 42 pct. af kapitalandelene i D3 (3/5 * 3/5 + 3/5 * 1/10 = 21/50).

En addition af selskabsdeltagerens indirekte ejerskab til kapitalandele i datterselskabet vil derfor kunne føre til det uhensigtsmæssige resultat,

– at et koncernforbundet mellemselskab anses for at have direkte kontrol med et datterselskab, som det ikke anses for at kontrollere sammen med andre koncernforbundne mellemselskaber.

6.4.1.4 Sammenfatning

Der er ovenfor redegjort for, at opgørelsen af koncernforbundne selskabers ejerskab til kapitalandele vil kunne føre til uhensigtsmæssige resultater,

– hvor et koncernforbundet mellemselskab anses for at kontrollere et selskab, som moderselskabet ikke anses for at kontrollere,
– hvor et koncernforbundet mellemselskab sammen med andre koncernforbundne selskaber anses for at kontrollere et selskab, som disse andre koncernforbundne selskaber ikke anses for at kontrollere, og
– hvor et koncernforbundet selskab anses for at have direkte kontrol med et selskab, som det ikke anses for at kontrollere sammen med andre koncernforbundne selskaber,

160. Idet M direkte og indirekte ejer 42 pct. af kapitalandelene i D3 (3/5 * 3/5 + 3/5 * 1/10 = 21/50).
161. Se ovenfor 4.2.

alt afhængigt af, på hvilken måde koncernforbundne selskabers ejerskab til kapitalandele medregnes ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab. Ved vurderingen af, hvorledes koncernforbundne selskabers ejerskab til kapitalandele i andre selskaber bør beregnes, kan der derfor ikke tages hensyn til, om den valgte metode fører til uhensigtsmæssige resultater. Til gengæld må der lægges afgørende vægt på, hvilken metode der i videst muligt omfang er i overensstemmelse med de principper for opgørelse af kontrol som følge af ejerskab til kapitalandele, der i øvrigt finder anvendelse.

Som følge heraf må det klart afvises at anvende den metode, hvorefter et indskudt selskabs direkte eller indirekte ejerskab til kapitalandele adderes med de kapitalandele, som en selskabsdeltager, der er placeret højere i selskabernes hierarki end det indskudte selskab, ejer indirekte gennem andre selskaber, som er koncernforbundne med det indskudte selskab.[162] Ved anvendelse af denne metode vil nogle koncernforbundne selskaber blive anset for at kontrollere selskaber, som andre koncernforbundne selskaber ikke anses for at kontrollere. Dette er en følge af, at principperne for opgørelse af direkte ejerskab til kapitalandele tilsidesættes for alle bortset fra ét af de koncernforbundne selskaber.

Ved en addition af de koncernforbundne selskabers selskabsdeltageres indirekte ejerskab til kapitalandele i de selskaber, hvori de koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte ejer kapitalandele,[163] tilsidesættes principperne for opgørelse af direkte og indirekte vertikal kontrol. Metoden fører ganske vist til, at koncernforbundne selskaber alene anses for at kontrollere et selskab, hvis mindst én selskabsdeltager eller samme kreds af selskabsdeltagere, der er placeret højere i hierarkiet end de koncernforbundne selskaber, anses for at kontrollere selskabet. Et selskabs direkte eller indirekte kontrol med et datterselskab som følge af ejerskab til kapitalandele forudsætter imidlertid ikke, at en selskabsdeltager, der er placeret højere i hierarkiet af selskaber end det pågældende selskab, har direkte eller indirekte kontrol med selskabet eller datterselskabet.[164]

Anvendes den metode, hvorefter de koncernforbundne selskabers ejerskab til kapitalandele adderes,[165] vil to eller flere koncernforbundne selskaber kunne anses for at kontrollere et selskab, som den eller de selskabsdeltagere, der kontrollerer de koncernforbundne selskaber, ikke anses for at kontrollere. Denne mangel på »ligevægt« tilsidesætter imidlertid ikke principperne for opgørelse af direkte og indirekte kontrol. Det er således også anerkendt, at f.eks. et mellemselskab kan have direkte kontrol med et datterselskab, selvom moderselskabet

162. Se ovenfor 6.4.1.2.
163. Se ovenfor 6.4.1.3.
164. Se herom ovenfor 4.2 og 5.2.
165. Se ovenfor 6.4.1.1.

hverken har direkte kontrol med mellemselskabet eller indirekte kontrol med datterselskabet.[166]

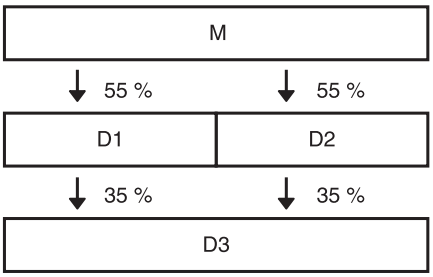
De koncernforbundne selskabers ejerskab til kapitalandele må derfor opgøres på den måde, at hvert selskabs direkte – og eventuelt også indirekte – ejerskab til kapitalandele i andre selskaber adderes, uanset om de selskabsdeltagere, der kontrollerer de koncernforbundne selskaber, ikke ejer samtlige kapitalandele i de koncernforbundne selskaber.[167]

6.4.2 Rådighed over stemmerettigheder

To eller flere selskaber vil som nævnt ovenfor være koncernforbundne, når samme selskabsdeltager eller samme kreds af selskabsdeltagere direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i hvert selskab.[168]

Det anføres imidlertid hverken i LL § 2 – eller i KGL § 4, stk. 2 – hvorledes selskabsdeltageren skal »medregne« koncernforbundne selskabers rådighed over stemmerettigheder, når det skal bedømmes, om selskabsdeltageren sammen med koncernforbundne selskaber råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i et selskab, jf. følgende eksempel:

Moderselskabet, M, råder over 55 pct. af stemmerettighederne i hvert af mellemselskaberne D1 og D2. D1 og D2 råder over henholdsvis 35 og 35 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet D3.



M anses for at kontrollere både D1 og D2 som følge af direkte rådighed over stemmerettigheder. D1 og D2 er derfor koncernforbundne. M må endvidere anses for at kontrollere D3 indirekte på baggrund af rådighed over stemmer, idet M indirekte råder over 35 pct. af stemmerettighederne via D1 og 35 pct. af stemmerettighederne via D2, i alt 70 pct.

166. Jf. ovenfor 4.2, 4.3, 5.2 og 5.3.
167. Dvs. efter den metode, der er omtalt ovenfor 6.4.1.1. Dette synes også at være forudsat af *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 414.
168. Se ovenfor 6.2.2.

Ved bedømmelsen af, om et af de koncernforbundne selskaber anses for at kontrollere datterselskabet sammen med det andet koncernforbundne selskab, kan de koncernforbundne selskabers rådighed over stemmerettigheder opgøres på tre forskellige måder, herunder ved

- addition af de stemmerettigheder, som hvert af de koncernforbundne mellemselskaber direkte råder over i datterselskabet,
- addition af de stemmerettigheder, som det ene af de koncernforbundne mellemselskaber direkte råder over i datterselskabet med de stemmerettigheder, som moderselskabet indirekte råder over i datterselskabet gennem det andet mellemselskab, eller
- addition af de stemmerettigheder, som moderselskabet indirekte råder over i datterselskabet gennem begge mellemselskaber.

Alle tre metoder fører til samme resultat, eftersom den indirekte rådighed med stemmerettigheder opgøres i overensstemmelse med den matematisk logikalgebra, og idet mellemselskaberne kun vil være koncernforbundne, hvis moderselskabet råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne eller ejer mere end halvdelen af kapitalandelene i mellemselskaberne.[169] Når moderselskabet således kontrollerer mellemselskaberne, skal mellemselskabernes stemmerettigheder medregnes fuldt ud ved bedømmelsen af, om moderselskabet kontrollerer datterselskabet, ligesom stemmerettighederne medregnes fuldt ud ved bedømmelsen af, om mellemselskaberne kontrollerer datterselskabet.

Ved anvendelse af den første metode adderes det ene mellemselskabs rådighed over stemmerettigheder med det andet koncernforbundne mellemselskabs rådighed over stemmerettigheder. Mellemselskaberne – i eksemplet D1 og D2 – anses derfor for at råde over 70 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet (i eksemplet D3). Ved anvendelse af den anden metode adderes det ene mellemselskabs rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet (35 pct.) med moderselskabets indirekte rådighed over stemmerettigheder via det andet mellemselskab (35 pct.), i alt 70 pct. Den tredje metode adderer moderselskabets indirekte rådighed via begge koncernforbundne mellemselskaber, dvs. som 35 pct. + 35 pct., i alt 70 pct.

I tilfælde af, at mellemselskaberne ikke er koncernforbundne, fordi moderselskabet råder over mindre end halvdelen af stemmerettighederne i hvert af sel-

169. Mellemselskabets rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet skal medregnes fuldt ud, selv når selskabsdeltageren kontrollerer mellemselskabet som følge af ejerskab til kapitalandele, jf. ovenfor 5.4.

skaberne,[170] vil hverken moderselskabet eller mellemselskaberne blive anset for at kontrollere datterselskabet, medmindre et af mellemselskaberne direkte råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i datterselskabet.

6.5 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående redegørelse analyseres nedenfor, om der er behov for såvel regler om ejerskab til kapitalandele som regler om rådighed over stemmerettigheder, når det skal afgøres, om to selskaber er koncernforbundne. Ved analysen heraf sondres mellem tilfælde,

– hvor der foreligger direkte kontrol som følge af ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder (nedenfor 6.5.1), og
– hvor der foreligger indirekte direkte kontrol som følge af ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder (nedenfor 6.5.2).

6.5.1 Direkte kontrol

To selskaber (D1 og D2) anses for at være koncernforbundne som følge af selskabsdeltagerens (M) ejerskab til kapitalandele, når følgende matematiske udsagn er korrekt: **M→D1 > 1/2 AND M→D2 > 1/2**. Selskaberne anses endvidere for at være koncernforbundne som følge af selskabsdeltagerens direkte rådighed over stemmerettigheder, når **M~D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2**.

To selskaber vil endvidere være koncernforbundne, når selskabsdeltageren kontrollerer det ene som følge af ejerskab til kapitalandele og det andet som følge af rådighed over stemmerettigheder, dvs. når **M→D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2** eller **M→D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2**.

Forudsættes det, at stemmefordelingen følger fordelingen af kapitalandele, dvs. at selskabsdeltageren ejer lige så mange kapitalandele i hver af de to datterselskaber, som selskabsdeltageren råder over stemmerettigheder i hver af de to datterselskaber, er **M→D1 = M~D1** og **M→D2 = M~D2**. Heraf følger, at det alene er nødvendigt at undersøge, om et af de fire første udsagn er sandt, f.eks. om **M→D1 > 1/2 AND M→D2 > 1/2** idet alle matematiske udsagn er lig med dette udsagn. Der er intet behov for at undersøge, om de tre øvrige matematiske udsagn er sande eller falske.[171]

Hvis selskabsdeltageren endvidere har lige stor indflydelse på begge selskaber, vil **M→D1**

170. Det forudsættes, at stemmefordelingen følger fordelingen af kapitalandele.
171. Selvom det også ville være tilstrækkeligt at undersøge, om ét af disse matematiske udsagn er sandt.

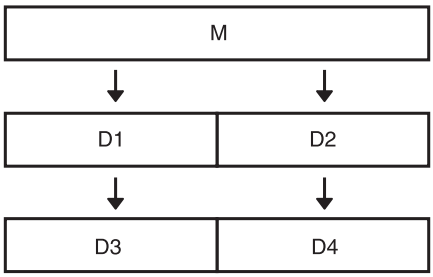
= M~D1 = M→D2 = M~D2, hvorfor det alene er nødvendigt at undersøge, om f.eks. **M→D1 > 1/2**.

Det kan herefter konkluderes, at det i tilfælde, hvor to selskaber er koncernforbundne som følge af direkte kontrol, og stemmefordelingen følger fordelingen af kapitalandele, ikke er nødvendigt at have regler om både ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder. Det ene regelsæt er tilstrækkeligt. Dette gælder også, når det skal bedømmes, om mere end to selskaber er koncernforbundne.

Hvis stemmefordelingen derimod ikke følger fordelingen af kapitalandele, vil **M→D1 ≠ M~D1** og/eller **M→D2 ≠ M~D2**. Ved bedømmelsen af, om to selskaber er koncernforbundne, må det derfor undersøges, om **(M→D1 > 1/2 AND M→D2 > 1/2) OR (M~D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2) OR (M→D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2) OR (M→D1 > 1/2 AND M~D2 > 1/2)**. I tilfælde, hvor stemmefordelingen ikke følger kapitalandelene, er det således nødvendigt at undersøge såvel ejerskab til kapitalandele som rådighed over stemmerettigheder ved bedømmelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne.

6.5.2 Indirekte kontrol

I tilfælde af, at der er indskudt to selskaber (D1 og D2) mellem selskabsdeltageren (M) og de selskaber, som kan være koncernforbundne (D3 og D4), jf. nedenstående figur,



er D3 og D4 koncernforbundne selskaber som følge af selskabsdeltagerens indirekte ejerskab til kapitalandele, hvis følgende matematiske udsagn er sandt: **M→D1 * D1→D3 > 1/2 AND M→D2 * D2→D4 > 1/2**.

Selskaberne vil endvidere være koncernforbundne som følge af selskabsdeltagerens indirekte rådighed over stemmerettigheder, hvis **M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND D2~D4 > 1/2**.

Endelig vil selskaberne være koncernforbundne som følge af en kombination af selskabsdeltagerens indirekte rådighed over stemmerettigheder og ejerskab til

kapitalandele, såfremt **M→D1 * D1→D3 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND D2~D4 > 1/2** eller **M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2 AND M→D2 * D2→D4 > 1/2**.

Hertil kommer de situationer, hvor selskabsdeltageren f.eks. har indflydelse på et af mellemselskaberne som følge af ejerskab til kapitalandele, og det pågældende mellemselskab har indflydelse på datterselskabet i form af rådighed over stemmerettigheder, eller vice versa.[172] De matematiske udsagn for disse kombinationer udelades her, eftersom der findes ikke mindre end 12 mulige kombinationer, når bortses fra de fire kombinationer, der er gennemgået ovenfor.[173]

Selv hvis det forudsættes, at **M→D1 = D1→D3 = M~D1 = D1~D3**, og at **M→D2 = D2→D4 = M~D2 = D2~D4**, er det evident, at der må tages højde for såvel selskabsdeltagerens indirekte ejerskab til kapitalandele som rådighed over stemmerettigheder ved bedømmelsen af, om selskaberne er koncernforbundne. Årsagen hertil er, at de matematiske udsagn **M→D1 * D1→D3 > 1/2 AND M~D1 > 1/2 AND D1~D3 > 1/2** og **M→D2 * D2→D4 > 1/2 AND M~D2 > 1/2 AND D2~D4 > 1/2** ville være falske for en række værdier, selvom **M→D1 = D1→D3 = M~D1 = D1~D3** og **M→D2 = D2→D4 = M~D2 = D2~D4**. Hvis **M→D2 = D2→D4** vil **M→D2 * D2→D4 > 1/2** når **X2 = 1/2**, dvs. når værdien af X er større end kvadratroden af 1/2, som er ca. 0,708. For alle værdier af X, der er større end 0,5, men mindre end 0,708, vil udsagnet **M~D2 > 1/2 AND D2~D4 > 1/2** således være sandt, mens **M→D2 * D2→D4 > 1/2** vil være falsk. Selskaberne vil da være koncernforbundne som følge af selskabsdeltagerens indirekte rådighed over stemmerettigheder, men ikke som følge af selskabsdeltagerens indirekte ejerskab til kapitalandele.

Det er herved bevist, at der ved afgørelsen af, om to selskaber er koncernforbundne som følge af selskabsdeltagerens indirekte kontrol, må tages hensyn til såvel selskabsdeltagerens indirekte ejerskab til kapitalandele som rådighed over stemmerettigheder, hvad enten stemmefordelingen følger fordelingen af kapitalandele eller ej.

---

172. Se herom ovenfor 5.4.

173. Der er således i alt 16 matematiske udsagn for, hvornår selskaberne er koncernforbundne.

7. Indirekte horisontal kontrol – Nærstående, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående

7.1 Indledning

Ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab, medregnes de kapitalandele og de stemmerettigheder, som en nærstående, en personlig selskabsdeltager og/eller dennes nærstående ejer eller råder over.[174]

Nedenfor analyseres først, hvem der kan anses for at være *personlige selskabsdeltagere* (nedenfor 7.2). Dernæst redegøres for, hvilke personer der anses for at være selskabsdeltagerens eller den personlige selskabsdeltagers *nærstående* (nedenfor 7.3). Endelig undersøges, i hvilket omfang og hvorledes nærstående, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder skal medregnes ved bedømmelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer et selskab (nedenfor 7.4).

7.2 Den personlige selskabsdeltager

Den personlige selskabsdeltager er i LL § 16 H defineret som en skattepligtig, der er omfattet af KSL § 1 eller DSKL § 1, stk. 2.[175] KSL § 1 indeholder reglerne for, hvilke personer der er fuldt skattepligtige til Danmark. DSKL § 1, stk. 2, indeholder tilsvarende regler om, hvilke dødsboer der er fuldt skattepligtige til Danmark.

En nærmere analyse af, hvilke personer og dødsboer der herefter anses for at være fuldt skattepligtige, skal ikke foretages her. Sådanne analyser er allerede foretaget med stor grundighed i den eksisterende danske litteratur.[176] På dette sted begrænses analysen derfor til en konstatering af, at den personlige selskabsdeltager enten er en fuldt skattepligtig person eller et fuldt skattepligtigt dødsbo. Begrænset skattepligtige personer og dødsboer, jf. henholdsvis KSL § 2 og DSKL § 1, stk. 3 og 4, anses ikke for at være personlige selskabsdeltagere ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab. Det samme gælder for de persongrupper, der er undtaget fra den fulde skattepligt efter KSL § 3, herunder f.eks. kongehuset.

I relation til LL § 2 vil det i kraft af henvisningen til SEL § 32 – og dermed til LL § 16 H og KSL § 1 samt DSKL § 1 – alene blive fastlagt, hvad der efter

---

174. Jf. også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 58.
175. Det kan ikke antages, at den personlige aktionær, således som begrebet anvendes i SEL § 32, stk. 6, alene omfatter fysiske personer, der er skattepligtige efter KSL § 1.
176. Jf. f.eks. *Finn Taksøe-Jensen* i Skatteret – Almen del, 2004, IV, *Finn Taksøe-Jensen* i Skatteret – Speciel del, 2004, II og IV, *Jan Pedersen* i Skatteretten 1, s. 644-668 og *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 637-654.

KSL § 1 forstås ved en »person« (nedenfor 7.2.1), og hvad der efter DSKL § 1, stk 2, forstås ved et »dødsbo« (nedenfor 7.2.2).

7.2.1 Personer

Det følger umiddelbart af formuleringen i KSL § 1, at bestemmelsen alene omfatter *fysiske* personer. Det er således alene fysiske personer, der i skatteretlig henseende kan have en bopæl.[177] Ved afgørelsen af, om en person har bopæl i Danmark, lægges vægt på, om den pågældende ved at grunde husstand, leje sig bolig eller ved andre foranstaltninger har tilkendegivet, at han eller hun agter at have hjemsted her.[178] Dansk statsborgerskab – eller indfødsret, om man vil – kan ligeledes alene opnås af fysiske personer.[179]

Alle fysiske personer må uden hensyntagen til køn, alder, myndighed og øvrige civile statuts anses for at være omfattet af begrebet »personer«, således som det anvendes i KSL § 1, og dermed tillige af begrebet »personlige« i LL § 16 H.[180] Dette gælder uanset om den pågældende ikke har pligt til at indlevere selvangivelse, jf. SKL § 2.

7.2.2 Dødsboer

Et dødsbo kan i såvel skatte- som skifteretlig henseende defineres som det bo, der etableres, efter at en fysisk person er afgået ved døden, hvori afdødes formue opgøres, og hvorfra der endelig sker en fordeling af afdødes formue efter opfyldelse af afdødes forpligtelser.

Selv om definitionen af dødsboer er den samme, er der ikke noget sammenfald mellem de boer, der efter dødsboskatteloven anses for at være selvstændige skattesubjekter, og de boer, der i relation til dødsboskifteloven anses for at være skiftede boer.[181] I dødsboskatteloven sondres således mellem dødsboer, som er selvstændige skattesubjekter, og dødsboer, som ikke er selvstændige skattesubjekter. De selvstændigt skattepligtige dødsboer opdeles endvidere i skattepligtige og skattefritagne boer.

I relation til LL § 2 må alle dødsboer, der er fuldt skattepligtige til Danmark

---

177. Juridiske personer har derimod et hjemsted.
178. Som teksten pkt. 3 i CIR nr. 135 af 4/11 1988 om opkrævning af indkomst- og formueskat efter kildeskatteloven.
179. Jf. LBK nr. 113 af 20/2 2003 om dansk indfødsret. Se f.eks. også lov nr. 426 af 31/5 2000 som ændret ved lov nr. 409 af 6/6 2002 og lov nr. 379 af 28/5 2003 om Det Centrale Personregister med tilhørende bilag 1, pkt. 5) om registrering af statsborgerskab i registret, der alene omfatter fysiske personer, jf. lovens §§ 3 og 4. Se endvidere §§ 1 og 24 i LBK nr. 263 af 18/4 2001 om kommunale valg som ændret ved lov nr. 145 af 25/3 2002 om fysiske personers valgret og valgbarhed ved de kommunale valg.
180. Jf. *Jan Pedersen* i Skatteretten 1, s. 640.
181. Se hertil LV 2004-1 B.B.1.1.

efter DSKL § 1, stk. 2, kunne være »personlige aktionærer«, uanset om dødsboet er et selvstændigt skattesubjekt eller ej, medmindre andet direkte fremgår af dødsboskattelovens bestemmelser.

DSKL § 1, stk. 2, omfatter ikke dødsboer, der overtages af en efterlevende ægtefælle efter DSKL § 58, stk. 1 eller 2, eller som afsluttes ved boudlæg uden skiftebehandling i medfør af kapitel 12 i lov om skifte af dødsboer, jf. DSKL § 1, stk. 2, 2. pkt. Det må som følge heraf overvejes, i hvilket omfang sådanne dødsboers kapitalandele og stemmerettigheder skal medregnes ved opgørelsen af, om andre selskabsdeltagere kontrollerer et selskab. Ved vurderingen heraf er det afgørende, om den indirekte henvisning i LL § 2 til LL 16 H – og dermed til DSKL § 1, stk. 2 – skal forstås således, at dødsboets kapitalandele og stemmerettigheder altid skal medregnes, blot dødsboet er nævnt i DSKL § 1, stk. 2, eller om sådanne kapitalandele og stemmerettigheder alene skal medregnes, dersom dødsboet er fuldt skattepligtigt i medfør af DSKL § 1, stk. 2.

Under hensyntagen til, hvad der må formodes at være formålet med, at dødsboers kapitalandele og stemmerettigheder medregnes ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab, synes der på den ene side at være et ikke ubetydeligt behov for, at dødsboets ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder altid medregnes, uden hensyntagen til, at boet er undtaget fra DSKL § 1, stk. 2, i henhold til DSKL § 1, stk. 2, 2. pkt. Kun herved sikres det, at afdødes indflydelse på et selskab medregnes ved bedømmelsen af, om selskabsdeltager kontrollerer selskabet, lige indtil boet er afsluttet, og nye fysiske eller juridiske personer overtager ejerskabet til kapitalandelene og rådigheden over stemmerettighederne. På den anden side kan der ikke ses bort fra, at der med henvisningen i LL § 16 H til reglen i DSKL § 1, stk. 2, alene er hjemmel til at medregne kapitalandele og stemmerettigheder i det omfang, hvor boet er »omfattet« af denne bestemmelse. Overtages boet af ægtefællen efter DSKL § 58, stk. 1 eller stk. 2, 1. pkt., eller sluttes det ved et boudlæg, jf. DSL kapitel 12, er det ikke omfattet af DSKL § 1, stk. 2. Forestillinger om bestemmelsens formål – som end ikke er kommet til udtryk i forarbejderne – må derfor vige for bestemmelsens klare ordlyd. Heraf følger, at kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af eller rådes over af dødsboer, som overtages af en efterlevende ægtefælle efter DSL § 58, stk. 1 eller 2, eller som afsluttes ved boudlæg uden skiftebehandling i medfør af kapitel 12 i lov om skifte af dødsboer, ikke skal medregnes ved bedømmelsen af, om selskabsdeltager kontrollerer et selskab.

Det kan i stedet overvejes, om de kapitalandele og stemmerettigheder, der tilhører et bo, som ikke er omfattet af DSKL § 1, stk. 2, i stedet skal anses for at tilhøre den person, der eventuelt er skattesubjekt i stedet for boet, herunder navnlig den ægtefælle, der overtager boet efter DSKL § 58, stk. 1, eller stk. 2, 1. pkt. I så fald vil de pågældende kapitalandele

og stemmerettigheder skulle medregnes ved bedømmelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer selskabet, forudsat den person, der er skattesubjekt i stedet for boet, er nærstående til selskabsdeltageren. Dette sidste kan ikke antages i det omfang, hvor de pågældende kapitalandele og stemmerettigheder tilhører boet. Selv om boet ikke er omfattet af DSKL § 1, stk. 2, ejer og råder det således stadig over henholdsvis kapitalandele og stemmerettigheder indtil det tidspunkt, hvor boet er sluttet, og de pågældende aktiver er udlagt, eller disse er udlagt ved et acontoudlæg. Den person, der beskattes af eventuelle kapitalgevinster og formueafkast, kan således ikke anses for at være ejer eller indehaver af rådigheden, før aktiverne er udlagt til den pågældende.

Til gengæld synes der ikke at være grundlag for at tage højde for, om et fuldt skattepligtigt dødsbo, som er et selvstændigt skattesubjekt, i øvrigt er fritaget for at betale CFC-skat i boperioden, fordi det er skattefritaget.

Af dødsboskatteloven følger, at de skattefritagne boer ikke skal betale skat af en eventuel CFC-indkomst efter LL § 16 H, jf. DSKL § 6, stk. 1. Af afdødes skattepligtige CFC-indkomst i mellemperioden[182] betales en særskilt skat på 30 pct., jf. DSKL § 17. De skattepligtige boer skal derimod betale en særskilt skat på 30 pct. af CFC-indkomst for hele bobeskatningsperioden,[183] jf. DSKL § 33.

De særlige regler herom kan alene have betydning for, hvorledes boet skal beskattes af egen CFC-indkomst efter LL § 16 H. Det forhold, at et selvstændigt skattepligtigt dødsbo er fritaget for at betale CFC-skat i en bestemt periode i medfør af andre bestemmelser end DSKL § 1, stk. 2, kan således ikke føre til, at dets kapitalandele og stemmerettigheder ikke skal medregnes ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager anses for at kontrollere et selskab i henhold til LL § 2.

Berigtiges boet til uskiftet bo må kapitalandele og stemmerettigheder medregnes som om de tilhørte den efterlevende ægtefælle, som ifølge arvelovens § 15, stk. 1, udøver en ejers rådighed over boet, dog med en vis respekt for den førstafdøde livsarvingers potentielle ret.

---

182. Perioden fra udløbet af afdødes seneste indkomstår før dødsdagen op til og med dødsdagen betegnes som mellemperioden, jf. DSKL § 96, stk. 3. Ved anvendelse af forskudt indkomstår er mellemperioden dog den periode, der efter reglerne om forskudt indkomstår i kildeskatteloven anses for mellemperioden ved ophør af skattepligt, jf. DSKL § 96, stk. 3, 2. pkt.

183. Perioden fra og med dagen efter dødsdagen til og med skæringsdagen i boopgørelsen betegnes som boperioden, jf. DSKL § 96, stk. 4. Mellemperioden og boperioden betegnes under et som bobeskatningsperioden, jf. DSKL § 19, stk. 2.

7.3 Nærstående

En analyse af, hvem der anses for at være nærstående, kan tage udgangspunkt i LL § 16 H, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3, der opregner samme kreds af nærstående personer: Ægtefællen, forældre, bedsteforældre, børn og børnebørn samt disses ægtefæller, idet stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med såkaldt ægte slægtskabsforhold.[184] Nedenfor undersøges først, om LL § 16 H, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3, i kraft af de enslydende opregninger af personer omfatter samme persongruppe (nedenfor 7.3.1). Dernæst undersøges, hvorledes de anvendte begreber må defineres i skatteretlig henseende, herunder hvorledes det skal afgøres, om person har status som en ægtefælle eller et barn m.fl. (nedenfor 7.3.2).

7.3.1 Om definitionen i LL § 16, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3

I LL § 16 H, stk. 2 er begrebet »nærstående« defineret på følgende måde:

> »Som nærtstående[185] anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold«.

Denne definition af begrebet »nærstående« anvendes dels i relation til LL § 16 H, stk. 1, idet den personlige selskabsdeltager ved opgørelsen af sin kontrol med et selskab skal medregne nærståendes kapitalandele og stemmerettigheder, dels som ovenfor nævnt i relation til LL § 2, stk. 2.

Denne samme persongruppe omtales i ABL § 11, stk. 3:

> »Ved afgørelsen af, om den skattepligtige, herunder den skattepligtiges dødsbo, ejer eller har ejet mindst 25 pct. af aktiekapitalen i et selskab eller råder eller har rådet over mere end 50 pct. at den samlede stemmeværdi, medregnes aktier, der samtidig tilhører eller har tilhørt den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold. Aktier tilhørende en tidligere ægtefælle til den i 1. pkt. nævnte personkreds og aktier, som en nuværende ægtefælle til den i 1. pkt. nævnte personkreds har afstået før ægteskabets indgåelse, medregnes dog ikke. Endvidere medregnes aktier, som tilhører eller har tilhørt selskaber, fonde m.v., hvorover den nævnte personkreds

184. Jf. også *Søren Rasmussen*, SR-Skat 1998, 252, *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 87, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 414 og 453 og *Henrik Peytz*, Aktieavancebeskatningsloven med kommentarer, s. 449.

185. Nærtstående skrives i loven med »t«.

på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har eller har haft en bestemmende indflydelse«.

Denne opregning – som ikke indeholder selve ordet »nærstående« – anvendes efter KGL § 4, stk. 2, ved afgørelsen af, om flere selskabsdeltagere anses for at være én og samme kreds af selskabsdeltagere. Dette har betydning for, om to selskaber anses for at være koncernforbundne i relation til LL § 2, stk. 2.[186]

Opregningerne i henholdsvis LL § 16 H, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3, er, som det ses, enslydende. Som nærstående anses således den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer, idet stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold. I mangel af andre oplysninger må det antages, at de sprogligt enslydende definitioner dækker over samme forhold. De personer m.v., der anses for at være ægtefæller, forældre, bedsteforældre børn og børnebørn m.v. efter LL § 16 H, stk. 1, må således anses for at være omfattet af den enslydende opregning i ABL § 11, stk. 3, og vice versa.[187]

Opregningen må anses for at være udtømmende, således at personer, der ikke er omfattet af opregningen, ikke er omfattet af bestemmelserne.

Se også TfS 1995, 368 LSR om hovedaktionærbegrebet. Landsskatteretten udtalte, at opregningen af hovedaktionærer i ABL § 4, stk. 3, var udtømmende og derfor ikke omfattede samlevere.[188]

7.3.2 De skatteretlige definitioner

Ved beskrivelsen af, hvilke personer der må betragtes som ægtefælle, forældre, bedsteforældre, børn, børnebørn og disses ægtefæller, tages udgangspunkt i forarbejderne til LL § 16 H, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3, samt i de til bestemmelserne hørende administrative forskrifter. I det omfang, begreberne ikke måtte være fast definerede i forarbejderne eller administrative forskrifter, undersøges, hvorledes begreberne måtte være definerede i andre skatteretlige bestemmelser, som afgrænser kredsen af nærstående på samme måde.

Det er hverken i LL § 16 H, stk. 2, ABL § 11, stk. 3, eller i *forarbejderne* til disse bestemmelser nærmere defineret, hvad der forstås ved ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller.[189]

---

186. Se om de koncernforbundne selskaber ovenfor 6.
187. Det nævnte sammenfald bekræftes alene ved en henvisning til, at ordlyden af bestemmelserne er sammenfaldende. I forarbejderne til ABL § 11, stk. 3, og til LL § 16 H, stk. 2, er der således ikke taget stilling til, om opregningerne skal anses for at være kongruente.
188. Se også *Henrik Peytz*, Aktieavancebeskatningsloven med kommentarer, s. 449.
189. Se hertil Folketingstidende 1988-89, Tillæg A, sp. 1499-1512, CIR nr. 1 af 2/1 2001 om fri bil

ABL § 11, stk. 3, blev indsat ved lov nr. 1219 af 27/12 1996 i forbindelse med afviklingen af formueskatten. I forarbejderne til bestemmelsen anførtes:

> »Det foreslås at ophæve personskattelovens § 19 a, jf. lovforslagets § 15, nr. 4. Efter denne bestemmelse nedsættes formueskatten vedrørende hovedaktionæraktier med 60 pct. Når formueskatten er afviklet, vil bestemmelsen være overflødig. Imidlertid indeholder bestemmelsen en definition af, hvad der i skattemæssig forstand forstås ved hovedaktionærer. Denne definition har betydning i en række andre regler i skattelovgivningen. Det foreslås derfor, at den skattemæssige definition af hovedaktionæraktier overføres til aktieavancebeskatningslovens § 11, som omhandler succession ved familieoverdragelser af blandt andet hovedaktionæraktier.
>
> Selve definitionen af hovedaktionæraktier foreslås ikke ændret«.[190]

Afgrænsningen af de nærstående i ABL § 11, stk. 3, stammer således ordret fra den nu ophævede bestemmelse i PSL § 19 a, stk. 3,[191] der blev indsat ved § 2, nr. 16, i lov nr. 421 af 25/6 1993 om ændring af lov om beskatning af fortjeneste ved afståelse af aktier m.v. (aktieavancebeskatningsloven) og forskellige andre skattelove (Ensartet udbytte- og aktieavancebeskatning m.v.). I bemærkningerne til denne bestemmelse anførtes følgende:

> »Der er tale om en konsekvensændring som følge af afskaffelsen af den særlige hovedaktionærbeskatning. Der foreslås ingen ændringer i afgrænsningen af den personkreds, der skal være berettiget til nedslag i formueskatten. Det hovedaktionærbegreb, der foreslås indført i personskattelovens § 19 a, svarer således ganske til det hidtidige hovedaktionærbegreb i aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 2-3, og § 8, stk. 2«.[192]

---

og hovedaktionærers med fleres personalegoder og udbytter samt TSSMEDD – TfS 1999, 272 om kapitaliseringsfaktorer for unoterede aktier og anparter.

190. Folketingstidende 1996-97, Tillæg A, s. 2143.

191. PSL § 19 a, stk. 3, havde følgende ordlyd: »Ved afgørelsen af, om den skattepligtige, herunder den skattepligtiges dødsbo, ejer eller har ejet mindst 25 pct. af aktiekapitalen i et selskab eller råder eller har rådet over mere end 50 pct. at den samlede stemmeværdi, medregnes aktier, der samtidig tilhører eller har tilhørt den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold. Aktier tilhørende en tidligere ægtefælle til den i 1. pkt. nævnte personkreds og aktier, som en nuværende ægtefælle til den i 1. pkt. nævnte personkreds har afstået før ægteskabets indgåelse, medregnes dog ikke. Endvidere medregnes aktier, som tilhører eller har tilhørt selskaber, fonde m.v., hvorover den nævnte personkreds på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har eller har haft en bestemmende indflydelse«.

192. Folketingstidende 1992-93, Tillæg A, sp. 9533.

Formuleringen i PSL § 19 a, stk. 3, hidrører dermed fra en endnu ældre bestemmelse, nemlig ABL § 4, stk. 3, der blev ændret ved lov nr. 421 af 25/6 1993 § 1, nr. 7. ABL § 4, stk. 3, var inden ændringen formuleret på stort set samme måde som PSL § 19 a, stk. 3, og dermed også som ABL § 11, stk. 3.[193] Den oprindelige bestemmelse, der har sin oprindelse med aktieavancebeskatningslovens vedtagelse, havde derimod en noget anderledes formulering, jf. § 4, stk. 3, i lov nr. 295 af 10/6 1981 om beskatning af fortjeneste ved afståelse af aktier m.v.:

> »Ved afgørelsen af, om den skattepligtige har ejet mindst 25 pct. af aktiekapitalen eller rådet over mere end 50 pct. af den samlede stemmeværdi, medregnes aktier, der samtidig tilhørte den skattepligtiges ægtefælle, forældre, bedsteforældre, børn, børnebørn og søskende samt disse personers ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold. På tilsvarende måde medregnes aktier, som tilhørte selskaber, fonde m.v., hvori den nævnte personkreds på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har haft en bestemmende indflydelse. Er den skattepligtige et selskab, medregnes aktier, som tilhørte andre selskaber, der indgår i en koncern sammen med det pågældende selskab, jfr. aktieselskabslovens § 2 og anpartsselskabslovens § 2. Endvidere medregnes aktier, som tilhørte den foran anførte personkreds, der har en afgørende indflydelse over koncernen«.

Hvis der ses bort fra de rent sproglige ændringer, bemærkes, at ABL § 4, stk. 3, dengang tillige omfattede søskende, der blev betragtet som nærstående. Søskende blev imidlertid fjernet fra bestemmelsen ved § 1, nr. 1, i lov nr. 220 af 2/6 1983 om ændring af aktieavancebeskatningsloven, kildeskatteloven og lov om særlig indkomstskat m.v. (Aktieavancebeskatning) (særlig indkomstskatteloven), der samtidig ændrede ordlyden af ABL § 4, stk. 3, således at den i alt væsentligt svarede til det, der i dag anføres i ABL § 11, stk. 3.

Definitionen af nærstående efter ABL § 11, stk. 3, hidrører således i alt

193. ABL § 4, stk. 3, havde følgende ordlyd inden ændringen: »Ved afgørelsen af, om den skattepligtige, herunder den skattepligtiges dødsbo, har ejet mindst 25 pct. af aktiekapitalen i et selskab eller råder eller har rådet over mere end 50 pct. at den samlede stemmeværdi, medregnes aktier, der samtidig tilhører eller har tilhørt den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold. Aktier tilhørende en tidligere ægtefælle til den i 1. pkt. nævnte personkreds og aktier, som en nuværende ægtefælle til den i 1. pkt. nævnte personkreds har afstået før ægteskabets indgåelse, medregnes dog ikke. Endvidere medregnes aktier, som tilhører eller har tilhørt selskaber, fonde m.v., hvorover den nævnte personkreds på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har eller har haft en bestemmende indflydelse«.

væsentligt fra § 4, stk. 3, i lov nr. 295 af 10/6 1981. Om sidstnævnte bestemmelse anførtes i forarbejderne:

> »For at undgå omgåelse af værnsreglen er det foreslået, at der ved afgørelsen af, om den skattepligtige har ejet mindst 25 pct. af aktiekapitalen eller rådet over mere end 50 pct. af den samlede stemmeværdi, medregnes aktier, der samtidig tilhører eller har tilhørt den kreds af pårørende, som er nævnt i stykke 3«.[194]

Den sproglige korrektion af opremsningen af ægtefæller, forældre, bedsteforældre, børn og børnebørn m.v. ved lov nr. 220 af 2/6 1983 havde i øvrigt ikke materiel betydning. Formålet med ændringen af opremsningen var alene, at der ved afgørelsen af, om en person var omfattet af hovedaktionærbeskatningen, ikke længere skulle tages hensyn til bl.a. søskendes ejerskab til kapitalandele:

> »Det foreslås derimod, at der ved afgørelsen af, om en aktionær er omfattet af hovedaktionærbeskatningen, ikke længere skal tages hensyn til aktier, som ejes af den pågældendes søskende, eller som ejes af en eventuel tidligere ægtefælle til en person i kredsen af pårørende«.[195]

I forbindelse med ændringen af ABL § 4, stk. 3, ved § 1, nr. 1 i lov nr. 220 af 2/6 1983, anførtes endvidere følgende om den persongruppe, der i dag er omfattet af ABL 11, stk. 4:

> »Baggrunden for hovedaktionærbeskatningen var som nævnt ønsket om at fastholde beskatningen af fortjeneste ved salg af aktier, når det i realiteten er virksomheden som sådan eller en væsentlig del af denne, der afhændes. Hvor en kreds af nært pårørende tilsammen ejer den samlede aktiekapital eller en væsentlig del af denne, vil det typisk være udtryk for, at denne kreds i realiteten driver en virksomhed i fællesskab. For at sikre hovedaktionærbeskatningens effektivitet må der derfor tages hensyn til aktiebesiddelse hos pårørende ved afgørelsen af, om en skattepligtig er omfattet af hovedaktionærbeskatningen.
>
> Det kan imidlertid efter omstændighederne være vanskeligt for en aktionær at vide, om han som følge af slægtninges aktiebesiddelse er omfattet af hovedaktionærbeskatningen.

---

194. Folketingstidende 1980-81, Tillæg A, sp. 3335. En tilsvarende bestemmelse fandtes ikke i lov om særlig indkomstskat. Den nærmest tilsvarende formulering i denne lov fandtes i § 5, stk. 3, om afhændelse ved gave eller arveforskud: »Afhændelsessummen opgøres dog efter reglerne i stk. 5-7, når fast ejendom som nævnt i stk. 4 er afhændet som gave eller arveforskud til den hidtidige ejers afkom, stedbørn og disses afkom eller afdødt barns eller stedbarns ægtefælle (ikke den fraseparerede eller fraskilte). Adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold.«
195. Folketingstidende 1982-83, Tillæg A, sp. 3950.

> Som følge af det nære slægtskab mellem forældre og børn er det dog naturligt at tage hensyn til aktier, tilhørende børn og børnebørn, ligesom det vil være naturligt at medregne aktier, tilhørende forældre og bedsteforældre, dvs. slægtninge i op- og nedadstigende linje. Da overdragelse mellem ægtefæller kan ske uden skattemæssige konsekvenser, må der også tages hensyn til aktier, tilhørende de nævnte personers ægtefæller. Der må endelig også medregnes aktier, tilhørende dødsboer efter disse personer«.[196]

I bemærkningerne til denne ændring redegøres som det ses i et vist begrænset omfang for, hvorfor det alene er ægtefæller, forældre, bedsteforældre, børn og børnebørn samt disses ægtefæller m.v., der anses for at være nærstående. En nærmere definitionen af de anvendte begreber findes derimod ikke.

LL § 16 H blev indsat ved § 2, nr. 2, i lov nr. 487 af 12/6 1996 om ændring af forskellige skattelove (International sambeskatning m.v.). I bemærkningerne til denne bestemmelse anførtes om de nærstående:

> »Regelsættet i ligningslovens § 16 H vil finde anvendelse, såfremt en person omfattet af kildeskattelovens § 1 i fællesskab med nærtstående eller med fonde og trusts stiftet af de pågældende kontrollerer et lavtbeskattet finansielt udenlandsk selskab«.

Der er i øvrigt intet i forarbejderne, der nærmere angiver, hvem der må anses for at være omfattet af den opregnede persongruppe.

Endelig anføres i forarbejderne til den nu ophævede KGL § 6 B – der svarer til den gældende KGL § 4 – følgende om henvisningen til definitionen af nærstående aktionærer i ABL 11, stk. 3:[197]

> »Nærtstående aktionærer som nævnt i aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 3, anses ved bedømmelsen af aktionærkredsen som en og samme aktionær. Er to selskaber ejet af hver sin personlige hovedaktionær, der er nærtstående, f.eks. ægtefæller eller far og søn, kan tab på udlån fra det ene selskab til det andet ikke fradrages ved indkomstopgørelsen. De nærstående aktionærer identificeres med hinanden, således at de to selskaber anses for ejet af samme aktionær«.[198]

Det må som følge heraf konkluderes, at der hverken i forarbejderne til ABL § 11, stk. 3, eller i forarbejderne til LL § 16 H, stk. 2, findes nogen definition af de begreber, der anvendes ved beskrivelsen af kredsen af nærstående.

---

196. Folketingstidende 1982-83, Tillæg A, sp. 3950.
197. Dengang ABL § 4, stk. 3.
198. Folketingstidende 1990-91, Tillæg B, sp. 1309.

I de *administrative forskrifter*, der hører til bestemmelserne i LL § 16 H, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3, er det ikke afgjort, hvem der er omfattet af de i bestemmelserne opregende persongrupper. I den eneste omtalte af de nærstående i relation til LL § 16 H – og SEL § 32 – i CIR nr. 82 af 29/5 1997 om international beskatning (lov nr. 312 af 17. maj 1995 og lov nr. 487 af 12. juni 1996) pkt. 7.2.2 (Kontrol) og pkt. 8.2.2 opregnes persongruppen uden yderligere kommentarer.[199]

Bestemmelsen i ABL § 11, stk. 3, omtales ikke direkte i nogen administrative forskrifter. Derimod findes et ældre cirkulære om den tidligere bestemmelse i PSL § 19 a, stk. 3, om nedslag i formueskatten for hovedaktionærer. I dette CIR nr. 129 af 4/7 1994 om personskatteloven pkt. 14.1.2. (Pårørendes aktiebesiddelse) anførtes:

> »Kredsen af pårørende, der kommer i betragtning, er: Den skattepligtiges ægtefælle, forældre, bedsteforældre, børn og børnebørn samt disse personers ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold. Endvidere medregnes aktier, som tilhørte selskaber, fonde m.v., hvori den nævnte personkreds på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har haft en bestemmende indflydelse.
>
> ...
>
> Opregningen af personkredsen er udtømmende, således at aktier tilhørende personer m.v., til hvem der ikke er den angivne tilknytning, ikke kan medregnes«.

ABL § 11, stk. 3, omtales endvidere ganske kortfattet indirekte i et cirkulære vedrørende bl.a. KSL § 43, stk. 2, litra i.[200] Reglerne i KSL § 2, stk. 1, litra b, jf. KSL § 43, stk. 2, litra i, er også omtalt i CIR nr. 237 af 30/12 1987 om

---

199. »Som nærtstående anses den personlige aktionærs ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold.«

200. Efter KSL § 2, stk. 1, litra b, jf. KSL § 43, stk. 2, litra i, er et vederlag, som en person modtager fra en virksomhed her i landet som rådgiver, konsulent eller anden lignende medhjælp for virksomheden, efter omstændighederne skattepligtigt. Dette kræver bl.a., at den pågældende har eller har haft direkte eller indirekte del i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i den virksomhed, der udreder vederlaget. Ved afgørelsen heraf henses bl.a. til bestemmelsen i ABL § 11, stk. 3. Herom anføres i CIR nr. 135 af 4/11 1988 om opkrævning af indkomst- og formueskat efter kildeskatteloven pkt. 43: »Ved afgørelsen af, om personen ejer eller har ejet mindst 25 pct. af aktiekapitalen i et selskab eller råder eller har rådet over mere end 50 pct. af stemmeværdien, medregnes aktier, der samtidig tilhørte den pågældendes ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold«.

ændring af forskellige skattelove (Skatteflugt) pkt. 10,[201] og i samme cirkulæres pkt. 14.[202]

Henvisningen til ABL § 11, stk. 3, findes også i den til KSL § 2, stk. 1, litra b, jf. KSL § 43, stk. 2, litra i, svarende bestemmelse om selskabers vederlag som rådigiver, konsulent eller anden lignende medhjælp i SEL § 2, stk. 1, litra f.[203]

Definitionen af nærstående efter ABL § 11, stk. 3, er også genanvendt i VSL § 22 c, stk. 2, nr. 3, litra b, om beregning af kapitalafkast for aktier og anparter. I bemærkningerne til denne bestemmelse findes imidlertid ikke nogen nærmere beskrivelse af de nærstående.

Det er ovenfor anført, at hverken LL § 16 H, stk. 2, ABL § 11, stk. 3, forarbejderne til disse bestemmelser eller de til bestemmelserne tilhørende administrative forskrifter indeholder en nærmere definition af, hvem der anses for at være ægtefæller, eller hvilke personer der tilhører gruppen forældre, bedsteforældre, børn eller børnebørn.

Som følge heraf er det nærliggende at undersøge, hvorledes begreberne er anvendt – og om muligt defineret – i den *øvrige skattelovgivning*, for så vidt andre bestemmelser indeholder enslydende definitioner. En sådan analyse omfatter AL § 25, stk. 7,[204] AL § 39, stk. 2,[205] KGL § 16[206] og LL § 16, stk. 5 og

---

201. »Ved afgørelsen af, om personen ejer eller har ejet mindst 25 pct. af aktiekapitalen i et selskab eller råder eller har rådet over mere end 50 pct. af stemmeværdien, medregnes aktier, der samtidig tilhørte den pågældendes ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold«.
202. »De personer, der er nævnt i aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 3, er den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold.«
203. I det til bestemmelsen hørende CIR nr. 136 af 7/11 1988 om indkomtsbeskatning af aktieselskaber m.v. (Selskabsskatteloven) pkt. 20 anføres: »Ved afgørelsen af, om personen ejer eller har ejet mindst 25 pct. af aktiekapitalen i et selskab eller råder eller bar rådet over mere end 50 pct. af stemmeværdien, medregnes aktier, der samtidig tilhørte den pågældendes ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold.«
204. Efter denne bestemmelse kan der ikke afskrives efter AL § 25, stk. 1 eller 2, hvis der som følge af, at den ene part har bestemmende indflydelse på den anden parts handlemåde, eller ved lejemål mellem nærstående ikke består en reel risiko for opsigelse af lejemålet. AL § 25, stk. 1 og 2, omfatter i det væsentlige fast ejendom på lejet grund og fast ejendom, hvorpå der hviler en nedlæggelses- eller nedrivningsklausul, og som ikke opfylder betingelserne for afskrivning i AL § 14.
205. AL § 39, stk. 1, omfatter afskrivning på udgifter til ombygning, forbedring eller indretning af lejede lokaler, der anvendes erhvervsmæssigt til andet formål end beboelse. Efter AL § 39, stk. 2, kan der ikke afskrives på lejemål, hvor der som følge af, at den ene part har en bestemmende

6,[207] der alle indeholder en definition af nærstående, som er enslydende med definitionen i ABL § 11, stk. 3, og LL § 16 H, stk. 2. Nærstående efter disse fire bestemmelser er således også en ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer.

Hverken AL § 25, stk. 7, eller forarbejderne til denne bestemmelse indeholder nogen nærmere definition af den persongruppe, der opregnes som nærstående. I bemærkningerne til bestemmelsen, jf. Folketingstidende 1999-2000, Tillæg A, s. 2270, anføres alene:[208]

> »Som nærtstående anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold«.[209]

Heller ikke i AL § 39, stk. 2, eller i forarbejderne til denne bestemmelse redegøres nærmere for, hvem der må anses for at være nærstående, jf. bemærkningerne til § 1, nr. 23, i lov nr. 958 af 20/12 1999 om ændring af forskellige skattelove (Justering af pinsepakken m.m.) fremsat som L 85 1999/00:

> »Som nærtstående anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold«.

KGL § 16 svarer til § 6 i den gamle kursgevinstlov. De nærstående omtales ikke i forarbejderne til KGL § 16, der i det væsentlige blot henviser til CIR nr. 134 af 29/7 1992, pkt. 73-75 og 77-78. Reglen om nærstående blev tilføjet den gamle kursgevinstlovs § 6 ved § 1, nr. 5 i lov nr. 44 af 1/6 1994. Af bemærkningerne til ændringen fremgår følgende:

---

indflydelse på den anden parts handlemåde, eller ved lejemål mellem nærtstående, ikke er en reel risiko for opsigelse.

206. Efter KGL § 16 kan tab på fordringer i fremmed valuta ikke fradrages, hvis der er tale om en fordring på den skattepligtiges nærstående.
207. Reglerne om værdiansættelse af henholdsvis sommerbolig og lystbåde, der er stillet til rådighed af arbejdsgiveren. Den skattepligtige værdi kan nedsættes i forhold til antallet af dage, sommerboligen eller lystbåden stilles til rådighed for eller udlejes til andre personer. Nærstående til arbejdstageren anses ikke for at være andre personer.
208. Se også Folketingstidende 1999-2000, Tillæg A, s. 2267.
209. Samme formulering anvendtes i Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2519: »Som nærtstående anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold«.

»Ved nærtstående forstås den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter disse personer«.[210]

Endelig findes der ikke i LL § 16, stk. 5 og 6, eller forarbejderne hertil en nærmere definition af, hvad der skal forstås ved ægtefæller, forældre, bedsteforældre osv., jf. Folketingstidende 1999-2000, Tillæg A, s. 6492:

»Som nærtstående anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold«.[211]

Det er ikke i LL § 16 H, stk. 2, i ABL § 11, stk. 3, i forarbejder eller administrative forskrifter til disse bestemmelser, eller i andre skatteretlige bestemmelser, som indeholder en definition af nærstående, der er enslydende med definitionen i ABL § 11, stk. 3, og LL § 16 H, stk. 2, klart angivet, hvad der forstås ved en ægtefælle, forældre og deres ægtefæller, bedsteforældre og deres ægtefæller, børn og deres ægtefæller, børnebørn og deres ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold er heller ikke nærmere defineret. Af forarbejderne og de administrative forskrifter fremgår alene, at de pågældende anses for at være (den nærmeste) familie, og at børn, børnebørn, forældre og bedsteforældre er arvinger i ret ned- og opadstigende linje. Disse udsagn er imidlertid så løst funderet, at de ikke kan anses for at være en definition af de anvendte begreber.

Som følge heraf må det konkluderes, at betegnelser som f.eks. »ægtefælle«, »forældre« og »børn« ikke har anden skatteretlig betydning end de gængse civilretlige definitioner af disse begreber.

---

210. Folketingstidende 1993-94, Tillæg A, sp. 8119.

211. I CIR nr. 1 af 2/1 2001 om fri bil og hovedaktionærers med fleres personalegoder og udbytter pkt. 3.2.1.1. (personalesommerhus) og 3.3.1.1. (personalelystbåd) anføres i forlængelse af bestemmelsens forarbejder: »Nærtstående defineres som den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold«. I samme cirkulære pkt. 4.1. (anvendelsesområdet) anføres i øvrigt om begrebet hovedaktionæraktier i LL § 16 A, stk. 10: »Ved denne opgørelse medregnes også aktier ejet af skatteyderens nærmeste familie, hvilket vil sige ægtefælle, forældre, bedsteforældre, børn, børnebørn samt ægtefællerne til eller dødsboerne efter disse personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold«. Se også Folketingstidende 1999-2000, Tillæg A, sp. 6518: »Ved denne opgørelse medregnes også aktier ejet af skatteyderens nærmeste familie, hvilket vil sige ægtefælle, forældre, bedsteforældre, børn, børnebørn samt ægtefællerne eller dødsboerne til/efter disse personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtsskabsforhold«.

7.4 Opgørelsen af personlige selskabsdeltagere og nærståendes m.v. kapitalandele og stemmerettigheder

Formålet med dette afsnit er at analysere, hvorledes et ejerskab til kapitalandele eller en rådighed over stemmerettigheder skal medregnes, når kapitalandele eller stemmerettigheder tilhører et selskabs personlige selskabsdeltagere og deres nærstående (nedenfor 7.4.1) eller selskabsdeltagerens nærstående og dødsboer m.v. (nedenfor 7.4.2).

7.4.1 Moderselskabets personlige selskabsdeltagere og deres nærstående

Ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager, der er et moderselskab, kontrollerer et andet selskab, som er et mellem- eller datterselskab, medregnes som nævnt flere gange tidligere de kapitalandele og stemmerettigheder, som ejes af eller rådes over af moderselskabets personlige selskabsdeltagere og deres nærstående, jf. LL § 2, SEL § 32 og LL § 16 H.

Det må indledningsvis slås fast, at kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af eller rådes over af selskabsdeltagere, som er fysiske personer – og dermed også af deres nærstående – alene skal medregnes, i det omfang den personlige selskabsdeltager alene eller i fællesskab med nærstående eller i fællesskab med en fond eller en trust, stiftet af disse personer, eller en fond eller trust stiftet af førstnævnte fond eller trust, kontrollerer moderselskabet. I kraft af henvisningen til LL § 16 H forudsættes således, at den personlige selskabsdeltager m.v. direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene eller råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i moderselskabet m.v.,[212] jf. Folketingstidende 1995-96, Tillæg A, s. 2737:[213]

> »I kraft af henvisningen til ligningslovens § 16 H er det alene aktie- og stemmerettigheder fra personlige aktionærer, som alene eller i fællesskab med nærtstående kontrollerer det danske selskab, der skal medregnes ved afgørelsen af, om det danske selskab kontrollerer et lavtbeskattet udenlandsk finansselskab«.

og CIR nr. 82 af 29/5 1997 om international beskatning, pkt. 7.2.2:

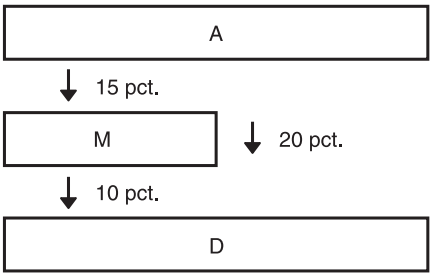
> »I kraft af henvisningen til ligningslovens § 16 H, stk. 1, er det dog kun aktie- og stemmerettigheder fra personlige aktionærer, som alene eller i fællesskab med nærtstående eller i fællesskab med en fond eller en trust stiftet af disse personer eller en fond eller trust stiftet

212. Efter LL § 16 H, SEL § 32 og FBL § 12 kræves dog ejerskab til 25 pct. eller mere af kapitalandelene eller rådighed over mere end 50 pct. af stemmerettighederne.
213. Ligeledes *Christian Homilius*, TfS 1999, 810 og *Søren Rasmussen*, SR-Skat 1998, 252.

af førstnævnte fond eller trust kontrollerer det danske moderselskab, der skal medregnes ved afgørelsen af, om selskabet kontrollerer et lavtbeskattet udenlandsk finansielt selskab«.

Denne regel kan belyses ved følgende eksempel:

Det forudsættes, at stemmefordelingen følger kapitalandelene. Den personlige selskabsdeltager, A, ejer 15 pct. af kapitalandelene i selskabet M og 20 pct. af kapitalandelene i D. M ejer 10 pct. af kapitalandelene i D.



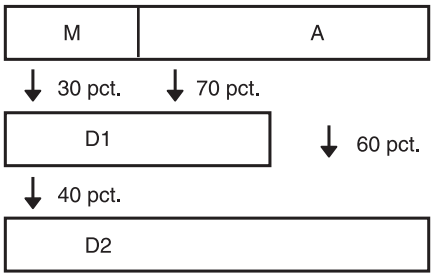
Ved bedømmelsen af, om moderselskabet, M, anses for at kontrollere datterselskabet, D, skal A's kapitalandele og stemmerettigheder i D ikke medregnes, al den stund A sammen med sine nærstående m.v. alene ejer 50 pct. eller mindre af kapitalandelene og råder over 50 pct. eller færre af stemmerettighederne i M.

Det matematiske udsagn for, hvornår personlige selskabsdeltageres og deres nærståendes kapitalandele og stemmerettigheder skal medregnes, er herefter **IF A→M ≥ 1/2 OR A~ M > 1/2 THEN M⇒D = (M→D + A→ D) OR (M~D + A~D) ELSE M⇒D = M→D OR M~D**. A→M og A~ M er den personlige selskabsdeltagers og dennes nærståendes ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder i moderselskabet, mens M→D og M~D er henholdsvis moderselskabets ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet. A→ D og A~D er den personlige selskabsdeltager og dennes nærståendes ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder i datterselskabet, og M⇒D er moderselskabets samlede indirekte og direkte ejerskab til og rådighed over henholdsvis kapitalandele og stemmerettigheder i datterselskabet.

Det fremgår endvidere af ovenstående, at det alene er de kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af eller rådes over af personlige selskabsdeltagere og deres nærstående i det moderselskab, som er selskabsdeltageren, der skal medregnes. De kapitalandele og stemmerettigheder, der tilhører personlige selskabsdeltagere i moderselskabets mellem- eller datterselskaber eller koncernforbundne selskaber, skal således ikke medregnes, medmindre de pågældende til-

lige er personlige selskabsdeltagere i moderselskabet eller nærstående til sådanne personlige selskabsdeltagere.[214]

Eksempel: Moderselskabet, M, råder over 30 pct. af stemmerettighederne i mellemselskabet D1. Den personlige selskabsdeltager, A, råder over de resterende 70 pct. af stemmerettighederne i D1. D1 råder over 40 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet D2. A råder over de resterende 40 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet D2. Den personlige selskabsdeltager, A, ejer hverken kapitalandele eller råder over stemmerettigheder i M.



M har hverken direkte eller indirekte kontrol eller væsentlig indflydelse med D2. Den indirekte vertikale kontrol med kapitalandele kan opgøres til 12 pct.[215] og rådigheden over stemmerettigheder til 0 pct. M skal ikke medregne kapitalandele og stemmerettigheder hos den personlige selskabsdeltager, A, idet A ikke er personlig selskabsdeltager i M. A har derimod direkte og indirekte vertikal kontrol med D2 som følge af rådighed over stemmerettigheder (100 pct.) og ejerskab til kapitalandele (88 pct.).[216] Endelig anses D1 for at have kontrol med D2, idet de stemmerettigheder og kapitalandele, der tilhører den personlige selskabsdeltagaer A, skal medregnes ved opgørelsen af D1's ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder.[217]

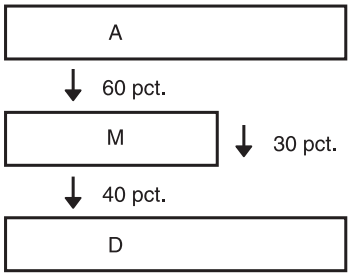
Det må endelig fastslås, at den personlige selskabsdeltager og dennes nærstående anses for at være én og samme selskabsdeltager ved bedømmelsen af, om moderselskabet kontrollerer selskabet. Heraf følger, at den personlige selskabsdeltagers ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder skal

214. Af sproglige årsager burde bestemmelsen have været præciseret, således at det utvettydigt fremgik, at der var tale om »dets« koncernforbundne selskaber og »dets« personlige selskabsdeltagere og disses nærstående.
215. 3/10 * 2/5 = 3/25.
216. 3/5 + 7/10 * 2/5 = 22/25.
217. Se om beregningen straks nedenfor.

adderes med dennes nærståendes ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder, inden det bedømmes, om moderselskabet kontrollerer et selskab, jf. også vejledning af december 2000 om transfer pricing; kontrollerede transaktioner, pkt. 2.2.1:

> »En person, dennes nærtstående og fonde/trusts stiftet af disse, skal ses som en helhed under ét, således at alle aktier og stemmer, som besiddes af de nævnte, indgår i bedømmelsen af, om der er tale om kontrol. Dette vises i Figur 1. Først ses på slægtskabsforhold til andre personer, derefter på fonde og trusts stiftet af disse, og dernæst på fonde og trusts stiftet af disse fonde og trusts«.

Det er herefter alene nødvendigt at tage stilling til, hvorledes den personlige selskabsdeltager og dennes nærståendes ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder skal medregnes, når den personlige selskabsdeltager og/eller dennes nærstående tilsammen ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene eller råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i det moderselskab, hos hvem den personlige selskabsdeltager og dennes nærståendes kapitalandele og stemmerettigheder skal medregnes. Det afgørende er da, om den personlige selskabsdeltager og dennes nærstående kapitalandele og stemmerettigheder skal medregnes fuldt ud – dvs. med de nominelle procentuelle værdier – eller om der ved iberegningen af deres kapitalandele og stemmerettigheder skal tages hensyn til, hvilken kontrol de har med det omhandlede moderselskab, jf. nedenstående eksempel:[218]



I tilfælde af, at de personlige selskabsdeltagere og deres nærståendes ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder skal medregnes fuldt ud – dvs. ved en addition af de pågældende kapitalandele og stemmerettigheder – vil moderselskabet i ovenstående eksempel blive anset for at eje 70 pct. af kapi-

218. Det forudsættes i eksemplet, at fordelingen af stemmerettigheder følger fordelingen af kapitalandelene.

talandelene og råde over 70 pct. af stemmerettighederne i datterselskabet.[219] Moderselskabet anses derfor for at kontrollere datterselskabet.

Hvis der tages højde for, at den personlige selskabsdeltager og dennes nærstående alene har en begrænset indflydelse på moderselskabet i form af et ejerskab til 60 pct. af kapitalandelene og rådighed over 60 pct. af stemmerettighederne, kan moderselskabets indflydelse på datterselskabet i stedet opgøres ved at addere de kapitalandele og stemmerettigheder, som den personlige selskabsdeltager og dennes nærstående indirekte ejer eller råder over i datterselskabet via moderselskabet, med de kapitalandele og stemmerettigheder, som den personlige selskabsdeltager og dennes nærstående direkte ejer og råder over i datterselskabet. Følges herefter de almindelige principper for opgørelse af den indirekte vertikale kontrol med kapitalandele og stemmerettigheder,[220] kan moderselskabets indflydelse på datterselskab i form af ejerskab til kapitalandele opgøres til 54 pct.[221] og i form af rådighed over stemmerettigheder til 70 pct.[222]

Spørgsmålet om, hvorledes kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af eller rådes over af personlige selskabsdeltagere og deres nærstående skal medregnes, er, som det ses, det samme som spørgsmålet om, hvorledes koncernforbundne selskabers ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder skal medregnes ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab.[223] Dette beror på, at der i begge tilfælde er tale om en opgørelse, der tager udgangspunkt i indirekte horisontal kontrol, idet det koncernforbundne selskab blot er udskiftet med en personlig selskabsdeltager eller dennes nærstående.

Det er ovenfor bevist, at ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder i tilfælde af indirekte horisontal kontrol må medregnes fuldt ud,[224] uanset om de personlige selskabsdeltagere og nærstående, der kontrollerer moderselskabet, ikke ejer samtlige kapitalandele eller råder over samtlige stemmerettigheder i moderselskabet, og uanset om de personlige selskabsdeltagere og nærstående selv anses for have indirekte vertikal kontrol med selskabet.

I det ovenfor anførte eksempel fører dette til, at den personlige selskabsdeltager, A, anses for indirekte og direkte at eje 54 pct. af kapitalandelene i datterselskabet D,[225] og råde over 70 pct. af stemmerettighederne i D.[226] Moderselskabet M har derimod i kraft af reglerne om

219. 2/5 + 3/10.
220. Se ovenfor 5.2 og 5.3.
221. 3/5 * 2/5 + 3/10 = 27/50.
222. 2/5 + 3/10.
223. Se herom ovenfor 6.4.
224. Ovenfor 6.4.1.4 og 6.4.2.
225. 3/5 * 2/5 + 3/10 = 27/50.
226. 2/5 + 3/10.

indirekte horisontal kontrol ejerskab til 70 pct. af kapitalandelene i D og råder over 70 pct. af stemmerettighederne i D.[227]

7.4.2 Selskabsdeltagerens nærstående og dødsboer efter disse

Nærståendes ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder skal medregnes i to tilfælde: Dels når selskabsdeltageren er et moderselskab, og det skal afgøres, om moderselskabet kontrollerer et selskab sammen med dets personlige selskabsdeltagere eller de personlige selskabsdeltageres nærstående, dels når selskabsdeltageren er en person, og det skal bedømmes, om selskabsdeltageren kontrollerer et selskab sammen med sine nærstående.

Der er ovenfor redegjort for, hvorledes den personlige selskabsdeltagers nærståendes ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder skal medregnes, når et moderselskabs kontrol med et datterselskab skal opgøres.[228] I det følgende redegøres for, hvorledes selskabsdeltagerens nærståendes – eller den nærståendes dødsbos – ejerskab til kapitalandele og stemmerettigheder skal medregnes, når selskabsdeltageren er en person.

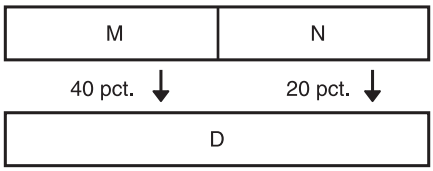
I modsætning til, hvad der en anført ovenfor om indirekte horisontal kontrol sammen med moderselskabers personlige selskabsdeltagere og deres nærstående,[229] kan de kapitalandele og stemmerettigheder, som den personlige selskabsdeltagers nærstående – og deres dødsboer – ejer eller råder over, alene medregnes på én måde: Ved en addition af de kapitalandele og de stemmerettigheder, som selskabsdeltageren direkte eller indirekte ejer eller råder over, med de kapitalandele og stemmerettigheder, som den nærstående eller dødsboet direkte eller indirekte ejer eller råder over.[230]

Årsagen hertil er, at den personlige selskabsdeltagers nærstående – i modsætning til koncernforbundne selskaber og moderselskabers personlige selskabsdeltagere m.v. – hverken vil være kontrolleret af en anden selskabsdeltager, således som det er tilfældet for koncernforbundne selskaber, eller vil være selskabsdeltagere hos den personlige selskabsdeltager. Det er således ikke muligt at opgøre nogen form for indirekte vertikal kontrol hos den nærstående, som involverer ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder i den personlige selskabsdeltager.

---

227. 2/5 + 3/10. Ligeledes eksemplet hos *Søren Rasmussen* i SR-Skat 1998, 252.
228. Ovenfor 7.4.1.
229. Ovenfor 7.4.1.
230. Jf. også VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.2.1 og 2.5.1, *Søren Rasmussen*, SR-Skat 1998, 252, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 58, 61-62 og 64, *Jakob Bundgaard*, Tynd kapitalisering, s. 102 og 105-106, *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 65 og *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 74 og 85.

I eksemplet



anses den personlige selskabsdeltager M således for at eje 60 pct. af kapitalandelene og råde over 60 pct. af stemmerettighederne – forudsat at stemmefordelingen følger fordelingen af kapitalandele – i selskabet D, hvoraf 40 pct. ejes og rådes over direkte, og 20 pct. ejes og rådes over indirekte via selskabsdeltagerens nærstående, N.[231]

Det må endelig antages, at en personlig selskabsdeltager kan anses for at kontrollere et selskab i fællesskab med nærstående, blot den pågældende ejer eller råder over kapitalandele eller stemmerettigheder grænsende til – men ikke lig med – 0 pct, forudsat at den nærstående ejer eller råder over så mange kapitalandele eller stemmerettigheder, at de samlet ejer eller råder over mere end 50 pct. af kapitalandelene eller stemmerettighederne.[232]

Ejer eller råder en person derimod ikke over nogen kapitalandele eller stemmerettigheder i et selskab, kan den pågældende ikke anses for at kontrollere selskabet, uanset om nærstående selskabsdeltagere ejer eller råder over mere end 50 pct. af kapitalandelene eller stemmerettighederne i selskabet. Dette er en følge af, at det efter ordlyden af LL § 2 – jf. SEL § 32 og LL § 16 H – er en forudsætning for at blive anset som selskabsdeltager, at den pågældende i forvejen ejer kapitalandele eller råder over stemmerettigheder i selskabet.[233]

7.5 Sammenfatning

Reglerne om nærstående, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder er gennemgået ovenfor. I forbindelse hermed er det analyseret, hvilke nærstående der i dag er omfattet af ABL § 11, stk. 3, og LL § 16 H, stk. 2. Analysen har vist, at den persongruppe, der er omfattet af begrebet »nærstående» i henhold til de foran

231. Eftersom selskabsdeltageren A også anses for at være nærstående til den nærstående N, og idet N ligeledes kan anses for at være selskabsdeltager, vil også N blive anset for direkte og indirekte at eje 60 pct. af kapitalandelene og råde over 60 pct. af stemmerettighederne. Dette er f.eks. tilfældet, hvis A og N er ægtefæller.
232. Jf. også *Christian Homilius*, TfS 1999, 810.
233. Ligeledes *Christian Homilius*, TfS 1999, 810 og *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen*, Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, s. 78.

nævnte bestemmelser, ikke er præcist defineret i skattelovgivningen eller forarbejderne hertil.

Af ovenstående gennemgang fremgår også, at det ikke ved vedtagelsen af LL § 16 H, stk. 2, eller ABL § 11, stk. 3, blev overvejet, hvem der skal anses for at være nærstående. Dette sidste bemærkes, eftersom der i dag inden for skatteretten findes forskellige definitioner af, hvem der skal anses for at være nærstående. De skatteretlige definitioner af nærstående i øvrigt er langt fra altid overensstemmende. Der findes ganske vist en lang række bestemmelser, som ved definitionen af nærstående blot henviser til LL § 16 H, stk. 2, eller ABL § 11, stk. 3, eller som indeholder samme definition som de nævnte bestemmelser. På den anden side findes der også et stort antal skatteretlige bestemmelser, som afgrænser den nærstående personkreds på anden måde.

Ved en gennemgang af skatterettens regler om nærstående kan det som følge heraf være vanskeligt at bevare overblikket. Ved en sammenligning ses imidlertid, at bestemmelserne har visse fællestræk.

Det er for det *første* kun LL § 12 A og KSL § 5, som ikke omfatter børn. LL § 12 A er imidlertid en bestemmelse, som retter sig mod den situation, at et barn stiller en bolig til rådighed for sine forældre eller besteforældre eller sin ægtefælles forældre eller bedsteforældre m.v. Børn er derfor rent faktisk omfattet af bestemmelsen, selvom de ikke er nævnt i den opregnede personkreds. Det samme gælder for KSL § 5, der vedrører forholdet mellem børn og deres forældre. Børn er ikke omfattet af opregningen af nærstående i KSL § 5, men er ikke desto mindre omfattet af bestemmelsen. Herefter kan det konkluderes, at skatteyderens børn generelt anses for at være skatteyderens nærstående.

Skatteyderens børnebørn er for det *andet* ligeledes omfattet af opregningen i i stort set alle skatteretlige bestemmelser om nærstående, bortset fra LL § 12 A, KSL § 5, KSL § 72 og PBL § 52. Børnebørn er imidlertid reelt omfattet af LL § 12 A, som også vedrører forholdet mellem et barnebarn og dets bedsteforældre. KSL § 5, KSL § 72 og PBL § 52 omfatter derimod ikke børnebørn. For så vidt angår KSL § 5 må det bero på en vurdering af risikoen for, at bedsteforældre ved placering af indtægtsnydelser hos børnebørn eller aflønning af børnebørn søger at unddrage midler for beskatning eller søger en lavere beskatning af de pågældende midler. Ved denne vurdering må der lægges afgørende vægt på, i hvilket omfang de omhandlede indtægter efterfølgende kan føres tilbage. Her har forældrene i modsætning til bedsteforældrene som følge af forældremyndigheden ganske store muligheder. I relation til KSL § 72, stk. 2, må en begrundelse for, at børnebørn ikke er omfattet, søges i bestemmelsens særlige karakter som en nærmest solidarisk hæftelse for skatteyderens ikke betalte skatter. Denne bestemmelse er åbenbart afgrænset til personer, som har fælles bopæl med skatteyderen, dvs. den samlevende ægtefælle og børn, for så vidt de har ejendele, der er medregnet ved skatteyderens skatteansættelse. Endelig er PBL

§ 52 i overensstemmelse med de almindelige principper i pensionsbeskatningsloven, hvorefter pensioner med skattegunstige virkninger ikke kan oprettes til fordel for børnebørn.[234] Pensionsreglerne tager således klart sigte på de grupper af nærstående, som har behov for økonomisk støtte i tilfælde af skatteyderens død. På denne baggrund kan det ikke konkluderes, at børnebørn generelt anses for at være skatteyderens nærstående. Der kan derimod opstilles en regel om, at børnebørn skal anses som nærstående, bortset fra de situationer, hvor formålet med reglerne taler for et andet resultat.

For det *tredje* er ægtefæller omfattet af et meget stort antal skatteretlige bestemmelser; dels således, at der findes gunstigere regler for ægtefæller end for andre, dels således, at reglerne er skærpet for ægtefæller. På den baggrund synes det åbenbart, at ægtefæller som hovedregel må anses for at være nærstående. Ægtefæller er dog ikke omfattet af ABL § 11, stk. 1, eller KSL § 33 C. Dette beror på, at gunstige bestemmelser om succession for ægtefæller findes andetsteds i lovgivningen, herunder navnlig KSL §§ 26 A og B. Ægtefæller er heller ikke omfattet af BAL § 1, stk. 2, eller § 22, stk. 1, om den boafgiftspligtige og gaveafgiftspligtige personkreds. Til gengæld er de afgiftsfri efter BAL § 3, stk. 1, litra a, og BAL § 22, stk. 3. At ægtefæller ikke omfattes af LL § 17 beror dels på, at reglen skal regulere forholdet mellem forældre og deres børn, dels på de særlige regler om skatteberegning af kapitalindkomst for ægtefæller. Det samme gælder for KSL § 5, som også er en bestemmelse om forholdet mellem forældre og deres børn. Det kan herefter konkluderes, at skatteyderens ægtefælle som altovervejende hovedregel må anses for at være skatteyderens nærstående.

Det må overvejes, om registrerede partnere er omfattet af begrebet »ægtefæller«, således som det er anvendt i LL § 16 H, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3. Der er selvsagt ikke taget stilling hertil i de nævnte bestemmelser, idet loven om registreret partnerskab først blev gennemført senere som lov nr. 372 af 7/6 1989.[235] I loven om registreret partnerskab, § 3, stk. 1, anføres, at indgåelse af et registreret partnerskab – med de i § 4 anførte undtagelser vedrørende adoption, forældremyndighed og samvær, kønsbestemte regler samt internationale traktater – har samme retsvirkninger som indgåelse af ægteskab. Heraf følger imidlertid ikke, at LL § 2 også omfatter registrerede partnere. Det følger derimod af bestemmelsen i lov om registreret partnerskab § 4, stk. 2, hvorefter bestemmelser i dansk lovgivning, som omhandler ægteskab og ægtefæller, skal anvendes tilsvarende på registre-

234. Jf. PBL 2, stk. 4, der omfatter ægtefæller, samlevere og børn indtil barnets fyldte 24. år.

235. Loven er senere ændret ved lov nr. 821 af 19/12 1989, lov nr. 387 af 14/6 1995 og lov nr. 360 af 2/6 1999.

ret partnerskab og registrerede partnere. LL § 2 omfatter således registrerede partnere på helt samme måde som ægtefæller.[236]

Skatteyderens forældre er for det *fjerde* omfattet af et stort antal skatteretlige bestemmelser om forholdet mellem nærstående. De er imidlertid ikke omfattet af ABL § 11, stk. 1, og KSL § 33 C. Dette beror så vidt ses på, at de pågældende bestemmelser primært tager sigte på et generationsskifte af en virksomhed til en yngre generation. Formålet med reglerne tilsiger således, at ægtefæller ikke er omfattet af hverken ABL § 11, stk. 1, eller KSL § 33 C, stk. 1. Det samme gør sig gældende for DSL § 36 om arvingskøb, som også efter omstændighederne må siges at sigte mod et generationsskifte.[237] LL § 17 opregner ikke forældre, men omfatter reelt også forældre. Bestemmelsen regulerer således lån fra skatteyderen til dennes livsarvinger, herunder fra forældre til deres børn. KSL § 72 er som nævnt en speciel bestemmelse, som efter sit formål alene bør omfatte de personer, der kan sættes i skat sammen med skatteyderen. Formålet med PBL § 52 er som ovenfor omtalt at sikre de af afdødes efterlade, som har behov for hjælp som følge af, at en forsørger er faldet bort. Skatteyderens forældre anses derfor ikke for at være nærstående efter denne bestemmelse. Herefter må det antages, at forældre skal anses for at være skatteyderens nærstående bortset fra tilfælde, hvor formålet med reglerne taler for et andet resultat.

For så vidt angår alle andre end ægtefællen, forældre, børn og børnebørn er billedet betydeligt mere nuanceret. Bedsteforældre og fjernere livsarvinger end børnebørn optræder således undertiden som nærstående, undertiden som personer, der ikke anses for at være nærstående. Det samme gælder for ægtefæller til forældre, bedsteforældre, børn og børnebørn. Søskende, deres børn og børnebørn er også kun undtagelsesvist omfattet, og da alene i forbindelse med bestemmelser om generationsskifte af virksomhed. Endelig bemærkes, at samlevere kun for nylig er kommet til kredsen af skatteyderens nærstående, og det endnu kun i boafgiftsmæssig og pensionsmæssige henseende, når bortses fra reglerne om fremførsel af underskud.

Den samlede vurdering af reglerne bliver derfor, at ægtefæller, forældre, børn og børnebørn i skatteretlig henseende er kernen i begrebet nærstående. Oldebørn og fjernere afkom, bedsteforældre og samlevere anses også ret ofte for at være skatteyderens nærstående, men er dog ikke omfattet af en lang række regelsæt.

---

236. Det bemærkes herved, at ABL § 11, stk. 3, ikke indeholder en særlig regel om den ene part i ægteskabet bestemt ved dennes køn, jf. hertil lov om registreret partnerskab § 4, stk. 3.

237. Det bemærkes således, at personkredsen efter ABL § 11, KSL § 33 C og DSL § 36 er sammenfaldende, når bortses fra ægtefæller, som ikke er omfattet af de to førstnævnte bestemmelser. Dette beror som nævnt ovenfor på, at ægtefæller som hovedregel har fuld adgang til succession efter KSL §§ 26 A og B.

Dette beror dels på historiske årsager, dels på de reale hensyn bag de enkelte regelsæt. Endelig anses den fraskilte ægtefælle, ægtefællens forældre, ægtefællens bedsteforældre, forældres ægtefæller, bedsteforældres ægtefæller, børnebørns ægtefæller, oldebørns ægtefæller samt søskende, deres børn og børnebørn kun undtagelsesvist for at være skatteyderens nærstående. Det er imidlertid klart, at forskellen på de enkelte regelsæt ikke blot kan bortforklares med deres forskellige formål. En stor del af reglerne har således det til fælles, at de søger at regulere handelsmæssige eller økonomiske transaktioner mellem en skatteyder og en personkreds, der må anses for at være så nærstående med skatteyderen, at der uden reglerne ville være risiko for en utilsigtet udnyttelse af skattesystemet. I alle disse tilfælde kan det være vanskeligt at forklare, hvorfor kredsen af nærstående afgrænses på så forskellige måder, som tilfældet er i dag.

8. Indirekte horisontal kontrol – Fonde og truste m.v.

8.1 Indledning

En selskabsdeltager kan udøve kontrol på et selskab sammen med fonde eller trusts, der er stiftet af den pågældende selskabsdeltager, eller som er stiftet af koncernforbundne selskaber, personlige selskabsdeltagere, nærstående, dødsboer m.v. eller af fonde eller truste stiftet af disse m.fl.[238]

Ved nedenstående gennemgang udelades i alt væsentligt en redegørelse for, hvorledes fonde og truste skal defineres i skatteretlig henseende. Der redegøres derfor alene for, hvorledes fondes og trustes kapitalandele og stemmerettighederne skal medregnes ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab (nedenfor 8.2 og 8.3).

8.2 Hvilke fonde og truste

I henhold til SEL § 32, stk. 6, skal en selskabsdeltager medregne kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af – eller som rådes over – af fonde og truste m.v., der er *stiftet* af selskabsdeltageren (moderselskabet) selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, personlige selskabsdeltagere og disses nærstående eller af fonde eller truste stiftet af disse, ved bedømmelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer et selskab.[239]

---

238. Se hertil *Søren Rasmussen*, SR-Skat 1998, 252.

239. Lovens formulering »nærtståede m.v.« må tage sigte på personlige selskabsdeltagere og deres nærstående, eftersom en selskabsdeltager, der er et moderselskab, ikke kan have nærstående i den forstand, som begrebet anvendes i SEL § 32, jf. LL § 16 H, stk. 2.

På samme måde anføres det i LL § 16 H, stk. 2, at selskabsdeltageren skal medregne kapitalandele og stemmerettigheder, som ejes af eller rådes over af fonde eller truste, der er *stiftet* af selskabsdeltageren eller dennes nærstående eller fonde eller trusts stiftet af disse, ved bedømmelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer et selskab.[240]

Endelig anføres det i ABL § 11, stk. 3, jf. KGL § 4, stk. 2, at der ved afgørelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne, fordi samme kreds af selskabsdeltagere kontrollerer selskaberne, skal medregnes kapitalandele og stemmerettigheder, som tilhører fonde m.v., hvorover samme kreds af selskabsdeltagere, deres dødsboer eller nærstående på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har en *bestemmende indflydelse*.[241]

Der må som følge heraf sondres mellem på den ene side selskabsdeltagerens indirekte horisontal kontrol sammen med fonde og truste i henhold til LL § 2 (nedenfor 8.2.1), og på den anden side bedømmelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne som følge af samme kreds af selskabsdeltageres kontrol med selskaberne i henhold til ABL § 11, stk. 3, jf. KGL § 4, stk. 2 (nedenfor 8.2.2).

8.2.1 Indirekte horisontal kontrol – Stiftelsen

I henhold til LL § 16 H og SEL § 32 – og dermed også LL § 2 – skal selskabsdeltageren ved opgørelse af den indirekte horisontale kontrol som nævnt medregne kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af – eller som rådes over – af fonde og truste m.v., der er *stiftet* af selskabsdeltageren (moderselskabet) selv, af koncernforbundne selskaber, af personlige selskabsdeltagere og nærstående m.v. eller af fonde eller trusts stiftet af disse.

Det afgørende er således ikke, om moderselskabet eller de nævnte selskaber, personlige selskabsdeltagere og nærstående m.v. har indflydelse på en fond eller trust eller er beneficianter eller lignende. I relation til spørgsmålet om, hvorvidt moderselskabet kontrollerer datterselskabet, er det tilstrækkeligt, at de pågældende har stiftet fonden eller trusten. Stifteren af en fond må alt andet lige anses for at være den, der er angivet i vedtægten, jf. hertil fondslovens § 6, stk. 2, 2. pkt., eller, – hvis stifteren ikke er angivet i vedtægten – i den særskilte meddelelse, der er indsendt til fondsmyndigheden samt til skattemyndigheden i den kommune, hvor fonden har hjemsted, jf. fondslovens § 6, stk. 2, 2. pkt.

Stifteren af en trust (settlor) er den, som overfører aktiver til en anden person

---

240. Dette må også omfatte fonde og truste, der er stiftet af dødsboer efter de nærstående, idet dødsboer anses for at være nærstående i den forstand, hvori begrebet anvendes i LL § 16 H, stk. 2, jf. definitionen i LL § 16 H, stk. 2, 3. pkt.

241. Har en selskabsdeltager stiftet en fond, kan den ikke lovligt have bestemmende indflydelse på fonden, jf. nedenfor 8.4.1 og 8.4.2.

(trustee) med instruktion om, at trustee skal forvalte aktiverne til fordel for en eller flere begunstigede.[242]

Det anerkendes inden for fondsretten, at en fond m.v., der er omfattet af fondsloven, kan have mere end én stifter, jf. hertil udtrykkeligt fondslovens § 6, stk. 2, 2. pkt.[243] I de tilfælde, hvor fonden m.v. er stiftet af mere end én fysisk eller juridisk person, må samtlige stiftere anses for at være stiftere i relation til reglerne om indirekte horisontal kontrol i LL § 2. Dette må gælde, uanset at den eller de pågældende som medstiftere kun måtte have stillet en mindre del af fondens kapital til rådighed og/eller alene kun måtte have haft ringe indflydelse på dens fundats samt ledelsen af fonden m.v.

Fondens eller trustens ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder må i øvrigt medregnes, uanset om fonden eller trusten har kontrol med eller bestemmende indflydelse på selskabsdeltageren (moderselskabet).[244]

8.2.2 Koncernforbundne selskaber – Bestemmende indflydelse

ABL § 11, stk. 3, adskiller sig som nævnt ovenfor fra LL § 2 – jf. SEL § 32, stk. 5, og LL § 16 H, stk. 2 – ved, at bestemmelsen ikke lægger vægt på, hvem der har stiftet en fond m.v., men derimod på, hvem der har den bestemmende indflydelse på fonden m.v. Denne bestemmende indflydelse skal foreligge i form af »aktiebesiddelse«,[245] vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse enten hos selskabsdeltageren alene eller sammen med dennes nærstående eller dødsboer efter de nævnte personer.[246]

> Se fra praksis SpO 1983, 124 hvor selskabsdeltageren ejede 20 pct. af selskabets kapitalandele, mens en familiefond ejede 29 pct. af kapitalandelene. De resterende 51 pct. af kapitalandelene i selskabet ejedes af andre ikke nærstående selskabsdeltagere. I henhold til den dagældende ABL § 4, stk. 3, ville selskabsdeltageren være hovedaktionær, hvis hun kontrollerede mindst 25 pct. af kapitalandelene i selskabet, herunder i fællesskab med en fond, hvorover hun eller hendes nærstående havde bestemmende indflydelse. Fonden var stiftet af selskabsdeltageren og hendes mand. Dens bestyrelse bestod af seks medlemmer, herunder selskabsdeltagerens to sønner og fire andre medlemmer, som ikke var nærstående med selskabsdeltageren. Statsskattedirektoratet udtalte, at selskabsdeltageren ikke var hovedaktionær.[247]

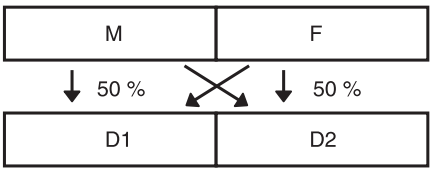
---

242. Jf. *Rasmus Kristian Feldthusen*, Trusts, s. 83.
243. »Er stifteren eller stifterne ikke angivet i vedtægten …«.
244. Se nærmere nedenfor 8.4.
245. Eftersom en fond er en selvejende institution, der ikke udsteder kapitalandele, er dette imidlertid ikke muligt.
246. Hvad dette indebærer er gennemgået ovenfor 6.3.3.
247. Se også *Henrik Peytz*, Aktieavancebeskatningsloven med kommentarer, s. 449.

8.2.3 Forskellenes betydning

De konstaterede forskelle på, hvornår fondes og trustes m.v. kapitalandele og stemmerettigheder skal medregnes, kan få praktisk betydning, idet reglerne om selskabsdeltagerens indirekte horisontale kontrol med et selskab sammen med fonde og truste m.v., jf. LL § 2 sammenholdt med SEL § 32, stk. 5, og LL § 16 H, stk. 2, ikke er de samme som reglerne om indirekte horisontal kontrol sammen med koncernforbundne selskaber, jf. LL § 2 sammenholdt med KGL § 4, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3. Et eksempel kan belyse dette:

Moderselskabet M råder over 50 pct. af stemmerettighederne i datterselskaberne D1 og D2. En fond, F, stiftet af moderselskabet M, råder ligeledes over 50 pct. af stemmerne i datterselskaberne D1 og D2. M har ingen bestemmende indflydelse på F.



I henhold til SEL § 32, stk. 5 – og dermed også LL § 2 – skal der ved bedømmelsen af, om moderselskabet anses for at kontrollere datterselskabet, medregnes aktier og stemmerettigheder, som ejes af en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, personlige aktionærer, nærstående m.v. eller af fonde eller truste stiftet af disse. Moderselskabet anses derfor for at kontrollere begge datterselskaber som følge af reglerne om indirekte horisontal kontrol.

Ved afgørelsen af, om datterselskaberne er koncernforbundne, jf. KGL § 4, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3, skal der imidlertid ikke lægges vægt på, om fonden er stiftet af moderselskabet, men derimod på om moderselskabet har bestemmende indflydelse på fonden. Er dette som forudsat i eksemplet ikke tilfældet, anses moderselskabet og fonden derfor ikke for at være samme kreds af selskabsdeltagere. Datterselskaberne anses derfor ikke for at være koncernforbundne, uanset at moderselskabet anses for at kontrollere disse.

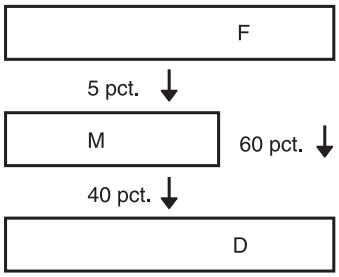
Ændres eksemplet, således at M ikke har stiftet F, men derimod har en bestemmende indflydelse på F, bliver resultatet det modsatte. M vil da ikke blive anset for at kontrollere datterselskaberne D1 og D2, jf. SEL § 32, men datterselskaberne vil ikke desto mindre blive anset for at være koncernforbundne, jf. KGL § 4, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3.

8.3 Opgørelsen af fonde og trusts (m.v.) kapitalandele og stemmerettigheder

I dette afsnit analyseres, hvorledes der skal forholdes, når kapitalandele og stemmerettigheder, der tilhører fonde eller trusts (m.v.), skal medregnes ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager har kontrol med et selskab, jf. LL § 2, sammenholdt med SEL § 32, stk. 5, og LL § 16 H, stk. 2, og ved opgørelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne.

Det må indledningsvist slås fast, at kapitalandele og stemmerettigheder hos fonde og trusts m.v. skal medregnes uanset om den pågældende fond eller trust m.v. – eventuelt sammen med andre – kontrollerer selskabsdeltageren.[248] I modsætning til reglerne om medregning af personlige selskabsdeltageres m.v. kapitalandele og stemmerettigheder, der henviser til LL § 16 H, stk. 2, forudsættes det således ikke, at en fond eller trust m.v. direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene eller råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i selskabsdeltageren, hvis denne selv er et selskab, jf. SEL § 32, stk. 6.[249] I relation til selskabsdeltagere, der er fysiske personer, stilles heller ikke krav om andet og mere, end at fonden m.v. er stiftet af den pågældende, jf. LL § 16 H, stk. 2. Heller ikke i ABL § 11, stk. 3, er der andre krav til forbindelsen mellem selskabsdeltageren og fonden m.v. end, at førstnævnte skal have en bestemmende indflydelse i sidstnævnte som følge af vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse.

Eksempel: Det forudsættes, at stemmefordelingen følger kapitalandelene. Fonden, F, der er stiftet af mellemselskabet, M, ejer alene 5 pct. af kapitalandelene i M. F ejer endvidere 60 pct. af kapitalandelene i datterselskabet D. M ejer de sidste 60 pct. af kapitalandelene i D.



248. Se også forudsætningsvis VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.4.7.
249. Se ovenfor 7.4.1 om de personlige selskabsdeltagere.

Ved opgørelsen af, om mellemselskabet, M, anses for at kontrollere datterselskabet, D, skal F's kapitalandele og stemmerettigheder i D medregnes, uanset F ikke kontrollerer M.

Det må endvidere understreges, at kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af eller rådes over af fonde og truste (m.v.), som er stiftet af andre end selskabsdeltageren, også skal medregnes, forudsat at de pågældende fonde og trusts er stiftet af koncernforbundne selskaber, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående, selskabsdeltagerens nærstående og dødsboer efter disse.[250]

Heraf følger, at der i alle tilfælde, hvor en fond eller trust er stiftet af den ovenfor nævnte persongruppe m.v., må tages stilling til, hvorledes fonden eller trustens ejerskab til kapitalandele eller stemmerettigheder skal opgøres i henhold til LL § 2, jf. SEL § 32, stk. 5, eller LL § 16 H, stk. 2. I relation til definitionen af koncernforbundne selskaber, jf. LL § 2 samt KGL § 4, stk. 2, og ABL § 11, stk. 3, må det endvidere afgøres, hvorledes sådanne kapitalandele og stemmerettigheder skal medregnes, når de har tilhørt fonde m.v., som den i ABL § 11, stk. 3, nævnte kreds af nærstående personer på grund af vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har en bestemmende indflydelse på. De matematiske principper herfor må være ens i begge situationer.

Eftersom der ikke stilles krav om, at en fond eller trust (m.v.) skal have kontrol med selskabsdeltageren, er det åbenbart, at fondens eller trustens (m.v.) ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder må medregnes fuldt ud ved bedømmelsen af, om selskabsdeltageren har kontrol med selskabet, eller om to eller flere selskaber er koncernforbundne, fordi de kontrolleres af samme kreds af selskabsdeltagere.[251]

8.4 Sammenfatning

Ved bedømmelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne, lægges som nævnt ovenfor bl.a. vægt på, hvilke kapitalandele og stemmerettigheder der tilhører fonde m.v., hvorover den i ABL § 11, stk. 3, nævnte kreds af nærstående på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har en bestemmende indflydelse. I modsætning hertil medregnes ved bedømmelsen af, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab, kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af eller rådes over fonde og truste, som er stiftet af selskabsdeltageren, koncernforbundne selskaber, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående, selskabsdeltagerens nærstående m.v. eller af fonde eller truste stiftet af disse.

---

250. Cfr. spørgsmålet om, hvornår personlige selskabsdeltagere og deres nærståendes ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder skal medregnes. Se nærmere ovenfor 7.4.1.
251. Jf. også VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.4.7.

Dette sidste er bemærkelsesværdigt, eftersom selskabsdeltageren da efter omstændighederne vil skulle medregne kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af eller rådes over af en fond, som ikke har kontrol med selskabsdeltageren, og som ikke lovligt kan kontrolleres af selskabsdeltageren.

Reglen om, at kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af eller rådes over af fonde og truste m.v., som er stiftet af selskabsdeltageren, koncernforbundne aktionærer, personlige selskabsdeltagere, nærstående m.v., skal medregnes ved bedømmelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer et selskab, blev indsat ved lov nr. 487 af 12/6 1996. I bemærkningerne til ændringen anføres følgende:

> »Endvidere foreslås visse ændringer og udvidelser af reglerne om tvungen sambeskatning. Det foreslås dels, at kontrolbegrebet i selskabsskattelovens § 32 om tvungen sambeskatning udvides. Herefter vil resultatet i et lavt beskattet, finansielt udenlandsk selskab skulle undergives tvungen sambeskatning, hvis et dansk selskab m.v. i fællesskab med koncernforbundne selskaber, aktionærer og disses nærtstående samt fonde og trusts stiftet af de nævnte grupper direkte eller indirekte kontrollerer det udenlandske selskab. I dag medregnes alene selskabets egne direkte eller indirekte besiddelser i opgørelsen af om der foreligger kontrol. Baggrunden for udvidelsen af kontrolbegrebet er, at det i modsat fald vil være muligt at omgå reglen om tvungen sambeskatning eksempelvis ved at sprede besiddelser i lavt beskattede udenlandske finansselskaber blandt et selskab og dettes aktionærer m.v«.[252]

Det i bemærkningerne anførte har betydelig vægt for så vidt angår de tilfælde, hvor en personlig selskabsdeltager har en nærmere bestemt indflydelse på et selskab sammen med nærstående eller koncernforbundne selskaber. I disse tilfælde kan der på grund af det økonomiske og/eller personlige interessesammenfald være en ikke ubetydelig risiko for, at selskabsdeltageren og de pågældende i forhold til selskabet agerer som én og samme person.[253] Et tilsvarende interessefællesskab kan imidlertid ikke forventes alene som følge af, at en fond eller trust er stiftet af en selskabsdeltager eller en til selskabsdeltageren nærmere forbundet fysisk eller juridisk person. Nedenfor analyseres forholdet mellem på den ene side fysiske personer og fonde (8.5.1) og på den anden side juridiske personer og fonde (8.5.2) med henblik på at afgøre, i hvilket omfang det er hensigtsmæssigt, at selskabsdeltageren skal medregne kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af eller rådes over af fonde eller trusts, som er stiftet af selskabsdeltageren eller med den pågældende nærmere forbundne fysiske eller juridiske personer. Samtidig redegøres for, i hvilket omfang en selskabsdeltager kan have bestemmende indflydelse på en fond m.v.

---

252. Folketingstidende 1995-96, Tillæg A, s. 2734.
253. Se også ovenfor V, 2.

Der vil ikke i sammenfatningen blive redegjort for, hvorfor der kan være behov for såvel regler om ejerskab til kapitalandele som regler om rådighed over stemmerettigheder, når det skal afgøres, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab sammen fonde eller trusts, eller når det skal bedømmes, om to eller flere selskaber er koncernforbundne. Det matematiske bevis herfor er det samme, som finder anvendelse ved bedømmelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer et selskab sammen med koncernforbundne selskaber. Der henvises derfor til sammenfatningerne ovenfor.[254]

8.4.1 Personer stifter fonde

Det kan diskuteres, om der som følge af fondslovens regler overhovedet er behov for en bestemmelse svarende til reglerne i SEL § 32, stk. 5, og LL § 16 H, stk. 2.

Efter fondslovens § 16 og erhvervsfondslovens § 17 kan den person, som stifter en fond, samt dennes ægtefælle eller personer, der er knyttet til stifteren eller dennes ægtefælle ved slægt- eller svogerskab i ret op- eller nedstigende linje eller sidelinjen så nært som søskende, ikke uden fondsmyndighedens samtykke udgøre bestyrelsens flertal. En almindelig fondsbestyrelse må endvidere kun med fondsmyndighedens tilladelse udgøres af mindre end 3 medlemmer eller af en juridisk person eller kollektiv enhed, jf. fondslovens § 11. I erhvervsdrivende fonde skal bestyrelsen altid bestå af mindst 3 medlemmer, jf. erhvervsfondslovens § 12, stk. 1, foruden de bestyrelsesmedlemmer, der vælges af medarbejderne i overensstemmelse med erhvervsfondslovens § 22.

For så vidt angår en personlig stifter kan det herefter konstateres, at denne aldrig – i hvert fald ikke lovligt efter fondsloven og erhvervsfondsloven – kan udgøre et flertal af bestyrelsen, hverken alene eller i fællesskab med en ægtefælle og de opregnede slægtninge og besvogrede. Har bestyrelsen kun 2 medlemmer, vil den pågældendes stemmeret højst udgøre 50 pct., og da stifteren ikke må være i flertal vil det andet bestyrelsesmedlems stemmer være udslagsgivende.[255] Har fondens bestyrelse 3 medlemmer, vil stifteren og dennes nærstående alene have 33 pct. af stemmerne. I tilfælde af en fond med 4 medlemmer stiger denne andel til 50 pct (2 ud af 4 stemmer), og ved 5 medlemmer er stemmeandelen alene på 40 pct. (2 ud af 5 stemmer).

Det følger heraf, at stifteren og dennes nærstående højst kan råde over 50 pct. af stemmerettighederne i fonden, men aldrig vil have den udslagsgivende stem-

254. Ovenfor 5.6 og navnlig 6.5.

255. Jf. *Lennart Lynge Andersen*, Fonde og foreninger I, s. 199: »Hvis bestyrelsen har et lige antal medlemmer, hvoraf halvdelen – og deriblandt formanden – tilhører den i § 16 nævnte personskare, må formandens stemme ikke kunne gøre udslaget, ...« samt s. 215-216.

me.[256] Når selskabsdeltageren skal medregne kapitalandele og stemmerettigheder hos fonde, der er stiftet af selskabsdeltageren m.v., kan det således ikke bero på, at selskabsdeltageren som stifter automatisk kan kontrollere, hvorledes fonden udnytter sine kapitalandele og stemmerettigheder.

> Der kan selvsagt forekomme tilfælde, hvor fonden i realiteten ikke er selvejende, eller hvor stifteren og dennes nærstående reelt råder over mere end 50 pct. af stemmerne i fonden. I så fald skal »fonden« imidlertid ikke anses for at være en fond, eftersom det stadig ved definitionen af fonde – uafhængigt af bestemmelserne i fondslovens § 16 om bestyrelsens sammensætning – forudsættes, at den skal have en selvstændig ledelse i forhold til stifteren.[257] »Fondens« kapitalandele og stemmerettigheder anses da fortsat for at være ejet af og rådet over af den eller dem, som har stiftet »fonden«.

Reglerne om fondes udlodning kan derimod tale for, at en selskabsdeltager m.v., som er en fysisk person, der har stiftet en fond, skal medregne fondens ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder ved bedømmelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer et selskab.

Efter fondslovens § 31 og den tilsvarende bestemmelse i erhvervsfondslovens § 43 må bestyrelsen ganske vist ikke tillægge stifteren, dennes ægtefælle eller faste samlever andre vederlag, end hvad må anses for sædvanligt efter hvervets arbejde og omfang, for deres arbejde i bestyrelsen. Efter fast praksis anses bestemmelsen også for at omfatte stifterens hjemmeboende børn under 18 år. Dette følger også af det almindelige krav om, at fondens formue skal være uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue. Formålet med fondslovens § 31 og erhvervsfondslovens § 43 er at afskære enhver mulighed for, at bestyrelsen kan tillægge stifteren eller en nærmere afgrænset kreds af dennes nærstående nogen form for uddelinger ud over en rimelig betaling for den arbejdsindsats, de pågældende måtte erlægge som medlem af bestyrelsen. Forbuddet anses derfor for at omfatte enhver form for tilbagebetaling af kapitalen, legatportioner, lån af enhver art samt kaution og garantistillelse for stifterens og dennes nærstående.[258]

Det er derimod ikke udelukket, at stifteren kan forbeholde sig selv, sin ægtefælle eller sine hjemmeboende børn under 18 år en vis begrænset rentenydelse eller brugsnydelse til løsøre eller fast ejendom. Efter fondslovens § 31 kan bestyrelsen ikke beslutte at tillægge stifteren sådanne rettigheder, men det ude-

---

256. Ved et lige antal medlemmer af fondens bestyrelse. Ved et ulige antal vil stemmeandelen grænse op til 50 pct., men dog aldrig blive 50 pct., idet stifterens og dennes nærstående altid vil have 1 stemme færre end de uafhængige medlemmer af bestyrelsen.
257. Jf. *Lennart Lynge Andersen*, Fonde og foreninger I, s. 68-74 og 199-200 samt Fra stiftelse til fond, s. 190-194.
258. Jf. *Lennart Lynge Andersen*, Fonde og foreninger I, s. 54-67 og 245-248.

lukker ikke, at det i fundatsen er bestemt, at de pågældende personer skal modtage en indtægts- eller brugsnydelse, når dette ikke forudsætter beslutninger fra bestyrelsen.[259]

Stifteren kan endvidere ved fundatsen bestemme, at udeboende børn over 18 år skal tillægges nærmere bestemte legater m.v., ligesom bestyrelsen kan træffe sådan beslutning efter fondslovens § 31. De børnene tillagte midler kan herefter helt eller delvist overføres til stifteren uden afgift eller skat ved gave fra børnene til stifteren, for så vidt gavens størrelse er mindre end et reguleret grundbeløb, der i 2004 udgør 51.500 kr. for hvert barn, jf. BAL § 22, stk. 1. Ved at tildele såvel myndige, udeboende børn samt eventuelle børnebørn m.v. – der hver kan give stifteren årlige afgiftsfri gaver svarende til 51.500 kr., jf. BAL § 22, stk. 1 – uddelinger fra fonden kan stifteren således etablere et system, hvor fondens midler føres tilbage til stifteren. I tilfælde af, at f.eks. børnene og børnebørnene har forpligtet sig til at føre uddelingerne tilbage til stifteren, kan formuen dog ikke anses for at være udskilt på en sådan måde, at der er etableret en fond.

Hertil kommer, at et system med tilbageførsel også kan etableres ved, at modtagerne af fondens udlodninger helt eller delvist stiller en fribolig til rådighed for stifteren, jf. LL § 12, stk. 4. Udgiften til friboligen kan da efter omstændighederne ligefrem fradrages af den, som helt eller delvist stiller boligen til rådighed, jf. herved LL § 12, stk. 5 og 6.

Selskabsdeltageren eller dennes nærstående m.v. har som stiftere afgørende indflydelse på, hvem fonden skal tilgodese i kraft af sine uddelinger, idet bestyrelsen alt andet lige er bundet af fundatsens bestemmelser om uddelinger. Et interessefællesskab i kraft af, at selskabsdeltageren eller dennes nærstående i sidste ende oppebærer udbytte fra de kapitalandele, som en fond m.v. måtte eje i et selskab, kan derfor ikke udelukkes.

En stifter af en fond kan som nævnt ovenfor ikke lovligt have bestemmende indflydelse på fonden. Det kan på baggrund heraf diskuteres, om det overhovedet er nødvendigt at have en regel svarende til ABL § 11, stk. 3, hvorefter en fonds kapitalandele eller stemmerettigheder skal medregnes ved opgørelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne, når en selskabsdeltager har bestemmende indflydelse på fonden. I de praktisk forekommende tilfælde, hvor selskabsdeltageren har stiftet fonden, er bestemmelsen i ABL § 11, stk. 3, meningsløs. Der kan imidlertid ikke ses bort fra, at en selskabsdeltager kan have bestemmende indflydelse på en fond, som den pågældende ikke har stiftet. I de tilfælde kan selskabsdeltageren udnytte fondens kapitalandele og stemmerettig-

---

259. Praksis er meget tilbageholdende med at anerkende brugs- og indtægtsnydelser. Der foreligger ikke en fond, hvis stifteren eller dennes nærstående har forbeholdt sig en fuldstændig rentenydelsesret, jf. UfR 1989.1939 H. Se nærmere *Lennart Lynge Andersen*, Fonde og foreninger I, s. 60-64 og s. 249 samt Fra fond til stiftelse, s. 206-213.

heder på lige fod med egne kapitalandele og stemmerettigheder, hvorefter to eller flere selskaber må anses for at være koncernforbundne.

8.4.2 Selskaber stifter fonde

I de tilfælde, hvor en fond stiftes af et selskab, findes andre regler om fondens bestyrelse. I henhold til fondslovens § 16, stk. 2, og erhvervsfondslovens § 17, stk. 2, kan en person, der direkte eller indirekte ejer mere end halvdelen af den stemmeberettigede kapital i selskabet, ikke uden fondsmyndighedens samtykke udgøre bestyrelsens flertal sammen med de personer, der er knyttet så nært til den pågældende som angivet i fondslovens § 16, stk. 1, og erhvervsfondslovens § 16, stk. 1, ligesom de sidstnævnte personer heller ikke uden fondsmyndighedens samtykke kan udgøre bestyrelsens flertal.

Reglerne om fondsbestyrelsens sammensætning kan således ikke omgås ved, at stifteren forinden opretter et selskab – eller benytter et allerede oprettet selskab – til at stifte fonden. Det selskab, som har stiftet fonden – og alle andre juridiske personer – kan endvidere kun indgå i en almindelig fonds bestyrelse med fondsmyndighedens samtykke, jf. fondslovens § 11, stk. 1, in fine.[260] I almindelige fonde og erhvervsdrivende fonde skal alle bestyrelsesmedlemmer være fysiske personer, jf. fondslovens § 12 og erhvervsfondslovens § 12, stk. 1, sammenholdt med § 13.[261] Fondslovens regler om bestyrelsen af fonde, der er stiftet af selskaber, synes derfor lige så lidt som reglerne om fonde stiftet af fysiske personer at kunne begrunde, at et selskab skal medregne fondes og trustes ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder ved bedømmelsen af, om kravet om kontrol i relation til LL § 2 er opfyldt, alene fordi selskabet har stiftet fonden.

Mulighederne for at omgå reglerne om transfer pricing ved hjælp af udlodninger fra fonden til andre juridiske og fysiske personer end det selskab, som har stiftet fonden, taler derimod for selskaber – som for personlige selskabsdeltagere – for, at sådanne kapitalandele og stemmerettigheder medregnes. Som nævnt ovenfor må fondens bestyrelse efter fondslovens § 31 og den tilsvarende bestemmelse i erhvervsfondslovens § 43 ganske vist ikke tillægge stifteren, dennes ægtefælle, faste samlever og hjemmeboende børn under 18 år vederlag ud over sædvanlig betaling for eventuelt arbejde i fondens bestyrelse. Disse regler ude-

---

260. Jf. *Lennart Lynge Andersen*, Fonde og foreninger I, s. 142-143. Hensigten med fondslovens § 11, stk. 1, er, at en juridisk person kun kan indgå i bestyrelsen med fondsmyndighedernes samtykke, hvad enten den juridiske person udgør hele bestyrelsen eller blot er ét ud af flere medlemmer af bestyrelsen.

261. Efter fondslovens § 12 og erhvervsfondslovens § 13 skal bestyrelsesmedlemmer være myndige og må ikke være under værgemål efter værgemålslovens § 5 eller under samværgemål efter værgemålslovens § 7. Kravet om myndighed kan ikke opfyldes af juridiske personer. Se også *Lennart Lynge Andersen*, Fonde og foreninger I, s. 186-188 og 371.

lukker imidlertid ikke, at selskabet ved stiftelsen bestemmer, at fonden skal tilgodese stifterens datterselskaber, søsterselskaber eller moderselskaber, således at fondens afkast reelt holdes samlet inden for koncernen.[262]

Som nævnt ovenfor kan stifteren ikke lovligt have bestemmende indflydelse på fonde. Bestemmelsen i ABL § 11, stk. 3, er derfor alene nødvendig for de tilfælde, hvor selskabet ikke har stiftet fonden, men har bestemmende indflydelse på denne.

8.4.3 Personer og selskaber stifter trusts

Der eksisterer ikke i dansk lovgivning nogen definition af, hvad en trust er. I den danske litteratur er begrebet defineret dels af *Jan Kobbernagel*, Baandlæggelse, s. 261:

> »Derimod skal det forsøges til orienterende Vejledning ved den følgende Fremstilling at give en Karakteristik eller »Definition« som – uden at prætendere at være hverken original eller udtømmende – fremhæver de for en dansk Retsopfattelse relevante Begrebselementer. I dette Øjemed kan den engelske trust karakteriseres som et Retsinstitut, hvorefter en Person kan overdrage et Formuegode til en anden Person, som paatager sig at forvalte Formuen til Fordel for en tredje Person, hvis Indtægtsnydelse er retsbeskyttet, men hvis Raadighed over Formuen er udelukket«.

dels af Rasmus Kristian Feldthusen, Trusts, s. 83:

> »En trust er kendetegnet ved, at en person betegnet settlor (stifteren) overfører aktiver til en anden person betegnet trustee, idet stifteren samtidig instruerer trustee om at forvalte aktiverne til fordel for en eller flere begunstigede. Trustee har en ejendomsret til de overførte aktiver i henhold til common law, og de begunstigede har tillige en ejendomsret til de overførte aktiver i equity.
>
> Trustee fremstår over for omverdenen som værende ejer af trust-aktiverne, men trustee kan ikke råde frit over aktiverne, idet trustee er bundet af stifterens instrukser. De begunstigede er i henhold til de særlige regler og principper i equity i vidt omfang beskyttet mod trustees private kreditorer og aftaleerhververe.
>
> Det er endvidere væsentligt at være opmærksom på, at trusten ikke er en juridisk person«.

262. Det kan efter omstændighederne ikke udelukkes, at fondens midler ikke vil blive anset for at være uigenkaldeligt udskilt fra det stiftende selskabs formue, således at fonden ikke er gyldigt stiftet, jf. hertil *Lennart Lynge Andersen*, Fonde og foreninger I, s. 48-67.

Trusten er endvidere defineret i art. 2 i Haagerkonventionen om lovvalg ved trusts samt anerkendelse af disse:

> »For the purpose of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationship created – inter vivos or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.
>
> A trust has the following characteristics –
>
> (a) the assets constitute a separate fund and are not part of the trustee's own estate;
> (b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;
> (c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.
>
> The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust«.

Definitionen af en trust adskiller sig, som det ses, på mange områder fra definitionen af fonde og andre selvejende institutioner. Ikke mindst det forhold, at trusten ikke er en selvstændig juridisk person, understreger dette. I en trust er det således trustee, der i eget navn påtager sig trustens forpligtelser, mens rettighederne som udgangspunkt tilkommer de begunstigede.

En trust vil i øvrigt kunne adskille sig fra en fond på alle de områder, som er karakteristiske for fonden. Det er for det første ikke en betingelse for at stifte en trust, at formuen er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue. Stifteren kan forbeholde sig en eller flere rettigheder og stifteren kan udpege sig selv som trustee og/eller begunstiget. For det andet behøver en trust ikke at have noget formål, endsige et bestemt formål. Der er for det tredje ikke noget krav om, at beføjelserne til at råde over trusten overlades til andre. Stifteren kan således udpege sig selv eller en eller flere af sine nærstående som trustee. Endelig har de begunstigede som følge af retten til equitable ownership til aktiverne i trusten et krav på trustens formue, som deres kreditorer kan søge sig fyldestgjort i, og som – medmindre stifteren har bestemt andet – kan overdrages til tredjemand.

En stifter kan dog forsøge at udforme en trust på en sådan måde, at den på en række punkter har lighed med en dansk fond. Stifteren af en trust kan således bestemme,

– at trustens formue er uigenkaldeligt adskilt fra stifterens formue,
– at trusten har et eller flere bestemte formål, og
– at rådighedsbeføjelserne over trustens formue er overladt til en selvstændig ledelse i form af en trustee.

Det er derimod ikke muligt for stifteren af bestemme, at trusten kan erhverve rettigheder eller forpligtelser som en selvstændig juridisk person. Det vil altid være trustee, der erhverver trustens forpligtelser, men trustee kan dog holde sig til trustens formue, forudsat de af trustee afholdte udgifter har været retmæssige og rimelige og under forudsætning af, at der er tilstrækkelige midler i trusten. Rettigheder erhverves derimod af de begunstigede, idet de begunstigede dog står tilbage fra trustees retmæssige krav på godtgørelse for udlæg m.v.

En trust kan heller ikke opfylde kravet om, at en selvejende institution skal have sin egen formue for at kunne være en fond. Trustee vil således altid have legal ownership til trustens formue, mens de begunstigede som altovervejende hovedregel vil have en ejendomsret til trustens formue i form af equitable ownership. Legal ownership er imidlertid ikke er det samme som en ubetinget, dansk ejendomsret. Ved legal ownership forstås, at trustee er tillagt en beføjelse til at administrere trustens formue. Trustee kan endvidere under visse betingelser forpligte trustens formue med deraf følgende mulighed for at drage trustee og dennes personlige formue til ansvar for uretmæssige dispositioner m.v. Disse beføjelser og forpligtelser adskiller sig ikke nævneværdigt fra, hvad der gælder for bestyrelser i danske fonde. Der er dog den betydelige forskel, at der ved stiftelsen af en trust opstår to adskilte formuer hos trustee: Én formue, der vedrører trustees private formueforhold, og én formue, der vedrører trustens formueforhold.[263] Ved stiftelsen af en dansk fond opstår derimod en selvstændig juridisk person, således at én formue fortsat ejes af stifteren og alene vedrører dennes private formueforhold, og én formue ejes af fonden, og derfor alene vedrører fondens formueforhold.

En trust er, som det ses, en juridisk konstruktion, der i sin natur indeholder en stor grad af fleksibilitet og meget få formelle krav. Henvisningen i SEL § 32, stk. 6, og LL § 16 H, stk. 2, til truste vil derfor kunne omfatte et meget stort antal retssubjekter, som ikke kan opregnes udtømmende. Ved vurderingen af, hvilken indflydelse en selskabsdeltager kan udøve på et selskab i fællesskab med en trust, er det derfor altid nødvendigt at undersøge de vilkår, hvorpå trusten er stiftet.

263. Derudover findes der en tredje formue, nemlig den formue, som stifteren har beholdt, og som derfor alene vedrører stifterens formueforhold.

8.4.4 Om stiftelse og bestemmende indflydelse

Reglerne om, at selskabsdeltageren skal medregne kapitalandele og stemmerettigheder, der tilhører fonde og truste, som er *stiftet* af selskabsdeltageren m.v., kan som nævnt ovenfor ikke være begrundet med, at selskabsdeltageren som følge af stiftelsen kan kontrollere de kapitalandele og stemmerettigheder, som fonden ejer eller råder over. En begrundelse for reglerne kan derimod til en vis grad søges i det interessefællesskab, der kan opstå ved, at fysiske eller juridiske personer, der er knyttet til selskabsdeltageren som nærstående eller koncernforbundne selskaber m.v., kan begunstiges af en fond eller en trust, således at fonden/trusten og selskabsdeltageren kan have samme interesser set i forhold til et selskab, som selskabsdeltageren har indflydelse på. Dette interessefællesskab kan bevirke, at selskabsdeltager og fonden i forhold til selskabet agerer med én og samme stemme.

Heraf følger imidlertid ikke, at en stiftelse af en fond eller en trust altid vil være et forsøg på omgå reglerne om transfer pricing i LL § 2. Reglerne i SEL § 32, stk. 5, og LL § 16 H, stk. 2, vil således også ramme en selskabsdeltager, som for mange år siden har stiftet en fond, med en i sagens natur selvstændig ledelse, og med bestemmelse om, at fondens formue og afkast skal tilfalde fysiske eller juridiske personer, der ikke på nogen måde er forbundet med selskabsdeltageren. Ved opgørelsen af, om selskabsdeltageren kontrollerer selskabet, vil denne da ikke desto mindre skulle medregne de kapitalandele og stemmerettigheder, som tilhører fonden, og det uanset om kapitalandelene og stemmerettighederne blev overdraget til fonden ved stiftelsen eller er erhvervet efterfølgende med eller uden den stiftende selskabsdeltagers viden eller samtykke.

Betænkelighederne ved en sådan retstilstand gælder så meget desto mere, eftersom selskabsdeltageren ikke alene skal medregne kapitalandele og stemmerettigheder, der tilhører fonde eller truste, som er stiftet af den pågældende. I henhold til SEL § 32, stk. 5, og LL § 16 H, stk. 2, skal selskabsdeltageren således også medregne kapitalandele og stemmerettigheder, der tilhører fonde og truste, som er stiftet af koncernforbundne selskaber, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående, selskabsdeltagerens nærstående, dødsboer efter disse samt fonde og truste stiftet af disse.

> Et børsnoteret moderselskabs transaktioner med et selskab vil således være omfattet af LL § 2, hvis en personlig selskabsdeltager er barnebarn af nogle bedsteforældre, som tidligere har stiftet en fond, der så igen har stiftet en trust, som ejer kapitalandele eller stemmerettigheder i det selskab, som moderselskabet har transaktioner med.[264]

---

264. Det forudsættes, at den personlige aktionær direkte eller indirekte eller i fællesskab med

Endelig kan der ved dannelse af nye koncerner opstå situationer, hvor det vil blive nødvendigt at undersøge, hvad nye koncernforbundne selskaber ejer af kapitalandele eller råder over af stemmerettigheder i andre selskaber, samt hvad der ejes af kapitalandele og rådes over af stemmerettigheder af fonde og trusts stiftet af disse m.v.

Bestemmelsen om, at kapitalandele og stemmerettigheder, der tilhører fonde og truste, skal medregnes, blot den pågældende fond eller trust m.v. er stiftet af selskabsdeltageren, koncernforbundne selskaber eller dennes nærstående m.v., er derfor alt andet end hensigtsmæssig.

Det er udelukket, at en selskabsdeltager m.v. kan have *bestemmende indflydelse* på en fond, når denne har stiftet fonden. Har selskabsdeltageren m.v. ikke stiftet fonden, kan den pågældende derimod have bestemmende indflydelse på denne. Reglen om, at kapitalandele og stemmerettigheder, der tilhører fonde, hvorover selskabsdeltageren m.v. har bestemmende indflydelse, skal medregnes ved opgørelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne, vil derfor alene finde anvendelse for de tilfælde, hvor selskabsdeltageren m.v. ikke har stiftet fonden. For så vidt angår en trust kan selskabsdeltageren m.v. derimod både være stifter og have bestemmende indflydelse.

9. Fremmed ret

9.1 Indledning

Der findes i fremmed ret, herunder i engelsk og amerikansk ret, forskellige skatteretlige bestemmelser om selskabsdeltagers kontrol eller væsentlige indflydelse på et selskab.

En udtømmende redegørelse for disse bestemmelser ville sprænge afhandlingens rammer, eftersom fortolkningsbidragene til disse regler i form af navnlig praksis og litteratur er mindst lige så omfattende som foranstående redegørelse for dansk ret. Den følgende fremstilling vil derfor alene redegøre for essensen af nogle centrale regler om kontrol og væsentlig indflydelse i engelsk ret (nedenfor 9.2) og i amerikansk ret (nedenfor 9.3).

9.2 Engelsk ret

I engelsk ret findes forskellige lovhjemlede bestemmelser om kontrol og væsentlig indflydelse, hvoraf to er helt centrale. Af disse vil alene reglerne om

---

nærstående ejer mere end 50 pct. af kapitalandelene i moderselskabet eller råder over mere end 50 pct. af stemmerne i moderselskabet.

transfer pricing i Income and Corporation Taxes Act (Taxes Act) s. 770A, jf. Taxes Act Sched. 28AA, blive omtalt her.

Den engelske regel om transfer pricing findes i Income and Corporation Taxes Act (Taxes Act) s. 770A. I henhold til denne bestemmelse skal Taxes Act Sched. 28AA være gældende for transaktioner, der ikke er sket på armslængdevilkår:

Det er en forudsætning for, at Sched. 28AA kan finde anvendelse, at de parter, hvis indkomst skal korrigeres i medfør af bestemmelsen, jf. Taxes Act Sched. 28AA, para. 1(1)(*b*), er forbundne på en nærmere bestemt måde. Reglerne om interessefællesskab er imidlertid langt mere vidtgående end LL § 2, idet de tillige omfatter andre typer af kontrol end ejerskab til kapitalandele, rådighed over stemmerettigheder og koncernforbindelser.[265]

Et interessefællesskab kan for det første være etableret ved, at den ene person direkte eller indirekte medvirker i den anden persons ledelse, kontrollerer den anden person eller har andel i den anden persons kapital, jf. Taxes Act Sched. 28AA, para. 1(1)(*i*).

Interessefællesskabet kan for det andet bestå ved, at en tredje eller andre personer medvirker i ledelsen af, kontrollerer eller har andel i kapitalen hos de to personer, som har indladt sig på den pågældende transaktion eller serie af transaktioner, jf. Taxes Act Sched. 28AA, para. 1(1)(*ii*).

De nærmere regler om kontrol findes i Sched. 28AA, para. 4. Af bestemmelsen i Sched. 28AA, para 4(1), fremgår, at den ene persons *direkte* medvirken i den anden persons ledelse, kontrol med den anden person eller andel i den anden persons kapital forudsætter, at den anden person – den kontrollerede person – er en juridisk person (body corporate)[266] eller et interessentskab (partnership),[267] og at den førstnævnte person kontrollerer sidstnævnte.[268]

Den *indirekte* medvirken i den anden persons ledelse, kontrol med den anden person eller andel i den anden persons kapital, kræver i henhold til Sched. 28AA, para. 4(2), at den potentielt kontrollerende person («the potential participant») enten

– i tilgift til den indflydelse, der eventuelt måtte udøves på baggrund af direkte kontrol, har en række andre rettigheder (rights) og beføjelser (powers), som tilsammen med den eventuelle direkte indflydelse ville gøre det ud for en

265. Jf. også *Jan Pedersen*, SU 2002, 368.

266. Reglerne findes også anvendelse på de særlige »unit trust scheme«, der tilnærmelsesvis kan sammenlignes med danske investeringsforeninger, idet trusten anses som et »selskab« og foreningens deltagere som en slags »selskabsdeltagere«, jf. Sched. 28AA, para. 14(5).

267. Sched. 28AA, para. 4(1)(*a*).

268. Sched. 28AA, para. 4(1)(*b*).

direkte kontrol, hvis de indirekte rettigheder og beføjelser var tillagt den pågældende direkte,[269] eller
– er en væsentlig selskabsdeltager (major participant) i den kontrollerede persons foretagende (enterprise).[270]

De andre rettigheder og beføjelser, der kan lægges vægt på ved afgørelsen af, om den potentielt kontrollerende person, udøver en indirekte kontrol, jf. Sched. 28AA, para. 4(2)(*a*), er i henhold til Sched. 28AA, para. 4(3),

– rettigheder og beføjelser, som den potentielt kontrollerende er berettiget til at erhverve på et senere tidspunkt, eller som den pågældende på et senere tidspunkt vil blive berettiget til at erhverve,[271]
– rettigheder og beføjelser, som andre end den potentielt kontrollerende besidder,[272] forudsat at disse rettigheder og beføjelser er omfattet af Sched. 28AA, para. 4,[273]
– rettigheder og beføjelser som andre end den potentielt kontrollerede besidder,[274] forudsat at disse andre personer er forbundne (connected) med den potentielt kontrollerende,[275] og
– rettigheder og beføjelser, som i relation til Sched. 28AA, para 4(2)(*a*) ville blive tillagt en person,[276] med hvem den potentielt kontrollerende person er forbundet (connected), forudsat at førstnævnte forbundne person selv havde været den potentielt kontrollerende person.[277]

Af Sched. 28AA, para. 14(2), fremgår endvidere, at enhver henvisning til, at en person kontrollerer en juridisk person eller et interessentskab, skal udlægges i

---

269. Sched. 28AA, para. 4(2)(*a*), jf. para. 4(3).
270. Sched. 28AA, para. 4(2)(*b*).
271. Sched. 28AA, para. 4(3)(*a*).
272. Herunder også rettigheder og beføjelser, som den pågældende er berettiget til at erhverve på et senere tidspunkt, eller som den pågældende på et senere tidspunkt vil blive berettiget til at erhverve, jf. Sched. 28AA, para. 4(5)(*a*) og (*b*).
273. Sched. 28AA, para. 4(3)(*b*).
274. Herunder også rettigheder og beføjelser, som den pågældende er berettiget til at erhverve på et senere tidspunkt, eller som den pågældende på et senere tidspunkt vil blive berettiget til at erhverve, jf. Sched. 28AA, para. 4(5)(*a*) og (*b*).
275. Sched. 28AA, para. 4(3)(*c*).
276. Herunder også rettigheder og beføjelser, som den pågældende er berettiget til at erhverve på et senere tidspunkt, eller som den pågældende på et senere tidspunkt vil blive berettiget til at erhverve, jf. Sched. 28AA, para. 4(5)(*a*) og (*b*).
277. Sched. 28AA, para. 4(3)(*d*). De forbundne personers rettigheder og beføjelser skal derfor opgøres efter samme regelsæt som den potentielt kontrollerende persons rettigheder og beføjelser, dvs. under anvendelse af Sched. 28AA, para. 4(3)(*a-c*).

overensstemmelse med s. 840.[278] Kontrol med en juridisk person foreligger således, når den kontrollerende part som følge af besiddelse af kapitalandele, stemmerettigheder eller rettigheder ifølge vedtægter (articles) eller andre dokumenter (other document) vedrørende den juridiske person formår at få den juridiske person til at føre sine forretninger i overensstemmelse med den kontrollerende persons ønsker. I relation til interessentskaber m.v. foreligger kontrol, når den kontrollerende person har ret til mere end halvdelen af dets aktiver eller halvdelen af dets indtægter.

Forbundne personer er ikke alene dem, som er forbundne med den potentielt kontrollerede person, men også personer, som er forbundne med den forbundne person osv.[279]

Forbundne personer er for det første to personer, når den ene person er en fysisk person (an individual), og den anden person er en ægtefælle (spouse), en slægtning (relative of his), en ægtefælles slægtning[280] (relative … of his spouse) eller en slægtnings eller ægtefælles slægtnings ægtefælle (spouse of such a relative), jf. Sched. 28 AA, para. 4(11)(*a*). To personer er for det andet forbundne, når den ene person er en bestyrer (trustee) af en trust m.v. (settlement),[281] og den anden person er stifter (settlor)[282] af trusten m.v. eller forbundet med stifteren, jf. Sched. 28 AA, para. 4(11)(*b*)(*i*) og (*ii*).[283]

De rettigheder og beføjelser, som er omfattet af Sched. 28AA, para. 4, og som derfor også skal medregnes ved opgørelsen af den indirekte kontrol, jf. Sched. 28AA, para. 4(2)(*a*) og para. 4(3)(*b*), er rettigheder og beføjelser, som forlanges – eller som kan forlanges – anvendt

– på vegne af (on behalf) den potentielt kontrollerende person,[284]

---

278. Bortset fra para. 9(2) og 11(3), der omfatter særlige regler for transaktioner omfattende olie og gas m.v.
279. Sched. 28AA, para. 4(6).
280. Slægtning (relative) er en bror (brother), søster (sister), en ascendent (ancestor) eller en descendent i ret nedadstigende linje (lineal descendant), jf. Sched. 28AA, para. 4(12).
281. En »settlement« er defineret i Taxes Act s. 660G, jf. Sched. 28AA, para. 4(12). Begrebet omfatter derfor alle institutioner af trust-lignende karakter, jf. s. 660G: »In this Chapter – »settlement« includes any disposition, trust, covenant, agreement, arrangement or transfer of assets, …«
282. Begrebet »settlor« er defineret i Taxes Act s. 660G, jf. Sched. 28AA, para. 4(12), og omfatter enhver person, der har stiftet en såkaldt »settlement«: »… »settlor«, in relation to a settlement, means any person by whom the settlement was made«.
283. Forbundne til stifteren er en ægtefælle, en slægtning, en ægtefælles slægtning eller en slægtnings eller ægtefælles slægtnings ægtefælle, jf. Sched. 28 AA, para. 4(11)(*a*).
284. Sched. 28AA, para. 4(4)(*a*)(*i*).

– i henhold til direktiver fra (under the direction) den potentielt kontrollerende person[285] eller
– til nytte for (for the benefit) den potentielt kontrollerende person.[286]

De omfattede rettigheder og beføjelser er dog ikke omfattet af de tilfælde, hvor et lån er givet fra en person til en anden, og rettighederne eller beføjelserne er overdraget til långiver som følge af en sikkerhedsstillelse for lånet, jf. Sched. 28AA, para. 4(4)(*b*).

Ved opgørelsen af, hvilke rettigheder og beføjelser en person enten besidder, er berettiget til at erhverve på et senere tidspunkt eller på et senere tidspunkt vil blive berettiget til at erhverve, medregnes også de rettigheder og beføjelser, som alene kan eller vil kunne udøves i fællesskab med én eller flere andre personer, jf. Sched. 28AA, para. 4(10)(*a*) og (*b*).

Som nævnt ovenfor kan indirekte kontrol efter engelsk ret dels foreligge i form af, at den potentielt kontrollerende person indirekte besidder en række rettigheder og beføjelser, jf. Sched. 28AA, para. 4(2)(*a*), jf. para. 4(3), dels som følge af, at den potentielt kontrollerende person er væsentlig selskabsdeltager i den kontrollerede persons foretagende, jf. Sched. 28AA, para. 4(2)(*b*). Definitionen af den væsentlige selskabsdeltager (the potential major particpant) findes i Sched. 28AA, para. 4(7)-(9). En person er herefter én af et større antal deltagere, hvis

– den kontrollerede person (the subordinate) er en juridisk person (body corporate) eller et interessentskab m.v. (partnership),[287] og
– den såkaldte 40 pct. test (the 40 per cent test) er fyldestgjort for to personer, som tilsammen kontrollerer den juridiske person eller interessentskabet m.v., og hvor den ene af disse to personer er den potentielt kontrollerende person.[288]

Ved 40 pct. testen lægges der vægt på, om to personer, der begge har andele (interests), rettigheder og beføjelser i den kontrollerede juridiske person eller interessentskab, hver for sig har mindst 40 pct. af de nævnte former for indflydelse i den kontrollerede person, jf. Sched. 28AA, para. 4(8).[289] Ved afgørelsen af, om den juridiske person eller interessentskabet kontrolleres af to eller flere

285. Sched. 28AA, para. 4(4)(*a*)(*ii*).
286. Sched. 28AA, para. 4(4)(*a*)(*iii*).
287. Sched. 28AA, para. 4(7)(*a*).
288. Sched. 28AA, para. 4(7)(*b*).
289. Cfr. Moores Rowland's Yellow Tax Guide, 1998-99, s. 320: »A is a »major participant« in B if B is a body corporate or a partnership and A and another person together have a 40 pct. interest in B (as defined).«

personer i fællesskab, og hvorvidt disse har mindst 40 pct. af andelene, rettighederne eller beføjelserne, skal medregnes de rettigheder og beføjelser, som er omfattet af Sched. 28AA, para. 4(2)(*a*), jf. para. 4(9)(*a*) og (*b*). Reglerne om den indirekte kontrol i para. 4(3), 4(4) og 4(5), finder således også anvendelse ved opgørelse af indirekte kontrol efter 40 pct. testen.

Ligesom efter dansk ret sondres der således i engelsk ret mellem på den ene side vertikal kontrol, hvor et skattesubjekt kontrollerer eller har indflydelse på et andet skattesubjekt, jf. Sched. 28AA, para. 1(1)(*i*), og på den anden side horisontal kontrol, hvor de berørte skattesubjekter f.eks. kan være koncernforbundne, jf. Sched. 28AA, para. 1(1)(*ii*).

Bortset herfra kan de engelske bestemmelser om kontrol ikke sammenlignes med dansk ret. Den form for kontrol og væsentlig indflydelse, som er omfattet af engelsk ret, er således langt mere vidtgående end dansk rets regler om direkte kontrol. LL § 2, stk. 2, omfatter således dels besiddelse af kapitalandele, dels råden over stemmerettigheder, forudsat at der ejes eller rådes over mere end 50 pct. Engelsk ret omfatter ud over denne form for kontrol tillige repræsentation i et selskabs ledelse og alle andre former for praktisk kontrol, der kan forekomme.

9.3 Amerikansk ret

Der findes i amerikansk skatteret groft sagt to forskellige slags skatteretlige bestemmelser om selskabsdeltageres kontrol med selskabet.

Den ene type karakteriseres ved deres ubestemte karakter, idet de omfatter alle former for kontrol uden nogen nærmere specifikation af, hvornår kontrol foreligger. Reglerne om kontrol i Internal Revenue Code (IRC), section (s.) 482 er et typisk eksempel på sådanne bestemmelser.

Den anden type kan betegnes som specificerede tekniske bestemmelser om kontrol på baggrund af ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder m.v., jf. f.eks. s. 267(b), s. 318(a), s. 544(a), s. 554(a), s. 707(b)(2) og s. 958. Sidstnævnte bestemmelse vedrører tvungen sambeskatning og er et klassisk eksempel på et teknisk kontrolbegreb. Der vil ikke blive redegjort nærmere herfor.

De amerikanske regler om transfer pricing findes primært i s. 482. For at anvende s. 482 forudsættes et bestemt interessefællesskab mellem de skattepligtige, hvis indkomst skal korrigeres i medfør af bestemmelsen. Dette interessefællesskab er i s. 482 defineret således, at de skattepligtige skal ejes (owned) eller kontrolleres (controlled) direkte (directly) eller indirekte (indirectly) af fysiske eller juridiske personer med fælles interesser (interests).

Kontrollerede skatteydere er således to eller flere skatteydere, der direkte eller indirekte kontrolleres af fysiske eller juridiske personer med fælles interesser.

Begrebet omfatter også de fysiske eller juridiske personer, der kontroller de andre skatteydere.[290]

På samme måde er en kontrolleret gruppe af skattepligtige de skatteydere, som direkte eller indirekte kontrolleres af fysiske eller juridiske personer med fælles interesser.[291]

Det er ikke i s. 482 nærmere angivet, hvorledes skattepligtige kan ejes eller kontrolleres af personer med fælles interesser. Dette er bevidst, eftersom ejerskab til kapitalandele, rådighed over stemmerettigheder og koncernforbindelser alene er tre af de måder, hvorpå interessefællesskab kan foreligge efter amerikansk ret. Det anerkendes således i USA, at interessefællesskabet også kan forekomme på andre måder.[292]

Der er derfor heller ikke i forarbejderne til den amerikanske lovgivning nogen nærmere definition af, hvornår der foreligger kontrol i henhold til s. 482. Definitionen, s. 482, hidrører i øvrigt fra Revenue Act 1921, jf. S. Rep. No. 275, 67th Cong., 1st Sess. 20 (1921), og blev genanvendt i Revenue Act 1928. Den er siden blev anvendt i s. 482 i Internal Revenue Code (IRC) fra 1939, 1954 og 1986 uden yderligere præciseringer.[293]

Ved kontrol i henhold til s. 482 forstås derfor en hvilken som helst form for direkte eller indirekte kontrol, hvad enten den kan håndhæves af rettens vej (legally enforcable), og uanset om den vil blive håndhævet. Kontrol kan også foreligge, hvis to eller flere skattepligtige agerer i fællesskab (acting in concert) med henblik på at nå samme mål (goal) eller med samme hensigt (purpose). Det afgørende er, om der foreligger faktisk kontrol, og ikke hvilken form denne kontrol har eller hvorledes den udøves.[294] En eller flere personer kan derfor kontrollere et selskab, selvom de pågældende hverken ejer kapitalandele eller råder over stemmerettigheder i selskabet.[295]

Det formodes i øvrigt, at der har foreligget kontrol, hvis en indkomst eller et fradrag vilkårligt eller blevet forskudt (arbitrarily shifted).[296] Dette indebærer

---

290. Reg. sec. 1.482-1(i)(5).
291. Reg. sec. 1.482-1(i)(6).
292. Jf. også *Jan Pedersen*, SU 2003, 386 og Transfer pricing, s. 98, samt *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
293. Se om s. 482 historie *Cym H. Lowell, Marianne Burge & Peter L. Briger*, 1999 WL 257440 (W.G.&.L.), ¶ 2.02 og 3.05.
294. Reg. sec. 1.482-1(i)(4). Jf. også *Cym H. Lowell, Marianne Burge & Peter L. Briger*, 1999 WL 257440 (W.G.&.L.), ¶ 3.05[2] og *Wayne M. Gazur*, 15 J. INTL. L. BUS. 1, s. 18.
295. Jf. *Wayne M. Gazur*, 15 J. INTL. L. BUS. 1, s. 18, Southern College of Optometry, Inc. v. Commissioner, 6 T.C.M. (CCH) 354 (1947) og Foster v. Commissioner, 80 T.C. 34 (1983).
296. Reg. sec. 1.482-1(i)(4). Jf. også *Cym H. Lowell, Marianne Burge & Peter L. Briger*, 1999 WL 257440 (W.G.&.L.), ¶ 3.05[2] samt DHL Corp. v. Commissioner, TCM 1998-461, aff'd, 285 F3d 1210 (9th Cir. 2002). Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 98.

reelt, at bevisbyrden for, at der ikke foreligger kontrol, påhviler skatteyderne, når først det er godtgjort, at en indkomst er blevet vilkårligt forskudt mellem to skattesubjekter.[297] Bevisbyrden for, at indkomsten vilkårligt er forskudt mellem to eller flere skattesubjekter, påhviler som udgangspunkt skattemyndighederne.[298]

S. 482 er i amerikansk retspraksis blevet fortolket meget bredt. Kontrol foreligger således i alle tilfælde, hvor et skattesubjekt har uindskrænket magt (absolute power) til at forskyde indkomsten i forholdet mellem kontrollerede skatteydere,[299] uanset hvad der er årsagen til den uindskrænkede magt.[300]

Kontrol foreligger herefter for det første i forholdet mellem *moderselskaber* og deres helejede *datterselskaber*[301] og i forholdet mellem *søsterselskaber*, som fuldt ud ejes af samme skattesubjekt.[302]

For det andet vil to eller flere selskabsdeltagere – samme kreds af selskabsdeltagere – blive anset for at kontrollere et eller flere selskaber, hvis de i relation til dette eller disse selskaber har fælles interesser i at forskyde indkomsten og agerer i fællesskab med henblik på at fremme disse interesser. Dette fremgår bl.a. af sagen Grenada Indus., Inc. v. Commissioner, 17 TC 231 (1951), aff'd, 202 F2d 873 (5th Cir.), cert. denied, 346 US 819 (1953), hvor de amerikanske domstole nåede frem til, at flere familier i fællesskab med de af dem stiftede trusts kunne anses for at kontrollere nogle selskaber, allerede fordi de havde en fælles interesse i at forskyde indkomsten mellem disse selskaber og de facto

---

297. Se navnlig Hall v. Commissioner, 294 F2d 82 (5th Cir. 1961), aff'g 32 TC 390 (1959).
298. Jf. Brittingham v. Commissioner, 598 F2d 1375, 1381 (5th Cir. 1979). Anderledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 101, der under henvisning til den ældre afgørelse Finance and Guarantee Corp v. Commissioner, 50 F2d 106 (4th Cir. 1931) antager, at der nærmest findes en omvendt bevisbyrde.
299. Commissioner v. First Sec. Bank of Utah, NA, 405 US 394, 404-405 (1972).
300. Brittingham v. Commissioner, 66 TC 373, 396 (1976), aff'd, 598 F2d 1375 (5th Cir. 1979).
301. Jf. *Cym H. Lowell, Marianne Burge & Peter L. Briger*, 1999 WL 257440 (W.G.&.L.), ¶ 3.05[3][a] og *Wayne M. Gazur*, 15 J. INTL. L. BUS. 1, s. 17-18. Se fra praksis f.eks. Miles Conley Company, Inc. v. Commissioner, 10 T.C. 754 (1948), B. Forman Co. v. Commissioner, 42 TC 114, 142 (1964), aff'd, 358 F2d 342 (6th Cir.), cert. denied, 385 US 899 (1966), Johnson Bronze Co. v. Commissioner, 24 TCM 1542, 1556 (1965), Texsun Supply Corp. v. Commissioner, 17 TC 433, 443-444 (1951) og Inverworld, Inc. v. Commissioner, 72 TCM 924 (1996).
302. Jf. *Cym H. Lowell, Marianne Burge & Peter L. Briger*, 1999 WL 257440 (W.G.&.L.), ¶ 3.05[3][a] med henvisning til JR Land Co. v. United States, 361 F2d 607 (4th Cir. 1966), Tennessee-Ark. Gravel Co. v. Commissioner, 112 F2d 508 (6th Cir. 1940), Hamburgers York Rd., Inc. v. Commissioner, 41 TC 821, 835 (1964), Spicer Theatre, Inc. v. Commissioner, 44 TC 198, aff'd, 346 F2d 704 (6th Cir. 1965) og H Group Holding Co. v. Commissioner, TCM 1999-334.

havde disponeret over selskaberne med henblik på opnå en sådan forskydning.[303]

Har den pågældende kreds af selskabsdeltagere derimod ikke en fælles interesse i at forskyde indkomsten, vil de ikke blive anset for at kontrollere selskabet, og det uanset om de er nærstående, jf. f.eks. sagen Brittingham v. Commissioner, 66 TC 373 (1976), aff'd, 598 F2d 1375 (5th Cir. 1979). I denne sag fandt de amerikanske domstole, at to brødre havde hver deres familier med hver sine økonomiske interesser, og at en forskydning af indkomsten fra den ene families selskab til den anden families selskab derfor ikke kunne være båret af et fælles ønske om at opnå en indkomstforskydning.[304] På baggrund af ovenstående antages det, at samme kreds af selskabsdeltagere for det første som hovedregel er familiemedlemmer, der alt andet lige vil blive anset for have en fælles interesse i at forskyde indkomsten mellem to eller flere selskaber.[305]

Personer, som ikke er beslægtede, kan imidlertid også anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere.[306] Dette forudsætter blot, at de har en fælles interesse i at forskyde indkomsten mellem to eller flere selskaber,[307] eller at en eller flere selskabsdeltagere underordner sig i forhold til andre kontrollerende selskabsdeltagere.[308]

I de tilfælde, hvor to selskabsdeltagere hver ejer præcis halvdelen af et sel-

---

303. Se om sagen *Cym H. Lowell, Marianne Burge & Peter L. Briger*, 1999 WL 257440 (W.G.&.L.), ¶ 3.05[3][b] .
304. Jf. sagen *Cym H. Lowell, Marianne Burge & Peter L. Briger*, 1999 WL 257440 (W.G.&.L.), ¶ 3.05[3][b] . Se også John L. Denning & Co. v. Commissioner, 180 F2d 288, 289-290 (10th Cir. 1950) og Epsen Lithographers, Inc. v. O'Malley, 67 F. Supp. 181, 191 (D. Neb. 1946).
305. Jf. *Cym H. Lowell, Marianne Burge & Peter L. Briger*, 1999 WL 257440 (W.G.&.L.), ¶ 3.05[3][b][i] med henvisning til Charles Town, Inc. v. Commissioner, 372 F2d 415 (4th Cir.), cert. denied, 389 US 841 (1967), South Tex. Rice Warehouse v. Commissioner, 366 F2d 890 (5th Cir. 1966), cert. denied, 386 US 1016 (1967), Diefenthal v. United States, 367 F. Supp. 506, 511 (ED La. 1967), Ach v. Commissioner, 42 TC 114, 125 (1964), aff'd, 358 F2d 342 (6th Cir.), cert. denied, 385 US 899 (1966), Friedlander Corp. v. Commissioner, 25 TC 70 (1955), Gordon Can Co. v. Commissioner, 29 BTA 272 (1933), Cadillac Textiles, Inc. v. Commissioner, 34 TCM 295, 304-305 (1975), og Engineering Sales, Inc. v. United States, 510 F2d 565 (5th Cir. 1975).
306. Jf. *Cym H. Lowell, Marianne Burge & Peter L. Briger*, 1999 WL 257440 (W.G.&.L.), ¶ 3.05[3][b][ii].
307. Se f.eks. Cappuccilli v. Commissioner, 668 F2d 138 (2d Cir. 1981), cert. denied, 459 US 822 (1982), Collins Electrical Co., Inc. v. Commissioner, 67 TC 911, 919 (1977), Rishell Phonograph Co. v. Commissioner, 2 BTA 229, 233 (1925), Garbini Elec., Inc. v. Commissioner, 43 TCM 919 (1982) og National Semiconductor Corp. v. Commissioner, 67 TCM 2849, 2872 (1994).
308. Se f.eks. Grenada Indus., Inc. v. Commissioner, 17 TC 231, 253 (1951) og Forcum-James Co. v. Commissioner, 7 TC 1195 (1946), remanded, 176 F2d 311 (6th Cir. 1949).

skab, har det i amerikansk ret været diskuteret, om selskabet kunne anses for at være kontrolleret af disse selskabsdeltagere.[309]

Det blev oprindelig antaget, at selskabsdeltagerne ikke kontrollerede et selskab, når de hver ejede halvdelen af selskabet, jf. Lake Erie & Pittsburgh Ry. Co. v. Commissioner, 5 TC 558 (1945).[310] Dette standpunkt blev imidlertid senere forladt, jf. sagen Grenada Indus., Inc. v. Commissioner, der er omtalt ovenfor, og B. Forman v. Commissioner, 453 F2d 1144 (2d Cir.).[311] Standpunktet er i dag som anført ovenfor, at sådanne selskabsdeltagere kan anses for at kontrollere selskabet i fællesskab, når de har en fælles interesse i at forskyde indkomster mellem selskabet og sig selv, og når de handler i fællesskab med henblik på at opfylde denne interesse.[312]

---

309. Se hertil *Cym H. Lowell, Marianne Burge & Peter L. Briger*, 1999 WL 257440 (W.G.&.L.), ¶ 3.05[3][c] og *Wayne M. Gazur*, 15 J. INTL. L. BUS. 1, s. 29-34.
310. Lake Erie & Pittsburgh Railway Co. var et jernbaneselskab, som ejedes med 50 pct. af henholdsvis New York Central Railroad Co. og Pennsylvania Railroad Co., som ikke var interesseforbundne selskaber, og som i øvrigt var konkurrenter.
311. B. Forman v. Commissioner, 453 F2d 1144 (2d Cir.), cert. denied, 407 US 934 (1972). To konkurrende stormagasiner – B. Forman Co., Inc., og McCurdy & Company, Inc. – stiftede et fælles selskab, Midtown Holdings Corp., der ejedes med halvdelen af hver.
312. Jf. *Cym H. Lowell, Marianne Burge & Peter L. Briger*, 1999 WL 257440 (W.G.&.L.), ¶ 3.05[3][c]. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 98.

Kapitel IX

Sammenfatning

1. Indledning

I dansk skatteret findes mange forskellige definitioner af, hvornår der er et særligt interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab. I lovteknisk henseende kan disse definitioner inddeles i tre kategorier.[1]

I første kategori findes de bestemmelser, hvor et særligt interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab er udtømmende defineret. Alle de tilfælde, hvor selskabsdeltager og selskab vil blive anset for at være interesseforbundne, er udtømmende opregnet eller angivet på en sådan måde, at det uden videre kan fastslås, om en selskabsdeltager og et selskab vil være omfattet af bestemmelsen. Et eksempel på en sådan bestemmelse er LL § 2, hvor det interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab, der er en forudsætning for, at bestemmelsen kan finde anvendelse, som udgangspunkt kan fastlægges på baggrund af ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder.

Anden kategori omfatter de bestemmelser, der indeholder en definition af interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab, som ikke er udtømmende, men som til en vis grad afgrænser bestemmelsens anvendelsesområde. Et eksempel her på er AL § 40, stk. 5, som omfatter overdragelse mellem en person og et selskab m.v. eller mellem selskaber m.v. »… hvor den ene af parterne i overdragelsen på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse har bestemmende indflydelse på den anden parts handlemåde …«. De måder, hvorpå en selskabsdeltager kan have bestemmende indflydelse på selskabet, er indskrænket til »aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse». Andre former for bestemmende indflydelse er ikke omfattet. Til gengæld er det ikke inden for det afgrænsede område muligt præcist og udtømmende at redegøre for, hvornår selskabsdeltager anses for at kontrollere selskabet. LL § 2 indeholder elementer af en sådan definition i kraft af den

1. Se hertil *Jan Pedersen*, R&R 1996, 10, SM 327.

indirekte henvisning til ABL § 11, stk. 3, sidste pkt., hvor det nødvendige interessefællesskab defineres på samme måde som i AL § 40, stk. 5.

Den tredje og sidste kategori omfatter de bestemmelser, hvor det særlige interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab ikke er defineret, men hvor dispositioner mellem selskabsdeltager og selskab med et særligt interessefællesskab alligevel kan korrigeres. Et eksempel på en sådan bestemmelse er SL § 4, som i mange tilfælde er blevet anvendt som hjemmelsgrundlag for korrektioner af dispositioner mellem selskabsdeltager og selskab.[2] I SL § 4 findes ikke nogen definition af, hvornår der består et sådant interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab, at deres dispositioner kan korrigeres i henhold til denne bestemmelse. Det må derfor antages, at dette interessefællesskab i relation til bestemmelsen kan foreligge på allehånde måder og kan være konkret begrundet i netop den disposition, der ikke tillægges de skatteretlige virkninger, som de interesseforbundne parter havde forudsat.

2. Kravet om et særligt interessefællesskab

2.1 Det teoretiske udgangspunkt

I teoretisk henseende vil en korrektion efter reglerne om allokering og fiksering af indkomst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab som oftest forudsætte, at der består et særligt interessefællesskab mellem disse, al den stund grundlaget for en korrektion af deres dispositioner er en sammenligning med ikke interesseforbundne parters dispositioner.[3]

Det må endvidere antages, at dette særlige interessefællesskab mellem en fysisk person og et selskab eller i forholdet mellem to selskaber kan foreligge på alle mulige måder, herunder som et generelt interessefællesskab, et konkret interessefællesskab eller blot som en ensidig interesse hos den ene part.

Det konkrete interessefællesskab blev ovenfor defineret som det fællesskab, der opstår i forbindelse med én eller flere dispositioner mellem en person og et selskab eller mellem to selskaber m.v. Det vil sige, at de pågældende bliver særligt interesseforbundne, fordi de ikke har modstridende – eller ligefrem har sammenfaldende – interesser i én eller flere dispositioner. Personen og selskabet eller de to selskaber m.v. er bortset derfra ikke interesseforbundne og vil derfor kunne have modstridende interesser for så vidt angår andre dispositioner.

Det generelle interessefællesskab opstår derimod som følge af en særlig

---

2. Herunder navnlig som hjemmelsgrundlag ved en korrektion af den foretagne allokering eller fiksering af en indkomst, jf. nedenfor XIII og XVIII.
3. Ovenfor V, 2.4.

selskabsretlig eller familiemæssig relation, således at parterne som udgangspunkt må antages at have sammenfaldende interesser med hensyn til alle dispositioner.[4] I forholdet mellem selskabsdeltager og selskab eksisterer det generelle interessefællesskab altid, fordi selskabsdeltager ejer kapitalandele eller råder over stemmerettigheder i selskabet.[5]

Endelig blev det i teoretisk henseende anført, at dispositioner i forholdet mellem parter, som ikke var interesseforbundne, ikke burde korrigeres efter reglerne om allokering eller fiksering af en indkomst.[6]

2.2 Praksis uden for anvendelsesområdet for LL § 2

En analyse af praksis om allokering og fiksering af indkomst uden for anvendelsesområdet for LL § 2 bekræftede det teoretiske udgangspunkt. Den mellem en selskabsdeltager og et selskab foretagne allokering eller fiksering af en indkomst er således alene blevet tilsidesat, når der består et særligt interessefællesskab mellem disse.[7]

Det antages i praksis, at selskabsdeltager og selskab kan have sådanne fælles interesser, at de har et incitament til at forskyde en indkomst i det indbyrdes forhold ved hjælp af en ukorrekt allokering eller fiksering af indkomsten. Årsagen hertil er, at deres dispositioner ikke nødvendigvis er styret af samme modstridende interesser, som forekommer i forholdet mellem ikke interesseforbundne parter og i forholdet mellem på den ene side ikke interesseforbundne parter og på den anden side tredjemand.[8]

I praksis har et særligt interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab været generelt eller konkret begrundet. En korrektion af den mellem selskabsdeltager og selskab foretagne allokering eller fiksering af indkomsten har fundet sted, når selskabsdeltager havde direkte kontrol, indirekte vertikal kontrol eller indirekte horisontal kontrol med selskabet som følge af ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder, eller hvor der blot fandtes et konkret begrundet interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab.[9] Selvom langt de fleste sager omhandlede selskabsdeltagere og selskaber, som havde et interessefællesskab af den i LL § 2 beskrevne karakter, var der således

---

4. Jf. også *Michael Serup*, R&R 1990, 7, 29.
5. I modsat fald ville »selskabsdeltager« ikke være en selskabsdeltager.
6. Ovenfor V, 2.4.
7. Ligeledes *Eskil Trolle*, TfS 1995, 228.
8. Jf. også *Jan Pedersen*, R&R 1996, 10, SM 327, *Michael Sørensen*, SpO 1995, 270 og *Michael Serup*, R&R 1990, 7, 29.
9. Se ovenfor VII, 3.5 og 4.5.

også sager, hvor interessefællesskabet havde en anden karakter end det i LL § 2 definerede.

Den mellem selskabsdeltager og selskab foretagne allokering eller fiksering af indkomsten er i ingen tilfælde blevet tilsidesat, uden at der i det mindste har kunnet påvises et konkret interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab.[10]

På baggrund heraf kan det konkluderes, at et særligt interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab hidtil har været en betingelse for en korrektion efter reglerne om allokering og fiksering af indkomst, men at et sådant særligt interessefællesskab ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at tilsidesætte den foretagne allokering eller fiksering af indkomsten.[11]

2.3 LL § 2

Reglerne i LL § 2 forudsætter, at selskabsdeltager ejer eller råder over henholdsvis mere end 50 pct. af kapitalandelene eller mere end 50 pct. af stemmerettighederne i selskabet, hvad enten dette ejerskab eller denne rådighed foreligger i form af direkte kontrol, indirekte vertikal kontrol eller indirekte horisontal kontrol. Alle andre former for konkret begrundet interessefællesskab falder derimod uden for bestemmelsen.[12]

Det er udelukket at korrigere en indkomst i henhold til LL § 2, hvis der ikke foreligger et interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab af den i LL § 2 omtalte karakter. På den anden side er dette interessefællesskab ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at den foretagne fiksering af en indkomst kan korrigeres.[13]

2.3 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående redegørelse for det teoretiske udgangspunkt, de i praksis opstillede krav til interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab og bestemmelserne om kontrol i LL § 2 kan det konkluderes, at en korrektion efter reglerne om allokering og fiksering af indkomst efter dansk ret hidtil har forudsat, at der består et generelt eller konkret begrundet interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab.

Det kan ikke med henvisning til praksis afvises, at en korrektion efter reglerne om allokering eller fiksering af indkomst kan finde sted i forholdet mellem

---

10. Se ovenfor VII, 3.4.2.
11. Se ovenfor VII, 3.5 og 4.5.
12. Se i det hele ovenfor VIII.
13. Den foretagne allokering af en indkomst kan ikke korrigeres med hjemmel i LL § 2, jf. ovenfor III, 5. og nedenfor XIX, 2.1.3.4.

parter, som ikke har nogen form for interessefællesskab. I henhold til det teoretiske udgangspunkt er det imidlertid vanskeligt at påvise både grundlag og målestok for en sådan korrektion.

Når sådanne korrektioner ikke fuldt ud kan afvises, er det derfor alene, fordi ikke interesseforbundne parters dispositioner i teoretisk henseende kan sammenlignes med andre ikke interesseforbundne parters dispositioner eller med et gennemsnit af ikke interesseforbundne parters dispositioner. En sådan fremgangsmåde ville imidlertid føre til en art planøkonomiske bestemmelser af markedets vilkår, som på langt sigt ville føre til, at alle dispositioner mellem ikke interesseforbundne parter skulle foregå på præcis de samme vilkår og dermed sætte markedets kræfter ud af spil.

3. Den lovtekniske udformning af LL § 2

Den lovtekniske udformning af reglerne om kontrol i LL § 2 må betegnes som ualmindelig ringe.

For det *første* findes reglerne om, hvornår en selskabsdeltager anses for at kontrollere et selskab, og hvornår to selskaber er koncernforbundne, ikke alene i LL § 2, men også i fire andre bestemmelser, nemlig SEL § 32, LL § 16 H, KGL § 4 og ABL § 11.[14] Det er først efter en sammenligning af alle fem bestemmelser, at det kan afgøres, om forholdet mellem en selskabsdeltager og et selskab er omfattet af LL § 2. I såvel pædagogisk som operationel henseende er dette uhensigtsmæssigt.[15]

Spindet af henvisninger fører for det *andet* til, at der opstår en lang række tvivlsspørgsmål ved en fastlæggelse af, hvornår en selskabsdeltager har kontrol med et selskab. Årsagen hertil er, at nogle af bestemmelserne delvist er overlappende, mens andre delvist er modstridende. Dette synes at være en følge af, at selv lovgiver har tabt overblikket i vævet af henvisninger til forskellige regler om kontrol og væsentlig indflydelse, som har hver deres formål. En rimelig og klar afgrænsning af, hvornår LL § 2 om transfer pricing skal finde anvendelse, er ikke gjort ved at henvise til forskellige definitioner af begreberne kontrol og væsentlig indflydelse i regler om tvungen sambeskatning, tab på koncerninterne fordringer og overdragelse i levende live af hovedaktionæraktier, eftersom disse regler selvsagt har andre formål end reglerne om transfer pricing. Fra analysen af LL § 2 kan følgende problemstillinger fremdrages:

LL § 2 henviser ved definitionen af kontrol alene til »selskabsskattelovens § 32, stk. 6, 1. pkt., og § 16 H, stk. 2, 2. pkt.«. Der findes imidlertid ikke for tiden

14. Se ovenfor VIII, 2.3.
15. Jf. også *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 413.

en § 16 H i selskabsskatteloven. LL § 2 henviser heller ikke til reglerne om indirekte horisontal kontrol i SEL § 32 eller LL § 16 H eller til definitionen af nærstående i LL § 16 H. LL § 2 omfatter derfor ifølge sin ordlyd alene direkte kontrol og indirekte vertikal kontrol.[16]

Det kan som følge af formuleringen af KGL § 4, stk. 2, diskuteres, om rådighed over stemmerettigheder, der er opnået som følge af sikkerhed i kapitalandele, skal medregnes ved opgørelsen af, om to selskaber er koncernforbundne. Dette er en følge af, at LL § 2 på den ene side indeholder en selvstændig definition af begrebet koncernforbundne selskaber, jf. LL § 2, stk. 2, og på den anden side indirekte henviser til definitionen af koncernforbundne selskaber i KGL § 4, stk. 2, jf. SEL § 32.[17]

Når det vurderes, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab, skal der ifølge ordlyden af LL § 2 lægges vægt på de kapitalandele og stemmerettigheder, som selskabsdeltager henholdsvis ejer eller råder over. For så vidt angår indirekte horisontal kontrol anføres det derimod i SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., at selskabsdeltageren skal medregne de kapitalandele og stemmerettigheder, som »ejes« af koncernforbundne selskaber m.v. I ABL § 11, stk. 3, anføres endvidere, at den personlige selskabsdeltager skal medregne stemmerettigheder, der »tilhører« visse nærstående. Det kan på baggrund heraf diskuteres, om sådanne kapitalandele og stemmerettigheder skal medregnes efter de samme principper – ejerskab og rådighed – som er forudsat i LL § 2, eller om de i stedet skal medregnes på anden måde.[18]

Det er tvivlsomt, hvorledes der skal forholdes, når en selskabsdeltager har indirekte vertikal kontrol med et eller flere selskaber som følge af ejerskab til kapitalandele, mens andre mellem- eller datterselskaber kontrolleres som følge af rådighed over stemmerettigheder. I disse tilfælde må det vurderes, om en selskabsdeltagers kontrol skal opgøres med udgangspunkt i den almindelige algebra, den logiske algebra eller begge matematiske principper. Problemet opstår såvel i relation til indirekte vertikal kontrol via serielt indskudte mellemselskaber som i relation til parallelt indskudte mellemselskaber, idet selskabsdeltagerens kontrol kan opgøres efter forskellige matematiske principper.[19]

Definitionen af koncernforbundne selskaber er ikke entydig, eftersom LL § 2 i nogle tilfælde alene tager udgangspunkt i »principperne« for KGL § 4, stk. 2, jf. LL § 2, stk. 2, mens der i andre tilfælde indirekte henvises til definitionen i KGL § 4, stk. 2, jf. SEL § 32.[20] Definitionen af koncernforbundne selskaber i

16. Se ovenfor VIII, 2.1.
17. Se ovenfor VIII, 3.3.3.
18. Se ovenfor VIII, 3.4.
19. Se ovenfor VIII, 5.4 og 5.5.
20. Se ovenfor VIII, 2.1.1 og 2.2.

KGL § 4, stk. 2, omhandler også en række situationer, hvor selskabsdeltager har direkte eller indirekte kontrol med selskabet i henhold til LL § 2, herunder f.eks. forholdet mellem moder- og datterselskaber.[21] Det er endvidere uklart, hvem der skal anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere.[22] Endelig kan der i relation til reglerne om koncernforbindelse som følge af nærståendes m.v. ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder være tvivl om, hvorvidt kapitalandele og stemmerettigheder, som »har tilhørt« – men som ikke længere tilhører – de pågældende, skal medregnes ved opgørelsen af, om to eller flere selskaber er koncernforbundne, jf. ABL § 11, stk. 3.[23]

Det fremgår ikke klart af LL § 2, hvorledes koncernforbundne selskabers ejerskab til kapitalandele skal medregnes, når en selskabsdeltager, som måtte kontrollere de koncernforbundne selskaber, ikke ejer samtlige kapitalandele i de koncernforbundne selskaber, herunder om dette ejerskab skal medregnes fuldt ud eller alene med en procentuel andel.[24] Der findes tre forskellige løsninger på denne problemstilling, der imidlertid alle vil kunne føre til uhensigtsmæssige resultater, hvor f.eks. to koncernforbundne selskaber anses for at kontrollere et tredje selskab, som de koncernforbundne selskabers moderselskab ikke anses for at kontrollere. Problemet opstår, fordi ejerskab til kapitalandele opgøres på baggrund af den almindelige algebra.[25] I de tilfælde, hvor koncernforbundne selskabers rådighed over stemmerettigheder skal medregnes, kan rådigheden ligeledes opgøres på baggrund af tre forskellige metoder. Eftersom rådighed over stemmerettigheder opgøres med udgangspunkt i den logiske algebra, ville alle metoder imidlertid føre til samme resultat, og ingen af løsningerne vil føre til resultater svarende til ovenstående, hvor koncernforbundne selskaber f.eks. anses for at kontrollere et datterselskab, som deres moderselskaber ikke anses for at kontrollere.[26]

Tilsvarende situationer opstår, når et moderselskab ved opgørelsen af den indirekte horisontale kontrol skal medregne kapitalandele og stemmerettigheder, der ejes af eller rådes over af dets personlige selskabsdeltagere og deres nærstående m.v.[27]

Endelig skal kapitalandele og stemmerettigheder, der tilhører fonde og truste m.v., medregnes ved opgørelsen af den indirekte horisontale kontrol, når fondene er stiftet af en bestemt kreds af personer. Skal det derimod afgøres, om to

---

21. Se ovenfor VIII, 6.2.3.
22. Se ovenfor VIII, 6.3.
23. Se ovenfor VIII, 6.3.3.
24. Se ovenfor VIII, 6.4.1.
25. Se ovenfor VIII, 6.4.1.4.
26. Se ovenfor VIII, 6.4.2.
27. Se ovenfor VIII, 7.4.1.

eller flere selskaber er koncernforbundne, medregnes kapitalandele og stemmerettigheder, der tilhører fonde og trute m.v. kun, når en bestemt personkreds m.v. har bestemmende indflydelse på fonden eller trusten m.v. Dette kan føre til mærkværdige konstruktioner, hvor et moderselskab anses for at kontrollere to datterselskaber sammen med fonde eller truste m.v., men disse selskaber alligevel ikke anses for at være koncernforbundne i relation til KGL § 4, stk. 2, eller hvor moderselskabet ikke anses for at kontrollere datterselskaberne sammen med fonde eller truste m.v., men disse anses for at være koncernforbundne i henhold til KGL § 4, stk. 2.[28] Hertil kommer, at det langt fra altid er hensigtsmæssigt alene at lægge vægt på, hvem der har stiftet en fond, eller hvem der har bestemmende indflydelse på fonden.[29]

For det *tredje* og sidste er det som antydet ovenfor meget problematisk, at der anvendes ét matematisk princip ved opgørelsen af indirekte ejerskab til kapitalandele (den almindelige algebra) og et andet princip ved opgørelsen af indirekte rådighed over stemmerettigheder (den logiske algebra). Disse matematiske principper kan ikke forenes og fører til, at det i en række tilfælde bliver særdeles vanskeligt at opgøre selskabsdeltagerens indirekte kontrol med et selskab, herunder navnlig når selskabsdeltageren dels ejer kapitalandele i et selskab, dels rådighed over stemmerettigheder i samme selskab. Den almindelige algebra fører derudover i en række situationer til nogle uhensigtsmæssige og tvivlsomme resultater, herunder navnlig når det skal vurderes, om en selskabsdeltager har indirekte horisontal kontrol med et selskab sammen med andre som følge af ejerskab til kapitalandele.

I en række tilfælde er det endvidere unødvendigt at anvende to forskellige matematiske principper, når det skal undersøges, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab. Dette er for det første tilfældet, når det skal afgøres, om en selskabsdeltager direkte kontrollerer et selskab.[30] En selskabsdeltager vil blive anset for direkte at kontrollere et selskab som følge af ejerskab til kapitalandele i alle de tilfælde, når selskabet tillige direkte kontrolleres som følge af rådighed over stemmerettigheder og vice versa. Det forudsættes dog, at fordelingen af kapitalandele følger fordelingen af stemmerettigheder, dvs. at selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele opgjort i procent har samme nominelle værdi som selskabsdeltagerens rådighed over stemmerettigheder opgjort i procent. Når ejerskabet til kapitalandele ikke ækvivaleres af rådighed over stemmerettigheder, må der derimod ved vurderingen af, om en selskabsdeltager kontrollerer et selskab, tages højde for begge regelsæt.

I tilfælde af indirekte vertikal kontrol har det i nogle tilfælde betydning, at

---

28. Se ovenfor VIII, 8.2.3.
29. Se ovenfor VIII, 8.4.4.
30. Se ovenfor VIII, 4.4.

indirekte ejerskab til kapitalandele opgøres i overensstemmelse med den almindelige algebra, mens indirekte rådighed over stemmerettigheder opgøres i overensstemmelse med den logiske algebra.

For så vidt angår serielt indskudte mellemselskaber er reglerne om ejerskab til kapitalandele dog overflødige, når bortses fra de tilfælde, hvor selskabsdeltagerens ejerskab til kapitalandele ikke ækvivaleres af rådighed over stemmerettigheder. Selvom ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder opgøres efter forskellige matematiske principper, vil der ikke kunne forekomme situationer, hvor selskabsdeltageren kontrollerer selskabet på baggrund af ejerskab til kapitalandele men ikke på baggrund af rådighed over stemmerettigheder, medmindre ejerskabet til kapitalandele ikke ækvivaleres af rådighed over stemmerettigheder.[31]

Er mellemselskaber indskudt parallelt eller såvel serielt som parallelt, må der derimod som følge af de forskellige matematiske principper altid tages højde for såvel ejerskab til kapitalandele som rådighed over stemmerettigheder. Dette kan føre til situationer, hvor selskabsdeltageren i henhold til LL § 2 anses for at kontrollere et selskab som følge af rådighed over stemmerettigheder, men ikke som følge af ejerskab til kapitalandele, og vice versa, uanset at selskabsdeltageren ejer og råder over lige mange kapitalandele og stemmerettigheder.

Ved afgørelsen af, om to selskaber er koncernforbundne som følge af direkte kontrol eller indirekte vertikal kontrol, er der alene behov for at have regler om ejerskab til kapitalandele sammen med regler om rådighed over stemmerettigheder, når ejerskabet til kapitalandele ikke ækvivaleres af rådighed over stemmerettigheder. Årsagen hertil er som nævnt ovenfor, at de forskellige matematiske principper ikke har betydning, når der foreligger direkte kontrol eller indirekte vertikal kontrol.[32]

I tilfælde af, at to selskaber kan være koncernforbundne som følge af indirekte horisontal kontrol, er der derimod altid behov for at tage højde for såvel ejerskab til kapitalandele som rådighed over stemmerettigheder, uanset om fordelingen af stemmerettigheder følger fordelingen af kapitalandele eller ej. Dette er en følge af, at den indirekte horisontale kontrol på baggrund af ejerskab til kapitalandele opgøres efter den almindelige algebra, mens den indirekte horisontale kontrol på baggrund af rådighed over stemmerettigheder opgøres med udgangspunkt i den logiske algebra.[33]

De samme matematiske principper finder i øvrigt anvendelse, når indirekte horisontal kontrol skal opgøres ved at medregne kapitalandele og stemmeret-

---

31. Se ovenfor VIII, 5.6.1-5.6.3.
32. Se ovenfor VIII, 6.5.1.
33. Se ovenfor VIII, 6.5.2.

tigheder, der ejes af eller rådes over af nærstående, personlige selskabsdeltagere og deres nærstående, fonde og truste m.v.[34]

I betragtning af de konstaterede matematiske modsætninger, og i betragtning af de tilfælde, hvor der ikke er behov for at anvende begge matematiske principper, er det betænkeligt, at de anvendte matematiske principper ikke fremgår af nogle af de ovenfor nævnte fem bestemmelser, men i stedet er blevet introduceret i et cirkulære: CIR nr. 183 af 11/12 1995, som blev ophævet og erstattet af CIR nr. 82 af 29/5 1997 om international beskatning, pkt. 7.2.2.1 og 7.2.2.2.[35] Hjemmelsgrundlaget for anvendelsen af to forskellige matematiske principper er således meget tvivlsomt, eftersom det heller ikke kan begrundes med en henvisning til de selskabsretlige regler.

34. Se ovenfor VIII, 7.5 og 8.5.
35. Se nu også LV 2004-1 S.I.2.2. Jf. ligeledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 50, note 48, og s. 52, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 58 og *Anja Svendgaard*, Frivillig og tvungen sambeskatning, s. 58, note 65, og s. 65.

3. DEL

Allokering af indkomst

Kapitel X

Systematik

1. Indkomstallokering

Formålet med afhandlingens 3. afsnit er at analysere, hvilke regler der findes om allokering af indkomst i forholdet mellem selskab og selskabsdeltager, og hvorledes disse anvendes i praksis, når bortses fra kravet om et vist interessefællesskab, der er behandlet selvstændigt ovenfor i 2. afsnit.

Dansk rets regler om allokering af indkomst opdeles i to grupper, herunder

- de regler om allokering af indkomst, der måtte findes i SL §§ 4-6 (nedenfor XI),[1] og
- de regler om allokering af indkomst, der måtte findes i den øvrige skattelovgivning (nedenfor XII).

Baggrunden for sondringen mellem på den ene side SL §§ 4-6 og på den anden side den øvrige skattelovgivning er, at førstnævnte bestemmelser i den hidtidige teori – og også i praksis – har haft en central placering ved diskussioner af, om der er hjemmel til at korrigere en allokering af en indkomst, og hvorledes en sådan korrektion kan finde sted.

Der har kun undtagelsesvist i den hidtidige teori været fokus på den øvrige skattelovgivning om allokering af indkomst. Ved en analyse af, hvad der gælder om allokering af indkomst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, kan der imidlertid ikke ses bort fra disse regler. Dette gælder så meget desto mere, eftersom en analyse af den øvrige skattelovgivning viser, at bestemmelser om allokering af indkomst findes i et stort antal skattelove, eller at hjemmel til en korrektion af den aftalte allokering af en indkomst er forudsat i store dele af skattelovgivningen.[2]

Analysen af lovgivningen om allokering af indkomst efterlader nogle uafkla-

1. XI, 2.
2. Se nedenfor XII.

rede spørgsmål om principperne for indkomstens allokering.[3] Disse uafklarede spørgsmål analyseres efterfølgende på baggrund af retspraksis i erkendelse af, at der i retspraksis er taget stilling til væsentligere dele heraf. Samtidig efterprøves det, om de grundsætninger, der er udledt af lovgivningen, har fundet støtte i den hidtidige retspraksis.[4]

Sondringen mellem på den ene side SL §§ 4-6 og på den anden side den øvrige skattelovgivning har baggrund i de hidtidige teoretiske overvejelser, der som nævnt i alt væsentligt har fokuseret på en analyse af førstnævnte bestemmelser. Ved en gennemgang af retspraksis er det imidlertid ikke muligt at sondre lige så skarpt, eftersom der i praksis ikke altid henvises til specifikke bestemmelser som hjemmelsgrundlag for, at en korrektion af den aftalte allokering af en indkomst finder sted. Når der henvises til lovbestemmelser, er det i øvrigt for det meste til SL § 4. Retspraksis behandles derfor samlet (nedenfor XIII).

Som følge af, at der fokuseres på forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, vil reglerne om allokering af indkomst i forholdet mellem et selskabs hovedkontor og faste driftssted ikke blive gennemgået nærmere. Disse regler er i øvrigt for nyligt beskrevet i den danske litteratur.[5]

---

3. Se nedenfor XI og XII.
4. Jf. også *Jan Pedersen*, TfS 2001, 824: »Behandlingen af problemerne om rette indkomstmodtager sker da også bedst ved en systematisering af den foreliggende domspraksis. Enhver juridisk teori må jo stå sin prøve hos domstolene.«
5. Af *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 356-507. Se hertil *Jan Pedersen* i UfR 2000B.510.

Kapitel XI

Statsskattelovens §§ 4-6

1. Indledning

I det følgende analyseres reglerne om allokering af indkomst, således som disse måtte være kommet til udtryk i dansk rets grundlæggende bestemmelser om indtægter og udgifter i SL §§ 4-6.

Indkomstallokering er som nævnt ovenfor kort sagt spørgsmålet om, efter hvilke regler en fremkaldt indkomst skal allokeres til og beskattes hos ét bestemt skattesubjekt.[1]

Der findes ikke i den danske skattelovgivning *én generel* regel, hvori det *udtrykkeligt* anføres, at en indkomst skal allokeres til den person, der i skatteretlig henseende anses for at være rette modtager af indkomsten.

Heraf følger imidlertid ikke, at allokering af indkomst til rette indkomstmodtager er ulovhjemlet efter dansk ret. I store dele af den danske skattelovgivning er det således udtrykkeligt anført – eller forudsat – at en indkomst skal henføres til en bestemt skattepligtig fysisk eller juridisk person. Denne person betegnes i lovgivningen med forskellige betegnelser som »den skattepligtige«, »den skattepligtiges«, »en skattepligtig« eller på en anden måde, som illustrerer, at en indkomst skal allokeres til et bestemt skattesubjekt.[2]

I det følgende redegøres for, hvorledes principperne om allokering af indkomst er kommet til udtryk i SL §§ 4-5. (nedenfor 2).

2. Allokering af indkomst

I SL § 4 findes dansk skatterets udgangspunkt om, at alle årsindtægter er skattepligtig indkomst, medmindre andet følger af skatterettens undtagelser eller begrænsninger. Det anføres i den forbindelse, at som »skattepligtig indkomst

1. Se om definitionen ovenfor II, 3.4.
2. Se nedenfor 2. og XII.

betragtes ... den skattepligtiges« indtægter. Heraf følger, at den skattepligtige indkomst skal henregnes til én bestemt person, der i SL § 4 er betegnet som »den skattepligtige«, og ikke en hvilken som helst skattepligtig.[3]

Dette understreges i SL § 4, litra b, hvorefter der skal betales lejeværdi af bolig i »den skattepligtiges egen ejendom«, hvad enten »han« har gjort brug af sin beboelsesret eller ej.[4]

I SL § 5, der undtager en række indtægter fra den skattepligtige indkomst, anføres at formueforøgelser, der fremkommer ved, at de formuegenstande »en skattepligtig ejer«, stiger i værdi, jf. SL § 5, litra a, er skattefri. Det samme gælder for indtægter, som hidrører fra salg af »den skattepligtiges ejendele«, medmindre der er tale om næring eller spekulation.

Det er således for så vidt angår den skattepligtige indkomst som udgangspunkt i SL § 4, jf. § 5, antaget, at indkomsten skal allokeres til en person, der er benævnt som »den skattepligtige«.[5] Der findes imidlertid ikke i SL § 4 nogen anvisning af, efter hvilke regler denne allokering af indkomsten skal foretages, når bortses fra bestemmelsen om lejeværdi af egen bolig. Indkomsten beskattes i sidstnævnte situation hos ejeren, jf. betegnelsen »egen ejendom«.

Af SL § 5 fremgår ligeledes, at den formueforøgelse, der fremkommer ved, at formuegenstande stiger i værdi, skal allokeres til ejeren, jf. formuleringen »en skattepligtig ejer«. På samme måde skal indtægter, som hidrører fra salg af ejendele, medregnes ved opgørelsen af ejerens indkomst, jf. formuleringen »den skattepligtiges ejendele«, forudsat at transaktionen henhører til vedkommendes næringsvej eller er foretaget i spekulationsøjemed.

3. Sammenfatning

Dansk rets grundlæggende bestemmelser om beskatning af indkomst, SL §§ 4-5, forudsætter, som det ses, at en given indkomst allokeres til og beskattes hos et bestemt skattesubjekt.

Det er hermed for det første forudsat, at den skattepligtige, som har fremkaldt og oppebåret en indkomst, skal beskattes af denne, idet en sådan indkomst

---

3. Jf. også *Aage Michelsen*, R&R 2001, 9, SM 264. Anderledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 2001, 311 som antager, at Højesterets dom i sagen om rentefiksering, TfS 1998, 199 H, skaber usikkerhed om, hvorvidt der i SL § 4 er hjemmel til korrektioner efter reglerne om allokering af indkomst.
4. Reglerne om lejeværdi af egen bolig blev ikke ophævet ved vedtagelsen af ejendomsværdiskatteloven, jf. hertil *Henrik Dam* i Skatteret – Almen del, 2004, XXVII, 2.1.
5. Ligeledes *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 588, der ud fra ordlyden »den skattepligtiges samlede årsindtægter« antager, at der er skatteyderen – og kun denne – der kan være skattepligtig af de indtægter, der må anses for at tilhøre denne.

utvivlsomt må anses for at være »den skattepligtiges« indtægt og ikke et andet skattesubjekts indtægt.

Heraf følger, at en indkomst ikke kan allokeres til eller beskattes hos en skattepligtig, som hverken har fremkaldt eller oppebåret indkomsten. En mellem selskabsdeltager og selskab foretagen allokering af indkomsten skal derfor ikke uden videre respekteres af skattemyndighederne. Der er i SL §§ 4-5 utvivlsomt hjemmel til at korrigere denne med henvisning til, at bestemte indkomster hører til bestemte skattesubjekter.[6]

På den anden side fremgår det ikke heraf, om en indkomst kan beskattes hos den skattepligtige, som har fremkaldt indkomsten uden at have oppebåret denne eller hos den skattepligtige, der har oppebåret indkomsten uden at have fremkaldt denne. Ved en analyse af SL §§ 4-5 er det derfor af afgørende betydning at få fastlagt, hvilke regler der måtte gælde herom. Denne analyse kan tage udgangspunkt i de sondringer mellem forskellige typer af indkomst, der findes i SL §§ 4 og 5, herunder

- indkomst, som fremkommer ved afståelse af formue (kapitalgevinster) (nedenfor 3.1),
- indkomst, som hidrører fra afkast af formue (kapitalafkast) (nedenfor 3.2), og
- al anden form for indkomst end de to ovenfor nævnte, herunder den løbende indkomsterhvervelse (nedenfor 3.3).

3.1 Kapitalgevinster

For så vidt angår allokeringen af kapitalgevinster fremgår det to steder af SL § 5, at den rette modtager af indkomsten er ejeren af det underliggende formuegode.

Hvad der nærmere ligger heri, herunder hvornår en person anses for at være ejer af et formuegode i skattemæssig henseende, fremgår ikke af bestemmelsen. Til gengæld fremgår det klart, at en kapitalgevinst skal beskattes hos ejeren, også selvom den pågældende ikke har oppebåret den kapitalgevinst, der er fremkaldt som følge af en overdragelse af ejerskabet til formuegodet.

Denne beskatning svarer til det, der ovenfor er betegnet som indkomstallokering og er i overensstemmelse med de bærende hensyn.[7] Indkomsten beskattes således hos den, der har fremkaldt denne ved at afstå ejendomsretten til et formuegode, uanset om den pågældende har oppebåret indkomsten eller ej.[8]

---

6. Se også *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 249, som anfører, at »... det hjemmelsmæssige grundlag for dispositionskorrektion må antages at være statsskattelovens § 4«.
7. Se ovenfor III, 3 og IV, 4.
8. Se ligeledes om praksis nedenfor XIII, 5.

3.2 Kapitalafkast

For så vidt angår kapitalafkast er det alene i SL § 4, litra b, om lejeværdi af egen bolig anført, hvem der skal beskattes af indkomsten. Dette er, som det ses, ejeren.

I de øvrige bestemmelser fremgår det derimod ikke klart, efter hvilke regler indkomsten skal allokeres til et bestemt skattesubjekt. I SL § 4, litra b, om bortforpagtning, bortfæstning og udleje af rørligt og urørligt gods kunne det indfortolkes, at indkomsten herfra skal beskattes hos den, der har bortforpagtet, bortfæstet eller udlejet godset, dvs. hos ejeren. På samme måde kunne bestemmelsen om vederlagsfri benyttelse af andres rørlige eller urørlig gods læses således, at det er den, som anvender godset, der skal beskattes af værdien heraf.

SL § 4, litra e, kunne ligeledes læses således, at rente af udlån skulle beskattes hos den, der har foretaget udlånet, og at udbytte af værdipapirer m.v. skulle allokeres til ejeren.

Selvom sådanne fortolkninger af bestemmelserne er nærliggende – og som det vil ses også har en vis støtte i retspraksis[9] – ændrer det imidlertid ikke ved, at det af bestemmelserne strengt taget ikke fremgår, efter hvilke kriterier et kapitalafkast skal allokeres til et bestemt skattesubjekt. Den pågældende fortolkning er netop nærliggende, fordi den svarer til en fremherskende opfattelse, men bliver dermed samtidig cirkulær, idet den fremherskende opfattelse netop skyldes denne fortolkning.

Det må derfor konkluderes, at det ikke i selve SL §§ 4-5 udtrykkeligt er anført, hvorledes et kapitalafkast skal allokeres, når bortses fra, at indkomst, som hidrører fra lejeværdien af egen bolig, utvivlsomt skal beskattes hos ejeren af den pågældende ejendom.

På den anden side kan det ikke udelukkes, at SL §§ 4-5 kan fortolkes således, at der er hjemmel til en beskatning svarende til den, der ovenfor er omtalt som indkomstallokering, dvs. en beskatning af den, som har fremkaldt indkomsten, men som ikke har oppebåret denne. Hvorvidt en sådan fortolkning er korrekt, vil blive analyseret nedenfor med udgangspunkt i praksis.[10]

3.3 Anden indkomst, herunder den løbende indkomsterhvervelse

For så vidt angår al anden indkomst, herunder navnlig den løbende indkomsterhvervelse ved arbejde i eller uden for tjenesteforhold, er der ikke noget steds i SL § 4 givet udtryk for, efter hvilke kriterier allokeringen af en indkomst skal finde sted. SL § 4 indeholder således alene en langt fra udtømmende opregning

---

9. Se nedenfor XIII, 5.
10. Se nedenfor XIII, 5.

af forskellige typer af arbejde, tjenester, bistandsydelser og andre typer af embeder og bestillinger, som kan være årsag til »den skattepligtiges« indkomst. Det fremgår imidlertid ikke heraf, om indkomsten i skattemæssig henseende f.eks. skal allokeres til den, der har udført arbejdet, som har oppebåret vederlaget, som har kontraheret om udførelsen af arbejdet, eller til andre.

Det følger derfor ikke af ordlyden af SL §§ 4-5, om en indkomst, herunder f.eks. et arbejdsvederlag, skal beskattes hos den, der har fremkaldt indkomsten ved sin indkomstskabende aktivitet, uanset om den pågældende har oppebåret denne, eller om en indkomst skal beskattes hos den, der har oppebåret indkomsten.

Om SL §§ 4-5 indeholder sådanne regler om allokering af indkomst, må bero på en fortolkning af bestemmelsen. Denne fortolkning foretages nedenfor med udgangspunkt i praksis.[11]

11. Se herom nedenfor XIII, 3.

Kapitel XII

Den øvrige skattelovgivning

1. Indledning

Nedenfor undersøges samtlige danske skattelove – når bortses fra statsskatteloven, der er analyseret ovenfor XI – med henblik på at kortlægge, om der i de pågældende love findes regler om den korrekte allokering af en indkomst, og i givet fald hvilke regler der måtte findes herom.

Reglerne om allokering af indkomst kan opdeles i tre grupper:

– Én gruppe, der vedrører indkomst, som fremkommer ved afståelse af aktiver (kapitalgevinster) (nedenfor 2),
– én gruppe, som vedrører afkast af formue (kapitalafkast) (nedenfor 3), og
– én gruppe, der vedrører al anden form for erhvervelse af indkomst end de to ovenfor nævnte grupper, herunder f.eks. arbejdsvederlag (nedenfor 4).

2. Kapitalgevinster

For så vidt angår den første gruppe – gevinst ved *afståelse af aktiver* – er udgangspunktet, at indkomsten i skattemæssig henseende skal allokeres til den, der ejer det underliggende formuegode. Dette fremgår allerede af hovedreglen i SL § 5 om kapitalgevinster, der fremkommer ved, at de formuegenstande, »den skattepligtige ejer«, stiger i værdi, eller som hidrører fra salg af »den skattepligtiges ejendele«.

Af aktieavancebeskatningsloven fremgår ligeledes indirekte, at beskatningen af kapitalgevinster skal foregå hos ejeren af den aktie m.v., der er blevet erhvervet og afhændet med gevinst til følge.

I ABL § 1 anføres, at skattepligten påhviler personer, dødsboer, selskaber og »skattepligtige« efter lov om beskatning af fonde, visse foreninger og institutter m.v., der ved erhver-

velse, henholdsvis konstatering, af fortjeneste eller tab ved afståelse af aktier er »skattepligtige« til Danmark.[1] Loven forudsætter således, at den skattepligtige indkomst kan henføres til et eller flere bestemte skattesubjekter. Det fremgår indirekte af formuleringen »erhvervelse, henholdsvis konstatering, af fortjeneste eller tab ved afståelse af aktier«, at indkomsten skal allokeres til den fysiske eller juridiske person, som har erhvervet og afstået aktierne. At indkomsten skal allokeres til og beskattes hos den, der ejer aktierne, fremgår også i øvrigt indirekte af ABL §§ 2, 2 a, 2 c, 2 d, 2 f, 3, 4, 5, 6, 7, 7 A, 11, 13 a og 13 b.

Beskatningen af kapitalgevinster i dødsboet tager ligeledes udgangspunkt i den formue, der tilhører dødsboet, og som er inddraget under skiftet, dvs. i ejendomsretten.

I henhold til DSKL § 4 beskattes indtægter som hovedregel hos dødsboet som ejer, forudsat at formuen er inddraget under skiftet, og forudsat at boet er et selvstændigt skattesubjekt, som er skattepligtigt.[2] I de tilfælde, hvor dødsboet efter DSKL § 58 ikke er selvstændigt skattesubjekt, fordi en efterlevende ægtefælle i stedet er skattesubjekt, skal indkomsten allokeres til den efterlevende ægtefælle.

I ejendomsavancebeskatningsloven anføres det enkelte steder direkte, at beskatningen efter lovens regler påhviler ejeren af den faste ejendom, der afstås, forudsat at afståelsen er omfattet af loven.

Det fremgår allerede af EBL § 1, stk. 2, at der findes en skattepligtig – den skattepligtige – og at indkomsten grundlæggende udgør forskellen på ejendommens anskaffelsessum og afståelsessum, jf. også EBL § 4, 6, 6 A, 6 C, 7, 10 og 12. Den skattepligtige forbindes flere steder i loven med ejeren, jf. f.eks. EBL § 6, stk. 2 og 4, § 10, stk. 10, § 10, stk. 5 og 9 og § 13. Begrebet »ejeren« anvendes i øvrigt også konsekvent i EBL § 6, stk. 1, § 8 og § 9 i stedet for begrebet »den skattepligtige«.

Ejerlejlighedsbeskatningsloven forudsætter ligesom ejendomsavancebeskatningsloven, at den fortjeneste, der opstår ved førstegangsafståelse af visse ejerlejligheder, skal beskattes hos ejeren.

Se hertil ELBL § 1, stk. 6, § 3 og § 9. I henhold til sidstnævnte bestemmelse er den skattepligtige »ejeren«.

---

1. Det samme gælder andre foreninger m.v., i det omfang de besidder aktier, der er omfattet af deres erhvervsmæssige virksomhed.
2. I tilfælde, hvor afdøde var gift, findes særlige regler om allokeringen af indtægter og udgifter i forholdet mellem på den ene side dødsboet og på den anden side afdødes ægtefælle, jf. DSKL § 4.

Det anføres derimod ikke direkte i kursgevinstloven, at det er ejeren af en afstået eller indfriet fordring eller gæld, der i skattemæssig henseende skal anses for at have oppebåret en gevinst eller et tab.

Reglerne om opgørelse af gevinsten som forskellen på anskaffelsessummen og afståelsessummen og om forskellen på beholdningens værdi ved indkomstårets indgang og udgang, jf. f.eks. jf. KGL §§ 1, 15, 16, 25, 26, 30, 32, 33 og 37, kan dog vanskeligt forstås på anden måde, end at indkomsten skal allokeres til den, der har købt og solgt en fordring, og som dermed er ejer i den mellemliggende periode.

Af regler i ligningsloven fremgår ligeledes, at den, der skal beskattes af en gevinst ved afståelse af formuegenstande, som hovedregel er ejeren.

Jf. f.eks. LL §§ 7 R, 16 B, 17 B, 27 A og 27 E.[3]

Virksomhedsomdannelsesloven indeholder endelig en forudsætning om, at indkomsten fra omdannelsen skal allokeres til ejeren af den personligt drevne virksomhed, der omdannes.

Det er i VOL §§ 1, 2, 4, og 6 indirekte anført, at indkomsten vedrørende omdannelsen i skattemæssig henseende skal allokeres til ejeren af den virksomhed, der omdannes.[4] Indkomsten er som udgangspunkt ikke skattepligtig for ejeren, jf. VOL § 4.

Den rettighed, der fører til, at et kapitalgevinst allokeres til et bestemt skattesubjekt, er således ejendomsretten. Der er imidlertid ikke i skattelovgivningen nogen nærmere definition af, hvorledes dette begreb skal forstås, herunder hvem der skal anses som skattemæssig ejer, og om begrebet har et andet indhold end det, der kendes fra den almindelige ejendomsret. Det anføres heller ikke noget sted, om begrebet har forskelligt indhold i forskellige sammenhænge, f.eks. om begrebet »ejer« anvendes i samme forstand i SL § 5 som i EBL § 8.

Det kan ikke desto mindre konkluderes, at det overalt i skattelovgivningen er forudsat, at den, der som ejer af et aktiv har fremkaldt en skattepligtig indkomst

---

3. LL §§ 28 og 28 B omtaler dog ejeren som den medarbejder, der har fået en købe- eller tegningsret.
4. Se hertil VOL § 1, stk. 2, sidste pkt.: »Er der tale om en virksomhed med flere ejere, skal ejerne på overdragelsestidspunktet eje aktiekapitalen i samme forhold som deres andele i den personligt ejede virksomhed«. og VOL § 2, stk. 3, sidste pkt.: »Et således indbetalt beløb tillægges anskaffelsessummen opgjort efter § 4 for de aktier eller anparter, som den pågældende ejer erhverver ved omdannelsen«.

ved at afhænde dette, skal beskattes af indkomsten, hvad enten den pågældende har oppebåret denne indkomst eller ej.

3. Formueafkast

Udgangspunktet for allokering af *afkast af formue* – f.eks. renter og udbytte – findes i SL § 4. Det følger heraf, at renter og udbytte m.v. som hovedregel er skattepligtig indkomst, og at indkomsten skal allokeres til en bestemt skattepligtig, der betegnes som »den skattepligtige«. Det fremgår imidlertid ikke af SL § 4, efter hvilke kriterier denne allokering skal ske, herunder om indkomsten på samme måde som kapitalgevinster skal allokeres til den, der anses som ejer.

En vis hjælp findes dog i SL § 4, litra b, om lejeværdien af bolig i egen ejendom. Denne regel, der bygger på en tanke om beskatning af det formueafkast, som kunne være opnået ved udleje af ejendommen, anvender ejendomsretten som kriterium for allokering af indkomsten.

> Det samme fremgår af reglerne i LL §§ 15 A-15 K om lejeværdi af bolig i »egen ejendom« og af SKL § 1, stk. 1, hvorefter skatteyderen skal selvangive om »sin« ejerbolig.[5]

At ejendomsretten står i centrum for beskatningen af et formueafkast, understøttes af dødsboskattelovens regler om beskatning af dødsboet.

> Udgangspunktet er som nævnt ovenfor, at dødsboet skal beskattes af afkastet af den formue, der tilhører dødsboet, og som er inddraget under skiftet.[6]

Ejendomsretten er også den rettighed, der ifølge husdyrbeskatningsloven allokerer værdien af en landbrugsbesætning til en bestemt landbruger som skattesubjekt.

> »Landbrugere« skal i henhold til husdyrbeskatningslovens § 2 opgøre værdien af »deres« besætninger. Begrebet »landbrugere« anvendes i øvrigt også i bestemt form i § 3 og § 8 – og i sidstnævnte bestemmelse sammen med begrebet »den skattepligtiges«. I lovens § 5 omtales »en skattepligtig« ligeledes i bestemt form.

Det samme gælder for kontoførende investeringsforeninger, hvor det indirekte i

---

5. Jf. også DSKL § 40, stk. 4, hvor den modtager, der under skiftet bebor en ejendom, for hvilken afdøde er beskattet af lejeværdi efter reglen i SL § 4, litra b, 2. pkt., skal medregne lejeværdi af ejendommen i sin skattepligtige indkomst, idet modtageren stilles som en »ejer«.
6. Se ovenfor 2.

loven er forudsat, at indkomsten allokeres til foreningens medlemmer på baggrund af deres andel af foreningens formue.[7]

Indkomsten allokeres ifølge IFORE § 2 på baggrund af medlemmernes andel, jf. begrebet »deres andel«, jf. også IFORE § 3.

Allokering af formueafkast efter KSL § 24 A og § 25 A sker derimod ikke til den ægtefælle, der ejer formuegodet, men til den ægtefælle, der har rådighed over dette, jf. Æ2 § 16. Ejendomsretten bliver dog også i dette tilfælde det afgørende kriterium, idet en ægtefælle i henhold til Æ2 § 16 i levende live har rådighed over alt, hvad den pågældende har indbragt i ægteskabet, og alt hvad den pågældende har erhvervet under ægteskabet.

Ligningslovens regler om beskatning af formueafkast må også forstås på den måde, at det er den, der står som ejer af en rettighed, der skal beskattes af det afkast, der opstår ved, at rettigheden afstås.

Skattesubjektet er »den, der har krav på vederlaget«, jf. LL § 5 C, »opspareren«, jf. LL § 7 R, »ejeren«, jf. LL § 14 G, »ejere«, jf. LL § 15 O, »lejere«, jf. LL § 15 P og »aktionærer og andelshavere«, jf. LL § 16 A.

Af pensionsafkastbeskatningsloven fremgår endelig indirekte, at afkastet må allokeres til den, der er ejer af den underliggende formue.

Det fremgår dels af PABL § 2, dels af PABL kapitel 5 om opgørelse af beskatningsgrundlaget m.v., at den skattepligtige indkomst er formueafkastet, dvs. afkastet af den formue, som tilhører »den skattepligtige« eller »en skattepligtig«, eller »den skattepligtiges« formue. Afkastet af formuen allokeres således som udgangspunkt til det skattesubjekt, der ejer formuen, jf. også forudsætningsvist PABL §§ 5 a, 5 b, 17, 17 a, 19, 21, 23, 27, 29 og 35.

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at det adskillige steder i lovgivningen er forudsat, at et formueafkast skal allokeres til det skattesubjekt, der har ejendomsret til det underliggende formuegode, eller som har en anden sådan rettighed til formuegodet, at den pågældende i civilretlig henseende kan oppebære afkastet, f.eks. en lejer af en fast ejendom, der fremlejer denne. Det afgørende for allokeringen er således, hvem der civilretligt har en ret til at oppebære en indkomst af den rettighed, der giver et afkast. I disse tilfælde må

7. Loven omfatter alene de såkaldte kontoførende investeringsforeninger. De certifikatudstedende udloddende investeringsforeninger er skattepligtige efter SEL § 1, stk. 1, nr. 6, og certifikatudstedende akkumulerende investeringsforeninger er som hovedregel er skattepligtige efter SEL § 1, stk. 1, nr. 5 a. Se nærmere *Henrik Dam* i Skatteret – Almen del, 2004, XXIII, 2.7.

det antages, at ejeren af rettigheden beskattes af det afkast, der er fremkaldt ved at udnytte rettigheden, uanset om den pågældende måtte have oppebåret dette afkast.

4. Anden indkomst

Det er i den danske skattelovgivning forudsat, at *anden indkomst*, der ikke hidrører fra, at formuegenstande stiger i værdi, afhændes med gevinst eller giver et afkast, skal allokeres til et bestemt skattesubjekt.

Hovedreglen i SL § 4 er således, at en bestemt skattepligtig – der benævnes som »den skattepligtige« – skal beskattes af sin indkomst. Dette udgangspunkt må imidlertid karakteriseres som temmelig indholdsløst. Det anføres således intetsteds, om allokeringen skal foretages på baggrund af bestemte rettigheder, og i så fald hvilke, eller på baggrund af helt andre kriterier.[8]

Reglerne om selvangivelse i SKL § 1 ændrer ikke herpå. I medfør af denne bestemmelse har en person pligt til at selvangive »sin« indkomst, men det anføres intetsteds i loven, hvad den pågældende skal betragte som sin indkomst.

Heller ikke amtskommuneskatteloven eller arbejdsmarkedsfondsloven indeholder regler om, efter hvilke kriterier indkomsten skal allokeres til bestemte skattesubjekter.

Amtskommuneskatteloven omtaler skattepligtige personer som bestemte personer, jf. hertil § 4 og navnlig § 6, der omtaler »vedkommende skattepligtige person«, samt § 5, der omtaler »den skattepligtiges skattekommune for samme kalenderår«. Det er således i loven forudsat, at den indkomst, hvoraf der skal beregnes amtskommuneskat, skal beskattes hos en bestemt person.

Dødsboskatteloven omtaler nogle steder afdødes skattepligtige indkomst, den efterlevende ægtefælles skattepligtige indkomst og modtagerens skattepligtige indkomst ud fra en forudsætning om, at de pågældende indkomster skal beskattes hos rette indkomstmodtager. Der er imidlertid ikke i loven holdepunkter for, hvorledes denne allokering skal foretages.

Se f.eks. DSKL §§ 7, 8, 14 og 22, der omtaler »afdødes skattepligtige indkomst«.[9] På samme måde omtales »modtagerens skattepligtige indkomst« i DKSL § 40 og den efter-

8. Se ovenfor XI, 4.
9. Se også DSKL § 16, der omtaler »afdødes aktieindkomst«, § 19, som vedrører »afdødes og dødboets« skattepligtige indkomst under ét, og § 20 som vedrører underskud, som afdøde kunne have fremført til fradrag i »sin skattepligtige indkomst« i dødsåret.

levende ægtefælles indkomst i § 44 («sin skattepligtige indkomst«). DKSL § 49 sondrer endvidere mellem på den ene side »afdødes skattepligtige indkomst« og på den anden side »den efterlevende ægtefælles skattepligtige indkomst«. DSKL § 75 indeholder endvidere en sondring mellem »den efterlevende ægtefælles skattepligtige indkomst« og »boets skattepligtige indkomst«. I DSKL §§ 13, stk. 4, 55, stk. 2, og 56, stk. 2, findes endelig bestemmelser om visse skatters endelighed i tilfælde af »den skattepligtiges« død.

Den skattepligtige indkomst efter fusionsskatteloven skal ligeledes allokeres til bestemte skattesubjekter.

Dette fremgår dels af henvisningen i FUL § 7 til »det indskydende selskabs« skattepligtige indkomst og i § 8 til »det modtagende selskabs« skattepligtige indkomst. På samme måde omhandler §§ 10 og 11 henholdsvis »et modtagende selskab« og »det modtagende selskab« og § 12 »foreningens« skattepligtige indkomst. FUL §§ 14 a, 14 h og 15 omhandler indkomsten for »det modtagende selskab«, § 14 b omtaler »aktieselskabets« skattepligtige indkomst og § 14 g vedrører »medlemmernes« skattepligtige indkomst. FUL § 15 b om spaltning og § 15 d om tilførsel af aktiver omtaler »det indskydende selskab« og »selskabets« skattepligtige indkomst.

Det er såvel i fondsbeskatningsloven som i selskabsskatteloven forudsat, at fonde, foreninger og selskaber m.v. ikke alene kan være selvstændige skattesubjekter, men også i skattemæssig henseende kan være rette modtagere af en indkomst, der således ikke kan beskattes hos andre selskaber, fonde, foreninger eller personer m.v. Regler om allokering af indkomsten findes ikke i nogen af lovene.

Det fremgår f.eks. af FBL § 2 at skattepligten vedrører »en fond« eller »en forening«. I §§ 3 og 4 omtales endvidere henholdsvis »fondens« og »denne fonds« skattepligtige indkomst. FBL § 3 A vedrører endelig »en skattepligtig«, der er omfattet af KSL § 1, DSKL § 1, stk. 2, SEL § 1 eller FBL § 1, dvs. én bestemt skattepligtig.

Reglerne om fuld og begrænset skattepligt I SEL §§ 1 og 2 forudsætter, at indkomsten kan allokeres til én bestemt juridisk person. Det samme gælder for de skattefritagne juridiske personer, der er omfattet af SEL § 3. Det samme gør reglerne i SEL § 7 A, 13, 13 A, 13 B og 13 C.

Reglerne om tvungen sambeskatning for selskaber m.v., der er omfattet af selskabsskatteloven, findes i SEL § 32. I medfør heraf skal der – forudsat at en lang række betingelser er opfyldt – ved »moderselskabets« indkomstopgørelse medregnes den del af datterselskabets »CFC-indkomst», der svarer til den gennemsnitlige andel af datterselskabets samlede aktiekapital, som moderselskabet har ejet i indkomståret, jf. SEL § 32, stk. 1 og 7. En af

betingelserne er, at moderselskabet »kontrollerer« eller har »væsentlig indflydelse« på datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 1. Reglerne i SEL § 32 er ikke regler om allokering af indkomst, selvom de ved første øjekast har visse lighedstræk med sådanne regelsæt. Årsagen hertil er, at den skattemæssige allokering af indkomsten til rette indkomstmodtager opretholdes i relation til SEL § 32, således at det, forinden den tvungne sambeskatning finder sted, må afgøres, hvilke indkomster der tilhører moderselskabet som rette indkomstmodtager, og hvilke indtægter der tilhører datterselskabet som rette indkomstmodtager. Det forhold, at moderselskabet ved sin indkomstopgørelse skal beskattes af en del af datterselskabets indkomster, ændrer ikke herpå. Af SEL § 32, stk. 13 og 14, fremgår således klart, at indkomsten fortsat i skattemæssig henseende anses for at være allokeret til datterselskabet, som herefter kan udbetale denne som udbytte til moderselskabet. Moderselskabet anses således ikke for at være rette indkomstmodtager.

For personers vedkommende er det på tilsvarende måde i kildeskatteloven forudsat, at der findes fuldt og begrænset skattepligtige personer, og at indkomsten kan allokeres til en bestemt fysisk person som selvstændigt skattesubjekt.[10] Der anvendes mange forskelle begreber for denne bestemte fysiske person, men direkte regler om allokering af indkomsten findes ikke, når bortses fra reglerne i KSL §§ 24 A og 25 A om allokering af visse indkomster i forholdet mellem ægtefæller.[11]

Allokeringen foretages efter KSL § 24 A på baggrund af »rådigheden«, der fastlægges i overensstemmelse med reglerne herom i Æ2 § 16, og i henhold til KSL § 25 A med udgangspunkt i, hvem der »driver« virksomheden eller i overvejende grad driver virksomheden.[12] Rådigheden er en rettighed, der som nævnt ovenfor udspringer af ejendomsretten, jf. Æ2 § 16. Det at drive virksomheden kan derimod ikke betegnes som en rettighed, men er derimod en faktisk omstændighed.

Reglerne om overførsel af overskud og aflønning af en medarbejdende ægtefælle, jf. KSL § 25 A, stk. 3 eller 7, forudsætter også, at den ægtefælle, der aflønnes, eller som får overdraget en del af overskuddet, er rette indkomstmodtager.[13]

---

10. Begrebet »den skattepligtige«, »den skattepligtiges«, »en skattepligtig« eller »skattepligtig person« anvendes i bestemt form – dvs. under forudsætning af, at indkomsten kan allokeres til et skattesubjekt som rette indkomstmodtager – i KSL §§ 5 B, 5 C, 5 D, 22, 48, 48 E, 49, 50, 51, 51 A, 52, 53, 59, 60, 61, 62, 62 A, 62 D, 62 E, 62 F, 62 G, 63, 67, 68, 72, 89, 89 A og 90. Se også KSL § 65, der omtaler »modtagerens« skattepligtige indkomst.
11. Se også LV 2004-1 A.A.4.5.1, der omtaler reglerne som regler om »Rette indkomstmodtager i relation til KSL § 25 A, stk. 1«.
12. For kapitalafkast efter VSL § 7 dog til den ægtefælle, der har rådighed over virksomheden.
13. Der er samtidig i bestemmelserne hjemmel til at beskatte ægtefællen af et fikseret beløb, jf. nedenfor XVII, 5.

Reglen om succession ved overdragelse af aktiver mellem ægtefæller med succession omhandler endvidere en bestemt ægtefælle, som skattesubjekt, jf. formuleringen »førstnævnte ægtefælles skattepligtige indkomst« i KSL § 26 A, og »overdragerens skattepligtige indkomst« i KSL § 26 B. Bestemmelsen om succession mellem andre nærstående end ægtefæller, KSL § 33 C, omhandler ligeledes »overdragerens« og »erhververens« skattepligtige indkomst.

KSL § 5 må også fremhæves, idet bestemmelsen direkte vedrører allokering af indkomst i forholdet mellem forældre og børn i visse situationer. Udgangspunktet er, at børn ansættes selvstændigt til skat. Heraf følger, at en bestemt indkomst som udgangspunkt vil skulle allokeres til barnet.

Kommuneskatteloven forudsætter også, at den løbende indkomst beskattes, men der findes ikke i loven regler om allokering af indkomsten.

De skattepligtige omtales i kommuneskatteloven som »den« eller »en person«, dvs. i bestemt form, eller som »en skattepligtig«, jf. hertil lovens § 2.

Det samme gælder for konkursskatteloven, der dog indeholder regler om, at en række ydelser skal allokeres til skyldneren som følge af, at de udbetales »fra« boet »til« skyldneren.

I henhold til f.eks. KKSL § 7, stk. 1, er konkursindkomsten skyldnerens indtægter og udgifter fra konkursboets aktiver og passiver i perioden fra konkursdekretets afsigelse indtil konkursens slutning. I KKSL § 8 anføres det endvidere, at løn, understøttelse og andre ydelser, der udbetales fra boet til skyldneren, skal allokeres til skyldneren ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Tilsvarende gælder ved skyldnerens benyttelse af en fast ejendom, der er omfattet af reglerne om beregning af lejeværdi eller ejendomsværdiskatteloven.

I kulbrinteskatteloven §§ 1 og 3 anføres, at indkomsten skal allokeres til det skattesubjekt, som »oppebærer« den, dvs. det skattesubjekt, som får indkomsten i hænde.[14]

Det fremgår ligeledes af § 4, at »den skattepligtige« – dvs. en bestemt skattepligtig – skal opgøre de skattepligtige indtægter. Betegnelsen »den skattepligtige« eller »den skattepligtiges« optræder endvidere i §§ 3, 7, 8, 11, 12, 14, 16, 19, 20 og 27, der alle forudsætter, at

14. Betydningen af ordet »oppebære« er uklar. Begrebet kan ikke umiddelbart anses for at være anvendt i den betydning, som er lagt til grund ovenfor III, 2.2 ved den teoretiske definition af de samlebegreber, der er betegnet som et traditionelt og et udvidet indkomstbegreb.

den skattepligtige indkomst i henhold til kulbrinteskatteloven skal beskattes hos et bestemt skattesubjekt.

I ligningsloven findes en lang række regler om beskatning af indkomst, som ikke er formueafkast eller kapitalgevinst. Fælles for disse regler er, at de forudsætter en allokering af indkomsten til et bestemt skattesubjekt. Det fremgår imidlertid ikke altid klart, efter hvilke kriterier allokeringen skal finde sted. Ligningsloven anvender således begreber som »modtageren«, »yderen«, »lønmodtageren», »arbejdstageren« og »medarbejderen« som beskrivelse af den person en indkomst allokeres til.[15]

Se f.eks. LL § 5 om »den, der har krav på vederlaget«, LL § 7 A om ydelser, som »en arbejdsgiver giver sine ansatte«, LL § 7 E om »modtagerens« skattepligtige indkomst, LL § 7 om beløb, der udbetales til »låntager«, LL § 7 K, stk. 1, om legater til »modtageren«, LL § 7 K, stk. 3-4, om legater til »ph.d.-studerende«, LL § 7 M, stk. 1 og 2 samt LL § 7 O, om udbetalinger til »modtageren«, LL § 7 R, stk. 2, om beskatning hos«opspareren«, LL § 7 V om uddelinger til »modtagere«, LL § 9 A om godtgørelse til »lønmodtageren«, LL § 12 B der sondrer mellem »modtageren« og »yderen«, og LL § 16, stk. 2-13, om beskatning af frynsegoder hos den, der som »den skattepligtige«, »ansat«, »lønmodtager« eller »arbejdstager« modtager frynsegodet, LL § 17 B om »modtagerens« skattepligtige indkomst, LL § 30 om ydelser til »medarbejderen« og LL § 31 om ydelser til den »uddannelsessøgende« eller »kursisten«,

I LL § 16 H findes regler om tvungen sambeskatning for personer, der er omfattet af KSL § 1, eller dødsboer, der er omfattet af DSKL § 1, stk. 2. I henhold til denne bestemmelse skal den indkomst, der tilhører visse udenlandske selskaber – »selskabets indkomst« – medregnes hos »den skattepligtige«, dvs. den, der kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på selskabet, jf. LL § 16 H, stk. 1. Heraf følger imidlertid ikke, at indkomsten allokeres til et skattesubjekt på baggrund af »kontrol« eller »væsentlig indflydelse«. Bestemmelsen forudsætter således klart, at det forinden kan afgøres, hvilken indkomst der tilhører henholdsvis selskabsdeltageren som rette indkomstmodtager og selskabet som rette indkomstmodtager. Ikke mindst bestemmelsen om, hvorledes der skal forholdes, når det beløb, som selskabsdeltageren er blevet beskattet af, udloddes som udbytte, jf. LL § 16 H,

15. *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 588 antager, at reglerne i LL §§ 10, 11 og 12, indeholder en klar forudsætning om, at et skattesubjekt ikke uden videre kan overføre indtægter eller udgifter til indkomstopgørelsen hos et andet skattesubjekt. Denne fortolkning af bestemmelserne om underholdsbidrag og løbende ydelser forekommer at være for vidtgående i betragtning af reglernes specifikke formål. Det er på baggrund af disse regler vanskeligt at udlede nogle sikre holdepunkter for, hvorledes en indkomst skal fordeles mellem selskabsdeltager og selskab, når bortses fra de helt specielle tilfælde, som er omfattet af LL § 12 om løbende ydelser.

stk. 4, tydeliggør dette. Reglen om eventuel fritagelse for beskatning af udbytte, der udloddes af selskabet, viser, at indkomsten også i skattemæssig henseende fortsat anses for at være allokeret til selskabet, selvom selskabsdeltageren for at modvirke en udhuling af det danske skattegrundlag allerede er blevet beskattet af indkomsten. Ved indkomstopgørelsen medregnes i øvrigt kun den del af selskabets CFC-indkomst, der svarer til den gennemsnitlige andel af selskabets samlede aktiekapital, som den fysiske person eller dødsboet har ejet i indkomståret, jf. LL § 16 H, stk. 1, og SEL § 32, stk. 7. Der medregnes dog kun indkomst optjent af selskabet i den del af selskabsdeltagerens indkomstår, hvor selskabsdeltageren har kontrol med eller væsentlig indflydelse på selskabet.

Udbetalinger fra løbende pensionsordninger skal som hovedregel allokeres til ejeren eller – hvis ejeren er død – den som er berettiget til udbetalingerne.

Se f.eks. PBL §§ 18, stk. 1, PBL § 20, stk. 1, nr. 4, og § 46, stk. 1, og PBL 30, stk. 2, samt PBL kapitel 3.

Heller ikke personskatteloven, der indeholder reglerne om fysiske persons opgørelse og beregning af indkomstskatter, indeholder regler om allokering. Det er kun i loven forudsat, at en allokering kan finde sted, al den stund en beregning af indkomstskatterne ikke giver mening, medmindre indkomsten kan allokeres til en bestemt person.

At indkomsten skal allokeres til et bestemt skattesubjekt, er flere steder indirekte forudsat i personskatteloven, jf. f.eks. PSL § 4 om kapitalindkomst, PSL § 4 a om aktieindkomst, PSL § 8 a, stk. 5 og 6, om beregning af negativ skat for aktieindkomst, PSL § 13 om modregning af underskud, PSL § 19 om det skrå skatteloft, PSL § 25 a om negativ kapitalindkomst og PSL § 27 a om beregningsgrundlaget for bundskat efter § 6 for indkomstårene 2002-2005, der omtaler »den skattepligtige«, »den skattepligtiges«, »en skattepligtigs« eller »en skattepligtig« som en bestemt person, indkomsten kan allokeres til.

Virksomhedsskatteloven indeholder heller ikke regler om, hvorledes indkomsten skal allokeres. Det er imidlertid i loven forudsat, at bestemte indkomster som hovedregel skal allokeres til den, der driver virksomheden, eller som skal anses for at drive den.

Indkomsten fra den virksomhed, som den selvstændigt erhvervsdrivende driver, skal derfor allokeres til den selvstændigt erhvervsdrivende ved anvendelse af reglerne i virksomhedsskatteloven, jf. VSL § 1. I VSL § 15 a omtales den skattepligtige indirekte som »ejer« af virksomheden. I den almindelige kapitalafkastordning for personer, der driver selvstændig erhvervsvirksomhed, omtales »den skattepligtige« eller »den skattepligtiges« ligeledes som den, der »driver selvstændig erhvervsvirksomhed«, jf. VSL §§ 22 a og 22 b. Den særlige

kapitalafkastordning for skattepligtige, der erhverver aktier eller anparter m.v., jf. VSL § 22 c, forudsætter, at indkomsten allokeres til den, der har erhvervet aktierne eller anparterne, dvs. den, der optræder som ejer. Dette fremgår også af kravene i VSL § 22 c, stk. 2, nr. 3 a og 3 b, der stiller krav til den skattepligtige som »ejer«. Endelig er det i reglerne om udligningsordning for forfattere og skabende kunstnere, jf. VSL § 22 d, forudsat, at indkomsten allokeres til den skattepligtige person, der har indkomst fra et af »den skattepligtige« udført arbejde af litterær eller skabende kunstnerisk karakter. Indkomsten skal således allokeres til den, der har udført arbejdet.

Det er som forventet vanskeligt at finde nogen klar linje i principperne om allokering i de regler om beskatning af indkomst, som ikke vedrører beskatning af formueafkast eller kapitalgevinster. Der kan således ikke som for kapitalgevinster og i alt væsentligt også for formueafkast peges på et enkeltstående kriterium – retten til det underliggende formuegode – der er styrende for allokeringen. Det eneste fælles træk for reglerne er, at det som regel er en modtager af en indkomst, der beskattes, når indkomstens modtager har en bestemt relation til indkomstens ophav. Modtageren beskrives på forskellig måde alt afhængig af den pågældendes forhold til indkomstens ophav, f.eks. som »lønmodtager« eller »arbejdstager«, hvis indkomsten stammer fra en arbejdsgiver. I visse situationer fremgår det samtidig heraf, at f.eks. en lønindkomst skal allokeres til den, der er arbejdstager, og ikke til et andet skattesubjekt. I langt de fleste tilfælde kommer lovgivningen imidlertid ikke nærmere end til en indirekte konstatering af, at der skal finde en allokering sted. Det er derfor kun undtagelsesvis på baggrund af ordlyden af de enkelte bestemmelser muligt at konkludere, hvorledes der skal forholdes, når en indkomst er fremkaldt af ét skattesubjekt, men oppebåret af et andet.

Kapitel XIII

Praksis

1. Indledning

Formålet med dette kapitel er at analysere praksis om indkomstallokering. Det vil således blive søgt belyst, om det i praksis er antaget, at der hjemmel til korrektion af den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af indkomsten, og efter hvilke kriterier denne korrektion i givet fald skal finde sted.

I kapitel XI og XII blev den danske lovgivning analyseret. Analysen af lovgivningen viste, at det i samtlige danske skattelove forudsættes, at en indkomst skal allokeres til et bestemt skattesubjekt. Det blev imidlertid samtidig påpeget, at der kun undtagelsesvist i lovgivningen tages stilling til, efter hvilke kriterier denne allokering skal finde sted. Kun for så vidt angår kapitalgevinster kunne det med sikkerhed fastslås, at indkomsten skulle allokeres til den, der i skattemæssig henseende måtte anses for at være ejer af det formuegode, hvis afståelse var ophav til gevinsten.

Det er ovenfor påvist, at der er afgørende teoretiske forskelle på indkomstallokering og indkomstfiksering.[1] Heraf følger, at der i en redegørelse for praksis må sondres klart mellem side indkomstallokering og indkomstfiksering.[2]

> I praksis påberåbes det undertiden, at selskabsdeltageren og/eller selskabet som følge af Ligningsvejledningen, andre administrative forskrifter eller skattemyndighedernes opførsel i den foreliggende sag har haft en *berettiget forventning* om, at den skete allokering af indkomsten ikke blev tilsidesat. Spørgsmålet om forventningsprincippets betydning for skatteansættelsen behandles ikke nærmere, omend det bemærkes, hvornår argumentet har haft betydning for sagens udfald.[3]

1. Se ovenfor III, 5.
2. Retspraksis om indkomstfiksering behandles nedenfor XVIII.
3. Se om problemstillingen *Flemming Kelder Hendriksen*, TfS 1998, 19.

Heller ikke spørgsmålet om, hvorledes bevisbyrden fordeles mellem på den ene side skattemyndigheder og på den anden side selskabsdeltager og selskab behandles.[4]

2. Systematik

Antallet af afgørelser om indkomstallokering er så betragteligt, at dansk praksis ved første øjekast kan virke helt uoverskuelig.[5] Dette faktum tilsiger – selv når der ses bort fra afgørelsernes indhold – at en redegørelse for dansk praksis om indkomstallokering må følge en stringent systematik. I den hidtidige teori har denne systematik i det væsentlige været en sondring mellem indkomstgrundlag, indkomster og udgifter.[6] En nærmere analyse af praksis har imidlertid vist, at denne sondring ikke er hensigtsmæssig. I retspraksis sondres ikke klart mellem de i teorien hidtil nævnte tilfældegrupper, herunder f.eks. om sagen vedrører en indkomst eller et indkomstgrundlag. En systematisering af afgørelserne kan derfor ikke tage udgangspunkt i nogen bevidst sondring i praksis. Til gengæld kan en systematik oparbejdes med udgangspunkt i de sondringer, der er identificeret i lovgivningen, det vil sige sondringen mellem kapitalgevinster, kapitalafkast og den anden indkomsterhvervelse, herunder erhvervelsen af den løbende indkomst i form af f.eks. løn og honorarer m.v. Det vil ses, at en sådan sondring vil finde en ikke ubetydelig støtte i en analyse af praksis.

Med udgangspunkt i ovenstående kan praksis opdeles i tre grupper: Den første gruppe omfatter de sager, som vedrører allokering af den løbende indkomsterhvervelse i form af en løn, et honorar eller lignende, dvs. en indkomst hidrørende fra et udført arbejde i bred forstand (nedenfor 3). I anden gruppe behandles praksis om allokering af et formueafkast, herunder f.eks. afkast af udlån (renter) aktier, obligationer eller fast ejendom (nedenfor 4). Tredje gruppe omfatter den del af retspraksis, der vedrører allokering af kapitalgevinster, hvad enten en avance eller et tab beror på salg af aktier, obligationer, fast ejendom eller et andet skattepligtigt formuegode (nedenfor 5).

Inden for hver enkelt af de ovenfor nævnte grupper kan der endvidere sondres med udgangspunkt i, hvem der kan være rette indkomstmodtager. Det har således betydning, om sagen vedrører forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, der begge er juridiske personer, eller forholdet mellem en personlig sel-

---

4. *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328 anfører herom, at skattemyndighederne har bevisbyrden for, at en indkomst ikke med rette er allokeret til et selskab, under henvisning til en ikke offentliggjort kendelse fra Landsskatteretten (10. juni 1986, j.nr. 620-8867-00014).
5. Spørgsmålet om den korrekte allokering af indkomsten er afgjort i mere end 60 sager.
6. Se f.eks. *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 592-603 og *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 304-318.

skabsdeltager og et selskab. Som følge heraf må der inden for hver af de nævnte grupper sondres mellem sager,

– der vedrører forholdet mellem selskaber m.v. (nedenfor 3.1, 4.1 og 5.1), og
– der vedrører forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab, (nedenfor 3.2, 4.2 og 5.2).

Den valgte systematik kan skematisk fremstilles på følgende måde:

Retspraksis om indkomstallokering	Arbejdsvederlag m.v. (3)	Selskaber m.v. (3.1)
		Personlig selskabs-deltager og selskab (3.2)
	Formueafkast (4)	Selskaber m.v. (4.1)
		Personlig selskabs-deltager og selskab (4.2)
	Kapitalgevinster (5)	Selskaber m.v. (5.1)
		Personlig selskabs-deltager og selskab (5.2)

3. Vederlag for arbejde m.v.

Spørgsmålet om, hvorledes et vederlag for et arbejde – herunder navnlig en lønmodtagers indkomst eller en selvstændig erhvervsdrivendes honorar – skal allokeres i skattemæssig henseende, har gennem årene givet anledning til et stort antal sager. Adskillige af disse afgørelser har påkaldt sig stor bevågenhed, ikke mindst den ældre Havnemølle-dom i UfR 1960.535 H, og den yngre Aage Haugland-dom i TfS 1998, 485 H.

Den righoldige praksis kan ikke undre, når det tages i betragtning, hvad der i skattelovgivningen er angivet om, hvem der er rette indkomstmodtager af et arbejdsvederlag m.v. På baggrund af en analyse dels af SL § 4, dels af den øvrige skattelovgivning kunne det således konkluderes, at det af samtlige skattelove direkte eller indirekte fremgår, at en bestemt indkomst skal allokeres til et bestemt skattesubjekt, men at der – når bortses fra allokering af kapitalgevinster og til dels formueafkast – kun undtagelsesvist i lovgivningen er taget stilling til, hvornår den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af indkomsten skal korrigeres.[7]

7. Se ovenfor XII, 3.3 og XI, 2.4.3.

Praksis om den skatteretlige allokering af vederlag for arbejde m.v. er på baggrund af en overordnet analyse inddelt i to grupper, herunder

- 11 afgørelser om allokering af vederlag for arbejde m.v. i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, når begge er juridiske personer (nedenfor 3.1), og
- 42 afgørelser om allokering af vederlag for arbejde m.v. i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, når selskabsdeltager er en fysisk person (nedenfor 3.2).

3.1 Forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, der begge er juridiske personer

Som nævnt ovenfor har der i offentliggjort praksis i 11 tilfælde været taget stilling til, hvorledes en indkomst skal allokeres i forholdet mellem to juridiske personer, der er interesseforbundne som selskabsdeltager og selskab.

Nogle af disse sager vedrører forholdet mellem på den ene side et aktie- eller anpartsselskab og på den anden side et kommanditselskab eller interessentskab.[8] Andre sager vedrører forholdet mellem to aktieselskaber eller anpartsselskaber.[9] I praksis har disse forskelle ikke haft betydning for, hvorledes indkomsten er blevet allokeret i skattemæssig henseende.

Ved redegørelsen for praksis må der i stedet sondres på baggrund af den måde, hvorpå den indkomstskabende aktivitet er opdelt mellem de juridiske personer. Én gruppe vedrører således de situationer, hvor en indkomstskabende aktivitet, der hidtil er drevet i et selskab, flyttes til et andet, selvstændigt selskab, der enten kontrolleres af førstnævnte selskab eller kontrolleres af samme kreds af selskabsdeltagere som førstnævnte selskab. Den overdragne indkomstskabende aktivitet omfatter enten en særlig udskilt del af selskabets hidtidige indkomstskabende aktivitet (nedenfor 3.1.1),[10] eller samtlige de indkomstskabende aktiviteter, som hidtil er blevet udøvet i det overdragende selskab (nedenfor 3.1.2).[11]

Det er kendetegnende for disse sager, at såvel det overdragende som det modtagende selskab – samt de selskabsdeltagere, der måtte kontrollere selskaberne – har et ønske om, at hele det overdragende selskabs indkomst eller en

---

8. UfR 1960.535 H, TfS 1997, 305 Ø, TfS 1999, 646 Ø, TfS 2001, 169 H, TfS 2001, 573 LR, TfS 2002, 317 LR og TfS 2002, 620 V.
9. TfS 1996, 921 LSR, TfS 1997, 184 LSR, TfS 1998, 791 V og TfS 2003, 802 H.
10. UfR 1960.535 H, TfS 1996, 921 LSR, TfS 1997, 305 Ø, TfS 1998, 791 V og TfS 2002, 620 V.
11. TfS 1997, 184 LSR, TfS 1999, 646 Ø, TfS 2001, 573 LR og TfS 2003, 802 H.

nærmere bestemt del af denne indkomst efter overdragelsen i skattemæssig henseende skal allokeres til det modtagende selskab.

Den anden gruppe af sager vedrører de tilfælde, hvor et aktie- eller anpartsselskab optræder som komplementar i et kommanditselskab (nedenfor 3.1.3).[12] Problemet er i disse tilfælde, om aktie- eller anpartsselskabet kan være komplementar og i forhold til omverdenen fremstå som det erhvervsdrivende selskab samtidig med, at kommanditselskabet lever en stille tilværelse, men i skattemæssig henseende anses for at være rette indkomstmodtager.

Der findes tillige sager om allokering af indkomst i forholdet mellem andre juridiske personer, jf. f.eks. LSRM 1967, 7, og om allokering af udgifter, jf. f.eks. UfR 1955.117 H, UfR 1958.903 H og TfS 1994, 190 LR, som ikke vil blive omtalt nærmere her.

3.1.1 Udskillelse af en del af den indkomstskabende aktivitet

Ved afgørelsen af, om en del af et selskabs indkomstskabende aktivitet kan overdrages til et andet selskab med den virkning, at det modtagende selskab fremover bliver rette indkomstmodtager af den indkomst, der hidrører fra den overdragne indkomstskabende aktivitet, har det i praksis været afgørende, om udskillelsen har været båret af »driftsmæssige hensyn«,[13] af en »reelt forretningsmæssig« begrundelse[14] eller har været en »reel udskillelse«.[15] Essensen har i alle tilfælde været den samme: Den foretagne udskillelse respekteres i skattemæssig henseende, hvis den har været forretningsmæssigt begrundet.

Ved vurderingen af, om udskillelsen af den indkomstskabende aktivitet har været forretningsmæssigt begrundet, er der i praksis dels lagt vægt på *motiverne* for udskillelsen, dels på de *funktioner*, som det overdragende og modtagende selskab efter overdragelsen af den indkomstskabende aktivitet udøver i forbindelse med aktiviteten.[16]

Den ledende dom, der giver udtryk for ovenstående, er Højesterets dom i Havnemølle-sagen, UfR 1960.535 H, der vedrørte allokeringen af en indkomst, som var oppebåret af et interessentskab, men som ifølge skattemyndighederne skulle beskattes i et aktieselskab.[17] Sagen omhandlede et aktieselskab, der drev et mølleri, og som havde indrettet et korntørreri i en af sine bygninger. Dette

---

12. TfS 2001, 169 H og TfS 2002, 317 LR.
13. UfR 1960.535 H.
14. TfS 1997, 305 Ø.
15. TfS 2002, 620 V.
16. UfR 1960.535 H, TfS 1997, 305 Ø, TfS 1998, 791 V og TfS 2002, 620 V.
17. Anderledes *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 221, note 2, og s. 231, note 26, der omtaler sagen som et eksempel på armslængde-korrektion, hvor hele grundlaget for samhandlen mellem to selskaber beror på en forvridning af indkomsten.

korntørreri blev bortforpagtet til et interessentskab, som var oprettet af aktieselskabets selskabsdeltagere.

Højesteret lagde for det første vægt på baggrunden (motiverne) for, at selskabet overdrog en del af sin indkomstskabende aktivitet til et interessentskab, der var stiftet af selskabets selskabsdeltagere. Herom anføres, at der blev tilvejebragt en ordning, hvorved der årligt tilflød selskabsdeltagerne et udbytte fra deres kapitalandele ud over den dividende, som selskabet udbetalte, og at der næppe lå driftsmæssige hensyn bag denne ordning.[18] Højesteret tog således hensyn til, at overdragelsen af den indkomstskabende aktivitet kunne være båret af skattemæssige overvejelser.[19] Til støtte herfor havde skattemyndighederne anført, at der ikke var betalt noget vederlag for goodwill, at der ikke bestod nogen risiko for interessentskabet, og at interessentskabet derfor var overladt en sikker indkomst, der var unddraget selskabsbeskatningen.[20]

Højesteret tiltrådte imidlertid også korrektionen af selskabets indkomst i »... henhold til de i dommen anførte grunde ...«. De skattemæssige fordele ved arrangementet var derfor ikke i sig selv tilstrækkelige til, at indkomsten kunne allokeres til selskabet i skattemæssig henseende. De i dommen anførte grunde var det, som skattemyndighederne havde anført, idet Østre Landsret allokerede indkomsten til selskabet, fordi landsretten »i det hele« kunne tiltræde det af skattemyndighederne anførte. Skattemyndighederne havde lagt vægt på, at interessentskabet gjorde brug af aktieselskabets

– personale,
– lokaler, herunder kornsiloer og
– andre indretninger.[21]

Ved en analyse af de funktioner, som henholdsvis selskabet og interessentskabet udførte i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, kunne det således konstateres, at interessentskabet kun udøvede en funktion: Det forpagtede korntørreriet. Alle de øvrige funktioner, der var nødvendige for at varetage den indkomstskabende aktivitet, blev leveret og udøvet af aktieselskabet.[22]

---

18. Jf. også *Michael Serup*, R&R 1990, 7, 29.
19. Jf. også *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53. *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s.199 konkluderer, at »... indgrebet i selskabets indtjeningsforhold meget tydeligt var påvirket af skattemæssige motiver, ...«.
20. Af *Thøger Nielsen*, UfR 1972B.201 betegnet som et forsøg på at »camouflere« selskabets indkomst som indkomst for selskabsdeltagerne.
21. Herved må forstås driftsmidlerne.
22. Se også *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s. 199-200: »Man kunne tilføje, at *de indtægter, aktionærinteresserne nu oppebar, stadig forudsatte selskabets økonomiske og personelle ressourcer ...*«, *I.A. Strobel*, UfR 1976B.233 og *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53. Se hertil *Erik*

Efter en samlet vurdering af motiverne for overdragelsen af den indkomstskabende aktivitet og de funktioner, som hvert selskab varetog i forbindelse med udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet, blev indkomsten allokeret til det selskab – aktieselskabet – som varetog stort set alle funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Skattemyndighedernes korrektion blev dermed opretholdt under henvisning til SL § 4, litra e, der omhandler beskatning af bl.a. aktieudbytte.[23]

Anderledes *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 351-352, TfS 2001, 284, TfS 2000, 142 og R&R 2000, 2, SM 32, der forklarer dommen ud fra den såkaldte realitetsgrundsætning. Det anføres til støtte herfor, at udskillelsen skete på en sådan måde, at interessentskabet knap nok havde fysisk realitet, ligesom enhver økonomisk risiko for dette var elimineret.[24]

Såvel skattemyndighederne som landsretten og Højesteret accepterede så vidt ses, at interessentskabet var gyldigt stiftet. Det fremgår også klart af afgørelsen, at indkomsten såvel formelt som reelt var blevet udbetalt til interessentskabet, mens den indkomstskabende aktivitet i alt væsentligt såvel formelt som reelt var blevet udøvet af aktieselskabet ved dets medarbejdere, idet aktieselskabet lige så lidt som interessentskabet var i stand til at udøve nogen form for fysisk eller åndeligt arbejde.[25]

Højesteret lagde således vægt på, at den indkomstskabende aktivitet, der førte til indkomsten, i alt væsentligt hverken formelt eller reelt var udøvet af det gyldigt stiftede interessentskab, med derimod af aktieselskabet. Af samme grund blev indkomsten tilbageført til selskabet i skattemæssig henseende, selvom aktieselskabet hverken formelt eller reelt havde oppebåret den indkomst, der hidrørte fra den indkomstskabende aktivitet.[26]

Werlauff, Selskabsskatteret 2003/04, s. 406 og 430, der finder, at hvert enkelt led af dispositioner »for så vidt var uangribelige«, men at der anskuet som helhed var etableret en »indkomstoverflytning eller indkomstforvridning«.

23. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 24 anfører, at selskabet blev beskattet af interessentskabets overskud, og at selskabsdeltageren blev beskattet af et maskeret udbytte. Sagen vedrørte imidlertid alene selskabets indkomstopgørelse, jf. selskabets påstand: »Under nærværende sag har sagsøgeren påstået sagsøgte, Finansministeriet, tilpligtet at anerkende, at sagsøgerens skattepligtige indkomst for skatteåret 1954/55 bør ansættes til 135.506 kr., ...« og Højesterets dom »Thi kendes for ret. Landsrettens dom bør ved magt at stande. I sagsomkostninger for Højesteret betaler *appellanterne, A/S Havnemøllen, Aalborg,* til de indstævnte, Finansministeriet ...« (fremhævet her).
24. *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 35-36, tilslutter sig Jan Pedersens opfattelse.
25. Anderledes *Jan Pedersen*, TfS 2000, 142, der anfører, at »... den fysiske drift af interessentskabet fortsat varetages af selskabet, der samtidig bærer enhver risiko«.
26. Jf. også *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2000, 2: »I denne sag skete der ikke tilsidesættelse af konstruktionen som sådan ud fra en realitetsgrundsætning, men tilsidesættelse ud fra synspunktet »rette indkomstmodtager«« og *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS

> Selve interessentskabet havde i øvrigt samme »fysiske realitet« som ethvert andet gyldigt stiftet selskab. En anerkendelse af interessentskabet som retssubjekt kan ikke forudsætte, at det udøver en indkomstskabende aktivitet.
>
> Endelig bemærkes, at Højesteret udtrykkeligt henviste til SL § 4, litra e, som hjemmelsgrundlag for den foretagne korrektion.

Sagen TfS 1997, 305 Ø angik spørgsmålet om, hvorvidt en indkomst skulle allokeres til et dansk aktieselskab eller et tysk offene Handelsgesellschaft – der svarer til et dansk interessentskab – som var stiftet af selskabets eneaktionær, hans hustru og søn. Landsretten lagde dels vægt på motiverne for, at en del af den indkomstskabende aktivitet var overdraget til det tyske selskab, dels på de funktioner, som selskaberne efterfølgende havde i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Sagen omhandlede en skatteyder, der havde konstrueret en forbrændingsovn til miljørigtig forbrænding af affald. Produktionen blev henlagt til skatteyderens selskab. I forbindelse med en tysk ordre stiftedes et tysk selskab, som skulle indgå kontrakt om salg af et forbrændingsanlæg med den tyske køber.

Ifølge landsretten forelå der en reel forretningsmæssig begrundelse (motiv) for oprettelsen af det tyske interessentskab. Der blev herved lagt vægt på, at de tyske kontraktspartnere kun ville handle med et tysk selskab, og at der blev lagt vægt på, at selskabsdeltageren blev knyttet personligt til projektet.[27]

Landsretten nøjedes imidlertid ikke med at analysere motiverne for stiftelsen af det tyske selskab og den efterfølgende overdragelse af en del af den indkomstskabende aktivitet til dette selskab. Der blev således – som følge af en henvisning til Landsskatterettens kendelse – lagt vægt på, hvilke funktioner det danske og tyske selskab udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Det var herom oplyst,[28] at det tyske selskab

- indgik kontrakter med tredjemand og optrådte som part ved tvister med tredjemand og
- havde mere end én handelspartner.

2002, 13: »Undertiden ses dog også den mere vidtgående korrektionsform, at dispositionen som sådan tilsidesættes, idet der således ses bort fra dispositionen ved ligningen af parterne. Det drejer sig bl.a. om tilfælde, hvor givne funktioner i en virksomhed udskilles til varetagelse af en anden fysisk eller juridisk person. Det klassiske eksempel er her UfR 1960, s. 535 H (Havnemølle-dommen).«

27. Jf. også *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53.
28. Se også i det hele *Aage Michelsen*, R&R 1998, 2, SM 41 og International skatteret, s. 381-382.

Hertil kom, at det tyske selskab kun var en af flere underleverandører i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet og at selskabsdeltageren havde opretholdt en klar afgrænsning mellem de to selskaber. Skattemyndighederne havde gjort gældende, at det tyske selskab ikke havde haft ansatte eller lokaler. Dette havde øjensynligt ikke betydning for landsretten – formentlig fordi der fra tysk side blev stillet krav om, at selskabsdeltageren selv blev knyttet til projektet. Tredjemand havde således efter det oplyste ikke accepteret, at eventuelle ansatte i det tyske selskab var mødt i hans sted.

På baggrund af det oplyste om motiverne og funktionerne blev indkomsten i skattemæssig henseende allokeret til det tyske selskab.[29] Skattemyndighedernes korrektion blev dermed tilsidesat.

Østre Landsret lagde i sagen TfS 1997, 305 Ø så vidt ses mere vægt på motiverne bag stiftelsen af det tyske selskab og udskillelsen af en indkomstskabende aktivitet, end på de funktioner, som det danske og tyske selskab udøvede i forbindelse med denne aktivitet. Under henvisning til Højesterets dom i sagen UfR 1960.535 H kunne det på den baggrund anføres, at motiverne har større betydning end funktionerne ved bedømmelsen af, hvorledes indkomsten skal allokeres i skattemæssig henseende. At dette ikke er tilfældet, fremgår imidlertid af Vestre Landsrets kendelse i sagen TfS 2002, 620 V. Sagen omhandlede en koncern, der placerede en ny indkomstskabende aktivitet – en indkøbsfunktion – i et datterselskab. Skattemyndighederne fandt imidlertid at indkomsten skulle beskattes i et kommanditselskab, der var en del af koncernen, og ikke det anpartsselskab, som koncernen havde allokeret indkomsten til.

Vestre Landsrets omtale af motiverne for, at indkøbsfunktionen blev placeret i et selvstændigt selskab, var meget kortfattede. Det anførtes herom alene, at selskabsdeltageren – koncernens ejer – havde en interesse heri, idet selskabet havde uudnyttede underskud. Det blev med andre ord lagt til grund, at årsagen til, at en indkomstskabende aktivitet blev placeret i anpartsselskabet, kunne være skattemæssig.

Til gengæld foretog Vestre Landsret en indgående analyse af de funktioner, som anpartsselskabet og kommanditselskabet udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, dvs. de pågældende indkøb og videresalg.[30] Der blev herved lagt vægt på,

– at anpartsselskabet ikke havde nogen organisation, herunder administration eller bogholderi, lokaler, inventar, driftsmidler og lignende,

---

29. Eftersom dette selskab var transparent i skattemæssig henseende, blev indkomsten beskattet hos selskabsdeltageren.
30. Se også LV 2004-1 S.C.1.1.1, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 383, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 406 og *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53.

– at anpartsselskabet ikke havde nogen ansatte bortset fra den selskabsdeltager, som også kontrollerede kommanditselskabet,
– at anpartsselskabet som følge heraf havde begrænsede driftsudgifter, og
– at en vis del af anpartsselskabets indkomstskabende aktivitet blev varetaget af medarbejdere i kommanditselskabet.

Når bortses fra selskabsdeltagerens arbejde som ansat i anpartsselskabet, der blev aflønnet med et beskedent beløb, havde dette selskab således ikke nogen del i den indkomstskabende aktivitet.

Det blev endvidere tillagt betydning, at der ikke var redegjort for, hvorledes aftalen mellem anpartsselskabet og kommanditselskabet var indrettet, herunder om sidstnævnte selskabs økonomiske interesser i samhandlen blev tilgodeset. På baggrund af dette sidste kunne det overvejes, om der skulle være fikseret et yderligere vederlag, som enten anpartsselskabet eller kommanditselskabet burde have været beskattet af.[31] Det blev under sagen af selskaberne gjort gældende, at sagen – dersom kommanditselskabet blev anset for at være rette indkomstmodtager – skulle hjemvises til fornyet behandling hos skattemyndighederne med henblik på at fordele indkomsten mellem selskaberne.[32] Hertil anførte skattemyndighederne dels, at spørgsmålet herom ikke var behandlet ved Landsskatteretten, og at selskaberne derfor var afskåret fra at fremkomme med en sådan ny påstand, dels at der ikke var grundlag for at hjemvise sagen til fornyet behandling ved skattemyndighederne, da man allerede havde gennemgået koncernens forhold uden at kritisere samhandelsvilkårene og uden at finde anledning til korrektion af de aftalte vilkår.[33] Landsretten udtalte herom ganske kortfattet, at der ikke var grundlag for hjemvisning.

Skattemyndighederne fik derfor på baggrund af en analyse af motiverne og funktionerne medhold i, at hele indkomsten skulle allokeres til kommanditselskabet og ikke til anpartsselskabet.[34]

For så vidt angår vægtningen af motiverne for udskillelsen af den indkomstskabende aktivitet og funktionerne i forbindelse med denne, kan endelig henvises til de stedlige skattemyndigheders afgørelse i sagen TfS 1998, 791 V.[35]

---

31. Se også *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53.
32. Se hertil *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 249.
33. Efter det oplyste havde datterselskabet så vidt ses ikke udøvet en indkomstskabende aktivitet i forhold til kommanditselskabet i et omfang, som berettigede datter selskabet til et vederlag for kommanditselskabet.
34. Se også *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 249. Ifølge *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 406 er sagen udtryk for, at der statueres en indkomstforvridning.
35. Selskaberne anerkendte for Landsskatteretten og Vestre Landsret de stedlige skattemyndigheders korrektion. Sagen angik herefter alene spørgsmålet om, i hvilket omfang – og i bekræftende fald hvorledes – det omhandlede beløb skattemæssigt skulle anses for at være overført fra

Sagen omhandlede en selskabsdeltager, som gennem mange år havde ejet hele aktiekapitalen i et selskab, B, der udøvede aktivitet som ingeniørvirksomhed. Selskabsdeltageren erhvervede et andet selskab, H, som havde et betragteligt skattemæssigt underskud. Dette selskab havde herefter en betydelig indkomst på trods af, at det ikke afholdt udgifter til løn eller andre sædvanlige driftsomkostninger, og hverken ejede inventar eller driftsmidler. Skattemyndighederne fandt, at selskabet B var rette indkomstmodtager af denne indkomst.

De stedlige skattemyndigheder anførte om motiverne for, at den indkomstskabende aktivitet var placeret i et nyt selskab, at det var påfaldende, at omsætningen i dette selskab havde en sådan størrelse, at dets indkomst stort set svarede til det fremførte skattemæssige underskud. Det blev herved antydet, at motivet for udskillelsen var rent skattemæssigt.

Ved vurderingen af, om indkomsten skulle allokeres til selskabet, blev der endvidere lagt vægt på selskabernes funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Herom anførtes, at omsætningen ikke kunne hidrøre fra selskabets egen aktivitet, idet

– selskabet ikke havde driftsomkostninger og
– hverken ejede inventar eller drifstmidler.

Ud fra en samlet vurdering af motiverne og funktionerne fandt de stedlige skattemyndigheder herefter, at det selskab, der havde fået overdraget den indkomstskabende aktivitet, ikke var rette indkomstmodtager af den indkomst, der hidrørte herfra.

I sagen TfS 1996, 921 LSR tilsidesatte Landsskatteretten derimod de stedlige skattemyndigheders korrektion af indkomstens allokering allerede fordi der under de foreliggende omstændigheder ikke var »... tilstrækkelige holdepunkter for, at der havde bestået et interessefællesskab mellem selskaberne som baggrund for, at skattemyndighederne havde været berettiget til at gribe korrigerende ind som sket ...«. Sagen omhandlede beskatning efter kulbrinteskatteloven og begrænset skattepligt. Landsskatteretten skulle tage stilling til, om et hollandsk selskab, A B.V., eller et schweizisk selskab, B A.G., var rette indkomstmodtager af indtægter ved totalbefragtning og operation af en borerig på den danske del af

---

selskabet B til selskabet H. Vestre Landsret lagde til grund, at beløbet måtte anses for at være overført som et skattepligtigt indskud til selskab H. Landsretten bemærkede herefter, at der ikke i forbindelse med den foreliggende sag var grundlag for at tage stilling til, om tilskuddet – således som det var antaget af Landsskatteretten – måtte anses for at være ydet af aktionæren personligt eller af selskab B. Dette spørgsmål blev afgjort ved TfS 2001, 510 LSR. Jf. også LV 2004-1 S.C.1.1.1 og *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 594.

kontinentalsoklen. A B.V. var ejet fuldt ud af den hollandske koncern, K, som også ejede 1/3 af det schweiziske selskab, B A.G.

Det kan tiltrædes, at selskaberne ikke var interesseforbundne. Ved at allokere indkomsten til B A.G., således som det faktisk var sket, oppebar koncernen således alene 1/3 af hele indkomsten.[36] Som følge heraf tog Landsskatteretten ikke hensyn til, hvilke motiver der lå bag placeringen af den indkomstskabende aktivitet i det hollandske selskab, eller hvilke funktioner det schweiziske og hollandske selskab udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. På baggrund af de foreliggende oplysninger må det i øvrigt antages, at det hollandske selskab udøvede langt størstedelen af disse funktioner. Det hollandske selskab havde således eget personale, indgik kontrakter med tredjemand, varetog sin egen administration og forestod inspektion, vedligeholdelse, reparation og udskiftning af de anlægsaktiver og driftsmidler, der blev anvendt ved udøvelse af den indkomstskabende aktivitet. Det hollandske selskab hæftede endelig for de skyldforhold af formueretlig karakter, der måtte opstå i forbindelse med udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet.

3.1.2 Overdragelse af hele den indkomstskabende aktivitet

Det er ovenfor anført, at udskillelse af dele af et selskabs indkomstskabende aktivitet til et andet selskab respekteres i skattemæssig henseende, når udskillelsen er forretningsmæssigt begrundet. Ved vurderingen af, om den delvise udskillelse er forretningsmæssigt begrundet, er der i praksis dels lagt vægt på motiverne for udskillelsen, dels på de funktioner, som selskaberne efterfølgende udøver i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.[37]

Praksis er ikke anderledes, når det, der udskilles, ikke blot er en del af den indkomstskabende aktivitet, men derimod er hele aktiviteten, der således flyttes til et andet selskab.[38]

I to tilfælde er en sådan overdragelse af den indkomstskabende aktivitet ikke blevet respekteret i skattemæssig henseende, idet indkomsten efter overdragelsen er blevet allokeret til det overdragende selskab som rette indkomstmodtager.[39] I begge afgørelser blev der dels lagt vægt på motiverne for overdragelsen, dels på de funktioner, som selskaberne udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet efter overdragelsen. I de to andre sager fik overdragelsen af den indkomstskabende aktivitet den skattemæssige virkning, at indkomsten som ønsket af selskabsdeltagerne blev allokeret til det modtagende selskab.[40]

---

36. Jf. også *Aage Michelsen*, R&R 1997, SM 47.
37. Se ovenfor 3.1.1.
38. TfS 1997, 184 LSR, TfS 1999, 646 Ø, TfS 2001, 573 LR og TfS 2003, 802 H.
39. TfS 1997, 184 LSR og TfS 2003, 802 H.
40. TfS 1999, 646 Ø og TfS 2001, 573 LR.

Højesterets dom i sagen TfS 2003, 802 H vedrørte en konsulent, som dels havde drevet en revisionsvirksomhed i et anpartsselskab, dels havde drevet en konsulentvirksomhed i personligt regi. Konsulenten overdrog disse aktiviteter til to anpartsselskaber, som begge havde skattemæssige underskud.[41]

Om motiverne for overdragelsen af den indkomstskabende aktivitet anførte Højesteret ganske kort, at overdragelserne afveg fra normale forretningsmæssigt begrundede dispositioner. Det kan være tillagt betydning, at overdragelsen skete til selskaber, som havde skattemæssige underskud. Højesteret anfører imidlertid intet herom. Det blev endvidere anført, at det modtagende selskab ved overdragelsen blev sikret et betydeligt årligt overskud uden, at der blev betalt vederlag herfor.

Til gengæld indeholder Højesterets præmisser en grundig redegørelse for, hvilke funktioner henholdsvis det overdragende og modtagende selskab udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, efter at denne var overdraget fra førstnævnte til sidstnævnte selskab. Herom anføres,

- at kundegrundlaget fortsat tilhørte det overdragende selskab og at det modtagende selskab derfor ikke indtrådte i retsforholdet (kontrakterne) med tredjemand,
- at det overdragende selskab ikke overdrog andre aktiver til det modtagende selskab, og således fortsat ejede lokaler og driftsmidler, der blot blev stillet til rådighed for det modtagende selskab, og
- at det modtagende selskab afholdt de løbende omkostninger vedrørende lokale, personale og kontorhold samt betalte et fast beløb for benyttelse af edb-udstyr, programmel og edb-modeller.

På baggrund heraf kan det konkluderes, at den indkomstskabende aktivitet fortsat blev udøvet af det overdragende selskab, eftersom det modtagende selskab kun udøvede én funktion: Det afholdt omkostningerne ved den indkomstskabende aktivitet.

Indkomsten blev således i skattemæssig henseende allokeret til det overdragende selskab ud fra en analyse af motiverne bag overdragelsen og selskabernes funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.

Højesteret vurderede samtidig, hvilket vederlag det modtagende selskab betalte for den overdragne indkomstskabende aktivitet. Det manglende vederlag førte imidlertid ikke til, at det overdragende selskab blev beskattet af en fikseret indkomst, idet hele indkomsten i stedet blev allokeret til det overdragende selskab.

---

41. Sagen omtales derfor ligeledes nedenfor 3.2.4. Vestre Landsrets dom er optrykt i TfS 2001, 745 V. Se også *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 406-407 og LV 2004-1 S.C.1.1.1.

Faktum i sagen TfS 1997, 184 LSR, var på mange områder enslydende med det faktum, som Højesteret skulle tage stilling til i sagen TfS 2003, 802 H. Sagen TfS 1997, 184 LSR omhandlede således også et moderselskab, der havde overdraget hele sin indkomstskabende aktivitet – en transportvirksomhed – til to datterselskaber, som havde uudnyttede skattemæssige underskud.

Landsskatteretten fandt, at aftalerne om overdragelsen af den indkomstskabende aktivitet alene havde baggrund i skattemæssige overvejelser.

Det kan imidlertid ikke antages, at Landsskatteretten som følge heraf var af den opfattelse, at overdragelsen af den indkomstskabende aktivitet ikke kunne tillægges den virkning, at datterselskaberne blev rette indkomstmodtagere. Ved at henvise til de »oplyste faktiske omstændigheder« må Landsskatteretten også have taget hensyn til, hvilke funktioner moder- og datterselskaberne udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.[42] Herom var oplyst,

- at fakturaer blev udstedt i moderselskabets navn,
- at moderselskabet havde personale ansat, eftersom det betalte og angav løn til ansatte,[43] og
- at moderselskabet foretog administrationen i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, herunder administration af driftskonti, bogføring og debitorbogholderi.

Moderselskabet udøvede således fortsat samtlige de funktioner, der var nødvendige i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Datterselskabet have alene én meget simpel funktion – at betale en forpagtningsafgift til moderselskabet.

Det blev så vidt ses ikke taget i betragtning, at der blev betalt en forpagtningsafgift i forbindelse med overdragelsen af den indkomstskabende aktivitet, og om denne forpagtningsafgift var aftalt på armslængde-priser og -vilkår.[44]

De to sager, hvor overdragelsen af hele den indkomstskabende aktivitet er blevet respekteret i skattemæssig henseende, har adskillige ligheder. Begge sager omhandlede således en flerhed af skatteydere, som i fællesskab ønskede at

---

42. Jf. også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 26 og *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53. Se hertil *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 594, der anfører, at der var betydelige mangler ved de civilretlige aftaler om overførslen af den indkomstskabende aktivitet og *Aage Michelsen*, R&R 2001, 9, SM 264, der tager afgørelsen til indtægt for, at overdragelsen hverken var gyldig i civilretlig eller skatteretlig henseende. *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 406 anfører, at den aftalte allokering af indkomsten blev korrigeret som følge af, at der var tale om en indkomstforvridning.
43. Selvom det i sit årsregnskab fremførte, at det var uden ansat personale.
44. Ved armslængde-priser og -vilkår forstås de priser og vilkår, der ville være anvendt ved en handel mellem uafhængige parter, jf. hertil LL § 2, stk. 1. Se herom nedenfor XIX.

ændre den hidtidige organisering af deres virksomhed, bl.a. med henblik på at opnå en begrænset hæftelse. I det ene tilfælde omhandlede sagen nogle revisorer, jf. TfS 1999, 646 Ø, i det andet nogle advokater, jf. TfS 2001, 573 LR. I begge tilfælde må det efter det oplyste antages, at overdragelsen af den indkomstskabende aktivitet til et fælles aktieselskab var båret af forretningsmæssige hensyn.

Dette sidste blev udtrykkeligt anført af Østre Landsret i sagen TfS 1999, 646 Ø. Landsretten udtalte således, at den påtænkte konstruktion – ud over de skattemæssige fordele – tillige havde en forretningsmæssig begrundelse i form af en begrænsning af selskabsdeltagernes hæftelse.[45] Revisorerne påtænkte at ændre deres samarbejde således, at de hver især oprettede et selskab, der skulle indtræde som interessent i deres fælles interessentskab. Revisorerne havde hidtil været personlige interessenter i interessentskabet.

Østre Landsret slog for det første fast, at statsautoriserede revisorer utvivlsomt i civilretlig henseende havde ret til at udøve en selvstændig erhvervsvirksomhed gennem et aktieselskab.[46] Dette må fortolkes således, at selskaberne ikke kunne være rette indkomstmodtagere, hvis virksomheden som statsautoriseret revisor kun kunne være udøvet i personligt regi.[47]

For det andet slog Østre Landsret fast, at indkomsten kunne allokeres til aktieselskaberne – og ikke til interessenterne i interessentskabet – uanset at overdragelsen af den indkomstskabende aktivitet til selskaberne medførte skattemæssige fordele. Et skattemæssigt motiv var således ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at den aftalte allokering af indkomsten kunne korrigeres.[48]

Det er for det tredje bemærkelsesværdigt, at Østre Landsret ikke foretog nogen analyse af de funktioner, som henholdsvis interessentskabet og aktieselskaberne ville udøve i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Forholdet mellem interessentskabet, aktieselskaberne og selskabsdeltagerne var indgående oplyst, mens fordelingen af funktioner mellem interessentskabet og aktieselskaberne var stort set uomtalt. Sådan som sagen er oplyst, må det imidlertid antages, at interessentskabet som hidtil ville udøve den indkomstskabende aktivitet, idet interessentskabskontrakten alene ville blive ændret med henblik på at tage højde for, at nogle af de personlige interessenter ville blive erstattet af deres helejede selskaber. Interessentskabet ville derfor – således som det var

---

45. Selskabsdeltageren havde endvidere anført, at den påtænkte konstruktion ville give hver selskabsdeltager mulighed for at føre sin egen opsparings- og investeringspolitik.
46. Jf. også LV 2004-1 S.C.1.1.1 og *Aage Michelsen*, R&R 1999, 10, SM 276. Af revisorlovens § 12 fremgår i dag, at en revisionsvirksomhed efter omstændighederne kan udføres i enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber, aktieselskaber, anpartsselskaber eller kommandit-aktieselskaber (partnerselskaber).
47. Se nærmere nedenfor 3.2.2.
48. Jf. også *Aage Michelsen*, R&R 1999, 10, SM 276.

tilfældet inden ændringen af interessentskabskontrakten – fortsat være rette indkomstmodtager af klienternes indbetalinger.

Denne indkomst skulle herefter fordeles på interessenterne. I denne henseende fik selskabsdeltagerne ligeledes medhold i, at selskabet – og ikke selskabsdeltageren – ville være rette indkomstmodtager.[49] Østre Landsret anfører intet om årsagen hertil, men det kan være tillagt betydning, at alle rettigheder og pligter i henhold til interessentskabskontrakten tilkom selskabet, når bortses fra, at hver selskabsdeltager var personligt forpligtet til at arbejde for selskabet.[50] Det forhold, at revisorerne hæftede som selvskyldnerkautionister, blev ikke i denne forbindelse tillagt vægt. Baggrunden herfor har formentlig været, at det ikke i forholdet mellem mindre selskaber og deres selskabsdeltagere er usædvanligt, at selskabsdeltagerne påtager sig en solidarisk hæftelse med selskabet eller kautioner for dets gæld.[51]

I Ligningsrådets afgørelse i sagen TfS 2001, 573 LR anføres – i modsætning til Østre Landsrets dom i sagen TfS 1999, 646 Ø – ikke udtrykkelig noget om motiverne for, at skatteyderne ønskede at ændre deres hidtidige organisation af den indkomstskabende aktivitet. Til gengæld analyserede Ligningsrådet de funktioner, som henholdsvis advokatfirmaerne og selskabet ville udøve, efter at advokatfirmaerne havde overdraget den indkomstskabende aktivitet til selskaberne. Sagen vedrørte nogle advokatfirmaer, som påtænkte at udvide deres hidtidige samarbejde med et fælles aktieselskab, således at aktieselskabet fremover ville være rette indkomstmodtager af den indkomst, som advokatfirmaernes indkomstskabende aktivitet var årsag til.

Selv om Ligningsrådet ikke direkte anførte noget om motiverne for ændringen af virksomhedernes organisation, kan Ligningsrådets henvisning til sagen TfS 1999, 646 Ø med en vis ret tages som udtryk for, at Ligningsrådet tog højde for, at formålet med at etablere et selskab var at undgå den hidtidige solidariske hæftelse. Motivet var således ikke udelukkende at opnå skattemæssige besparelser.

Ligningsrådet tog udtrykkelig forbehold om, at den beskrevne konstruktion skulle kunne anerkendes i civilretlig henseende.[52] Hvis konstruktionen ikke

---

49. Sagen vedrørte således navnlig forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab.
50. Se nærmere om dette spørgsmål nedenfor 3.2.4. Anderledes *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 93, der fortolker afgørelsen således, at et lønmodtagerselskab, der fortsat og udelukkende leverer sin ydelse til den hidtidige arbejdsgiver, alene kan anses for at være rette indkomstmodtager, når de retlige forhold, hvorunder ydelsen leveres, ændres i retning af en øget organisatorisk frihed og økonomiske selvstændighed.
51. Ligeledes *Aage Michelsen*, R&R 1999, 10, SM 276.
52. Det var tidligere antaget, jf. Østre Landsrets dom i UfR 1964.264 H, at det var uforeneligt med den ved retsplejeloven fastlagte ordning af advokaters virksomhed, at denne blev administreret af et aktieselskab og således blev udøvet via et selskab, jf. også *advokatfirmaet Tommy V.*

kunne anerkendes i civilretlig henseende, må det derfor antages, at Ligningsrådet var af den opfattelse, at selskabet ikke kunne være rette indkomstmodtager.[53]

Endelig foretog Ligningsrådet en analyse af de funktioner, som henholdsvis advokatfirmaerne og advokatselskaberne ville udøve i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Der blev herunder lagt vægt på,

– at aktieselskabet ville inddrive udestående fordringer,
– at advokatfirmaerne alene ville forpligte sig til at udføre arbejde for selskabet,
– at advokatfirmaerne alene ville drive virksomhed under det fælles aktieselskabs navn,
– at aktieselskabet fremtrådte over for tredjemand som leverandør af ydelserne,
– at tredjemand ville rette henvendelse til aktieselskabet,
– at aktieselskabet ville foretage fakturering, og
– at aktieselskabet ville foretage markedsføring.

Ligningsrådet udtalte på baggrund heraf, at tredjemand i det hele ville opfatte den ydelse, der blev leveret, som leveret af advokatselskabet, hvorfor dette var rette indkomstmodtager af honorarer m.v. fra tredjemand.

Der blev så vidt ses ikke lagt vægt på, om aftalen mellem det fælles selskab og advokatfirmaerne var indgået på armslængde-priser og -vilkår.

Det er kendetegnede for Østre Landsrets dom i TfS 1999, 649 Ø, og Ligningsrådets bindende forhåndsbesked i TfS 2001, 573 LR, at væsentlige dele af den indkomstskabende aktivitet fortsat blev udøvet af henholdsvis de hidtidige personlige interessenter og advokatvirksomhederne. I sagen TfS 1999, 649 Ø havde selskabet således alene påtaget sig rettigheder og forpligtelser i henhold til interessentskabskontrakten, idet selskabsdeltageren, der tidligere var interessent, fortsat var personligt forpligtet til at arbejde for interessentskabet via sit selskab. I sagen TfS 2001, 573 LR overtog aktieselskabet lidt flere funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, men det var fortsat advokatvirksomhederne, som ville udøve de væsentligste funktioner, herunder selvsagt hele advokatarbejdet. Når dette i ingen af sagerne førte til, at interessenterne personligt eller advokatvirksomehederne blev anset for at være rette indkomstmodtagere, må det bero på tre forhold:

For det første var overdragelsen af den indkomstskabende aktivitet til et selskab ikke båret af skattemæssige overvejelser, omend disse havde en vis (underordnet) betydning.

For det andet skulle henholdsvis interessenternes og advokatvirksomhedernes

---

Christiansen, JUS 1998, 27. Dette er nu tilladt, jf. retsplejelovens § 124. Se også *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328 og *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193.

53. Se også sagen TfS 1999, 646 Ø, der er refereret ovenfor, og nedenfor 3.2.2.

interesser ved udfærdigelse af kontrakten afbalanceres over for de øvrige interessenter eller advokatvirksomheder. Der var således ikke et klassisk interessefællesskab, hvor én part havde dominerende indflydelse på, hvorledes den indkomstskabende aktivitet blev overdraget. Til gengæld havde parterne utvivlsomt en fælles interesse i konstruktionen, idet de i skattemæssig henseende alle ville være stillet på samme måde.

For det tredje og sidste var det selvklart, at selskabet ikke kan udføre selve det fysiske og åndelige arbejde, der er forbundet med den indkomstskabende aktivitet. Østre Landsret og Ligningsrådet stillede sig derfor tilfreds med, at selskaberne udøvede de funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, som de nu engang havde mulighed for at udføre.[54]

3.1.3 Kommanditselskab med kapitalselskab som komplementar

Et kommanditselskab kan i civilretlig henseende utvivlsomt drives med et anparts- eller aktieselskab som komplementar. Sådanne konstruktioner anvendes ofte med henblik på at begrænse kommanditisternes hæftelse, idet selskabsdeltagerne i anparts- eller aktieselskabet samtidig er kommanditister i kommanditselskab.

Formålet med et sådant kommanditselskab kan imidlertid også være at »skjule« kommanditselskabet for omverdenen, således at aktieselskabet over for omverdenen fremstår som det selskab, der driver den erhvervsmæssige virksomhed. I disse tilfælde kan der opstå et spørgsmål om, hvorvidt den indkomst, der hidrører fra den indkomstskabende aktivitet, som følge af komplementarselskabets fremtrædende rolle skal allokeres til dette selskab, eller om indkomsten i stedet skal allokeres til kommanditselskabet og fordeles i overensstemmelse med aftalen herom mellem komplementaren og kommanditisterne. Herom findes to offentliggjorde afgørelser: Højesterets dom i sagen TfS 2001, 169 H og Ligningsrådets bindende forhåndsbesked i sagen TfS 2002, 317 LR.

Sagen TfS 2001, 169 H omhandlede en konsulentvirksomhed, der i forhold til omverdenen blev drevet som et aktieselskab. Aktieselskabet var imidlertid alene komplementar i et kommanditselskab, og kommanditisterne var – modsat de stedlige skattemyndigheder – af den opfattelse, at indkomsten fra konsulentvirksomheden i skattemæssig henseende skulle allokeres til kommanditselskabet og ikke til aktieselskabet.

Landsretten analyserede de funktioner, som aktieselskabet og kommanditselskabet udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.[55] Ved denne analyse blev det lagt til grund, at komplementaraktieselskabet

54. Se også nedenfor 3.2.4.
55. Se også LV 2004-1 S.C.1.1.1.

– fremtrådte over for tredjemand som leverandør af ydelserne,
– indgik kontrakter med tredjemand,
– inddrev udestående fordringer,
– havde personale ansat,
– ejede de lokaliteter, hvorfra den indkomstskabende aktivitet blev udøvet,
– havde ejendomsretten til de anlægsaktiver og driftsmidler, som blev anvendt ved udøvelse af den indkomstskabende aktivitet,
– hæftede for de skyldforhold af formueretlig karakter, der måtte opstå i forbindelse med udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet, og
– var berettiget til helt eller delvist at sælge virksomheden og kunne opsige hver af kommanditisterne.

Den interne aftale om, at komplementaraktieselskabet udførte arbejde på vegne af kommanditselskabet, blev derfor ikke respekteret, idet aktieselskabet efter det oplyste havde udøvet hele den indkomstskabende aktivitet, når bortses fra det fysiske arbejde, der selvsagt blev udført af de ansatte. Kommanditselskabet havde så vidt ses ingen som helst andel i den indkomstskabende aktivitet.

Det blev endelig ikke tillagt vægt, at konstruktionen ifølge det oplyste havde til hensigt (motiver) at begrænse hæftelsen og skjule selskabets resultat for omverdenen.

Højesteret tiltrådte landsrettens afgørelse med en bemærkning om, at det ikke havde betydning, at konsulentvirksomheden tidligere var drevet i privat regi.

Jan Pedersen anfører i TfS 2001, 824, at dommen kan forklares ud fra den såkaldte realitetsgrundsætning. Det synes imidlertid mere nærliggende at forklare dommen ud fra en betragtning om, at kommanditselskabet ikke havde andel i den indkomstskabende aktivitet, og at indkomsten i henhold til SL § 4 i skattemæssig henseende skal allokeres til den skattepligtige, der har udøvet den indkomstskabende aktivitet. Landsretten henviste således – som stadfæstet af Højesteret – udtrykkeligt til SL § 4 og SEL § 8, stk. 1, som hjemmelsgrundlag for korrektionen og ikke til en realitetsgrundsætning, der ifølge Jan Pedersen ikke forudsætter et hjemmelsgrundlag.[56] Endelig fandt landsretten – som tiltrådt af Højesteret – så vidt ses ikke, at der var forskel på konstruktionens formalitet og realitet. Det anføres tværtom, at konsulentvirksomheden såvel formelt som reelt blev drevet af aktieselskabet: »Konsulentvirksomheden blev således formelt udadtil og reelt drevet af aktieselskabet, der var den berettigede og forpligtede i forhold til konsulentvirksomhedens debitorer og kreditorer«.[57]

Ligningsrådet har som nævnt afgivet en bindende forhåndsbesked om samme

56. Se ovenfor I, 3.4.
57. TfS 2001, 169 H.

spørgsmål i sagen TfS 2002, 317 LR. Faktum i denne sag ligner på mange måder faktum i sagen TfS 2001, 169 H. Sagen omhandlede således også et kommanditselskab, hvor komplementaren – et anpartsselskab – over for omverdenen skulle fremtræde som leverandør af virksomhedens ydelser. Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt kommanditselskabet eller komplementaranpartsselskabet skulle være rette indkomstmodtager af den indkomst, som den indkomstskabende aktivitet i kommanditselskabet ville fremkalde.[58]

Ligningsrådets forhåndsbesked må forstås således, at Ligningsrådet – under hensyntagen til Højesterets dom i sagen TfS 2001, 169 H – var af den opfattelse, at det forhold, at komplementaranpartsselskabet ville optræde over for tredjemand som leverandør af ydelserne, ikke i sig selv var tilstrækkeligt til at konkludere, at kommanditselskabet ikke kunne være rette indkomstmodtager. Til støtte herfor henviste Ligningsrådet til, at Højesteret havde lagt vægt på, at komplementaren havde meget omfattende beføjelser i relation til kommanditselskabet og kommanditisterne, idet aktieselskabet kunne afhænde virksomheden og opsige kommanditisterne.

Højesteret lagde imidlertid også vægt på, at en række andre funktioner blev udøvet af aktieselskabet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Tilsvarende oplysninger findes ikke i sagen TfS 2002, 317 LR. Som følge heraf gjorde Ligningsrådet opmærksom på, at der ikke var taget stilling til, om anpartsselskabet eller kommanditselskabet ville være rette indkomstmodtager af indkomster hidrørende fra den planlagte indkomstskabende aktivitet.

I lyset heraf kan det tiltrædes, at selve det forhold, at anpartsselskabet over for omverdenen stod som leverandør af ydelserne, ikke var tilstrækkeligt til, at anpartsselskabet blev rette indkomstmodtager. I betragtning af, at det under sagen var oplyst, at anpartsselskabet ville

- fremtræde over for tredjemand som leverandør af ydelserne,
- indgå kontrakter med tredjemand,
- være berettiget og forpligtet i forholdet til virksomhedens kreditorer og debitorer og derfor hæfte for de skyldforhold af formueretlig karakter, der måtte opstå i forbindelse med udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet, og
- indgå aftaler med ansatte, og formentlig derved have personale ansat,

må det under hensyntagen til Højesterets dom i sagen TfS 2001, 169 H dog forventes, at kommanditselskabet vil få vanskeligt ved at blive anerkendt som rette indkomstmodtager. Ligningsrådet tog derfor forbehold om, at der ikke var taget stilling til, om kommanditselskabet eller anpartsselskabet var rette ind-

58. Se også LV 2004-1 S.C.1.1.1.

komstmodtager for en given indkomst, idet spørgsmålet herom måtte afgøres ved den løbende ligning ud fra de konkret foreliggende oplysninger.

Sagen TfS 2002, 317 LR adskilte sig efter det oplyste alene med sikkerhed fra sagen TfS 2001, 169 H i kraft af, at kommanditselskabet ikke i førstnævnte sag var berettiget til helt eller delvist at sælge virksomheden, ligesom det ikke kunne opsige hver af kommanditisterne. Hertil kommer, at det så vidt ses var uafklaret, hvem der ville eje de lokaliteter, hvorfra den indkomstskabende aktivitet blev udøvet, og hvem der ville have ejendomsret til de anlægsaktiver og driftsmidler, som ville blive anvendt ved udøvelse af den indkomstskabende aktivitet.

3.1.4 Sammenfatning

Retspraksis om allokering af indkomst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, der begge er juridiske personer, eller i forholdet mellem koncernforbundne selskaber kan sammenfattes således, at der dels lægges vægt på *motiverne* for den aftalte allokering af indkomsten, dels på, hvilke *funktioner* selskabsdeltager og selskab – eller de koncernforbundne selskaber – har udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.

Ved analysen af motiverne – der fremover vil blive betegnet som *motivanalysen* – lægges der vægt på, om den aftale allokering er båret af forretningsmæssig hensyn eller er rent skattemæssigt begrundet.[59] Blandt de skattemæssige motiver kan navnlig fremhæves det forhold, at indkomsten allokeres til et selskab, som har uudnyttede skattemæssige underskud.[60]

Det forhold, at den aftale allokering af indkomsten har været påvirket af et ønske om at opnå en skattemæssig besparelse, er imidlertid ikke tilstrækkeligt til at korrigere denne aftale i skattemæssig henseende. Dette fremgår dels udtrykkeligt af Østre Landsrets dom i sagen TfS 1999, 646 Ø,[61] dels af den kendsgerning, at der i alle tilfælde, hvor motivet har været skattemæssigt, tillige er lagt vægt på, hvorledes de til den indkomstskabende aktivitet hørende funktioner var fordelt.

Analysen af de funktioner, der er udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet – der fremover vil blive betegnet som *funktionsanalysen* – er således gennemført i samtlige de foran nævnte sager, omend intensiteten af denne analyse har været varierende. På baggrund af funktionsanalysen er den indkomst, der hidrører fra den indkomstskabende aktivitet, i skattemæssig henseende blevet allokeret til det skattesubjekt, der har fremkaldt indkomsten ved at

---

59. UfR 1960.535 H, TfS 1997, 184 LR, TfS 1997, 305 Ø, TfS 1998, 791 V (for så vidt angår de stedlige skattemyndigheders afgørelse), TfS 2002, 620 V og TfS 2003, 802 H.
60. Jf. de stedlige skattemyndigheders afgørelse i sagen TfS 1998, 791 V, TfS 2002, 620 V og – formentlig – TfS 2003, 802 H. Se også *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53.
61. Det samme er formentlig forudsat af Ligningsrådet i sagen TfS 2001, 573 LR.

udøve den indkomstskabende aktivitet eller ved i alt væsentligt at udøve denne.[62]

Intensiteten af funktionsanalysen har som nævnt været varierende. Der har således været en tendens til at begrænse denne, når den aftalte allokering af indkomsten blev anset for at være forretningsmæssigt begrundet.[63] I kraft af Højesterets dom i sagen TfS 2001, 169 H må det dog antages, at den aftalte allokering af en indkomst kan korrigeres, uanset motiverne for aftalen, når udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet ifølge aftalen placeres i ét selskab, og indkomsten placeres i et andet selskab. En fuldstændig adskillelse af den indkomstskabende aktivitet og indkomsten accepteres således ikke uanset årsagerne hertil.

Omvendt er der i de tilfælde, hvor den aftalte allokering har været båret af skattemæssige hensyn, stillet strenge krav til fordelingen af de funktioner, der udøves i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. I så fald vil den aftalte allokering formentlig kun blive accepteret, dersom hele den indkomstskabende aktivitet eller alle væsentligere dele heraf udøves af det selskab, der ifølge aftalen mellem selskaberne er rette indkomstmodtager.

Ved funktionsanalysen er der kun taget højde for de funktioner, som selskaber og andre juridiske personer kan udøve. Det er således ikke tillagt vægt, at hverken det ene eller det andet selskab kan udføre noget *fysisk* eller *åndeligt arbejde*.[64]

Til gengæld er det ved funktionsanalysen taget i betragtning, hvilket selskab der har tilvejebragt *rammerne* for den indkomstskabende aktivitet.[65] Ved rammerne for den indkomstskabende aktivitet forstås

- varetagelsen af den administrationen, der måtte opstå i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, herunder navnlig udstedelse af fakturaer og inddrivelse af fordringer,
- ansættelse af eventuelt personale,
- køb eller leje og vedligeholdelse m.v. af de lokaliteter, hvorfra den indkomstskabende aktivitet bliver udøvet, og
- køb eller leje og vedligeholdelse m.v. af de anlægsaktiver og driftsmidler, som anvendes ved udøvelse af den indkomstskabende aktivitet.

---

62. UfR 1960.535 H, TfS 1997, 184 LSR, TfS 1997, 305 Ø, TfS 1998, 791 V (for så vidt angår de stedlige skattemyndigheders afgørelse), TfS 2002, 620 V og TfS 2003, 802 H.
63. Jf. TfS 1997, 305 Ø og TfS 1999, 646 Ø, men anderledes TfS 2001, 573 LR.
64. Hvis dette blev tillagt afgørende vægt, ville det i øvrigt være umuligt at allokere en indkomst til et selskab, jf. nedenfor XIV, 2.1.
65. Jf. også *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53.

Det hermed forbundne fysiske og åndelige arbejde kan selvsagt ikke udøves af hverken det ene eller andet selskab, men et af selskaberne vil kunne optræde som administrator, arbejdsgiver, ejer eller lejer og dermed også afholde de omkostninger, der måtte være forbundet med den indkomstskabende aktivitet.

I praksis er der dernæst lagt vægt på, hvorledes *rettigheder* og *forpligtelser* vedrørende den indkomstskabende aktivitet er fordelt mellem selskaberne, herunder hvilket selskab

- der indgår kontrakt med tredjemand om den indkomstskabende aktivitet og dermed får rettigheder og forpligtelser i henhold til kontrakten[66] og
- der i øvrigt får rettigheder og forpligtelser af formueretlig karakter i forbindelse med udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet.

Endelig tillægges det betydning, hvilket selskab der *fremtræder udadtil* som det selskab, der udøver den indkomstskabende aktivitet. Det tillægges herunder betydning, hvilket selskab

- der fremtræder over for tredjemand som leverandør af de ydelser, der ligger til grund for den indkomstskabende aktivitet,
- der markedsfører den indkomstskabende aktivitet, og
- i hvis navn den samlede virksomhed drives.

Det er åbenbart, at der kan forekomme situationer, hvor selskaberne udøver hver deres funktioner, således at det ene selskab f.eks. varetager administrationen, indgår kontrakter med tredjemand og ejer de lokaliteter, hvorfra den indkomstskabende aktivitet udøves, mens det andet selskab lejer driftsmidlerne af tredjemand, har personale ansat og markedsfører den indkomstskabende aktivitet. I sådanne tilfælde må der foretages en samlet vurdering af, hvorledes funktionerne er fordelt.[67] Den hidtidige praksis er imidlertid kendetegnet ved, at stort set samtlige funktioner vedrørende den indkomstskabende aktivitet var samlet i ét selskab, mens indkomsten blev allokeret til ét andet selskab. Dette er næppe udtryk for den praktiske virkelighed, men derimod udtryk for, at de stedlige skattemyndigheder netop i de tilfælde har fundet anledning til at korrigere den aftalte allokering af indkomsten.

Spørgsmålet om, hvilket selskab der er rette indkomstmodtager, skal i øvrigt vurderes i forhold til hver enkelt af de indkomstskabende aktiviteter. Der er

---

66. Ligeledes *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328, som henviser til to ikke offentliggjorde bindende forhåndsbeskeder fra Ligningsrådet (j.nr. 350-4411-436 og 350-467-167).
67. Se nedenfor XIV, 2.1 og 4. Se hertil *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53, der vil lægge vægt på, om der er sket en effektiv driftsmæssig adskillelse.

således intet i vejen for, at det ene selskab anses for at være rette indkomstmodtager i forhold til en indkomst, mens det andet selskab anses for at være rette indkomstmodtager til en anden indkomst. I hvert enkelt tilfælde må afgørelsen heraf bero på en vurdering af, hvilke funktioner hver af de nævnte selskaber har udøvet i relation til lige præcis den indkomstskabende aktivitet, der ligger til grund for den pågældende indkomst.

Der er i nogle tilfælde lagt vægt på, om det selskab, som har oppebåret indkomsten, har betalt for, at et andet selskab har fremkaldt indkomsten ved at udøve den indkomstskabende aktivitet, herunder om denne betaling er fastsat på armslængde-vilkår. I ingen af de ovenfor nævnte sager har det ført til, at det selskab, som har fremkaldt indkomsten ved at udøve den indkomstskabende aktivitet, er blevet beskattet af en fikseret – cfr. allokeret – indkomst. Det fremgår heller ikke af den her omtalte praksis, om korrektionen af den aftale allokering af indkomsten kunne være undgået, hvis det selskab, som oppebar indkomsten, på armslængde-vilkår havde betalt det andet selskab for at fremkalde indkomsten.

3.2 Forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab

Praksis om allokering af indkomst hidrørende fra et arbejde i forholdet mellem en fysisk person og det selskab, hvori den pågældende er selskabsdeltager, kan ved første øjekast forekomme noget overvældende. Det kan imidlertid ikke undre, at langt størstedelen af sagerne om allokering af indkomst fra arbejde – i alt 40 sager – vedrører forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab. Årsagen hertil er så ganske afgjort den betragtelige forskel (marginaleffekten), der efter dansk ret er på beskatningen af fysiske og juridiske personer.[68]

Ved redegørelsen for praksis må der allerede på grund af antallet af afgørelser sondres mellem forskellige situationer. For det første findes en række sager, der vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en lønmodtager populært sagt kan »sætte sig selv på aktier«.[69] Forholdet er det, at selskabsdeltageren er ansat som lønmodtager, men efter aftale med arbejdsgiver – eller med dennes underforståede samtykke – får udbetalt lønindkomsten til et af lønmodtageren behersket selskab, der herefter medregner beløbet ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst (nedenfor 3.2.1).

Dernæst findes en række sager om, hvorvidt indkomsten fra en virksomhed som selvstændigt erhvervsdrivende kan allokeres til et selskab, når virksomhe-

---

68. Se herom ovenfor IV, 2.
69. LSRM 1978, 61, LSRM 1978, 62, LSRM 1982, 161, LSRM 1982, 162, TfS 1996, 604 Ø, TfS 2001, 870 V, TfS 2002, 519 H og TfS 2003, 847 LR.

den ikke i civilretlig henseende kan udøves i selskabsform, herunder hvorledes der skal forholdes, når virksomheden forudsætter en autorisation eller bevilling, som alene udstedes til fysiske personer (nedenfor 3.2.2).[70]

Selv i tilfælde, hvor det utvivlsomt må antages, at en virksomhed som selvstændig erhvervsdrivende kan drives i selskabsform, har det gennem mange år været diskuteret, om indkomstens eventuelle afhængighed af selskabsdeltagerens personlige erhvervsevne indebærer, at indkomsten ikke kan beskattes i et selskab (nedenfor 3.2.3).[71]

Endelig er der en fjerde gruppe af relativt komplicerede sager, hvor den indkomstskabende aktivitet ikke er lønmodtagervirksomhed, utvivlsomt kan udøves i selskabsform og ikke er afhængig af selskabsdeltagerens personlige erhvervsevne, men hvor den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af indkomsten alligevel ikke accepteres af skattemyndighederne (nedenfor 3.2.4).[72]

Hertil kommer de situationer, hvor den aftalte allokering af indkomsten er så åbenbart ukorrekt, at der er grundlag for at rejse en straffesag, jf. f.eks. sagerne UfR 1982.703 Ø, TfS 1984, 499 H, TfS 1991, 137 V og TfS 1999, 489 V.[73]

Endelig findes nogen praksis om allokering af udgifter i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, jf. f.eks. UfR 1955.117 H, LSRM 1969, 39, LSRM 1975, 45, UfR 1982.738 Ø, TfS 1987, 34 H og (forudsætningsvis) TfS 1999, 376 H,[74] som ikke vil blive omtalt nærmere.

---

70. LSRM 1978, 63, LSRM 1978, 64, LSRM 1980, 62, LSRM 1980, 63, TfS 1989, 459 SD, TfS 1991, 477 TS, TfS 1996, 337 TS, TfS 1997, 517 LSR, TfS 2002, 262 LR og TfS 2003, 957 LR.
71. SpO 1981, 343 SD, TfS 1985, 572 LSR, TfS 1986, 303 LSR, TfS 1986, 503 DEP, TfS 1989, 20 LSR, TfS 1990, 405 LSR, TfS 1992, 550 LSR, TfS 1998, 485 H, TfS 1998, 655 LR og TfS 1999, 541 Ø.
72. UfR 1983.699 H, TfS 1987, 457 Ø, TfS 1992, 440 LSR, TfS 1994, 710 Ø, TfS 1995, 270 Ø, TfS 1997, 69 V, TfS 1998, 114 H, TfS 1998, 312 Ø, TfS 1999, 101 Ø, TfS 1999, 110 LSR, TfS 2001, 291 H, TfS 2001, 930 Ø, TfS 2003, 802 H og TfS 2004, 238 Ø Se hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 92-110, der sondrer mellem kunstnere og idrætsudøvere m.v., selskaber oprettet i fortsættelse af tidligere ansættelsesforhold og selskaber oprettet i fortsættelse af personligt drevet virksomhed.
73. Se også TfS 2001, 291 H, der vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt skatteyderen var skattepligtig af nogle konsulenthonorarer, der var overført fra et interessentskab til et udenlandsk selskab, samt om muligheden for at få godkendt fradrag for rejseudgifter og flytteudgifter. Der var for Landsskatteretten, landsretten og Højesteret enighed om, at honorarerne med rette var allokeret til interessentskabet. Højesteret ville i øvrigt ikke indrømme interessentskabet fradrag for betalingerne fra interessentskabet til det udenlandske selskab. Se også om sagen *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53.
74. Sagen omtales af *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 109-110 som et eksempel på korrektioner, når et selskab er oprettet i fortsættelse af en personligt drevet virksomhed. *Jan*

3.2.1 Selskabet som lønmodtager

Det har i såvel teori som praksis altid været antaget, at en lønmodtager ikke kan »sætte sig selv på aktier«.[75] Heraf følger, at en lønindkomst ikke i skattemæssig henseende kan allokeres til et selskab.

Dette er for det første antaget, når det er *uomtvistet*, at en given indkomst må betegnes som en lønindkomst, der hidrører fra en stilling som lønmodtager, jf. sagen LSRM 1978, 62. Sagen vedrørte en keramiker, som sammen med sin forlovede havde oprettet et dokument, hvorefter de drev virksomhed i fællesskab (interessentskab), således at alle indtægter skulle deles lige mellem dem. Keramikeren havde herefter henført sin løn til dette selskab. Selskabsdeltageren – keramikeren – bestred så vidt ses ikke, at der var tale om en lønindkomst. Dette ville da også være vanskeligt al den stund hendes arbejdsgiver var af den opfattelse, at der var tale om en lønindkomst. Landsskatteretten kunne derfor koncentrere sig om spørgsmålet om, hvorvidt en sådan lønindkomst via et interessentskab kunne deles med hendes forlovede. Herom anførtes det uden angivelse af hjemmelsgrundlag eller nærmere begrundelse, at lønindkomsten ikke kunne allokeres til interessentskabet.

Se også sagen TfS 2003, 847 LR, der hovedsageligt vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt der kunne opnås tilladelse til omgørelse i henhold til SSL § 37 C. Det fremgik af sagen, at de stedlige skattemyndigheder havde tilsidesat den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af indkomsten, således at denne blev beskattet hos selskabsdeltageren. Til støtte herfor havde de stedlige skattemyndigheder henvist til, at selskabsdeltageren havde ladet selskabet oppebære indkomsten for et ham udført arbejde for et andet selskab, hvori selskabsdeltageren var medindehaver og ansat som direktør. Indtægt modtaget i et ansættelsesforhold var A-indkomst, jf. KSL § 43, og skulle ifølge de stedlige skattemyndigheder behandles som personlig indkomst, jf. PSL § 3, stk. 1. Selskabsdeltageren bestred så vidt ses ikke, at der var tale om en lønindkomst. I stedet søgte han som nævnt ovenfor om tilladelse til at omgøre dispositionen.

I andre tilfælde har selskabsdeltageren gjort gældende, at indkomsten hidrører fra selvstændig erhvervsvirksomhed, men *arbejdstageren* har utvivlsomt *været lønmodtager*, uanset at indkomsten med arbejdsgiverens samtykke er blevet udbetalt til selskabsdeltagerens selskab, jf. sagen LSRM 1978, 61, som vedrørte

---

Pedersen, Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 982, omtaler sagen som et eksempel på, at en indkomstoverførsel blev underkendt allerede fordi det ikke var godtgjort, at selskabet havde udført en ydelse.

75. Jf. LSRM 1978, 61, LSRM 1978, 62, LSRM 1982, 161, LSRM 1982, 162, TfS 1996, 604 Ø, TfS 2001, 870 V, TfS 2002, 519 H og TfS 2003, 847 LR. Se også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 99.

en selskabsdeltager, der i ét indkomstår havde fået udbetalt størstedelen af sin løn hidrørende fra sin ansættelse som bogholder i en virksomhed til sit selskab. I denne sag blev det ligeledes antaget, at lønindkomsten skulle beskattes hos lønmodtageren, dvs. hos selskabsdeltageren. Selskabsdeltageren var utvivlsomt fortsat ansat som lønmodtager, idet den hidtidige ansættelse ikke ophørte i forbindelse med, at han stiftede et selskab. I modsætning til sagen LSRM 1978, 62 havde arbejdsgiveren accepteret, at lønnen fremover blev udbetalt til hans selskab. Denne aftale om indkomstens udbetaling ændrede selvsagt ikke selskabsdeltagerens status som lønmodtager.[76]

Landsskatteretten anførte ikke, med hvilken hjemmel eller begrundelse en indkomst som lønmodtager skulle beskattes hos selskabsdeltageren personligt.

> Landsskatteretten udtalte »... efter de foreliggende oplysninger, at erhvervelsen af den omhandlede honorarindtægt i det hele havde været knyttet til klagerens personlige erhvervsevne som bogholder ...«. Det kan næppe antages, at Landsskatteretten som følge heraf anså selskabsdeltageren for at være skattepligtig af honoraret som følge af det såkaldte substitutionsprincip.[77]

Det er for det tredje antaget, at indkomsten skal beskattes hos selskabsdeltageren som en lønindkomst, når det ud fra en *vurdering* af aftalen mellem arbejdsgiveren, selskabsdeltageren og sidstnævntes selskab må antages, at selskabsdeltageren har arbejdet for arbejdsgiveren som *lønmodtager*. Praksis herom er karakteriseret ved, at den indkomstskabende aktivitet kunne være udøvet som selvstændig erhvervsdrivende, men som følge af de indgåede aftaler må anses for at være lønmodtagervirksomhed.

I nogle ældre kendelser har det som følge af aftalernes indhold været relativt enkelt at konstatere, at selskabsdeltageren havde været ansat som lønmodtager og ikke var selvstændigt erhvervsdrivende, jf. sagerne LSRM 1982, 161 og LSRM 1982, 162.

Sagen LSRM 1982, 161 angik en selskabsdeltager, der opsagde sin stilling som lønmodtager hos sin hidtidige arbejdsgiver og herefter lod sig ansætte som konsulent. Selskabsdeltageren stiftede herefter et selskab og vederlaget fra konsulentvirksomheden blev allokeret til selskabet. På baggrund af det oplyste kunne det lægges til grund, at selskabsdeltageren havde indgået aftalen om konsulentvirksomhed med arbejdsgiveren, at indkomsten faktisk blev udbetalt til selskabsdeltageren som følge af hans mellemregning med selskabet, at ar-

---

76. Se hertil *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328, der omtaler en lignende ikke offentliggjort sag fra Statsskattedirektoratet (j.nr. KD 323-1235, 1976), hvor en journalist med urette havde allokeret en lønindkomst, der hidrørte fra Danmarks Radio, til sit anpartsselskab.
77. Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 100. Se herom nedenfor 3.2.3.

bejdet fortsatte ud over den aftalte periode på 6 måneder, og at honoraret nøjagtigt svarede til selskabsdeltagerens hidtidige lønindkomst. Som følge heraf måtte selskabsdeltageren anses som lønmodtager.[78] Selv om Landsskatteretten intet anfører herom, har det endvidere næppe været til fordel for selskabsdeltagerens og selskabets sag, at arbejdsgiveren – ganske vist efter det oplyste som følge af en fejl – havde indberettet en del af udbetalingerne som løn.[79]

Selskabsdeltageren blev derfor beskattet af indkomsten i sin egenskab af lønmodtager, men Landsskatteretten anførte intet om hjemlen til denne korrektion, ligesom det ikke blev omtalt, hvorfor en lønmodtagers indkomst ikke kunne allokeres til et selskab.

Sagen LSRM 1982, 162 omhandlede en ejendomsmælger, som havde stiftet et selskab, der havde indgået aftale med et andet selskab om salg af typehuse m.v. Landsskatteretten fandt, at den foreliggende ansættelsesaftale måtte forstås således, at selskabsdeltageren reelt havde været den personligt arbejdsforpligtede ifølge aftalen. Indtægterne for det herefter præsterede arbejde skulle derfor beskattes hos ham personligt og ikke i anpartsselskabet. Det af Landsskatteretten anførte må forstås således, at selskabsdeltageren som følge af selskabets aftale med arbejdsgiveren måtte anses for at være lønmodtager.[80] I betragtning af, at selskabsdeltageren så vidt ses var forpligtet til hovedsageligt at arbejde for arbejdsgiveren, at selskabet kun i meget begrænset omfang havde haft arbejde for andre, og at aftalen alene kunne opsiges efter funktionærlovens regler – på trods af at selskabet ikke kunne være funktionær – er denne følgeslutning ikke vanskelig at forstå. Det af selskabsdeltageren anførte om, at formålet med oprettelsen af anpartsselskabet havde været at begrænse hans personlige risiko ved udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet, kunne ikke føre til andet resultat.[81]

Herefter beskattede Landsskatteretten selskabsdeltageren af den pågældende indkomst. Hjemmelsgrundlaget herfor blev ikke angivet.

Sondringen mellem på den ene side den selvstændigt erhvervsdrivende og på den anden side lønmodtageren kan imidlertid også være meget vanskelig og har gennem tiderne givet anledning til mange sager, herunder to – TfS 2001, 870 V og TfS 2002, 519 H – hvor sondringen var afgørende for, om indkomsten kunne allokeres til et selskab.[82] Afgrænsningen mellem selvstændigt erhvervsdrivende

---

78. Ligeledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208.
79. Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 100, som henviser til uoverensstemmelsen mellem »den ydre formalitet og den indre realitet«.
80. Jf. også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208.
81. Landsskatteretten fandt endvidere, at det ikke havde betydning, at selskabet ikke havde udøvet handel med fast ejendom, fordi ejendomshandleren ikke havde næringsbrev.
82. I flere andre sager har det alene haft betydning for spørgsmålet om, hvorledes den skattepligtige indkomst skal opgøres hos skatteyderen, jf. f.eks. TfS 1997, 473 H om en skatteyder, der som

og lønmodtager kan selvfølgelig ikke med nogen ret fastlægges på baggrund af de ovenfor nævnte tre afgørelser. Hertil er området alt for stort og kompliceret. Det falder endvidere langt uden for afhandlingens emne at redegøre for denne sondring.[83] I det følgende vil de forhold, der blev lagt til grund for sondringen, derfor alene blev skitseret.

Den ledende dom er TfS 2002, 519 H om en selskabsdeltager, der gennem en årrække havde drevet konsulentvirksomhed i personligt regi, men som havde omdannet virksomheden til et selskab. Selskabet indgik herefter en aftale med en arbejdsgiver om udførelse af forskellige opgaver, og indkomsten herfra blev indtægtsført i selskabet. De stedlige skattemyndigheder korrigerede den aftalte allokering af indkomsten, således at selskabsdeltageren blev beskattet af den pågældende indkomst.

Højesteret stadfæstede en langvarig administrativ praksis, der tidligere havde fundet støtte hos navnlig Landsskatteretten, med en klar bemærkning om, at lønindkomst ikke kan allokeres til et selskab.[84] Det var for Højesteret derfor uden betydning, hvad der var selskabsdeltagerens motiver for stiftelsen af selskabet, ligesom det åbenbart var ligegyldigt, om selskabsdeltageren tidligere havde erhvervet den pågældende indkomst som lønmodtager eller selvstændigt erhvervsdrivende. Højesteret lagde heller ikke vægt på, at selskabet havde to heltidsansatte, og at det havde eget kontor i selskabsdeltagerens hjem.[85]

Ved vurderingen af, om den indkomstskabende aktivitet udøves som lønmodtager eller selvstændigt erhvervsdrivende, skal der endvidere ifølge Højesteret lægges vægt på den almindelige sondring mellem disse, jf. hertil navnlig kriterierne i CIR nr. 129 af 4/7 1994, pkt. 3.1.1.[86] Sondringen mellem lønmodtager

---

lønmodtager tidligere havde været udlånt til et selskab. Han ophørte med at arbejde som lønmodtager for i stedet at fortsætte sit arbejde som konsulent for samme selskab. Højesteret fandt i modsætning til landsretten, at skatteyderen måtte anses som lønmodtager og ikke som selvstændigt erhvervsdrivende. Højesteret lagde bl.a. vægt på, at skatteyderen var engageret for en længere periode, at han var underlagt forflyttelsespligt såvel indenlands som udenlands, og at han ikke afholdt driftsudgifter af en art og størrelse, som måtte forventes af en selvstændigt erhvervsdrivende. Han kunne derfor ikke anvende virksomhedsordningen. Se hertil *Aage Michelsen*, Lærebog om indkomstskat, s. 580, der anfører, at skatteyderen ikke kunne placere sin indkomst i et selskab, og *Jan Pedersen*, Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 979, der så vidt ses også forudsætter, at selskabet ikke kunne være rette indkomstmodtager.

83. Se hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 111-114, der kort omtaler sondringen mellem selvstændigt erhvervsdrivende og lønmodtagere.
84. Ligeledes *Svend Erik Holm*, R&R 2002, SM 105 og *Jan Pedersen*, Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 985.
85. Jf. også *Jan Pedersen*, Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 985.
86. Højesteret lagde herunder vægt på, at selskabsdeltageren ikke udførte nærmere afgrænsede

og selvstændigt erhvervsdrivende er således helt uafhængig af, om skatteyderen vil oppebære indkomsten personligt som selvstændig erhvervsdrivende, eller om indkomsten skal allokeres til et erhvervsdrivende selskab.

> Se også sagen TfS 1998, 70 H, der bl.a. angik spørgsmålet om, hvorvidt en skatteyder i årene 1982-1985 skulle anses som selvstændigt erhvervsdrivende eller lønmodtager vedrørende driften af et plejehjem. Højesteret fandt efter en vurdering af sagens omstændigheder, at skatteyderen var selvstændigt erhvervsdrivende. Det fremgik af sagens oplysninger, at virksomheden blev drevet i selskabsform. Skattemyndighederne gjorde imidlertid ikke gældende, at indkomsten skulle allokeres til skatteyderen som rette indkomstmodtager. Højesteret skulle således alene tage stilling til, om skatteyderen var lønmodtager eller selvstændigt erhvervsdrivende, idet skattemyndighederne så vidt ses accepterede, at indkomsten kunne allokeres til selskabet, dersom selskabsdeltageren var selvstændigt erhvervsdrivende.[87]

Som nævnt ovenfor blev det ikke af Landsskatteretten angivet, hvor der var hjemmel til at beskatte en lønindkomst hos selskabsdeltageren, uanset at denne lønindkomst var allokeret til et selskab. Højesteret tog også stilling til dette spørgsmål ved at henvise til SL § 4 som hjemmelsgrundlag for en korrektion af den mellem selskabsdeltager, selskab og arbejdsgiver aftalte allokering af indkomsten.

At en lønmodtager ikke kan »sætte sig selv på aktier«, fremgår også klart af sagen TfS 2001, 870 V, der bl.a. omhandlede beskatningen af et såkaldt konsulenthonorar, som selskabsdeltageren havde allokeret til sit selskab.[88] Sagen omhandlede en selskabsdeltager, som ejede samtlige kapitalandele i et selskab, I, og halvdelen af kapitalandelene i et andet selskab, F. I havde oppebåret nogle honorarer fra F, der efter aftalte mellem selskaberne var betaling for konsulentbistand, men som skattemyndighederne ville beskatte hos selskabsdeltageren, idet selskabsdeltageren blev anset for at være lønmodtager i F.

Selskabsdeltageren var ifølge Landsskatteretten – hvilket Vestre Landsret tiltrådte – lønmodtager, og indkomsten kunne derfor i medfør af SL 4 ikke i skattemæssig henseende allokeres til selskabet, jf. SL § 4. Ved vurderingen af,

---

opgaver, at han var underlagt hvervgiverens instruktionsbeføjelse, at indkomsten havde karakter af løn, at hvervgiveren afholdt alle omkostninger ved arbejdets udførelse og at der i aftalen om arbejdets udførelse var henvist til et »eventuelt senere decideret ansættelsesforhold.« Se også LV 2004-1 S.C.1.1.1 og *Jan Pedersen*, Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 985.

87. Se hertil *Gitte Skouby*, TfS 1998, 485, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208 og *Jan Pedersen*, Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 984.

88. Sagen vedrørte endvidere spørgsmålet om, hvorvidt selskabsdeltager eller selskab havde afstået goodwill. Se herom nedenfor 5.2.

om selskabsdeltageren var lønmodtager, havde Landsskatteretten bl.a. lagt vægt på, at indkomsten i selskabet I i det væsentligste hidrørte fra F, at indkomsten reelt vedrørte arbejde udført af selskabsdeltageren for, at selskabsdeltageren var direktør i F, at indkomsten i det væsentlige havde karakter af faste, månedlige ydelser, og at samarbejdet mellem selskaberne forløb over en årrække.

Endelig vedrørte Østre Landsrets tilkendegivelse i sagen TfS 1996, 604 Ø reelt også spørgsmålet om, hvorvidt den indkomstskabende aktivitet blev udøvet som lønmodtager eller selvstændigt erhvervsdrivende.[89] Begrundelsen for, at selskabsdeltageren blev beskattet af indkomsten, afveg imidlertid betragteligt fra Højesterets afgørelse i sagen TfS 2002, 519 H. Sagen omhandlede en selskabsdeltager, der havde stiftet et selskab sammen med et dansk og et hollandsk firma. Dette selskab etablerede et samarbejde med et arabisk selskab, som legaliserede det danske selskabs erhvervsaktiviteter i sit hjemland som sponsor. Efter en række vanskeligheder i forbindelse med samarbejdet mellem det danske og hollandske firma m.v. blev det danske selskabs aktiviteter overdraget til det arabiske selskab. Det blev samtidig aftalt, at selskabsdeltageren skulle levere konsulentydelser til det arabiske selskab via det danske selskab, som skatteyderen erhvervede for én krone.

Østre Landsret analyserede først og fremmest de funktioner, som henholdsvis selskabsdeltageren og selskabet udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Det blev herunder tillagt betydning,[90]

- at selskabsdeltageren indgik kontrakt med tredjemand om den indkomstskabende aktivitet og dermed fik rettigheder og forpligtelser i henhold til kontrakten,
- at selskabsdeltagerens personlige arbejdsindsats var afgørende for tredjemand,
- at selskabsdeltagerens personlige erhvervsevne var en forudsætning for udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet,
- at selskabet var økonomisk svagt funderet, og
- at selskabet ikke havde egentlige aktiviteter.

På baggrund af denne analyse af de indkomstskabende aktiviteter, som henholdsvis selskabsdeltager og selskab udøvede, blev indkomsten allokeret til selskabsdeltager som rette indkomstmodtager.[91]

Herefter tog landsretten stilling til, om indkomsten skulle beskattes som lønindkomst eller som indkomst hos en selvstændig erhvervsdrivende. Lands-

---

89. Jf. også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 105.
90. Se også LV 2004-1 S.C.1.1.1.
91. Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 105, der henviser til realitetsgrundsætningen.

retten tilkendegav ud fra en vurdering af sagens omstændigheder, at indkomsten måtte anses som lønindkomst. Dette var imidlertid, som det ses, ikke afgørende for spørgsmålet om, hvorledes indkomsten skulle allokeres i skattemæssig henseende, idet landsretten allerede havde taget stilling hertil på baggrund af en analyse af de funktioner, som selskabsdeltager og selskab udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. I den forbindelse blev der ikke lagt vægt på f.eks. arbejdsgiverens instruktionsbeføjelse, at arbejdsgiver afholdt alle omkostninger ved arbejdet, at der blev udbetalt et fast månedligt honorar, etc.

Efter Højesterets dom i sagen TfS 2002, 519 H må landsrettens resultat som følge af ovenstående anses for at være korrekt, omend landsrettens ræsonnementet må tilsidesættes. Landsretten burde først have undersøgt, om indkomsten var lønindkomst. Eftersom dette ifølge landsretten var tilfældet, burde landsretten have anført, at indkomsten ikke kunne beskattes i selskabet, jf. SL § 4.

3.2.2 Den civilretlige gyldighed

Det har i praksis gennem lang tid været antaget, at en indkomst som altovervejende hovedregel kun kan allokeres til et selskab i skattemæssig henseende, hvis den til grund for indkomsten udførte indkomstskabende aktivitet i civilretlig henseende gyldigt kan udøves i selskabsform.

På baggrund heraf blev det oprindeligt antaget, at en indkomst hidrørende fra en virksomhed som *alment praktiserende læge*, herunder som *vagtlæge* ikke kunne allokeres til et selskab, eftersom lægens virksomhed i henhold til overenskomst mellem lægens faglige organisation og det offentlige forudsatte, at lægen drev sin virksomhed i personligt regi, jf. henholdsvis sagerne LSRM 1978, 63 og LSRM 1980, 62.[92]

I civilretlig henseende var årsagen til, at en læge ikke kunne udøve sin virksomhed i et selskab, at den autorisation, der var påkrævet for at drive virksomhed som læge, alene kunne udstedes til en fysisk person. Dette blev af Landsskatteretten oprindeligt fortolket således, at kun den, der havde autorisationen, kunne drive virksomheden i skattemæssig henseende. Som følge heraf kunne *tandlæger* oprindeligt ikke drive virksomhed i selskabsform med den skattemæssige virkning, at selskabet blev rette indkomstmodtager, selvom det i civilretlig henseende var anerkendt, at virksomheden som tandlæge kunne udøves i selskabsform, blot selskabets tandlæge – eller tandlæger – havde en personlig autorisation til at drive virksomhed som tandlæge, jf. LSRM 1978, 64.[93] Landsskatteretten bemærkede i denne sag, at indkomsterne var skattepligtige for selskabsdeltageren personligt. Dette må under hensyntagen til den sam-

92. Se hertil *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328.
93. Tandlægevirksomhed kunne ifølge det oplyste på daværende tidspunkt ifølge indenrigsministeriets bestemmelse lovligt omdannes til et aktieselskab.

tidige sag LSRM 1978, 63 tages som udtryk for, at der blev lagt vægt på, at det kun var tandlægerne, som personligt havde autorisationer som tandlæger.[94] Dette sidste er uforståeligt, eftersom virksomheden som tandlæge utvivlsomt på daværende tidspunkt kunne udøves i selskabsform.[95]

Betydningen af den personlige bevilling fremgår endelig af Landsskatterettens kendelse i LSRM 1980, 63 om en *ejendomsmægler,* der personligt havde et næringsbrev som ejendomshandler. Ejendomsmægleren redegjorde for, at virksomheden kunne udøves i selskabsform, selvom næringsbrevet alene kunne udstedes til ham personligt. Når Landsskatteretten på trods heraf allokerede indkomsten til selskabsdeltageren må det tages som udtryk for, at Landsskatteretten var af den opfattelse, at indkomsten skulle allokeres til det skattesubjekt, der havde bevilling til at udøve den pågældende indkomstskabende aktivitet.[96]

Den skatteretlige opfattelse af, hvilke former for virksomhed der i civilretlig henseende gyldigt kan udøves i et selskab, blev imidlertid senere ændret. Grundlaget for den ændrede opfattelse var en erkendelse af, at der ikke nødvendigvis er nogen sammenhæng mellem på den ene side den personlige autorisation og på den anden side muligheden for at drive en virksomhed i et selskab. Det blev således anerkendt, at en virksomhed, som kræver personlig autorisation eller bevilling, efter omstændighederne kan udøves i et selskab. I disse tilfælde anerkendte skattemyndighederne som følge heraf, at indkomsten fra denne virksomhed kunne allokeres til selskabet, selvom selskabsdeltageren havde den personlige autorisation eller bevilling til at udøve virksomheden. På baggrund heraf blev det allerede i 1989 accepteret, at indkomsten fra en virksomhed som *speciallæge* kunne allokeres til et selskab, jf. TfS 1989, 459 SD.[97]

En virksomhed som *dyrlæge* kan ligeledes udøves i selskabsform med den virkning, at indkomsten fra virksomheden allokeres til selskabet, uagtet autorisation til udøvelse af virksomhed som dyrlæge alene kan meddeles til en fysisk person, jf. TfS 1997, 517 LSR.[98]

---

94. Ligeledes *Thøger Nielsen*, SpO 1972, 51 og *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193. Se hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 108. *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 352 betegner med rette Landsskatterettens begrundelse om indholdsløs.
95. Jf. også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 108 og *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Dansk selskabsret 3, s. 295-296.
96. Jf. også *Thøger Nielsen*, SpO 1972, 51 og *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193. Virksomhed som ejendomsmægler kan i dag utvivlsomt udøves inden for rammerne af et anparts- og aktieselskab, jf. lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 1, og BEK nr. 996 af 14/12 1993. Se også *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Dansk selskabsret 3, s. 296.
97. Se også *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193 og *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Dansk selskabsret 3, s. 295-296.
98. Dette var ikke antaget inden Landsskatterettens kendelse, jf. også *Thøger Nielsen*, SpO 1972, 51 og *Michael Amstrup*, TfS 1992, 541. Se endvidere *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Dansk selskabsret 3, s. 295.

Af Landsskatterettens kendelse fremgik ikke alene, at dyrlægevirksomhed kan udøves i selskabsform med den virkning, at selskabet bliver rette indkomstmodtager af virksomhedens indkomst.[99] Det fremgik endvidere, at sundhedsmyndighederne på et tidligere tidspunkt havde accepteret, at virksomhed som *alment praktiserende læge* kunne udøves i selskabsform.[100] Dette må selvsagt have haft den virkning, at indkomst fra virksomhed som læge kunne allokeres til et selskab i skattemæssig henseende.[101]

> At den skatteretlige anerkendelse af selskabet som rette indkomstmodtager fortsat er afhængig af, at virksomheden gyldigt kan udøves i selskabsform, fremgår også implicit af tre nyere afgørelser, TfS 1998, 312 Ø, TfS 1999, 646 Ø og TfS 2001, 573 LR. I førstnævnte sag, der er refereret nedenfor 3.2.4, lagde landsretten bl.a. vægt på, at selskabsdeltageren var anmeldt som filialbestyrer, og at alene fysiske personer kunne anmeldes som filialbestyrere. Østre Landsret lagde i den anden sag, der er omtalt ovenfor 3.1.2, vægt på, at den indkomstskabende aktivitet utvivlsomt i civilretlig henseende kunne udøves gennem et aktieselskab. Det var således en forudsætning for, at selskabet kunne være rette indkomstmodtager, at aktieselskabet i civilretlig henseende kunne udøve den påtænkte indkomstskabende aktivitet. I sidstnævnte sag, der er gennemgået ovenfor 3.1.2, tog Ligningsrådet udtrykkeligt forbehold om den civilretlige godkendelse af det påtænkte arrangement. Den indkomst, som sagen vedrørte, ville derfor kun kunne allokeres til et aktieselskab, hvis dette selskab i civilretlig henseende kunne udøve den påtænkte indkomstskabende aktivitet.

Bestyrelsesmedlemmer i aktie- og anpartsselskaber skal i henhold til henholdsvis aktieselskabslovens § 52, stk. 1, og anpartsselskabslovens § 19, stk. 1, være myndige personer og må ikke være under værgemål efter værgemålslovens § 5 eller under samværgemål efter værgemålslovens § 7.[102] Det blev derfor oprindeligt antaget, at sådanne honorarer skulle beskattes hos bestyrelsesmedlemmet personligt, eftersom selskabet i civilretlig henseende ikke gyldigt kunne være medlem af en bestyrelse, jf. TfS 1991, 477 TS.[103] Denne opfattelse er imidlertid

---

99. Se også *Gitte Skouby*, R&R 1998, 10, 30 og TfS 1998, 485, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208 og *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193.
100. Det følger i dag af den offentlige sygesikrings overenskomster med læger, speciallæger og tandlæger, at sådan virksomhed kan udøves som en personligt ejet virksomhed, i form af et kompagniskab eller inden for rammerne af et anpartsselskab, jf. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*, Dansk selskabsret 3, s. 296.
101. De ovenfor refererede afgørelser i LSRM 1978, 63 og LSRM 1980, 62 har derfor i dag alene historisk interesse.
102. Se endvidere *Jan Schans Christensen*, Kapitalselskaber, s. 364-365.
103. Dette var også antaget af Statsskattedirektoratet, jf. afgørelsen SpO 1975, 176 (j.nr. KD 323-630/1974), der er omtalt af *Kirsten Høpner Petersen* i SR-Skat 1989, 328. Se også *Sune Hein Bertelsen*, TfS 2002, 267.

efterfølgende blevet ændret, jf. sagerne TfS 1996, 337 TS, TfS 2002, 262 LR, TfS 2003, 957 LR og TfS 2004, 262 LR.

Told- og Skattestyrelsen anførte for det første i TfS 1996, 337 TS, at advokaters bestyrelseshonorarer kunne allokeres til et af advokaten ejet selskab, når advokaten drev advokatvirksomhed i selskabsform.[104] Told- og Skattestyrelsen var af den opfattelse, at det var uden betydning, at selskabet i civilretlig henseende ikke kunne udøve den indkomstskabende aktivitet, der fremkaldte indkomsten. En allokering af indkomsten til selskabet forudsatte dog, at selskabet udstedte faktura med moms for arbejdet og at hele beløbet uden fradrag af arbejdsmarkedsbidrag og A-skat blev betalt til selskabet.[105] Det fremgår ikke af det offentliggjorde referat, hvorledes Told- og Skattestyrelsen begrundede denne afvigelse fra det civilretlige udgangspunkt. Yderligere oplysninger om Told- og Skattestyrelsens indstilling er imidlertid offentliggjort af *Sune Hein Bertelsen* i TfS 2002, 267. Heraf fremgår, at Told- og Skattestyrelsen begrundede sin afgørelse med følgende:

> »Folketinget har bestemt, at advokater i visse situationer skal optræde 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, indgår i virksomhedens indkomst. Det afgørende skridt er i realiteten allerede truffet med denne praksis«.

---

104. Se også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208, *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193 og *Sune Hein Bertelsen*, TfS 2002, 267.
105. Jf. også *Gitte Skouby*, TfS 1998, 549.

Told- og Skattestyrelsens betragtninger vil blive behandlet nedenfor i fællesskab med Ligningsrådets argumentation i sagerne TfS 2002, 262 LR, TfS 2003, 957 LR og TfS 2004, 262 LR.

Denne afgørelse gav forståeligt nok anledning til flere spørgsmål om, hvorvidt en indkomst som bestyrelsesmedlem kunne allokeres til andre selskaber end et såkaldt advokatselskab, herunder om f.eks. personer, der drev virksomhed som konsulent eller rådgiver i selskabsform, kunne indtægtsføre eventuelle bestyrelseshonorarer i selskabet.

I sagen TfS 2002, 262 LR gav Ligningsrådet tilladelse til, at en rådgiver kunne allokere indkomsten fra sit arbejde som bestyrelsesmedlem til sit selskab. Det afgørende var for Ligningsrådet dels, at arbejdet som bestyrelsesmedlem havde indgået som et integreret led i den virksomhed, der blev udøvet i selskabsform, dels at formålet med de civilretlige regler, hvorefter virksomheden ikke kunne udøves i selskabsform, var et andet end de skatteretlige regler.[106]

Selv om der intet anføres herom, må det tillige antages, at kravet om, at det er selskabet, der udsteder faktura (med moms) for bestyrelsesarbejdet, og at klienten udbetaler hele fakturabeløbet til selskabet uden fradrag af arbejdsmarkedsbidrag og A-skat, fortsat er gældende.[107]

Det blev endelig afvist at lægge vægt på de civilretlige regler, hvorefter virksomheden alene kunne udøves af en fysisk person, idet den selskabsretlige regulering ifølge Ligningsrådet havde et andet formål end den skatteretlige regulering.

Beskatningen af et bestyrelseshonorar som selskabsindkomst forudsætter i henhold til TfS 1996, 337 TS og TfS 2002, 262 LR, at indkomsten er et integreret led i udførelsen af den indkomstskabende aktivitet, og at den øvrige indkomstskabende aktivitet gyldigt i civilretlig henseende kan udøves i selskabsform. Dette følger også af sagen TfS 2004, 262 LR, som omhandlede et norsk selskab, der ejede halvdelen af kapitalandelene i et dansk selskab, og som havde ret til at udpege to medlemmer af det danske selskabs bestyrelse. Det norske selskab udpegede to af sine ansatte som medlemmer af bestyrelsen til at varetage det norske selskabs interesser. Det danske selskab forespurgte herefter Ligningsrådet, om bestyrelseshonorarer kunne udbetales til det norske selskab som rette

---

106. Se hertil *Sune Hein Bertelsen*, TfS 2002, 267, der anfører, at der skal være en ikke ubetydelig sammenhæng mellem virksomheden og varetagelsen af hvervet som bestyrelsesmedlem. *Svend Erik Holm*, R&R 2002, SM 105, er ikke enig i denne konklusion. Under henvisning til det af Ligningsrådet i TfS 2003, 957 LR anførte kan førstnævnte forfatters opfattelse tiltrædes. *Jan Pedersen*, Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 980, fortolker afgørelsen således, at Ligningsrådet afviste at anvende substitutionsprincippet. I LV 2004-1 S.C.1.1.1 omtales sagen ligeledes som et »substitutionstilfælde«. Ligningsrådet lagde så vidt ses ikke vægt på, om bestyrelsesmedlemmet kunne substitueres med andre.

107. Jf. TfS 1996, 337 TS og TfS 2003, 957 LR. Ligeledes *Svend Erik Holm*, R&R 2002, SM 105.

indkomstmodtager. Ligningsrådet lagde i overensstemmelse med den hidtidige praksis til grund, at bestyrelsesarbejdet skulle være et integreret led i selskabets virksomhed, førend indkomsten kunne allokeres til dette som rette indkomstmodtager. Da dette ikke var tilfældet, kunne bestyrelseshonorarerne ikke udbetales til selskabet uden skattemæssige konsekvenser for de ansatte, der var bestyrelsesmedlemmer i det danske selskab.

Der må stilles krav om en væsentligere integration, jf. TfS 2003, 957 LR. I sidstnævnte sag kunne en person, der ville drive virksomhed som konsulent i selskabsform, ikke indtægtsføre bestyrelseshonorarerne i selskabet, eftersom arbejdet som bestyrelsesmedlem ikke var et tilstrækkeligt integreret led i selskabets konsulentvirksomhed.[108] Det må endvidere antages, at Ligningsrådet med denne afgørelse har gentaget kravet om, at det skal være selskabet, der udsteder faktura (med moms) for bestyrelsesarbejdet, og at klienten udbetaler hele fakturabeløbet til selskabet uden fradrag af arbejdsmarkedsbidrag og A-skat.

Told- og Skattestyrelsens og Ligningsrådets argumenter for, at indkomsten som bestyrelsesmedlem kan allokeres til et selskab, selvom den indkomstskabende aktivitet i civilretlig henseende alene kan udføres af en person, er følgende:

Det for det første anført, at arbejdet som bestyrelsesmedlem må anses for at være indkomst som selvstændig erhvervsdrivende. Dette er korrekt,[109] og bemærkningen herom er en nødvendig pointe, idet indkomst som lønmodtager ikke kan beskattes hos et selskab, jf. TfS 2002, 519 H. Det forhold, at indkomsten utvivlsomt må anses for at hidrøre fra en selvstændig erhvervsvirksomhed, er imidlertid ikke ensbetydende med, at indkomsten kan oppebæres af et selskab. I såvel Højesterets som landsretternes praksis er en allokering af en indkomst hidrørende fra en selvstændig erhvervsvirksomhed til et selskab således blevet tilsidesat i adskillige tilfælde.[110] Når det af Told- og Skattestyrelsen anføres, at det »afgørende skridt i realiteten allerede er truffet« i og med, at indkomsten anses for at hidrøre fra en selvstændig erhvervsvirksomhed, er det derfor direkte misvisende. Efter Ligningsrådets afgørelse i TfS 2003, 957 LR er argumentet endvidere afvist, idet Ligningsrådet ikke ville lade selskabsdeltageren allokere indkomsten til selskabet, men fortsat ville lade selskabsdeltageren oppebære denne som indkomst fra selvstændig erhvervsvirksomhed.

Selv om der er tale om erhvervsmæssig virksomhed, kan arbejdet som bestyrelsesmedlem

108. I LV 2004-1 S.C.1.1.1 omtales sagen som et »substitutionstilfælde«. Ligningsrådet lagde så vidt ses ikke vægt på, om bestyrelsesmedlemmet kunne substitueres med andre.
109. Se tvivlende *Svend Erik Holm*, R&R 2002, SM 105.
110. Se nærmere nedenfor 3.2.4.

> heller ikke i selskabsretlig henseende være en del af selskabets formål, idet et selskab ikke kan have til formål at drive en erhvervsmæssig virksomhed, som i henhold til lovgivningen ikke kan drives i den pågældende selskabsform.[111]

For det andet henvises til, at advokater ved en ændring af retsplejelovens § 124 fik ret til at drive virksomhed i selskabsform. Som anført af Told- og Skattestyrelsen i sagen TfS 1996, 337 TS kan det på den baggrund forekomme usammenhængende, hvis ikke en del af advokatens traditionelle virksomhed – bestyrelsesarbejdet – ligeledes kan udøves i selskabsform. Argumentet har imidlertid ikke megen styrke, eftersom Folketinget undlod at ændre reglerne i aktieselskabslovens § 52, stk. 1, og anpartsselskabslovens § 19, stk. 1, samtidig med ændringen af retsplejelovens § 124. Den del af advokatens traditionelle virksomhed, der består i arbejdet som bestyrelsesmedlem, skal derfor fortsat i civilretlig henseende udøves af advokaten personligt. Virksomheden som bestyrelsemedlem er derfor advokatens selskab uvedkommende i enhver civilretlig sammenhæng, idet advokaten direkte bærer alle rettigheder og pligter i forhold til selskabet og dets selskabsdeltagere. En manglende sammenhæng i den skattemæssige behandling af forskellige typer af indkomster, der oppebæres i en advokatvirksomhed, ville derfor alene afspejle en helt tilsvarende – og uden tvivl tilsigtet – manglende civilretlig sammenhæng.[112]

Ligningsrådet gør for det tredje gældende, at den civilretlige regulering har et andet formål end den skatteretlige regulering. Formålet med bestemmelserne i aktieselskabslovens § 52, stk. 1, og anpartsselskabslovens § 19, stk. 1, er således at sikre, at bestyrelsesmedlemmerne kan ifalde et personligt ansvar. Formålet med den skatteretlige regulering er at finde den korrekte skattemæssige allokering af indkomsten. Der må gives Ligningsrådet medhold i, at den civilretlige regulering har andre formål end den skatteretlige. Dette vil imidlertid altid være tilfældet og er derfor ikke noget velvalgt argument for, at skatteretten ikke tager udgangspunkt i de civilretlige normeringer. De civilretlige regler vil således altid have et andet formål end de skatteretlige regler; Dette er jo hele baggrunden for, at der sondres mellem de civilretlige virkninger og de skatteretlige virkninger af en disposition.[113] Ligningsrådets argument kunne i sin yderste konsekvens tages som indtægt for, at en virksomhed som lønmodtager kan udøves i et selskab med den virkning, at selskabet bliver rette indkomstmodtager, idet det forhold, at et selskab i henhold til vore civilretlige regler skal være erhvervsdrivende, har et

---

111. Se også *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193.
112. Argumentet svækkes yderligere, når Ligningsrådet ud fra en lighedsgrundsætning i sagen TfS 2002, 262 LR måtte give en konsulent ret til at indtægtsføre sine bestyrelseshonorarer i et selskab.
113. Se om civilrettens funktion i forhold til skatteretten *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 219-261.

andet sigte end skatterettens regler om lønmodtagere.[114] Højesteret ville i hvert fald ikke være enig i denne betragtning, jf. TfS 2002, 519 H.

For det fjerde og sidste omtales den nære tilknytning mellem advokatens virksomhed i selskabet og advokatens virksomhed som bestyrelsesmedlem, som også er blevet en afgørende forudsætning for, at indkomsten som bestyrelsesmedlem kan allokeres til et selskab. Denne form for »afsmitning« er selvklart nærliggende ud fra en betragtning om, hvor rigoristisk en opdeling af indkomsten i dels en indkomst fra en selvstændig erhvervsvirksomhed, dels en indkomst fra selskabet, vil forekomme. Det er imidlertid ikke et velvalgt argument for at tilsidesætte reglerne om indkomstens allokering. Advokaten kan f.eks. have andet lønnet arbejde som lønmodtager, der er tæt forbundet med den advokatvirksomhed, der drives i selskabsform, uden at indkomsten herfra af den grund kan indtægtsføres i selskabet, jf. TfS 2002, 519 H.

Et sidste argument for at indtægtsføre bestyrelseshonorarer i et selskab – der i øvrigt ikke anføres af Told- og Skattestyrelsen eller Ligningsrådet – er en henvisning til sagerne om personlig autorisation og bevilling. Dette forudsætter dog, at reglerne i aktieselskabslovens § 52, stk. 1, og anpartsselskabslovens § 19, stk. 1, fortolkes således, at der heller ikke i civilretlig henseende er noget til hinder for, at et selskab er bestyrelsesmedlem, så længe de enkelte bestyrelsesposter varetages af myndige personer. Selskabets funktion ville da alene være at pålægge de enkelte bestyrelsesmedlemmer at stemme efter selskabets – og ikke egen – overbevisning. En sådan civilretlig tolkning er ikke holdbar.

Ligningsrådets og Told- og Skattestyrelsens afgørelser er, som det ses, meget vidtgående. Det er således vanskeligt at finde argumenter for, hvorfor indkomsten fra en virksomhed, der i civilretlig henseende ikke kan udøves i selskabsform, kan allokeres til et selskab,[115] ikke mindst i lyset af de mange sager, hvor Højesteret har tilsidesat en allokering af indkomsten til et selskab, selvom den indkomstskabende aktivitet utvivlsomt kunne være udøvet i dette.[116] På baggrund af den meget konkrete vurdering kan det i al fald ikke antages, at den indkomst, der hidrører fra en indkomstskabende aktivitet, altid kan allokeres til et selskab, når aktiviteten er tilstrækkeligt nært knyttet til selskabets øvrige aktiviteter.

En allokering af en indkomst til et selskab forudsætter i øvrigt også, at selskabet i civilretlig

114. Se hertil *Jan Pedersen*, R&R 1998, SM 305 der henviser til, at selskaber i henhold til aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven skal være erhvervsdrivende for, at registrering af selskabet kan foretages. Som følge heraf kan et traditionelt lønmodtagerforhold ifølge forfatteren ikke foregå i selskabsform, idet en lønmodtager ikke er selvstændigt erhvervsdrivende.
115. Cfr. *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 109, note 35.
116. Se om disse sager ovenfor 3.1 og nedenfor 3.2.4.

henseende er gyldigt stiftet og registreret. Det anerkendes dog i praksis, at selskaber under stiftelse kan være selvstændige skattesubjekter, såfremt selskabet senere registreres på et uforandret grundlag.[117] Registreres selskabet ikke, skal selskabsdeltagerne i stedet beskattes af indkomsten som rette indkomstmodtagere, jf. TfS 2002, 777 Ø.

3.2.3 Den særlige personlige erhvervsevne – »Substitutionsprincippet«

En indkomstskabende aktivitet, der indebærer et fysisk eller åndeligt arbejde, vil altid involvere en fysisk person. Et selskab kan nu engang hverken røre på sig eller tænke selv. I mange tilfælde har det arbejde, som skal udøves af den fysiske person, en sådan karakter, at det vil kunne udøves af mange forskellige personer. Arbejdet som murer, tømrer, advokat eller revisor m.v. kan f.eks. udøves af alle, som har fået den korrekte uddannelse, selvom der selvfølgelig vil være forskel på graden af dygtighed og engagement. Andre typer af arbejde kræver som følge af deres karakter nogle særlige egenskaber, som kun et fåtal personer er født med. Professionelle idrætsudøvere er et eksempel herpå: Alle kan spille fodbold, men det er de færreste beskåret at blive en international stjerne og spille for landsholdet. Det vil dog også her kunne påpeges, at alle kan spille fodbold og derfor i princippet kan arbejde som professionelle idrætsudøvere. Forskellen på den dårlige advokat og den dårlige fodboldspiller er blot, at det er lettere at få øje på sidstnævntes mangler end førstnævntes, og at førstnævnte derfor alt andet lige vil have lettere ved at finde arbejde end sidstnævnte.

I forbindelse med den indkomstskabende aktivitet kan en fysisk person opnå en sådan status, at den tredjemand, til fordel for hvem aktiviteten udøves, udelukkende vil kontrahere med den pågældende fysiske person. Når en internationalt anerkendt operasanger kontraherer med en arrangør af koncerten forventer arrangøren og tilhørerne således, at den pågældende operasanger optræder. Selv om andre kan synge – og nogle måske endog bedre end operasangeren – er det nu engang den pågældende, som folk har betalt for at se. På samme måde kan en professionel fodboldspiller ikke sende en anden person i sit sted under henvisning til, at den pågældende også kan spille fodbold, hvad enten erstatningen måtte være en bedre eller dårligere fodboldspiller.

De foran anførte betragtninger førte i skatteretlig praksis til det såkaldte substitutionsprincip. I henhold til dette princip skulle en indkomst beskattes hos en person, hvis den indkomstskabende aktivitet var så nøje forbundet med personens erhvervsevne, at aktiviteten ikke kunne udøves af andre, idet personen på grund af sin særlige erhvervsevne ikke kunne substituere sig selv med en anden.[118]

---

117. Jf. *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 286-287.

118. Se hertil LV 2004-1 S.C.1.1.1, *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 397-398, *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 89, *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328 og *Michael*

Denne praksis omfattede for det første *professionelle idrætsudøvere*, jf. TfS 1985, 572 LSR[119] og TfS 1986, 503 DEP. I førstnævnte sag udtalte Landsskatteretten, at en professionel idrætsudøver ikke kunne indtægtsføre nogle honorarer i et af ham behersket anpartsselskab, idet honorarerne var nært knyttet til idrætsudøverens person som daværende international sportsstjerne. Honorarerne vedrørte hovedsageligt anvendelsen af idrætsudøveren i reklamemæssigt øjemed.[120] I den anden sag udtalte Skatteministeriet, at professionel boksning ikke kunne drives i selskabsform med den virkning, at indkomsten hidrørende fra boksningen blev beskattet i selskabet, idet virksomheden var så nøje forbundet med en person som professionel sportsudøver, at indkomsten måtte anses som personlig indkomst.[121]

Heller ikke *kunstnerisk virksomhed* kunne ifølge skattemyndighederne eller Landsskatteretten udøves i et selskab med den virkning, at indkomsten herfra kunne allokeres til selskabet, jf. sagen TfS 1986, 303 LSR om en tegner, der havde stiftet et anpartsselskab med det formål at drive kunstnerisk virksomhed. Tegneren havde indgået en aftale med selskabet, hvorefter selskabet skulle have rettighederne til klagerens kunstneriske frembringelser for fremtiden, således at honorarer og royalty vedrørende tiden efter selskabets stiftelse skulle indtægtsføres i selskabet. Landsskatteretten tiltrådte af de af skattemyndighederne anførte grunde, at royalty og honorarer skulle allokeres til tegneren, der derfor skulle beskattes af disse beløb. For så vidt angik honorarerne tilføjede Landsskatteretten, at de »var således knyttet til klagerens person som udøvende kunstner, at de ikke kunne overføres til beskatning i selskabet«.

Selv om der alene var én offentliggjort afgørelse om allokering af indkomst

---

Amstrup, TfS 1992, 541. Anderledes *Jan Pedersen*, R&R 1998, SM 305 og Skatteretten 2, s. 308, der anfører, at det administrative krav angiveligt var opstået som følge af det selskabsretlige krav om, at selskabet skal være erhvervsdrivende, jf. aktieselskabslovens § 1 og anpartsselskabslovens § 1. *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 96-97 tilslutter sig så vidt ses dette synspunkt. Det anførte er næppe retvisende for skattemyndighedernes holdning. Virksomhed som kunstner, forfatter, skuespiller, foredragsholder og sportsudøver kunne utvivlsomt også dengang efter omstændighederne anses for at være selvstændig erhvervsvirksomhed og kunne derfor i civilretlig henseende udøves i selskabsform. På trods heraf ville skattemyndighederne ikke anerkende selskabsformen som ramme om virksomheden. Dette bekræftes af forholdet mellem afgørelserne TfS 1988, 234 DEP, hvor en professionel bokser blev anset for at være selvstændig erhvervsdrivende, og derfor kunne benytte virksomhedsordningen, og TfS 1986, 503 DEP, hvor en professionel bokser ikke kunne drive virksomhed i selskabsform.

119. LSRM 1986, 44.

120. Jf. også om afgørelsen *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328.

121. Se også *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328. Til gengæld kan en professionel bokser benytte virksomhedsordningen, jf. TfS 1988, 234 DEP.

hidrørende fra kunstnerisk virksomhed, var resultatet fast antaget i teori og praksis.[122]

> I en utrykt kendelse af 9. juli 1985 (j.nr. 4-78-976) havde Landsskatteretten udtalt, at en indkomst hidrørende fra en skuespillers arbejde ikke kunne allokeres til et selskab i skattemæssig henseende. Det var uden betydning for Landsskatteretten, at selskabet havde flere ansatte, og at en væsentlig del af kontrakterne med tredjemand forpligtede skuespilleren til at medbringe en akkompagnatør.[123]

Situationen var ikke bedre for *forfattere*, der ikke kunne allokere et honorar for udarbejdelsen af et skriftligt værk til et selskab i det omfang, hvori indkomsten som følge af forfatterens status var nært knyttet til den pågældendes person, jf. R&R 1981, SM 147. Dette gjaldt i alt fald, hvor arbejdet forudsatte, at det udøvedes af forfatteren selv med denne som egentlig ansvarlig for arbejdets udførelse.

Der findes også en ikke offentliggjort afgørelse herom, jf. *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328.

> I Landsskatterettens ikke offentliggjorte kendelse af 28. juni 1984 (jr. nr. 4-78-993) anførtes, at nogle forfatterhonorarer skulle beskattes personligt hos forfatteren, idet de forudsatte, at arbejdet blev udøvet af forfatteren selv. Det blev ikke tillagt betydning, at forfatterens selskab havde indgået to overenskomster samt en hovedredaktøraftale med et forlag om udarbejdelse af et større værk.

Når forfatteren havde udarbejdet et værk, blev det dog i praksis efter omstændighederne accepteret, at det fremtidige afkast heraf – cfr. den første betaling for værkets udarbejdelse – kunne allokeres til et selskab.[124]

Som nævnt ovenfor kan nogle typer af arbejde lettere udøves af mange med nogenlunde samme succes end andre typer af arbejde. I kraft heraf var der så vidt ses ikke praksis, hvorefter f.eks. en håndværker ikke kunne allokere en indkomst til et selskab, selvom den pågældende måtte være så personligt dygtig, at indkomsten var nøje forbundet til den pågældendes person. Tanken herom lå imid-

---

122. Jf. også LV 2004-1 S.C.1.1.1, *Kirsten Høpner Petersen* i SR-Skat 1989, 328 og *Michael Amstrup*, TfS 1992, 541.
123. Sagen er omtalt af *Kirsten Høpner Petersen* i SR-Skat 1989, 328. I en anden ikke offentliggjort afgørelse fra Statsskattedirektoratet (j.nr. 350-4432-2331), der også omtales af *Kirsten Høpner Petersen* i SR-Skat 1989, 328, blev det derimod forudsætningsvis lagt til grund, at 4 skuespillere og 1 impressario kunne allokere indkomster hidrørende fra teaterforestillinger og teaterturneer til et af dem ejet selskab. Årsagen hertil var angiveligt, at de pågældende skuespillere og impressario kunne erstattes (substitueres) af andre.
124. Se herom nedenfor 4.2.1.

lertid ikke skattemyndighederne fjernere, end at udøvere af *liberale erhverv* i to tilfælde er blevet beskattet af en indkomst ud fra betragtninger svarende til substitutionsprincippet.

Den ene af disse afgørelser, TfS 1990, 405 LSR, omhandlede en person, der drev virksomhed som *konsulent* i selskabsform, hvor han navnlig arbejdede for et varehus med udarbejdelse af analyser og forslag til iværksættelse af aktiviteter, udarbejdelse af markedsanalyser, udarbejdelse af rapporter og hjælp til lagerrealisering. Selskabet varetog endvidere rådgivning i forbindelse med ombygning og modernisering af forretninger, udvælgelse og ansættelse af medarbejdere og omlægning af markedsføring. Landsskatteretten lagde afgørende vægt på, at det alene var konsulenten, der besad den viden og de forudsætninger, som var nødvendige for at udøve den indkomstskabende aktivitet. Konsulenten kunne derfor ligesom en professionel idrætsudøver, en kunstner eller en forfatter ikke substitueres af andre.[125]

Den anden afgørelse, TfS 1989, 20 LSR, omhandlede en *psykolog*, der havde stiftet et selskab, som havde overtaget hans virksomhed med døgnpleje. Efter de foreliggende oplysninger fandt Landsskatteretten, at erhvervelsen af indkomsten måtte anses for at være betinget af klagerens personlige arbejdsindsats som psykolog. Indkomsten skulle derfor beskattes hos selskabsdeltageren. Landsskatterettens begrundelse var ikke synderlig præcis. Afgørelsen kan enten fortolkes således, at Landsskatteretten var af den opfattelse, at psykologen fortsat var lønmodtager,[126] eller at Landsskatteretten var af den opfattelse, at den indkomstskabende aktivitet var så afhængig af hans personlige erhvervsevne, at substitutionsprincippet fandt anvendelse.[127] Sagen må under nogen tvivl taget til indtægt for sidstnævnte synspunkt på baggrund af Landsskatterettens henvisning til »... den personlige arbejdsindsats *som* psykolog«.[128]

Endelig er virksomheden som *agent* for sportsfolk af Ligningsrådet blevet anset for at være personlig indkomst for en selskabsdeltager, eftersom »... indtægterne som FIFA-agent er så tæt knyttet til ... person, at indkomsten skal beskattes hos ... personligt og ikke hos selskabet«, jf. sagen TfS 1998, 655 LR.[129] Det var oplyst, at virksomhed som FIFA-agent forudsatte en licens, der

---

125. Se hertil *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 108-109.
126. Således LV 2004-1 S.C.1.1.1 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208.
127. Således så vidt ses *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52.
128. Kursiveret her. Ligeledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 104.
129. Anderledes *Jan Pedersen*, Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 980, der anfører, at skattemyndighederne som følge af Højesterets dom i sagen TfS 1998, 485 H – der omtales straks nedenfor – anerkendte, at selskabet var rette indkomstmodtager. Det bemærkes, at Ligningsrådets afgørelse blev truffet den 21/4 1998, hvor Højesterets dom i sagen TfS 1998, 485 H først blev afsagt den 16/6 1998. *Carsten Led-Jensen*,

alene kunne udstedes til fysiske personer, og at virksomheden som agent for fodboldspillere i henhold til FIFA's bestemmelser i alt væsentligt forudsatte en sådan licens.[130]

En indkomst som kunstner – og formentlig også en indkomst som professionel idrætsudøver eller forfatter – kunne dog på trods af den manglende substitution allokeres til et selskab i ét tilfælde: Når selskabet udbetalte et vederlag til kunstneren, der svarede til, hvad kunstneren normalt ville have oppebåret, dersom virksomheden var blevet udøvet i privat regi (armslængde-vilkår), jf. sagerne SpO 1981, 343 SD og TfS 1992, 550 LSR.[131]

Sagen SpO 1981, 343 SD omhandlede en kunstner, som havde fået sit selskab til at arrangere en række koncerter, der så vidt ses havde kunstneren i centrum. Indkomsten fra disse koncerter var herefter allokeret til selskabet. Statsskattedirektoratet accepterede, at indkomsten blev allokeret til selskabet, og lagde i forbindelse hermed vægt på,

- at selskabet havde det fulde økonomiske ansvar for koncerterne, og
- at selskabsdeltageren modtog et vederlag, som nogenlunde svarede til hans sædvanlige honorar for at optræde.[132]

Det først anførte relaterer sig til de funktioner, som selskabet udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Det var således selskabet, der afholdt samtlige omkostninger i forbindelse med koncerterne, og som efter det oplyste stod for at arrangere disse.

Indkomsten kunne imidlertid som følge af substitutionsprincippet ikke allokeres til selskabet alene på baggrund af en funktionsanalyse. I henhold til den foran nævnte praksis var den manglende substitution således i sig selv ensbetydende med, at indkomsten blev allokeret til selskabsdeltageren uden hensyntagen til de funktioner, som selskabet havde udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.

Statsskattedirektoratet gav derfor tillige udtryk for, at selskabsdeltageren blev aflønnet på vilkår, der i dag ville blive betegnet som armslængde-vilkår. Heraf følger formentlig, at Statsskattedirektoratet ikke ville have accepteret den fore-

---

Beskatning af lønindkomst, s. 90-91, synes ligeledes at have overset dette, idet afgørelsen fortolkes i lyset af TfS 1998, 485 H.

130. Hverken skattemyndighederne eller Ligningsrådet gjorde dog gældende, at virksomheden ikke kunne udøves i selskabsform med den begrundelse, at dette i civilretlig henseende var en betingelse for, at virksomheden kunne udøves. I lyset af nyere praksis herom, der er omtalt ovenfor 3.2.2, kan det i øvrigt ikke antages, at virksomheden ikke kunne udøves i selskabsform alene fordi autorisationen alene kunne gives til en person.

131. Jf. også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 93-95.

132. Ligeledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 93-94.

tagne allokering af indkomsten, hvis ikke selskabsdeltageren var blevet aflønnet på armslængde-vilkår.[133] Det kan derimod ikke antages, at selskabsdeltageren ville blive beskattet af en fikseret løn.[134] I tilfælde af, at hele den indkomst, som selskabet havde oppebåret, som forudsat af Statsskattedirektoratet i skattemæssig henseende var blevet allokeret til selskabsdeltageren, hvis han ikke var blevet aflønnet på armslængde-vilkår, havde der imidlertid heller ikke været behov for at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret indkomst.

Faktum i den anden sag, TfS 1992, 550 LSR, er noget mere kompliceret og udførligt beskrevet end faktum i sagen SpO 1981, 343 SD. Sagens kerne var imidlertid identisk med SpO 1981, 343 SD: En kunstner havde et selskab, som skulle arrangere en turne med kunstneren og en anden person, således at selskabet blev beskattet af indkomsten fra turnevirksomheden. Ved afgørelsen af, om indkomsten hidrørende fra turne- og koncertvirksomhed kunne allokeres til selskabet i skattemæssig henseende, lagde Landsskatteretten afgørende vægt på, at selskabsdeltageren modtog en sædvanlig aflønning fra selskabet.[135] Dette kan kun fortolkes således, at Landsskatteretten – dersom selskabsdeltageren havde modtaget en mindre end sædvanlig aflønning fra selskabet – ikke ville have beskattet ham af en fikseret indkomst, men derimod ville have allokeret selskabets indkomst til selskabsdeltageren. Landsskatteretten sammenblandede herved ligesom Ligningsrådet praksis om beskatning af fikseret løn med praksis om beskatning af allokering af løn.[136]

En analyse af de funktioner, som selskabsdeltager og selskab udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, ville i øvrigt have vist, at selskabet udøvede de funktioner, som selskabet nu engang kunne udøve.

Hele den ovenfor nævnte praksis er i dag tilsidesat af Højesteret i kraft af den skelsættende dom i sagen TfS 1998, 485 H (Aage Haugland-sagen). I denne sag, der er opkaldt efter nu afdøde operasanger Aage Haugland, afviste Højesteret klart den hidtidige praksis, hvorefter indkomsten skulle beskattes hos selskabsdeltageren, når denne ikke kunne substitueres med andre på grund af sin særlige personlige erhvervsevne. Sagen omhandlede en operasanger, der var ansat på Det Kongelige Teater som lønmodtager, og som havde indtægter ved forskellige typer af kunstneriske opgaver i Danmark og i udlandet. Han havde hidtil indgået

---

133. Jf. også *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1998, 328.
134. Se om praksis herom nedenfor XVIII, 4.
135. Jf. også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 94.
136. Se også *Michael Amstrup*, TfS 1992, 541, der i lyset af praksis om beskatning af fikseret løn, jf. nedenfor XVIII, 4, og Østre Landsrets dom i sagen TfS 1987, 457 Ø, jf. nedenfor 3.2.4, kritiserer afgørelsen. I sidstnævnte afgørelse udtalte landsretten, at det var en naturlig forretningsmæssig disposition til konsolidering af selskabet, at en stor del af vederlaget for konsulentopgaverne blev opsparet i selskabet, og at selskabsdeltageren alene hævede en mindre løn i selskabet.

personlige kontrakter vedrørende hver enkelt opgave, men overvejede nu at oprette et anpartsselskab, der skulle indgå de pågældende kontrakter. Selskabet skulle herefter oppebære indtægterne og afholde udgifterne vedrørende disse opgaver. Udgifterne ville bl.a. omfatte rejse-, hotel- og forplejningsudgifter, omkostninger til repetitør og musikledsagelse under sangøvelser og prøver. Selskabet skulle endvidere indgå eventuelle kontrakter om pladeindspilninger og deltagelse i filmoptagelser.

Såvel Ligningsrådet som Landsskatteretten og Østre Landsret fandt, at operasangeren var rette indkomstmodtager af de omhandlede vederlag; Landsskatteretten under henvisning til, at den indkomstskabende aktivitet »… i det væsentlige eller udelukkende bestod i operasangerens personlige udøvelse af kunstnerisk virksomhed«, og Østre Landsret med den begrundelse, at operasangerens »… arbejdsindsats reelt måtte antages at være afgørende for den samlede indtjening i selskabet …«. Højesteret afviste klart begge disse begrundelser og fandt på »… trods af den mangeårige praksis for ikke at anerkende sådanne konstruktioner i skattemæssig henseende…«, at der hverken i SL § 4 eller på andet grundlag var hjemmel til at frakende udøvelse af kunstnerisk virksomhed i selskabsform skattemæssig betydning.[137]

Således som sagen var forelagt, tog Højesteret alene stilling til indkomst hidrørende fra de kontrakter, som selskabet indgik.[138] Det er således i Højesterets dom forudsat, at kontrakterne blev indgået mellem selskabet og tredjemand.[139] Der blev ikke taget stilling til, om indkomsten kunne allokeres til selskabet, hvis kontrakterne var indgået med Aage Haugland personligt. Højesteret tog med andre ord alene stilling til gyldigheden af substitutionsprincippet.

Højesteret må endvidere have lagt til grund, at Aage Hauglands påtænkte virksomhed som kunstner i selskabsform utvivlsomt kunne karakteriseres som

---

137. Jf. også LV 2004-1 S.C.1.1.1, *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2001, 24, *Gitte Skouby*, TfS 1998, 48, *Jan Pedersen*, R&R 1998, SM 305 og Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 980, *Aage Michelsen*, TfS 2003, 277, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208, *Sune Hein Bertelsen*, TfS 2002, 267 og *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193. Se hertil *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284, fortolker afgørelsen således, at den »... illustrerer statsskattelovens krav om indkomstens realisering«. Efter det oplyste var indkomsten fremkaldt, idet sagen vedrørte spørgsmålet om, hvem der skulle beskattes af den fremkaldte indkomst. TfS 1998, 485 H har derfor ikke betydning for spørgsmålet om, hvorvidt der er hjemmel til beskatning af fikserede indkomster.

138. Aage Hauglands advokat havde således nedlagt følgende påstand: »Under denne sag, der er anlagt den 8/5 1993, har sagsøgeren, Aage Haugland, nedlagt påstand om, at sagsøgte, Skatteministeriet, tilpligtes at anerkende, at sagsøger med skattemæssig virkning kan drive koncertvirksomhed og anden kunstnerisk virksomhed som operasanger i selskabsform i et anpartsselskab, således at indtægter i henhold til kontrakter, der indgås med selskabet, indkomstbeskattes hos selskabet og ikke hos sagsøger personligt«.

139. Jf. også *Gitte Skouby*, TfS 1998, 48.

selvstændig erhvervsvirksomhed[140] i modsætning til hans virksomhed på Det Kongelige Teater, hvor han efter det oplyste var ansat som lønmodtager,[141] og at denne selvstændige erhvervsvirksomhed også i civilretlig henseende kunne udøves i selskabsform.[142]

Præmisserne i Højesterets dom omfatter utvivlsomt også alle de andre tilfælde, hvor skattemyndighederne og Landsskatteretten hidtil har afvist en allokering af indkomst til et selskab, allerede fordi selskabsdeltageren ikke kunne substitueres med andre, herunder professionelle idrætsudøvere, forfattere og andre, som har en særlig personlig, eftertragtet erhvervsevne. For så vidt angår forfattere fremgår dette klart af Østre Landsrets dom i sagen TfS 1999, 541 Ø.[143] Østre Landsret tog i denne sag stilling til spørgsmålet om, hvem der var rette indkomstmodtager af honorarerne fra en løbende forfattervirksomhed. Herom udtaltes, at selskabsdeltageren overdrog »... selskabet hele deres hidtil personligt drevne forfattervirksomhed omfattende blandt andet indtægter fra løbende forfattervirksomhed ...«, og at »... Skatteministeriet skatteretligt ... måtte anerkende overdragelsen af forfattervirksomheden ...«. Det blev således ikke tillagt betydning, at selskabsdeltagernes personlige erhvervsevne utvivlsomt var afgørende for den indkomstskabende aktivitet.[144] Sagen blev anket til Højesteret, men Skatteministeriet hævede anken – formentlig under hensyntagen til Højesterets ovenfor refererede dom i TfS 1999, 485 H.

Substitutionsprincippet må dermed endeligt anses for at høre fortiden til.[145]

3.2.4 Den selvstændige erhvervsdrivende

Der har i praksis været en række sager, hvor den indkomstskabende aktivitet ikke blev karakteriseret som en lønmodtagervirksomhed, hvor aktiviteten i civilretlig henseende gyldigt kunne udøves i selskabsform, og hvor selskabsdel-

---

140. Der var således enighed om, at indkomsten hidrørte fra en selvstændig erhvervsvirksomhed og ikke fra et eller flere ansættelsesforhold, hvor operasangeren var lønmodtager, jf. også *Gitte Skouby*, R&R 1998, 10, 30.
141. Ligeledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208 og *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193.
142. Jf. også *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193.
143. Sagen omtales nedenfor 4.2.1, eftersom den hovedsageligt vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt to forfattere kunne overdrage afkastet af forfatterrettigheder, biblioteksafgifter og rådighedsbeløb i henhold til lov om biblioteksafgift samt kopieringsvederlag fra Copy-Dan til et af dem oprettet selskab.
144. Ligeledes *Aage Michelsen*, R&R 1999, 10, SM 276.
145. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 598-599 og R&R 1999, 10, SM 276, *Erik Werlauff*, UfR 2000B.338, *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 89, *Gitte Skouby*, R&R 1998, 10, 30, *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 1998, 27, *Jan Pedersen*, R&R 1998, SM 305 og Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 979-980, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208, *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 99.

tageren ikke havde en sådan personlig erhvervsevne, at han/hun ikke kunne erstattes af andre, men hvor den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte korrektion ikke desto mindre er blevet tilsidesat.

Disse sager er karakteriseret ved, at indkomsten af skattemyndighederne er blevet allokeret til og beskattet hos selskabsdeltageren, selvom den har været indtægtsført i selskabet. Bortset fra dette fælles karaktertræk er sagerne ret så forskellige. Praksis må derfor opdeles i tre grupper:[146]

Én gruppe af sager vedrører den situation, at selskabsdeltageren via et selskab udøver en indkomstskabende aktivitet i forhold til et andet selskab, og hvor begge selskaber direkte eller indirekte kontrolleres af selskabsdeltageren.[147]

En anden gruppe af sager er kendetegnet ved, at selskabsdeltageren via sit selskab udøver en indkomstskabende aktivitet i forhold til typisk ét andet selskab eller én anden virksomhed (arbejdsgiveren eller kunden), som ikke kontrolleres af eller er nærstående med selskabsdeltageren, men som dog tidligere har haft en vis kontakt med selskabsdeltageren som følge af, at denne tidligere har arbejdet for arbejdsgiveren eller kunden som lønmodtager eller konsulent.[148]

Endelig er der en tredje gruppe af sager, hvor selskabsdeltageren udøver sin indkomstskabende aktivitet gennem et selskab til fordel for ét eller flere selskaber eller personer, som ikke på nogen måde kan karakteriseres som interesseforbundne med selskabsdeltageren, og som ikke tidligere har entreret med selskabsdeltageren personligt.[149]

Se hertil *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 599-600, der sondrer mellem tre situationer, når der er tale om indkomst fra selvstændig erhvervsvirksomhed: Hvor det af gældende dansk ret fremgår, at en aktivitet ikke kan udøves gennem et selskab, hvor den

---

146. Der bortses fra sagen SpO 1976, 123 LSR om en ingeniør, som havde stiftet et selskab, der videreførte en del af ingeniørens hidtil personligt drevne virksomhed. Selskabet skulle varetage produktionen, mens ingeniøren fortsat i personligt regi stod for salget. Ingeniøren aftog samtlige produkter til en pris svarende til hans pris ved videresalg med fradrag af 20 pct. Landsskatteretten fandt ikke, at der var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af det overskud, der var optjent i selskabet, idet der ikke var hjemmel til at sambeskatte selskabsdeltager og selskab, og idet fordelingen af den samlede avance ikke var blevet anfægtet af skattemyndighederne. Sagen er kun kortfattet refereret, men ud fra referatet må det antages, at selskabet havde personalet ansat og udførte de funktioner, som selskabet kunne udøve, i forbindelse med sin indkomstskabende aktivitet. Selskabsdeltageren betalte således selskabet for at benytte selskabets personale i forbindelse med salget. På den baggrund havde det være mere nærliggende at diskutere, om selskabsdeltagerens indkomst rettelig tilkom selskabet. Se også om sagen *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 353.
147. UfR 1983.699 H, TfS 1992, 440 LSR, TfS 1997, 69 V, TfS 1998, 114 H og TfS 2004, 238 Ø.
148. TfS 1987, 457 Ø, TfS 1994, 710 Ø, TfS 1995, 270 Ø, TfS 1999, 101 Ø, TfS 2001, 930 Ø og TfS 2003, 802 H.
149. TfS 1998, 312 Ø og TfS 1999, 110 LSR.

aktivitet, der har fremkaldt indkomsten, alene opfyldes af den fysiske person, der kontrollerer selskabet og hvor det på grund af faktiske forhold er vanskeligt at konstatere, hvem der reelt har erhvervet indkomsten.

Jan Pedersen, Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 981-985 sondrer mellem interesseforbundne og uafhængige direktørselskaber, hvor førstnævnte er karakteriserede ved, at den indkomstskabende aktivitet, der overføres til et selskab, tidligere blev varetaget af det pågældende selskabs selskabsdeltager som lønmodtager, uden at overførslen kan underbygges af driftsmæssige hensyn.

Den første gruppe af sager er som nævnt ovenfor kendetegnet ved, at en selskabsdeltager direkte eller indirekte kontrollerer såvel det selskab, der udøver den indkomstskabende aktivitet (det arbejdstagende selskab), som det selskab, den indkomstskabende aktivitet udøves for (det arbejdsgivende selskab).[150] Det er endvidere karakteristisk for disse sager, at det arbejdstagende selskab alene arbejder for det arbejdsgivende selskab – hvor det til gengæld har »fast« arbejde – og at den indkomstskabende aktivitet alene består i selskabsdeltagerens fysiske og/eller åndelige arbejde. Der er med andre ord etableret en *løbende overførsel* af indkomst mellem *to interesseforbundne selskaber* som følge af selskabsdeltagerens arbejdsindsats.

Den faste løbende overførsel af indkomsten kommer tydeligst til udtryk, når det mellem selskaberne er aftalt, at det arbejdstagende selskab skal aflønnes med et fast månedligt beløb, jf. sagerne UfR 1983.699 H, TfS 1998, 114 H og TfS 2004, 238 Ø.

Faktum i førstnævnte sag (UfR 1983.699 H) er noget kompliceret som følge af talrige ændringer i selskabernes ejerforhold. Essensen var, at det arbejdstagende selskab (F A/S) kontrolleredes af selskabsdeltageren i fællesskab med hans tre børn, mens selskabsdeltageren sammen med sin ægtefælle havde i hvert fald væsentlig indflydelse – og en kort overgang kontrol med – det arbejdsgivende selskab (C A/S).[151]

Selv om Højesteret ikke gjorde anmærkning derom, kan det konstateres, at selskabsdeltageren tidligere havde været personligt lønnet af det arbejdsgivende selskab, og at han som nævnt reelt havde bestemmende indflydelse på begge selskaber.

---

150. I TfS 2004, 238 Ø havde selskabsdeltageren alene væsentlig indflydelse på det arbejdsgivende selskab.

151. Selskabsdeltageren og hans ægtefælle ejede 50 pct. af kapitalandelene. 49,5 pct. ejedes af et svensk firma, som selskabsdeltageren og hans nærstående efter det oplyste ikke havde indflydelse på. De sidste 0,5 pct. ejedes af selskabsdeltagerens advokat, der også senere blev selskabsdeltager i det arbejdstagende selskab.

Når Højesteret herefter »... efter alt foreliggende ...« lagde til grund, at motivet for oprettelsen af det ene af selskaberne var at give selskabsdeltageren mulighed for skattemæssige besparelser, er det klart, at der blev foretaget en samlet vurdering af de motiver, der lå bag den valgte konstruktion. Selskabsdeltagerens ønske om skattemæssige besparelser var imidlertid ikke i sig selv tilstrækkelig til at allokere indkomsten til ham, omend det utvivlsomt blev tillagt betydning.[152] Det tilføjedes derfor af Højesteret,

– at selskabsdeltagerens arbejdsindsats reelt var afgørende for den samlede indtjening i det arbejdstagende selskab,[153] og
– at en vilkårlig del af vederlaget for hans arbejde herefter var overført til det arbejdstagende selskab.

Herefter udtalte Højesteret, at der ikke var forbundet en sådan realitet med spaltningen af vederlaget, at denne kunne lægges til grund ved fastsættelsen af selskabsdeltagerens skattepligtige indkomst.[154] Ved afgørelsen lagde Højesteret – som det ses – vægt på, at forudsætningen for den indkomstskabende aktivitet var selskabsdeltagerens fysiske og åndelige arbejde. I betragtning af, at det arbejdstagende selskab alene havde én ansat, og at dette var selskabsdeltageren, kan denne bemærkning give anledning til en vis forundring. Alle andre små selskaber, som alene beskæftiger selskabsdeltageren, vil således kunne nikke genkendende til den situation, at selskabet naturligvis ikke ville have nogen indkomst, hvis ikke det havde været for selskabsdeltagerens personlige arbejdsindsats. Højesteret har endvidere som nævnt ovenfor i Aage Haugland sagen (TfS 1998, 485 H) accepteret, at en operasanger kan udøve sin i øvrigt meget personlige virksomhed i selskabsform, også selvom operasangerens arbejdsindsats reelt ville være afgørende for den samlede indtjening i selskabet. Højesterets bemærkning om selskabsdeltagerens arbejdsindsats kan derfor ikke fortolkes således, at en indkomst ikke kan oppebæres i et selskab, når selskabet alene har én ansat, og denne ansatte er selskabsdeltageren. Den må i stedet opfattes således, at Højesteret lagde vægt på, at selskabet ikke havde nogen del i den indkomstskabende aktivitet, eftersom aktiviteten udelukkende bestod af sel-

---

152. Jf. også *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53 og *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328. Anderledes *Gitte Skouby*, R&R 1998, 10, 30 og så vidt ses *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 94: »Retten har formentlig fundet, at det isoleret set er uden betydning, hvis opsplitningen alene er båret af skattemæssige motiver uden en fornøden tilknytning til det faktisk grundlag.«
153. Jf. også *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52 og *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328.
154. Ligeledes *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52 og *Jan Pedersen*, Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 981.

skabsdeltagerens personlige arbejdsindsats.[155] Selskabet havde således så vidt ses ikke tilvejebragt nogle rammer for den indkomstskabende aktivitet, havde ikke nogen rettigheder eller forpligtelser i relation til den indkomstskabende aktivitet, når bortses fra retten til at oppebære indkomsten, og fremtrådte heller ikke udadtil i forhold som den, der udøvede den indkomstskabende aktivitet.[156] En funktionsanalyse fører således til, at den indkomstskabende aktivitet som anført af Højesteret reelt blev udøvet af selskabsdeltageren.

At selskabet ikke havde nogen rettigheder og forpligtelser i relation til den indkomstskabende aktivitet, når bortses fra retten til at oppebære indkomsten herfra, fremgår også af Højesterets bemærkning om, at vederlaget til det arbejdstagende selskab var helt vilkårligt fastsat, idet alene en fast månedlig betaling – men ikke arbejdets omfang og afgrænsning – var fastlagt ved aftale mellem selskaberne.[157] På denne baggrund blev indkomstens allokering tilsidesat som værende uden realitet.[158]

Faktum i sagen TfS 1998, 114 H lignede på mange områder faktum i sagen UfR 1983.699 H.[159] Sagen omhandlede en selskabsdeltager, der efter en konkurs stiftede et selskab, A, med sine 3 mindreårige børn som medstiftere. Der blev senere stiftet endnu et selskab, B, med selskab A og en tredjemand som stiftere med hver 50 pct. af kapitalandelene. A overdrog sin virksomhed til B og stillede selskabsdeltagerens arbejdskraft til rådighed for dette selskab. Det arbejdstagende selskab, der var kontrolleret af selskabsdeltageren, stillede således selskabsdeltagerens arbejdskraft til rådighed for det arbejdsgivende selskab, som selskabsdeltageren havde væsentlig indflydelse på.[160]

Højesteret lagde også i denne sag vægt på motivet for arrangementet. Det

---

155. Jf. også sagen TfS 1998, 114 H, der omtales straks nedenfor.
156. Dette sidste var evident i og med, at selskabet ikke drev handel med andre end det interesseforbundne selskab.
157. Se også *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53, der anfører, at armslængde-princippet hermed havde betydning for sagens udfald. Dette er næppe korrekt, eftersom Højesteret ikke vurderede, om aftalen var indgået på armslængde-vilkår, selvom det bemærkedes, at vederlaget var vilkårligt fastsat.
158. Dette synes imidlertid ikke at føre til, at allokeringen blev tilsidesat ud fra en retsgrundsætning svarende til den såkaldte realitetsgrundsætning, idet den formelle allokering af indkomsten utvivlsomt svarede til den reelle allokering af indkomsten. Anderledes *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 100.
159. Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 101-102, der anvender sagen ved bedømmelsen af, om selskabsdeltageren som lønmodtager kan sætte sig selv på aktier. Selvom selskabsdeltageren utvivlsomt havde ansat sig selv som lønmodtager i det arbejdsgivende selskab, kan der næppe være tvivl om, at den af ham udøvede indkomstskabende aktivitet (konsulentvirksomheden) kunne udøves som selvstændigt erhvervsdrivende. Højesteret syntes i hvert fald ikke at have forudsat, at han fortsat skulle anses som lønmodtager.
160. Se også LV 2004-1 S.C.1.1.1.

anførtes herom, at selskabsdeltageren opnåede skattemæssige fordele. Motivet blev således utvivlsomt tillagt vægt, men var ikke i sig selv afgørende for, at indkomsten skulle allokeres til selskabsdeltageren.[161] Højesteret anførte således tillige,

- at selskabsdeltageren brugte al sin arbejdstid på arbejdet i det arbejdsgivende selskab,
- at det arbejdstagende selskab ikke havde andre ansatte end selskabsdeltageren,
- at formålet med det arbejdsgivende selskab var, at selskabsdeltageren og en anden person skulle udføre arbejde for dette selskab,
- at det arbejdstagende selskab fik et løbende vederlag af samme størrelse som det arbejdsgivende selskab udbetalte som løn til denne anden person, og
- at det arbejdstagende selskab ikke havde anden aktivitet end servicering af selskabsdeltageren og dennes familie.[162]

Det af Højesteret anførte kan sammenskrives således, at det arbejdstagende selskab efter det oplyste ikke havde nogen del i den indkomstskabende aktivitet, eftersom aktiviteten udelukkende bestod af selskabsdeltagerens personlige arbejdsindsats,[163] og at selskabet som betaling for ikke at udøve nogen indkomstskabende aktivitet såvel formelt som reelt fik overført et månedligt beløb, der var udmålt på baggrund af en anden persons månedsløn. Herefter fandt Højesteret ikke, at konstruktionen havde en sådan realitet, at den kunne lægges til grund for indkomstopgørelsen.[164]

Anderledes *Jan Pedersen*, TfS 2000, 142 der henviser til realitetsgrundsætningen i og med, at Højesteret anførte, at »Herefter finder Højesteret, at konsulentkonstruktionen ... ikke havde en sådan realitet, at den kan lægges til grund ved ansættelsen ...«. Som anført af forfatteren i samme artikel kan det faktum, at ordet »realitet« anvendes, ikke tages til indtægt for en bedømmelse svarende til realitetsgrundsætningen.[165] Ordet »realitet« er

161. Anderledes *Gitte Skouby*, R&R 1998, 10, 30, der lægger afgørende vægt på denne udtalelse.
162. Se anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 107, der formoder, at det havde »væsentlig betydning«, at selskabsdeltageren ifølge en stiftelsesoverenskomst skulle være direktør i det arbejdstagende selskab.
163. Serviceringen af selskabsdeltageren og hans familie kunne ikke betragtes som indkomstskabende.
164. *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 90, note 8, anser derfor afgørelsen for at være truffet på baggrund af realitetsgrundsætningen.
165. Anderledes så vidt ses *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 38, note 28, der omtaler en række afgørelser, hvor domstolene i præmisserne anvender ordene »realitet«, »reel« eller lignende, og uden videre tager afgørelserne til indtægt for realitetsgrundsætningen.

> således et sædvanligt forekommende ord i juridisk sammenhæng, hvor det navnlig anvendes som modsætning til »formalitet«. Højesterets henvisning til realiteten er endvidere en konklusion på den forudgående funktionsanalyse, jf. det anførte »Herefter ...«. På baggrund heraf er det meget vidtgående, når *Jan Pedersen* uden videre konkluderer, at Højesteret ved at bruge ordet »realitet« har lagt vægt på en eventuel forskel mellem dispositionernes civilretlige form og deres realøkonomiske indhold.

I den seneste sag – TfS 2004, 238 Ø – havde selskabsdeltageren omdannet sin personligt drevne virksomhed til et helejet anpartsselskab, A. Dette selskabs virksomhed blev efterfølgende overdraget til et aktieselskab, B, som var ejet af selskabsdeltageren og aktieselskab C med hver 50 pct. Selskabsdeltageren blev herefter ansat som direktør i B. B åbnede en butik, hvis drift selskabsdeltageren varetog. Selskab B betalte herefter i de sidste måneder af 1997 et fast månedligt konsulenthonorar på baggrund af fakturaer, der blev udstedt af en af selskabsdeltageren privat drevet virksomhed. Honorarerne blev indsat på selskabsdeltagerens konto. Selskabsdeltageren påstod ikke desto mindre, at selskabet A var rette indkomstmodtager, på trods af at dette selskab aldrig havde indleveret regnskab for den periode, hvor honorarerne var blevet udbetalt, og derfor efterfølgende var blevet tvangsopløst.

Landsskatteretten fandt, at indkomsten skulle allokeres til selskabsdeltageren under hensyntagen til,

- at selskabsdeltagerens private virksomhed havde udstedt fakturaer vedrørende honorarerne,
- at honorarerne på selskabsdeltagerens foranledning var indsat på hans konto,
- at det »arbejdstagende« selskab ikke havde selvangivet honorarerne, og
- at selskabsdeltageren ikke kunne fremlægge dokumentation for sit ansættelsesforhold hos det »arbejdstagende« selskab.

Landsretten lagde til grund, at der forelå et interessefællesskab mellem sagens parter, idet selskabsdeltageren var direktør for og ejede halvdelen af kapitalandelene i det arbejdsgivende selskab. Det tilføjedes,

- at der ikke forelå en skriftlig aftale om konsulentbistand i forholdet mellem det »arbejdstagende« og arbejdsgivende selskab.

På den baggrund, og af de grunde, der var anført af Landsskatteretten, tiltrådte landsretten, at selskabsdeltageren var rette indkomstmodtager.

Landsrettens dom kan sammenskrives således, at det ikke på nogen måde var dokumenteret, at det »arbejdstagende« selskab udøvede nogen funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Dette selskab havde heller ikke

bevisligt nogle rettigheder eller forpligtelser i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Det har endelig haft betydning, at beløbet bevisligt var udbetalt til selskabsdeltageren på baggrund af de fakturaer, selskabsdeltagerens som personligt erhvervsdrivende havde udstedt. Sagen har på baggrund heraf været så oplagt, at hverken landsretten eller Landsskatteretten gjorde sig ulejlighed med at analysere motiverne for den af selskabsdeltager og selskab forudsatte allokering af indkomsten.

En konstruktion svarende til de ovenfor tre nævnte vil dog også blive tilsidesat, selvom det arbejdstagende selskab ikke aflønnes med et fast månedligt beløb, når de faktiske omstændigheder bortset herfra svarer til de ovenfor beskrevne, jf. sagerne TfS 1992, 440 LSR og TfS 1997, 69 V.

Den første sag – TfS 1992, 440 LSR – er meget kortfattet, idet spørgsmålet om indkomstens allokering alene blev prøvet af skattemyndighederne.[166] Det kort beskrevne faktum havde dog betydelige ligheder med sagerne UfR 1983.699 H og TfS 1998, 114 H. Selskabsdeltageren ejede således direkte samtlige kapitalandele i det arbejdstagende selskab og indirekte – via det arbejdstagende selskab – 90 pct. af kapitalandelene i det arbejdsgivende selskab. Det arbejdstagende selskabs indtægter hidrørte i alt væsentligt fra selskabsdeltagerens fysiske og åndelige arbejde for det arbejdsgivende selskab.

På baggrund af Højesterets afgørelser i UfR 1983.699 H og TfS 1998, 114 H er det nærliggende at antage, at skattemyndighederne dels havde lagt vægt på motiverne for konstruktionen – som ved første øjekast kunne forekomme at være skattemæssige, eftersom det arbejdstagende selskab i modsætning til selskabsdeltageren ikke var skattepligtigt til Danmark – dels på de funktioner, som selskabsdeltageren og det arbejdstagende selskab udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Om dette sidste anførtes, at selskabet ikke havde etableret nogle rammer for den indkomstskabende aktivitet, idet dets administration blev varetaget af en advokat, bogføringen blev varetaget af en bankforbindelse, og selskabet ikke ejede lokaler, hvorfra den indkomstskabende aktivitet kunne udøves. Hele den indkomstskabende aktivitet bestod derfor i det arbejde, som selskabsdeltageren, der var den eneste ansatte, udøvede på vegne af selskabet.

I sagen TfS 1997, 69 V blev såvel det arbejdsgivende selskab som det arbejdstagende selskab kontrolleret af samme kreds af selskabsdeltagere: En far,

---

166. Landsskatteretten tog alene stilling til spørgsmålet om forældelse. Se kritisk til denne afgørelse *I.A. Strobel*, TfS 1992, 432. Forfatteren oplyser endvidere, at behandlingen af spørgsmålet om, hvem der var rette indkomstmodtager, var »gået i stå«, idet myndighederne påberåbte sig dokumenter, som selskabsdeltageren og I.A. Strobel – der øjensynligt var selskabsdeltagerens advokat – ikke kendte og ikke kunne få udleveret.

hans tidligere hustru og hans søn.[167] Den indkomstskabende aktivitet bestod i, at sønnen via det arbejdstagende selskab arbejdede for at sælge det arbejdsgivende selskabs produkter.

Vestre Landsret tog ikke direkte stilling til, hvad der havde motiveret den omtalte konstruktion. Herom var der i sagen selvklart forskellige opfattelser: Selskabsdeltageren (sønnen) fandt, at den var forretningsmæssigt begrundet i uenighed med faderen, mens skattemyndighederne gjorde gældende, at motivet var rent skattemæssigt.

> Landsretten henviste derimod til begrundelsen for aftalen. Herom var oplyst, at sønnen dels ønskede at sikre sig mod sin fars uheldige dispositioner, dels ønskede at sikre sig med henblik på en forestående skilsmisse.

Til gengæld vurderede landsretten indgående, hvilke funktioner henholdsvis det arbejdstagende selskab og selskabsdeltageren havde haft i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Det blev herunder tillagt vægt,

- at det arbejdstagende selskab ikke havde driftsomkostninger, og
- at salgsarbejdet blev udført som tidligere, dvs. at den indkomstskabende aktivitet fuldt ud blev udøvet af selskabsdeltageren og hans fader.[168]

En funktionsanalyse pegede derfor klart i retning af, at det arbejdstagende selskab var helt uden indkomstskabende aktivitet, eftersom det hverken havde rettigheder eller forpligtelser ved arbejdets udøvelse – når bortses fra retten til at oppebære en provision – eller havde etableret rammerne for den indkomstskabende aktivitet.[169] På baggrund heraf fandt landsretten, at aftalen om overførsel af indkomsten var uden erhvervsmæssig realitet.[170] Selskabet var derfor ikke rette indkomstmodtager. Eftersom den indkomstskabende aktivitet var udført af både faderen og sønnen, var indkomsten imidlertid ikke skattepligtig for sønnen

---

167. Hustruen var dog ikke medejer af det arbejdstagende selskab.
168. Jf. også *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53. Forfatteren anfører endvidere, at spørgsmålet om armslængde-betaling havde betydning for afgørelsen. Dette synes ikke at fremgå af Vestre Landsrets dom.
169. Dette sidste følger af, at selskabet ikke have afholdt driftsomkostninger. Det kan således ikke have haft udgifter til bogholderi, administration, lokaler, driftsmidler eller lignende.
170. Se hertil *Jan Pedersen*, TfS 2000, 142 som uden videre henviser til realitetsgrundsætningen som grundlag for de foretagne korrektioner. *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 106 anser så vidt ses også sagen for at være afgjort i henhold til realitetsgrundsætningen. *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 91-92 anser derimod landsrettens henvisning til den forretningsmæssige begrundelse for at være »... en beskrivelse af et resultat snarere end som begrundelsen for samme«.

alene, og sagen blev derfor hjemvist til skattemyndighederne til fornyet behandling.[171]

Den anden gruppe af sager er som nævnt kendetegnet ved, at selskabsdeltageren via sit selskab udøver en indkomstskabende aktivitet i forhold til én arbejdsgiver eller én kunde,[172] som ikke kontrolleres af eller er nærstående med selskabsdeltageren. Selskabsdeltageren har dog tidligere været knyttet til arbejdsgiveren eller kunden enten som lønmodtager eller selvstændigt erhvervsdrivende, således at selskabet har *overtaget en indkomstskabende aktivitet*, der tidligere blev varetaget af *selskabsdeltageren personligt*.

Ved vurderingen af, om indkomsten i skattemæssig henseende kan allokeres til selskabsdeltagerens selskab, er det i praksis afgørende, hvorledes de funktioner, der hører til den indkomstskabende aktivitet, er fordelt mellem selskabsdeltager og selskab, herunder navnlig hvem der i henhold til aftalen med arbejdsgiver eller arbejdsgiverne er bærer af rettigheder og forpligtelser i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, jf. sagerne TfS 1994, 710 Ø, TfS 1995, 270 Ø, TfS 1999, 101 Ø og TfS 2003, 802 H.

I den første sag (TfS 1994, 710 Ø) lagde Østre Landsret udtrykkeligt vægt på, at den indkomstskabende aktivitet i forhold til kunderne blev videreført uændret af selskabsdeltageren, efter at han havde stiftet et udenlandsk selskab og allokeret indkomsten fra den indkomstskabende aktivitet til dette selskab. På baggrund af en funktionsanalyse kan det tiltrædes, at selskabsdeltageren fortsat udøvede hele den indkomstskabende aktivitet. Landsretten tog herved i betragtning, at selskabet end ikke havde etableret rammerne for den indkomstskabende aktivitet, eftersom selskabet ikke

– havde lokaler, hvorfra den indkomstskabende aktivitet kunne udøves, eller
– ikke havde andre ansatte end selskabsdeltageren.[173]

Det må imidlertid tilføjes, at selskabets administration og bogføring m.v. blev varetaget af et revisionsfirma og kontormedarbejdere fra et andet firma. Selskabet betalte således andre for at varetage denne funktion. Landsretten tog imidlertid ikke hensyn hertil – formentlig fordi disse funktioner ifølge selskabsdeltageren havde et meget begrænset omfang.

Der blev endelig lagt vægt på, at hovedformålet med konstruktionen havde

171. Se også LV 2004-1 S.C.1.1.1.
172. I TfS 1994, 810 Ø og TfS 2003, 802 H dog flere kunder, men stadig samme kreds af kunder, som selskabsdeltageren tidligere havde arbejdet personligt for.
173. Jf. også *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53.

været at opnå skattemæssige fordele, omend dette ikke i sig selv var tilstrækkeligt til at korrigere den aftalte allokering af indkomsten.[174]

I sagen TfS 1995, 270 Ø havde to ægtefæller, som hidtil havde drevet virksomhed med familiepleje i personligt regi, overdraget virksomheden hermed til et af dem stiftet selskab. Selskabet havde ligesom selskabsdeltagerne kun én arbejdsgiver: En kommune. Landsskatteretten og Østre Landsret fandt, at det ved meddelelse af tilladelse til familiepleje var forudsat, at den indkomstskabende aktivitet i alt væsentligt blev udøvet af selskabsdeltagerne. Selskabsdeltagerne var derfor rette indkomstmodtagere, jf. SL § 4.

Landsskatterettens – og dermed Østre Landsrets – fortolkning af, hvem der havde rettigheder og forpligtelser i henhold til kontrakten med kommunen, er meget vidtgående.[175] Aftalen om familiepleje var såvel formelt som reelt indgået med selskabet, som kommunen havde accepteret som kontraktspartner. De krav, som kommunen stillede til selskabets vedtægter, førte ikke til, at selskabsdeltagerne ville ifalde ansvar i tilfælde af, at selskabet ikke levede op til aftalen med kommunen. Det var endvidere ikke for kommunen en forudsætning, at selskabsdeltagerne arbejdede for selskabet. I henhold til de vedtægter, som kommunen havde godkendt, var det tværtom tilstrækkeligt for kommunen, at direktøren for selskabet var en af kommunen godkendt pædagogisk leder. Endelig blev plejetilladelsen af kommunen udstedt til selskabet ved selskabsdeltagerne.

Når det fysiske og åndelige arbejde blev udøvet af selskabsdeltagerne, var det derfor alene en følge af, at de var selskabets eneste ansatte, og at selskabet som juridiske person selvsagt ikke kunne varetage de pågældende opgaver. Selskabet havde i øvrigt så vidt ses etableret rammerne for virksomheden ved dels at erhverve de aktiver, der hidtil var anvendt i virksomheden, dels ved at leje de lokaler, hvorfra virksomheden blev udøvet.

I lyset heraf burde det ikke have haft betydning, at det fysiske og åndelige arbejde blev udøvet af selskabsdeltagerne.

Landsskatteretten og Østre Landsret kan have været af den opfattelse, at virksomheden ikke i civilretlig henseende kunne udøves i selskabsform. Dette må imidlertid afvises, eftersom kommunen havde accepteret, at selskabet fik udstedt en plejetilladelse. Selv hvis det var antaget, at plejetilladelsen var personlig, kunne virksomheden fortsat være udøvet i et selskab, eftersom kravet om den personlige autorisation ikke automatisk udelukker, at

174. Selskabsdeltagerens henvisning til forretnings- og valutamæssige årsager til oprettelsen af et schweizisk selskab blev således ikke afvist, men blev af landsretten anset for at have været af mindre betydning end påstået af selskabsdeltageren. Anderledes *Jakob Bundgaard*, TfS 2003, 299, der så vidt ses er af den opfattelse, at arrangementet blev tilsidesat alene som følge af de skattemæssige fordele.

175. Østre Landsret kunne i det hele tiltræde Landsskatterettens begrundelse.

virksomheden kan udøves i selskabsform.[176] Selskabsdeltagerne kunne efter det oplyste heller ikke anses som lønmodtagere,[177] og virksomheden havde endelig ikke en sådan karakter, at selskabsdeltagerne på grund af deres personlige erhvervsevne ikke kunne substitueres af andre.[178]

I sagen TfS 1999, 101 Ø var det derimod på baggrund af det oplyste klart, at selskabsdeltageren i henhold til kontrakten med arbejdsgiveren havde de rettigheder og pligter, der måtte opstå som følge af den indkomstskabende aktivitet, selvom det var selskabsdeltagerens selskab, der havde påtaget sig at arbejde for den virksomhed, hvor selskabsdeltageren tidligere havde været lønmodtager.

Baggrunden for konstruktionen var ifølge Østre Landsret ikke forretningsmæssig.[179] Dette må fortolkes således, at der ifølge landsretten lå skatteretlige motiver bag allokeringen af en indkomst til selskabet, idet der ikke var påvist forretningsmæssige motiver. Selskabsdeltageren forsøgte således så vidt ses ikke under sagen at redegøre for eventuelle forretningsmæssige motiver. Landsretten stod derfor formentlig tilbage med et indtryk af, at indkomsten fra en indkomstskabende aktivitet – som meget lignende en lønmodtagers virksomhed – blev allokeret til et selskab uden nogen synlig grund.

Et skatteretligt motiv var imidlertid ikke tilstrækkeligt til at korrigere den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af indkomsten. Der blev således også lagt vægt på, hvilke funktioner selskabsdeltager og selskab havde udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, herunder

- at den indkomstskabende aktivitet skulle udøves af selskabsdeltager personligt og
- at det ikke var tilstrækkeligt dokumenteret, at aftalen om ydelse af den indkomstskabende aktivitet var indgået mellem selskabet og arbejdsgiver.

Ved henvisningen til, at den indkomstskabende aktivitet skulle udøves af selskabsdeltager personligt, må det være taget i betragtning, at selskabet ikke havde etableret de ydre rammer for virksomheden, idet selskabsdeltageren benyttede arbejdsgiverens faciliteter mod betaling, og idet selskabet ikke havde egne lokaler,[180] ansat personale eller lignende. Endelig måtte aftalen om den indkomstskabende aktivitet i mangel af anden dokumentation anses for at være indgået

176. Se ovenfor 3.2.2.
177. Se herom ovenfor 3.2.1.
178. Se nærmere herom ovenfor 3.2.3. Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 104, der anfører, at afgørelsen er et »udslag af substitutionsbetragtninger«.
179. Se også LV 2004-1 S.C.1.1.1.
180. Selskabet havde kontor på hans privatadresse.

mellem selskabsdeltager og arbejdsgiver, således at selskabsdeltageren personligt havde rettigheder og forpligtelser i henhold til denne aftale.[181]

Sagen TfS 2003, 802 H – som også er omtalt ovenfor 3.1.2 – er endelig et klassisk eksempel på en situation, hvor selskabsdeltageren overdrager indkomsten fra sin hidtidigt personligt drevne virksomhed til et selskab, men fortsat udøver samtlige funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Sagen omhandlede en selskabsdeltager, som drev konsulentvirksomhed i privat regi, men som overdrog denne virksomhed til et selskab, der havde uudnyttede skattemæssige underskud.

Højesterets afgørelse indeholder alle de ovenfor nævnte momenter. Det anføres således, at dispositionerne afveg fra, hvad der var normalt forretningsmæssigt begrundet. Hermed antydes, at dispositionerne alene havde en skattemæssig begrundelse. Endvidere analyseres de funktioner, som selskabsdeltager og selskab udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Analysen heraf førte til, at selskabet alene betalte et fast årligt vederlag for benyttelse af noget edb-udstyr m.v. Bortset herfra havde selskabet ingen som helst andel i den indkomstskabende aktivitet. Rettigheder og forpligtelser i forhold til kunderne tilkom således stadig selskabsdeltageren, og selskabsdeltageren fremstod fortsat udadtil over for tredjemand som den, der drev konsulentvirksomheden.

Det eneste bemærkelsesværdige ved afgørelsen er bemærkningen om, at selskabet ikke betalte vederlag for den heraf følgende løbende overførsel af indkomst. Dette sidste kan fortolkes på to måder: Enten således, at den aftalte allokering af indkomsten var blevet accepteret i skattemæssig henseende, hvis selskabet havde overtaget den indkomstskabende aktivitet på armslængde-vilkår, og/eller som et yderligere bevis for, at selskabet ikke havde erhvervet nogen indkomstskabende aktivitet, idet det ikke havde betalt noget vederlag for en sådan. I betragtning af, at Højesteret i øvrigt lagde til grund, at den indkomstskabende aktivitet ikke var overført, må sidstnævnte fortolkning anses for at være korrekt. Det kan derimod synes tvivlsomt, om den aftalte allokering af indkomsten var blevet opretholdt, hvis selskabet havde betalt et løbende vederlag for overførsel af indkomsten. I tilfælde af, at dette vederlag havde udgjort samme beløb som den overførte indkomst, kunne indkomsten enten anses som overført og tilbageført eller som ikke værende overført.

Selv hvor selskabet har indgået aftalen om udøvelse af den indkomstskabende aktivitet med den hvervgiver, som tidligere har aflønnet selskabsdeltageren personligt, og således har rettigheder og pligter i henhold til denne aftale med hvervgiver, kan skattemyndighederne korrigere allokeringen af indkomsten, så-

181. Se hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 117, der alene lægger vægt på, at aftalen om den indkomstskabende aktivitet var indgået mellem selskabsdeltageren og arbejdsgiveren.

ledes at selskabsdeltageren og ikke selskabet beskattes af denne, jf. TfS 2001, 930 Ø. Denne sag omhandlede en læge, der hidtil havde været ansat som lønmodtager i Sverige, men som ifølge aftale med lægeklinikken i stedet var blevet ansat som konsulent via et udenlandsk selskab, som han på en lidt speciel måde – ved hjælp af en art cross holding – havde bestemmende indflydelse på.[182]

Østre Landsret bemærkede først og fremmest, at konstruktionen alene var begrundet af et ønske om en betydelig skattemæssig besparelse. Herom kunne der efter det oplyste ikke herske megen tvivl. Selskabsdeltageren havde således også et »problem« i relation til beskatningen af sin personlige indkomst i henholdsvis Danmark og Sverige.

De skattemæssige motiver var imidlertid ikke i sig selv tilstrækkelige til at tilsidesætte konstruktionen. Landsretten vurderede derfor endvidere, hvilke funktioner selskabsdeltager og selskab havde udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Det blev herunder lagt til grund,

– at selskaberne ikke havde anden indkomstskabende aktivitet end den, der blev udøvet af selskabsdeltageren og hans kollega og
– at selskabet ikke havde hverv for andre arbejdsgivere.[183]

Det af landsretten anførte kan tiltrædes med bemærkning om, at selskaberne så vidt ses ikke havde tilvejebragt nogle rammer for den indkomstskabende aktivitet og ikke udadtil fremtrådte som dem, der udøvede den indkomstskabende aktivitet. Det forhold, at selskaberne var kontraktsretligt forpligtede i forhold til arbejdsgiveren, kan i øvrigt ikke tillægges synderlig betydning under hensyntagen til, at hvervgiveren efter det oplyste kun nødtvungent indgik kontrakt med selskaberne.

I offentliggjort praksis er det alene i et tilfælde blevet accepteret, at selskabsdeltageren har overført sin hidtidige personlige indkomstskabende aktivitet for én arbejdsgiver, som ikke kontrolleres af eller er nærstående med selskabsdeltageren, med den virkning, at selskabet i skattemæssig henseende bliver rette indkomstmodtager af indkomsten. Denne afgørelse er TfS 1987, 457 Ø, hvor selskabsdeltageren i en kortere periode leverede konsulentbistand til sin hidtidige arbejdsgiver via et selskab.

Afgørelsen synes ved første øjekast at ligge langt fra f.eks. Højesterets tid-

---

182. Selskabet blev kontrolleret af en bofælle. Til gengæld kontrollerede selskabsdeltageren bofællens selskab. Eftersom de begge allokerede deres respektive indkomster til selskaberne, havde de et klart interessefællesskab i ikke at ligge hinanden hindringer i vejen. Ved cross holding, der også betegnes som krydsende aktiebesiddelse, forstås sædvanligvis den situation, at to selskaber ejer aktier i hinanden, jf. *Jan Schans Christensen*, Ledelse & Aktionærer, s. 59.
183. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 600.

ligere dom i sagen UfR 1983.699 H og de senere afgørelser i sagerne TfS 1998, 114 H og TfS 1999, 101 Ø.[184] Den adskiller sig imidlertid fra de andre afgørelser på flere punkter.

Først og fremmest fandt landsretten øjensynligt ikke, at formålet med konstruktionen var forretningsmæssigt unormalt eller båret af skattemæssige overvejelser. Selv om den skattemæssige besparelse således kunne have været medbestemmende for, at indkomsten blev allokeret til et selskab, anførte Østre Landsret intet herom.[185] Det anførtes tværtom, at selskabsdeltagerens motiver for oprettelsen af selskabet var at drive konsulentvirksomhed – ikke kun for hans hidtidige arbejdsgiver, men også for andre interesserede. At virksomheden ikke fik andre kunder, blev ikke taget i betragtning; formentlig fordi revisoren kunne forklare dette dels med en henvisning til sædvanlige konkurrencemæssige forhold,[186] dels med at selskabsdeltageren kort tid efter fik ansættelse som lønmodtager andetsteds.[187]

For det andet udførte selskabet ikke arbejde for et andet selskab, som selskabsdeltageren kontrollerede. Sagen adskilte sig herved markant fra sagerne UfR 1983.699 H og TfS 1998, 114 H. Selskabet leverede ganske vist konsulentbistand til et selskab, hvori selskabsdeltageren tidligere havde været ansat, men på baggrund af de faktiske omstændigheder kan det ikke antages, at dette var planlagt fra begyndelsen.[188]

For det tredje var aftalen om konsulentbistanden utvivlsomt indgået mellem selskabsdeltagerens selskab og kunden. Selv om selskabet havde forpligtet sig til at bruge selskabsdeltageren som konsulent på opgaven, tilkom alle rettigheder og forpligtelser således selskabet. Hvis selskabsdeltageren havde nægtet at opfylde opgaven, ville kunden således have været nødsaget til at sagsøge selskabet for misligholdelse af aftalen. Selskabsdeltageren selv ville ikke kunne sagsøges.[189]

---

184. Se hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 102. Alle tre afgørelser er omtalt ovenfor.
185. Se også *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52.
186. Jf. også *Jan Pedersen*, R&R 1998, SM 305.
187. Denne ansættelse fandt sted 14 dage efter konsulentaftalen blev indgået og forhandlingerne om ansættelse som lønmodtager pågik allerede på tidspunktet for aftalens indgåelse. Se også *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52 og *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328.
188. Jf. også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 397 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 115.
189. *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193 fortolker aftalen om, at selskabsdeltageren personligt skulle udøve arbejdet, derhen, at sagen vedrører spørgsmålet om substitution. Dette er ikke korrekt. Sagerne om substitution er kendetegnet ved, at selskabsdeltager på grund af sin personlige erhvervsevne ikke kan erstattes med en anden. I sagen TfS 1987, 457 Ø havde selskabsdeltageren ikke en sådan personlig erhvervsevne, at han ikke kunne erstattes med en anden. Selskabet havde blot ved en kontrakt forpligtet sig til at stille netop hans arbejdskraft til rådighed.

For det fjerde og sidste blev konsulentaftalen opsagt af kunden, inden den udløb. Selskabet var således ikke sikret en sikker løbende indtægt svarende til, hvad selskabsdeltageren tidligere havde oppebåret som løn, uagtet selskabet modtog en timebetaling, der svarede til selskabsdeltagerens tidligere timeløn.[190]

I forhold til ovenstående havde det øjensynligt ikke betydning for landsretten, at selskabsdeltageren ikke kunne erstattes af en anden, idet selskabet var forpligtet til at anvende selskabsdeltageren ved udøvelse af opgaven,[191] at selskabsdeltagerens sygdom blev betragtet som lovlig forfald i overensstemmelse med reglerne i funktionærloven,[192] at selskabet var sikret betaling for mindst 100 timers arbejde om måneden, og at kunden afholdt alle rejse- og opholdsudgifter i forbindelse med hvervets udførelse efter samme regler, som gjaldt for kundens direktion.[193]

At landsretten ikke tog hensyn hertil, kan ikke forklares med, at landsretten alene tog stilling til, om selskabsdeltageren skulle beskattes af en fikseret indkomst.[194] Således som sagen blev procederet, måtte landsretten både tage stilling til, om indkomsten med rette var allokeret til selskabet,[195] og om selskabsdeltageren skulle beskattes af en fikseret indkomst.[196] På baggrund heraf udtalte landsretten: »Herefter findes der ikke i beskatningsmæssig henseende grundlag for at tilsidesætte sagsøgerens dispositioner, hvorfor sagsøgerens påstand tages til følge«. Hermed afviste landsretten både en korrektion af den aftalte allokering af indkomsten og beskatningen af en fikseret indkomst.

Den tredje og sidste gruppe af sager vedrører de tilfælde, hvor en fysisk person har valgt at udøve sin indkomstskabende aktivitet som selvstændigt erhvervsdrivende i selskabsform, og aktiviteten er rettet mod kunder, som *ikke er interesseforbundne* med selskabsdeltageren, og som selskabsdeltageren *ikke tidli-*

Se også anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 103, der giver udtryk for, at Østre Landsret fastslog, at der ikke bestod en substitutionsret.

190. Skattemyndighederne gjorde under sagen forgæves gældende, at opsigelsen var »aftalt spil«.
191. Jf. også *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52 og TfS 1998, 549 samt *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 103.
192. Ligeledes *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52.
193. Se også *Jan Pedersen*, Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 983, der anfører, at landsretten forudsatte, at selskabsdeltageren ikke var lønmodtager.
194. Jf. også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 103. Anderledes *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328, som er af den opfattelse, at landsretten ikke skulle tage stilling til, om indkomsten med rette var allokeret til selskabet, men alene skulle vurdere, om selskabsdeltageren skulle beskattes af en fikseret indkomst.
195. Dette var hovedpunktet i skatteydernes påstand og anbringende.
196. Dette var hovedpunktet i skattemyndighedernes påstand og anbringende for landsretten. Se nærmere herom nedenfor XVIII, 4.1.1.

gere har arbejdet personligt for, jf. sagerne TfS 1998, 312 Ø og TfS 1999, 110 LSR.

I disse situationer – som er langt de oftest forekommende i erhvervslivet – vil indkomsten skulle allokeres til selskabet i skattemæssig henseende, forudsat selskabet udøver de funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, som et selskab nu engang kan udøve, jf. sagen TfS 1999, 110 LSR. Denne sag vedrørte en skatteyder, der var ansat som læge ved et amtshospital, og som tillige drev en konsulentvirksomhed som bierhverv. Honorarerne fra konsulentvirksomheden blev indtægtsført i hans selskab.

Landsskatteretten anførte, at indkomsten som udgangspunkt skulle allokeres til selskabet, al den stund indkomsten fremtrådte som selskabets indkomst og var indtægtsført i selskabet. Det blev imidlertid overvejet at fravige udgangspunktet ud fra en samlet vurdering af de funktioner, som henholdsvis selskabsdeltager og selskab havde udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Herom anførtes,

– at selskabet havde indgået kontrakterne om udøvelse af den indkomstskabende aktivitet med tredjemand, og
– at der for selskabet var forbundet en vis økonomisk risiko med den indkomstskabende aktivitet.

Det kan tilføjes, at selskabet tillige havde én ansat og således efter det oplyste ikke alene havde rettigheder og forpligtelser i relation til den indkomstskabende aktivitet, men også have bidraget til at etablere rammerne om denne.

Landsskatteretten lagde endelig vægt på karakteren af den indkomstskabende aktivitet. Hvad Landsskatteretten forstår herved, er uklart. Under sagen var således alene oplyst, at virksomheden omfattede bl.a. forskning, foredrag samt undervisning af læger og personale på medicinalvirksomheder, dvs. samme form for virksomheder, som typisk udøves af ansatte ved højere læreanstalter, f.eks. universiteter. Det er til gengæld klart, at det ikke efter Højesterets dom i sagen TfS 1998, 485 H[197] blev tillagt betydning, at det udførte arbejde efter det oplyste formentlig var afhængig af speciallæges personlige erhervsevne, og at han derfor ikke kunne substitueres af andre.[198]

I tilfælde, hvor det efter en funktionsanalyse kan konkluderes, at den indkomstskabende aktivitet udøves af selskabsdeltageren, vil indkomsten ikke skulle allokeres til selskabet, uanset at selskabets kunde(r) ikke er interesseforbundne med selskabet og uanset at selskabsdeltageren ikke tidligere har arbejdet for selskabets kunde(r), jf. TfS 1998, 312 Ø.

---

197. Se ovenfor 3.2.3.
198. Se også LV 2004-1 S.C.1.1.1 og *Aage Michelsen*, R&R 1999, 10, SM 276.

Sagen TfS 1998, 312 Ø blev også afgjort efter en analyse af de funktioner, som parterne havde udført. Sagen omhandlede en skatteyder, som indgik en aftale om ansættelse med et tysk anpartsselskabs (GmBH's) danske afdeling. Ifølge aftalen skulle skatteyderen dels arbejde som administrerende direktør, dels repræsentere selskabet over for dets kunder. Af et appendiks til aftalen fremgik endvidere, at vederlaget for skatteyderens ydelser skulle udbetales til et af ham ejet anpartsselskab.

Ud fra det oplyste må det antages, at de funktioner, der skulle udøves i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, blev varetaget af selskabsdeltageren. Denne udførte således ikke alene det fysiske og åndelig arbejde – hvilket var selvklart i betragtning af, at selskabet ikke havde andre ansatte – men indgik også aftale om udøvelse af aktiviteten med kunden. På trods af det fremlagte appendiks til aftalen blev dette dels bestyrket af, at kunden efter det oplyste ønskede at indgå kontrakt med selskabsdeltageren personligt som følge af hans særlige erhvervsevne, dels at selskabsdeltageren lod sig registrere som filialbestyrer. Sidstnævnte registrering kunne i civilretlig henseende alene finde sted for en fysisk person.[199] Ud fra en samlet vurdering af den indkomstskabende aktivitet kunne det derfor konkluderes, at selskabet ikke havde tilvejebragt nogle rammer for den indkomstskabende aktivitet, ikke havde nogen rettigheder eller forpligtelser i forbindelse med udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet, og at selskabet ikke udadtil fremtrådte som den virksomhed, der udøvede den indkomstskabende aktivitet. Østre Landsret fandt derfor, at selskabsdeltageren var rette indkomstmodtager af indkomsten fra det tyske selskab, uanset at indkomsten ifølge et tillæg til aftalen blev udbetalt til selskabet.[200]

3.2.5 Sammenfatning

Retspraksis om allokering af indkomst hidrørende fra arbejde m.v. i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab kan sammenfattes i fire grundsætninger:

For det første kan en *lønmodtager* i henhold til SL § 4 ikke »sætte sig selv på aktier«.[201]

Ved bedømmelsen af, om den indkomstskabende aktivitet er en lønmodtagers virksomhed

---

199. Se også om den civilretlige gyldighed ovenfor 3.2.2.
200. Se også LV 2004-1 S.C.1.1.1 og *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 95.
201. LSRM 1978, 61, LSRM 1978, 62, LSRM 1982, 161, LSRM 1982, 162, TfS 1999, 604 Ø, TfS 2001, 870 V, TfS 2002, 519 H og TfS 2003, 847 LR. Jf. også *Thøger Nielsen*, SpO 1972, 51, *Gitte Skouby,* R&R 1991, 6, 52, *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328, *Jan Pedersen*, R&R 1998, SM 305 og Skatteretten 2, s. 309-310 samt *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 599: »Hidtidig praksis, hvorefter lønmodtagere ikke kan »sætte sig selv på aktier«, er ikke ændret med Højesterets dom, ...«.

> eller en selvstændigt erhvervsdrivendes virksomhed, må der tages udgangspunkt i en samlet og konkret afvejning af de i CIR nr. 129 af 4/7 1994 om personskatteloven pkt. 3.1.1 indeholdte kriterier for afgrænsning mellem lønmodtagere og selvstændige erhvervsdrivende.[202]

For det andet kan en virksomhed som altovervejende hovedregel alene udøves i selskabsform med den virkning, at indkomsten kan allokeres til selskabet, når virksomheden i *civilretlig* henseende *gyldigt* kan udøves i selskabsform.[203]

Det forhold, at virksomheden forudsætter en bevilling eller autorisation, der alene kan indehaves af en person, udelukker imidlertid ikke, at selskabet kan være rette indkomstmodtager. I det omfang, det i civilretlig henseende accepteres, at selskabet driver virksomheden, mens selskabsdeltageren har bevillingen eller autorisationen, kan indkomsten allokeres alt andet lige til selskabet.[204]

Selv om arbejdet som bestyrelsesmedlem herefter i medfør af aktieselskabslovens § 52, stk. 1, og anpartsselskabslovens § 19, stk. 1, ikke burde kunne udøves i selskabsform, jf. TfS 1991, 477 TS, accepteres det alligevel i skattemæssig henseende, at indkomsten herfra allokeres til et selskab, forudsat at

- arbejdet som bestyrelsesmedlem er tilstrækkeligt nært knyttet til den indkomstskabende aktivitet i et selskab,
- selskabet udsteder faktura med moms for bestyrelsesarbejdet og hele honoraret, og
- at hele fakturabeløbet betales til selskabet uden fradrag af arbejdsmarkedsbidrag og A-skat.

Denne praksis er kritiseret ovenfor som et brud med den grundlæggende civilret, der ikke er rimeligt begrundet. Af samme grund må det antages, at det alene er denne form for virksomhed, som i skatteretlig henseende kan udøves i selskabsform, selvom den civilretligt alene kan udøves af fysiske personer.

At en indkomst ikke kan allokeres til et selskab, når selskabet ikke gyldigt kan udøve den indkomstskabende aktivitet, kan alene forklares med, at selskabet i så fald ikke i civilretlig henseende kan fremkalde indkomsten og derfor heller ikke i skatteretlig henseende kan anses for at have fremkaldt denne. Indkomsten

---

202. Se ligeledes *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 309-310.
203. LSRM 1978, 63, LSRM 1978, 64, LSRM 1980, 62, LSRM 1980, 63, TfS 1989, 459 SD og TfS 1997, 517 LSR samt forudsætningsvis TfS 1998, 312 Ø, TfS 1999, 646 Ø og TfS 2001, 573 LR. Se også *Thøger Nielsen*, SpO 1972, 51, *Aage Michelsen*, R&R 1999, 10, SM 276, *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328 og *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 1998, 27.
204. Se hertil *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 600. Jf. også *Gitte Skouby*, R&R 1998, 10, 30, men anderledes *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52.

skal i stedet for allokeres til det skattesubjekt, som gyldigt har fremkaldt denne ved sin indkomstskabende aktivitet.

Det har for det tredje ingen som helst betydning for, hvorledes indkomsten skal allokeres i skattemæssig henseende, at selskabsdeltageren som følge af sin særlige personlige erhvervsevne ikke kan *substitueres* af andre.[205] Professionelle idrætsudøvere, kunstnere og forfattere m.v. kan således udøve deres virksomhed i selskabsform med den virkning, at selskabet bliver rette indkomstmodtager, selvom deres indkomstskabende aktivitet er så unik, at den pågældende er den eneste ene, der kan udøve den. Den tidligere praksis herom er således med rette tilsidesat.[206] Dette har skabt en fuld berettiget lighed mellem de nævnte erhverv og andre erhverv, hvis indkomstskabende aktivitet måske ikke er helt så unik som førnævntes, men hvor selskabsdeltageren – f.eks. en møbelpolstrer – alligevel har en sådan særlig uddannelse eller erhvervserfaring, at ingen andre kan varetage den pågældendes arbejde på helt samme måde.

> Det var i praksis førhen antaget, at kunstnerisk virksomhed på trods af substitutionsprincippet kunne udøves i selskabsform, når selskabet aflønnede kunstneren på armslængdevilkår, jf. sagerne SpO 1981, 343 og TfS 1992, 550 LSR. Denne praksis er selvsagt ikke udtryk for gældende ret efter Højesterets dom i sagen TfS 1998, 485 H. Når den alligevel omtales her, er det, fordi den er ét af de tilfælde, hvor reglerne om allokering af indkomst er blevet anvendt sammen med armslængde-princippet, således at den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering blev opretholdt, hvis hver part betalte på armslængdevilkår for de funktioner, de udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.[207]

Det forhold, at indkomsten alene kan fremkaldes, hvis en bestemt fysisk person udøver en fysisk og/eller åndeligt betonet indkomstskabende aktivitet, fører således ikke til, at indkomsten uden videre skal allokeres til og beskattes hos den pågældende person.

For det fjerde og sidste vil der i alle andre tilfælde end de ovenfor nævnte blive foretaget en samlet vurdering af *motiverne* for den aftalte allokering af indkom-

---

205. TfS 1998, 485 H og TfS 1999, 541 Ø. Ligeledes *Gitte Skouby*, TfS 1998, 549, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208, *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 600 og *Jan Pedersen*, R&R 1998, SM 305 og Skatteretten 2, s. 308.
206. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 598-599, R&R 1999, 10, SM 276, *Gitte Skouby*, R&R 1998, 10, 30, *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 1998, 27, *Jan Pedersen*, R&R 1998, SM 305, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208 og *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193.
207. Se nærmere herom nedenfor XIV, 4.

sten og de *funktioner*, som selskabsdeltager og selskab har udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.[208]

I de tilfælde, hvor selskabsdeltager direkte eller indirekte kontrollerede såvel det selskab, der udøver den indkomstskabende aktivitet, som det selskab, den indkomstskabende aktivitet udøves for, er en aftale om, at selskabet skulle beskattes af indkomsten, blevet tilsidesat, når motiverne for denne aftale alene havde skattemæssig baggrund,[209] og selskabet ikke havde nogen andel i den indkomstskabende aktivitet.[210] Det kan med en vis ret siges, at der i praksis kan spores en betydelig modvilje mod at godkende sådanne konstruktioner, hvor selskabsdeltageren alene som følge af sin personlige arbejdsindsats overfører en løbende indkomst fra et af sine selskaber til et andet af sine selskaber. I betragtning af, at selskabsdeltageren både før og efter overdragelsen som følge af sit fysiske og/eller åndelige arbejde selvfølgelig har været en afgørende forudsætning for, at indkomsten kunne fremkaldes, har man derfor stillet større krav til de funktioner, som selskabet skulle udøve i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.

Analysen af praksis blotlagde endvidere en modvilje mod at anerkende arrangementer, hvor selskabsdeltageren overførte sin hidtidig personligt drevne virksomhed for én kunde eller samme kreds af kunder til et selskab, som herefter skulle beskattes af indkomsten, eller når skatteyderen fratrådte sin stilling som lønmodtager for at arbejde for samme arbejdsgiver som konsulent via sit selskab.[211] Der er også i disse sager som oftest lagt vægt på, at motivet for overdragelsen af den indkomstskabende aktivitet har været skattemæssigt begrundet, og at de funktioner, der hører til den indkomstskabende aktivitet, fortsat er blevet udøvet af selskabsdeltageren. Selskabet havde således som oftest ikke tilvejebragt nogle rammer for den indkomstskabende aktivitet, havde ikke nogen rettigheder eller forpligtelser i relation til den indkomstskabende aktivitet, og fremtrådte ikke udadtil som den, der udøvede den indkomstskabende aktivitet. Sådanne konstruktioner blev alene godkendt af Østre Landsret i sagen TfS 1987, 457 Ø – formentlig navnlig under hensyntagen til, at arrangementet så vidt ses ikke blev anset for at være skattemæssigt begrundet.

Selvom bedømmelsen af disse arrangementer har været noget mildere end de foran nævnte, ændrer det ikke ved, at der fortsat stilles krav om, at selskabet ved

---

208. UfR 1983.699 H, TfS 1987, 457 Ø, TfS 1992, 440 LSR, TfS 1994, 710 Ø, TfS 1995, 270 Ø, TfS 1997, 69 V, TfS 1998, 114 H, TfS 1998, 312 Ø, TfS 1999, 101 Ø, TfS 1999, 110 LSR, TfS 2001, 291 H, TfS 2001, 930 Ø og TfS 2003, 802 H.
209. UfR 1983.699 H, TfS 1992, 440 LSR og TfS 1998, 114 H. I TfS 1997, 69 V anføres intet om motiverne.
210. UfR 1983.699 H, TfS 1992, 440 LSR, TfS 1997, 69 V og TfS 1998, 114 H.
211. TfS 1994, 710 Ø, TfS 1995, 270 Ø, TfS 1999, 101 Ø, TfS 2001, 930 Ø og TfS 2003, 802 H.

at udøve de funktioner, som det kan udøve i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, skal have medvirket til at fremkalde indkomsten, i det omfang hvor det har været muligt for selskabet.

I de ofte forekommende tilfælde, hvor selskabsdeltageren ikke har noget interessefællesskab med selskabets kunder, vil selskabet som hovedregel i skattemæssig henseende kunne accepteres som rette indkomstmodtager. Dette forudsætter efter den begrænsede praksis blot, at selskabet udøver de funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, som selskabet kan udøve, herunder at tilvejebringe de nødvendige rammer for denne, at påtage sig de til aktiviteten hørende rettigheder eller forpligtelser, og at fremtræde udadtil som det selskab, der udøver den indkomstskabende aktivitet.[212] Når der ikke er mere praksis herom, må det tages som udtryk for, at skattemyndighederne selvfølgelig ikke normalt anfægter, at selvstændig erhvervsvirksomhed kan etableres i en selskabsform, eller at et selskab alt andet lige kan overtage end hidtidig personligt drevet virksomhed med den virkning, at selskabet fremover bliver rette indkomstmodtager. Selvom selskabsdeltageren kan være en væsentlig forudsætning for, at indkomsten kan fremkaldes ved den indkomstskabende aktivitet, kan indkomsten således i skattemæssig henseende allokeres til selskabet.

Ved en korrektion efter reglerne om allokering af indkomst »flyttes« indkomsten i skattemæssig henseende fra et skattesubjekt til et andet. I stort set samtlige de ovenfor nævnte sager, hvor den aftalte allokering af indkomsten er blevet korrigeret, er det skattesubjekt, som er blevet anset for at være rette indkomstmodtager, derfor blevet beskattet af hele indkomsten fra tredjemand. Ved den heraf følgende eventuelle forhøjelse af selskabsdeltagerens skattepligtige indkomst tages der dog hensyn til, hvad selskabsdeltageren måtte have fået udbetalt af løn fra selskabet.[213] Har selskabsdeltageren udført et arbejde for selskabet, og har selskabsdeltageren modtaget et vederlag herfor, skal selskabsdeltagerens indkomst, når indkomsten fra tredjemand allokeres til selskabsdeltageren, alene forhøjes med differencen mellem den af selskabsdeltageren fremkaldte og oppebårne løn fra selskabet og indkomsten fra tredjemand.[214]

---

212. TfS 1998, 312 Ø og TfS 1999, 110 LSR. Dette synes også forudsat af Østre Landsret i sagen TfS 2002, 84 Ø, der omtales nedenfor 5.2. Se også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 580, som anfører, at selskabsdeltageren fik medhold i, at en konsulentydelse blev overført til et selskab, som ikke havde andre aktiviteter end selskabsdeltagerens konsulentydelser.
213. LSRM 1982, 161.
214. Jf. også LV 2004-1 S.C.1.1.1, delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37), *Gitte Skouby*, R&R 1998, 10, 30, og *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 311.

4. Formueafkast

På baggrund af en analyse af SL §§ 4 og 5 samt den øvrige lovgivning blev det ovenfor konkluderet, at det ikke altid af skattelovgivningen udtrykkeligt fremgår, efter hvilke kriterier et formueafkast skal allokeres. Der var dog forskellige steder i skattelovgivningen holdepunkter for at antage, at et formueafkast i hvert fald i et vist omfang skal allokeres til det skattesubjekt, der har ejendomsret til det underliggende formuegode, eller som har en sådan anden rettighed til formuegodet, at den pågældende i civilretlig henseende kan oppebære afkastet, f.eks. en lejer af en fast ejendom, der fremlejer denne. Det blev på baggrund heraf konkluderet, at det afgørende kriterium for allokering af et formueafkast i hvert fald i nogle tilfælde er, hvem der er i besiddelse af den rettighed, der giver et afkast.[215]

Spørgsmålet om, hvorledes et formueafkast skal allokeres i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, er blevet afgjort i et antal sager, som i kvantitativ henseende er langt mindre end antallet af sager om allokering af arbejdsvederlag.[216] Antallet af sager er udtryk for, at spørgsmålet om, hvorledes et formueafkast skal allokeres, kan være problematisk, men dog ikke giver anledning til samme forviklinger som reglerne om allokering af arbejdsvederlag m.v.

Den foreliggende praksis er opdelt to grupper, herunder

- 3 afgørelser om allokering af formueafkast i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, når begge er juridiske personer (nedenfor 4.1), og
- 6 afgørelser om allokering af formueafkast i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, når selskabsdeltager er en fysisk person (nedenfor 4.2).

4.1 Forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, der begge er juridiske personer

Der findes ikke megen offentliggjort praksis om allokering af formueafkast i forholdet mellem to selskaber. I den ene sag, TfS 1989, 605 H, blev den mellem selskaberne aftalte allokering af formueafkastet opretholdt – i de to andre sager, TfS 1993, 291 LSR og TfS 1994, 131 V, blev den aftalte allokering korrigeret.

Sagen TfS 1989, 605 H (Dandy-sagen) kendetegnes ved, at den omhandler en række centrale skatteretlige problemstillinger, herunder også spørgsmålet om allokering af diverse indtægter, herunder indtægter i form af royalty, indtægter fra salg af råmaterialer og færdigforarbejdede varer, samt indtægter i form af

215. Se ovenfor XI, 2.4.2 og XII, 3.2.
216. Se herom ovenfor 3.

udbytte.[217] En dansk koncern producerede og solgte tyggegummi til mere end 100 lande. Som led i en omstrukturering af koncernen, der blev påbegyndt i 1974, blev rettighederne til at udnytte koncernens licenser solgt til et schweizisk aktieselskab. Det schweiziske aktieselskab havde herefter ret til at oppebære royalty fra udnyttelse af licenserne fra tre oversøiske selskaber.[218] Forpligtelserne i henhold til licenserne påhvilede imidlertid fortsat det danske selskab. Der blev endvidere stiftet et schweizisk kommanditselskab, som dels havde indtægt i form af udbytte fra det schweiziske aktieselskab, dels havde indtægt hidrørende fra direkte samhandel med tre oversøiske selskaber, som udnyttede de licenser, som aktieselskabet havde fået overdraget, og dels havde indtægt hidrørende fra salg af færdigforarbejdede varer på det schweiziske marked.[219]

Amtsligningsrådets, Landsskatterettens, Vestre Landsrets og Højesterets afgørelser er i sig selv en studie i reglerne om allokering af indkomst og deres forhold til opgørelsen af det faste driftssteds indkomst.

Amtsligningsrådet fandt efter det oplyste, at »... en del af selvangivne indkomster ...« fra det schweiziske kommanditselskab måtte anses for at være indtjent af koncernens danske moderselskab og »... som sådan skattepligtig i dette selskab ...«.[220] Rette indkomstmodtager var ifølge Amtsligningsrådet derfor det danske moderselskab for koncernen.[221]

> Amtsskatteinspektoratet var derimod af den opfattelse, at der med hensyn til det schweiziske aktieselskab »... ikke er tale om noget fast driftssted i Schweiz, hvorfor den i Schweiz placerede indkomst, jf. nedenstående opgørelse, retteligt bør høre hjemme i de danske selskaber, ...«. Det synes herved at være forudsat, at det schweiziske aktieselskab var rette indkomstmodtager af licensindtægterne. For så vidt angik det schweiziske kommanditselskab var amtsskatteinspektoratet af den opfattelse, »... at der ikke kan være tale om fast driftssted førend 1/11 1976, idet der først fra dette tidspunkt lejes egne lokaler i ..., og der først fra dette tidspunkt sker ansættelse af personale«. Forud for den 1/11 1976 var det inspektoratets opfattelse, »... at kommanditselskabet i Schweiz har figureret som en bogføringsenhed styret udelukkende fra selskaberne i Vejle, og den i Schweiz for årene 1975 og 1976 placerede indkomst må derfor anses for en dansk indkomst, hjemmehørende i selskaberne i Vejle primært ...« koncernens danske moderselskab. Det danske modersel-

217. Jf. også *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 459. Sagen vedrørte bl.a. også et spørgsmål om, hvorvidt skattekravene var forældede, jf. hertil *Aage Spang-Hanssen*, TfS 1989, 604.
218. Jf. også *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 459 og 461.
219. Jf. også *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 459.
220. Med samtidig udlodning til moderselskabets personlige selskabsdeltagere, da indtægten var tilgået dem som ejere af det schweiziske kommanditselskab.
221. Jf. også *I.A. Strobel*, SpO 1991, 100, der betegner det som et primitivt syn på spørgsmålet om rette indkomstmodtager, som ville have omkalfatret dansk skatteret.

skab blev således anset for at være rette indkomstmodtager af den indkomst, der var forsøgt allokeret til det schweiziske kommanditselskab, forud for den 1/11 1976.

Landsskatteretten var i tvivl om, hvorvidt den aftalte konstruktion kunne anerkendes i skattemæssig henseende. Det anførtes herom alene, at »... der må antages at være nogen tvivl vedrørende realiteten i overladelsen af licensrettighederne til det schweiziske aktieselskab ...«. Når Landsskatteretten ikke tog udtrykkelig stilling hertil, var det så vidt ses, fordi den var enig med Statsskattedirektoratet i, at store dele af indkomsten ikke var optjent i Schweiz, og at der derfor alene var mulighed for at opnå lempelse af dobbeltbeskatning for de dele af det schweiziske selskabs indkomst, som stammede fra salg i Schweiz, og som var optjent der, jf. formuleringen »... selvom konstruktionen med det schweiziske aktieselskab som indehaver af licensrettighederne kan godtages, finder retten at kunne tiltræde ...«.

Statsskattedirektoratet havde primært gjort gældende, »... at etableringen af de schweiziske selskaber ikke har medført nogen realitetsændringer af koncernens struktur og arbejde. I de schweiziske selskaber har der på intet tidspunkt været ansat personale eller foregået aktiviteter, som har tilknytning til erhvervelsen af de omhandlede indkomster. Alle aktiviteterne – herunder fakturering på kommanditselskabets handel med licensfabrikkerne – er foregået i de danske selskaber«. Statsskattedirektoratet var derfor primært af den opfattelse, at det danske selskab var rette indkomstmodtager. Det blev dernæst gjort gældende, at selvom de »... foretagne transaktioner med henførsel af indkomster til det schweiziske kommanditselskab og det schweiziske AG lægges til grund ...«, ville Danmark som følge af den med Schweiz indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomst have beskatningsretten til indtægterne. Ved dette sekundære anbringende blev det så vidt ses forudsat, at de schweiziske selskaber ville være rette indkomstmodtager.

I henhold til Landsskatterettens kendelse, ændres indkomstopgørelsen på grundlag af reglerne om lempelse for dobbeltbeskatning og Landsskatteretten må derfor på trods af den udtrykte tvivl være kommet til det resultat, at det schweiziske selskab var rette indkomstmodtager.[222]

Spørgsmålet om, hvem der var rette indkomstmodtager, var imidlertid endnu ikke afgjort.[223] For landsretten gjorde Skatteministeriet således i første række gældende, at indkomsten med rette var henført til det danske moderselskab som

222. Ligeledes *I.A. Strobel*, SpO 1991, 100 og *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 461.

223. Cfr. *I.A. Strobel*, SpO 1991, 100 som om Landsskatterettens kendelse anfører: »Spørgsmålet om rette indkomstmodtager i forholdet mellem hovedaktionærerne og det danske selskab var hermed sat på plads, ...«.

rette indkomstmodtager.[224] I anden række gjorde Skatteministeriet gældende, at indkomsten skulle henføres til beskatning i Danmark i henhold til den mellem Danmark og Schweiz indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomst artikel 7, stk. 1, idet selskabet måtte antages at have fast forretningssted i Danmark.[225] Skatteyderens påstand var ikke præcist formuleret, men tog hovedsagelig udgangspunkt i spørgsmålet om, hvorvidt indkomsten skulle beskattes i Danmark i medfør af den med Schweiz indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomst.[226]

Vestre Landsret lagde dels vægt på motiverne for arrangementet, dels på de funktioner, som selskaberne havde udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Arrangementet blev af landsretten anset for hovedsageligt at være båret af »… de betydelige og åbenbare skattemæssige fordele …«, som ville være en følge af en beskatning af indkomsten i Schweiz med efterfølgende lempelse for dobbeltbeskatning i Danmark. Ved funktionsanalysen blev der lagt vægt på, at de schweiziske selskaber ikke havde etableret de ydre rammer for virksomheden, og at disse selskaber ikke havde rettigheder og forpligtelser i henhold til licensaftalerne, når bortset fra retten til at oppebære den indkomst, der blev fremkaldt ved at udnytte licenserne. Vestre Landsret fandt herefter, at det danske moderselskab for koncernen var rette indkomstmodtager:

> »Der må gives sagsøgte medhold i, at de danske skattemyndigheder ikke er forpligtet til at respektere et sådant arrangement, …
>
> Som antaget ovenfor tilkommer beskatningsretten Danmark, idet de danske skattemyndigheder ikke skal respektere det omhandlede selskabsarrangement, hvorved beskatningsretten er søgt henført til Schweiz«.

For Højesteret gentog appellanterne deres påstande. Højesteret fandt i lighed med Landsskatteretten ikke, at indkomsten[227] havde sådan tilknytning til et fast

---

224. »Det afgørende er imidlertid efter fast dansk retspraksis, om det kan påvises nogen forretningsmæssig begrundelse for oprettelsen af de schweiziske selskaber. Kun i så fald skal de danske skattemyndigheder respektere arrangementet. I den foreliggende sag er ikke påvist nogen erhvervsmæssig eller økonomisk realitet bag selskabernes oprettelse og drift, som skal respekteres af de danske skattemyndigheder.«
225. »Sagsøgte har i anden række vedrørende beskatningsretten gjort gældende, at beskatningen med rette er sket her i landet, selvom man anerkender kommanditselskabet som en realitet. Selskabets faste forretningssted må nemlig i så fald være Danmark, hvortil fortjeneste ved salg til licenstagerne skal henføres, jf. dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 7, stk. 1.«
226. Jf. også *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 462.
227. Højesteret omtaler indkomsten som »licensindtægter«, hvilket som anført af *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 461 er meningsløst, idet der ikke var tvivl om, at licensindtægterne tilkom det schweiziske aktieselskab. Den indkomst, som sagen vedrørte, var kommanditselskabets udbytte fra det schweiziske aktieselskab og indtæg-

driftssted i Schweiz, at denne indkomst kunne anses for at være unddraget fra beskatning i Danmark. Eftersom indkomsten således var optjent i Danmark, var der ikke adgang til lempelse for dobbeltbeskatning.[228] Højesteret var derfor så vidt ses af den opfattelse, at de schweiziske selskaber var rette indkomstmodtagere – men at indkomsten som følge af dobbeltbeskatningsaftalen med Danmark ikke desto mindre skulle beskattes i Danmark.[229]

Der var – som det ses – uenighed om, hvorvidt indkomsten i skulle beskattes i Danmark, fordi det danske moderselskab skulle anses for at være rette indkomstmodtager, eller om beskatningsretten tilkom Danmark som følge af den med Schweiz indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomst. Amtsligningsrådet og Vestre Landsret nåede til det første resultat, således at det danske moderselskab i koncernen var rette indkomstmodtager. Som følge heraf var reglerne i den med Schweiz indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomst uden betydning og blev ikke tillagt vægt ved deres afgørelser. Landsskatteretten og Højesteret nåede til det sidste resultat og måtte derfor på baggrund af den med Schweiz indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomst vurdere, om der ved overførslen af indkomsten til Schweiz var skabt en sådan tilknytning til et driftssted i Schweiz, at indkomsten var undtaget fra beskatning i Danmark.

Det må således konkluderes, at de schweiziske selskaber i sidste ende blev anset for at være rette indkomstmodtagere af den indkomst, der hidrørte fra de omhandlede licenser.[230] Bevæggrundene herfor er imidlertid ganske uafklarede, idet Højesteret alene forholder sig til spørgsmålet om, hvorvidt indkomsten var knyttet til et fast driftssted i Schweiz eller i Danmark.[231] Højesterets dom kan derfor alene udlægges den måde, at formueafkastet blev allokeret til det skattesubjekt, der var ejer af det underliggende formuegode – aktierne i det schwei-

---

terne fra salg af råvarer, idet der heller ikke var tvivl om, at det schweiziske kommanditselskab var rette indkomstmodtager af indkomst hidrørende fra salg af de færdigforarbejdede varer, og at denne indkomst skulle hidføres til det faste driftssted i Schweiz, jf. *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 459.

228. Spørgsmålet om, hvorvidt indkomsten med rette kunne henføres til det ene eller andet faste driftssted, skal ikke omtales nærmere her. Se herom *Aage Spang-Hanssen*, TfS 1989, 604, *B. Munch Pedersen*, TfS 1989, 651, *I.A. Strobel*, SpO 1991, 100, *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53 og *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 459-463.

229. Dette er så vidt ses også forudsat af *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 462.

230. Jf. også *I.A. Strobel*, SpO 1991, 100 og *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53. Anderledes så vidt ses *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 42 og 233.

231. Som anført af *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 460-461 er Højesterets præmisser ikke synderlig præcist formuleret, idet det reelle problem var, om skattemyndighederne ved eksempetionslempelse i forbindelse med skatteberegningen var berettiget til at se bort fra den del af den schweiziske indkomst, der var udbytte fra det schweiziske aktieselskab eller som hidrørte fra salg af råvarer.

ziske aktieselskab – uden hensyntagen til, at den indkomstskabende aktivitet i forbindelse med hele arrangementet i et ikke ubetydeligt omfang blev varetaget af et andet skattesubjekt.[232]

Højesterets dom kunne derfor tages som udtryk for, at et formueafkast altid skal allokeres til den, der ejer det underliggende formuegode.[233] I lyset af, at Højesteret strengt taget intet anfører herom, og i betragtning af Landsskatterettens kendelse i TfS 1993, 321 LSR, kan dette imidlertid ikke uden videre anses for at være korrekt, selvom det på baggrund af Højesterets dom utvivlsomt må antages at være udgangspunktet.[234]

Sidstnævnte sag omhandlede spørgsmålet om, hvilket selskab der havde ret til afkastet af en række købekontrakter, som var indgået i forbindelse med et koncernforbundet selskabs handel med biler.[235] Et selskab, som havde skattemæssigt underskud, havde fået overdraget disse købekontrakter fra det koncernforbundne selskab.

Landsskatteretten lagde så vidt ses til grund, at købekontrakterne faktisk var overdraget fra de koncernforbundne selskaber til det selskab, som havde uudnyttede skattemæssige underskud. I modsat fald havde der ikke været grund til at tage stilling til, om sikringsakten over for tredjemand – som ikke vedrører gyldigheden inter partes – var iagttaget. Heraf følger også, at selskabet havde ejendomsretten til købekontrakterne.

Ejendomsretten til købekontrakterne var imidlertid – i modsætning til Højesterets dom i sagen TfS 1989, 605 H – ikke afgørende for, hvorledes afkastet af disse kontrakter skulle allokeres. Landsskatteretten lagde således også vægt på, om det selskabet havde en indkomstskabende aktivitet i forbindelse med udnyttelsen af formuegodet.[236] Selskabet havde efter det oplyste ikke etableret de ydre rammer for denne aktivitet, idet selskabet hverken havde ansatte eller foretog administration af købekontrakterne. Selskabet havde endvidere kun delvist fået overdraget de rettigheder og forpligtelser, der fulgte af kontrakterne, idet kontrakterne fortsat var stillet til sikkerhed for det overdragende selskabs kassekre-

---

232. Som nævnt foran blev det så vidt ses ligeledes under hele sagen antaget, at det schweiziske aktieselskab var rette indkomstmodtager af royalty hidrørende fra licenserne.
233. Således nærmest *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53, der anfører, at afgørelsen er udtryk for, at der ikke kan kræves megen substans for, at et selskab kan anses for at være rette modtager af en indkomst fra licenser.
234. Se også TfS 2003, 1007 LSR, der behandles nedenfor 5.1. Ligningsrådet forudsatte så vidt ses i sin bindende forhåndsbesked, at et formueafkast skulle allokeres til det selskab, der var ejer af det underliggende formuegode.
235. Jf. også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1993, 316. Anderledes delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37), hvor det antages, at sagen vedrører spørgsmålet om beskatning af fikserede renter.
236. Jf. også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1993, 316.

dit, og idet sikringsakterne over for kontrakternes debitorer ikke blev iagttaget. Heraf følger endelig, at det overdragende selskab udadtil må have fremtrådt som det selskab, der var ejer af kontrakterne og som derfor udøvede den indkomstskabende aktivitet.[237]

Landsskatteretten vurderede tillige, om overdragelsen af købekontrakterne – og aftalen om det overdragende selskabs administration af disse kontrakter – var indgået på armslængde-vilkår. Det blev herom anført, at det overdragende selskab ikke havde fået vederlag for at administrere købekontrakterne, og at den rente, som det modtagende selskab betalte til det overdragende selskab, lå væsentligt under købekontrakternes nominelle rente. Resultatet af disse overvejelser blev så vidt ses, at det overdragende selskab alene blev beskattet af en indkomst svarende til forskellen mellem den aftalte rente og renten på købekontrakterne – den såkaldte nettorente. Det overdragende selskab blev imidlertid også beskattet af den oppebårne aftalte rente, og da nettorenten og den aftalte rente tilsammen svarede til det afkast, der blev oppebåret på købekontrakterne, var virkningen, at hele indkomsten fra disse kontrakter blev allokeret til det overdragende selskab.

Landsskatteretten tog bortset fra ovenstående ikke hensyn til, om den allokerede indkomst i øvrigt skulle fordeles som følge af de funktioner, selskaberne udøvede i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Der blev heller ikke taget stilling til, om det overdragende selskab skulle beskattes af en fikseret renteindtægt eller af en fikseret indkomst hidrørende fra sin administration af købekontrakterne.[238]

I Vestre Landsrets dom i sagen TfS 1994, 131 V blev det endelig af landsretten forudsat, at en provision skulle allokeres til det selskab, som havde krav på provisionen i henhold til aftalen med tredjemand. Eftersom de selskaber, der havde oppebåret provisionen, ikke var de samme som det selskab, der havde ret til provisionen, blev den mellem selskaberne aftalte allokering af indkomsten derfor tilsidesat. Provisionen blev udbetalt på baggrund af en ret til eneforhandling af nogle landbrugsmaskiner. Ifølge aftalen med producenten tilkom provisionen selskabet F, men efter stiftelsen af to andre selskaber, D og E, blev provisionen udbetalt til disse selskaber.

Landsretten fandt, at indkomsten skulle allokeres til selskabet F ved opgø-

---

237. Det forhold, at tredjemand ikke skulle respektere overdragelsen, er i al fald ikke i sig selv ensbetydende med, at skattemyndighederne ikke behøver at respektere overdragelsen, jf. Højesterets dom i sagen UfR 1957.1050 H. Se også *I.A. Strobel*, UfR 1976 B, 233.

238. Jf. ovenfor III, 5.3. Se hertil *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 26 og *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53. Ifølge *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 406 og 430 blev der lagt afgørende vægt på, at der var etableret en indkomstoverflytning eller indkomstforvridning, idet datterselskabet reelt blot fik overført et overskud via skæve samhandels- og forretningsvilkår.

relsen af den skattepligtige indkomst,[239] idet aftalen om udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet var indgået mellem selskabet og tredjemand, fra hvem indkomsten hidrørte, og at indkomsten var udbetalt på grundlag af denne aftale. Provisionen blev derfor allokeret til det selskab, som havde rettigheder og forpligtelser i henhold til kontrakten med tredjemand.

> Den udbetalte provision må nærmest sidestilles med et afkast af aftalen om eneforhandling, der således blev allokeret til ejeren af det underliggende formuegode.

Det er ikke på baggrund af ovenstående tre sager muligt at sammenfatte praksis om allokering af formueafkast i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab på sådan måde, at der kan drages endegyldige konklusioner.

Højesterets dom i sagen TfS 1989, 605 H kan tages som udtryk for, at et formueafkast skal allokeres til det selskab, der har ejendomsretten til det underliggende formuegode, uden hensyntagen til at den indkomstskabende aktivitet i forbindelse med udnyttelsen af dette formuegode er udøvet af et andet koncernforbundet selskab, og uden hensyntagen til arrangementets skattemæssige motiver. Landsskatterettens afgørelse i TfS 1993, 321 LSR kan omvendt tages til indtægt for, at et formueafkast ud fra en motiv- og funktionsanalyse kan allokeres til det skattesubjekt, der har udøvet den indkomstskabende aktivitet, når arrangementet er båret af skattemæssige motiver.

Den iøjnefaldende forskel på afgørelserne kan forklares med, at Højesteret i sagen TfS 1989, 605 H, lagde afgørende vægt på, at i hvert fald rettighederne i henhold til licenserne var blevet overdraget, og at der ikke var tvivl om, at det schweiziske selskab var ejer af licenserne, hvilket også blev meddelt kunder og leverandører m.v. I modsætning hertil havde datterselskabet i TfS 1993, 321 LSR ikke på nogen måde sikret sin ejendomsret til købekontrakterne, idet disse stadig lå til sikkerhed for moderselskabets gæld og idet debitorerne ikke blev underrettet om overdragelsen.

> Denne sondring kan også støttes på Østre Landsrets dom i sagen TfS 1999, 541 Ø, idet landsretten bl.a. lagde vægt på, at selskabet med tredjemands accept havde fået overdraget det underliggende formuegode og at forretningsforbindelserne blev orienteret herom.[240]

I kraft af Højesterets dom i TfS 1989, 605 H og Vestre Landsrets dom i TfS 1994, 131 V må det derfor antages, at udgangspunktet er, at et formueafkast skal allokeres til det skattesubjekt, der ejer det underliggende formuegode.

---

239. Jf. også *Aage Michelsen*, R&R 1997, SM 47.
240. Se om sagen nedenfor 4.2.1.

4.2 Forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab

Praksis om allokering af formueafkast i forholdet mellem en selskabsdeltager, der en fysisk person, og et selskab, der er interesseforbundet med den pågældende fysiske person, er ved første øjekast noget mere omfattende end praksis om allokering af formueafkast i forholdet mellem to selskaber.

Størstedelen af denne praksis vedrører imidlertid alene ét spørgsmål: Allokeringen af afkast hidrørende fra rettigheder til forfatteres eller kunstneres værker (nedenfor 4.2.1).[241]

Når bortses fra denne situation, der må betegnes som speciel allerede på grund af en langvarig – men nu tilsidesat – praksis om allokering af forfatteres og kunstneres honorarer,[242] findes der alene to afgørelser om dette spørgsmål: TfS 1989, 68 H og TfS 2000, 955 V (nedenfor 4.2.2).[243]

4.2.1 Forfattere og kunstneres royalties m.v.

Det var som ovenfor anført i en lang periode i praksis antaget, at en indkomst ikke kunne allokeres til et selskab, når selskabsdeltageren som følge af sin særlige personlige erhvervsevne ikke kunne substitueres af andre. Denne praksis indebar bl.a., at professionelle idrætsudøvere, kunstnere og forfattere m.v. ikke kunne udøve deres virksomhed i selskabsform med den virkning, at selskabet blev rette indkomstmodtager.[244]

I praksis blev det derimod på samme tid anerkendt, at rettigheden til allerede udarbejdede værker, f.eks. rettighederne til en forfatters bøger eller en komponists musikalske værker, kunne overdrages til ophavsmandens selskab med den virkning, at selskabet blev rette indkomstmodtager af indkomsten fra disse værker.[245] For forfattere fremgik dette allerede af sagerne SpO 1975, 175 og R&R 1981, SM 147. Førstnævnte sag omhandlede en journalist, der i en årrække havde haft en bivirksomhed som forfatter af romaner, noveller m.v. Ligningsdirektoratet udtalte, at det skattemæssigt kunne godkendes, at forfatterrettighederne til de færdige manuskripter kunne overdrages til hans selskab. En sådan overdragelse ville dog have den virkning, at skatteyderen for overdragelsesåret ville blive almindelig indkomstskattepligtig af rettighedernes handelsværdi på overdragelsestidspunktet. Selskabet kunne endvidere afskrive samme beløb. I

---

241. TfS 1999, 541 Ø, TfS 1992, 550 LSR, R&R 1981, SM 147 og SpO 1975, 175.
242. Se ovenfor 3.2.3.
243. Derudover findes nogen praksis om den skattemæssige behandling af et negativt formueafkast, jf. f.eks. TfS 1993, 362 V om udlejning af en sejlbåd.
244. Se ovenfor 3.2.3.
245. Ligeledes *Michael Amstrup*, TfS 1992, 541 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 93. I ophavsretslovens § 53 anerkendes det fortsat, at ophavsmanden kan overdrage sine rettigheder i henhold til loven til andre, herunder til et af ophavsmanden stiftet selskab.

sagen R&R 1981, SM 147 udtalte Statsskattedirektoratet, at rettigheder til værker, der er udarbejdet som led i en forfatters virksomhed, kan overdrages til et selskab, idet selskabsdeltageren derved beskattes af overdragelsessummen, der må udgøre handelsværdien. Herefter vil indtægter, der stammer fra det overdragne værk, tilfalde selskabet.

Når først rettigheden var oparbejdet, og forfatteren var blevet beskattet heraf som følge af det såkaldte substitutionsprincip, kunne den således overdrages til selskabet med den virkning, at de indkomster, som fremover hidrørte fra udnyttelse af rettigheden – cfr. udnyttelse af forfatterens særlige, personlige erhvervsevne – kunne allokeres til selskabet. Det afgørende herfor må have været, at selskabet ved overdragelsen blev ejer af det underliggende formuegode, rettighederne, og at afkastet af dette formuegode skulle allokeres til ejeren.

Det er bemærkelsesværdigt, at Ligningsdirektoratet og Statsskattedirektoratet forudsatte, at rettighederne blev overdraget til handelsværdien. Dette kan fortolkes således, at skattemyndighederne ikke ville acceptere, at afkastet af disse rettigheder blev allokeret til selskabet, hvis rettighederne ikke blev overdraget på armslængde-vilkår. Det kan imidlertid også fortolkes således, at skattemyndighederne ville beskatte selskabsdeltageren af en fikseret indkomst, hvis rettighederne ikke blev overdraget på armslængde-vilkår. På baggrund af den foreliggende praksis er det ikke muligt at sige noget sikkert derom. Kravet synes endvidere at være forladt i nyere praksis, jf. sagerne TfS 1992, 550 LSR og TfS 1999, 541 Ø.

Førstnævnte sag (TfS 1992, 550 LSR) vedrørte to kunstnere og skuespillere, som sammen havde oprettet et selskab, der bl.a. fik ret til at udnytte et musikalsk værk, som blev skabt af de to kunstnere og skuespillere.[246]

Landsskatteretten lagde til grund, at selskabet som producent/forlag havde ret til en del af den indkomst, der hidrørte fra udnyttelsen af rettighederne. Denne indkomst var den del af den samlede indkomst, der vedrørte selskabet som producent og forlag, idet de øvrige royalties blev allokeret til selskabsdeltagerne.[247] Indkomsten blev således allokeret til selskabet og selskabsdeltagerne i overensstemmelse med den af dem aftalte fordeling af ophavsretten.

Ved Højesterets dom i sagen TfS 1998, 485 H (Aage Haugland dommen) blev substitutionsprincippet forkastet.[248] Det må herefter så meget desto mere antages, at forfatteres og kunstneres royalties m.v. kan allokeres til et selskab, jf. også TfS 1999, 541 Ø.[249] Denne sag omhandlede to folkeskolelærere, der drev en forfattervirksomhed, som i samarbejde med andre forfattere i det væsentlige

246. Se også om sagen ovenfor 3.2.3.
247. Jf. også *Michael Amstrup*, TfS 1992, 541.
248. Se ovenfor 3.2.3.
249. Afgørelsen blev appelleret til Højesteret. Anken blev hævet.

bestod i udarbejdelsen af en serie bøger, der blev anvendt som lærebøger på alle klassetrin i folkeskolen. I forbindelse med stiftelsen af et selskab indskød skatteyderne ved et apportindskud den af dem hidtil personligt drevne forfattervirksomhed i selskabet.

Landsretten lagde til grund, at den underliggende formue gyldigt var overdraget fra selskabsdeltagerne til selskabet. Det blev herved forudsat, at et formueafkast skulle allokeres til det skattesubjekt, der havde ejendomsret til det underliggende formeugode.

Ved vurderingen af, om ejendomsretten til rettighederne var overdraget til selskabet, blev der lagt vægt på, at overdragelsen fremgik af selskabets vedtægter, at de betydeligste forretningsforbindelser – herunder kontraktsparterne i henhold til rettighederne – blev underrettet om overdragelsen og accepterede denne,[250] og at indkomsten fra rettighederne efterfølgende blev indtægtsført i selskabet. På baggrund heraf kan det konkluderes, at selskabet havde fået overdraget rettigheder og forpligtelser såvel i forhold til selskabsdeltagerne som i forhold til tredjemand, og at selskabet udadtil fremtrådte som ejer af rettighederne og dermed det skattesubjekt, der udøvede den indkomstskabende aktivitet.

4.2.2 Andre formueafkast

Når bortses fra sagerne om allokering af kunstneres og forfatteres royalties m.v., findes alene to afgørelser om allokering af formueafkast i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab: TfS 1989, 68 H og TfS 2000, 955 V.

Sagen TfS 1989, 68 H var en af Glistrup-sagens (UfR 1983.705 H) udløbere. Kernen i sagen var dels, om et registreret anpartsselskab kunne anses for skattepligtigt, selv om registreringen af dette var opnået ved urigtige oplysninger om kapitalens indbetaling, dels om selskabet som ejer af en fast ejendom og børsnoterede værdipapirer, der var indlagt særskilt i depot på selskabets navn, skulle beskattes af afkastet heraf, dels om selskabet skulle indrømmes fradragsret for nogle renteudgifter.[251]

Højesterets flertal og mindretal (4-3) lagde uden videre til grund, at selskabet skulle beskattes af et formueafkast hidrørende fra værdipapirer og fast ejendom, forudsat at selskabet var ejer af de underliggende formuegoder. Flertallet og

---

250. Ligeledes *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 600, *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 110 og *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 95. Forlaget var først underrettet skriftligt to år efter stiftelsen af selskabet, men landsretten anså det for at være bevist, at forlaget havde været orienteret mundtligt allerede kort tid efter, at selskabet blev registreret.

251. Selskabet blev ikke indrømmet fradragsret for renteudgifter, idet disse ifølge Højesterets flertal beroede på bogholderimæssige posteringer, der ikke været udtryk for erhvervsmæssige eller økonomiske realiteter.

mindretallet var imidlertid delt på spørgsmålet om, hvorvidt selskabet kunne anses for at være ejer af disse formuegoder.

Flertallet lagde vægt på, at selskabet over for skattemyndighederne havde oplyst at være ejer af de pågældende formuegoder, og at selskabet var registeret som ejer af værdipapirerne, der var indlagt i depot i selskabets navn. Flertallet lagde med andre ord vægt på det formelle ejerskab, således som selskabet selv havde tilkendegivet. Formueafkastet blev derfor allokeret til selskabet. Mindretallet fandt ud fra en samlet vurdering af selskabets kapitalgrundlag og indkomstskabende aktivitet, at det havde formodningen mod sig, at selskabet kunne have lånt kapital til at erhverve de pågældende formuegoder. Der var derfor ifølge mindretallet på trods af det formelle ejerskab en sådan usikkerhed om, hvem der reelt var ejer, at indkomsten fra aktiverne ikke kunne allokeres til selskabet.

Der er ovenfor vist eksempler på, at et formuegode kan overdrages fra selskabsdeltager til selskab med den virkning, at selskabet beskattes af det fremtidige afkast af formuegodet.[252] Det fremgår ligeledes af ovenstående redegørelse for praksis, at et formueafkast som altovervejende hovedregel skal allokeres til det skattesubjekt, der ejer det underliggende formuegode. Dette udelukker imidlertid ikke, at ejeren af et formuegode kan udleje, bortforpagte eller på anden måde stille et formuegode til rådighed for en anden person, som herefter f.eks. fremlejer eller på anden måde udnytter formuegodet, således at ejeren fremkalder en indkomst ved udleje, bortforpagtning m.v. og lejeren, forpagteren m.v. fremkalder en anden indkomst ved videreudleje eller udnyttelse af formuegodet m.v., jf. forudsætningsvis TfS 2000, 955 V.[253] Sagen drejede sig bl.a. om, hvorvidt skatteyderen eller et af ham fuldt ud ejet anpartsselskab var rette indkomstmodtager af en lejebetaling. Lejen blev betalt af et aktieselskab, som skatteyderen også ejede fuldt ud. Aktieselskabet havde erhvervet skatteyderens hidtil personligt drevne virksomhed. Efter overdragelsen af virksomheden indgik skatteyderen og anpartsselskabet aftale om, at anpartsselskabet skulle leje en af skatteyderen ejet ejendom eksklusive et stuehus for 250.000 kr. Anpartsselskabet respekterede dog i den forbindelse en lejekontrakt mellem skatteyderen og aktieselskabet, hvorefter dette selskab lejede en mindre del af ejendommen for 456.000 kr. Anpartsselskabet fremstod således som lejer af næsten hele ejendommen i forhold til skatteyderen personligt mod betaling af en årlig leje på 250.000 kr., hvorefter anpartsselskabet efter det af skatteyderen oplyste fremlejede en mindre del af ejendommen til skatteyderens aktieselskab for 456.000 kr.

Landsretten anførte under henvisning til SL § 4, at ejeren af ejendommen som

---

252. SpO 1975, 175, R&R 1981, SM 147, TfS 1992, 550 LSR og TfS 1999, 541 Ø.

253. Spørgsmålet om, hvilken indkomst ejeren skal beskattes af ved udleje eller bortforpagtning m.v., vedrører fiksering af indkomst og behandles derfor nedenfor XVIII, 5.

udgangspunkt var skattepligtig af indtægterne af denne, dvs. at formueafkastet som udgangspunkt skulle allokeres til den, der havde ejendomsret til det underliggende formuegode.

Selskabsdeltageren havde som ejer af ejendommen herefter bevisbyrden for, at lejen i stedet rettelig tilkom selskabet. Om dette bevis anførtes endvidere, at der skulle stilles skærpede krav på grund af interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab. Herefter skulle landsretten afgøre om ejendommen, som hævdet af selskabsdeltageren, var udlejet til hans anpartsselskab og derefter fremlejet fra anpartsselskabet til hans aktieselskab, eller om den som hævdet af skattemyndighederne var udlejet direkte fra selskabsdeltageren dels til anpartsselskabet, dels til aktieselskabet. Ved vurderingen heraf lagde landsretten vægt på, at

- det ikke i stiftelsesoverenskomsten for anpartsselskabet var anført, at dette selskab skulle fremleje en del af ejendommen til aktieselskabet,
- der ikke blev oprettet en skriftlig fremlejekontrakt mellem anpartsselskabet og aktieselskabet,
- at anpartsselskabet ifølge en fortolkning af aftalen med selskabsdeltageren forpagtede den samlede ejendom med respekt af aktieselskabets hidtidige lejemål, og
- at forpagtningsafgiften fra anpartsselskabet var langt mindre, 250.000 kr., end lejeindtægten fra aktieselskabet, 456.000 kr.

Dette kan sammenfattes således, at selskabsdeltageren fremstod som udlejer af ejendommen i forhold til aktieselskabet og at anpartsselskabet hverken havde rettigheder eller forpligtelser i henhold til denne udleje, når bortset fra retten til at oppebære indkomsten heraf.[254] Anpartsselskabet var som følge heraf ifølge landsretten alene lejer af en del af ejendommen, idet den øvrige del af ejendommen fortsat blev udlejet af selskabsdeltageren til aktieselskabet.[255] Selskabsdeltageren var derfor rette indkomstmodtager af lejeindtægten.

4.2.3 Sammenfatning

Praksis om allokering af formueafkast i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab kan sammenfattes således, at et formueafkast som alt-

---

254. Anderledes *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284, der forklarer afgørelsen ud fra realitetsgrundsætningen. Der var så vidt ses ikke nogen forskel på realiteten og formaliteten. Selskabsdeltageren var såvel formelt som reelt den, der fremstod som ejer og udlejer af ejendommen og den, der havde påtaget sig rettighederne og forpligtelserne i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.
255. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 595.

overvejende hovedregel skal allokeres til det skattesubjekt, der har ejendomsret til det underliggende formuegode, eller som har en anden rettighed til formuegodet, som medfører, at den pågældende kan fremkalde et afkast heraf, f.eks. ved fremleje af dette.[256]

Under henvisning til TfS 2000, 955 V – samt TfS 1993, 321 LSR, der ganske vist vedrører forholdet mellem koncernforbundne selskaber – må det dog antages, at indkomsten ikke vil blive allokeret til en ny ejer, som har fået overdraget det underliggende formuegode, når *motiverne* for overdragelsen ikke er forretningsmæssige, og når den nye ejer ikke har de til ejendomsretten hørende *funktioner*, herunder ikke har rettigheder og forpligtelser i relation til tredjemand og ikke i forholdet udadtil fremstår som ejer af formuegodet.

Det er i øvrigt kendetegnede for praksis, at spørgsmålet om, hvorvidt ejeren af et formuegode skal beskattes af et formueafkast, der hidrører fra det pågældende formuegode, kun sjældent giver anledning til sager. I størstedelen af den omtalte praksis anføres det således uden videre, at ejeren skal beskattes af det formueafkast, der er fremkaldt ved en udnyttelse af ejendomsretten.

5. Kapitalgevinster

Lovgivningens regler om allokering af kapitalgevinster er meget afklarede. Det anføres således ikke alene i SL § 5, men også i den øvrige skattelovgivning, at en kapitalgevinst skal allokeres til og beskattes hos den, der ejer det formuegode, som er ophav til gevinsten. Dette gælder både for spekulanter, næringsdrivende og for alle andre, der opnår en skattepligtig kapitalgevinst, f.eks. fordi gevinsten er omfattet af kursgevinstloven, aktieavancebeskatningsloven eller ejendomsavancebeskatningsloven.[257]

Det kan som følge heraf ikke undre, at praksis om allokering af kapitalgevinster er meget begrænset. Årsagen hertil er åbenbart, at der i lovgivningen allerede udtømmende er gjort op med, hvorledes en kapitalgevinst skal allokeres i skattemæssig henseende.

Praksis opdeles nedenfor i to grupper, herunder

- 3 afgørelser om allokering af en kapitalgevinst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, når begge er juridiske personer (nedenfor 5.1), og
- 4 afgørelser om allokering af en kapitalgevinst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, når selskabsdeltager er en fysisk person (nedenfor 5.2).

256. Dette er også antaget for så vidt angår allokering af formueafkast i forholdet mellem koncernforbundne selskaber, jf. ovenfor 4.1.

257. Se ovenfor XI, 2.4.1 og XII, 3.1.

5.1 Forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, der begge er juridiske personer

Det er kendetegnende for sagerne om allokering af kapitalgevinster i forholdet mellem koncernforbundne selskaber m.v., at det i alle tilfælde uden videre lægges til grund, at et skattesubjekt skal beskattes af den kapitalgevinst, der hidrører fra en afståelse af det formuegode, som det pågældende skattesubjekt ejer. Den foreliggende praksis omfatter én sag, hvor det uden videre blev konkluderet, at ejeren var skattepligtig af kapitalgevinsten, jf. TfS 2003, 1007 LSR, én sag, hvor det skulle afgøres, hvem der var ejeren, jf. TfS 2003, 363 V, eftersom det var forudsat, at ejeren af formuegodet skulle beskattes af kapitalgevinsten, og én sag, hvor spørgsmålet om allokeringen af en kapitalgevinst var præjudicerende for indkomstens kvalifikation, jf. TfS 1997, 921 LSR.

I sagen TfS 2003, 1007 LSR konkluderede Landsskatteretten uden videre, at det selskab, der var ejer af de formuegoder, som blev købt og videresolgt, skulle beskattes af den heraf følgende avance. Selskabets hovedaktivitet var erhvervelse af filmrettigheder, som efterfølgende videresolgtes eller solgtes på licens til koncernforbundne selskaber eller eksterne kunder.

Det havde ingen betydning for Landsskatteretten, at den indkomstskabende aktivitet blev udøvet af et andet udenlandsk selskab. Selv om det udenlandske selskab utvivlsomt havde tilvejebragt rammerne for den indkomstskabende aktivitet, herunder varetagelse af administration og tilvejebringelse af lokaler, driftsmidler og personale, og formentlig også udadtil fremstod som det selskab, der drev virksomheden, havde det danske selskab fortsat alle rettigheder og forpligtelser vedrørende den indkomstskabende aktivitet, idet dette selskab stod som ejer af de rettigheder, der blev købt og solgt.

> Ved vurderingen af, hvilket selskab der var ejer af rettighederne, blev det civilretlige ejerskab så vidt ses lagt til grund.

I den anden sag, TfS 2003, 363 V, forudsatte Landsskatteretten, at den avance, der blev opnået ved at overdrage enerettighederne til salg af et produktprogram, skulle beskattes hos det selskab, der havde ret til at overdrage rettigheden. For landsretten vedrørte sagen et andet spørgsmål.

Der var ikke for Landsskatteretten uenighed om, at den indkomst, der hidrørte fra salg af eneforhandlingsretten, skulle beskattes hos det selskab, der som indehaver af rettigheden havde ret til at afstå denne til tredjemand. Landsskatteretten skulle derfor reelt alene tage stilling til, om et dansk eller et tysk selskab havde ret til at overdrage denne rettighed. Ud fra det oplyste om kontrakten og forholdet mellem selskaberne kan det i øvrigt ikke undre, at det danske selskab

som producent af de produkter, eneforhandlingen vedrørte, havde ret til at overdrage denne rettighed.

Det danske selskab havde ret til at opsige kontrakten med 1/2 års varsel uden at betale kompensation til det tyske selskab, der samtidig ville være forpligtet til at opgive enhver form for tilknytning til det danske selskabs produkter, idet det skulle skifte navn og meddele sine kunder, at det havde mistet retten til eneforhandling af produkterne. Ved vurderingen af, om det danske eller tyske selskab havde ret til at overdrage retten til eneforhandling, blev civilretten således lagt til grund.

Den sidste sag, TfS 1997, 921 LSR, vedrørte ikke direkte spørgsmålet om, hvorledes en kapitalgevinst skulle allokeres i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab. Dette spørgsmål var til gengæld præjudicerende for, hvorledes en indkomst skulle kvalificeres i skattemæssig henseende. Sagen omhandlede nogle assurandører, der havde opsagt deres stillinger som ansatte i en forsikringsvirksomhed og startet forsikringsmæglervirksomhed i kommanditselskabsform. Kommanditselskabet blev udadtil administreret af et af assurandørerne ejet aktieselskab, der var komplementar i kommanditselskabet. Det var endvidere aktieselskabet, der indgik aftaler, leverede tjenesteydelser, udstedte fakturaer, ansatte og afskedigede medarbejdere og i det hele fremstod som ejer af forsikringsmæglervirksomhedens aktiver. Det var også aktieselskabet, som hæftede over for forsikringsmæglervirksomhedens kreditorer m.v., og deltagelsen som kommanditist skete uden nogen reel økonomisk risiko for kommanditisterne. Assurandørerne overdrog senere deres forsikringsmæglervirksomhed fra kommanditselskabet til aktieselskabet, der bl.a. betalte 8 mio. kr. for goodwill.

Ved Landsskatterettens vurdering af, hvem den oparbejdede goodwill tilhørte, blev det uden videre lagt til grund, at selskabsdeltagerne ikke i skattemæssig henseende kunne være rette indkomstmodtagere for salg af goodwill, hvis de ikke var ejere af denne goodwill. Eftersom selskabet blev anset for at have oparbejdet goodwill, blev selskabet også anset for at være ejer af denne. Da selskabet endelig ikke kunne sælge en goodwill til sig selv, måtte betalingen til selskabsdeltagerne derfor kvalificeres om et maskeret udbytte og ikke som en betaling for goodwill.

Det skatteretlige goodwillbegreb var således afgørende for, hvem der var ejer af goodwill.

Eftersom selskabet allerede ejede den pågældende goodwill, kunne den indkomst, som selskabsdeltagerne havde oppebåret, selvfølgelig heller ikke beskattes hos selskabet, da selskabet ikke kunne anses for at have fremkaldt en indkomst ved et salg til sig selv.

5.2 Forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab

Praksis om allokering af kapitalgevinster i forholdet mellem personlige selskabsdeltagere og selskaber svarer fuldt ud til praksis om allokering af kapitalgevinster i forholdet mellem koncernforbundne selskaber m.v. Det antages således uden videre, at en kapitalgevinst skal allokeres til den, som ejer det formuegode, der er blevet afstået. Praksis er derfor ligeledes begrænset dels til en række sager, hvor det blot konstateres, at ejeren af et formuegode skal beskattes af kapitalgevinsten ved afståelse af dette,[258] dels til én sag, hvor allokeringen af en kapitalgevinst var præjudicerende for, hvorledes en indkomst, der var oppebåret af selskabsdeltagerne, skulle kvalificeres i skattemæssig henseende.[259]

I sagen LSRM 1962, 97, skulle Landsskatteretten tage stilling til, hvem der skulle beskattes af en fortjeneste ved salg af goodwill. Sagen omhandlede en statsautoriseret revisor, der sammen med nogle kolleger havde stiftet et aktieselskab, som overtog den af ham drevne revisionsvirksomhed. Som vederlag for overdragelsen af virksomheden modtog han et beløb, hvoraf en del var betaling for goodwill. Den ene af hans kolleger udtrådte af selskabet godt 7 år senere. Efter aftale medtog denne kolleger nogle forretninger hidrørende fra selskabets overtagelse af revisorens tidligere selvstændige virksomhed. Som vederlag herfor betalte den pågældende kollega 6.000 kr. direkte til revisoren.

Landsskatteretten fandt, at det omhandlede vederlag for goodwill måtte tilkomme selskabet som rette indkomstmodtager. Den direkte betaling af dette til revisoren måtte endvidere sidestilles med en udlodning af udbytte fra selskabet til revisoren. Efter det oplyste og den i øvrigt foreliggende praksis må det antages, at Landsskatteretten lagde vægt på, at selskabsdeltageren allerede havde afstået sin goodwill til selskabet, og at denne goodwill – samt den herefter tilførte goodwill – derfor måtte anses for at tilhøre selskabet. Indkomsten fra salg af goodwill blev derfor allokeret til selskabet som ejer af goodwillen.[260]

> Den overdragne goodwill blev anset for at tilhøre selskabet som følge af en civilretlig gyldig aftale. Den herefter oparbejdede goodwill blev så vidt ses anset for at tilhøre selskabet i medfør af det skatteretlige goodwillbegreb.

---

258. LSRM 1962, 97, TfS 1984, 275 LSR, TfS 1997, 125 LSR og TfS 2002, 84 Ø.
259. TfS 2001, 870 V.
260. Se også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 349: »Mest tydelig er naturligvis tilfælde, hvor aktionæren tilegner sig selskabets indtægter, f.eks. LSRM 1962.97, hvor en af aktionærerne lod en goodwill-betaling, som tilkom selskabet, betale til sig.«

På samme måde lagde Landsskatteretten i sagen TfS 1984, 275 LSR[261] til grund, at en avance, der hidrørte fra afståelse af en fast ejendom, skulle beskattes af det skattesubjekt, der var ejer af ejendommen. En selskabsdeltager havde stiftet et aktieselskab, som overtog hans hidtil personligt drevne tømrer- og byggevirksomhed. Selskabet købte en grund af en kommune, opførte en ejendom på denne, og solgte grund og ejendom til tredjemand. Selskabsdeltageren var imidlertid ifølge de eksisterende skøder køber og sælger af ejendommen, selvom selskabet havde varetaget en lang række af de indkomstskabende funktioner i forbindelse med denne handel.[262] Landsskatteretten lagde vægt på det formelle ejerskab, således som selskabsdeltageren selv havde tilkendegivet.[263] Selskabsdeltageren var derfor rette indkomstmodtager af kapitalgevinsten.[264]

> Dette formelle ejerskab svarede til det civilretlige ejerskab, idet selskabsdeltageren utvivlsomt i civilretlig henseende ifølge tinglyst adkomst var ejer af den faste ejendom, uanset hvilke indkomstskabende aktiviteter selskabet havde udøvet i forbindelse med købet og salget af ejendommen.

Sagen TfS 1997, 125 LSR adskiller sig fra ovenstående sager ved, at der reelt var tvivl om, hvem der var ejer af en køberet til nogle aktier – selskabsdeltageren eller et selskab, som denne havde en vis indflydelse på.

Landsskatteretten lagde til grund, at det skattesubjekt, som havde ejendomsret til det formuegode, der blev afstået, skulle beskattes af en eventuel avance heraf. I modsætning til sagen TfS 1984, 275 LSR, hvor selskabsdeltageren forgæves forsøgte at overbevise Landsskatteretten om, at han ved en fejl var opført som ejer af formuegodet, lykkedes det i sagen TfS 1997, 125 LSR øjensynligt selskabsdeltageren at overbevise Landsskatteretten om, at en sådan fejl forelå.

Selskabsdeltageren fremtrådte således som ejer ifølge to tidligere aktionæroverenskomster, idet selskabet alene fremtrådte som ejer af køberetten efter den sidste aktionæroverenskomst. Landsskatteretten må imidlertid have lagt til grund, at dette beroede på en fejl, idet selskabet uanset det i de tidligere aktionæroverenskomster anførte i alle henseender havde været anset som ejer af

---

261. LSRM 1984, 133.
262. Selskabet havde købt grunden og afholdt byggeudgifterne ved træk på sin kassekredit. Selskabet havde endvidere søgt om og fået byggetilladelsen. Prioriteringen af ejendommen fandt endelig sted i selskabets navn.
263. Ligesom Højesteret gjorde ved allokering af formueafkast i sagen TfS 1989, 68 H, der er omtalt ovenfor 4.2.2.
264. Se kritisk hertil *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 399.

køberetten gennem en længere årrække, og idet selskabsdeltageren end ikke havde været involveret i drøftelserne af den sidste aktionæroverenskomst.

Faktum i sagen TfS 2002, 84 Ø er noget mere kompliceret end i de ovenfor omtalte sager, idet der var involveret flere selskabsdeltagere, flere selskaber og blev foretaget en lang række dispositioner. For landsretten var sagens kerne, om selskabet eller selskabsdeltageren skulle beskattes af en indkomst, der hidrørte fra overdragelsen af et koncept til et interessentskab.

Landsretten lagde vægt på, at selskabet var indehaver af rettighederne til det koncept, der blev overdraget til interessentskabet. På baggrund heraf skulle indkomsten allokeres til selskabet og ikke til selskabsdeltagerne.[265]

> Det civilretlige ejerskab til rettighederne blev så vidt ses uden videre lagt til grund for, hvem der i skattemæssig henseende skulle anses for at være ejer.

Det blev imidlertid også taget i betragtning, at selskabsdeltagerne måtte anses som uafhængige parter ved indgåelse af aftalen om overdragelse af rettigheden, og at denne aftale måtte anses som forretningsmæssigt begrundet. Landsrettens bemærkning herom kan fortolkes således, at indkomsten ikke kunne være allokeret til selskabet, hvis aftalen ikke var indgået på armslængde-vilkår, eller at selskabet eller interessentskabet i så fald var blevet beskattet af en fikseret indkomst. I betragtning af, at selskabet ud over overdragelsen af konceptet tillige udøvede en række andre funktioner i forbindelse med andre indkomstskabende aktiviteter i forhold til interessentskabet, må det imidlertid formentlig forstås således, at den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af indkomsten hidrørende fra disse aktiviteter var blevet tilsidesat, hvis motivet for allokeringen havde været skattemæssigt begrundet – i så fald dog kun, hvis selskabet ikke havde haft nogle funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.[266]

Sagen TfS 2001, 870 V har mange lighedspunkter med sagen TfS 1997, 921 LSR.[267] Landsretten skulle således ikke tage stilling til, om en indkomst hidrørende fra salg af goodwill skulle allokeres til selskabsdeltagerne eller selskabet, men derimod om den indkomst, som selskabsdeltagerne havde oppebåret ved salg heraf, skulle anses for at være indkomst hidrørende fra salg af goodwill eller et maskeret udbytte fra selskabet.[268]

---

265. Se også LV 2004-1 S.C.1.1.1.
266. Se ovenfor 3.
267. Se ovenfor 5.1.
268. Jf. også *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 407. Sagen vedrørte endvidere spørgsmålet om, hvorvidt selskabsdeltageren var ansat som lønmodtager og derfor var rette indkomstmodtager af nogle honorarer, der var blevet udbetalt til selskabet, jf. ovenfor 3.2.1.

Landsretten lagde til grund, at den indkomst, der hidrørte fra salg af goodwill, skulle henføres til det skattesubjekt, der havde den pågældende goodwill. Efter en samlet vurdering af det oplyste blev den omhandlede goodwill anset for at tilhøre selskabet.

> Ved vurderingen tog landsretten udgangspunkt i det skatteretlige goodwillbegreb, idet den pågældende goodwill i skattemæssig henseende blev anset for at være oparbejdet af selskabet.

Således som sagen var forelagt, skulle landsretten ikke tage stilling til, om selskabet tillige skulle beskattes af vederlaget for afståelse af goodwill som rette indkomstmodtager.[269]

269. At indkomsten skulle allokeres til og beskattes hos selskabet, kan der dog i lyset af den øvrige praksis ikke være tvivl om.

Kapitel XIV

Sammenfatning

1. Teori

Et teoretisk, traditionelt indkomstbegreb blev ovenfor omtalt som et indkomstbegreb, der alene giver hjemmel til beskatning af en indkomst, når denne indkomst er fremkaldt og oppebåret af ét og samme skattesubjekt.[1] Brister den ene eller den anden forudsætning – f.eks. således at indkomsten er fremkaldt af ét skattesubjekt, men er oppebåret af et andet skattesubjekt – kan indkomsten ikke beskattes i henhold til dette teoretiske indkomstbegreb.[2]

En indkomst, der ikke er fremkaldt og oppebåret af et og samme skattesubjekt, kan i stedet beskattes i henhold til reglerne om indkomstallokering.[3] I medfør heraf kan en indkomst beskattes hos det skattesubjekt, som har fremkaldt denne f.eks. ved en indkomstskabende aktivitet,[4] selv om det pågældende skattesubjekt ikke har oppebåret indkomsten. Indkomsten kan endvidere beskattes hos det skattesubjekt, som har oppebåret denne uden at have fremkaldt den ved en indkomstskabende aktivitet.[5]

> Hjemmel til beskatning af sidstnævnte kan søges i et traditionelt indkomstbegreb, forudsat at den, der har oppebåret indkomsten, anses for tillige at have fremkaldt indkomsten i relation til den skattepligtige, der har fremkaldt indkomsten i relation til indkomstens ophav ved at udøve en indkomstskabende aktivitet.[6]

Endelig kan indkomsten beskattes hos begge parter – dvs. både hos den, der har

---

1. Se ovenfor III, 2.3.
2. Se ovenfor III, 2.3.
3. Reglerne om allokering og fiksering af indkomst er ovenfor beskrevet ved hjælp af et samlebegreb, der betegnes som det udvidede indkomstbegreb.
4. Eller som følge af et gave-, lov-, tilskuds- eller udbyttemiljø.
5. Se ovenfor III, 3.4. Eller som følge af et gave-, lov-, tilskuds- eller udbyttemiljø.
6. Se ovenfor III, 3.4.

fremkaldt indkomsten, og hos den, der har oppebåret indkomsten. Reglerne om indkomstallokering indeholder derfor ikke noget krav om, at indkomsten skal være fremkaldt og oppebåret af ét og samme skattesubjekt. Indkomsten skal imidlertid fortsat være fremkaldt og oppebåret, førend en beskatning kan finde sted i medfør af reglerne om indkomstallokering.[7]

Analysen af forholdet mellem selskabsdeltager og selskab har vist, at reglerne om allokering af indkomst efter omstændighederne er nødvendigt for at kunne korrigere deres indkomstopgørelse. Dette er en følge af de mangfoldige forskelle i beskatningen af selskabsdeltager og selskab, der uden videre kan føre til betydelige skattemæssige besparelser, hvis en indkomst vilkårligt forskydes i det indbyrdes forhold.[8] Af hensyn til samfundets behov for at opnå et bestemt skattemæssigt provenu og af respekt for den politisk bestemte fordeling af skatterne[9] må sådanne vilkårligheder hindres på trods af, at selskabsdeltager og selskab kan have en økonomiske interesse heri.[10] Heraf følger, at selskabsdeltager og selskab ikke kan have ret til at allokere en indkomst efter forgodtbefindende, når samfundet dels har bestemt, at selskabsdeltager og selskab skal beskattes af hver sin indkomst som to selvstændige skattesubjekter, dels at overførsel af indkomst mellem disse efter omstændighederne skal være skattepligtig.

I overensstemmelse med de bærende hensyn blev det endelig konkluderet, at indkomsten enten måtte beskattes hos den, der havde fremkaldt indkomsten, eller hos den, der havde oppebåret indkomsten, alt afhængigt af, hvad der måtte være forudsat i skattelovgivningen. Det kunne ikke påvises, at en beskatning af enten det ene eller det andet skattesubjekt ville være i strid med de bærende hensyn, forinden det blev konstateret, hvem der ifølge lovgivningen skulle være rette indkomstmodtager.[11]

2. Lovgivning og praksis

Udgangspunktet for reglerne om allokering af indkomst er, at enhver form for virksomhed kan udøves hos både selskabsdeltager og selskab med den virkning, at selskabsdeltager eller selskab beskattes af indkomsten som rette indkomst-

7. Til forskel for reglerne om indkomstfiksering, hvor indkomsten hverken skal være fremkaldt eller oppebåret, førend den kan beskattes. Se ovenfor III, 4.4, 5.2.3 og 5.3.
8. Se ovenfor IV, 2 og 3.
9. Herunder navnlig ønsket om en vis økonomisk dobbeltbeskatning af selskabsdeltager og selskab.
10. Se ovenfor IV, 4.4.
11. Se ovenfor IV, 4.5.

modtager i overensstemmelse med deres aftale herom.[12] Dette er dels en følge af, at skatteretten følger de grundlæggende civilretlige dispositioner, dels at der ikke i det skatteretlige indkomstbegreb – således som det er kommet til udtryk i SL §§ 4-6 – findes udtrykkelige regler om, at særlige former for indkomstskabende aktivitet skal udøves af fysiske eller af juridiske personer. Den civilretlige hovedregel, hvorefter der er ret til frit valg af selskabsform – den såkaldte etableringsfrihed – må derfor respekteres i skatteretlig henseende.

De skatteretlige regler kan endvidere ikke frakende en virksomhed i selskabsform skatteretlige virkninger, alene fordi det anses for at være en dårlig forretningsmæssig disposition at drive virksomheden som et selskab. Den grundlæggende frihed til at etablere selvstændig erhvervsvirksomhed i selskabsform må indebære, at den skattepligtige som hovedregel frit kan vælge rammerne for sin virksomhed. En skatteretlig vurdering af den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af indkomsten kan derfor ikke tage højde for, om selskabsdeltageren overhovedet burde have stiftet selskabet som ramme om den indkomstskabende aktivitet.

Som udgangspunkt gælder derfor en formodning om, at en indkomst, der fremtræder som selskabets indkomst, i skattemæssig henseende skal allokeres til selskabet som rette indkomstmodtager.[13] På samme måde må en indkomst, der fremtræder som selskabsdeltagerens, som udgangspunkt allokeres til og beskattes hos denne.

Heraf følger imidlertid ikke, at den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af en indkomst uden videre skal respekteres i skattemæssig henseende. Analysen af lovgivning og praksis har tværtom vist, at SL § 4 utvivlsomt indeholder regler om indkomstallokering. Det forudsættes således i SL § 4, at bestemte indkomster skal allokeres til og beskattes hos bestemte skattesubjekter.[14] I den øvrige skattelovgivning er det ligeledes forudsat, at bestemte indkomster skal allokeres til og beskattes hos bestemte skattesubjekter.[15] I praksis

---

12. Jf. også *Michael Amstrup*, TfS 1992, 541.
13. Jf. også LV 2004-1 S.C.1.1.1, *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s.193, *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 600, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 314 og Skatteudnyttelse s. 396 samt *Gitte Skouby*, R&R 1998, 10, 30.
14. Se ovenfor XI, 3.
15. Se ovenfor XII. Anderledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208 der på baggrund af Højesterets dom i sagen TfS 1998, 485 H (Aage Haugland) konkluderer: »For det andet fastslår Højesteret, at såfremt en erhvervsaktivitet, der civilretligt lovligt udøves i selskabsform, skattemæssigt må tilsidesættes, må det kræve en særlig hjemmel, der ikke findes i statsskattelovens § 4, der ikke kan fortolkes videre, end at den forhindrer vilkårlige indkomstoverførsler fra et skattesubjekt til et andet«. Se også anderledes *Svend Erik Holm*, R&R 2002, SM 105: »Det kan dog være nærliggende at slutte modsætningsvis fra dommen af 12/2 2002, når der skal tages stilling til, om et selskab skattemæssigt kan oppebære indtægter af den pågældende type, således at det afgørende kriterium herfor bliver, om der foreligger personligt arbejde i tjenesteforhold eller ej.

har denne lovgivning ført til, at den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af en indkomst i en lang række tilfælde er blevet korrigeret.[16]

Reglerne om allokering af indkomst kan på baggrund af ovenstående analyse opdeles i tre regelsæt,[17] herunder reglerne om allokering af

– arbejdsindkomst m.v. (nedenfor 2.1),
– formueafkast (nedenfor 2.2) og
– kapitalgevinster (nedenfor 2.3).

2.1 Arbejdsindkomst m.v.

Selvom det på baggrund af SL § 4 og den øvrige skattelovgivning må antages, at vederlag for arbejde m.v. tilkommer ét skattesubjekt som rette indkomstmodtager, der i SL § 4 betegnes som »den skattepligtige«, er det kun undtagelsesvist i lovgivningen anført, hvorledes denne rette indkomstmodtager skal findes. Det fremgår f.eks. ikke af lovgivningen, om en indkomst hidrørende fra et arbejde m.v. skal allokeres til og beskattes hos den, som har fremkaldt den ved sin indkomstskabende aktivitet – i disse tilfælde det udførte arbejde m.v. – eller hos den, som har oppebåret indkomsten.[18] Som følge heraf er det ikke overraskende, at der findes en righoldig praksis om dette spørgsmål. På baggrund af denne praksis kan der opstilles fire grundsætninger om allokering af indkomst hidrørende fra arbejde m.v.[19]

For det første kan en virksomhed som *lønmodtager* ikke udøves i selskabsform med den virkning, at indkomsten herfra allokeres til og beskattes hos selskabet.[20] Der kan angives forskellige begrundelser herfor. I centrum for disse står det faktum, at lønmodtageren som følge af tjenesteforholdet er den personligt berettigede og forpligtede i relation til den indkomstskabende aktivitet, der fremkalder indkomsten. Selskabet levnes derfor ikke mange muligheder for at bidrage til den indkomstskabende aktivitet, når selskabsdeltageren er ansat som

---

Et selskab vil i så fald kun være afskåret fra at kunne være rette indkomstmodtager, hvis der foreligger personligt arbejde i et tjenesteforhold«.

16. Se ovenfor XIII.
17. Se også foran XI, 3 XII, 1. og XIII, 2.
18. Se ovenfor XI, 3.3 og XII, 4.
19. Se ovenfor XIII, 3.2.5.
20. Jf. også LV 2004-1 S.C.1.1.1, *Thøger Nielsen*, SpO 1972, 51, *Gitte Skouby,* R&R 1991, 6, 52, *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328, *Jan Pedersen*, R&R 1998, SM 305 og Skatteretten 2, s. 309-310, *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 117 samt *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 599: »Hidtidig praksis, hvorefter lønmodtagere ikke kan »sætte sig selv på aktier« er ikke ændret med Højesterets dom, ...«.

lønmodtager.[21] Det er uden betydning for beskatningen af lønmodtageren som rette indkomstmodtager, at selskabet måtte have oppebåret indkomsten.

> Det kan derimod ikke antages, at den, som har fremkaldt en indkomst ved sit fysiske og/eller åndelige arbejde – i dette tilfælde lønmodtageren – i henhold til dansk ret altid skal beskattes af den heraf følgende indkomst. Konsekvensen heraf ville være, at juridiske personer ikke længere kunne være rette indkomstmodtagere af en indkomst hidrørende fra en indkomstskabende aktivitet, i det omfang aktiviteten forudsatte et fysisk eller åndeligt arbejde, idet juridiske personer ikke kan udøve sådanne funktioner.

Når det antages, at en lønmodtager ikke kan sætte sig selv på aktier, må det derfor begrundes med en henvisning til den foran omtalte funktionsanalyse, idet funktionerne i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet i et typisk lønmodtagerforhold er fordelt dels på lønmodtageren, dels på arbejdsgiveren. Det er således kendetegnende for en lønmodtagers forhold, at arbejdsgiveren afholder udgifterne i forbindelse med udførelsen af arbejdet, at vederlaget i overvejende grad er nettoindkomst for lønmodtageren, og at arbejdsgiveren i kraft af reglerne i forskellige love har det egentlige ansvar og den egentlige forpligtelse i forbindelse med arbejdets udførelse. Vederlaget beregnes endvidere typisk på baggrund af lønmodtagerens arbejdsindsats, idet arbejdsgiveren alene betaler for denne. Når det samtidig tages i betragtning, at arbejdsgiveren sædvanligvis kan fastsætte instrukser for arbejdets udførelse samt føre tilsyn og kontrol hermed, er det åbenbart, at en lønmodtagers selskab ikke vil kunne udøve nogle nævneværdige funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.[22] De dele af den indkomstskabende aktivitet, som lønmodtageren ikke udøver, varetages således af arbejdsgiveren. Selskabet vil navnlig ikke have nogen som helst instruktionsbeføjelse over den ansatte, som udøver den indkomstskabende aktivitet (lønmodtageren), idet denne instruktionsbeføjelse fuldt ud er overladt til hvervgiveren. Selskabet vil heller ikke have nogen rettigheder og forpligtelser i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, idet rettigheder og forpligtelser påhviler lønmodtageren og hvervgiveren.

Virksomheden som lønmodtager vil endvidere i en række tilfælde ikke gyldigt kunne udøves med selskabet som kontraktspart. Reglerne i funktionærloven finder f.eks. alene anvendelse for personer, jf. lovens § 1, stk. 1.[23] Hertil kommer, at et selskab strengt taget kun kan registreres, hvis det er erhvervsdrivende, og derfor i princippet alene kan udøve erhvervsdrivende virksomhed, jf. aktieselskabslovens § 1, stk. 1, og anpartsselskabslovens § 1, stk. 1. Det må imidlertid

---

21. Se i det hele ovenfor XIII, 3.2.5.
22. Se om sondringen CIR nr. 129 af 4/7 1994, pkt. 3.1.1 og LV 2004-1 E.A.4.
23. Ligeledes *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52.

erkendes, at der ikke i civilretlig henseende stilles et selskab hindringer i vejen, hvis det med selskabsdeltagernes samtykke delvist indlader sig på en virksomhed, som ikke er erhvervsmæssig, f.eks. at optræde som lønmodtager.[24]

Gitte Skouby, R&R 1991, 6, 52 og *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328 henviser endvidere til den manglende substitutionsret som begrundelse for, at lønmodtagere ikke kan allokere indkomst hidrørende fra deres indkomstskabende aktivitet til et selskab. Denne opfattelse blev afvist ved Højesterets dom i TfS 1998, 485 H.

Thøger Nielsen, SpO 1972, 51 begrunder retstilstanden med en henvisning til aftalen mellem lønmodtager og arbejdsgiver: »Helt klart må det være, at lønmodtageren ikke kan lade sin løn indgå som indkomst i et selskab, da lønnen er en personlig indkomst grundet på kontrakt mellem lønmodtager og selskab«.

Jan Pedersen, R&R 1998, SM 305 henviser til, at selskaber i henhold til aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven skal være erhvervsdrivende, for at registrering af selskabet kan foretages. Som følge heraf kan et traditionelt lønmodtagerforhold ikke foregå i selskabsform, idet en lønmodtager ikke er selvstændigt erhvervsdrivende. Det af forfatteren anførte er korrekt, men er som nævnt ovenfor ikke til megen hjælp, når selskabet først er registreret som erhvervsdrivende, idet selskabet da ikke er forhindret i at udøve en ikke erhvervsmæssig virksomhed.

En indkomst kan som hovedregel for det andet alene allokeres til et skattesubjekt som rette indkomstmodtager, hvis den til grund for indkomsten udøvede indkomstskabende aktivitet i *civilretlig* henseende *gyldigt* kan udøves af det pågældende skattesubjekt.[25] Heraf følger, at indkomsten fra et arbejde m.v. skal allokeres til den, der her fremkaldt indkomsten, når det kun er den pågældende, som gyldigt har kunnet fremkalde den pågældende indkomst. Det er uden betydning for beskatningen af den pågældende, om indkomsten måtte være oppebåret af et andet skattesubjekt, som ikke gyldigt har kunnet fremkalde indkomsten.[26]

At en indkomst i civilretlig henseende ikke gyldigt kan udøves i selskabsform – eller ikke gyldigt kan udøves i personligt regi – er selvsagt ikke udtryk for skattemæssige overvejelser om det betimelige i, at indkomsten beskattes hos en fysisk person eller en juridisk person. Sådanne næringsretlige regler, der får

24. Se også *Jan Pedersen*, Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 978-979. Begrebet »erhvervsdrivende« er i selskabsretlig henseende meget rummeligt.
25. Se også *Thøger Nielsen*, SpO 1972, 51, *Aage Michelsen*, R&R 1999, 10, SM 276, *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328 og *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 1998, 27.
26. Se ovenfor XIII, 3.2.2 og 3.2.5.

karakter af »Berufsverbot«, er i stedet begrundet i hensyn til ansvar, hæftelse, kapitalkrav og uafhængighed.[27] Det kan som følge heraf diskuteres, om disse forbud bør respekteres i skatteretlig henseende.

> I praksis har sådanne overvejelser været medvirkende til, at en indkomst hidrørende fra et bestyrelsesarbejde efter omstændighederne kan allokeres til et advokatselskab eller en konsulents selskab, uanset at hvervet som bestyrelsesmedlem alene kan varetages af myndige fysiske personer, jf. aktieselskabslovens § 52, stk. 1, og anpartsselskabslovens § 19, stk. 1.[28]

Indkomstbegrebet i skattelovgivningen kan selvsagt løsrives fra de civilretlige regler, således at indkomsten kan allokeres til en selskabsdeltager eller et selskab, selvom den pågældende ikke i civilretlig henseende kan fremkalde indkomsten. Ræsonnementet for den i praksis ofte forekommende kobling af skatteretten og civilretten er imidlertid ikke, at skatteretten alene skal følge civilretten, når skatteretten har samme formål som civilretten. Den her omtalte grundsætning tager derimod afsæt i, at udgangspunktet for enhver beskatning er de civilretlige dispositioner og den civilretlige kvalifikation af disse. Når selskabsdeltager eller selskab således ikke i civilretlig henseende kan fremkalde en indkomst, må dette så meget desto mere også anses for at være tilfældet i skattemæssig henseende.

> Det kan tilføjes, at den civilretlige regulering af lønmodtageres forhold ligeledes har andre formål end den skatteretlige, men at det ikke desto mindre som nævnt ovenfor er fast antaget, at en lønmodtagers indkomst ikke kan allokeres til et selskab.

I en række af de tilfælde, hvor det nu er anerkendt, at en virksomhed kan udøves med selskabet som ramme om den indkomstskabende aktivitet, er det samtidig forudsat, at den selskabsdeltager, som er personlig indehaver af en autorisation eller bevilling m.v., fortsat er ansvarlig for virksomheden i henhold til de regler, der gælder for autorisationen eller bevillingen m.v.[29] Heraf følger, at en af de væsentligere funktioner i forbindelse med udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet – det at have rettigheder og forpligtelser vedrørende aktiviteten – varetages af en selskabsdeltager. Det kan diskuteres, om selskabsdeltageren som følge heraf skal anses for at være rette indkomstmodtager. Dette må imidlertid afvises, dels fordi det at indehave rettigheder og forpligtelser kun er en del af de funktioner, der udøves i forbindelse med en indkomstskabende aktivitet, dels

---

27. Jf. også *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193 og *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 309.
28. Se ovenfor XIII, 3.2.2 og 3.2.5.
29. Jf. også *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 91.

fordi et selskab i øvrigt kan have alle de rettigheder og forpligtelser, som ikke tilkommer en selskabsdeltager som følge af autorisationen eller bevillingen m.v.

> I en tandlæges virksomhed kan tandlægen f.eks. indehave rettigheder og forpligtelser i henhold til autorisationen som tandlæge, herunder f.eks. retten til at betegne sig som tandlæge og til at drive tandlægevirksomhed. Tandlægen kan endvidere indehave forpligtelsen til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed ved udøvelsen af virksomheden. Tandlægens selskab kan samtidig være indehaver af andre rettigheder og forpligtelser, herunder f.eks. retten til at opkræve betaling hos patienten, forpligtelser i henhold til de lokaler, hvorfra virksomheden udøves, og de driftsmidler, som anvendes i forbindelse hermed. Selskabet kan også have visse rettigheder og forpligtelser i henhold til et ansat personale.

Der findes for det tredje ikke længere i dansk ret noget *substitutionsprincip*, hvorefter en indkomst skal allokeres til og beskattes hos et bestemt skattesubjekt, når dette skattesubjekt som følge af sin personlige erhvervsevne ikke kan substitueres af andre.[30]

Det kan tiltrædes, at substitutionsprincippet efter mange år blev opgivet. I alle de tilfælde, hvor en indkomstskabende aktivitet gyldigt udøves med et selskab som ramme om virksomheden, kan der således opstå situationer, hvor dele af den indkomstskabende aktivitet forudsætter en særlig erhvervsevne, som alene indehaves af én person. Dette kan have forskellige årsager: Én årsag kan være, at selskabet ikke råder over andre personer, som har den samme erhvervsevne. En anden årsag kan være, at selskabets medkontrahent ønsker arbejdet udført af en bestemt person – f.eks. mester i stedet for selskabets svende. En tredje årsag kan endelig være, at der alene findes én person – både i og uden for selskabet – som kan udøve den indkomstskabende aktivitet på den af tredjemand forudsatte måde.

Substitutionsprincippet fandt alene anvendelse, når den manglende mulighed for substitution beroede på den tredje årsag, og da kun, når det var selskabsdeltageren, som havde den særlige personlige erhvervsevne. Som følge heraf kunne en kunstner eller en professionel idrætsudøver ikke udøve sin virksomhed i selskabsform med den virkning, at selskabet blev beskattet af indkomsten herfra, mens f.eks. advokater, revisorer og håndværkere kunne opnå sådanne resultater, uagtet sidstnævnte efter omstændighederne heller ikke kunne substitueres af andre.[31] Selskaber med få og mange ansatte blev endvidere forskels-

---

30. Ligeledes *Gitte Skouby*, TfS 1998, 549, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208, *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 600 og *Jan Pedersen*, R&R 1998, SM 305 og Skatteretten 2, s. 308. I EU-retlig sammenhæng må det antages, at substitutionsprincippet var en generel regel, som ville blive anset for at være i strid med traktatens restriktionsforbud.
31. Jf. også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208: »Der er næppe tvivl om, at argumentet om mulig

behandlet, idet eneaktionærens eller eneanpartshaverens lille selskab ikke kunne forlade sig på selskabsdeltagerens særlige erhvervsevne som en forudsætning for selskabets indkomsterhvervelse, hvorimod større selskaber kunne have én eller flere ansatte med særlige erhvervsevner og fortsat være rette indkomstmodtager af den indkomst, som de ansatte i vidt omfang var med til at fremkalde. Denne forskelsbehandling af selvstændigt erhvervsdrivende på baggrund af deres erhverv og selskabets personale var uholdbar, idet hverken SL § 4 eller den øvrige lovgivning kunne tages til indtægt for resultatet.

Det må lægges til grund, at enhver arbejdsindsats er unik. Der er således ikke to personer, der vil udføre et arbejde på præcis samme måde. Ud fra en sådan betragtning kan det anføres, at ingen person vil kunne substitueres med en anden person, uanset hvilken indkomstskabende aktivitet den pågældende person udøver, forudsat at hvervgiveren ønsker aktiviteten udøvet af den pågældende. En henvisning til en fysisk persons særlige erhvervsevne er som følge heraf et dårligt argument for, at nogle typer af erhverv ikke skal kunne udøves i selskabsform. Den i praksis stedfundne forskelsbehandling af f.eks. på den ene side advokater, revisorer og håndværkere og på den anden side f.eks. musikere, kunstnere, forfattere og professionelle idrætsudøvere havde derfor reelt intet som helst at gøre med muligheden for substitution, omend dette blev påberåbt som begrundelse. Essensen var tværtom, at sidstnævnte gruppe – musikere, kunstnere, forfattere og professionelle sportsudøvere – udøver en indkomstskabende aktivitet, der i sagens natur har en sådan karakter, at det er endog meget let at få øje på deres særlige erhvervsevne. Stort set alle vil kunne se forskel på en kendt, talentfuld skuespiller og en ukendt, talentløs skuespiller. I modsætning hertil er den særlige erhvervsevne sværere at få øje på inden for den første gruppe af f.eks. advokater, revisorer og håndværkere. Det er således et færre antal personer forundt at se forskel på et godt og et dårligt advokatarbejde.[32]

På baggrund af ovenstående må det konkluderes, at en indkomst ved erhvervsmæssig virksomhed alt andet lige kan allokeres til et selskab, også selvom den pågældende indkomst alene kan fremkaldes under medvirken af én bestemt fysisk person, fordi den indkomstskabende aktivitet er afhængig af den pågældendes særlige erhvervsevne, jf. også TfS 1998, 485 H. Der er hverken i SL §

---

substitutionsret er hult. I talrige tilfælde kan det være givet, at der ikke foreligger nogen reel substitutionsret. Enhver advokat eller revisor vil kunne nikke genkendende til, at en klient tillægger det helt afgørende betydning, at det er den pågældende advokat eller revisor personligt, der udfører det hverv, han er blevet engageret til«. Se endvidere *Michael Amstrup*, TfS 1992, 541, *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193 og *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 308-309.

32. Se hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 118-119, der på trods af, at substitutionsprincippet er opgivet, antager, at det »... alt andet lige vil være lettere at opnå skatteretlig anerkendelse af en selskabskonstruktion i de situationer, hvor selskabet leverer en ydelse, der traditionelt udbydes i selskabsform«.

4 eller SEL § 8, stk. 1, regler eller forudsætninger om, at bestemte typer af selvstændig erhvervsvirksomhed ikke i skatteretlige henseende kan udøves i selskabsform, selvom virksomheden i civilretlig henseende kan udøves inden for rammerne af et selskab.[33]

> Substitutionsprincippet må ikke forveksles med de situationer, hvor selskabsdeltageren ikke kan substitueres af andre, fordi den pågældende er den egentlige kontraktretligt forpligtede over for medkontrahenten og derfor har alle rettigheder og forpligtelser i relation til den indkomstskabende aktivitet.[34] I tilfælde af, at selskabsdeltageren er den personligt forpligtede ved udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet, kan indkomsten allokeres til selskabsdeltageren på baggrund af en motiv- og funktionsanalyse, jf. straks nedenfor.
>
> At selskabet er forpligtet til at udøve den indkomstskabende aktivitet under medvirken af selskabsdeltageren, er i øvrigt ikke ensbetydende med, at selskabsdeltageren er personligt forpligtet til at udøve den indkomstskabende aktivitet. Ved en misligholdelse af en sådan aftale må tredjemand holde sig til selskabet, idet selskabsdeltageren alt andet lige ikke personligt er ansvarlig for aftalens opfyldelse.

Endelig vil en indkomst hidrørende fra et arbejde m.v. i alle andre tilfælde end de tre ovenfor nævnte skulle allokeres til rette indkomstmodtager på baggrund af en samlet vurdering af *motiverne* for den aftalte allokering af indkomsten, og de *funktioner*, som selskabsdeltager og selskab måtte have udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.[35] Dette gælder både i forholdet mellem

---

33. Se også *Poul Bostrup*, SpO 1998, 193.
34. Se også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 95. Anderledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208: »Denne problemstilling har været aktuel for kunstnere, forfattere og professionelle sportsfolk, der har ønsket at udøve deres aktivitet i selskabsform. Skattemyndighedernes betragtning har været den, at såfremt den egentlige forpligtede over for medkontrahenten ikke var selskabet, men personen, kunne honorarindtægterne ikke henføres til selskabet. Der har således været lagt vægt på, om der i forhold til medkontrahenten forelå en substitutionsret, således at den efter kontrakten pligtige ydelse kunne leveres af andre end den, der ejede selskabet«.
35. Anderledes *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52: »Domspraksis viser, at der i realiteten kun kan foretages skattemæssig indkomstkorrektion fra selskab til person i de tilfælde, hvor der først er indgået en personlig arbejdsaftale mellem hvervgiveren og en person, hvorefter personen overfører kontrakten til et helejet selskab. Personen skal i øvrigt egenhændigt kunne fastsætte kontraktsvilkårene i kraft af en væsentlig indflydelse også i det selskab, der er hvervgiver«. Anderledes også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208: »Disse situationer må løses ved, at man efter en omhyggelig klarlæggelse af faktum bliver i stand til at fastslå, hvem der reelt har erhvervet ret til den pågældende indtjening«. Se endelig anderledes *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 405: »Når en transaktion skal bedømmes efter armslængdeprincippet, er det da heller ikke blot dens enkelte elementer, der skal bedømmes, men dens helhed«.

selskabsdeltager og selskab, når begge er juridiske personer,[36] og i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab.[37]

Anderledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 39 og Skatteretten 2, s. 314, der lægger vægt på, om den udskilte del af et indkomstgrundlag og den beholdte del af et indkomstgrundlag er bæredygtigt hver for sig.[38] Ved opsplitning af en virksomhed skal der ifølge forfatteren lægges vægt på, om de udskilte virksomheder har klart adskilte driftsområder, egne ansatte, egne driftsaktiver og hver er underlagt en selvstændig driftsmæssig risiko.[39]

For så vidt angår de såkaldte direktørselskaber anfører *Jan Pedersen*, at en korrektion af indkomstens allokering kun vil være påkrævet, hvor selskabet ikke er sat til opgaven af forretningsmæssige, driftsmæssige eller økonomiske hensyn, og i fald selskabet ejes af den samme person, som ejer det selskab, der har afgivet ledelsen.[40]

Anderledes endvidere *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 117: »Afgørende må i overensstemmelse med de seneste års højesteretspraksis være, om der foreligger et lønmodtagerforhold, eller om der i stedet er tale om en selvstændig erhvervsvirksomhed«. *Malene Kerzel* anser den hidtidige praksis for at være udtryk for, at en lønmodtager i stadigt større omfang kan søge ansættelse som selvstændigt erhvervsdrivende konsulent, men at selskabet skal være »levedygtigt«, påtænke at sælge ydelser til andre end selskabsdeltagerens eventuelle hidtidige hvervgiver, og at de »fulde konsekvenser« af selskabsstiftelsen skal træffes.

Se endelig anderledes *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 90: »Følgen af dommen er, at hvis der er tale om selvstændig erhvervsvirksomhed, kan denne udøves i selskabsform. Herved bliver etableringen af drift i selskabsform alene afhængig af, om udøvelsen af hvervet sker ved selvstændig erhvervsvirksomhed i skatteretlig forstand«.[41]

Ved motivanalysen lægges vægt på, om den mellem selskabsdeltager og selskab

---

36. Se ovenfor XIII, 3.1.
37. Se ovenfor XIII, 3.2.4 og 3.2.5.
38. Eller som anført *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 39: »kan leve sin egen tilværelse« og Skatteretten 2, s. 314: »kan leve deres egen tilværelse«. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 27 tilslutter sig denne opfattelse.
39. Der kan i den forbindelse ifølge *Jan Pedersen* lægges vægt på, om den almindelige driftsrisiko er ophævet gennem garantistillelse, om administrationen stadig varetages af den tilbageværende del af virksomheden, om den udskilte del af virksomheden har ansatte og om der udøves en egentlig fysisk aktivitet, jf. Transfer pricing, s. 39, Skatteretten 2, s. 314-315 og Skatteudnyttelse, s. 255-256.
40. Jf. *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 312-313.
41. Den omtalte dom er TfS 1998, 485 H.

aftalte allokering af indkomsten er båret af forretningsmæssige hensyn eller er rent skattemæssigt begrundet. En korrektion af den aftalte allokering af indkomsten forudsætter, at aftalen om indkomstens allokering ikke er forretningsmæssigt begrundet.[42]

Det forhold, at den aftale allokering af indkomsten har været styret af skattemæssige motiver, er imidlertid ikke tilstrækkeligt til at korrigere indkomstens allokering.[43]

> Det forhold, at der foreligger en manipulation af indkomsten – en »forvridning» af denne – kan heller ikke i sig selv være tilstrækkeligt til, at den aftalte allokering af indkomsten tilsidesættes.[44] At henvise til en forvridning eller manipulation som begrundelse ville være meningsløst, eftersom »forvridningen« først kan konstateres, når det lægges til grund, at den af skatteyderne aftalte allokering ikke er korrekt. Hvis »forvridningen« samtidig anvendes som argument for, at den aftalte allokering ikke er retvisende, bliver argumentationen cirkulær, idet den misvisende allokering ikke kan konstateres, førend »forvridningen« er bevist, samtidig med, at »forvridningen« først kan konstateres, når den ukorrekte allokering er bevist.[45]

Der foretages i praksis som nævnt tillige en funktionsanalyse, som omfatter de funktioner, selskabsdeltager og selskab måtte have udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.[46] Ved denne funktionsanalyse lægges i praksis vægt på, hvilket skattesubjekt, der har tilvejebragt rammerne for den indkomstskabende aktivitet, hvorledes rettigheder og forpligtelser vedrørende den indkomstskabende aktivitet er fordelt mellem selskabsdeltager og selskab, og hvem der udadtil fremtræder som den, der udøver den indkomstskabende aktivitet.[47]

---

42. Se ovenfor XIII, 3.1.4 og 3.2.5. Se også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 602, og *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 310-311. Sidstnævnte anfører, at der ved vurderingen af, hvem der skal anses for at være rette indkomstmodtager, kan lægges vægt på baggrunden for selskabets etablering.
43. Anderledes *Robert Koch-Nielsen*, UfR 1971B.103, der lagde stor vægt på, at omdannelsen af et personligt firma til et aktieselskab kan siges at »omgå« reglerne om indkomstbeskatning af fysiske personers indtægt, når selskabsdeltageren fortsætter med at drive virksomheden på samme måde som hidtil efter omdannelsen.
44. Jf. også *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284.
45. Se hertil *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 602.
46. Se ovenfor XIII, 3.1.4 og 3.2.5.
47. Anderledes LV 2004-1 S.C.1.1.1, hvorefter der skal lægges vægt på, hvem der er berettiget og forpligtet i henhold til kontrakten om arbejdets udførelse, hvem et erstatningskrav for misligholdelse af kontrakten eller et funktionærretligt krav kan gøres gældende mod, og om instruktionsbeføjelsen over for den selskabsdeltager, der udfører arbejdet, reelt ligger hos dennes selskab eller hvervgiveren.

> I den sammenhæng har det betydning, at selskabsdeltager og selskab kan bevise, hvem der har udøvet hvilke dele af den indkomstskabende aktivitet.[48] Anses den aftalte allokering af indkomsten for at være skattemæssigt begrundet, stilles der på grund af interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab strenge krav til beviset for, at funktionerne i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet er fordelt på den måde, som de gør gældende.

I forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, der begge er selskaber, er funktionsanalysen relativt ubesværet, eftersom ingen af selskaberne kan udøve det fysiske og/eller åndelige arbejde, som måtte have været medvirkende til, at indkomsten fremkaldes. I erkendelse heraf er funktionsanalysen koncentreret om en analyse af de funktioner, som selskaberne kan udøve i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, herunder som nævnt tilvejebringelse af de ydre rammer m.v. I henhold til praksis skal det selskab, som har fremkaldt indkomsten ved at udøve den indkomstskabende aktivitet – ofte under medvirken af det pågældende selskabs ansatte – beskattes af indkomsten som rette indkomstmodtager. Indkomsten allokeres derfor til det skattesubjekt, som har fremkaldt indkomsten, uanset hvem der har oppebåret denne.[49]

Funktionsanalysen har givet anledning til større vanskeligheder i forholdet mellem en selskabsdeltager, der er en fysisk person – en såkaldt personlig selskabsdeltager – og et selskab, eftersom den personlige selskabsdeltager som den eneste af parterne, der har fysiske og åndelige evner, ofte har bidraget til at fremkalde indkomsten i et ikke ubetydeligt omfang ved at udnytte disse evner. I praksis har det været noget uklart, hvilken betydning denne personlige erhvervsevne skulle tillægges. I de tilfælde, hvor selskabsdeltager direkte eller indirekte kontrollerer et selskab, der udøver den indkomstskabende aktivitet, og tillige kontrollerer det andet selskab, som den indkomstskabende aktivitet udøves for, kan praksis fortolkes således, at den personlige erhvervsevne har betydning for spørgsmålet om, hvorvidt selskabsdeltager er rette indkomstmodtager. Det samme kan anføres om de tilfælde, hvor selskabsdeltageren overfører sin hidtidig personligt drevne virksomhed for én kunde eller samme kreds af kunder til sit selskab, som herefter oppebærer indkomsten, eller når selskabsdeltageren fratræder sin stilling som lønmodtager for at arbejde for samme arbejdsgiver som konsulent via sit selskab.[50]

Som nævnt ovenfor må praksis imidlertid fortolkes således, at der ikke ved

---

48. Se hertil *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53.
49. Se ovenfor XIII, 3.1.4.
50. Se ovenfor XIII, 3.2.5. *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 94, antager, at der i disse tilfælde i højere grad vil blive lagt vægt på »... baggrunden for og realindholdet af selskabsdannelsen«.

afgørelsen af, hvorledes en indkomst skal allokeres, kan lægges vægt på, at det til den indkomstskabende aktivitet eventuelt hørende fysiske og/eller åndelige arbejde udøves af en fysisk person, herunder af en selskabsdeltager.[51] Årsagen hertil er som allerede nævnt, at selskaber i modsætning til personer ikke kan udøve nogen form for fysisk eller åndeligt arbejde. Den indkomstskabende aktivitet, som et selskab »udøver«, og som omfatter et fysisk eller åndeligt arbejde, må derfor altid udøves af dets ansatte og/eller selskabsdeltagere.[52] Hvis der blev lagt vægt afgørende vægt på, hvem der udførte det til aktiviteten hørende fysiske eller åndelige arbejde, ville det være umuligt at allokere en indkomst til et selskab i alle de tilfælde, hvor den indkomstskabende aktivitet forudsatte udførelsen af et fysisk eller åndeligt arbejde.

For så vidt angår det fysiske og åndelige arbejde må det derfor erkendes, at denne del af den indkomstskabende aktivitet kun kan være udøvet af selskabsdeltageren – eller én eller flere andre personer – på selskabets vegne, således at selskabet anses for at have fremkaldt indkomsten ved at udnytte den eller de pågældendes personlige erhvervsevne.

> Det modsatte resultat ville i øvrigt kunne indebære, at selskabsdeltagere ikke kunne arbejde for deres eget selskab uden at skulle beskattes af den indkomst, der hidrørte fra deres funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, og derfor ville være henvist til at ansætte personer, der ikke var selskabsdeltagere i samme selskab, til at udøve det fysiske og/eller åndelige arbejde på vegne af selskabet.

Praksis må derfor i stedet fortolkes således, at der i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab lægges vægt på, om selskabet har udøvet de funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, som selskabet kan udøve.[53] Selvom selskabet ikke kan udføre fysisk eller åndeligt arbejde, kan det f.eks. stå som ejer af anlægsaktiver og driftsmidler, erhverve rettigheder og forpligtelser i forhold til selskabsdeltagere, ansatte og medkontrahenter og udadtil fremtræde som det skattesubjekt, der udøver den indkomstskabende akti-

---

51. Jf. ovenfor XIII, 3.2.5. Se dog *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 588, der som overordnet synspunkt anfører, at den, »som har udført en arbejdsindsats«, må være den rette indkomstmodtager af vederlaget for det udførte arbejde.
52. Jf. også *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52: »Når en arbejdsopgave skal løses, kræver det normalt en personlig arbejdsindsats i et eller andet omfang« og *Gitte Skouby*, TfS 1998, 549: »Man kan jo med lige så god ret fremhæve, at selskaber ikke kan slå søm i, og der er trods alt ingen, der i praksis har ment, at håndværksvirksomhed med hovedaktionæren som eneste udøvende kraft er så personlig, at den ikke kan foregå i selskabsform«.
53. En sådan konkret vurdering må i EU-retlig henseende anses for at være egnet til at opfylde det formål, som reglerne om allokering af indkomst forfølger, og går ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet.

vitet. At dette sker under medvirken af selskabsdeltageren og/eller selskabets ansatte i kraft af, at selskabet udnytter deres arbejdskraft, er uundgåeligt.

Det kan derfor heller ikke have betydning, om selskabsdeltageren er den eneste ansatte i selskabet, som udøver arbejde på dettes vegne, eller om selskabet har yderligere ansatte.[54] En indkomst må kunne allokeres til selskabet, også selvom selskabet ikke har andre ansatte end selskabsdeltageren.[55] På den anden side er det netop de selskaber, som alene har én ansat – selskabsdeltageren – der som oftest giver anledning til sager om allokering af indkomst, netop fordi muligheden for at tilrettelægge allokeringen af indkomsten ud fra skattemæssige overvejelser er særligt aktuelle, når selskabsdeltageren er den eneste ansatte og ejer af selskabet og derfor reelt alene skal tage hensyn til sine egne økonomiske interesser. Uden særlig lovhjemmel er det dog ikke muligt at lade strammere regler gælde for disse selskaber, end der gælder for selskaber med flere ansatte og/eller flere selskabsdeltagere.[56]

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at en indkomst hidrørende fra selvstændig erhvervsvirksomhed skal allokeres til og beskattes hos et selskab, når selskabet har fremkaldt indkomsten ved at udøve de funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, som selskabet kan udøve, uanset om indkomsten måtte være fremkaldt under medvirken af selskabsdeltageren og/eller selskabets ansatte ved, at selskabet har udnyttet deres evne til at udføre fysisk og/eller åndeligt arbejde. Ved den korrekte allokering af indkomsten tages der ikke hensyn til, om indkomsten er oppebåret af selskabsdeltageren eller selskabet.

Se også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 594: »For det andet kræves det, at det så at sige ikke blot er på papiret, at der er sket en overdragelse, således at det i realiteten fortsat er den overdragende skatteyder, der er træet – indkomstgrundlaget – idet det er overdragerens personelle og økonomiske ressourcer, der i realiteten fortsat er skaber af indkomsten«.[57]

---

54. Jf. også *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 95, men anderledes *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328.
55. Jf. også *Gitte Skouby*, R&R 1998, 10, 30. Se hertil TfS 1985, 691 H om udlandslempelse efter SEL § 17, stk. 2. Højesteret tiltrådte som anført af Østre Landsret, at bestemmelsen også fandt anvendelse for et anpartsselskab, hvis eneste selskabsdeltager var direktør. Det kunne heller ikke udelukke anvendelse af reglen, at arbejdet skulle udføres personligt af selskabsdeltageren, idet selskabet – og ikke selskabsdeltageren – ifølge kontrakten med tredjemand var ansvarlig for fejl og mangler ved det udførte arbejde.
56. Se ligeledes *Thøger Nielsen*, SpO 1972, 51. I EU-retlig sammenhæng vil en sådan sondring efter omstændighederne kunne anses for at være i strid med traktatens restriktions- og/eller diskriminationsforbud.
57. Se også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 600-601.

Det kan diskuteres, om det efter gældende ret har betydning, om selskabet udøver en indkomstskabende aktivitet i forhold til én eller flere kunder. Den hidtidige praksis om forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab kan på den ene side næppe tages som udtryk for, at den aftalte allokering af indkomsten i højere grad vil blive tilsidesat, når selskabet alene har én kunde, end når selskabet har flere kunder.[58] På den anden side må det anerkendes, at det i praksis i nogle tilfælde er blevet fremhævet, at selskabet har mere end én kunde. Det afgørende synes imidlertid ikke at være, hvor mange kunder selskabet har, men derimod hvem disse kunder er. Praksis er navnlig restriktiv, når selskabet skal være rette indkomstmodtager af honorarer, som hidrører fra et andet selskab, der beherskes af samme selskabsdeltager, eller når indkomsten stammer fra selskabsdeltagerens tidligere arbejdsgiver.[59] I den sammenhæng må det være uden betydning, om selskabet f.eks. skal være rette indkomstmodtager af honorarer hidrørende fra adskillige selskaber, som kontrolleres af samme selskabsdeltager.

2.2 Formueafkast

Af SL § 4 fremgår, at lejeværdi af egen bolig skal beskattes hos den, som ejer den pågældende bolig. Bortset herfra fremgår det hverken af SL §§ 4 eller 5, hvem der skal beskattes af et formueafkast, herunder f.eks. af renter, udbytte, provisioner og royalties m.v.[60] Som nævnt ovenfor er det alene forudsat, at enhver indkomst skal henføres til og beskattes hos et bestemt skattesubjekt, der er betegnet som »den skattepligtige«. I den øvrige lovgivning er det derimod i enkelte tilfælde antydet, at et formueafkast skal allokeres til ejeren.[61]

Praksis om allokering af formueafkast er relativt beskeden, men meget ensartet. Det er således fast antaget i praksis, at et formueafkast som udgangspunkt

---

58. Jf. også *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 95, men anderledes *Jan Pedersen*, R&R 1998, SM 305, *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 118 og *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52: »Med andre ord bliver det formalia, der er afgørende: Hvem er aftalepart – en person eller dennes selskab. På baggrund af den foreliggende domspraksis synes der kun at være to begrænsninger i muligheden for at henføre indkomst til et selskab: 1. Der skal være en i hvert fald teoretisk mulighed for at påtage sig opgaver for flere hvervgivere. 2. Er der indgået en arbejdsaftale, kan en lønmodtager ikke overføre denne til sit eget konsulentselskab, når formålet hermed udelukkende er at opnå en skattebesparelse. Muligvis gælder denne begrænsning kun i de tilfælde, hvor lønmodtageren også har en væsentlig indflydelse på det selskab, der er hvervgiver. Hermed har domspraksis lagt sig endog meget tæt på den opfattelse, som Thøger Nielsen har fremført i den artikel, der henvises til i indledningen«.
59. Det vil sige, at selskabsdeltageren tidligere har været ansat som lønmodtager.
60. Se ovenfor XI, 4.2.
61. Se ovenfor XII, 3.2.

skal allokeres til det skattesubjekt, der ejer det underliggende formuegode, som afkastet hidrører fra.[62]

Det må i skatteretlig henseende anerkendes, at det underliggende formuegode kan overdrages fra et skattesubjekt til et andet. Ved overdragelse til eje skal et formueafkast som hovedregel efter overdragelsen allokeres til den, der bliver ejer af det underliggende formuegode.[63] Denne skatteretlige anerkendelse forudsætter, at selve overdragelsen af indkomstgrundlaget er civilretligt bindende.[64] Selvom overdragelsen måtte være civilretligt bindende i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, vil den dog ikke blive respekteret i skatteretlig henseende, når motiverne for overdragelsen ikke er forretningsmæssige, og når den nye ejer ikke har de til ejendomsretten hørende funktioner, herunder ikke har rettigheder og forpligtelser i relation til tredjemand og ikke i forholdet udadtil fremstår som ejer af formuegodet.[65]

Ved udleje eller leasing vil lejer eller leaser efter omstændigheder overtage retten til at udnytte det udlejede eller leasede i økonomisk henseende. Det formueafkast, der måtte hidrøre fra udlejers eller leasers anvendelse af formuegodet – f.eks. lejers fremleje af en fast ejendom – kan herefter allokeres til lejer eller leaser, forudsat den pågældende kan anses for at have lejet eller leaset formuegodet.[66] På grund af interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab må der stilles strenge krav til beviset for, at et formuegode f.eks. er udlejet fra selskab til selskabsdeltager for derefter at være videreudlejet til tredjemand.

Ved »lån til brug« – dvs. vederlagsfri udlån – bevarer udlåner retten til at oppebære afkastet af det udlånet. Det må derfor antages, at långiver fortsat skal beskattes af afkastet.[67]

For så vidt angår selve formueforvaltningen stilles der efter gældende ret ikke store krav til den, der har retlig adkomst til afkastet. I praksis er det antaget, at et skattesubjekt kan oppebære afkastet fra et formuegode på trods af, at et andet interesseforbundet skattesubjekt varetager de funktioner, som er nødvendige for, at dette afkast kan oppebæres. Ræsonnementet herfor er, at det, som fremkalder

---

62. Se ovenfor XIII, 4.1 og 4.2.3. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 588 og s. 592: »Sagt med andre ord vil indkomstfordelingen følge de obligationsretlige regler«. samt *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 304, der som overordnet synspunkt antager, at det skattesubjekt, som har den retlige adkomst til indkomstgrundlaget, må være den rette indkomstmodtager til afkastet af indkomstgrundlaget.
63. Ligeledes *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 594 og International skatteret, s. 362.
64. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 594 og International skatteret, s. 362.
65. Se ovenfor XIII, 4.2.3.
66. Se ovenfor XIII, 4.2.2 om sagen TfS 2000, 955 V, hvor det ikke var bevist, at selskabet havde lejet og fremlejet en fast ejendom.
67. Jf. også *J.O. Engholm Jacobsen*, TfS 1989, 528.

afkastet, ikke så meget er selve forvaltningen af formuegodet som selve den retlige adkomst til dette. Det anerkendes hermed – således som det også er tilfældet mellem ikke interesseforbundne parter – at den, der har retlig adkomst til afkastet, kan overlade forvaltningen af formuegodet til en anden.[68]

> Det er f.eks. de færreste udlejere af en fast ejendom eller ejere af værdipapirer eller lignende, som personligt varetager selve udlejningen eller står for opkrævningen af det afkast, som den faste ejendom eller værdipapirerne kaster af sig.

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at det afgørende for allokeringen af et formueafkast som hovedregel er, hvem der har den retlige adkomst til den pågældende indkomst. Denne adkomst kan indehaves af ejeren eller af en anden, som på gyldig måde har fået overdraget adkomsten, f.eks. en lejer af det pågældende formuegode. Den, der har den retlige adkomst til at udnytte formuegodet med henblik på at opnå et formueafkast, anses derfor for at være den, som har fremkaldt indkomsten. Selvom andre måtte bistå den pågældende med forvaltning af formuen, er selve adkomsten til indkomstgrundlaget en så grundlæggende forudsætning for, at indkomsten overhovedet kan fremkaldes, at adkomsthaveren beskattes af afkastet. Det er i den forbindelse uden betydning, at afkastet måtte være oppebåret af et andet skattesubjekt.

Selskabsdeltagerens og selskabets motiver for den aftalte allokering af et formueafkast er kun tillagt vægt i de tilfælde, hvor sikringsakterne ved overdragelsen af det underliggende formuegode alene har været varetaget i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, men ikke i forhold til tredjemand.[69]

2.3 Kapitalgevinster

Det er både i SL § 5 og den øvrige lovgivning forudsat, at den, som ejer et formuegode, skal beskattes af den kapitalgevinst, der måtte blive fremkaldt ved en afståelse af dette.[70] Praksis herom har været meget beskeden og har i alt væsentligt alene vedrørt spørgsmålet om, hvem der måtte anses for at være ejer af det afhændede formuegode.[71]

En kapitalgevinst kan allokeres til selskabsdeltager eller selskab som ejer af

---

68. Se også *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 311, som anfører, at der ikke kan stilles krav om, at selskabet er næringsdrivende. Det er ifølge forfatteren tilstrækkeligt, at dets virke kan karakteriseres som selvstændig erhvervsvirksomhed. Heraf følger, at en såkaldt »pengetank«, dvs. et selskab som passivt plejer en portefølje af kontanter eller værdipapirer, kan være rette indkomstmodtager af porteføljens afkast.
69. TfS 1993, 291 LSR. Se ovenfor XIII, 4.1.
70. Se ovenfor XI, 4.1 og XII, 3.1.
71. Se ovenfor XIII, 5.

det underliggende formuegode, selvom de funktioner, som nødvendigvis skal udøves i forbindelse med afhændelse af formuegodet, varetages af andre end ejeren. Det forhold, at selskabet f.eks. varetager afhændelsen af en fast ejendom, som ejes af selskabsdeltageren, fører ikke til, at selskabet er rette indkomstmodtager. Baggrunden herfor er, at ejerskabet anses for at være en så grundlæggende forudsætning for, at en indkomst i form af en kapitalgevinst kan fremkaldes, at indkomsten må allokeres til ejeren, som har fremkaldt denne ved at afstå formuegodet, uanset om indkomsten oppebæres af et andet skattesubjekt og uanset, hvem der sørger for det praktiske i forbindelse med afståelsen.

Der er ikke i praksis foretaget en analyse af motiverne for den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af en kapitalgevinst. Aftalen er derfor uden videre blevet korrigeret, når kapitalgevinsten var allokeret til andre end ejeren.[72]

2.4 Konklusion

Reglerne om indkomstallokering er hjemlet i dansk skatteret; dels i SL §§ 4-5, dels i den øvrige skattelovgivning. Den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte allokering af indkomsten kan derfor korrigeres i skattemæssig henseende. Denne korrektion forudsætter dels et interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab,[73] dels at indkomsten ikke er oppebåret af den skattepligtige, som har fremkaldt indkomsten.

Det er derfor gældende dansk ret, at en indkomst kan allokeres til – og beskattes hos – en bestemt skattepligtig. Denne skattepligtige er den, som har fremkaldt indkomsten ved sin indkomstskabende aktivitet, uanset om et andet skattesubjekt måtte have oppebåret indkomsten. Ved vurderingen af, hvem der har fremkaldt en indkomst, lægges der vægt på de funktioner, som hvert skattesubjekt gyldigt har bidraget med i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, al den stund det er denne aktivitet, der har fremkaldt indkomsten. Det accepteres i den forbindelse, at rette indkomstmodtager kan være bistået af andre i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, herunder navnlig at selskaber kan være bistået af selskabsdeltagere og/eller ansatte ved udøvelse af fysisk og/eller åndeligt arbejde. Det forudsættes da blot, at selskabet har udøvet de funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, som selskabet kan udøve. For så vidt angår kapitalgevinster og formueafkast antages det, at selve ejerskabet – for så vidt angår formueafkastet dog den retlige adkomst til dette – er en grundlæggende forudsætning for, at indkomsten kan fremkaldes. Sådan indkomst anses derfor for at være fremkaldt af ejeren eller den, som har retlig

72. Se ovenfor XIII, 5.
73. Se ovenfor IX, 2.3.

adkomst til formueafkastet, også selvom den pågældende har søgt bistand hos andre skattesubjekter i forbindelse med, at kapitalgevinsten eller formueafkastet er blevet fremkaldt.

3. Realitetsgrundsætningen og indkomstallokering

I de ovenfor analyserede sager om allokering af indkomst er det undertiden anført, at de af selskabsdeltager og selskab foretagne dispositioner ikke er forretningsmæssigt begrundende eller savner forretningsmæssig realitet.[74] Dette er i den juridiske litteratur i enkelte tilfælde til indtægt for, at den aftalte allokering af en indkomst alene kan tilsidesættes med udgangspunkt i den såkaldte realitetsgrundsætning.

> Se f.eks. *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 39: »De omfattede strukturændringer vedrører især tilfælde, hvor dele af selskabets hidtidige virksomhed er udskilt og overført til et interesseforbundet selskab, uden at udskillelsen har haft driftsøkonomisk realitet, idet udskillelsen blot har været en tom proformaagtig skal. Den formelle udskillelse har således ikke haft en tilsvarende realøkonomisk realitet, idet de driftsmæssige forhold typisk har været upåvirket af de skete strukturændringer«.
>
> Se også *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 314: »En forudsætning herfor vil dog oftest være, at strukturændringen er underbygget af almindelige forretningsmæssige hensyn, således at en tilsidesættelse aktualiseres, såfremt strukturændringen alene dækker over tomme og skattemæssigt betingede dispositioner, der ikke er udtryk for realøkonomisk betingede dispositioner«.[75]

Denne udlægning af praksis er flere steder ovenfor blevet afvist for så vidt angår enkeltstående afgørelser fra praksis.[76] I det følgende vil der mere overordnet blive redegjort for, hvorfor realitetsgrundsætningen ikke anses for at være en tilstrækkeligt præcis begrundelse for, at den aftalte allokering af en indkomst korrigeres.[77]

---

74. Se ovenfor XIII.
75. Se endvidere *Jan Pedersen*, TfS 1995, 81 og Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 982-983. *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 36 og s. 400-407, tilslutter sig Jan Pedersens opfattelse.
76. Se ovenfor XIII.
77. Det må imidlertid samtidig erkendes, at de af *Jan Pedersen* foretagne analyser på baggrund af en mere begrænset del af praksis, der bl.a. har ført til hans udformning af den såkaldte realitetsgrundsætning, har været et væsentligt bidrag til forståelsen af hele problemstillingen vedrørende allokering af en indkomst.

For det *første* må det efter en analyse af lovgivningen lægges til grund, at der i gældende dansk ret faktisk er hjemmel i lovgivningen til at korrigere den allokering af en indkomst, der er aftalt mellem interesseforbundne parter, herunder en selskabsdeltager og dennes selskab.[78] I henhold til lovgivningen skal bestemte indkomster allokeres til bestemte skattesubjekter. I praksis skal der derfor alene tages stilling til, efter hvilke kriterier denne allokering af indkomsten skal finde sted, når der ikke i lovgivningen er angivet noget nærmere herom. Der er som følge heraf ikke noget behov for at henvise til en ulovhjemlet realitetsgrundsætning ved en korrektion af den aftalte allokering af en indkomst.

I praksis er der i flere tilfælde i øvrigt blevet henvist til SL § 4 som hjemmelsgrundlag for den foretagne korrektion, jf. f.eks. Højesterets domme i TfS 1998, 114 H, TfS 2001, 169 H og TfS 2002, 519 H.

For det *andet* kan det på baggrund af ovenstående analyse af praksis ikke antages, at det ved en korrektion af den aftalte allokering af en indkomst undersøges, om den af selskabsdeltager og selskab selvangivne indkomst er udtryk for de realøkonomiske virkninger af de foretagne dispositioner, dvs. om der er modstrid mellem form og indhold, således at formen må tilsidesættes til fordel for den skattemæssige realitet. Med udgangspunkt i lovgivningen undersøges det tværtom, hvem der har fremkaldt indkomsten, således at indkomsten beskattes hos den, der har fremkaldt denne, uanset hvem der måtte have oppebåret indkomsten.[79] Ved vurderingen af, hvem der har fremkaldt indkomsten, har der været lagt afgørende vægt på, hvilke funktioner selskabsdeltager og selskab har udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Der er ikke i denne forbindelse blevet lagt vægt på, hvilken realøkonomisk realitet fordelingen af funktionerne måtte have haft, eller om den formelle fordeling af funktionerne måtte have været anderledes end deres realøkonomiske indhold.

For det *tredje* beror sondringen mellem en dispositions formalitet og dens realøkonomiske indhold så vidt ses på vanskelige vurderinger af, hvad der er henholdsvis formalitet og realitet. Den praksis, der er analyseret ovenfor XIII, er kendetegnet ved, at et skattesubjekt – selskabsdeltageren eller selskabet – såvel formelt som reelt har udøvet den indkomstskabende aktivitet, mens et andet skattesubjekt – henholdsvis selskabet eller selskabsdeltageren – såvel formelt som reelt har oppebåret indkomsten. Selskabsdeltager og selskab har endvidere såvel formelt som reelt haft et ønske om, at det skattesubjekt, som har oppebåret indkomsten, er rette indkomstmodtager. Med udgangspunkt i den skelsættende Havnemølle-dom, UfR 1960.535 H, kan sondringen mellem formalitet og rea-

78. Se ovenfor XI og XII.
79. Se konklusionen ovenfor 2.4.

litet derfor beskrives på følgende måde: Aktieselskabet var efter det oplyste såvel formelt som reelt det skattesubjekt, der havde fremkaldt indkomsten ved, at dette selskab – under medvirken af adskillige af dets medarbejdere – havde fremkaldt indkomsten. Efter det oplyste havde interessentskabet (selskabsdeltagerne) alene formelt og reelt udøvet den del af den indkomstskabende aktivitet, der bestod i, at interessentskabet forpagtede korntørreriet.

> Selskabsdeltagerne havde ganske vist ikke loyalt oplyst om fordelingen af funktionerne i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, men forholdene blev afdækkede ved skattemyndighedernes revision af aktieselskabets og interessentskabets dispositioner. At selskabsdeltager og selskab forholder skattemyndighederne oplysninger, indebærer imidlertid ikke, at der er forskel på dispositionens formalitet og realitet. Formaliteten og realiteten er den samme, uanset om selskabsdeltager og selskab har oplyst herom eller ej.

Interessentskabet havde derudover såvel formelt som reelt oppebåret den indkomst, der hidrørte fra den indkomstskabende aktivitet. Som følge heraf kan det anføres,

– at aktieselskabet *reelt* havde udøvet den indkomstskabende aktivitet og fremkaldt indkomsten, mens interessentskabet (selskabsdeltagerne) *formelt* havde oppebåret indkomsten.

Det kan imidlertid også anføres,

– at aktieselskabet *formelt* havde udøvet den indkomstskabende aktivitet og fremkaldt indkomsten, mens interessentskabet (selskabsdeltagerne) *reelt* havde oppebåret indkomsten.

På samme måde kan det anføres,

– at aktieselskabet *formelt* havde udøvet den indkomstskabende aktivitet og fremkaldt indkomsten, mens interessentskabet (selskabsdeltagerne) *formelt* havde oppebåret indkomsten, eller
– at aktieselskabet *reelt* havde udøvet den indkomstskabende aktivitet og fremkaldt indkomsten, mens interessentskabet (selskabsdeltagerne) *reelt* havde oppebåret indkomsten.

En henvisning til en forskel mellem formaliteten og realiteten forudsætter derfor, at formalitet og realitet sættes i et særligt perspektiv. Det er i den forbindelse næppe tilstrækkeligt at henvise til, at dispositionernes ydre form betegnes som

formaliteten, mens dispositionernes realøkonomiske indhold betegnes som realiteten – for hvad er den ydre form, og hvad er det realøkonomiske indhold?

Antages det, at formaliteten er den »ydre civilretlige formalitet«, kan formaliteten i Havnemølle-dommen anses for at være kommet til udtryk i det forhold, at interessentskabet havde oppebåret indkomsten. Den indre realøkonomiske realitet kan da anses for at være synonym for, at aktieselskabet – eller rettere dets medarbejdere – havde fremkaldt indkomsten. I så fald er det imidlertid vanskeligt at tale om en forskel på formalitet og realitet, eftersom det at fremkalde indkomsten sammenlignes med det at oppebære indkomsten. Når indkomsten formelt og reelt er fremkaldt af ét skattesubjekt og formelt og reelt er oppebåret af et andet skattesubjekt, er det klart, at der altid vil være en forskel på formalitet og realitet, når disse aspekter af indkomstbegrebet – fremkaldelse og oppebærelse af en indkomst – sammenlignes.

For det *fjerde* og sidste kan det være endog meget vanskeligt at definere, hvad der er en dispositions realøkonomiske indhold. Dette kan illustreres ved forskellen på Havnemølle-dommen (UfR 1960.535 H) og Aage Haugland-sagen (TfS 1998, 485 H).

Havnemølle-dommen er på den ene side søgt forklaret med en henvisning til realitetsgrundsætningen, jf. f.eks. *Jan Pedersen*, TfS 2000, 142. Det anføres om dommen, at udskillelsen af korntørreriet ikke havde nogen realitet og at der i driftsmæssig og økonomisk henseende var status quo. Det tilføjes, at »skatteudnytteren« alene ønskede at opnå de skattemæssige fordele ved arrangementet, men ikke de tilsvarende civilretlige følger.

På den anden side afvises det, at Aage Haugland-sagen er i strid med realitetsgrundsætningen. Det anføres om denne sag, at realitetsgrundsætningen ikke kunne finde anvendelse, eftersom der ikke var nogen væsentlig uoverensstemmelse mellem form og indhold, jf. f.eks. *Jan Pedersen*, R&R 1998, SM 305:[80]

> »Efter skattemyndighedernes procedure var selskabsaktiviteten af fiktiv karakter, idet det i realiteten var operasangeren personlig og ikke dennes selskab, som leverede den vederlagte ydelse.
>
> Det er vanskeligt at modsige dette argument, idet enhver tjenesteydelse ydet af en juridisk person selvsagt forudsætter en faktisk aktivitet fra en fysisk person. Dette har dog ikke nogen skatteretlig relevans og har intet med den skatteretlige realitetsgrundsætning at gøre. Kerneindeholdet heri er netop kravet om en skattebetinget modsætning mellem den ydre civilretlige formalitet og den indre realøkonomiske realitet.

80. Se ligeledes *Aage Michelsen*, TfS 2003, 777: »... der overhovedet ikke var nogen uoverensstemmelse mellem den valgte form og den økonomiske realitet«.

> Om end en sådan modsætning består ved ethvert selskabsforhold, er den herved skabte »fiktion« jo netop forudsat som grundlaget for hele selskabsretten. Sagen omfatter derfor et tilfælde, hvor lovgivningen direkte indeholder rammerne for realitetsprøvelsen. På dette grundlag nåede Højesteret da også frem til, at operasangerens selskab ikke adskilte sig fra alle andre selskaber og som sådan havde den fornødne realitet«.[81]

Den definition af det realøkonomiske indhold, *Jan Pedersen* hermed har lagt til grund, forekommer vanskelig i operationel henseende. Det realøkonomiske indhold i Aage Haugland-sagen var, at Aage Haugland i alt væsentligt personligt fremkaldte indkomsten. Selskabet kunne – som det blev sagt under sagen – ikke synge eller optræde, og Aage Hauglands særlige erhvervsevne var derfor utvivlsomt den afgørende forudsætning for, at indkomsten kunne fremkaldes. Selskabet kunne erstattes af et andet selskab, men Aage Hugland kunne ikke erstattes af en anden sanger. Selskabet ville ganske vist udøve den del af den indkomstskabende aktivitet, som selskabet kunne udøve, herunder etablere rammerne for virksomheden, indgå kontrakter med tredjemand, etc. Det realøkonomiske indhold af konstruktionen var ikke desto mindre, at selskabets kunder primært ville betale for den del af den indkomstskabende aktivitet, som Aage Haugland ville udøve. Betalingen til selskabet for de funktioner, som selskabet ville udøve i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, ville sandsynligvis udgøre den mindste del af honoraret.

I Havnemølle-dommen fremkaldte aktieselskabet i alt væsentligt indkomsten – eller rettere dets medarbejdere, idet aktieselskabet lige så lidt som interessentskabet var i stand til at udøve det fysiske og åndelige arbejde, som driften af korntørreriet forudsatte. Bortset herfra varetog aktieselskabet stort set alle de funktioner, som et selskab kunne varetage i forbindelse med den pågældende indkomstskabende aktivitet. Det realøkonomiske indhold af transaktionen var derfor, at interessentskabets kunder ville betale for den indkomstskabende aktivitet, som aktieselskabet og navnlig dets medarbejdere udøvede.

Det realøkonomiske indhold af arrangementerne var derfor det samme i Havnemølle-dommen og Aage Haugland-sagen: I begge sager var indkomsten allokeret til et civilretligt gyldigt stiftet selskab – henholdsvis et aktieselskab og et interessentskab. I begge tilfælde udøvede ét skattesubjekt i alt væsentligt den indkomstskabende aktivitet og fremkaldte derved indkomsten, mens et andet

---

81. Se også *Jan Pedersen*, TfS 2000, 142: »Dommen er et åbenbart eksempel på et tilfælde, hvor realitetsgrundsætningen ikke kan anvendes. Betingelsen om den væsentlige uoverensstemmelse mellem form og indhold mangler totalt. På samme måde som ved alle andre selskabsdannelser er formaliteten netop realiteten«. *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 98 tilslutter sig denne opfattelse. *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 90, afviser realitetsgrundsætningen som begrundelse og henviser til »en almindelig lighedsgrundsætning«.

skattesubjekt oppebar indkomsten. Dette var – hvis der overhovedet skal tales om realitet og formalitet – realiteten i begge arrangementer, der således var kendetegnet ved, at der i driftsmæssig og økonomisk henseende i alt væsentligt var status quo efter at indkomsten var allokeret til et (andet) selskab.

Når sagerne fik forskelligt udfald kan det derfor vanskeligt forklares ved en henvisning til en realitetsgrundsætning. Heller ikke *Jan Pedersens* henvisning til, at »enhver tjenesteydelse ydet af en juridisk person selvsagt forudsætter en faktisk aktivitet fra en fysisk person«, og at den »herved skabte »fiktion«« er »forudsat som grundlaget for hele selskabsretten«, kan forklare forskellene på afgørelserne. Dette argument kunne også være fremført for så vidt angår Havnemølle-dommen. Det er jo netop i selskabsretten anerkendt, at et interessentskab kan indehave rettigheder og forpligtelser, selvom interessentselskabet lige så lidt som et aktieselskab kan udøve nogen form for fysisk eller åndelig aktivitet. I skatteretlig henseende er det endvidere anerkendt, at et interessentskab kan være rette indkomstmodtager, idet indkomsten dog beskattes hos interessenterne, idet interessentskabet er skattemæssigt transparent.[82]

Den »fiktion«, der består i, at selskabet ikke kan udøve det fysiske og/eller åndelige arbejde, som en indkomstskabende aktivitet måtte forudsætte, er i øvrigt ikke et tilstrækkeligt argument for, at selskabet er rette indkomstmodtager. Selv når der ses bort fra det nu opgivede substitutionsprincip, findes således en righoldig praksis, hvorefter en allokering af en indkomst til et selskab er blevet korrigeret, fordi selskabet ikke fremkaldte den del af indkomsten, som selskabet kunne fremkalde, uanset at selskabets manglende evne til at varetage grundlæggende dele af den indkomstskabende aktivitet ganske rigtigt er forudsat som grundlag for hele selskabsretten.

Det skal imidlertid ikke afvises, at en dispositions realøkonomiske indhold kan defineres således, at det realøkonomiske indhold i Aage Haugland-sagen anses for at have været, at selskabet var rette indkomstmodtager, mens det realøkonomiske indhold i Havnemølle-dommen anses for at have været, at aktieselskabet var rette indkomstmodtager. Det ovenfor anførte fremhæver blot, at definitionen af det realøkonomiske indhold beror på en subjektiv vurdering af, hvad der er reelt og hvad der er formelt. Til forskel herfra beror funktionsanalysen på nogle objektivt konstaterbare kriterier.

82. Se også UfR 2003.2477 H, hvor Højesteret udtalte, at en interessent som udgangspunkt er skattepligtig af sin andel af overskuddet i et interessentskabs overskud i det indkosmtår, hvor *interessentskabet* erhverver endelig ret til de indtægter, der er grundlag for overskuddet.

4. DEL

Fiksering af indkomst

Kapitel XV

Systematik

1. Indkomstfiksering

I afhandlingens 4. afsnit analyseres, hvilke regler der findes om fiksering af indkomst i forholdet mellem selskab og selskabsdeltager, når bortses fra kravet om et vist interessefællesskab, der er behandlet selvstændigt ovenfor i 2. afsnit.

Ved analysen af den danske lovgivning sondres mellem på den ene side

– de regler om fiksering af indkomst, der måtte findes i SL §§ 4-6 (nedenfor XVI),[1]

på den anden side

– de regler om fiksering af indkomst, der måtte findes i den øvrige skattelovgivning, bortset fra LL § 2 (nedenfor XVII).

og på den tredje side

– reglerne om fiksering af indkomst i LL § 2 om transfer pricing (nedenfor XIX).

Baggrunden for sondringen mellem på den ene side SL §§ 4-6 og på den anden side den øvrige skattelovgivning er primært systematisk. Hertil kommer, at SL §§ 4-6 i den hidtidige teori har stået i centrum for stort set alle diskussioner om, hvorvidt der i dansk ret er hjemmel til at beskatte fikserede indkomster, herunder navnlig rentefiksering og lejefiksering – formentlig fordi det har været underforstået, at disse bestemmelser blot suppleres og præciseres i den øvrige skat-

1. XVI, 2.

telovgivning. Af systematiske årsager er det imidlertid hensigtsmæssigt at behandle disse bestemmelser adskilt fra SL §§ 4-6 og fra LL § 2.

En snæver analyse af lovgivningen om fiksering af indkomst fører – når bortses fra LL § 2 – som oftest ikke til noget sikkert resultat for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der i dansk ret er hjemmel til beskatning af fikserede indkomster, og i givet fald efter hvilke principper en sådan beskatning kan finde sted.[2] Ved vurderingen af, om der er hjemmel til beskatning af fikserede indkomster, og hvornår en sådan hjemmel må antages at foreligge, anvendes derfor i vid udstrækning den foreliggende retspraksis. Det efterprøves samtidig hermed, om de grundsætninger, der er udledt af den sparsomme lovgivning om beskatning af fikserede indkomster, har fundet støtte i lovgivningen i erkendelse af, at enhver teori må stå sin prøve i praksis.[3]

Ved en gennemgang af retspraksis er det ikke hensigtsmæssigt at opretholde en sondring mellem SL §§ 4-6 på den ene side og den øvrige skattelovgivning – bortset fra LL § 2 – på den anden side. Årsagen hertil er, at der i praksis kun undtagelsesvist angives et præcist hjemmelsgrundlag for, at en fikseret indkomst kan beskattes. I langt de fleste sager, hvor hjemmelsspørgsmålet er omtalt, henvises i øvrigt alene til SL § 4 som hjemmelsgrundlag eller som manglende hjemmelsgrundlag. Dette beror som foran nævnt på, at det i både teori og praksis er antaget, at en eventuel hjemmel til beskatning af fikserede indkomster i SL §§ 4-6 – herunder navnlig rentefiksering og lejefiksering – blot suppleres og præciseres af den øvrige skattelovgivning. Som følge heraf behandles retspraksis (nedenfor XVIII) under ét.

Sondringen mellem på den ene side SL § 4 og den øvrige skattelovgivning og på den anden side LL § 2 er endelig nødvendiggjort af den særlige regulering af indkomstfiksering, der findes i sidstnævnte bestemmelse. Det undersøges derfor særskilt efterfølgende, hvornår en fikseret indkomst kan beskattes efter LL § 2, herunder om betingelserne herfor er de samme som dem, der måtte gælde i henhold til den øvrige skattelovgivning.

I praksis er det ofte anførte, at selskabsdeltageren og/eller selskabet som følge af Ligningsvejledning, andre administrative forskrifter eller skattemyndighedernes opførsel har haft en *berettiget forventning* om, at en fikseret indkomst ikke blev beskattet. Dette synspunkt vandt bl.a. gehør i Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H,[4] idet Højesteret udtalte, at en fikseret indkomst ikke kunne beskattes i et omfang, der lå ud over det angivne i de administrative retningslinjer for det pågældende indkomstår. Spørgsmålet om forventnings-

2. Se nedenfor XVI og XVII.
3. Som teksten *Jan Pedersen*, TfS 2001, 824.
4. Se nedenfor 3.4.1.

princippets betydning for beskatningen af en fikseret indkomst behandles ikke nærmere, men det bemærkes, hvornår argumentet har haft betydning for sagens udfald.[5]

5. Se navnlig om problemstillingen *Flemming Kelder Hendriksen*, TfS 1998, 19.

Kapitel XVI

Statsskattelovens §§ 4-6

1. Indledning

I dette kapitel analyseres reglerne om fiksering af indkomst på baggrund af SL §§ 4-6 (nedenfor 2).

Ved indkomstfiksering forstås som nævnt foran, at den indkomst, en indkomstskabende aktivitet vil kunne give anledning til, fastsættes til et bestemt beløb og beskattes, uanset hvilket beløb der rent faktisk er fremkaldt ved aktiviteten.[1] Indkomstfiksering er således spørgsmålet om, hvilken indkomst et skattesubjekt skal anses for at have fremkaldt og oppebåret ved udøvelsen af en indkomstskabende aktivitet.[2]

2. Fiksering af indkomst

Det naturlige udgangspunkt for en analyse af reglerne om indkomstfiksering er reglerne i statsskatteloven. I redegørelsen for indkomstallokering blev det påvist, at SL §§ 4, 5 og 6 bygger på en forudsætning om, at én indkomst kan allokeres til ét bestemt skattesubjekt.[3] Disse forudsætninger fandtes også i resten af skattelovgivningen. Det kunne på baggrund heraf konkluderes, at en indkomst kan allokeres til og beskattes hos den, der ved sin indkomstskabende aktivitet har fremkaldt indkomsten.[4]

For så vidt angår indkomstfiksering er udgangspunktet anderledes. Der findes for det første ikke i SL § 4 nogen *udtrykkelig* generel regel, hvorefter en indkomst kan fikseres til et bestemt beløb, der herefter kan beskattes, uanset om

1. En indkomst kan som nævnt ovenfor III, 4.2 og 4.4 også fikseres, selvom den skattepligtige har forholdt sig passivt, f.eks. som følge af et gave-, tilskuds- eller lovmiljø.
2. Se ovenfor III, 4.4.
3. Det samme gælder for så vidt fradragsberettigede udgifter, jf. ovenfor XI, 3.
4. Se sammenfatningen ovenfor XIV.

indkomsten er fremkaldt eller ej. Det anføres således intetsteds i bestemmelsen udtrykkeligt, at der i dansk ret er hjemmel til at beskatte den, der har udøvet en indkomstskabende aktivitet af en indkomst, som den pågældende ikke har fremkaldt.

Det kunne tværtom anføres, at SL § 4 ud fra ordlyden alene omhandler den indkomst, som den skattepligtige har fremkaldt, cfr. en indkomst, som den skattepligtige ikke har fremkaldt, men kunne have fremkaldt ved at betinge sig en (anden) indkomst af sin indkomstskabende aktivitet.[5]

På den anden side fremgår det indirekte af SL § 4, at den skattepligtige skal beskattes af sine »samlede årsindtægter«, hvad enten de er »bestående i penge eller formuegoder af pengeværdi«. Det må på baggrund heraf antages, at den skattepligtige skal medregne »penge« til deres pålydende værdi, selvom dette strengt taget ikke fremgår udtrykkeligt af bestemmelsen. Det er imidlertid vanskeligt at forestille sig, hvad de »samlede« indtægter skulle udgøre, hvis ikke udtrykket »samlede« netop er udtryk for, at »penge« ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal opgøres som et samlet beløb, dvs. kumuleres (adderes). Additionen må som matematisk hovedregel foretages på baggrund af den pålydende talværdi, medmindre andet udtrykkeligt fremgår af bestemmelsen. For så vidt angår »penge« må det derfor utvivlsomt antages, at der i SL § 4 er den fornødne hjemmel til, at penge medregnes og beskattes med deres pålydende værdi – i hvert fald for så vidt angår danske kroner. Fremmed valuta kan ikke i denne forbindelse betegnes som penge, men må derimod i forhold til dansk ret anses for at være »formuegoder af pengeværdi«, idet fremmed valuta ikke kan beskattes på baggrund af en kumuleret værdi.[6]

Hvis det antages, at »penge« ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal kumuleres ved, at den pålydende værdi adderes, må det ligeledes antages, at »formuegoder af pengeværdi« skal kumuleres, forinden beskatningen finder sted. Dette fremgår i og for sig udtrykkeligt af SL § 4, idet den skattepligtige som nævnt skal opgøre sine »samlede« årsindtægter. »Penge« kan som nævnt kumuleres ved, at den pålydende værdi adderes. »Formuegoder af pengeværdi« kan derimod ikke kumuleres ved en simpel addition. Dette gælder, uanset om den skattepligtige har modtaget flere ensartede formuegoder, f.eks. to børsnoterede aktier i samme selskab, eller om den skattepligtige har modtaget forskel-

---

5. Jf. også *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277.
6. Ved penge må således forstås de af Danmarks Nationalbank udstedte sedler og mønter, der er omfattet af indløseligheden i LBK nr. 279 af 11/4 1988 om valutaforhold m.v. § 1. I BEK nr. 344 fra 1937 om indløseligheden af Danmarks Nationalbanks sedler bestemmes i § 1, at Danmarks Nationalbank indtil videre er fritaget for forpligtelsen til at indløse de af banken udstedte sedler med guld og til at købe guld, når bortses fra de tilfælde, hvor der foreligger pålæg fra den Kgl. bankkommissærs side.

lige formuegoder, f.eks. én børsnoteret aktie og en bil. For at opgøre den »samlede« indtægt er det tvingende nødvendigt, at de værdier, der skal kumuleres, har samme matematiske udtryk. Heraf følger, at »formuegoder af pengeværdi« i medfør af SL § 4 må transformeres til et andet matematisk udtryk end det, de som udgangspunkt fremstår med. Dette matematiske udtryk kan ikke være bogstaver, men må være tal, eftersom »penge« som nævnt ovenfor skal kumuleres på baggrund af deres pålydende værdi, der altid vil være et tal, og idet »formuegoder af pengeværdi« skal kumuleres med »penge«.

Det matematiske krav om ensartede værdiers kumulation fører således til, at »formuegoder af pengeværdi« må opgøres til en pålydende værdi – et tal – der kan kumuleres med andre tal. Dette fulgte også allerede af statsskattelovens oprindelige bestemmelser om selve beskatningen, jf. § 1 i lov nr. 149 af 10/4 1922, der blev opgjort som en procentsats af progressivt stigende tal opgjort som danske kroner, f.eks. »Hvor den skattepligtige Del af Indtægten ikke er over 500 Kr., svares 0,4 pCt. 500 Kr., men ikke over 1.000 Kr., svares 2 Kr. af 500 Kr., 1 pCt. af Resten, …«. Selve procentsatsen i sig selv fører ikke til, at indkomsten nødvendigvis skal opgøres i danske kroner, eftersom det er muligt at beregne procenter af formuegenstande. Angivelsen af progressive indkomster i beløb, der er opgjort som danske kroner, fører derimod til dette resultat. Ikke alene de matematiske principper for addition, men også reglerne om indkomstens beskatning fører således til, at der i SL § 4 må anses for at være hjemmel til at værdiansætte »formuegenstande af pengeværdi« til en numerisk værdi svarende til den pålydende værdi, som »penge« har.

Heraf følger imidlertid hverken, at der er hjemmel til at fiksere værdien til en bestemt værdi, f.eks. til markedsværdien, eller at der ved salg af varer eller tjenesteydelser er hjemmel til at kræve, at handlen foregår på såkaldte armslængde-vilkår, dvs. at hver part ved sin indkomstopgørelse medregner den indkomst, der ville være fremkaldt ved en handel mellem parter, der ikke er interesseforbundne. SL § 4 bekræfter således alene, at der er hjemmel til at *værdiansætte* det formuegode af pengeværdi, som en person modtager, til en numerisk værdi udtrykt i dansk kroner. Det følger ikke heraf, at der ved en overdragelse af et formuegode af pengeværdi er hjemmel til at fiksere vederlaget for overdragelsen til en bestemt numerisk værdi udtrykt i danske kroner. Det overdragne formuegode af pengeværdi udgør jo netop ikke en indkomst for den, der overdrager det, og skal derfor ikke medregnes med en bestemt værdi ved opgørelsen af den pågældendes samlede årsindtægter. Indkomsten er derimod vederlaget for det overdragne, og dette vederlag skal i henhold til SL § 4 enten medregnes med sin pålydende værdi, hvis det er »penge«, eller en numerisk værdi udtrykt i kroner, hvis det er et »formuegode af pengeværdi«.

Regler om, hvorledes værdien af »formuegoder af pengeværdi« skal ansættes, findes alene i SL § 4, litra b, om lejeværdien af bolig i den skattepligtiges egen

ejendom. Herom anføres, at værdien ansættes til det beløb, som ved udleje kunne opnås i leje af vedkommende ejendom eller lejlighed, dog at den, når særlige forhold måtte gøre denne målestok mindre egnet, kan ansættes skønsmæssigt. Denne regel giver ikke alene hjemmel til at ansætte formuegodet – værdien af at bo i egen bolig – til et kronebeløb, men også hjemmel til at ansætte den til et bestemt beløb, nemlig værdien ved udlejning eller en skønsmæssig værdi. I modsætning til resten af SL § 4 indeholder SL § 4, litra b, således retningslinjer for værdiansættelsen. Heraf følger imidlertid ikke udtrykkeligt, at der ved udleje er hjemmel til at fiksere værdien til et bestemt beløb. Retten til at værdiansætte værdien af en egen bolig er lige så lidt som retten til at foretage værdiansættelser i øvrigt et tilstrækkeligt grundlag for at beskatte en indkomst, der ikke er fremkaldt.

Hjemmel til beskatning af en fikseret leje kan i stedet søges i det forhold, at SL § 4, litra b, 1. pkt., utvivlsomt giver hjemmel til at beskatte en realiseret lejeindtægt ved udlejning,[7] kombineret med, at der i bestemmelsen er hjemmel til at beskatte en skattepligtig af vederlagsfri benyttelse af andres rørlige eller urørlige gods,[8] og at ejeren kan beskattes af lejeværdien af egen bolig, »hvad enten han har gjort brug af sin beboelsesret eller ej«.[9]

Det kan ud fra denne sammenhæng anføres, at der i SL § 4, litra b, er forudsat en vis mindstebeskatning af ejeren af en bolig, hvad enten ejeren benytter ejendommen eller ej, og at denne beskatning ikke kan afværges ved, at ejeren udlejer ejendommen til en værdi, der er lavere end markedslejen. Dette stiller imidlertid krav om en formålsfortolkning, der hverken er støtte for i bestemmelsens ordlyd eller i forarbejderne til bestemmelsen. Formålet med reglerne om lejeværdi af bolig i den skattepligtiges egen ejendom har således ikke været at sikre en vis form for mindstebeskatning af fast ejendom, hvad enten denne udlejes eller ej,[10] men derimod at beskatte den økonomiske fordel, ejeren har ved at benytte sin investering som bolig. Denne beskatning hænger historisk sammen med den tidligere fulde fradragsret for renteudgifter, herunder renten vedrørende anskaffelse af bolig, der dengang som i dag for mange fysiske personer er en af de betydelige renteudgifter.[11]

---

7. Jf. også *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834 og *Henrik Poulsen*, TfS 1999, 909.
8. Se også *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 349 og *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834 samt SR-Skat 2003, 220. Anderledes *Henrik Poulsen*, TfS 1999, 909, der vil slutte modsætningsvis, således at beskatningen af den, der vederlagsfrit får stillet rørligt eller urørligt gods til rådighed, udelukker en beskatning af den, der stiller godset vederlagsfrit til rådighed.
9. Se hertil *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 349, *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834 og SR-Skat 2003, 220, *Henrik Poulsen*, TfS 1999, 909 og *Svend Erik Holm*, R&R 2001, SM 372.
10. Jf. også *Henrik Poulsen*, TfS 1999, 909.
11. Ligeledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 349 samt *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834 og SR-Skat 2003, 220.

> SL § 4, litra b, blev indsat ved lov nr. 104 af 19/5 1903: »Af bortforpagtning, bortfæstning eller udleje af rørlig og urørlig gods, såvel som af vederlagsfri benyttelse af andres rørlige eller urørlige gods. Den lejlighed, som en ejer selv har beboet, beregnes som indtægt for ham efter den leje, han ved udleje heraf, måtte have kunnet fået …«. Bestemmelsen indeholdt ikke nogen hjemmel til at beskatte ejeren af en lejeværdi, hvis han ikke selv benyttede boligen. Denne hjemmel blev først tilvejebragt ved lov nr. 149 af 10/4 1922. Baggrunden herfor var imidlertid ikke at skabe hjemmel til at beskatte udlejer af en fikseret lejeværdi. Det anføres tværtom i forarbejderne til bestemmelsen, at der var tale om en skærpelse af reglerne om beregning af lejeværdi, idet der også skulle ske en beskatning, hvis en ejer havde råd til at have flere ubenyttede boliger til sin rådighed.[12]

Det kan endvidere anføres, at en betragtning om mindstebeskatning burde føre til, at ejeren i det mindste burde medregne en værdi svarende til lejeværdien af egen bolig opgjort efter de til enhver tid gældende regler herom. I praksis er ejeren derimod blevet beskattet af den leje, der kunne være opnået ved at udleje ejendommen til en uafhængig tredjemand.[13] Teorien om ejerens »mindstebeskatning« svækkes således af den foreliggende praksis.

Det er som følge heraf vanskeligt at se, hvorledes en regel, der giver hjemmel til at beskatte en fremkaldt leje, og en anden regel, der giver hjemmel til at beskatte en værdi, hvis ejendommen ikke er udlejet, tilsammen kan give hjemmel til at beskatte en fikseret leje ved udlejning. To manglende hjemmelsgrundlag synes ikke i fællesskab at give et samlet hjemmelsgrundlag til beskatning af fikserede lejeindtægter.[14]

Hjemmel til at beskatte fikserede indtægter efter statsskatteloven kan også søges i SL § 4, 1. pkt., hvoraf det fremgår, at skattepligtig indkomst er »den skattepligtiges samlede årsindtægter«. Som nævnt ovenfor kan det heraf med sikkerhed udledes, at der skal ske en allokering af indkomster til et bestemt skattesubjekt. Selve indkomstallokeringen er således hjemlet ved denne bestemmelse.[15] Spørgsmålet er imidlertid, om det i bestemmelsen kan indfortolkes, at

---

12. Rigsdagstidende 1921-22, Tillæg A, sp. 3172 og Forhandlingerne, sp. 2507. Statsskattelovens tilblivelse og udvikling fra 1903-1922 er kort gennemgået af *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 11-17.
13. Se nedenfor XVIII, 5.
14. Jf. også *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 349 og *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339. Anderledes *Jane Bolander*, SpO 2002, 395: »Statsskattelovens § 4, litra b, 2. pkt. adskiller sig også fra de øvrige indtægtsangivelser i statsskattelovens § 4 ved at angive, at der skal ske beskatning uafhængigt af om, ejeren benytter boligen eller ej, jf. således »lejeværdi af bolig i den skattepligtiges egen ejendom beregnes som indtægt for ham, hvad enten han har gjort brug af sin beboelsesret eller ej«. Dette udgør hjemlen til beskatning af en fiktiv lejeindtægt. Der er hjemmel til beskatning, når boligen udlejes vederlagsfrit, men gælder tillige, når den aftalte leje er for lav«.
15. Se ovenfor XIV.

indkomsten heller ikke kan forskydes til et skattesubjekt ved, at en indkomstskabende aktivitet udøves uden, at der fremkaldes en bestemt indkomst. Dette sidste ville kræve, at der i ordene »den skattepligtiges samlede årsindtægter« indfortolkes en forudsætning om, at hver skattepligtig ud fra nogle objektive kriterier har sin indkomst, og at denne indkomst ikke på nogen som helst måde kan forskydes til andre skattesubjekter. Hvor indkomstallokeringen således er hjemlet i vendingen »den skattepligtiges«, skulle indkomstfikseringen være hjemlet i tilknytningen mellem »den skattepligtiges« og »samlede årsindtægter«. En sådan fortolkning vil i relation til formålet med formuleringen være anstrengt. Formålet med at beskrive de »samlede årsindtægter« som ét skattesubjekts skattepligtige indkomst er at tilkendegive, at indtægterne skal opgøres for ét indkomstår, og at de skal samles ved beregningen af indkomstskatten. Bestemmelsen indeholder således utvivlsomt også hjemmel til en vis form for indkomstperiodisering – ud over hjemmel til en vis form indkomstallokering – men heller ikke heraf følger det, at der er hjemmel til indkomstfiksering.

De øvrige dele af SL § 4 – dvs. litra a og c-f – indeholder en eksemplificering af en række indkomster, der er skattepligtige, jf. SL § 4, 1. pkt., in fine: »således f.eks.«. Der er ikke i disse opregninger af forskellige typer af indkomster anført noget om beskatning af fikseret indkomst. SL § 4, litra b, indeholder dog hjemmel til at beskatte lejeværdien af den skattepligtiges bolig i egen ejendom, selvom denne hjemmel går videre end det, der er hjemmel til i SL § 4, 1. pkt.[16] En tilsvarende selvstændig regulering findes ikke i de andre litra a og c-f, der alene opregner forskellige typer af indkomst.

> Det er ikke i forarbejderne til SL § 4 udtrykkeligt anført, at der med bestemmelsen var tilsigtet hjemmel til at beskatte fikserede indkomster. Heller ikke i de oprindelige vejledninger til SL § 4, således som de var formulerede efter statsskatteloven af 1903 og statsskatteloven af 1912, jf. henholdsvis Finansministeriets vejledning af 12/12 1903 og 31/12 1903, findes der noget udtrykkeligt udsagn om, at en skatteyder kan beskattes af en fikseret indkomst, som den pågældende ikke har fremkaldt.[17]

I SL § 5 er det heller ikke udtrykkeligt anført, at der er hjemmel til beskatning af fikserede indkomster. Det fremgår tværtom udtrykkeligt af SL § 5, at den skattepligtige ejer ved salg af sine formuegenstande alene skal medregne for-

---

16. Se hertil *Jane Bolander*, SpO 2002, 395, *Aage Michelsen*, R&R 2003, 1, SM 2 og *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2000, 48.
17. Ligeledes *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277: »Derimod indeholder § 4 a + b intet om, at beskatning kan ske af de afkast af hans arbejde, kapitalplacering m.v., som svarer til en normal vederlæggelse af en sådan indsats. En sådan normalbetragtning er og bliver en fiktion, som har ligget helt udenfor det anvendelsesområde, som bestemmelsens forfattere har forestillet sig«.

tjenesten i tilfælde af, at transaktionen er sket i nærings- eller spekulationsøjemed, og da kun med »den derved indvundne handelsfortjeneste«.[18] Beskatningen af gevinster, der er opnået i nærings- og spekulationsøjemed, omfatter således på den ene side alene den fremkaldte fortjeneste. Den fortjeneste, der ikke er fremkaldt, kan ikke betegnes som en derved indvundet fortjeneste ved salget. På den anden side kan det anføres, at begrebet »handelsfortjeneste» indeholder en forudsætning om, at fortjenesten skal opgøres til handelsværdien, hvad enten den er fremkaldt eller ej. Dette forudsætter dog, at der i begrebet »handelsfortjeneste« indfortolkes en forudsætning om, at en sådan fortjeneste er den fortjeneste, der opstår ved salg til handelsværdier. Ud fra en analyse af ordlyden må denne fortolkning anses for tvivlsom. Udtrykket »handelsfortjeneste« anvendes alene for at tydeliggøre, at det alene er fortjeneste ved salg i nærings- eller spekulationsøjemed, som skal beskattes. Der sigtes således ikke herved til en modifikation af, at det kun er »den derved indvundne« – dvs. fremkaldte – fortjeneste ved salget, der skal beskattes. I modsat fald ville selve bestemmelsen også være selvmodsigende, idet den på den ene side ville pege på den fremkaldte fortjeneste, og på den anden side på en fortjeneste, der opgøres til handelsværdier.

Det er ikke i forarbejderne til SL § 5 udtrykkeligt anført, at skatteyderen kan beskattes af en fikseret, ikke fremkaldt gevinst, der er indvundet i nærings- eller spekulationsøjemed.

Hjemmel til indkomstfiksering kan endelig søges i sammenhængen mellem SL §§ 4, 5 og 6.[19] I mangel af direkte hjemmel i de enkelte bestemmelser forudsætter dette imidlertid på ny en forestilling om, at det samlede skattesystem – således som det er grundlæggende beskrevet i statsskattelovens helt centrale bestemmelser – beror på en forudsætning om, at et skattesubjekt ved udøvelse af en indkomstskabende aktivitet skal beskattes af én bestemt indkomst, hvad enten denne er fremkaldt eller ej. Ud fra ordlyden af de enkelte bestemmelser og deres indbyrdes sammenhæng er det imidlertid vanskeligt at udlede generelle principper om fiksering af indkomster. Spørgsmålet om, hvilken indkomst et

---

18. Ligeledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 80.
19. Jf. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2454: »Af de almindelige skatteretlige principper – indeholdt i statsskattelovens §§ 4-6 – følger, at ethvert skattesubjekt kun skal beskattes af sine egne indtægter, men skal beskattes af alle sine skattepligtige indtægter. Af disse principper er hidtil blevet udledt, at såfremt der foretages transaktioner mellem to interesseforbundne skattesubjekter, der ikke er sket på armslængde vilkår, vil der ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst være mulighed for at skattemyndighederne kan korrigere denne, således at indkomsten kommer til at svare til, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var sket på armslængde vilkår. Disse principper svarer til de grundlæggende OECD-principper for transfer pricing, dvs. handel mellem interesseforbundne parter over grænserne«.

skattesubjekt skal beskattes af som følge af en indkomstskabende aktivitet, fremgår således ikke klart af nogen sammenhængen mellem bestemmelserne. Af tredelingen mellem på den ene side skattepligtige indkomster, jf. SL § 4, på den anden side skattefri og skattepligtige kapitalgevinster, jf. SL § 5, og på den tredje side fradragsberettigede og ikke fradragsberettigede udgifter, jf. SL § 6, kan det derfor ikke direkte udledes, at der er hjemmel til at beskatte et skattesubjekt af fikserede indkomster.

Selvom hjemmelsgrundlaget for beskatning af fikserede indkomster i SL §§ 4-6 er tvivlsomt, kan det ikke afvises, at bestemmelserne kan fortolkes udvidende, således at den naturlige forståelse af ordlyden udstrækkes til at omfatte de tilfælde, hvor en indkomst ikke er fremkaldt som følge af en indkomstskabende aktivitet.[20] En sådan udvidet fortolkning er navnlig nærliggende i betragtning af, at statsskattelovens forudsætninger om opgørelsen af den skattepligtige indkomst, fordelingen af denne på forskellige skattesubjekter, og den progressive beskatning af indkomsten, nærmest må anses for at briste, hvis indkomster vilkårligt kan forskydes mellem skattesubjekter ved, at en indkomstskabende aktivitet udøves, uden at der derved fremkaldes en indkomst. Hjemlen til at beskatte fikserede indkomster kan med andre ord anses for at være underforstået ved definitionen af indkomstbegrebet i SL § 4.

3. Sammenfatning

Dansk rets grundlæggende bestemmelser om beskatning af indkomst, SL §§ 4-6, indeholder ikke udtrykkelige bestemmelser om, at fikserede – men ikke fremkaldte – indkomster kan beskattes. Der er hjemmel til at værdiansætte indkomster, som har karakter af formuegoder af pengeværdi, men heraf følger ikke, at indkomster, som ikke er fremkaldte, kan beskattes.

Dette udgangspunkt står i skærende kontrast til det forhold, at hele grundlaget for indkomstbeskatningen – den progressive eller lineære beskatning af den indkomst, den skattepligtiges indkomstskabende aktivitet giver anledning til – om ikke forudsætter, at den korrekte indkomst beskattes hos det korrekte skattesubjekt, så i hvert fald giver ringe mening, hvis der ikke findes regler herom. Hvis den skattepligtige frit kan vælge sin indkomst ved at indgå økonomiske eller handelsmæssige transaktioner, som »flytter« indkomsten til andre skattesubjekter, er indkomstbeskatningen reelt reduceret til at være en frivillig ordning, idet grundlaget for beregningen af skatterne – indkomsten – kan fastlægges vilkårligt.

---

20. Jf. også *Jacob Graff Nielsen*, Legalitetskravet ved beskatningen, s. 327-328.

Kapitel XVII

Den øvrige lovgivning

1. Indledning

Formålet med dette kapitel er at undersøge lovgivningen – bortset fra SL §§ 4-6 og LL § 2 – med henblik på at analysere, om der i de nedenfor omtalte love findes bestemmelser, hvorefter der er hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst, og i bekræftende fald hvilke krav, der stilles forinden en fikseret indkomst kan beskattes.

Ved gennemgangen henvises i petit til praksis, i det omfang der i praksis er taget stilling til, hvorledes indkomsten skal fikseres.[1] Eftersom de fleste bestemmelser udtrykkeligt gør op med dette spørgsmål, er praksis herom selvsagt meget begrænset.

Reglerne om indkomstfiksering kan opdeles i fire grupper, idet de tre første grupper har det til fælles, at de vedrører beskatning af en fikseret gevinst ved afståelse af et skatterelevant aktiv:

- Én gruppe, der vedrører beskatning af fikseret indkomst, når et aktiv afstås ved gave, arveforskud eller arv (nedenfor 2).
- Én gruppe, der vedrører beskatning af fikseret indkomst ved ophør af skattepligt til Danmark (nedenfor 3).
- Én gruppe, der vedrører beskatning af fiskeret indkomst, når et aktiv overgår fra beskatning efter et regelsæt til beskatning efter et andet regelsæt eller skattefrihed, f.eks. ved overgang fra skattepligt til skattefrihed, eller ved overgang fra selskabsbeskatning til andelsbeskatning (nedenfor 4).
- Én gruppe, der vedrører beskatning af fikseret indkomst, når indkomsten opstår som følge af en transaktion mellem to parter, bortset fra de transaktioner, der betegnes som gave, arveforskud eller arv (nedenfor 5).

1. Bortset fra praksis efter SL §§ 4-6, der behandles nedenfor XVIII.

2. Gave, arveforskud og arv

I den første gruppe om beskatning af fikseret indkomst, når et aktiv afstås ved gave, arveforskud eller arv, findes reglerne først og fremmest i særlovgivningen om beskatning af kapitalgevinster, som hidrører fra salg af formuegenstande.[2]

En overdragelse ved gave eller arveforskud sidestilles således med en afståelse i relation til aktieavancebeskatningsloven, jf. ABL § 9, stk. 1,[3] i ejendomsavancebeskatningsloven, jf. EBL § 2, stk. 2, jf. § 3,[4] i ejerlejlighedsbeskatningsloven, jf. ELBL § 7, stk. 2, i kursgevinstloven, jf. KGL § 34,[5] og i relation til afståelsen af retten til en løbende ydelse, jf. LL § 12 B, stk. 6 og 7.[6] Afståelsessummen fikseres i alle tilfælde primært til den værdi, der er lagt til grund ved beregning af gaveafgift eller indkomstskat – eller boafgift – af overdragelsen, subsidiært til værdien i handel og vandel (handelsværdien).

Se hertil UfR 1977.405 Ø om værdiansættelse ved gaveoverdragelse af aktier i et familieaktieselskab fra en far til en søn. Landsretten fandt efter omstændighederne, at der med rette ved vurderingen af aktiernes værdi var lagt vægt på den betydelige værdi af to faste ejendomme, som tilhørte selskabet, og at der var set bort fra vedtægternes bestemmelse om

---

2. Se også *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 349 samt *Jan Pedersen*, R&R 1996, 10, SM 327.
3. Ligeledes *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 36-37, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 423, R&R 2003, 1, 16, TfS 2000, 834 og SR-Skat 2003, 220, *Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen*, TfS 2001, 888, *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 42-43, Skatteretten 2, s. 321, TfS 2001, 284, R&R 2000, 2, SM 32 og R&R 1996, SM 3, *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 82.
4. Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 36-37, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 423, R&R 2003, 1, 16, TfS 2000, 834 og SR-Skat 2003, 220, *Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen*, TfS 2001, 888, *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 42-43, Skatteretten 2, s. 321, TfS 2001, 284, R&R 2000, 2, SM 32, TfS 1995, 81 og R&R 1996, SM 3, *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 82. I EBL § 4, stk. 5-9, er der hjemmel til at fordele afståelsessummen for en fast ejendom på de enkelte af ejendommens bestanddele. Dette er imidlertid ikke en regel om beskatning af fikseret indkomst, idet fordelingen alene vedrører værdiansættelsen af de enkelte dele, som indkomsten består af, men ikke den samlede værdi. Indkomsten kan således ikke samlet set fikseres til et højere eller lavere beløb end det fremkaldte i medfør af denne bestemmelse. Anderledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 45 og TfS 2001, 284 samt *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 37.
5. Der også omfatter afståelse ved arv. Jf. også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 36-37, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 423, R&R 2003, 1, 16, TfS 2000, 834 og SR-Skat 2003, 220, *Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen*, TfS 2001, 888, *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 42-43, Skatteretten 2, s. 321, TfS 2001, 284, R&R 2000, 2, SM 32 og R&R 1996, SM 3, *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 82.
6. Der også omfatter afståelse ved arv.

aktiernes omsættelighed. Der blev herved lagt vægt på, at det drejede sig om et selskab, hvor den lille kreds af selskabsdeltagere alle havde tilknytning til den erhvervsvirksomhed, som benyttede de to ejendomme, og at de to største aktieposter både før og efter gaveoverdragelse blev i familien. Faderen blev beskattet af en fikseret indkomst hidrørende fra overdragelsen.

Jf. også TfS 2000, 685 LSR om en skatteyder, der havde overdraget unoterede aktier til sine to døtre til formueskattekursen (kurs 160). De stedlige skattemyndigheder ville ikke anerkende denne kurs, og havde i stedet skønsmæssigt ansat kursen til 400. Landsskatteretten fandt under henvisning til Told- og Skattestyrelsens afgørelse i TfS 1997, 599 TS, at kursen kunne ansættes til skattekursen, da der ikke var oplyst sådanne omstændigheder, at denne kurs kunne fraviges.[7]

Tilsvarende regler findes i AL § 49 om afståelse af aktiver, hvorpå der er afskrevet, ved gave eller arveforskud,[8] og i husdyrbeskatningslovens § 7, stk. 2, hvorefter afståelsen af en husdyrbesætning er skattepligtig, eventuelt som følge af den foretagne nedskrivning, og i LL § 12 B om afståelse af løbende ydelser. I disse tilfælde fikseres afståelsessummen også primært til den værdi, der er lagt til grund for beregning af gaveafgift, boafgift eller indkomstskat, subsidiært til handelsværdien.

I sagen TfS 1986, 421 LSR havde skatteyderen ved skøde af 2/9 1983 overdraget halvdelen af sin landbrugsejendom til sin søn for 1,2 mio. kr. Besætningen var blevet ansat til en værdi af 310.000 kr., der ifølge skatteyderen var værdien i handel og vandel. Der blev herved henvist til, at 19 køer efter overdragelsen var solgt til en gennemsnitspris af 5.643 kr., hvilket svarede til den ansatte værdi på 5.600 kr. pr. dyr over 2 år.

Skattemyndighederne havde i henhold til CIR nr. 35 af 20/10 1982, der fastsatte normalhandelsværdier for køer, ansat værdien til 6.600 kr. pr. dyr.

Landsskatteretten fandt, at værdiansættelsen måtte foretages skønsmæssigt. Efter det oplyste fandt Landsskatteretten ikke, at der var grundlag for at tilsidesætte skattemyndighedernes skøn.

---

7. Se også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1997, 331 og redaktionel artikel i SpO 1997, 111.
8. Ligeledes *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 37, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 423 og R&R 2003, 1, 16 og TfS 2000, 834 samt *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284. AL §§ 40 og 45 er derimod ikke regler om beskatning af fikseret indkomst; anderledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 42-43 og 45, Skatteretten 2, s. 321, R&R 2000, 2, SM 32 og TfS 2001, 284, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 37, *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 82.

De ovenfor nævnte bestemmelser må selvsagt også finde anvendelse i tilfælde af delgaver, dvs. tilfælde, hvor en afståelse dels er berigtiget ved erlæggelse af vederlag, dels i form af en gave.[9]

Dødsboskatteloven kan endelig føre til en beskatning af lignende karakter, når et aktiv udloddes fra dødsboet, uden at modtageren kan succedere i afdødes skattepligtige stilling, jf. hertil DSKL §§ 29 og 36. Dødsboet hverken fremkalder eller oppebærer en indkomst ved udlodningen, men beskattes ikke desto mindre af den skattepligtige avance, som dødsboet ville have opnået ved salg af aktivet.

I medfør af de ovenfor nævnte regler kan den skattepligtige beskattes af en indkomst, som den pågældende hverken har fremkaldt eller oppebåret. Heraf følger, at disse bestemmelser indeholder bestemmelser af den type, der betegnes som regler om indkomstfiksering.

> Den, som har bortgivet f.eks. en post aktier ved gave eller arveforskud, fremkalder ikke nogen indkomst, og oppebærer heller ikke nogen indkomst.[10] Eftersom indkomsten hverken er fremkaldt eller oppebåret, men ikke desto mindre beskattes, anses beskatningen for at være en beskatning af en fikseret indkomst.[11]

En tilsvarende bestemmelse findes derimod ikke i SL § 5 om afståelse af andre aktiver ved gave eller arveforskud, når avancen er skattepligtig på grund af spekulation eller næring. Dette sidste er bemærkelsesværdigt, eftersom der herved opstår en situation, hvor der i den generelle regel om beskatning af avancer ved afståelse af formuegenstande ikke udtrykkeligt angives at være hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst ved afståelse som gave, arveforskud eller arv, mens der i særlovgivningen findes udtrykkelig hjemmel til dette adskillige steder.

---

9. Jf. også *Jan Pedersen* i TfS 1995, 81.
10. Indkomsten kan derimod fremkaldes og oppebæres af den, til hvem den er overdraget. På trods af et eventuelt interessefællesskab med modtageren kan indkomsten ikke anses for at være fremkaldt eller oppebåret af giveren. At overdragelsen ved gave eller arveforskud sidestilles med en afståelse, indebærer i øvrigt blot, at overdragelsen sidestilles med en indkomstskabende aktivitet.
11. Der er ovenfor III, 2 og 4 indgående redegjort for sondringen mellem dels den fremkaldte og oppebårne indkomst, dels den ikke fremkaldte og ikke oppebårne indkomst. Beskatningen af en indkomst, der hverken er fremkaldt eller oppebåret, betegnes som en beskatning af en fikseret indkomst.

3. Ophør af skattepligt til Danmark

I den anden gruppe findes regler om beskatning af fikseret indkomst, når skattepligten til Danmark ophører, hvad enten dette beror på, at skattepligten ophører som følge af den skattepligtiges fraflytning, eller fordi den pågældende bliver hjemmehørende i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland som følge af bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Sådanne regler findes i aktieavancebeskatningsloven, jf. ABL § 13 a vedrørende aktier m.v.,[12] i EBL § 6 B om visse faste ejendom i udlandet,[13] KSL § 10 om af- og nedskrivningsberettigede aktiver, i KGL § 37 om fordringer, gæld og kontrakter m.v.[14] og i SEL § 5, stk. 7, om ophør af fuld skattepligt for et selskab eller en forening m.v.[15] I de nævnte tilfælde anses de aktiver, som lovgivningen vedrører, som hovedregel for at være afstået ved fraflytningen, og som afståelsessummen anses aktivernes værdi (handelsværdien) på tidspunktet for skattepligtens ophør eller flytningen af det skattemæssige hjemsted.

> I sagen TfS 2002, 306 V havde skattemyndighederne ved fraflytning opgjort kursen på nogle unoterede anparter til 32.535. Skatteyderen selv havde selvangivet en kurs på 1.520 svarende til formueskattekursen. I november 1991 – ca. 5 måneder før skatteyderen flyttede – havde han tilbudt at købe sin brors anparter til kurs 8.750. Broderen afslog dette tilbud og fremsatte i januar 1992 tilbud om at købe skatteyderens anparter til 15.000. Dette tilbud blev afslået af skatteyderen, og forhandlinger mellem brødrene og deres advokater førte ikke til noget resultat. Selv om der ikke have været nogen omsætning af anparterne, fandt Vestre Landsret, at anparternes handelsværdi måtte anses at være markant højere end formueskattekursen, som derfor ikke kunne anvendes ved avanceopgørelsen. Sagen blev hjemvist til fornyet behandling hos skattemyndighederne.

En overførsel af aktiver til udlandet kan på tilsvarende måde udløse en beskatning af en fikseret indkomst, jf. ABL § 13 b, stk. 1, om overførsel af aktiver m.v., KSL § 8 A, stk. 2, om personers overførsel af afskrivningsberettigede aktiver, og SEL § 7 A, stk. 2, om selskabers m.v. overførsel af afskrivningsberettigede

---

12. Se herom *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 335-349, *Preben Underbjerg Poulsen & Søren Rasmussen*, Aktieavancebeskatning, s. 148, *Anders Willumsen*, TfS 1987, 380 og *Henrik Kertelzen*, TfS 1987, 400. Reglerne blev ændret ved lov nr. 231 af 31/3 2004, § 1. Se om de nye regler *Jeppe Rune Stokholm*, SpO 2004, 157.
13. Reglen blev indsat ved lov nr. 231 af 31/3 2004, § 3.
14. Se herom *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 349-351. Reglerne blev ændret ved lov nr. 231 af 31/3 2004, § 7.
15. Se hertil *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 190-191. Reglerne blev ændret ved lov nr. 231 af 31/3 2004, § 10.

aktiver.[16] I disse tilfælde anses de omhandlede aktiver ligeledes for at være afstået på tidspunktet for overførslen til udlandet for et beløb svarende til aktivernes værdi (handelsværdien) på dette tidspunkt.

Reglerne om ophørsbeskatning har to bestanddele. I henhold til første led sidestilles skattepligtens ophør m.v. med en afståelse, dvs. med en indkomstskabende aktivitet, der kunne have fremkaldt en indkomst. I medfør af andet led beskattes denne indkomst, der de facto ikke er blevet fremkaldt, som om den var blevet fremkaldt ved en afståelse af aktiverne m.v. til handelsværdien.[17] De omtalte bestemmelser anses derfor at indeholde hjemmel til det, der i teoretisk henseende er anset for at være hjemlet i reglerne om indkomstfiksering.[18]

Der findes derimod ikke nogen generelt gældende regel om, at aktiver anses for at være afstået til handelsværdien på det tidspunkt, hvor skattepligten for den skattepligtige eller for aktivet ophører, jf. hertil SL §§ 4-6. Uden for de ovenfor nævnte tilfælde er der derfor ikke udtrykkelig hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst ved skattepligtens ophør.

4. Ændrede beskatningsformer

Den tredje gruppe om beskatning af fikseret indkomst ved ændrede beskatningsformer omfatter et sammensurium af forskellige regler.

I afskrivningsloven findes sådanne regler for det tilfælde, at et aktivs benyttelse ændres fra erhvervsmæssig til privat eller blandet – eller vice versa – jf. AL §§ 4 og 68. Ved ændringen af benyttelsen ændres reglerne for afskrivning. Denne ændring håndteres ved, at aktivet anses for at være afstået til handelsværdien, således at der kan ske et endeligt opgør af den hidtidige afskrivning.

Se om værdiansættelsen TfS 1985, 228 LSR, der vedrørte en fiskekutters overgang til privat brug. De stedlige skattemyndigheder havde ansat værdien af kutteren til 50.000 kr. under henvisning til, at en lignende kutter var solgt for 15.000 kr., og at der hertil var ydet 33.000

16. Se herom *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 354-360.
17. Se om sondringen mellem den fremkaldte indkomst og den fikserede indkomst ovenfor III, 2. og 4.
18. Se nærmere ovenfor III, 2 og 4 om sondringen mellem på den ene side den fremkaldte og oppebårne indkomst, og på den anden side den fikserede indkomst. Det forhold, at den skattepligtige senere vil kunne fremkalde og oppebære indkomsten fører efter den her anvendte terminologi ikke til, at indkomsten kan anses for at være fremkaldt eller oppebåret ved fraflytningen m.v. Det faktum, at ophøret af skattepligten sidestilles med en afståelse, kan heller ikke føre til, at indkomsten anses for at være fremkaldt eller oppebåret. At sidestille ophøret af en skattepligt med en afståelse indebærer blot, at ophøret af skattepligten sidestilles med en indkomstskabende aktivitet.

kr. i ophugningsstøtte. Kutteren var kort inden vurderet til 20.000 kr. Landsskatteretten fandt imidlertid ikke, at salgssummen med tillæg af ophugningsstøtten var lig med handelsværdien. Værdien af kutteren blev i stedet ansat til 20.000 kr.

På samme måde findes der i aktieavancebeskatningsloven regler om beskatning af en fikseret indkomst, når aktier m.v. indskydes i en pensionsordning, jf. ABL § 9, stk. 3, ved ændring af visse investeringsforeningers skattemæssige status, jf. ABL § 9, stk. 5 og 6, og i visse tilfælde ved andelsforeningers fusioner, jf. ABL § 13 e, stk. 2. Avancerne skal beskattes efter forskellige regelsæt før og efter ændringen af den skattemæssige status. Der foretages derfor et opgør af den hidtidige skattepligt i kraft af, at aktierne m.v. anses for at være afstået til handelsværdien på tidspunktet for ændringen.

I kursgevinstloven findes tilsvarende regler om beskatning af fikseret indkomst, når fordringer m.v. indskydes i en pensionsordning, jf. KGL § 35 og ved ændring af investeringsforeningers skattemæssige status, jf. KGL § 34, stk. 2 og 3. I disse tilfælde beskattes den skattepligtige også af en fikseret indkomst, idet ændringen af den skattemæssige status anses for at være en afståelse af fordringerne m.v.

Pensionsafkastbeskatningsloven indeholder et særligt regelsæt om beskatning af de aktiver, som falder inden for lovens anvendelsesområde. Denne beskatning afviger væsentligt fra, hvad der findes af regler i f.eks. de særlige love om beskatning af avancer. Der er derfor i PABL §§ 13, stk. 3, § 23, stk. 1, og § 24, stk. 1, særlig regler for de tilfælde, at aktiver overgår fra at være skattepligtige efter lovens bestemmelser til at være skattefri, at den indestående pension ophæves, eller at skattepligten ophører for de i loven opregnede selskaber og institutioner m.fl. I alle tilfælde anses aktiverne for at være afstået til handelsværdien på tidspunktet for ændringen af den skattemæssige status.

Endelig er der i selskabsskatteloven regler for de tilfælde, at et skattesubjekts beskatningsform ændres. Sådanne regler findes først og fremmest for det tilfælde, at selskabet m.v. overgår fra beskatning efter en beskatningsform efter selskabsskatteloven – aktieselskabsbeskatning, andelsbeskatning, foreningsbeskatning eller skattefrihed – til beskatning efter en anden beskatningsform efter selskabsskatteloven, jf. SEL §§ 5, 5 A og 5 B. Derudover findes regler for den situation, at en personligt ejet virksomhed overdrages til et nystiftet aktie eller anpartsselskab, jf. SEL § 4, stk. 4, eller hvor et aktie- eller anpartsselskab overdrager en virksomhed til et nystiftet datterselskab., jf. SEL § 4, stk. 5. I alle tilfælde beskattes en fikseret indkomst svarende til, at selskabets m.v. aktiver var solgt til handelsværdien på tidspunktet for overdragelsen.[19]

---

19. Reglen i SEL § 32, stk. 8, om beskatning af et moderselskab ved afståelse af aktier i et tvungent sambeskattet datterselskab kan også føre til, at moderselskabet beskattes af en fikseret ind-

Fælles for reglerne er dels, at den ændrede beskatningsform sidestilles med en afståelse – dvs. med en indkomstskabende aktivitet[20] – dels at den skattepligtige herefter beskattes af en indkomst, der de facto ikke er fremkaldt, men som kunne være fremkaldt, hvis aktiverne m.v. f.eks. var blevet afstået på markedsvilkår. En sådan beskatning anses i teoretisk henseende for at være i overensstemmelse med det, der er betegnet som indkomstfiksering.[21]

Statsskatteloven indeholder derimod ikke regler om, hvorledes der skal forholdes, når en beskatningsform ændres. Der er hverken i SL §§ 4, 5 eller 6 udtrykkelig hjemmel til en beskatning af fikseret indkomst i disse tilfælde.

5. Den indkomstskabende aktivitet

Den fjerde og sidste gruppe, hvor beskatning af en fikseret indkomst kan komme på tale, er i forholdet mellem to parter, når der foreligger en indkomstskabende aktivitet i forholdet mellem parterne.

Sådanne regler findes først og fremmest i LL § 2, der omfatter alle former for transaktioner mellem visse interesseforbundne parter. Bestemmelsen giver udtrykkeligt hjemmel til at beskatte den ene eller begge parter af fikserede indkomster i sådanne tilfælde. Indkomsten fikseres i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået i forholdet mellem uafhængige parter.[22] Reglerne finder tilsvarende anvendelse for tonnageskatteloven, jf. lovens § 13.

I kulbrinteskatteloven er der endvidere en særlig bestemmelse, jf. lovens § 5, stk. 1, hvorefter indvundne kulbrinter ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal fastsættes til en normpris, dvs. til markedsprisen ved omsætning mellem uafhængige parter på frie vilkår.

For udenlandske forsikringsselskaber, der driver forsikringsvirksomhed i Danmark, findes en særlig regel om beskatning af fikseret indkomst i SEL § 12.[23] Selskabets indkomst her i landet fikseres til den del af dets samlede indkomst, opgjort efter skattelovgivningens almindelige regler, som efter forholdet

---

komst, idet indkomsten uanset afståelsessummen for aktierne skal opgøres til handelsværdien af datterselskabets aktiver og passiver. Se hertil *Anja Svendgaard*, Frivillig og tvungen sambeskatning, s. 164-165.

20. Heraf følger ikke, at indkomsten kan anses for at være fremkaldt eller oppebåret. Den ændrede beskatningsform sidestilles blot med en indkomstskabende aktivitet.
21. Årsagen til, at den beskatning betegnes som en beskatning af en fikseret indkomst, er, at den skattepligtige ikke ved at ændre beskatningsform fremkalder eller oppebærer nogen indkomst. Indkomsten fremkaldes og oppebæres først på det tidspunkt, hvor der er erhvervet et retskrav på indkomsten. Se nærmere ovenfor III, 2 og 4.
22. Bestemmelsen behandles indgående nedenfor XIX.
23. Jf. også *Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen*, TfS 2001, 888.

mellem dets brutto-præmieindtægt i Danmark og dets samlede brutto-præmieindtægt falder på brutto-præmieindtægten i Danmark. Skatteministeren kan dog efter indstilling fra Ligningsrådet tillade en anden opgørelsesmåde anvendt, hvis særlige forhold gør sig gældende.

Derudover findes der i dødsboskatteloven en række regler om fiksering af arbejdsvederlag i de situationer, hvor en person har udført arbejde for dødsboet eller for afdødes virksomhed, eller afdøde havde udført arbejde for efterlevende ægtefælles virksomhed, jf. DKSL § 9, stk. 1, nr. 7, DSKL § 22, stk. 1, nr. 7, DSKL § 40, stk. 3 og DSKL § 44, stk. 1. I alle tilfælde kan arbejdsvederlaget ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst fikseres til det beløb, som svarer til den betaling, der skulle være ydet andre for udførelse af arbejde af samme art og omfang, eller som det ville have været muligt at opnå ved arbejde af samme art og omfang for andre.[24]

I forholdet mellem forældre og børn findes en særlig regel om fiksering af arbejdsvederlag i KSL § 5, stk. 3. I medfør heraf kan der i nogle tilfælde ikke udbetales løn fra forældre til barnet med den skattemæssige virkning, at forældrene får fradragsret for beløbet, og barnet skal beskattes af beløbet. Indkomsten fikseres således til 0 (nul).[25]

Fra praksis kan henvises til TfS 1986, 222 LSR, hvor et barn under 15 år havde arbejdet i sin fars bedrift og herfor havde modtaget en løn på 11.366 kr. Faderen kunne ikke fratrække lønnen, da sønnen var under 15 år.

På samme måde kan fordelingen af indkomst fra en ægtefælles virksomhed, jf. KSL § 25 A, stk. 3 og 7, ændres i skattemæssig henseende, således at det overførte beløb fikseres til et beløb, der ikke står i åbenbart misforhold til den medarbejdende ægtefælles arbejdsindsats i virksomheden.

Det er ikke en betingelse for overførsel af det maksimale beløb i henhold til KSL § 25 A, stk. 3,[26] at ægtefællen er fuldtids beskæftiget i virksomheden, jf. TfS 1985, 269 SD.

---

24. I PBL § 23 findes en regel, hvorefter der hjemles fradrag for indbetalinger foretaget af en arbejdsgiver til en ansats pensionsordning. Fradraget forudsætter, at indbetalingerne kan sidestilles med løn m.v., der udbetales til arbejdstageren. Hvis indbetalingerne overstiger en rimelig aflønning, kan de derfor ikke fradrages. I sagen TfS 2001, 826 LSR førte det til, at en selskabsdeltager, som ejede samtlige kapitalandele i et selskab, og som var ansat som direktør i selskabet, blev beskattet af et maskeret udbytte på 225.000 kr., jf. LL § 16 A, samtidig med at selskabet fik et fradrag på 75.000 kr., idet alene 75.000 kr. af selskabets samlede indbetaling på 300.000 kr. til selskabsdeltagerens pensionsordning svarede til, hvad der ville være udbetalt til en uafhængig tredjemand for samme arbejdsindsats.
25. Jf. også *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277 og *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 385-386.
26. Dengang KSL § 37 A.

I sagen TfS 1986, 301 LSR havde en kvinde arbejdet som sygeplejerske i sin mands lægepraksis. Lægens revisor havde beregnet, at kvinden over en periode på 4 uger anvendte 40 timer til regnskabsarbejde og 40 timer til telefonpasning på hverdage uden lægevagt. Herudover havde hun i vagterne haft telefonpasning i 128 timer i løbet af en periode på 4 uger.

På baggrund af det oplyste fandt Landsskatteretten ikke, at var grundlag for at statuere, at det overførte beløb, som udgjorde maksimum efter KSL § 25, stk. 3,[27] stod i åbenbart misforhold til hustruens arbejdsindsats i mandens lægepraksis.

Sagen TfS 1988, 421 LSR omhandlede et af en gårdejer foretaget fradrag på 110.500 kr. for medhjælpende hustru. På gården arbejdede en heltidsbeskæftiget karl, som var 17 år. Hustruen havde stået for pasning af gårdens svinebesætning, der på grund af en gammeldags indretning af stalden krævede et stort manuelt arbejde. Hustruen have også hjulpet til i forbindelse med bjærgning af høsten og lignende, medens gårdejeren selv stod for mark- og staldarbejdet, på trods af at han havde været arbejdsmæssigt svækket. Hustruen havde i alt arbejdet på gården ca. 4 ½ time hver dag.

Landsskatteretten lagde vægt på, at den fremmede medhjælp havde været ungarbejder, at landbruget var ret umoderne indrettet, at gårdejeren havde været arbejdsmæssigt svækket, og at hustruens timetal i driften var højt. Landsskatteretten godkendte derfor fradraget, eftersom der ikke var et åbenbart misforhold mellem hustruens indsats i virksomheden og den til hende overførte andel af virksomhedens overskud.

Sagen TfS 1988, 468 LSR omhandlede en læge, der i november 1983 havde giftet sig med sin samlever. Samleversken havde indtil 1983 været ansat som lønmodtager i hans speciallægevirksomhed. Ved indkomstopgørelsen for 1983 overførte han halvdelen af virksomhedens overskud til beskatning hos sin hustru, i alt 71.932 kr.

Hustruen havde haft en daglig arbejdstid i virksomheden fra kl. 9 til kl. 14. Arbejdet havde bestået i sekretærarbejde, regnskabs- og journaliseringsfunktioner samt laborantarbejde.

Vurderingen af, om hustruen i væsentligt omfang havde medvirket i virksomheden, skulle ifølge Landsskatteretten foretages på baggrund af den periode, hvor ægteskabet havde bestået. På baggrund af det oplyste om arbejdets omfang fandt Landsskatteretten ikke, at hendes arbejdsindsats havde stået i væsentligt misforhold til det overførte overskud. Landsskatteretten bemærkede i den forbindelse, at de samlevende i perioden indtil ægteskabets indgåelse kunne have indgået en lønaftale med hinanden.

I sagen TfS 1989, 173 V arbejdede en gårdejers hustru i gennemsnit ca. 3 ½ time – eller 4-5 timer – om dagen på gården.[28] Gårdejeren havde i 1983 overført 40 pct. af gårdens

27. Dengang KSL § 37 A.
28. Gårdejeren ændrede forklaring, således at tidsforbruget blev øget fra 3 ½ time til 4-5 timer.

overskud til sin hustru, svarende til 103.200 kr. Beløbet var udregnet efter, hvad det ville have kostet gårdejeren at have landbrugsvikar ansat i 3 ½ time alle årets dage.

Gårdejeren led af slidgigt i ryggen, og hans hustru havde derfor passet kalvene, ligesom hun udførte almindeligt landbrugsarbejde i mark og stald. Hun førte endvidere gårdens regnskab og havde en fuldtidsbeskæftiget landbrugsmedhjælper på kost. Landsskatterettens flertal (2-1) fandt under hensyn til det oplyste om hustruens arbejdsindsats, at der måtte foretages en skønsmæssig begrænsning af det beløb, der i øvrigt lå tæt på det maksimalt tilladte, som gårdejeren havde overført til beskatning hos hustruen. Skattemyndighedernes skøn på 65.000 kr. var der endvidere ikke grundlag for at tilsidesætte.

For landsretten tog Skatteministeriet bekræftende til genmæle i overensstemmelse med landsrettens tilkendegivelse af sagens udfald.

Se også sagerne TfS 1985, 477 LSR, TfS 1985, 563 LSR, TfS 1988, 67 LSR, TfS 1986, 135 LSR, TfS 1988, 288 V og TfS 1988, 363 LSR, der vedrører spørgsmålet om, hvornår arbejdsindsatsen har et sådant væsentligt omfang, at en del af virksomhedens overskud kan overføres efter KSL § 25 A, stk. 3.

De ovenfor nævnte bestemmelser indeholder, som det ses, hjemmel til indkomstfiksering. I statsskattelovens §§ 4-6 er der derimod ikke *udtrykkelig* hjemmel til beskatning af fikseret indkomst, der ikke er fremkaldt ved en indkomstskabende aktivitet.

6. Generel hjemmel til indkomstfiksering

Der findes flere steder i den danske skattelovgivning ikke alene regler om beskatning af fikseret indkomst, men også regler om fradrag for fikserede udgifter, uanset om den pågældende indkomst er fremkaldt eller den pågældende udgift er afholdt. Antallet af disse regler er imidlertid betydeligt mindre, end hvad der findes om regler om allokering af indkomst. Stort set alle danske skattelove indeholder således regler eller forudsætninger om, at indkomsten kan allokeres til et bestemt skattesubjekt.[29] Regler om beskatning af fikseret indkomst findes derimod kun i begrænset omfang. Til gengæld er reglerne om fiksering af indkomst som oftest meget udførlige, eftersom det dels udtrykkeligt anføres, at en fikseret indkomst kan beskattes, dels anføres, hvilket beløb indkomsten skal fikseres til.

29. Se herom ovenfor XII, 3.

På baggrund af ovenstående må det overvejes, om der i dansk ret dels som følge af antallet af bestemmelser om beskatning af fikseret indkomst, dels som følge af forskellene på de situationer, som bestemmelserne omhandler, er hjemmel til beskatning af fikseret indkomst i alle situationer, herunder også i tilfælde, som ikke udtrykkeligt er omfattet af de enkelte bestemmelser.

Til støtte herfor kunne det anføres, at hjemmel til beskatning af fikseret indkomst kan findes i sammenhængen mellem SL §§ 4-6 og den øvrige skattelovgivning, således at den stedvise detaljerede regulering af spørgsmålet om beskatning af fikseret indkomst må tages som udtryk for, at lovgiver har forudsat en tilsvarende generel hjemmel i alle andre bestemmelser, herunder navnlig i SL §§ 4-6. Er der i den særlige lovgivning om beskatning af kapitalgevinster hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst, når et aktiv afstås ved gave eller arveforskud, kan det gøres gældende, at lovgiver har forudsat, at den samme hjemmel så meget desto mere må findes i SL § 5, jf. § 4, der indeholder de grundlæggende principper om beskatning af kapitalgevinster.[30] I modsat fald vil der i de særligt regulerede tilfælde om beskatning af kapitalgevinster findes en hjemmel til beskatning af fikseret indkomst, som ikke findes i de grundlæggende principper.

En antagelse som den foran anførte vil imidlertid bero på en opfattelse af det skatteretlige legalitetskrav, som hverken har støtte i teori eller praksis.

For det første kan det ikke antages, at en beskatning, der er så indgribende som beskatning af fikseret indkomst, har generel hjemmel, blot fordi der i visse nærmere definerede tilfælde findes hjemmel hertil. Selv om legalitetskravet ved beskatningen må antages at være fleksibelt og ikke ubetinget fordrer en udtrykkelig og præcis formuleret lovhjemmel, må en altfavnende analogi af den pågældende karakter dog klart anses for at falde uden for den gængse opfattelse af legalitetskravet.[31] Der vil således ikke være tale om at bruge én bestemmelse analogt på ét faktum, der klart ligger uden for bestemmelsens område, men derimod om at bruge samtlige bestemmelser analogt under ét, således at de skulle omfatte alle de mulige fakta, der klart ligger uden for deres anvendelsesområde.

Det må for det andet afvises at lægge alt for stor vægt på, hvilke forudsætninger lovgiver måtte have haft, når disse forudsætninger ikke er kommet klart

---

30. Således redaktionel artikel i SpO 1973, 113 og *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277. Sidstnævnte henviser til Højesterets dom i UfR 1970.64 H, som imidlertid alene vedrører spørgsmålet om, hvorvidt skatteyderen skulle beskattes som spekulant. Højesteret tog ikke med denne afgørelse stilling til, om de dagældende regler i LOSI § 5 førte til, at en fikseret kapitalgevinst kunne beskattes i medfør af SL §§ 4-5.
31. Se om den gængse opfattelse *Jacob Graff Nielsen*, Legalitetskravet ved beskatning, s. 328-332.

til udtryk. Der er, som det ses, adskillige bestemmelser i skattelovgivningen, hvorefter beskatning af en fikseret indkomst kan finde sted. Nogle bestemmelser har et meget begrænset anvendelsesområde, f.eks. kulbrinteskattelovens § 5, stk. 1, mens andre har et i forhold hertil meget vidt anvendelsesområde, f.eks. LL § 2. Det kan selvsagt ikke heraf udledes, at der ikke er hjemmel til beskatning af fikseret indkomst uden for de områder, hvor der findes en udtrykkelig hjemmel. På den anden side må det påpeges, at der findes detaljerede regler om beskatning af fikseret indkomst på særlige områder, men på trods heraf ikke findes tilsvarende generelt gældende regler. Lovgiver har således i adskillige situationer udnyttet muligheden for at lovgive om beskatning af fikseret indkomst, men har valgt at indføre specielle regler i stedet for generelle regler. Dette kan på den ene side udlægges således, at den detaljerede regulering i de øvrige bestemmelser strengt taget ville være unødvendig, hvis lovgiver havde antaget, at beskatning af en fikseret indkomst havde hjemmel i SL §§ 4-6. På den anden side kan det også fortolkes således, at lovgiver ved den detaljerede lovgivning har forudsat, at der fandtes hjemmel i de grundlæggende principper. Uanset hvilken fortolkning der måtte blive lagt til grund, må det erkendes, at det er vanskeligt at begrunde en beskatning af den ikke fremkaldte indkomst med henvisning til lovgivers mulige intentioner.[32]

For det tredje og sidste må det påpeges, at beskatning af fikserede indkomster – når bortses fra LL § 2 – sker på bestemte og klart afgrænsede områder, herunder ved overdragelse som gave, arveforskud eller arv, ved ophør af skattepligten til Danmark og ved ændring af beskatningsformer.[33] Der kan argumenteres for, at der inden for disse områder vil kunne drages analogier, således at overdragelse af andre aktiver ved gave eller arveforskud også vil kunne udløse en beskatning af en fikseret indkomst, selvom aktivet ikke er omfattet af en af de ovenfor nævnte bestemmelser.[34] På samme måde ville der kunne argumenteres for, at der generelt er hjemmel til beskatning af fikserede indkomster ved fraflytning ud fra en analogi af de nævnte bestemmelser og tilsvarende ved overgang fra én beskatningsform til en anden. I betragtning af, hvor bestemte og afgrænsede områder af skatteretten der har bestemmelser om beskatning af fikseret indkomst, vil det så meget desto mere være vanskeligt at gøre gældende, at der generelt er hjemmel til beskatning af alle typer af fikseret indkomst.

---

32. Uagtet lovgiver i adskillige tilfælde har forudsat, at der i SL §§ 4-6 var hjemmel til at beskatte fikserede indkomster.
33. Hertil kommer nogle særlige regler om beskatning af fikserede arbejdsindkomster m.v. i dødsboskatteloven.
34. Således *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284, som anfører, at EBL § 9 muligvis kan anvendes analogt ved i tilfælde af næring, som ikke er omfattet af reglerne i ejendomsavancebeskatningsloven.

På baggrund af ovenstående kan det derfor konkluderes, at der ikke i dansk ret er *én* generel hjemmel til at beskatte fikseret indkomst inden for alle skatterettens områder. Heraf følger imidlertid ikke, at der ikke inden for nærmere afgrænsede områder kan være hjemmel til at beskatte fikserede indkomster, og at der derfor kan findes *flere* forskellige regler om beskatning af fikserede indkomster.[35]

Det kan omvendt ikke antages, at der kan sluttes modsætningsvis fra LL § 2 og de øvrige bestemmelser om beskatning af fikserede indkomster, således at der ikke uden for anvendelsesområdet for disse er hjemmel til at beskatte fikserede indkomster. For det første har lovgiver i ingen tilfælde antydet, at én eller flere af disse bestemmelser må anses for at være udtømmende.[36] De har derfor til stadighed suppleret hinanden, og selv efter vedtagelsen af LL § 2 er de øvrige hjemmelsgrundlag blevet opretholdt. For det andet må det tages i betragtning, at de særlige regler om beskatning af fikserede indkomster – når bortses fra LL § 2 – vedrører særlige områder, som ikke er reguleret af SL §§ 4-6. Reglerne om beskatning ved fraflytning beror f.eks. på en forudsætning om, at en flytning af det skattemæssige hjemsted kan anses for at være en afståelse af i skattemæssig henseende. Dette følger ikke af SL §§ 4-6. De særlige regler om beskatning af fikserede kapitalgevinster er f.eks. nødvendige i lige netop det omfang, hvori beskatningen af en kapitalgevinst i medfør af lovgivningen ikke længere er reguleret i SL § 5, litra a, men derimod reguleres i den særlige lovgivning. Lovgiver har derfor ikke i relation til de særlige love om beskatning af kapitalgevinster kunnet forlade sig på en eventuel generel hjemmel til beskatning af fikserede kapitalgevinster i SL §§ 4-6.

---

35. Det bemærkes hertil, at det heller ikke i den hidtidige juridiske litteratur har været forudsat, at der er hjemmel til at beskatte alle typer af fikserede indkomster.
36. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 591-592, men anderledes *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 406 og TfS 2000, 834 samt så vidt ses *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284.

Kapitel XVIII

Praksis

1. Indledning

I dette kapitel vil det blive belyst, i hvilket omfang det i retspraksis er antaget, at der uden for reglerne i LL § 2 er hjemmel til at beskatte en indkomst, som ikke er fremkaldt. Denne indkomst betegnes som en fikseret indkomst.

I kapitel XVI og XVII blev lovgivningen herom analyseret. Ved en gennemgang af lovgivningen blev det konkluderet, at SL §§ 4-6 ikke indeholder udtrykkelige bestemmelser om beskatning af fikseret indkomst. I den øvrige lovgivning fandtes derimod flere steder detaljerede regler, hvorefter en fikseret indkomst kan beskattes, og reglerne blev på baggrund af deres karakter opdelt i fire kategorier. På baggrund heraf blev det konkluderet, at der ikke i dansk ret findes en generel regel om beskatning af fikserede indkomster, men at der findes flere forskellige hjemmelsgrundlag for en sådan beskatning.

2. Systematik

Antallet af afgørelser om indkomstfiksering er – ligesom antallet af afgørelser om indkomstallokering – i dag så betydeligt,[1] at en redegørelse for praksis om indkomstfiksering må følge en meget stringent systematik. I den hidtidige teori har denne systematik i det væsentlige været en sondring mellem renter, arbejdsvederlag, lejeindkomst og kapitalgevinster.[2]

En nærmere analyse af dansk retspraksis har vist, at denne sondring i alt væsentligt er dækkende og fyldestgørende for de situationer, hvor reglerne om

1. Der findes mere end 90 sager, som vedrører spørgsmålet om beskatning af fikserede indkomster.
2. Se f.eks. *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 603-609, *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 56-63 og *Sv. Allan Jensen & Erna Christensen*, SU 1992, 73. Se hertil *Jane Bolander*, SpO 2002, 395, der sondrer mellem lån, husleje og arbejdsvederlag.

fiksering af indkomst har fundet anvendelse. En systematisk analyse af retspraksis om indkomstfiksering kan således tage udgangspunkt i en opdeling af praksis i følgende fem hovedgrupper, der tager udgangspunkt i indkomstens karakter:

Den første gruppe omfatter de sager, som vedrører fiksering af renteindtægter (nedenfor 3).

Den anden gruppe vedrører spørgsmålet om fiksering af vederlag for arbejde (nedenfor 4).

I tredje gruppe behandles retspraksis om beskatning af fikseret indkomst hidrørende fra udleje eller bortforpagtning (nedenfor 5).

Fjerde gruppe omhandler retspraksis om fiksering af provisioner og royalty m.v. (nedenfor 6).

Endelig behandles spørgsmålet om fiksering af kapitalgevinster ved afståelse af formuegoder i den femte gruppe (nedenfor 7).

Første, tredje og fjerde gruppe omfatter det, der under et betegnes som formueafkast i relation til SL §§ 4-5. Femte og sidste gruppe vedrører kapitalgevinsterne, mens anden gruppe omhandler den mest almindelige form for løbende indkomsterhvervelse: Arbejdsindkomsten. Den anvendte systematik kan skematisk fremstilles på følgende måde:

Retspraksis om indkomstfiksering	Renteindtægter (3)
	Arbejdsindkomst (4)
	Udleje og forpagtning (5)
	Provisioner og royalty m.v. (6)
	Kapitalgevinster (7)

3. Renter

Spørgsmålet om fiksering af renteindtægter har som nævnt flere gange før været meget omdiskuteret, ikke mindst efter Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H om en hovedaktionærs uforrentede tilgodehavende i nogle selskaber, der blev kontrolleret af ham via hans moderselskab.[3] Antallet af afgørelser om dette spørgsmål er endvidere ganske betragteligt, og redegørelsen for dansk praksis om fiksering af indkomster vil derfor tage udgangspunkt i sagerne om beskatning af fikserede renteindtægter. Den foreliggende praksis om rentefiksering kan inddeles i tre grupper:

3. Se nærmere om denne afgørelse nedenfor 3.2.4.

– 19 afgørelser om fiksering af renter ved udlån mellem selskabsdeltager og selskab, herunder både udlån fra selskabsdeltager til selskab og fra selskab til selskabsdeltager, når begge er juridiske personer (nedenfor 3.1),
– 23 afgørelser om fiksering af renter ved udlån fra en selskabsdeltager til et selskab, når selskabsdeltager er en fysisk person (nedenfor 3.2), og
– 5 afgørelser om fiksering af renter ved udlån fra et selskab til en selskabsdeltager, når selskabsdeltager er en fysisk person (nedenfor 3.3).

3.1 Lån mellem selskabsdeltager og selskab, der begge er juridiske personer

Som nævnt ovenfor findes der 19 offentliggjorte afgørelser om fiksering af renter ved udlån mellem selskabsdeltager og selskab, som begge er juridiske personer. Langt størstedelen af disse sager vedrører udlån mellem moder- og datterselskab, udlån mellem søsterselskaber eller udlån mellem andre koncernforbundne selskaber.[4]

Praksis om beskatning af fikserede renter ved udlån mellem de ovenfor nævnte interesseforbundne selskaber har været meget ensartet (nedenfor 3.1.1), når bortses fra enkelte afgørelser (nedenfor 3.1.2).

Efter at Skatteministeriet tog bekræftende til genmæle i sagen TfS 1998, 238 H, må praksis imidlertid anses for at være skærpet (nedenfor 3.1.3).

3.1.1 Den forretningsmæssige begrundelse

Praksis kan i tiden inden TfS 1998, 238 H kort beskrives således, at det långivende selskab ikke blev beskattet af en fikseret rente, når udlånet var en normal forretningsmæssig disposition. Var udlånet derimod ikke normalt forretningsmæssigt begrundet, blev det långivende selskab beskattet af en fikseret rente, hvis udlånet var uforrentet eller den aftalte rente var lavere end markedsrenten.[5]

Et *lån på anfordring* kan anses for at være en normal forretningsmæssig disposition, selvom det långivende selskab beregner en rente, som er lavere end den markedsrente, der vil kunne opkræves ved et udlån, som ikke kan opsiges på anfordring. Dette er antaget i sagerne UfR 1963.880 Ø, TfS 1986, 156 LSR og TfS 1986, 402 V.

Sagen UfR 1963.880 Ø omhandlede et selskab, som havde én fordring på et søsterselskab, der var afdragsfri, men som blev forrentet med 3,5 pct. p.a., og én fordring på et andet søsterselskab, der blev forrentet med 4 pct. p.a. Landsretten

---

4. Udlån fra datter- til moderselskaber er fortsat lovlige, jf. aktieselskabslovens § 115 a og anpartsselskabslovens § 50.
5. Ligeledes redaktionel artikel i SpO 1989, 14.

tog stilling til, om det långivende selskab skulle beskattes af en fikseret rente vedrørende fordringen på førstnævnte søsterselskab. Denne fordring var opstået som følge af et salg af en fast ejendom.

Østre Landsret anførte udtrykkeligt, at det udlån, der blev etableret i forbindelse med overdragelsen af den faste ejendom, ikke kunne anses som en unormal forretningsmæssig disposition.[6] Det långivende selskab kunne derfor ikke beskattes af en fikseret renteindtægt. Ved vurderingen af, om udlånet var normalt forretningsmæssigt begrundet, lagde landsretten efter det oplyste vægt på,[7]

- at det udlånende selskab ønskede at holde den udlånte kapital til disposition, hvorfor udlånet var sket på anfordring, og
- at der ikke var forelagt oplysninger om, på hvilken måde beløbene under sådanne vilkår i øvrigt kunne være anbragt og til hvilken rente.

Det blev således anset for at være normalt forretningsmæssigt begrundet, at det långivende selskab ønskede at holde den udlånte kapital til disposition, og at udlånet derfor skete til en lavere rente end markedsrenten, således at det låntagende selskab blev kompenseret for, at lånet kunne opsiges på anfordring.[8]

Ved at henvise til, at der ikke var fremlagt oplysninger om, hvorledes udlån på anfordring i øvrigt forrentes, tog landsretten så vidt ses forbehold om, at den aftalte rente kunne anses for at være unormalt forretningsmæssigt begrundet, hvis den ikke svarede til, hvad der i øvrigt ville være aftalt på samme vilkår.[9]

Landsskatterettens flertal fandt i sagen TfS 1986, 156 LSR – ligesom Østre Landsret i sagen UfR 1963.880 Ø – at det långivende selskab kan foretage udlån til en lavere rente end den almindelige markedsrente, når lånet er givet på anfordring. Sagen TfS 1986, 156 LSR vedrørte et dansk selskab, hvis virksomhed var ophørt, og som derfor udlånte sin ledige kapital til et tysk søsterselskab. Ved udlånet blev renten aftalt til 6 pct. p.a.

---

6. Jf. også *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s. 197-198 og UfR 1972 B, 201, redaktionel artikel i SpO 1973, 113 og SpO 1989, 14 samt *Ole Bjørn*, SpO 1992, 334.
7. Anderledes redaktionel artikel i SpO 1989, 14, hvor det anføres, at det er vanskeligt at udlede noget præcist om, hvad der bevirkede, at udlånet var normalt forretningsmæssigt begrundet. Se også anderledes *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 360 der under henvisning til afgørelsen konkluderer, »... at der må stilles krav om, at de aftalte vilkår fratager selskabet en indtægt, som det efter dets struktur og økonomiske forudsætninger må forventes at skulle oppebære«.
8. Jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37) og *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 262. Anderledes *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345, der lægger afgørende vægt på en sammenligning med andre låneforhold.
9. Se hertil *I.A. Strobel*, UfR 1976B, 233, der anfører, at skattemyndighederne ikke havde dokumenteret, at det långivende selskab kunne have opnået en højere rente ved udlån til en uafhængig tredjemand på tilsvarende vilkår.

Det anførtes af Landsskatterettens flertal, at udlånet ikke kunne anses for at være en unormal forretningsmæssig disposition, som kunne føre til, at det långivende selskab skulle beskattes af en fikseret rente ud over den aftalte rente. Ved vurderingen af det normale i den forretningsmæssige disposition lagde flertallet vægt på

– de foreliggende oplysninger om renteniveauet i Danmark og Tyskland.[10]

Herom var oplyst, at det låntagende selskab kunne have optaget et tilsvarende lån i et tysk pengeinstitut til 5,5 pct. p.a., og at det långivende selskab – eftersom lånet var givet på anfordring – ved en placering på en konto i et dansk pengeinstitut alene kunne have opnået en rente i området 4 til 5,25 pct.[11] Den aftalte rente blev således som forudsat af Østre Landsret i sagen UfR 1963.880 Ø sammenlignet med den rente, der kunne være opnået ved et tilsvarende udlån, som kunne opsiges på anfordring.

Hverken landsretten eller Landsskatterettens flertal tog i henholdsvis UfR 1963.880 Ø eller TfS 1986, 156 LSR stilling til, om selve det at udlåne beløbet på anfordring var en normal forretningsmæssig disposition. I den første sag gjorde selskabets advokat gældende, at udlånet måtte være disponibelt for det långivende selskab på grund af, at planer om rationalisering af koncernen kunne gøre det nødvendigt for det långivende selskab at genanskaffe en fast ejendom. I den anden sag anførtes som begrundelse for, at lånet var givet på anfordring, at beløbet med kort varsel skulle kunne frigøres, hvis der opstod mulighed for, at det långivende selskab kunne genoptage sin erhvervsvirksomhed. Disse forklaringer blev så vidt ses i begge tilfælde lagt til grund uden yderligere bemærkninger om, hvorvidt de gav et retvisende billede af baggrunden for, at udlånet var foretaget på anfordring. Det var således alene mindretallet i TfS 1986, 156 LSR, der under hensyntagen til udlånets fortløbende karakter nægtede at lægge vægt på selskabets forklaring om baggrunden for, at udlånet var sket på anfordring. Af Østre Landsrets dom i sagen TfS 1985, 439 Ø fremgår imidlertid, at den aftalte rente vedrørende et lån på anfordring kan korrigeres, hvis selve det at udlåne

---

10. Jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37), *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 262 og Skatteudnyttelse, s. 338 samt *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 238, note 49. Både Jan Pedesen og J.O. Engholm Jacobsen kritiserer med rette, at der ikke blev taget højde for valutarisikoen. Anderledes redaktionel artikel i SpO 1989, 14 hvor det anføres, at det er vanskeligt at udlede noget præcist om, hvad der bevirkede, at udlånet var normalt forretningsmæssigt begrundet. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 195 antager, at det långivende selskab ikke blev beskattet af en fikseret rente som følge af renteniveauet i Tyskland.
11. Jf. også *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.

beløbet på anfordring ikke anses for at være en normal forretningsmæssig disposition.[12]

> I den forbindelse bemærkes, at der ikke er lagt vægt på, om lånet vil blive krævet indfriet på anfordring. Det kan indvendes, at risikoen for et sådant krav mindskes betydeligt som følge af interessefællesskabet mellem låntager og långiver.[13]

Det blev oprindeligt antaget, at et rentefrit udlån kunne være en normal forretningsmæssig disposition, når lånet var etableret i det långivende selskabs interesse med henblik på at *holde det låntagende udenlandske selskab i live*, for derved fortsat at have en repræsentation på det udenlandske marked, jf. LSRM 1974, 161. På baggrund af det oplyste fandt Landsskatteretten, at der var tilvejebragt en sådan rimelig, forretningsmæssig begrundelse for undladelse af forrentning af lånet, at en formodning om, at der var sket eller havde været tilsigtet en vilkårlig overflytning af indkomst mellem selskaberne, måtte anses for afkræftet. Der var derfor ikke tilstrækkeligt grundlag for at beskatte moderselskabet af en fikseret rente.[14]

Ved at henvise til det oplyste må Landsskatteretten ved vurderingen af, om udlånet var forretningsmæssigt begrundet, have lagt vægt på,

- at datterselskabet blev holdt i live af hensyn til moderselskabets repræsentation på det udenlandske marked, og
- at lånet ville blive forrentet, hvis datterselskabet fremover ville få mulighed herfor.

Landsskatterettens ændrede imidlertid så vidt ses senere opfattelse under henvisning til sagen TfS 1985, 439 Ø, jf. sagen TfS 1992, 278 LSR.[15] Sidstnævnte sag omhandlede et moderselskab i en koncern, som havde fået betydelige tilgodehavender på en række af koncernens øvrige selskaber som følge af leverancer af varer og tjenesteydelser, herunder et tilgodehavende på et engelsk selskab. Moderselskabet havde ikke beregnet rente af tilgodehavendet på det engelske selskab, men beregnede renter af tilgodehavenderne på de øvrige selskaber.

Landsskatteretten var enig med skatteankenævnet i, at det fulgte af praksis, jf. herved TfS 1985, 439 Ø, der var afsagt efter LSRM 1974, 161, at der ved ikke forrentede mellemværender mellem koncernforbundne selskaber skulle ske be-

---

12. Sagen omtales senere nedenfor.
13. Se også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 141.
14. Jf. også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 361.
15. Jf. også *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.

skatning af en fikseret rente med hjemmel i SL § 4, litra e. Landsskatteretten var endvidere enig med skatteankenævnet i, at datterselskabets rentefradrag skulle modsvares af det modtagne tilskud fra moderselskabet og søsterselskaberne i form af rentefrihed, således at forholdet ikke påvirkede datterselskabets indkomst.[16]

Ved henvisningen til TfS 1985, 439 Ø må Landsskatteretten have lagt til grund, at der var hjemmel til at beskatte en fikseret rente, jf. SL § 4, litra e, når udlånet var en unormal forretningsmæssig disposition.[17] Det anføres til gengæld ikke i afgørelsen, hvori den unormale forretningsmæssige disposition bestod. Der blev formentlig lagt vægt på, at der ikke var påvist nogen forretningsmæssig begrundelse for, at lånet var uforrentet, og at der blev beregnet rente af mellemværendet med de andre selskaber. Landsskatteretten fandt i hvert fald ikke, at det forhold, at tilgodehavendet var opstået ved indbyrdes handler, var en tilstrækkelig forretningsmæssig begrundelse for, at det var uforrentet.[18] Heller ikke det forhold, at det långivende selskab skulle have en interesse i at holde det låntagende selskab i live, førte til, at udlånet blev anset for at være en normal forretningsmæssig disposition.[19] Det beløb, som renten blev fikseret til, er ikke oplyst.

Efter Østre Landsrets dom i sagen TfS 1997, 102 Ø må det imidlertid fortsat antages, at et rentefrit udlån kan være en normal forretningsmæssig disposition, når det långivende selskab udlåner en kapital i egen interesse med henblik på at et udenlandsk selskab kan fortsætte sin virksomhed.[20] Sagen vedrørte to danske selskaber, A A/S og B A/S, som var blevet beskattet af fikserede renter vedrørende nogle »lån«, der blev ydet til selskabernes svenske datterselskaber i form af såkaldt »villkorligt aktieägartilskott«.

---

16. Se også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).
17. Se hertil *Jan Pedersen* i TfS 1995, 81, der betegner henvisningen til SL § 4, litra e, som misvisende.
18. Ligeledes *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.
19. Ligningsrådet afviste ligeledes i TfS 1986, 473 LR at lægge vægt på, at lånet til et udenlandsk datterselskab blev givet, for at datterselskabet kunne fortsætte sin virksomhed på det udenlandske marked, indtil dets indtjening var forbedret. Sagen omtales nærmere nedenfor.
20. Landsskatterettens kendelse, TfS 1994, 162 LSR, er kommenteret af *Ole Bjørn*, SR-Skat, 1995, 14 og i SpO 1994, 76, af *Ove Lykke Zeimer* i TfS 1994, 345, af *Aage Michelsen* i R&R 1995, 2, SM 33 og af *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen* i TfS 1995, 869. Landsskatteretten fandt ikke, at rentefriheden var begrundet af interessefællesskabet i koncernen. Det blev tværtimod antaget, at den var udtryk for almindelige markedsmæssige vilkår. Der blev ved bedømmelsen lagt vægt på, at rentefriheden var bestemt af de svenske regler for »aktieägertilskott« og blev ydet for at opfylde kravet om reetablering af selskabets kapitalgrundlag som følge af underbalance. Jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).

Landsretten vurderede, om der var tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition.[21] Til støtte for, at udlånet var en sædvanlig forretningsmæssig disposition, anførtes af landsretten, at lånene blev ydet

- for at de låntagende selskaber kunne fortsætte deres virksomhed,
- at de långivende selskaber havde en forventning om, at de låntagende selskabers virksomhed kunne fortsætte, og
- at de långivende selskaber havde en interesse i, at de låntagende selskabers virksomhed kunne fortsætte.[22]

Det var derimod ikke afgørende for landsretten, at de pågældende lån ikke kunne forrentes efter svensk ret. Heraf kan udledes, at en fikseret rente kunne være beskattet, også selvom en forretning var umuliggjort efter de svenske regler. I modsat fald kunne landsretten have henholdt sig til denne omstændighed. De svenske regler blev derfor ikke lagt til grund for afgørelsen af, om en fikseret rente kunne beskattes efter dansk ret. Dette følger også af, at det »villkorliga aktieägartilskott« af Østre Landsret blev kvalificeret på baggrund af dansk skatteret.[23]

Et udlån og den i forbindelse hermed aftalte rente anses endvidere for at være normalt forretningsmæssigt begrundet, hvis det reelle alternativ til udlånet har været et *indskud i et pengeinstitut til samme rente*, jf. sagen TfS 1996, 69 LSR. Sagen vedrørte et holdingselskab, som udlånte en del af sine frie midler til tre datterselskab med henblik på at finansiere deres drift. Udlånene blev forrentet med 9 pct. p.a.

Landsskatterettens kendelse er for så vidt angår begrundelsen særegen, idet Landsskatteretten i præmisserne alene tog stilling til, om renten var fastsat på baggrund af forretningsmæssige hensyn,[24] og ikke om selve udlånet var normalt

---

21. Jf. også *Michael Svanholm*, TFS 1998, 249 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 195.
22. Det havde øjensynligt ikke betydning, at A A/S dels havde en interesse i at sikre sin hidtidige investering, dels en interesse i en fremtidig indtjening, mens B A/S alene havde interesse i at sikre sin hidtidige investering, jf. også *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146 og *Jens Wittendorff*, SR-Skat 1997, 298. *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 260 antager, at den aftalte forrentning blev accepteret, idet »... den svenske lovgivning direkte forpligtede det danske selskab til at yde et rentefrit lån ...«.
23. Ligeledes Skatteministeriets kommentar i TfS 1997, 452, *Erik Werlauff,* Selskabsskatteret 2003/04, s. 429 og *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146. Anderledes *Jens Wittendorff*, SR-Skat 1997, 298, der på baggrund af afgørelsen antager, at fremmed ret skal inddrages ved bedømmelsen af, om en fikseret rente kan beskattes efter dansk ret.
24. Ligeledes *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1995, 869.

forretningsmæssigt begrundet. Landsskatteretten henviste imidlertid samtidig til det af selskabets advokat anførte. Dette sidste viser, at Landsskatteretten ved vurderingen af renteniveauet også må have taget hensyn til udlånets karakter. Det blev således påpeget af selskabets advokat,

– at koncernen var selvfinansierende og ikke havde nogen kassekredit,
– at alternativet til udlån til datterselskaberne derfor havde været en placering af de frie midler på det långivende selskabs erhvervskonto med henblik på finansiering af koncernens samlede aktiviteter,
– at de udlånte beløb var trukket fra denne erhvervskonto,
– at indeståendet på denne erhvervskonto omkring tidspunktet for udlånene i gennemsnit udgjorde 8 mio. kr., og
– at indestående på erhvervskontoen blev forrentet med 9 pct. p.a.

Ved vurderingen af, om en rente på 9 pct. p.a. var normalt forretningsmæssigt begrundet, tog Landsskatteretten derfor højde for koncernens konstruktion, herunder at den reelle alternative placering af holdingselskabets frie midler ikke ville have givet en højere forrentning end den ved udlånet opnåede.[25] Landsskatterettens vurdering af, om renten var forretningsmæssigt normal, beroede derved på en forudgående vurdering af, om det anførte om udlånet samt om alternativet hertil var normalt forretningsmæssigt begrundet. I modsat fald – dvs. hvis det reelle alternativ til udlånet ikke havde været placering på en erhvervskonto, men derimod udlån til tredjemand – kan det ikke antages, at Landsskatteretten ville have accepteret den aftalte rente.

Det er endelig i praksis antaget, at et rentefrit udlån kan være normalt forretningsmæssigt begrundet, når lånet ydes på særlige vilkår af hensyn til *det långivende selskabs produktions- og lagerkapacitet*. Dette fremgår af Landsskatterettens kendelse i sagen TfS 1996, 282 Ø om et moderselskab, der ved leverance af varer til sine datterselskaber ydede en rentefri kredit på 180 dage. Ved behandlingen for Landsskatteretten blev det lagt til grund, at selskabet alene ydede 90 dages rentefri kredit til andre, uafhængige selskaber. For Østre Landsret vedrørte sagen ikke spørgsmålet om, hvorvidt det långivende selskab skulle beskattes af en fikseret rente.[26]

---

25. Se også *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1995, 869.
26. For Østre Landsret vedrørte sagen alene spørgsmålet om fradrag for moderselskabets tilskud til datterselskaberne til dækning af deres rabat- og markedsføringsudgifter. Beløbene blev ikke anset for at være fradragsberettiget for moderselskabet som driftsudgifter, men måtte i stedet anses som en kapitaltilførsel til datterselskaberne. Se nærmere herom *Svend Erik Holm*, R&R 1996, SM 235.

Landsskatteretten fandt, at den forlængede kredit, som moderselskabet ydede sine datterselskaber, var rimeligt forretningsmæssigt begrundet.[27] Ved vurderingen heraf lagde Landsskatteretten vægt på det oplyste, herunder formentlig

- at moderselskabet varetog lagerstyring for sine datterselskaber og derfor bestemte, hvilke varer de skulle hjemtage, hvornår varerne skulle hjemtages og i hvilke mængder, og
- at denne fremgangsmåde sikrede størst mulig udnyttelse af moderselskabets produktions- og lagerkapacitet.

Den forlængende kredittid – som moderselskabet bevisligt ikke ydede en uafhængig tredjemand, med hvem selskabet handlede på armslængde-vilkår – var derfor en normal forretningsmæssig kompensation for de ulemper, som datterselskaberne blev påført af moderselskabet.

I praksis blev det bortset fra ovenstående tilfælde så vidt ses antaget, at et udlån, der ikke blev forrentet med en *rente svarende til markedsrenten*, som hovedregel var en unormal forretningsmæssig disposition. Dette fremgår af en række sager, herunder TfS 1985, 439 Ø, TfS 1986, 441 LSR, TfS 1986, 473 LR, TfS 1993, 236 Ø og TfS 1995, 528 LSR.[28] Når lånet var uforrentet – eller blev forrentet med en rente, der var lavere end markedsrenten – havde det långivende selskab således bevisbyrden for, at udlånet var en normal forretningsmæssig disposition. Blev denne bevisbyrde ikke løftet, kunne det långivende selskab beskattes af en fikseret rente.

Dette fremgår allerede af Østre Landsrets dom i sagen TfS 1985, 439 Ø. Sagen omhandlede et datterselskab, som havde fået udvidet sin aktiekapital fra 10.000 kr. til 100.000 kr. De nye aktier blev tegnet af moderselskabets personlige selskabsdeltager. Efter aktieudvidelsen udlånte datterselskabet 90.000 kr. rentefrit til moderselskabet.

Østre Landsret gav umiskendeligt udtryk for, at en aftale om rentefrihed ved udlån mellem erhvervsdrivende i sig selv var et usædvanligt – unormalt – forretningsmæssigt vilkår.[29] Det blev dernæst uden videre fastslået, at hjemmel til korrektion af rentefri udlån fandtes i SL § 4, litra e.[30] Landsrettens vurdering

---

27. Jf. også *Svend Erik Holm*, R&R 1996, SM 235 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 195. Ved rimeligt forretningsmæssigt begrundet må forstås normalt forretningsmæssigt begrundet.
28. Dette fremgår ligeledes af TfS 1992, 278 LSR, der er omtalt ovenfor.
29. Ligeledes *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1995, 869.
30. Se hertil *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 360, redaktionel artikel i SpO 1989, 14, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1990, 59 og SpO 1992, 334, *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1995, 869 og TfS 1996, 661 samt *N. Mou Jakobsen*, R&R 1998, 4, SM 121.

blev imidlertid ikke indskrænket til en isoleret vurdering af selve renteniveauet. Det blev således også vurderet, om selve udlånet var en normal forretningsmæssig disposition.[31] Herom anførte landsretten, at også udlånet – og ikke alene den aftalte rente – var en unormal forretningsmæssig disposition, idet der blev lagt vægt på

– det oplyste om selskabernes økonomiske forhold,
– deres indbyrdes relationer og
– den omstændighed, at de ejedes af samme personlige selskabsdeltager.

Om selskabernes økonomi var oplyst, at moderselskabet ikke havde midler til at foretage udvidelsen af datterselskabets aktiekapital, at moderselskabet havde en dårlig økonomi, og at datterselskabet var uden økonomisk aktivitet, havde en dårlig økonomi og en negativ egenkapital.[32] Om de indbyrdes relationer var dels oplyst, at én selskabsdeltager kontrollerede begge selskaber, at datterselskabet reelt var uden ledelse, idet alle beslutninger blev truffet i moderselskabet. Renten blev herefter fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct. i overensstemmelse med skattemyndighedernes påstand.[33] Det forhold, at lånet var tilstået på anfordringsvilkår, førte ikke til, at der blev fikseret en lavere rente.[34]

En lignende afgørelse findes i TfS 1986, 441 LSR, hvor det långivende selskab blev beskattet af en fikseret rente under henvisning til, at den aftalte rentefrihed var en unormal forretningsmæssig disposition. Sagen omhandlede et selskab, der havde et betydeligt tilgodehavende på et andet koncernforbundet selskab.

Landsskatteretten lagde til grund, at en aftale om rentefrihed i sig selv var en unormal forretningsmæssig disposition. Hjemmelsgrundlaget for at tilsidesætte rentefriheden blev udtrykkeligt angivet til SL § 4.[35] Ved vurderingen af, om udlånet var en normal forretningsdisposition, blev der lagt vægt på

– selskabers økonomiske forhold,
– selskabernes indbyrdes relationer og
– selskabsdeltagernes kontrol med selskaberne.

---

31. Jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37), *Ole Bjørn*, SpO 1992, 334 og *Michael Serup*, R&R 1990, 7, 29.
32. Jf. også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 360.
33. Se også *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1995, 869.
34. Ligeledes *Ole Bjørn*, SpO 1992, 334.
35. Se også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).

Bortset fra tilgodehavendets størrelser var der imidlertid ikke i referatet anført noget om selskabernes økonomiske forhold. Renten blev fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct. Det låntagende selskab fik nedsat sin indkomst med en fikseret renteudgift af tilsvarende størrelse.

Såvel TfS 1985, 439 Ø som TfS 1986, 441 LSR vedrørte forholdet mellem to søsterselskaber. Ud fra det oplyste må det antages, at det låntagende selskab i TfS 1985, 439 Ø var økonomisk nødlidende. Det af Landsskatteretten anførte om selskabernes økonomiske forhold i TfS 1986, 441 LSR kunne tyde på, at det låntagende selskab ligeledes havde økonomiske vanskeligheder. På baggrund heraf kan det med en vis ret antydes, at et rentefrit udlån – medmindre andet blev bevist – blev anset for at være en unormal forretningsmæssig disposition, når udlånet blev foretaget til et *økonomisk nødlidende selskab*.[36]

Denne antagelse støttes af sagerne TfS 1986, 473 LR og TfS 1995, 528 LSR, som omhandlede rentefri udlån fra moder- til datterselskab.[37] Ligningsrådet udtalte i TfS 1986, 473 LR, at det långivende selskab ville blive beskattet af en fikseret rente, idet den påtænkte rentefrihed ikke kunne anses for at være en normal forretningsmæssig disposition. Sagen omhandlede et moderselskab, der påtænkte at yde et kapitalindskud til sit tyske datterselskab, og som endvidere ville yde et rentefrit lån til selskabet. Rentefriheden blev ydet på baggrund af den driftsmæssige og økonomiske stilling i det tyske selskab, der igennem nogle år havde konstateret store underskud.

Ligningsrådet fandt for det første, at den aftalte rente – rentefriheden – ikke var en normal forretningsmæssig disposition. Det anførtes dernæst, at det var en formodning for, at aftalen om rentefrihed var indgået med henblik på at forskyde indkomst mellem selskaberne. Det af selskaberne anførte om den forretningsmæssige begrundelse blev ikke tillagt nogen afgørende vægt. Bevisbyrden for, at udlånet var en normal forretningsdisposition, blev dermed lagt over på selskaberne.[38] Om hjemmelsgrundlaget til at beskatte det långivende selskab af en

---

36. Det kunne til støtte for denne antagelse være anført, at et långiver normalt vil beregne en rente ved udlån til et uafhængigt nødlidende selskab som betaling for risikoen for, at udlånet ikke betales tilbage. Herom anføres imidlertid intet i afgørelserne. Skattemyndighederne gjorde dog dette gældende i TfS 1985, 439 Ø: »Sagsøgte har herved henvist til, at Ernst Henriksen A/S havde en meget dårlig økonomi med en negativ egenkapital over en årrække, hvilket medførte en stor risiko for det långivende selskab, sagsøger. Det ville derfor være forretningsmæssigt naturligt at betinge renter af lånet som kompensation for denne risiko. Ingen andre kunne have fået et lån af sagsøgeren på tilsvarende lempelige vilkår«.
37. Se hertil redaktionel artikel i SpO 1989, 14 hvor det om TfS 1986, 473 LR anføres, at det udenlandske datterselskab havde uudnyttede underskud. Dette fremgår hverken af sagens referat eller af Ligningsrådets afgørelse.
38. Ligeledes delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).

fikseret rente anførtes intet. Renten blev fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct.

Et rentefrit udlån blev ligeledes af Landsskatteretten anset for at være en unormal forretningsmæssig disposition i sagen TfS 1995, 528 LSR, der omhandlede et dansk moderselskab, som havde lånt sit franske datterselskab et beløb mod betaling af en rente på 6 pct. p.a. Datterselskabet forhandlede moderselskabets varer.

Landsskatteretten anførte, at der ikke var angivet en forretningsmæssig begrundelse for den aftalte forrentning af lånet til det franske datterselskab. Heraf fremgår, at et rentefrit udlån blev anset for at være en unormal forretningsmæssig disposition, og at det derfor var det långivende selskab, som havde bevisbyrden for, at lånet på trods heraf var forretningsmæssigt begrundet. Om selve udlånet anførtes endvidere, at der var tale om et egentligt finansielt mellemværende. Landsskatteretten har derfor formentlig vurderet, om forholdene vedrørende udlånet kunne begrunde den lavere forrentning. Efter det oplyste kunne det lægges til grund, at de franske myndigheder ville have accepteret et rentefradrag i det låntagende datterselskab for en rente, der svarede til den gennemsnitlige rente på franske obligationer. Denne rente var imidlertid ikke de aftalte 6 pct. p.a., men derimod henholdsvis 8,95 pct. og 10,24 pct. p.a. i de berørte indkomstår. Det långivende selskabs renteindtægt blev derfor fikseret til dette beløb.[39] Landsskatteretten anførte ikke, hvor der var hjemmel til at beskatte det långivende selskab af en fikseret rente.

De låntagende datterselskaber var i sagerne TfS 1986, 473 LR og TfS 1995, 528 LSR økonomisk nødlidende, idet de havde konstateret betydelige underskud gennem en årrække. Dette bestyrker som nævnt ovenfor opfattelsen af, at et rentefrit udlån som hovedregel blev anset for at være en unormal forretningsmæssig disposition, når udlånet blev foretaget til et økonomisk nødlidende selskab.

At et rentefrit udlån endvidere som udgangspunkt blev anset for at være en unormal forretningsmæssig disposition, selv når det låntagende selskab ikke var økonomisk nødlidende, fremgår klart af sagen TfS 1993, 236 Ø. Østre Landsret skulle i denne sag tage stilling til den skattemæssige behandling af den aftalte forrentning i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. To selskaber havde efter indbyrdes aftale overdraget deres respektive virksomheder til et fælles ejet selskab. Ved overdragelsen fik begge selskaber et tilgodehavende i det fælles ejede selskab. Det aftaltes, at disse tilgodehavender som udgangspunkt skulle være rentefri. Der var imidlertid forskelle på størrelsen af de aftalte tilgodeha-

39. Jf. også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 262, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 195 og *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1995, 869.

vender, og det større tilgodehavende, som det ene af de indskydende selskaber således havde fået, skulle forrentes med diskontoen plus 4 pct.

Landsretten tiltrådte som anført af skattemyndighederne, at det ikke var sandsynliggjort, at aftalen var om rentefrihed havde forretningsmæssige grunde.[40] Det blev med andre ord så lagt til grund, at aftalen om rentefrihed i sig selv var et unormalt vilkår, og at det långivende selskab ikke havde været i stand til at dokumentere, at selve udlånet på trods af aftalen om rentefrihed var normalt forretningsmæssigt begrundet. Ved vurderingen af udlånets forretningsmæssige karakter havde skattemyndighederne gjort gældende,

- at rentefriheden skyldtes skattemæssige overvejelser, og
- at en forretning af den del af selskabernes tilgodehavender, der var lige store, ikke som hævdet af selskaberne ville have forrykket balancen mellem dem.

Landsretten tiltrådte disse anbringender. Renten blev derfor fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct. Det anførtes ikke af landsretten, med hvilken hjemmel det långivende selskab skulle beskattes af en fikseret rente.[41]

I tilfælde, hvor et rentefrit eller lavt forrentet udlån blev ydet med henblik på, at det låntagende selskab kunne *udnytte et underskud*, som ellers ville være gået tabt i henhold til den nu ophævede 5-årige tidsbegrænsning for fremførsel af underskud i LL § 15, blev det i praksis udtrykkeligt anført, at udlånet var en unormal forretningsmæssig disposition. Da det således var bevist, at udlånet var en unormal forretningsmæssig disposition, kunne det långivende selskab ikke undgå at blive beskattet af en fikseret rente, jf. sagerne TfS 1986, 475 LR og TfS 1990, 319 LSR.

I sagen TfS 1986, 475 LR anmodede et moderselskab Ligningsrådet om en bindende forhåndsbesked om, hvilken rente det skulle beregne ved udlån til et datterselskab, når formålet med udlånet var at udnytte datterselskabets underskud inden for den dagældende 5 års frist i LL § 15.

Det rentefri udlån til datterselskabet var ifølge Ligningsrådet en en unormal forretningsmæssig disposition, idet udlånet skete for at give datterselskabet mulighed for at

---

40. Jf. også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 364 og R&R 1995, 2, SM 33, *Erik Werlauff,* Selskabsskatteret 2003/04, s. 431, *Svend Erik Holm*, R&R 1993, 8, SM 211, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1993, 316 og delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37). Det konkluderedes samtidig, at rentefriheden måtte anses for at være en »vilkårlig indkomstoverførsel«, jf. *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1996, 661.
41. Skattemyndighederne havde henvist til SL §§ 4-6.

– udnytte et underskud, som ellers eventuelt ville gå tabt i henhold til LL § 15,[42]

og alene havde til formål at overføre en indkomst til datterselskabet.[43] En forrentning svarende til diskontoen var ikke tilstrækkelig ifølge Ligningsrådet, der i stedet fikserede renten til diskontoen med tillæg af 4 pct.[44] Ligningsrådet anførte ikke, med hvilken hjemmel den fikserede rente skulle beskattes.

Et unormalt forretningsmæssigt udlån forelå ifølge Landsskatteretten også i sagen TfS 1990, 319 LSR. Sagen angik et moderselskab, som havde foretaget rentefri udlån til et datterselskab, der havde skattemæssige underskud.[45]

For så vidt angik spørgsmålet om hjemmel til rentefiksering henviste Landsskatteretten til Østre Landsrets dom i sagen TfS 1985, 439 Ø. Hjemmelsgrundlaget var derfor også ifølge Landsskatteretten SL § 4, litra e.[46] Selve udlånet blev af Landsskatteretten anset for at være en unormal forretningsmæssig disposition under hensyntagen til, at det måtte antages

– at være begrundet i moderselskabets ønske om at udnytte datterselskabets skattemæssige underskud fra tiden før selskaberne blev sambeskattede.[47]

Landsskatteretten lagde således som anført af skattemyndighederne til grund, at den reelle årsag til, at datterselskabet havde optaget et rentefrit lån i moderselskabet var, at moderselskabet herved kunne flytte en skattepligtig renteindtægt til sit datterselskab, således at denne renteindtægt på grund af datterselskabets skattemæssige underskud reelt blev skattefri. Det kan tilføjes, at moderselskabet herefter kunne have hjemtaget renteindtægten fra datterselskabet som et skattefrit aktieudbytte. Renten blev fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct.

---

42. Ligeledes redaktionel artikel i SpO 1989, 14.
43. Se også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37), der anfører, at lånevilkårene
44. Jf. også *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345. I det offentliggjorde referat formentlig fejlagtig angivet som diskontoen med tillæg af 5 pct.
45. Sagen blev anket til Østre Landsret, jf. TfS 1994, 880 Ø, hvor moderselskabet gjorde gældende, at beskatningen var i strid med EU's regler om kapitaltilførselsafgift. Påstanden blev afvist af EU-domstolen, jf. TfS 1996, 730 EU. Se nærmere om sagen foran I, 3.5 Jf. også *Ole Bjørn*, SR-Skat, 1995, 14.
46. Jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37) og *Ole Bjørn*, SpO 1992, 334. Henvisningen betegnes som misvisende af *Jan Pedersen* i TfS 1995, 81.
47. Ligeledes delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37), *Ole Bjørn*, SR-Skat, 1995, 14 og *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.

3.1.2 Andre begrundelser

I enkelte tilfælde beskattede Landsskatteretten eller Ligningsrådet långiver af en fikseret rente uden henvisning til, om udlånet blev anset for at være en unormal forretningsmæssig disposition.

Dette var for det første tilfældet i sagen TfS 1993, 261 LSR,[48] hvor et selskab havde fået en lavt forrentet fordring på sit søsterselskab i forbindelse med overdragelsen af nogle varer, debitorer og goodwill.

Landsskatteretten tog alene stilling til, om den aftalte rente svarede til markedsrenten. Der blev derfor hovedsageligt lagt vægt på, om den aftalte forrentning var aftalt på *armslængde-vilkår*, og ikke på, om udlånet var en unormal forretningsmæssig disposition.[49] Det kan imidlertid anføres, at Landsskatteretten ved vurderingen gik ud fra, at et udlån, der ikke blev forrentet med en *rente svarende til markedsrenten*, som hovedregel måtte antages at være en unormal forretningsmæssig disposition, således som det fremgik af de ovenfor nævnte sager TfS 1985, 439 Ø, TfS 1986, 441 LSR, TfS 1986, 473 LR, TfS 1992, 278 LSR, TfS 1993, 236 Ø og TfS 1995, 528 LSR. Til støtte herfor kan også henvises til praksis om fiksering af renter ved udlån fra selskabsdeltagere, der er fysiske personer, til selskaber.[50] Der kan endvidere henvises til det oplyste om forrentningen, idet renten blev aftalt til 9 pct. og senere blev sat op til 10 pct., men stedse sammen med afdrag blev tillagt en mellemregningskonto, som alene skulle forrentes med 7 pct.[51] Landsskatterettens afgørelse kan derfor med en vis ret tolkes således, at udlån til en rente, der var lavere end markedsrenten – som blev fastsat ud fra en armslængde-vurdering – var en unormal forretningsmæssig disposition, selvom dette ikke blev anført i afgørelsen.

Hjemmelsgrundlaget for at beskatte den fikserede rente var ifølge Landsskatteretten SL § 4, og renten blev fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct.

Landsskatteretten tog heller ikke i sagen TfS 1991, 240 LSR[52] udtrykkelig stilling til, om udlånet måtte anses for at være en unormal forretningsmæssig disposition. På baggrund af udlånets noget særegne konstruktion[53] kan det imidlertid med en vis ret antages, at dette blev forudsat af Landsskatteretten. Et selskab købte aktier i et søsterselskab i forbindelse med, at sidstnævnte udvidede

---

48. Sagen omtales også nedenfor 3.2.2, eftersom den tillige vedrørte beskatningen af en fikseret rente i forholdet mellem en selskabsdeltager, der var en fysisk person, og selskabet. I forholdet mellem disse blev en fikseret rente ikke beskattet.
49. Se hertil delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).
50. Se nedenfor 3.2.
51. Jf. også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1993, 316. Se hertil *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345, der lægger vægt, at der egentlig var tale om morarenter, som skulle forrentes med 10 pct.
52. LSRM 1991, 290.
53. Se også herom *Aage Michelsen*, R&R 1991, 7, SM 143.

sin aktiekapital. Aktierne blev købt med klausul om, at de på et senere tidspunkt skulle sælges til moderselskabet for deres anskaffelsessum. Som følge af denne videresalgsklausul sidestillede Landsskatteretten det beløb, som selskabet havde givet for aktierne, med et rentefrit udlån til moderselskabet.

Erhvervelsen af aktierne med klausul om, at disse senere skulle sælges til moderselskabet for anskaffelsessummen, blev af Landsskatteretten anset for at være et udlån i skattemæssig henseende under hensyntagen til,

- at datterselskabet havde såvel ret som pligt til at sælge aktierne til moderselskabet for anskaffelsessummen,
- at aktierne rent faktisk blev afstået til moderselskabet for dette beløb,
- at aktierne blev anskaffet for frie midler, som var bestemt til andet formål og
- at dette andet formål midlertidigt blev sat i bero som følge af anskaffelsen.[54]

Det, der i civilretlig henseende var kvalificeret som et køb med klausul om videresalg, blev således i skatteretlig henseende kvalificeret som et udlån. Landsskatteretten lagde i sine præmisser betydeligt mindre vægt på spørgsmålet om indkomstens fiksering, end på spørgsmålet om indkomstens kvalificering. Det långivende selskab blev blot beskattet af en fikseret rente under henvisning til SL § 4, litra e, og denne rente blev ansat til diskontoen plus 4 pct., i alt 11 pct. p.a.[55]

Ligningsrådet henviste i modsætning til Landsskatteretten konsekvent til, om udlånet var en normal eller unormal forretningsmæssig disposition. Der findes således alene én afgørelse, hvor Ligningsrådet ikke udtrykkeligt tog stilling til den forretningsmæssige begrundelse. Denne sag, TfS 1988, 553 LR, vedrørte imidlertid ikke forholdet mellem moder- og datterselskaber eller søsterselskaber, med derimod en arbejdsgiverforening, der var et selvstændigt skattesubjekt i henhold FBL § 1, stk. 1, nr. 3, og som påtænkte at indskyde 1 mio. kr. i to selskaber, som foreningen kontrollerede.[56]

Ligningsrådet udtalte, at renten på indskuddene skulle fastsættes i overensstemmelse med SDCIR 1978-31 om aktionærlån, dvs. til diskontoen med tillæg af 4 pct. Under hensyntagen til Ligningsrådets bindende forhåndsbesked i TfS 1986, 475 LR og Landsskatterettens kendelse i TfS 1990, 319 LSR må det antages, at udlånet blev anset for at være en unormal forretningsdisposition

---

54. Se hertil *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.
55. Se også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37). *Aage Michelsen*, R&R 1991, 7, SM 143 anser på grundlag af det oplyste korrektionen for at være »vidtgående«.
56. Se også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).

under hensyntagen til, at renten var aftalt på særlige vilkår for at give selskabet mulighed for at

– udnytte et underskud, som ellers eventuelt ville gå tabt i henhold til den dagældende tidsbegrænsning i LL § 15.[57]

Det faktum, at rentefriheden kun skulle tilstås, når datterselskabet havde underskud, blev derfor ikke som forudsat af långiver tillagt den betydning, at långiver ikke kunne beskattes af en fikseret rente.[58] Renten blev fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct.[59] Det blev ikke af Ligningsrådet angivet, hvor der var hjemmel til at beskatte en fikseret rente.[60]

Østre Landsret lagde altid vægt på, om udlånet var en normal eller unormal forretningsmæssig disposition. Fra Vestre Landsret findes alene en afgørelse, hvor det långivende datterselskab tog bekræftende til genmæle, efter at landsretten havde tilkendegivet sin foreløbige opfattelse af sagen, og hvor der som følge heraf ikke skulle tages stilling til, om udlånet var normalt forretningsmæssigt begrundet. Sagen omhandlede et datterselskab, der havde et uforrentet tilgodehavende på sit moderselskab.

Landsskatterettens flertal (5-2) fandt, at der savnedes fornøden lovhjemmel til at lade B's undladelse af at afkræve og oppebære forrentning af lånet til C medføre beskatning af fiktive renteindtægter af lånet. Et mindretal (herunder retsformanden) fandt, at der var den fornødne hjemmel til en sådan beskatning, idet A uden oplyst modydelse havde givet afkald på renter, som ville være sædvanlige i forretningsforhold mellem uafhængige parter. Der blev truffet afgørelse efter stemmeflertallet.[61]

Ved sagens behandling for Vestre Landsret tog B's advokat – efter at landsretten havde tilkendegivet sin opfattelse af sagen – bekræftende til genmæle over for skattemyndighedernes påstand om beskatning af en fikseret renteindtægt. Han fastholdt dog sin subsidiære påstand, hvorefter moderselskabet var berettiget til at fratrække et beløb svarende til de hos datterselskabet beskattede renter. Advokaten fik medhold heri, således at der ved en fornyet ligning af

---

57. Ligeledes *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162.
58. Jf. også *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.
59. Se også redaktionel artikel i SpO 1989, 14, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1995, 90 og *Michael Kirkegaard Nielsen*, TfS 1989, 119.
60. Jf. også sagen TfS 1996, 145 LSR, der behandles nedenfor 3.3.2, da de långivende organisationer ikke var selskabsdeltagere i det låntagende selskab. De långivende organisationer blev ikke desto mindre beskattet af en fikseret rente.
61. Landsskatterettens kendelse er optrykt som LSRM 1983, 151. Som nævnt af *Ole Bjørn*, SR-Skat 1990, 59 var dette den sidste sag frem til TfS 1998, 199 H, hvor Landsskatteretten gav udtryk for, at der ikke var hjemmel til at beskatte en fikseret rente.

moderselskabet indrømmedes dette fradrag af samme størrelse som de fikserede renter.[62]

Landsrettens tilkendegivelse af sagens forventede udfald er ikke offentliggjort. Det kan derfor alene med sikkerhed konstateres, at det långivende selskab blev beskattet af en fikseret renteindtægt, og at Landsskatterettens flertal ikke havde fundet, at der var hjemmel hertil. Landsskatterettens mindretal havde derimod lagt vægt på, at udlånet var en unormal forretningsmæssig disposition. Herom anførtes intet i landsrettens afgørelse.[63]

> Til gengæld fremgår det af Vestre Landsrets dom i sagen TfS 1995, 210 V, der blev ændret af Højesteret, jf. TfS 1998, 238 H, at Vestre Landsret i øvrigt ligesom Østre Landsret lagde vægt, om aftalen var forretningsmæssigt begrundet.[64]

Det kan endelig konstateres, at moderselskabet fik fradrag for en renteudgift svarende til den fikserede rente, som datterselskabet blev beskattet af.[65] Renten blev fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct.

3.1.3 Omgåelse af skattelovgivningen

Landsretternes, Landsskatterettens og Ligningsrådets praksis om beskatning af fikserede renter var, som det ses, meget konsekvent i perioden fra og med Østre Landsrets dom i sagen UfR 1963.880 Ø til og med landsrettens dom i TfS 1997, 102 Ø: Det långivende selskab eller den långivende juridiske person blev beskattet af en fikseret rente, hvis udlånet blev anset for at være en unormal forretningsmæssig disposition. Vurderingen af, hvad der var normalt eller unormalt forretningsmæssigt begrundet, lå – ligesom fordelingen af bevisbyrden – fast.

På trods heraf opgav skattemyndighederne i sagen TfS 1998, 238 H at få det långivende selskab beskattet af en fikseret renteindtægt.[66] Sagen omhandlede et selskab, A A/S, der drev forhandling af lastbiler med filialer i fire danske byer m.v. A A/S ejede 100 pct. af aktiekapitalen i to datterselskaber, herunder i B A/S, med hvilket A A/S var frivilligt sambeskattet. B A/S var primært oprettet for at

---

62. Jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).
63. Anderledes *Jan Pedersen*, TfS 1995, 81: »Den fikserede yderligere renteudgift hos låntager kan således ikke udhules gennem en modstående fastsættelse af en rentefordel, hvilket da også er fastslået af Vestre Landsret i TfS 1986, 402 V«.
64. Se herom nedenfor 3.2.4.
65. Jf. også *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345 og *Ole Bjørn*, SpO 1992, 334 og SR-Skat 1990, 59, *Michael Kirkegaard Nielsen*, TfS 1989, 119 og *Eigil Lego Andersen*, R&R 1989, 7, 14.
66. Tidligere Vestre Landsrets dom i TfS 1995, 210 V. Se om dommen *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1995, 869 og TfS 1996, 661.

kunne finansiere egne kontrakter, herunder leasingkontrakter for lastbiler, som et alternativ til pengeinstitutfinansiering. I 1982/83 besluttede A A/S at udvide koncernens aktiviteter med forhandling af varevogne og mindre lastvogne samt personvogne. Den mest åbenbare løsning ville ifølge selskabet selv have været at etablere endnu et datterselskab under A A/S. I henhold til en bestemmelse i en forhandlerkontrakt, som A A/S havde indgået med en producent af lastbiler og andre automobiler, havde A A/S imidlertid ikke ret til at forhandle andre bilmærker end producentens. For ikke at belaste forholdet til denne producent blev det nye selskab, C A/S, derfor etableret som et datterselskab af B A/S, dvs. som et datterdatterselskab af A A/S. B A/S havde efter det af selskabet oplyste ingen selvstændig interesse i at etablere et datterselskab.

I 1984 blev det nødvendigt at tilføre C A/S en yderligere kapital på 2,1 mio. kr. B A/S havde efter det oplyste ikke selv mulighed for at yde dette tilskud. På baggrund af ovenstående overvejelser vedrørende selskabets placering i koncernen blev det derfor besluttet, at A A/S skulle yde B A/S et rentefrit lån på 2,1 mio. kr., således at sidstnævnte selskab kunne foretage det nødvendige kapitalindskud i C A/S. Herved undgik man dels at gøre C A/S til et direkte datterselskab af A A/S, og dels blev B A/S – der ikke havde nogen selvstændig interesse i at bevare C A/S som datterselskab, men kun bevarede ejerskabet i A A/S' interesse – ikke belastet med en årlig rente af 2,1 mio. kr.

Skatteministeriet tog ved sagens behandling for Højesteret bekræftende til genmæle, og A A/S fik derfor medhold i, at det ikke skulle beskattes af en fikseret renteindtægt, ligesom B A/S ikke skulle beskattes af et tilskud. Det fremgår ikke af sagen, hvorfor Skatteministeriet valgte at tage bekræftende til genmæle, men det må antages, at dette skete under hensyntagen til Højesterets afgørelser i TfS 1996, 642 H og TfS 1998, 199 H om fiksering af renteindtægter ved lån fra en selskabsdeltager, der var en fysisk person, til et af selskabsdeltageren indirekte kontrolleret selskab.[67]

3.1.4 Sammenfatning

Retspraksis om fiksering af renteindtægter i forholdet mellem selskaber kan – når bortses fra sagen TfS 1998, 238 H – beskrives således, at det långivende selskab blev beskattet af en fikseret rente i de tilfælde, hvor udlånet og herunder også den aftalte rente blev anset for at være en unormal forretningsmæssig disposition. Det långivende selskab blev derimod ikke beskattet af en fikseret rente i de tilfælde, når udlånet og den aftalte rente blev anset for at være normalt forretningsmæssigt begrundet, og det uanset om lånet var rentefrit eller lavere forrentet end markedsrenten.[68]

---

67. Jf. også *Ole Bjørn*, SpO 1999, 54 og SR-Skat 1998, 141. Se herom nedenfor 3.2.3.
68. Anderledes *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 359: »Praksis kan sammenfattes således, at

Et udlån i forholdet mellem moder- og datterselskaber eller søsterselskaber blev som udgangspunkt anset for at være en unormal forretningsmæssig disposition, hvis udlånet var uforrentet eller forrentet med en rente, der var lavere end markedsrenten.[69] En aftale om, at lånet skulle forrentes med en rente, der var lavere end markedsrenten, var således i sig selv en unormal forretningsmæssig foreteelse. Det långivende selskab kunne dog efter omstændighederne bevise, at udlånet på trods af den aftalte forrentning var en normal forretningsmæssig disposition. Som normale forretningsmæssige dispositioner, der kunne begrunde en rente, der var lavere end markedsrenten, ansås efter omstændighederne:

- lån på anfordring,[70]
- lån, som var begrundet i det långivende selskabs ønske om at opretholde det låntagende selskabs virksomhed på et udenlandsk marked,[71]
- lån, hvor alternativet til udlånet reelt var et indskud i et pengeinstitut til samme rentesats,[72] og
- lån på særlige vilkår af hensyn til moderselskabets produktions- og lagerkapacitet.[73]

Sagerne om lån på anfordring og om lån med henblik på at opretholde det låntagende selskabs virksomhed på et udenlandsk marked viser, at der blev foretaget en konkret vurdering af, om lånet var normalt forretningsmæssigt begrundet. I tilfælde, hvor det ikke var forretningsmæssigt begrundet, at lånet blev ydet på anfordring, eller at datterselskabets virksomhed på det udenlandske marked skulle opretholdes, kunne långiver derfor beskattes af en fikseret rente. Landsskatteretten lagde ligeledes i sagerne TfS 1996, 69 LSR og TfS 1996, 282 Ø vægt på, om de vilkår, hvorpå lånene var etableret, var rimeligt forretningsmæssigt begrundede.

Det blev endvidere anset for at være en unormal forretningsmæssig disposition:

---

domstolene foretager en konkret vurdering af vilkårene, hvor afgørende moment er, om der foreligger en væsentlig afvigelse fra de vilkår, som uafhængige parter ville have aftalt under tilsvarende omstændigheder«.

69. TfS 1985, 439 Ø, TfS 1986, 441 LSR, TfS 1986, 473 LR, TfS 1992, 278 LSR, TfS 1993, 236 Ø og TfS 1995, 528 LSR.
70. UfR 1963.880 Ø og TfS 1986, 156 LSR, men cfr. TfS 1985, 439 Ø.
71. LSRM 1974, 161 og TfS 1997, 102 Ø, men cfr. TfS 1986, 473 LR og TfS 1992, 278 LSR.
72. TfS 1996, 69 LSR.
73. TfS 1996, 282 Ø.

– at udlåne kapital rentefrit til et låntagende selskab, der var økonomisk nødlidende,[74]
– at udlåne kapital mod betaling af en rente, der var lavere end markedsrenten, til et selskab med henblik på, at det låntagende selskab kunne udnytte underskud inden for den dagældende 5 års frist i LL § 15.[75]

I samtlige de sager, hvor det långivende selskab eller den långivende arbejdsgiverforening blev beskattet af en fikseret rente, blev hjemmelsspørgsmålet ikke nærmere overvejet af Ligningsrådet, Landsskatteretten eller landsretterne. I mange af sagerne blev det anført, at der var hjemmel til den foretagne korrektion i SL § 4 – i nogle sager uddybet som SL § 4, litra e.[76] I lige så mange sager blev der end ikke anført noget om, hvor der var hjemmel til at beskatte den fikserede rente.[77] På baggrund af den foreliggende praksis kan det ikke desto mindre konkluderes, at det i praksis var antaget, at der var hjemmel til at beskatte fikserede renter i henhold til SL § 4.[78]

Renten blev som altovervejende hovedregel fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct., når det långivende selskab m.fl. skulle beskattes af en fikseret rente.[79] Kun i én enkelt sag – TfS 1995, 528 LSR – blev renten fikseret til et andet beløb. I denne sag erkendte skattemyndighederne, at renten måtte fikseres til en sats svarende til gennemsnitsrenten på franske obligationer, idet det låntagende franske datterselskab i henhold til fransk ret alene ville få fradrag for en sådan rente.[80] Det må på baggrund heraf konkluderes, at markedsrenten i skattemæssig henseende blev anset for at være lig med diskontoen med tillæg af 4 pct.,

---

74. TfS 1985, 439 Ø, TfS 1986, 441 LSR, TfS 1986, 473 LR og TfS 1995, 528 LSR.
75. TfS 1986, 475 LSR, TfS 1988, 553 LR og TfS 1990, 319 LSR.
76. TfS 1985, 439 Ø, TfS 1986, 441 LSR, TfS 1990, 319 LSR, TfS 1991, 240 LSR, TfS 1992, 278 LSR og TfS 1993, 261 LSR.
77. TfS 1986, 402 V, TfS 1986, 473 LR, TfS 1986, 475 LR, TfS 1988, 553 LR, TfS 1993, 236 Ø og TfS 1995, 528 LSR. Det bemærkes, at Ligningsrådet ikke i et eneste tilfælde henviste til SL § 4 som hjemmelsgrundlag.
78. Se også nedenfor XX, 2.1.
79. TfS 1985, 439 Ø, TfS 1986, 402 V, TfS 1986, 441 LSR, TfS 1986, 473 LSR, TfS 1986, 475 LR, TfS 1988, 553 LR, TfS 1990, 319 LSR, TfS 1991, 240 LSR, TfS 1992, 261 LSR, TfS 1993, 236 Ø og TfS 1993, 261 LSR. Størrelsen af den fikserede rente er ikke oplyst i TfS 1992, 278 LSR.
80. *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1995, 869 anser denne sag for at være et væsentligt brud med den hidtidige praksis. Dette kan ikke antages. Sagen har for det første en række lighedspunkter med TfS 1997, 102 Ø, hvor det långivende selskab ikke blev beskattet af et rentefrit aktieägertilskott til et svensk selskab, som ikke kunne forrentes efter svensk ret. For det andet var renten i forholdet mellem personlige selskabsdeltagere og selskaber allerede i flere tilfælde fikseret til et andet beløb end diskontoen med tillæg af 4 pct., jf. sagerne TfS 1990, 83 LSR, TfS 1992, 107 LR og TfS 1993, 103 LR, der omtales nedenfor 3.2.2.

medmindre det långivende selskab kunne dokumentere, at udlånet ville være foretaget på armslængde-vilkår til en lavere rente.

3.2 Lån fra en personlig selskabsdeltager til et selskab

Praksis om beskatning af fikserede renter ved udlån fra en selskabsdeltager, der er en fysisk person, til det af selskabsdeltageren kontrollerede selskab omfatter – ligesom praksis om beskatning af fikserede renter ved udlån mellem koncernforbundne selskaber – et stort antal sager. [81] En stor del af disse sager vedrører selskabsdeltagerens tilgodehavende i selskabet, der er opstået i forbindelse med en stiftelse af selskabet og/eller ved en overdragelse af en hidtil personligt drevet virksomhed til selskabet.

Praksis om fiksering af renter ved udlån fra en personlig selskabsdeltager til det af selskabsdeltageren kontrollerede selskab blev ændret betydeligt fra starten af 1970'erne og frem til slutningen af 1990'erne. Praksis kan derfor ikke beskrives under ét – således som det i alt væsentligt er gjort for udlån mellem selskaber – men må i stedet beskrives som en udvikling, hvor kravene til beskatningen af en fikseret rente blev skærpet i flere tempi.[82] Praksis vedrørende udlån fra personlige selskabsdeltagere til deres selskaber var således ikke så stringent eller restriktiv som praksis vedrørende udlån mellem to koncernforbundne selskaber eller moder- og datterselskaber.[83]

Udviklingen i praksis kan opdeles i fire stader. Udgangspunktet var, at selskabsdeltageren uden videre blev beskattet af en fikseret rente (nedenfor 3.2.1). Dette udgangspunkt blev imidlertid hurtigt forladt til fordel for en vurdering af, om udlånet kunne anses for at være en normal forretningsmæssig disposition eller om det var foretaget med henblik på at forskyde indkomsten mellem selskabsdeltager og selskab, såkaldt »indkomstforvridning» (nedenfor 3.2.2). Herefter blev praksis skærpet af Højesteret, således at selskabsdeltageren alene kunne beskattes af en fikseret rente i »særlige tilfælde« (nedenfor 3.2.3). Disse »særlige tilfælde« blev endelig indskrænket af Højesteret, således at der alene kan ske beskatning af en fikseret rente i de tilfælde, hvor det rentefri lån tilsigter en omgåelse af skattelovgivningen (nedenfor 3.2.4).[84]

---

81. Se ovenfor 3.
82. Jf. også *Jan Pedersen*, TfS 1995, 81.
83. Jf. også *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.
84. Sagen TfS 1997, 506 H omtales ikke nedenfor, idet hverken landsretten eller Højesteret tog stilling til, om låntager skulle have fradrag for en renteudgift, der var højere eller lavere end den, som var blevet betalt. Jf. også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 260, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 388-389 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 196-197, men anderledes *Jakob Bundgaard*, TfS 2003, 299: »For

3.2.1 Den normale forrentning

Det blev oprindeligt uden videre antaget, at en selskabsdeltager, som lånte penge til sit selskab uden beregning af rente eller mod beregning af en rente, der var lavere end markedsrenten, som hovedregel skulle beskattes af en rente svarende til markedsrenten, jf. R&R 1971, SM 5, hvor Ligningsdirektoratet så vidt ses forudsatte, at selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret rente, når blot den aftalte rente var lavere end markedsrenten.[85] Det anførtes ikke, hvilken hjemmel der var til denne beskatning. Renten blev fikseret til en »normal forrentning« uden angivelse af nogen rentesats.[86]

Det blev omvendt ligeledes antaget, at et udlån fra selskabsdeltageren til selskabet til en usædvanlig høj rente kunne indeholde et maskeret udbytte til selskabsdeltageren, således at en del af den faktisk betalte rente i skattemæssig henseende i stedet skulle behandles som et udbytte, jf. LSRM 1946, 175. Dette sidste – at udlån til en højere rente end markedsrenten fører til, at selskabsdeltagerens fordel ved den højere forrentning beskattes som et maskeret udbytte – fremgik tillige af Østre Landsrets dom i TfS 1994, 318 Ø.[87] Denne dom er ligesom Landsskatterettens kendelse i LSRM 1946, 175, en sag om indkomstens kvalifikation.[88] De indtægter, som af selskabsdeltageren og selskabet blev opført som renter og kursgevinster, blev således af landsretten anset for at være udbytte, som skulle beskattes efter reglerne i LL § 16 A,[89] og som ikke kunne fradrages af selskabet. Selve renten blev ikke derved fikseret til et andet beløb end det af selskabsdeltager og selskab aftalte.[90]

Højesteret drejede sagen sig alene om, hvorvidt det lån, som skatteyderen optog i selskabet på Jersey, var ydet på markedsvilkår«.

85. Ligeledes *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277 og redaktionel artikel i SpO 1989, 14.
86. Afgørelsen blev med rette kritiseret af *Thøger Nielsen*, UfR 1972B.201 og i en redaktionel artikel i SpO 1973, 113 for at være for vidtgående set i forhold til landsrettens dom i UfR 1963.880 Ø. Se om denne ovenfor 3.1.1.
87. Se også TfS 1995, 685 LR, der er refereret nedenfor.
88. Dette synes også forudsat af *Ole Bjørn*, SR-Skat 1994, 137.
89. Se også *Aage Michelsen*, R&R 1991, 7, SM 143 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 1994, 137.
90. Se dog anderledes LSRM 1972, 6, hvor et selskab havde modtaget et lån fra et interessentskab bestående af selskabsdeltageren, hans hustru og to sønner. Lånet skulle forrentes med 8 pct. med tillæg af 1 pct. provision p.a. Som følge af interessefællesskabet og det oplyste om selskabets forrentning af sit indestående i banken – 7 1/2 pct. – fandt Landsskatteretten, at det ikke var udslag af normal forretningsmæssig disposition, at selskabet havde betalt højere renter af de i interessentskabet optagne lån, end selskabet selv oppebar af sine bankindeståender. Landsskatteretten fandt derfor, at den overskydende renteudgift – 1 1/2 pct. – ikke var fradragsberettiget for selskabet.

3.2.2 Den normale forretningsmæssige begrundelse – Indkomstforvridning

Den oprindelige praksis, hvorefter selskabsdeltageren uden videre kunne beskattes af en fikseret rente i alle de tilfælde, hvor den med selskabet aftalte rente var lavere end markedsrenten, blev hurtigt ændret.[91]

Ved vurderingen af, om selskabsdeltageren skulle beskattes af en fikseret rente, blev der i nogle sager lagt afgørende vægt på, om udlånet var normalt forretningsmæssigt begrundet.[92] I andre sager var det afgørende, om aftalen om forrentning af selskabsdeltagerens udlån var udtryk for en såkaldt »indkomstforvridning« mellem selskabsdeltageren og selskabet.[93]

På baggrund heraf kunne det anføres, at praksis blev langsomt ændret, idet der i den tidligste praksis blev lagt vægt på, om udlånet var normalt forretningsmæssigt begrundet, mens der i den senere praksis blev lagt vægt på, om udlånet var udtryk for en indkomstforvridning. En sådan antagelse er imidlertid ikke korrekt. For det første lagde Ligningsrådet i TfS 1995, 685 LSR alene vægt på, om udlånet havde en normal forretningsmæssig begrundelse. Hvis praksis skulle have været ændret, burde Ligningsrådet i stedet have lagt vægt på, om udlånet var udtryk for en indkomstforvridning. For det andet findes fire afgørelser fra Ligningsrådet eller Landsskatteretten, hvor der både blev lagt vægt på, om udlånet var normalt forretningsmæssigt begrundet, og om udlånet var udtryk for en indkomstforvridning eller en vilkårlig forskydning af indkomsten.[94] For det tredje var vurderingen af, om udlånet var en normal forretningsmæssig disposition, ikke anderledes end vurderingen af, om udlånet var udtryk for en indkomstforvridning. Dette sidste kom f.eks. til udtryk i sagerne SpO 1974, 204 V og TfS 1994, 884 LSR, der begge lagde vægt på, at selskabet havde modtaget en stor beholdning af debitorer ved stiftelsen. I førstnævnte sag tog landsretten – sammen med andre omstændigheder – dette til indtægt for, at forrentningen af selskabsdeltagers tilgodehavende var forretningsmæssigt begrundet. I sidstnævnte sag henviste Landsskatteretten hertil i begrundelsen for, at udlånet ikke blev anset for at være udtryk for en indkomstforvridning.[95]

---

91. *Jan Hinze*, SpO 1975, 187 omtaler således allerede en ikke offentliggjort kendelse fra Landsskatteretten fra starten af 1970'erne (j.nr. LSR I 1971 nr. 1-2073), hvor Landsskatteretten udtrykte betænkelighed ved at beskatte en selskabsdeltager af en fikseret rente uden sikker hjemmel i skattelovgivningen.
92. SpO 1974, 204 V, TfS 1990, 83 LSR, TfS 1992, 107 LR og TfS 1995, 685 LSR.
93. TfS 1993, 103 LR, TfS 1993, 249 LSR, TfS 1993, 261 LSR, TfS 1994, 136 LSR og TfS 1994, 884 LSR.
94. TfS 1992, 106 LR, TfS 1994, 191 LR, TfS 1994, 410 LSR og TfS 1996, 750 LSR.
95. Jf. også sagerne TfS 1993, 103 LR og TfS 1995, 685 LR om selskabsdeltagerens udlån til økonomisk nødlidende selskaber. I førstnævnte sag anførte Ligningsrådet, at udlånet var udtryk for en vilkårlig indkomstforvridning. I den anden sag anførte Ligningsrådet, at udlånet var en unormal forretningsmæssig disposition.

Både Landsskatteretten og Ligningsrådet benyttede i øvrigt begge begreber. Det kan derfor ikke antages, at Ligningsrådet havde en anderledes opfattelse af, hvornår selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret rente, end Landsskatteretten.[96]

Retspraksis i perioden fra midten af 1970'erne til midten af 1990'erne kan derfor sammenfattes således, at en selskabsdeltager ikke blev beskattet af en fikseret rente ved udlån til sit selskab, hvis udlånet var en normal forretningsmæssig disposition. Modsætningen til den normale forretningsmæssige disposition blev betegnet som en indkomstforvridning, der således var synonym for den unormale forretningsmæssige disposition.[97] I tilfælde af, at udlånet var udtryk for en indkomstforvridning mellem selskabsdeltager og selskab, dvs. at udlånet var en unormal forretningsmæssig disposition, blev selskabsdeltager beskattet af en fikseret rente.

Se hertil *Jan Pedersen*, der anfører, at der aldrig blev givet en entydig forklaring på, hvad der forstås ved en forvridning af indkomsten.[98] På baggrund af praksis antager forfatteren dog, at der blev lagt vægt på, om der var tale om en forskydning af indkomsten.[99]

I praksis blev udlånet i lidt mere end halvdelen af de nedenfor omtalte sager anset for at være en normal forretningsmæssig disposition.[100] I lidt under den anden halvdel af samtlige sager blev udlånet anset for at være udtryk for indkomstforvridning eller en unormal forretningsmæssig disposition.[101]

Landsskatteretten gav dog i ét enkelt tilfælde i en ældre kendelse udtryk for, at der ikke i skattelovgivningen var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente, jf. LSRM 1976, 28. Selskabsdeltageren havde i denne sag overdraget en personligt drevet virksomhed til et aktieselskab og havde i den forbindelse fået et krav på selskabet, som ikke blev forrentet. Landsskatteretten udtalte, at der ikke i skattelovgivningen var hjemmel til at

---

96. Se hertil *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33, der anfører, at der kun fandt rentefiksering sted, hvis rentefriheden resulterede i indkomstforvridning.
97. Se navnlig Landsskatterettens kendelse i TfS 1996, 750 LSR: »Parternes aftale, herunder vilkår om manglende/lav forrentning af udlån fra hovedaktionæren til det af ham ejede selskab, ville dog kunne korrigeres, såfremt der forelå en unormal forretningsmæssig disposition med henblik på overførsel af indkomst fra aktionæren til selskabet – indkomstforvridning«. Sagen omtales nærmere nedenfor.
98. Således *Jan Pedersen*, R&R 1995, 5, SM 139 og Transfer pricing, s. 47.
99. Således også *Jan Pedersen*, R&R 1995, 5, SM 139.
100. SpO 1974, 204 V, TfS 1993, 249 LSR, TfS 1993, 261 LSR, TfS 1994, 136 LSR, TfS 1994, 191 LR, TfS 1994, 884 LSR og TfS 1996, 750 LSR.
101. TfS 1990, 83 LSR, TfS 1992, 106 LSR, TfS 1992, 107 LSR, TfS 1993, 103 LR, TfS 1994, 410 LSR og TfS 1995, 685 LR.

fastsætte en fikseret rente i tilfælde af, at overdragerens krav til det nystiftede selskab efter aftale ikke skulle forrentes.[102]

Et udlån fra selskabsdeltager til selskab, der blev forrentet med en rente, der var lavere end markedsrenten, blev for det første efter omstændighederne anset for at være udtryk for en indkomstforvridning i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, når *selskabet ikke kunne udnytte et rentefradrag*, jf. sagerne TfS 1990, 83 LSR og TfS 1994, 410 LSR.

Sagen TfS 1990, 83 LSR omhandlede en selskabsdeltager, der havde optaget et lån i sit pengeinstitut med henblik på at finansiere sit helejede selskabs virksomhed. Det provenu, der hidrørte fra selskabsdeltagerens lån i pengeinstituttet, blev derfor udlånt rentefrit til selskabet.

Landsskatteretten tiltrådte, at de stedlige skattemyndigheder havde beskattet selskabsdeltageren af en fikseret rente under henvisning til, at udlånet var en unormal forretningsmæssig disposition.[103] Ved bedømmelsen af udlånets forretningsmæssige karakter lagde Landsskatteretten vægt på, at

- at skatteværdien af et rentefradrag var størst, når selskabsdeltageren havde fradragsretten,[104] og
- at selskabet ikke kunne udnytte rentefradraget.[105]

Skattemyndighederne henviste endvidere til en tidligere sag, hvor et rentefrit udlån havde til hensigt at formindske et underskud i det låntagende selskab, som ikke kunne være fremført på grund af den nu ophævede tidsbegrænsning i LL § 15. I sagsfremstillingen i den foreliggende sag anførtes derimod intet om selskabets mulighed for at fremføre underskud. Det er derfor usikkert, om udlånet havde til hensigt at formindske et forventet underskud i selskabet, omend oplysningen om, at selskabet ikke kunne udnytte et rentefradrag, klart peger i denne retning.[106]

Det er som anført af Landsskatteretten evident, at rentefradraget havde større skatteværdi hos selskabsdeltageren end hos selskabet. Når Landsskatteretten henviser hertil ved at tiltræde skattemyndighedernes begrundelse, må det tages

---

102. Dette synspunkt blev dog, som det fremgår af ovenstående redegørelse, senere forladt af Landsskatteretten, der også beskattede selskabsdeltageren af en fikseret rente af et tilgodehavende, der var opstået ved selskabets stiftelse.
103. Ligeledes *Michael Serup*, R&R 1990, 7, 29 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 1990, 59.
104. Ligeledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 1990, 59.
105. Jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).
106. Jf. også *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162, *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 1993, 131, SpO 1992, 334 og SR-Skat 1990, 59.

som udtryk for, at det blev tillagt betydning, at det af selskabsdeltageren udlånte beløb var tilvejebragt ved, at selskabsdeltageren selv havde lånt beløb. Selskabsdeltageren havde således »flyttet« rentefradraget fra selskabet til sig selv ved at optage et lån mod betaling af rente og udlåne provenuet rentefrit til selskabet. Landsskatteretten har derfor næppe været af den opfattelse, at selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret rente, allerede fordi selskabsdeltageren som fysisk person havde større skatteværdi af et fradrag i kapitalindkomsten, end et selskab ville have haft ved fradrag i den skattepligtige indkomst.

Hverken skattemyndigheder eller Landsskatteretten anførte, hvor der var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente. Denne rente blev for øvrigt ikke fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct., men derimod til den rente, som selskabsdeltageren betalte for et lån i sit pengeinstitut.

I sagen TfS 1994, 410 LSR havde selskabet heller ikke mulighed for at udnytte et rentefradrag. Sagen omhandlede en selskabsdeltager, som havde fået et uforrentet tilgodehavende i sit selskab i forbindelse med to virksomhedsoverdragelser.

Selve udlånet blev af Landsskatteretten anset for at være en unormal forretningsmæssig disposition under hensyntagen til,

– at udlånet var af en betydelig størrelse, og
– at selskabet ikke kunne udnytte rentefradraget.[107]

Til støtte for, at selskabet ikke kunne udnytte rentefradraget, henviste Landsskatteretten til, at selskabet havde haft skattemæssige underskud.

Denne unormale forretningsmæssige disposition havde ifølge Landsskatteretten medført en vilkårlig forvridning af indkomsten mellem selskabsdeltager og selskab. Det tilføjedes af Landsskatteretten, at det ikke var godtgjort, at det låntagende selskabs økonomiske forhold havde været af en sådan karakter, at det havde været ude af stand til at udrede renter. Det må antages, at Landsskatteretten herved ville give udtryk for, at selskabsdeltageren ikke skulle beskattes af en fikseret rente, hvis selskabet var insolvent, jf. hertil sagerne TfS 1993, 249 LSR og TfS 1994, 191 LR.[108]

For så vidt angik spørgsmålet om hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente anførtes alene, at den foretagne korrektion ikke var i strid med ligningsvejledningen for det pågældende indkomstår eller SD-CIR af 5/11 1975. Renten blev fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct.

---

107. Se også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37), *Jan Pedersen*, R&R 1995, 5, SM 139 og *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33.
108. Sagerne behandles nedenfor.

Et udlån fra selskabsdeltager til selskab blev endvidere anset for at være udtryk for indkomstforvridning, når lånet var rentefrit af hensyn til *selskabets mulighed for at fremføre underskud*, som dengang ikke kunne fremføres i mere end 5 år i henhold til LL § 15, jf. sagen TfS 1992, 107 LR. Sagen omhandlede en personlig selskabsdeltager, som ejede samtlige kapitalandele i et selskab, der gennem en årrække havde haft en dårlig drift og derfor havde oparbejdet et uudnyttet skattemæssigt underskud på ca. 2 mio. kr. Selskabsdeltageren havde kautioneret for selskabets kassekredit. I forbindelse med afviklingen af virksomheden havde han måttet indfri selskabets kassekredit på ca. 2,2 mio. kr. For at foretage denne indfrielse var en af selskabsdeltagerens ægtefælle ejet industriejendom, hvorfra selskabet drev sin virksomhed, blevet solgt. Ejendommen solgtes for 5,25 mio. kr. kontant. Ligningsrådet blev herefter anmodet om ved en bindende forhåndsbesked at tage stilling til, om selskabsdeltageren kunne undlade at beregne rente af sin mellemregning – der var et anfordringstilgodehavende – med selskabet på ca. 2,4 mio. kr.

Ligningsrådet lagde til grund, at den manglende forrentning var en unormal forretningsmæssig disposition. Til støtte herfor blev der henvist til, at den manglende forrentning var fastsat under hensyntagen til,

– at selskabets underskud ikke ville kunne fremføres efter LL § 15,[109]

hvis det tillige blev belastet med en yderligere forpligtelse til at betale renter. Der blev som følge heraf også indirekte lagt vægt på,

– at selskabet ikke kunne udnytte rentefradraget,[110]

således som det direkte var kommet til udtryk i de ovenfor refererede sager TfS 1990, 83 LSR og TfS 1994, 410 LSR. Det var uden betydning for Ligningsrådet, at selskabsdeltagerens tilgodehavende skulle indfries på anfordring.

Det blev ikke af Ligningsrådet anført, hvor i skattelovgivningen der var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente. Renten blev endvidere ikke fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct., men derimod til den rente, der var hidtil var betalt på lånet til banken. Dette sidste beror på, at selskabsdeltageren havde overtaget fordringen fra et pengeinstitut som kautionist og derfor betalte en anden rente end diskontoen med tillæg af 4 pct. for sit lån. Det forhold, at det af selskabsdeltageren til selskabet udlånte beløb var

---

109. Ligeledes *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162, *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33 og *Ole Bjørn*, SpO 1992, 334.
110. Se også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).

tilvejebragt ved, at selskabsdeltageren havde lånt et tilsvarende beløb i et pengeinstitut, fører tankerne hen på sagen TfS 1990, 83 LSR, hvor renten ligeledes blev fikseret til den rente, som selskabsdeltageren betalte for sit lån. Ligningsrådet henviste imidlertid ikke i sagen TfS 1992, 107 LR til, at skatteværdien af et rentefradrag var størst, når selskabsdeltageren havde fradragsretten, således som Landsskatteretten gjorde i sagen TfS 1990, 83 LSR.

Et udlån, der blev forrentet med en rente, der var lavere end markedsrenten, blev også anset for at være en indkomstforvridning eller en unormal forretningsmæssig disposition, hvis det låntagende selskab var *økonomisk nødlidende*, jf. sagerne TfS 1993, 103 LR og TfS 1995, 685 LR.

Sagen TfS 1993, 103 LR vedrørte en række selskabsdeltagere, som på grund af en negativ indtjening i deres finansielle selskaber forespurgte Ligningsrådet, om renten på den ansvarlige lånekapital, de havde stillet til rådighed for selskaberne, kunne nedsættes, således at lånene ikke længere blev forrentet eller blev forrentet med den såkaldte mindsterente.

Ligningsrådet gav udtryk for, at en manglende forrentning ville være udtryk for en vilkårlig indkomstforvridning.[111] Det fremgår imidlertid ikke klart af Ligningsrådets afgørelse, hvorfor dette var tilfældet.[112] Forespørger havde henvist til, at ingen selskabsdeltagere kontrollerede selskabet, og at formålet med det rentefri lån ikke var at udnytte et skattemæssigt underskud, men derimod at sikre selskabernes fortsatte eksistens. Dette sidste havde så vidt ses ingen betydning for Ligningsrådet.[113] Til gengæld må det antages, at Ligningsrådet lagde vægt på,

– at selskaberne var økonomisk nødlidende,

og at selskabsdeltagerne ikke ville have udlånt kapital rentefrit på tilsvarende vilkår til et uafhængigt selskab, jf. også Ligningsrådets afgørelse i sagen TfS 1995, 685 LR, der behandles straks nedenfor. Afgørelsen synes dog at være temmelig vidtgående og kunne derfor tages som udtryk for, at Ligningsrådet var af den opfattelse, at den aftalte rentefrihed i sig selv var en unormal forretningsmæssig disposition, jf. også TfS 1992, 106 LR.[114]

---

111. Jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).
112. Se hertil *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162
113. Jf. også *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.
114. Se også *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 1993, 131. Sidstnævnte anfører, at dette så vidt ses var Told- og Skattestyrelsens standpunkt. Dette synes korrekt under hensyntagen til Told- og Skattestyrelsens indstillinger til Ligningsrådet. Sagen TfS 1992, 106 LR behandles nedenfor.

Ligningsrådet henviste heller ikke til nogen lovbestemmelse som hjemmel for en beskatning af fikserede renter hos selskabsdeltagerne. For så vidt angik spørgsmålet om rentens størrelse afviste Ligningsrådet endelig, at en forrentning svarende til mindsterenten var tilstrækkelig.[115] Renten blev imidlertid ikke fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct., men derimod til den rente, der ifølge selskabernes vedtægter skulle beregnes af den ansvarlige lånekapital. Denne rente udgjorde efter det oplyste 11-13 pct. i det relevante indkomstår.[116]

Den anden sag – TfS 1995, 685 LR – vedrørte en selskabsdeltager, som i et forsøg på at redde sit økonomisk nødlidende selskab bl.a. havde opkøbt en række indskudsbeviser, som selskabet forrentede med 9 pct. Selskabsdeltageren forespurgte herefter Ligningsrådet, om det var muligt at nedsætte renten til 5 pct., uden at han blev beskattet af en fikseret rente.

For Ligningsrådet var det afgørende for, om selskabsdeltageren skulle beskattes af en fikseret rente, om udlånet var en normal forretningsmæssig disposition. Ved vurderingen heraf blev der lagt vægt på, hvilken rente uafhængige parter ville have forlangt, dvs. om forrentningen var aftalt på armslængde-vilkår. Det må herved have været taget i betragtning,

– at selskabet var økonomisk nødlidende, og
– at selskabsdeltageren derfor ikke ville have nedsat renten ved tilsvarende udlån til et uafhængigt selskab.

Ligningsrådet tilføjede, at selskabsdeltageren ikke skulle beskattes af en fikseret rente, hvis selskabet blev insolvent, idet der i så fald kunne henvises til, at der var ydet henstand med rentebetalingen, jf. også sagerne TfS 1993, 249 LSR og TfS 1994, 191 LR.[117] Det blev dog samtidig understreget, at selskabsdeltageren ville blive beskattet af en fikseret rente, når selskabet blev i stand til at betale denne, og at den fikserede rente også skulle beregnes for den periode, hvor der var givet henstand.

Spørgsmålet om, hvor der var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente, blev ikke omtalt af Ligningsrådet. Renten blev fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct., idet der ifølge Ligningsrådet ikke forelå særlige forhold, som kunne begrunde en anden rente.

---

115. Ligeledes *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.
116. De kommunale skattemyndigheder havde derudover givet selskabet fradrag for den ikke betalte fikserede rente, men samtidig beskattet selskabet af et tilskud af samme størrelse. Se hertil *Ole Bjørn*, SR-Skat 1993, 131.
117. Sagerne behandles nedenfor. Se også forudsætningsvis TfS 1994, 410 LSR, der er behandlet ovenfor.

Ligningsrådets afgørelse i sagen TfS 1993, 103 LR var som anført ovenfor temmelig vidtgående, dels fordi ingen af selskabsdeltagerne efter det oplyste havde kontrol med ét eller flere af de låntagende selskaber, dels fordi Ligningsrådet uden videre begrundelse gav udtryk for, at en nedsættelse af den aftalte rente ville være udtryk for en vilkårlig indkomstforvridning. Den er imidlertid ikke unik og kan i fællesskab med TfS 1992, 106 LR tages som udtryk for, at Ligningsrådet i hvert fald i en periode var af den opfattelse, at et *rentefrit lån* fra en selskabsdeltager, der var en fysisk person, til et selskab i sig selv var en unormal forretningsmæssig disposition.

Sagen TfS 1992, 106 LR omhandlede nogle selskabsdeltagere, som var i familie med hinanden, og som påtænkte at udlåne kapital rentefrit eller mod betaling af lav rente til et selskab, der reelt kontrolleredes af én af selskabsdeltagerne.[118]

Ligningsrådet bemærkede indledningsvis, at den selskabsdeltager, som havde kontrol med selskabet, vilkårligt kunne forvride indkomsten i forholdet mellem selskabsdeltagerne og selskabet.[119] Det blev endvidere anført af Ligningsrådet, at »… rentefrihed i låneforhold normalt må anses for et usædvanligt forretningsvilkår, der alene opnås på grund af sammenfaldet mellem kreditorstatus og aktionærstatus …«. Ligningsrådet lagde imidlertid samtidig vægt på »… de foran anførte konkrete omstændigheder …«. Heraf følger, at aftalen om rentefri udlån ikke i sig selv var tilstrækkeligt til, at selskabsdeltagerne kunne beskattes af en fikseret rente. De konkrete omstændigheder, som Ligningsrådet har lagt vægt på, må i henhold til sagens referat navnlig have været,

- at udlånet havde en betydelig størrelse,
- at udlånet ville blive forrentet med en rentesats svarende til selskabets udbetaling af udbytte, og
- at alle beslutninger om rente og afdrag reelt blev truffet af den selskabsdeltager, som havde dominerende indflydelse i selskabet.

Det har formentlig også haft betydning for Ligningsrådet, at selskabet så vidt ses ikke kunne udnytte et rentefradrag fuldt ud.[120] Selskabsdeltagernes aftale om forrentning var i hvert fald indrettet således, at der ikke ville blive udbetalt

118. Se også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).
119. Jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).
120. Se hertil *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33, som anfører, at renteudgiften ikke fuldt ud ville kunne udnyttes til fradrag i selskabets indkomst. *Ole Bjørn*, SpO 1992, 334 anser afgørelsen for at være »mere vidtgående«, idet Ligningsrådet fastslår, at en fikseret rente kan beskattes, selv når lånet er opstået ved selskabets stiftelse.

renter, hvis ikke der tillige var et sådant overskud, at der kunne udbetales et udbytte. Når bortses fra den generelle udtalelse om, at et rentefrit udlån i sig selv er en unormal forretningsmæssig disposition, og den noget uklare begrundelse for resultat, må Ligningsrådets afgørelse derfor siges at være i overensstemmelse med afgørelserne i TfS 1990, 83 LSR, TfS 1992, 107 LR og TfS 1994, 410 LSR.[121]

Ligningsrådet anførte under henvisning til afgørelserne i TfS 1985, 439 Ø, Vestre Landsrets dom i TfS 1984, 53 H og UfR 1983.699 H, at der var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente i SL § 4, litra e. Renten blev i mangel af andre holdepunkter fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct.

Selskabsdeltageren blev som nævnt ovenfor ikke beskattet af en fikseret rente, når udlånet var udtryk for en normal forretningsmæssig disposition, eller når udlånet ikke blev anset for at være udtryk for en indkomstforvridning i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab.

Det er ovenfor i forbindelse med en analyse af sagerne TfS 1994, 410 LSR og TfS 1995, 685 LR anført, at selskabsdeltageren ikke blev beskattet af en fikseret rente, når det låntagende selskab var *insolvent*.[122] Dette var imidlertid ikke ensbetydende med, at der ikke skulle beregnes en fikseret rente for denne periode. Praksis herom fremgår dels af de to ovenfor nævnte afgørelser, dels af Landsskatterettens og Ligningsrådets afgørelser i henholdsvis TfS 1993, 249 LSR og TfS 1994, 191 LR.

Sagen TfS 1993, 249 LSR vedrørte en selskabsdeltager, der havde fået et uforrentet tilgodehavende på sit selskab som følge af, at han som selvskyldnerkautionist måtte indfri selskabets kassekredit.

Til støtte for, at der ikke forelå såkaldt indkomstforvridning i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, henviste Landsskatteretten til

– at selskabet var åbenbart insolvent,[123] og
– at selskabet senere blev »henlagt«, hvorved formentlig forstås, at det blev opløst uden dividende til selskabsdeltageren.

---

121. Alle tre sager er analyseret ovenfor.
122. Ligeledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 259, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 196, *Christian Beck* i Skatteret, s. 479 og *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1995, 869.
123. Se også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37), *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162, *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345 og *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33. Jf. også *Jan Pedersen*, R&R 1995, 5, SM 139, der lægger vægt på, at der var tale om et uforrentet regreskrav for en kautionsforpligtelse overfor et insolvent selskab.

Selv om selskabsdeltageren ikke blev beskattet af en fikseret rente, anførte Landsskatteretten, at der var hjemmel til en sådan beskatning i SL § 4, litra e.

Ved afgørelsen lagde Landsskatteretten så vidt ses afgørende vægt på, at en kreditor ikke skal medregne renter, som må anses for uerholdelige, og at selskabsdeltagerens rente havde været uerholdelig.[124] Selskabet var på grund af sin insolvens ikke i stand til at betale en rente, og renten blev aldrig betalt, idet selskabet blev opløst uden udbetaling af dividende til selskabsdeltageren. Selv hvis selskabsdeltageren havde beregnet en rente af sit tilgodehavende i selskabet, ville han derfor ikke være blevet beskattet heraf, jf. SL § 4, litra e, og SL § 6.

Selv om selskabet åbenbart er insolvent, kan der fortsat fikseres en rente, som imidlertid først skal beskattes hos selskabsdeltageren, når selskabet er solvent og er i stand til at udrede renter. Dette fremgår dels af Ligningsrådets bindende forhåndsbesked i TfS 1995, 685 LR, der er refereret ovenfor, dels af Ligningsrådets udtalelse i sagen TfS 1994, 191 LR.[125] Sidstnævnte sag omhandlede en selskabsdeltager, som ville yde sit nødlidende selskab et rentefrit lån, således at selskabet kunne indfri et banklån, som selskabsdeltageren havde kautioneret for.

Ligningsrådet fandt, at den manglende forrentning af selskabsdeltagerens tilgodehavende på selskabet – der ville opstå, fordi han på grund af sin status om selvskyldnerkautionist ville indtræde i bankens fordring på selskabet – var en unormal forretningsmæssig disposition. Der var imidlertid ikke grundlag for at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente, hvis selskabsdeltageren undlod at indtægtsføre denne i en periode, hvor

– selskabet åbenbart var insolvent.[126]

Hvis selskabet på et tidspunkt blev solvent, ville det endvidere være udtryk for en indkomstforvridning mellem selskabsdeltager og selskab, at selskabsdeltager ikke opkrævede en rente. Selskabsdeltager ville derfor på dette tidspunkt blive beskattet af en fikseret rente. Ligningsrådet bemærkede endelig, at der skulle beregnes en fikseret rente for den periode, hvor selskabet var insolvent,[127] og at denne ikke betalte eller beskattede rente skulle indtægtsføres hos selskabsdeltageren, forinden selskabsdeltageren indtægtsførte afdrag.

Det anførtes ikke af Ligningsrådet, hvor der i så fald ville være hjemmel til

---

124. Jf. også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1993, 316.
125. Ligeledes delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37) og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 196.
126. Jf. også *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33 og delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).
127. Se hertil *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.

at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente. Ligningsrådet anførte heller ikke, hvilken sats renten skulle fikseres til.

Praksis om beskatning af fikserede renter hos selskabsdeltager, når det låntagende selskab er åbenbart insolvent, kan herefter sammenfattes således, at der skulle beregnes en fikseret rente også i den periode, hvor selskabet var insolvent. Selskabsdeltageren skulle imidlertid ikke beskattes af denne fikserede rente, førend selskabet blev solvent. Hvis selskabet aldrig blev solvent – og renten derfor var uigenkaldeligt uerholdelig – ville selskabsdeltageren derfor ikke blive beskattet af en fikseret rente, selvom en sådan fikseret rente blev beregnet.

Et udlån er også blevet anset for at være en normal forretningsmæssig disposition – og dermed ikke udtryk for en indkomstforvridning – når udlånet skulle betales tilbage på anfordring og udlånet var opstået ved, at selskabsdeltageren fik et tilgodehavende på selskabet i forbindelse med stiftelsen af dette, idet selskabsdeltageren havde overdraget sit *tilgodehavende hos* sine *debitorer* til selskabet, jf. sagerne SpO 1974, 204 V og TfS 1994, 884 LSR.

Sagen SpO 1974, 204 V omhandlede en selskabsdeltager, som i forbindelse med en omdannelse af sit personligt drevne firma til et aktieselskab havde fået et tilgodehavende, som hverken blev afdraget eller forrentet.[128] Tilgodehavendet var primært opstået ved, at selskabsdeltageren havde overdraget fordringer på sine forretningsdebitorer til selskabet.

Vestre landsret må have lagt til grund, at udlånet var normalt forretningsmæssigt begrundet, eftersom overdragelsen af debitorerne ifølge landsretten havde betydelige forretningsmæssige fordele for selskabsdeltageren. Det blev så vidt ses tillagt betydning,[129]

- at udlånet hidrørte fra overdragelse af selskabsdeltagerens debitorer til selskabet,
- at udlånet skulle betales tilbage på anfordring, og
- at selskabsdeltageren ikke kunne have forventet en forrentning, dersom han fortsat havde været kreditor for fordringerne på debitorerne.[130]

Sagen TfS 1994, 884 LSR omhandlede ligeledes en selskabsdeltager, som havde omdannet sin personlige virksomhed til et selskab, og som i forbindelse hermed

---

128. Tillige optrykt i Skd.medd. 1974, s. 285-288.
129. Som anført af *Jan Hinze*, SpO 1975, 186 kan det tillige have haft betydning, at tilgodehavendet var nedbragt til under halvdelen på 4 år. Landsretten anførte dog intet herom.
130. Det fremgik efter denne sag i en årrække af Ligningsvejledningen og Ligningsdirektoratets CIR nr. 437 af 5/11 1975, at der kun var grundlag for beskatning af fikseret løn, leje eller rente i særlige tilfælde. Se også *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2000, 48.

fik et tilgodehavende i selskabet, der bl.a. hidrørte fra en overdragelse af selskabsdeltagerens beholdning af debitorer.

Landsskatteretten vurderede ud fra de foreliggende oplysninger, at udlånet fra selskabsdeltager til selskab ikke var udtryk for en forvridning af indkomsten. Det blev navnlig fremhævet af Landsskatteretten,

– at udlånet hidrørte fra overdragelse af selskabsdeltagerens debitorer til selskabet.[131]

Ved at henvise til »de foreliggende oplysninger« må Landsskatteretten endvidere have lagt vægt på,

– at udlånet var opstået ved virksomhedsomdannelsen,[132]
– at udlånet senere var nedbragt,[133] og
– at udlånet skulle betales tilbage på anfordring.

Selvom selskabsdeltageren i den foreliggende sag ikke blev beskattet af en fikseret rente, bemærkede Landsskatteretten, at en sådan beskatning efter fast praksis kunne finde sted med hjemmel i SL § 4, litra e.

I sagen SpO 1974, 204 V lagde landsretten udtrykkeligt vægt på, at selskabsdeltagerens tilgodehavende skulle indfries på anfordring. I sagen TfS 1994, 884 LSR må det endvidere som anført ovenfor antages, at Landsskatteretten tillagde denne oplysning betydning. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at selskabsdeltageren ikke blev beskattet af en fikseret rente, allerede fordi udlånet skulle indfries på anfordring. I sagerne TfS 1992, 106 LR og TfS 1992, 107 LR udtalte Ligningsrådets således, at selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret rente, uanset at selskabsdeltagerens tilgodehavende i selskabet skulle indfries på anfordring.

Det blev endvidere i praksis antaget, at et udlån var en normal forretningsmæssig disposition, når selskabsdeltagerens tilgodehavende hidrørte fra stiftelsen af selskabet, og *selskabet kunne have udnyttet et rentefradrag*, jf. sagerne TfS 1994, 136 LSR og TfS 1996, 750 LSR.

---

131. Ligeledes *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 196 og *Ole Bjørn* i SR-Skat, 1995, 14.
132. Se også *Jan Pedersen*, R&R 1995, 5, SM 139, *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33 og *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1996, 661.
133. Se hertil *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33. *Ole Bjørn* anfører i SR-Skat 1996, 6 alene, at tilgodehavendet var opstået ved selskabets stiftelse. Dette synes ikke i sig selv at have været tilstrækkeligt til, at der ikke kunne fikseres en rente af tilgodehavendet, jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).

Sagen TfS 1994, 136 LSR omhandlede en selskabsdeltager, som hovedsageligt havde fået et tilgodehavende på sit selskab i forbindelse med, at han omdannede sin personlige virksomhed til et selskab.

Landsskatteretten lagde afgørende vægt på, om en manglende forrentning var udtryk for en forvridning af indkomsten.[134] Ved vurderingen heraf blev det om mellemregningskontoen oplyste tillagt afgørende betydning.[135] Det anførte om selskabsdeltagerens personlige erhvervsevne og arbejdsindsats blev således anset for at være uden betydning. Dette kan tiltrædes, eftersom disse oplysninger alene havde betydning for spørgsmålet om indkomstens allokering, cfr. indkomstens fiksering.[136] For så vidt angår mellemregningskontoen må Landsskatteretten have lagt vægt på,

- at udlånet var opstået ved virksomhedsomdannelsen,[137]
- at selskabet ikke havde anvendt låneprovenuet til investering i værdipapirer, og
- at selskabet kunne have udnyttet rentefradraget ved at tilrettelægge sine afskrivninger på en anden måde.

Hvis selskabet havde anvendt låneprovenuet til erhvervelse af rentebærende obligationer, således som det blev anført af skattemyndighederne, ville Landsskatteretten måske have beskattet selskabsdeltageren af en fikseret rente, jf. hertil sagen TfS 1990, 83 LSR, der er refereret ovenfor.[138]

Hjemmel til en beskatning af en fikseret indkomst blev i øvrigt af Landsskatteretten – på trods af det af selskabsdeltageren anførte – angivet som SL § 4, litra e.[139]

Landsskatterettens kendelse i sagen TfS 1996, 750 LSR vedrørte ligeledes en selskabsdeltager, som ved omdannelsen af sin personligt drevne virksomhed til

---

134. Ligeledes delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37), *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162 og *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33.
135. Jf. også *Jan Pedersen*, R&R 1995, 5, SM 139 og *Ole Bjørn*, SR-Skat, 1995, 14.
136. Selskabsdeltageren havde bl.a. gjort gældende, at en fikseret rente alene kunne beskattes, såfremt hans personlige erhvervsevne var afgørende for indkomstens erhvervelse, og han reelt var den forpligtede over for kundekredsen med hensyn til indsatsen, og hvor den i selskabet for erhvervsudøvelsen nødvendige kapital var minimal, således at selskabsformen måtte anses for valgt udelukkende med henblik på at undgå personbeskatning af indkomsten.
137. Se også ovenfor om TfS 1994, 884 LSR. I modsætning til TfS 1994, 884 LSR var udlånet ikke opstået på en gang, men derimod ved løbende opsamling af renter og afdrag på et gældsbrev, som hidrørte fra omdannelsen. Jf. også *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1996, 661.
138. Se også TfS 1992, 107 LR, der ligeledes er analyseret ovenfor.
139. Ligeledes *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162

et selskab fik et uforrentet tilgodehavende, som senere blev forrentet med 10 pct. p.a.

Landsskatteretten anførte, at selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret rente, når udlånet fra selskabsdeltageren til selskabet var en unormal forretningsmæssig disposition med henblik på at flytte indkomst fra selskabsdeltageren til selskabet. Denne unormale forretningsmæssige disposition blev af Landsskatteretten under ét betegnet som indkomstforvridning. Ved vurderingen af, om udlånet var udtryk for en indkomstforvridning, lagde Landsskatteretten vægt på det oplyste om selskabets skattemæssige resultater og økonomiske status.[140] Det må antages, at Landsskatteretten herved lagde vægt på,

– at selskabet kunne have udnyttet rentefradraget,

idet selskabet set i forhold til rentens størrelse havde betydelige overskud både før afskrivninger og efter skat i de indkomstår, hvor det ikke betalte en rente. Selskabet havde derfor utvivlsomt kunnet udnytte et rentefradrag.

Hjemmelsspørgsmålet blev indgående behandlet af Landsskatteretten. Det anførtes således, at hjemmel til beskatning af et afkast af en kapital, herunder renter, fandtes i SL § 4, og at der ved CIR nr. 437 af 5/11 1975 var fastsat retningslinjer for beskatning af fiktive renteindtægter. Cirkulæret var ganske vist ophævet ved CIR 1992-14, men denne ophævelse tilsigtede ikke en ændring af den hidtidige praksis. Af det førstnævnte cirkulære fremgik, at skattemyndighederne i almindelighed måtte acceptere den rente, som blev aftalt mellem en hovedaktionær og dennes selskab, men at en korrektion af renten dog ville kunne foretages, hvis der forelå en unormal forretningsmæssig disposition.

Selskabsdeltageren kunne endelig ikke beskattes af en fikseret rente, hvis den med selskabet aftalte forrentning efter en konkret vurdering svarede til *markedsrenten*, jf. sagen TfS 1993, 261 LSR.[141] Sagen omhandlede en selskabsdeltager, som havde en fordring på sit helejede selskab i form af en mellemregningskonto.

Landsskatteretten lagde efter det oplyste om mellemregningskontoen til grund, at udlånet ikke var udtryk for en indkomstforvridning.[142] Ved vurderingen heraf må der være henset til, at selskabsdeltageren næppe kunne have opnået en større forrentning end de aftalte 7 pct. p.a. selv ved et udlån til et uafhængigt selskab.[143] Renten var med andre ord aftalt på armslængde-vilkår.

---

140. Jf. også *Niels Hansen*, R&R 1996, 12, SM 429.
141. Selskabet blev til gengæld beskattet af en fikseret rente vedrørende et udlån til dets søsterselskab, jf. ovenfor 3.1.2.
142. Se hertil *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162.
143. Ligeledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 1993, 316.

Det var, som det ses, uden videre den fremherskende opfattelse hos Ligningsrådet og Landsskatteretten, at der i SL § 4 var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente. I enkelte tilfælde anfægtede selskabsdeltageren hjemmelsgrundlaget uden resultat. I hele perioden fra og med Vestre Landsrets dom i sagen SpO 1974, 204 V til og med Landsskatterettens kendelse i TfS 1996, 750 LSR, blev dette hjemmelsgrundlag så vidt ses ikke anfægtet af domstolene. Østre Landsrets dom i sagen TfS 1995, 180 Ø kan således ikke tages til indtægt for, at landsretten var af den opfattelse, at der hverken i SL § 4 eller andetsteds i skattelovgivningen var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente.[144]

Sagen vedrørte alene spørgsmålet om, hvorvidt beskatningen af en fikseret rente var udtryk for en skønsmæssig forhøjelse.[145] Østre Landsret udtalte herom, at der ikke fandtes nogen lov om, at selskabsdeltageren skulle beskattes af en fiktiv rente af en bestemt størrelse, cfr. en skønsmæssig størrelse. Skatteministeriet havde ganske vist gjort gældende, at det skønsmæssige element var underordnet, idet renten skulle fastsættes på baggrund af en beregning af markedsrenten. Dette synspunkt fandt imidlertid ikke støtte hos landsretten.[146] Landsretten tog derimod ikke stilling til, om der fandtes en lov eller bestemmelse om, at der skulle ske beskatning af en fikseret rente af en skønsmæssig størrelse. Det anførtes alene, at korrektion af selskabsdeltagerens indkomst var en skønsmæssig forhøjelse, cfr. en forhøjelse med et bestemt beløb.

3.2.3 Særlige tilfælde

Landsskatteretten og Ligningsrådet lagde som anført ovenfor vægt på, om et udlån var en normal forretningsmæssig disposition, eller om det var udtryk for en indkomstforvridning. Dette blev ændret ved Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H. Herefter skulle den af selskabsdeltager og selskab aftalte forrentning respekteres i skattemæssig henseende, idet den kun kunne tilsidesættes i »særlige tilfælde«.[147]

De særlige tilfælde, hvor selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret rente, var ikke nødvendigvis de tilfælde, der tidligere af Landsskatteretten eller Ligningsrådet var anset for at være udtryk for en indkomstforvridning i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab. Højesterets syntes tværtom at skærpe prak-

---

144. Anderledes *Jan Pedersen*, R&R 1995, 5, SM 139.
145. Jf. også *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1996, 661.
146. Anderledes for så vidt angår spørgsmålet om indkomstens kvalifikation, hvorom Østre Landsret i TfS 1994, 318 Ø har udtalt, at der i sin helhed er tale om en retlig vurdering, selvom spørgsmålet om, hvor stor en del af indkomsten, der skal have en anden skatteretlig kvalifikation, utvivlsomt indeholder et skønsmæssigt element. Se også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1994, 137. TfS 1994, 318 Ø er omtalt ovenfor 3.2.1.
147. Ligeledes *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 1998, 13.

sis i TfS 1996, 642 H,[148] hvilket senere kom til udtryk i sagerne TfS 1997, 752 H, TfS 1997, 329 V og TfS 1997, 665 V. Ikke en eneste af sagerne førte til, at selskabsdeltageren blev beskattet af en fikseret rente.

Sagen TfS 1996, 642 H omhandlede en selskabsdeltager, som ved omdannelsen af sin personligt drevne virksomhed til et selskab havde fået et uforrentet tilgodehavende, som senere efter aftale med selskabet blev forrentet med 8 pct. p.a.[149]

I modsætning til Landsskatteretten og Ligningsrådet, der hidtil i vidt omfang uden videre havde antaget, at der var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente i SL § 4, diskuterede Højesteret indgående hjemmelsspørgsmålet.

Det anførtes herom for det første, at der havde hersket en betydelig usikkerhed. Herefter anførtes, at der i mangel af »særlig lovgivning« om dette spørgsmål ikke kunne ske fiksering af renteindtægter i videre omfang end angivet i de administrativt fastsatte retningslinjer for dette år.

Det af Højesteret anførte om den manglende »særlige lovgivning« udelukker ikke, at Højesteret har fundet hjemmel til korrektion i SL § 4. Som følge af Højesterets henvisning til delredegørelse af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg må det tværtom fortolkes således, at Højesteret var opmærksom på muligheden for, at der kunne gennemføres en særlig hjemmel til beskatning af fikserede renteindtægter, men at en sådan særlig lovgivning endnu ikke var tilvejebragt. I delredegørelsen blev det således foreslået at fastsætte særlige regler om beskatning af fikserede indkomster, men dette var ikke sket på tidspunktet for Højesterets dom i TfS 1996, 642 H. I den af Højesteret omtalte delredegørelse blev det i øvrigt ligeledes lagt til grund, at der i de tilfælde, hvor en fikseret rente var blevet beskattet, havde være fornøden hjemmel i SL § 4.

Højesteret synes endvidere ved henvisning til de administrative retningslinjer – som alle uden undtagelse var baseret på en forudsætning om, at hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente fandtes i SL § 4 – indirekte at have accepteret denne bestemmelse som et hjemmelsgrundlag.[150] Det kan i hvert fald ikke antages, at Højesteret skulle være af den opfattelse, at der i admini-

---

148. Anderledes så vidt ses *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146, som antager, at det ikke på baggrund af dommen kan antages, at der alene er et snævert område, hvor en fikseret indkomst kan beskattes efter SL § 4.

149. Landsskatterettens kendelse er omtalt af *Flemming Keller Hendriksen*, TfS 1998, 19 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 1996, 6. Østre Landsrets dom (TfS 1995, 798 Ø) er omtalt af *Svend Erik Holm*, R&R 1996, 3, SM 79 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 1996, 6. Se også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 171-173.

150. Ligeledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 1997, 331, SR-Skat 1997, 61 og *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146. Anderledes *Jens Petri*, TfS 1996, 851, *Niels Hansen*, R&R 1996, 12, SM 429, og *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1996, 661.

strative retningslinjer ville være hjemmel til en beskatning, som ikke ville have hjemmel i lov, jf. hertil Grundlovens § 43.[151]

Når det af Højesteret anføres, at der havde været tvivl om hjemmelsgrundlaget, må det derfor navnlig tage sigte på spørgsmålet om, *hvornår* der var tilstrækkelig hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente i henhold til SL § 4, og ikke *om* der var tilstrækkelig hjemmel i SL § 4.[152] Det af Højesteret anførte om den manglende »særlige lovgivning« – cfr. en generel lovgivning som f.eks. SL § 4 – kan derfor næppe tages som udtryk for, at Højesteret havde til hensigt at afvise SL § 4 som hjemmelsgrundlag. Det må dog også erkendes, at Højesteret ikke udtrykkeligt tog stilling til spørgsmålet om, hvor der i de omhandlede »særlige tilfælde« var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente.[153]

Højesteret bemærkninger til hjemmelsgrundlaget må derfor fortolkes således, at der i den generelle lovgivning – SL § 4 – var hjemmel til at beskatte en fikseret rente, men at en sådan rente alene kunne beskattes i særlige tilfælde,[154] og at denne beskatning ikke kunne ske i videre omfang end anført i de administrative retningslinjer for det eller de indkomstår, som beskatningen vedrørte.[155]

Hvis Højesteret havde været af den opfattelse, at der ikke var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente, havde det i øvrigt ikke været nødvendigt at vurdere, om selskabsdeltagers og selskabs aftale om forrentning var et af de særlige tilfælde, hvor aftalen kunne tilsidesættes i skattemæssig henseende og selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret rente. Højesteret vurderede imidlertid indgående, om aftalen kunne tilsidesættes som et særligt tilfælde. Ved vurderingen heraf lagde Højesteret vægt på,

- at lånet var opstået ved virksomhedsomdannelsen,
- at lånet hidrørte fra overdragelsen af det aktiv, som skulle danne grundlag for selskabets fremtidige virksomhed, og
- at det ved overdragelsen af aktivet var usikkert, i hvilket omfang indtægter i

---

151. Jf. også *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146.
152. I delredegørelsen, TfS 1996, 37, anføres, at der er hjemmel til at beskatte fikserede renter med hjemmel dels i SL § 4, litra e, dels i almindelige betragtninger om indkomstens forvridning. Se også *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 435, *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 172.
153. Jf. også *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 403-404, note 97 og TfS 1998, 319. Se hertil *Ole Bjørn*, SR-Skat 1997, 61, der tillige anfører, at Højesteret udtrykkeligt ville have anført, hvis der ikke var hjemmel til beskatning af en fikseret rente i SL § 4.
154. Ligeledes *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146, *Niels Hansen*, R&R 1996, 12, SM 429 og *Svend Erik Holm*, R&R 1996, 11, SM 397.
155. Jf. også *N. Mou Jakobsen*, R&R 1998, 4, SM 121, *Flemming Keller Hendriksen*, TfS 1998, 19 og *Niels Lauesen*, SpO 1996, 281.

selskabet kunne forventes, idet aktivet ikke tidligere var anvendt erhvervsmæssigt.[156]

Det forhold, at Højesteret lagde vægt på, at selskabsdeltagerens tilgodehavende var opstået ved virksomhedsomdannelsen, indeholdt ikke en skærpelse af den hidtidige praksis. Vestre Landsret og Landsskatteretten havde således tidligere tillagt dette betydning.[157]

Højesterets bemærkninger om, at lånet hidrørte fra en overdragelse af et erhvervsmæssigt aktiv, og at det var usikkert, om aktivet ville give et afkast, kan fortolkes således, at Højesteret tillagde det afgørende vægt, at formålet med udlånet ikke var at forskyde en indkomst fra selskabsdeltageren til selskabet. Selskabsdeltageren overdrog efter det oplyste ikke afkastet af en sikker investering til selskabet, således som skattemyndighederne f.eks. gjorde gældende i sagen TfS 1994, 136 LSR.[158] Selskabsdeltageren gav derfor heller ikke ved overdragelsen afkald på en sikker indkomst, ligesom selskabet ikke ved erhvervelsen fik udsigt til en sikker indkomst. Heraf følger, at der ikke blev forskudt nogen sikker indkomst fra selskabsdeltager til selskab på trods af, at selskabsdeltageren ikke opkrævede en rente af det tilgodehavende, som han erhvervede på selskabet ved overdragelsen. Det kunne tværtom anføres, at selskabsdeltageren ved at betinge sig en rente ved overdragelsen af aktivet ville have forvandlet et hidtil usikkert og begrænset afkast i form af indkomst fra den erhvervsmæssige udnyttelse af aktivet til et sikkert og betydeligt afkast i form af en rente hidrørende fra overdragelsen af aktivet, og at dette afkast ville være oppebåret på bekostning af selskabet, der ville have påtaget sig en betydelig renteudgift mod til gengæld at erhverve et usikkert fremtidigt afkast.

Det af Højesteret anførte om forskydningen af indkomsten kan derfor næppe heller anses for at være en skærpelse af den hidtidige praksis.

Når det på trods af ovenstående fastholdes, at Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H skærpede praksis, beror det på, at selskabet ikke kunne have udnyttet et rentefradrag. Efter det i sagen oplyste havde selskabet bortset fra to indkomstår fået et negativt resultat, hvis det skulle have forrentet selskabsdeltagerens tilgodehavende, og egenkapitalen ville i samtlige indkomstår have været negativ. Dette sidste ville have nødvendiggjort en rekonstruktion af selska-

156. Jf. også *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 435, *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1996, 661 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 1997, 61.

157. Se SpO 1974, 204 V samt TfS 1994, 136 LSR og TfS 1994, 884 LSR, der er omtalt ovenfor 3.2.2.

158. Skattemyndighederne fik imidlertid ikke overbevist Landsskatteretten om, at udlånet var anvendt til at erhverve rentebærende obligationer. Se om sagen ovenfor 3.2.2.

bet.[159] I Landsskatterettens og Ligningsrådets hidtidige praksis førte dette som oftest til, at selskabsdeltageren blev beskattet af en fikseret rente.[160] Højesteret afviste imidlertid at tillægge dette vægt med en bemærkning om, at de mulige skattemæssige fordele ved arrangementet ikke i sig selv udgjorde en tilstrækkelig hjemmel til, at selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret indkomst.[161] Det var netop de skattemæssige fordele ved ikke at opkræve en rente, som var afgørende for, at selskabsdeltageren hidtil var blevet beskattet af en fikseret rente, når selskabet ikke i skattemæssig henseende kunne udnytte et rentefradrag.

Den ændring af praksis, der således blev knæsat ved Højesterets dom i TfS 1996, 642 H, blev videreført af Vestre Landsret i sagen TfS 1997, 665 V, som omhandlede en selskabsdeltager, der havde et uforrentet tilgodehavende på sit selskab som følge af, at han havde overdraget en fast ejendom til selskabet.

For så vidt angik spørgsmålet om, hvorvidt der var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret indkomst, henholdt landsretten sig naturligvis til det af Højesteret herom anførte. Selskabsdeltageren kunne derfor alene beskattes af en fikseret rente i særlige tilfælde og kun i det omfang, hvor det var angivet i de administrative retningslinjer for de pågældende indkomstår.

Ved vurderingen af, om selskabsdeltagerens og selskabets aftale om rentefrihed var et særligt tilfælde, tog landsretten hensyn til,

- at afkaldet på forrentning blev ydet inden første rente forfaldt til betaling,
- at selskabet manglende likviditet til at betale renten,[162]
- at betaling af renten ville medføre, at selskabets egenkapital ikke opfyldte lovens mindstekrav, og
- at selskabsdeltageren efterfølgende havde modtaget renter.

Det af landsretten anførte om afkaldet på renten indebærer, at selskabsdeltageren aldrig erhvervede ret til renter på pantebrevet, selvom dette ifølge den oprindelige aftale skulle forrentes. Et afkald som dette, der blev givet inden selskabsdeltageren erhvervede ret på renter, må sidestilles med en oprindelig aftale om rentefrihed.[163]

---

159. Ligeledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 1996, 6.
160. Jf. hertil TfS 1990, 83 LSR og TfS 1994, 410 LSR, hvor selskabet ikke kunne udnytte rentefradraget, og til dels også TfS 1993, 103 LR og TfS 1995, 685 LR, hvor selskabet var økonomisk nødlidende.
161. Jf. også *N. Mou Jakobsen*, R&R 1998, 4, SM 121, *Flemming Keller Hendriksen*, TfS 1998, 19, *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146 og *Svend Erik Holm*, R&R 1996, 11, SM 397.
162. Jf. også *Michael Svanholm*, TfS 1998, 249.
163. Hvis selskabsdeltageren havde erhvervet ret til renterne, skulle afkaldet være behandlet som afkald på en fremkaldt indkomst og dermed ikke som et spørgsmål om, hvorvidt selskabsdelta-

Vestre Landsret anførte herefter udtrykkeligt, at selskabet hverken havde likvider eller egenkapital til at forrente selskabsdeltagerens tilgodehavende. Heraf følger, at selskabet heller ikke i skattemæssig henseende kunne have udnyttet et rentefradrag, og at selskabet til en vis grad måtte anses for at være økonomisk nødlidende – i hvert fald i et sådant omfang, at det måtte have et rentefrit lån hos selskabsdeltageren for at opfylde lovens mindstekrav til egenkapitalen. Som nævnt ovenfor ville dette i Landsskatterettens og Ligningsrådets hidtidige praksis have været tillagt den modsatte betydning. Landsskatteretten og Ligningsrådet havde således anset dette for at være en unormal forretningsmæssig disposition eller udtryk for en indkomstforvridning.[164]

Når det af landsretten endelig blev tillagt betydning, at selskabsdeltageren senere havde fået forrentet sit tilgodehavende, må det antages, at landsretten var af den opfattelse, at selskabsdeltageren – som det også skete – burde have en rente af sit tilgodehavende i det omfang, hvor selskabet var i stand til at forrente dette. Til støtte for en sådan antagelse kan henvises til, at selskabsdeltageren havde overdraget et aktiv, som efter overdragelsen havde givet selskabet et sikkert, fortløbende afkast, mens selskabsdeltageren ikke længere oppebar noget afkast hverken i form af afkast fra ejendommen eller rente fra selskabet. En indkomst blev herved utvivlsomt forskudt fra selskabsdeltageren til selskabet.

I lyset af Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H – og Vestre Landsrets senere dom i sagen TfS 1997, 665 V – er det derfor bemærkelsesværdigt, at Vestre Landsret i sagen TfS 1997, 329 V lagde vægt på selskabsdeltagerens forestilling om, hvorvidt selskabet kunne udnytte et rentefradrag. Sagen vedrørte en selskabsdeltager, som i forbindelse med, at hans selskab renoverede en fast ejendom m.v. udlånte et større beløb rentefrit til sit selskab.

Selskabsdeltageren gjorde for landsretten gældende, at skattemyndighederne ikke havde den fornødne lovhjemmel til beskatning af fikserede renter, idet beskatningen var i strid med Grundlovens § 43 samt det for forvaltningsmyndighederne gældende legalitetskrav. Det tilføjedes, at beskatningen ej heller havde hjemmel i retssædvane eller i offentliggjort forvaltningspraksis. Skattemyndighederne gjorde heroverfor gældende, at der var tilstrækkelig hjemmel til at beskatte en fikseret rente i SL §§ 4-6. Vestre Landsret anførte ikke, hvor der var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente. I kraft af, at omstændighederne vedrørende udlånet blev vurderet, må det imidlertid antages,

---

geren skulle beskattes af en ikke fremkaldt indkomst. I så fald havde selskabsdeltageren skullet beskattes af indkomsten, allerede fordi indkomsten var fremkaldt, jf. også TfS 1990, 214 H, der er omtalt ovenfor III, 6.1.

164. Jf. TfS 1990, 83 LSR, TfS 1993, 103 LR, TfS 1994, 410 LSR og TfS 1995, 685 LR.

at landsretten forudsatte, at der som anført af skattemyndighederne var tilstrækkelig hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente.[165]

Dette følger også af, at Vestre Landsrets henvisning til Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H. Landsretten udtalte, at aftaler om rentefrihed ved en selskabsdeltagers udlån til selskabet ikke kunne tilsidesættes i videre omfang end angivet i de administrative retningslinjer for de pågældende indkomstår.[166] En aftale om rentefrihed måtte endvidere i almindelighed respekteres, men kunne tilsidesættes i særlige tilfælde.

Ved vurderingen af, om selskabsdeltagerens og selskabets aftale om rentefrihed var et særligt tilfælde, blev der taget hensyn til[167]

- at lånet blev ydet rentefrit som alternativ til et lån i et pengeinstitut med selskabsdeltageren som kautionist,
- at lånet blev ydet, fordi svigtende indtægter og uforudsete store udgifter til modernisering og ombygning fordrede tilførsel af yderligere kapital til selskabet,
- at selskabsdeltageren anså selskabets økonomiske problemer for forbigående og
- at det selskabsdeltageren var af den opfattelse at selskabet kunne have udnyttet et rentefradrag.

Af det først anførte om alternativet til selskabsdeltagerens lån og formålet med lånet fremgår, at landsretten lagde vægt på, hvorfor selskabet havde fået et rentefrit lån. Dette kan med en vis ret fortolkes således, at landsretten tillagde det betydning, at selskabsdeltageren ikke ved udlånet havde søgt at forskyde en sikker indkomst fra sig selv og til selskabet. Udlånet var nødvendiggjort af udefra kommende omstændigheder og selskabet fik ikke noget positivt afkast af låneprovenuet. Selskabet havde tværtom fortsat underskud når bortses fra et indkomstår, hvor selskabet solgte sin beholdning af aktier i et andet selskab.[168]

Det er som nævnt ovenfor bemærkelsesværdigt, at landsretten lagde vægt på selskabsdeltagerens vurdering af selskabets økonomiske situation og dermed på selskabets mulighed for at kunne udnytte et rentefradrag i skattemæssig henseende, når Højesteret i sagen TfS 1996, 642 H og Vestre Landsret senere i sagen TfS 1997, 665 V klart har givet udtryk for, at selskabsdeltageren ikke kan beskattes af en fikseret rente, alene fordi selskabet ikke kan udnytte rentefra-

---

165. Ligeledes *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146.
166. Jf. også *N. Mou Jakobsen*, R&R 1998, 4, SM 121.
167. Se også *N. Mou Jakobsen*, R&R 1998, 4, SM 121 og *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146.
168. Låneprovenuet var imidlertid ikke anvendt til anskaffelse af disse aktier, men derimod til renovering af en fast ejendom.

draget. Dette kunne umiddelbart fortolkes således, at der er en uoverensstemmelse mellem på den ene side TfS 1997, 329 V og på den anden side TfS 1996, 642 H og TfS 1997, 665 V. Det er imidlertid mere nærliggende at antage, at landsretten i TfS 1997, 329 V tog hensyn til, at selskabet aldrig blev i stand til at betale en rente af selskabsdeltagerens tilgodehavende, der efter nogle få år blev konverteret til kapitalandele. I modsætning hertil var det i sagen TfS 1996, 642 H usikkert, om selskabet en dag ville få mulighed for at forrente selskabsdeltagerens tilgodehavende, og i TfS 1997, 665 V havde selskabet – som fremhævet af landsretten – efterfølgende forrentet tilgodehavendet. I ingen af de to sidstnævnte sager var tilgodehavendet blevet konverteret til kapitalandele.

I lyset heraf var Skatteministeriets fortolkning i sagen TfS 1997, 752 H, jf. TfS 1997, 778 af Højesterets og landsrettens præmisser næppe fuldt ud retvisende. Skatteministeriet tog i sagen TfS 1997, 752 H bekræftende til genmæle i et tilfælde, hvor en selskabsdeltager havde lånt et beløb til sit selskab på anfordring uden aftale om forrentning eller afdrag.[169]

Skatteministeriet henviste i en kommentar til sagen, TfS 1997, 778, til Told- og Skattestyrelsens genoptagelsescirkulære 1997-23 af 4/7 1997 om fiksering af rente i hovedaktionærforhold, som gav mulighed for genoptagelse af indkomstårene 1993-95. I dette cirkulære opregnedes på baggrund af Højesterets dom af 20/8 1996 (TfS 1996, 642 H) samt Vestre Landsrets dom af 2/4 1997 (TfS 1997, 329 V) nogle nærmere kriterier for, under hvilke omstændigheder der for de pågældende indkomstår kunne ske rentefiksering.

Ifølge cirkulæret talte følgende vejledende momenter for genoptagelse – og dermed for, at selskabsdeltageren ikke skulle beskattes af en fikseret rente:

- Lån af begrænset størrelse.
- Lån modtaget som betaling for overdragelse af fysiske aktiver – herunder som apportindskud ved nystiftelse af selskaber – der ikke tidligere har været anvendt erhvervsmæssigt og/eller, hvor det er usikkert, i hvilket omfang indtægter må forventes.
- Midlertidige lån til afværgning af forbigående økonomiske problemer.
- Rentefriheden eller den lave rente anses forretningsmæssigt begrundet.[170]

I de sager, hvor selskabsdeltageren var blevet beskattet af en fikseret rente, talte følgende vejledende momenter imod genoptagelse:

---

169. Vestre Landsret (TfS 1995, 800 V) havde udtalt, at selskabsdeltageren og selskabet var interesseforbundne parter, og at skatteyderen ikke havde godtgjort, at aftalen om rentefrihed for udlånet til selskabet var forretningsmæssigt begrundet. Se om dommen *Ole Bjørn*, SR-Skat 1996, 6 og *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1996, 661.
170. Som teksten TSS-CIR 1997, 23.

- Længerevarende lån af en vis størrelse.
- Det er på lånetidspunktet klart, at selskabet ikke skattemæssigt vil kunne udnytte sit rentefradrag.
- Selskabet har skattemæssige underskud.
- Pludselig rentefrihed/rentenedsættelse.
- Lånet finansierer ikke i øvrigt erhvervsmæssig virksomhed.
- Selskabsdeltageren har selv optaget rentebærende lån til at finansiere udlånet til selskabet.[171]

I den foreliggende sag vurderede Skatteministeriet, at der ikke var tilstrækkeligt grundlag for at opretholde den foretagne rentefiksering, og valgte derfor at tage bekræftende til genmæle under sagens behandling ved Højesteret. Det blev herved navnlig tillagt vægt, at skatteyderen – i lighed med, hvad der var tilfældet i TfS 1997, 329 V – måtte anse selskabets økonomiske problemer som forbigående og forventede, at selskabets drift på lidt længere sigt igen ville vise sig rentabel. Der blev herved henset til, at bilbranchen generelt var meget konjunkturfølsom og kendetegnedes ved bratte op- og nedgange i omsætningen. Skatteministeriet fandt det derfor heller ikke med tilstrækkelig sikkerhed godtgjort, at det stod skatteyderen klart, at selskabet ikke ville kunne udnytte et rentefradrag. Det bemærkedes i den forbindelse, at selskabet rent faktisk i et vist omfang kunne have udnyttet et rentefradrag, hvis der var foretaget en regulering af de skattemæssige varelagernedskrivninger.[172]

Spørgsmålet om, hvilke sager der burde være genoptaget efter Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H, falder uden for emnets afgrænsning. Det skal derfor alene bemærkes, at der ikke på baggrund af Højesterets og landsrettens praksis kunne stilles krav om, at selskabet ifølge selskabsdeltagerens vurdering skulle være i stand til udnytte et rentefradrag, medmindre selskabsdeltagerens tilgodehavende aldrig blev forrentet.

3.2.4 Omgåelse af skattelovgivningen

Det blev hverken ved Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H eller ved Vestre Landsrets domme i sagerne TfS 1997, 329 V og TfS 1997, 665 V endeligt fastlagt, hvornår aftalen om rentefrihed mellem selskabsdeltageren og selskabet var et særligt tilfælde. Disse afgørelser eksemplificerede således alene nogle former for udlån, der ikke kunne betegnes som særlige tilfælde.

Ved Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H[173] blev fortolkningen af be-

---

171. Som teksten TSS-CIR 1997, 23.
172. Jf. også *Svend Erik Holm*, R&R 1996, 3, SM 79 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 171, note 133.
173. Tidligere Østre Landsrets dom i TfS 1994, 813 Ø. Se om Østre Landsrets dom *Ole Bjørn*,

grebet »særlige tilfælde« imidlertid skærpet,[174] idet de særlige tilfælde blev defineret som situationer, hvor der med de foretagne dispositioner var tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen. Sagen vedrørte en selskabsdeltager, der i forbindelse med overdragelsen af en række udlejningsejendomme til hans moderselskabs datterselskaber – én ejendom til hvert datterselskab – havde fået en række uforrentede tilgodehavender.

Efter skriftlig aftalte mellem selskabdeltageren og moderselskabet var selskabsdeltageren efter opfordring fra moderselskabets bestyrelse, hvilken opfordring skulle fremkomme senest på en bestemt dato, forpligtet til at indskyde op til 27.500.000 kr. af sit tilgodehavende som aktiekapital, heraf 75 pct. som B-aktiekapital og 25 pct. som A-aktiekapital. Det aftaltes endvidere, at tilgodehavendet skulle ansættes til kurs 100 eller den kurs, som selskabets revisor i givet fald måtte finde forsvarlig. For så vidt angik de resterende beløb, forpligtede selskabsdeltageren sig ved samme skriftlige aftale til ikke at kræve disse udbetalt fra datterselskaberne uden samtykke fra bestyrelsen for moderselskabet. Efter forslag fra bestyrelsen i moderselskabet blev det efterfølgende på en generalforsamlingen vedtaget at konvertere selskabsdeltagerens tilgodehavende til ansvarlig kapital i medfør af denne aftale. Samtidig aftaltes det, at selskabsdeltagerens tilbagetrædelseserklæring over for datterselskaberne bortfaldt.

Højesteret anførte for det første, at der hverken i SL § 4 eller andetsteds i skattelovgivningen var taget stilling til, hvorvidt og i givet fald under hvilke omstændigheder en fikseret rente kunne beskattes. Herefter anførte Højesteret, at det i TfS 1996, 642 H var forudsat, at den mellem selskabsdeltager og selskabet aftalte forrentning som hovedregel måtte accepteres, men at den kunne tilsidesættes i særlige tilfælde. Disse særlige tilfælde var ifølge Højesteret de situationer, hvor der med de foretagne dispositioner var tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen.[175] Selskabsdeltageren blev derfor ikke beskattet af en fikseret rente.

Det kan diskuteres, om Højesteret med dommen i TfS 1998, 199 H anførte, at der overhovedet ikke er hjemmel i SL § 4 til at beskatte en fikseret rente, eller om der er hjemmel til at beskatte en fikseret rente i denne bestemmelse, forudsat der foreligger en omgåelse.

SR-Skat, 1995, 14, *Jan Pedersen*, TfS 1995, 81, *Aage Michelsen*, R&R 1995, 2, SM 33 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 174.

174. Ligeledes *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 436 og TfS 1998, 319 samt *Erik Overgaard*, TfS 1998, 207.

175. Jf. også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 364, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 436, *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 1998, 13, JUS 2000, 48, JUS 2001, 24 og JUS 2000, 48, *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284, *Christian Homilius* SpO 2000, 333, *Jens Wittendorff*, SR-Skat 1999, 75, *N. Mou Jakobsen*, R&R 1998, 4, SM 121, *Michael Svanholm*, TfS 1998, 249 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 174.

Ved vurderingen af dette spørgsmål må der lægges vægt på, at Højesteret på den ene side udtalte, at renter af udestående fordringer betragtes som skattepligtig indkomst efter SL § 4, litra e, men at der på den anden side hverken ved denne bestemmelse eller i skattelovgivningen i øvrigt var taget stilling til, hvorvidt og i givet fald under hvilke omstændigheder aftaler om rentefrihed skattemæssigt kunne tilsidesættes i en situation som den foreliggende. Det, at der ikke i SL § 4 ifølge Højesteret er taget stilling til, hvorvidt og i givet fald under hvilke omstændigheder en fikseret rente kan beskattes, kan læses således, at hjemmel ifølge Højesteret ikke findes i denne bestemmelse. På den anden side forudsætter Højesteret samtidig, at en fikseret rente kan beskattes, når der med transaktionen er tilsigtet en omgåelse af »skattelovgivningen«.

Af det almindelige hjemmelskrav følger, at en indkomst ikke kan beskattes, uden at der er lovhjemmel, jf. hertil Grundlovens § 43. En fikseret rente kan derfor heller ikke beskattes, uden at der er hjemmel hertil. Højesteret må derfor have forudsat, at der findes lovhjemmel til beskatning af en fikseret rente, hvis der kan statueres omgåelse. Det forhold, at der er tale om en omgåelse, kan således ikke i sig selv udgøre den tilstrækkelige hjemmel. Dette sidste følger dels af, at det ifølge Højesteret er »skattelovgivningen», der skal være omgået, dels af, at en omgåelse i givet fald kunne være et argument for at beskatte en indkomst, som ikke i øvrigt var skattepligtig. Årsagen til, at der overhovedet kan blive tale om at beskatte en fikseret rente, som ikke er fremkaldt, er, at der i SL § 4, litra e, er hjemmel til at beskatte den fremkaldte rente.[176] Havde det i stedet været antaget, at renter efter dansk ret var skattefri, ville en sådan indkomst ikke kunne være beskattet, alene fordi der med et arrangement var tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen.

Når Højesteret anfører, at der med dispositionen må være tilsigtet en omgåelse af »skattelovgivningen«, må det derfor antages, at en fikseret rente kan beskattes med hjemmel i SL § 4, litra e eller en anden lovbestemmelse, men kun når den ikke aftalte rente er udtryk for en omgåelse af denne lovbestemmelse.[177] Eftersom renter er skattepligtige i medfør af SL § 4, litra e, vil en fikseret rente dog som udgangspunkt skulle beskattes med hjemmel i denne bestemmelse.[178]

Ved vurderingen af, om der i den foreliggende sag var tale om dispositioner med henblik på omgåelse af skattelovgivningen lagde Højesteret til grund,

---

176. Se om den »fremkaldte« indkomst ovenfor III.

177. Jf. også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 141 og *Aage Michelsen*, TfS 2003, 777.

178. Cfr. *Jørgen Juul Andersen & Laila Rasmussen*, SU 2003, 49, der om afgørelsen anfører: »Hvad der med sikkerhed kan udledes af TfS 1998, 199 og forarbejderne til LL § 2 er, at SL § 4 i hvert fald ikke kan benyttes til fiksering af en renteindtægt hos långiver«, og *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 405 og 435 samt TfS 1998, 319, *Erik Overgaard*, TfS 1998, 207 og *Jan Pedersen*, Transfer pricing, 50 og Skatteretten 2, s. 319-320. Anderledes så vidt ses også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 175.

- at selskabsdeltagerens udlån hidrørte fra overdragelsen af ejendommene,
- at selskaberne var indkøbt med henblik på at skulle overtage ejendommene og ikke tidligere havde drevet erhvervsmæssig virksomhed,[179]
- at afkastet af ejendommene ikke gav selskaberne mulighed for at forrente selskabsdeltagerens udlån,
- at selskabsdeltageren kort tid efter ejendommenes overdragelse forpligtede sig til at konvertere sine udlån til ansvarlig indskudskapital, hvilket også skete, samt
- at skattemyndighederne ikke havde anfægtet den af selskabet betalte købesum for ejendommene,[180] og at der derfor ikke var grundlag for at antage, at der i købesummen for ejendommene var indregnet en kapitaliseret forrentning af selskabsdeltagerens udlån.

Det først anførte – at udlånet hidrørte fra overdragelsen af et aktiv, og at afkastet af dette aktiv ikke gav selskabet mulighed for at forrente tilgodehavendet – svarer til, hvad Højesteret anførte i sagen TfS 1996, 642 H. Det må derfor opfattes således, at Højesteret lagde vægt på, at selskabsdeltageren ikke med overdragelsen søgte at forskyde et afkast på ejendommene til selskaberne, idet selskaberne ikke efter erhvervelsen af disse kunne opnå et sådant afkast, at selskabsdeltagerens tilgodehavende kunne forrentes. Selskabsdeltageren havde ganske vist opnået et afkast af ejendommene, men selskaberne var efter det oplyste ikke i stand til at opnå et lignende afkast. Samtidig understregede Højesteret – således som det også blev anført i sagerne TfS 1996, 642 H og TfS 1997, 665 V – at selskabsdeltageren ikke kunne beskattes af en fikseret rente, ene og alene fordi selskaberne ikke i skattemæssig henseende kunne udnytte et rentefradrag.

At selskabsdeltageren ikke havde til hensigt at forskyde en indkomst til selskaberne, synes også at fremgå af, at han kort tid efter overdragelsen forpligtede sig til at konvertere tilgodehavenderne til kapitalandele, og at en sådan konvertering rent faktisk fandt sted. På samme måde må Vestre Landsret som anført ovenfor i sagen TfS 1997, 329 V have lagt vægt på, at selskabsdeltageren konverterede størstedelen af sit tilgodehavende på selskabet til kapitalandele i dette.

---

179. Heraf følger også, at selskaberne ikke havde uudnyttede underskud. Højesteret anfører imidlertid intet herom. Se hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 176.

180. Jf. også *Erik Overgaard*, TfS 1998, 207, som korrekt anfører, at skattemyndighederne ikke længere kunne gøre dette synspunkt gældende på grund af 3-års fristen for skønsmæssige ansættelser i den dagældende SSL § 15, stk. 5.

Højesteret afgjorde endelig, om selskabsdeltageren som påstået af skattemyndighederne i forbindelse med salg af ejendommene til selskaberne forsøgte at camouflere en renteindtægt som en ejendomsavance.[181] Dette var et spørgsmål om indkomstens kvalifikation og ikke om indkomstens fiksering. Højesteret gav således indirekte udtryk for, at en »maskeret« rente kunne være beskattet, hvis den havde været fremkaldt, selvom den var betegnet som en købesum eller en anden skattefri betaling.[182] Hvis renten havde været camoufleret som købesum, havde selskabsdeltageren fremkaldt denne, hvorfor han ikke var blevet beskattet af en fikseret, ikke fremkaldt rente, men derimod af en fremkaldt og ukorrekt kvalificeret rente.[183] Denne mulighed for at ændre den skatteretlige kvalifikation af en fremkaldt indkomst er ikke overraskende. Der findes således en righoldig praksis om netop dette spørgsmål.[184] Højesterets afvisning af dette skal også ses i lyset af, at Østre Landsret netop under hensyntagen til den høje købesum, som kunne indeholde en maskeret rente, havde valgt at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente.[185]

Spørgsmålet om, hvornår der kan antages at være tale om et forsøg på omgåelse af skattelovgivningen, behandles nedenfor XX, 2.1.1.

Efter Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H har der kun været et fåtal afgørelser om beskatning af fikserede renter hos en selskabsdeltager, som er en fysisk person, og som har et rentefrit eller lavt forrentet tilgodehavende hos sit selskab. Praksis herom udgøres af to sager fra Østre Landsret – TfS 1998, 410

---

181. Det var således skattemyndighedernes påstand, at den samlede forrentning var blevet kapitaliseret og tillagt overdragelsessummerne for ejendommene, således at en skattepligtig rente var blevet »maskeret« som salgssum ved at ændre rentens skatteretlige kvalifikation, jf. også *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 432, *Erik Overgaard*, TfS 1998, 207 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 1996, 6.
182. Se hertil *Bent Ramskov*, TfS 1998, 319.
183. Se om sondringen ovenfor I, 3.1.
184. Se f.eks. allerede UfR 1950.7 H, hvor Højesteret fandt, at en dengang skattefri »kursgevinst« reelt var en skattepligtig rente, som kunne beskattes efter SL § 4. Jf. også *Jan Pedersen*, TfS 1995, 81.
185. Østre Landsret anførte herom: »De af sagsøgeren anførte personlige og økonomiske hensyn findes ikke heroverfor at godtgøre, at det usædvanlige arrangement var forretningsmæssigt begrundet og ikke indgivet under hensyn til de skattemæssige fordele, det ville indebære for sagsøgeren at få fremtidige ydelser udbetalt som afdrag og ikke som renter«. Se om landsrettens afgørelse delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37), *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 432 og *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1996, 661. Anderledes *Jan Pedersen*, TfS 1995, 81, der på baggrund af landsrettens dom konkluderer, at en disposition kan tilsidesættes, hvis den er af fiktiv karakter.

Ø og TfS 2000, 524 Ø – der begge afviste at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret indkomst.

Sagen TfS 1998, 410 Ø omhandlede en selskabsdeltager, der som led i et generationsskifte sammen med sin ægtefælle havde afhændet otte faste ejendomme til et selskab, som han kontrollerede i kraft af rådighed over stemmerettigheder. Ved overdragelsen af ejendommene fik selskabsdeltageren et uforrentet tilgodehavende på selskabet.

Ved vurderingen af, om der var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente, henholdt landsretten sig naturligvis til det af Højesteret anførte i sagen TfS 1998, 199 H. En beskatning af en fikseret rente måtte derfor forudsætte, at der med de foretagne dispositioner var tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen.[186]

Landsrettens bedømmelse af, om overdragelsen af de faste ejendomme og udlånet tilsigtede en omgåelse af skattelovgivningen svarede endvidere til, hvad Højesteret lagde vægt på i TfS 1998, 199 H, idet begge sager havde en række lighedspunkter. Det blev således lagt til grund,

- at selskabsdeltagerens udlån hidrørte fra overdragelsen af ejendommene,
- at overdragelsen skete som led i et generationsskifte,
- at afkastet af ejendommene ikke på kort sigt gav selskabet mulighed for at forrente selskabsdeltagerens udlån,
- at selskabsdeltageren skulle have indfriet sit udlån så hurtigt, som selskabets drift tillod det, og at dette faktisk fandt sted, og
- at skattemyndighederne ikke havde anfægtet den af selskabet betalte købesum for ejendommene.

Selskabsdeltageren forsøgte således ikke efter det oplyste at forskyde en indkomst til selskabet, idet selskabet ikke efter erhvervelsen af de faste ejendomme var sikret et fast afkast af en sådan karakter, at det kunne betale en rente af det tilgodehavende, som selskabsdeltageren havde fået ved overdragelsen. Selskabsdeltagerens afkald på en indkomst havde derfor ikke ført til, at selskabet var sikret en lignende sikker indkomst. Landsretten henviste i den forbindelse også til, at selskabet efter aftale indfriede lånet, så snart afkastet af ejendommene gav selskabet mulighed herfor.

Det forhold, at selskabet på kort sigt ikke kunne forrente tilgodehavendet, og dermed heller ikke kunne udnytte et rentefradrag i skattemæssig henseende, var

186. Jf. også *Ole Bjørn*, SpO 1999, 54.

heller ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret rente.[187]

For så vidt angik spørgsmålet om indkomstens kvalificering gjorde landsretten endelig opmærksom på, at skattemyndighederne ikke havde anfægtet de værdier, der var lagt til grund for overdragelsen af de faste ejendomme. Skattemyndighederne kunne derfor ikke nu gøre gældende, at renten var »maskeret« som en købesum eller at en del af købesummen var »maskeret« som rente.[188]

Østre Landsret har endelig afsagt dom i sagen TfS 2000, 524 Ø, der omhandlede en selskabsdeltager, som havde fået et uforrentet tilgodehavende på sit selskab som følge af, at han var indtrådt som debitor på tre at selskabets banklån.

Østre Landsret afviste at underkende hele arrangementet i skattemæssig henseende ud fra en betragtning om, at det ikke havde skatteretlig realitet. Ved afvisningen henviste landsretten til, at skatteyderen faktisk betalte afdrag og renter i henhold til en civilretligt gyldigt stiftet gældspost. Skattemyndighederne fik således ikke medhold i, at der var en sådan forskel på arrangementets formalitet og realitet, at det kunne tilsidesættes. Det aftalte lån og den aftalte forretning var såvel formelt som reelt aftalens indhold.

Ved afgørelsen af, om selskabsdeltageren skulle beskattes af en fikseret rente, lagde landsretten i overensstemmelse med Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H tværtom til grund, at dette måtte forudsætte, at der med de foretagne dispositioner var tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen.[189] Ved vurderingen af, om en sådan omgåelse var tilsigtet, blev det taget i betragtning,

- at selskabsdeltageren ikke modtog renter eller andre modydelser for at kautionere for selskabet,
- at selskabsdeltageren ville sikre selskabets eksistens i en periode, hvor ejendomsmarkedet var dårligt, og
- at denne sikring af selskabet bl.a. skete med henblik på, at selskabet senere kunne supplere selskabsdeltagerens pension.

Østre Landsrets begrundelse indeholder, som det ses, tre led. For det første lagde landsretten vægt på, at selskabsdeltageren ikke fik nogen betaling for at kautionere for selskabets gæld. Ved at overtage gælden fra banken påtog selskabsdeltageren sig derfor uden beregning en forpligtelse, som førte til en besparelse

187. Det samme var allerede antaget af Højesteret i sagen TfS 1996, 642 H og af Vestre Landsret i sagen TfS 1997, 665 V. Se nærmere ovenfor 3.2.3.

188. På samme måde vurderede Højesteret i sagen TfS 1998, 199 H, om selskabsdeltageren havde kapitaliseret renten og tillagt denne selskabernes købesum for ejendommene. Se om sondringen mellem indkomstfiksering og indkomstkvalificering ovenfor I, 3.1.

189. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 606 og TfS 2003, 777.

for selskabet på bekostning af selskabsdeltageren. Heraf fulgte også, at selskabsdeltageren ikke på anden måde – f.eks. ved en anden kvalificering af renten – havde modtaget nogen rente.[190]

Landsretten nøjedes imidlertid ikke med en vurdering af, om selskabsdeltageren på anden måde havde modtaget et beløb, der rettelig burde være kvalificeret som rente.[191] Det blev således også tillagt vægt, at selskabsdeltageren havde behov for at konsolidere selskabet.[192] Baggrunden for denne konsolidering var endelig ikke foretaget af hensyn til at forskyde en indkomst til selskabet, men derimod af hensyn til selskabsdeltagerens senere pensionering. Det beløb, som selskabet måtte indvinde ved, at selskabsdeltageren overtog en del af dets gæld uden at forlange rente herfor, ville således komme selskabsdeltageren til gode på et senere tidspunkt.

3.2.5 Sammenfatning

Praksis om beskatning af fikserede renter ved udlån fra en personlig selskabsdeltager til det selskab, som den pågældende kontrollerer, må på baggrund af ovenstående sammenfattes som en trinvis skærpelse af kravene til, at selskabsdeltageren kan beskattes af en fikseret rente.

Det blev oprindeligt antaget, at selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret rente, blot udlånet til selskabet var uforrentet.[193] Om hjemmelsgrundlaget anførtes intet, og renten blev blot fikseret til en »normal forrentning« uden angivelse af, hvad der ansås for at være normalt.

I midten af 1970'erne blev kravene til beskatning af den fikserede rente skærpet. Praksis lå herefter fast frem til midten af 1990'erne. Det fulgte i denne periode af praksis, at selskabsdeltageren ikke ville blive beskattet af en fikseret rente, hvis udlånet var en normal forretningsmæssig disposition, men omvendt ville blive beskattet af en fikseret rente, når udlånet blev anset for at være udtryk for en indkomstforvridning mellem selskabsdeltager og selskab.[194]

---

190. Jf. også *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834.
191. Cfr. *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834: »Østre landsrets præmisser kan efter min vurdering alene tages til indtægt for, at der foretages en realitetsvurdering i forbindelse med at afdække, om der er tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen. Det er således min vurdering, at Østre landsret bekræfter, at der ved ordene »omgåelse af skattelovgivningen« ved rentefiksering ikke skal forstås andet, end at alle dispositioner skal undergives en realitetsvurdering for at klarlægge, om realiteten er forskellig fra formaliteten«.
192. Se også TfS 1996, 642 H og TfS 1997, 329 V.
193. R&R 1971, SM 5.
194. Jf. SpO 1974, 204 V, TfS 1990, 83 LSR, TfS 1992, 106 LR, TfS 1992, 107 LR, TfS 1993, 103 LR, TfS 1993, 249 LSR, TfS 1993, 261 LSR, TfS 1994, 136 LSR, TfS 1994, 191 LR, TfS 1994, 410 LSR, TfS 1994, 884 LSR, TfS 1995, 685 LSR og TfS 1996, 750 LSR. Se hertil *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 51.

Udlånet var som hovedregel udtryk for en indkomstforvridning,

– når selskabet ikke kunne udnytte et rentefradrag,[195]
– når selskabet ville få begrænset mulighed for at fremføre underskud i henhold til den dagældende LL § 15,[196] og
– når selskabet var økonomisk nødlidende.[197]

Selskabsdeltageren havde med andre ord vanskeligt ved at overbevise Landsskatteretten og Ligningsrådet om, at det var forretningsmæssigt normalt at foretage rentefri udlån til et selskab, hvis økonomiske situation havde en sådan karakter, at det ikke kunne udnytte et rentefradrag og/eller ville have vanskeligt ved at forrente tilgodehavendet.

I tilfælde, hvor selskabet var insolvent, blev selskabsdeltageren derimod ikke beskattet af en fikseret rente.[198] Der blev dog fortsat beregnet og fikseret en rente, som imidlertid først skulle beskattes hos selskabsdeltageren, når selskabet blev solvent og var i stand til at udrede renter.[199]

Bortset herfra blev et rentefrit udlån anset for at være en normal forretningsmæssig disposition,

– når selskabsdeltagerens tilgodehavende hidrørte fra stiftelsen af selskabet som følge af, at selskabsdeltageren havde overdraget sit tilgodehavende hos sine debitorer til selskabet,[200]
– når selskabsdeltagerens tilgodehavende hidrørte fra stiftelsen af selskabet og selskabet kunne have udnyttet et rentefradrag.[201]

Hvis der var aftalt en forrentning, som svarede til markedsrenten, kunne selskabsdeltageren selvsagt ikke beskattes af en højere, fikseret rente, jf. sagen TfS 1993, 261 LSR.

Ole Bjørn anfører i SR-Skat, 1995, 14, at Landsskatteretten havde den holdning, at en manglende forrentning af et tilgodehavende, der hidrørte fra stiftelsen af selskabet, eller som var opstået ved senere overdragelse af formuegoder til selskabet, ikke var udtryk for en forvridning af indkomsten, medmindre der med det rentefri udlån var tilsigtet andre

195. TfS 1990, 83 LSR, TfS 1994, 410 LSR og formentlig også TfS 1992, 106 LR.
196. TfS 1992, 107 LR.
197. TfS 1993, 103 LR og TfS 1995, 685 LR. Medmindre selskabet var insolvent, jf. straks nedenfor.
198. TfS 1993, 249 LSR, TfS 1994, 191 LR, TfS 1994, 410 LSR og TfS 1995, 685 LR.
199. TfS 1994, 191 LR og TfS 1995, 685 LR.
200. SpO 1974, 204 V og TfS 1994, 884 LSR.
201. TfS 1994, 136 LSR og TfS 1996, 750 LSR.

> fordele end den fordel, som selskabet havde fået ved at have kapital rentefrit til rådighed. Det anførte, som støttes på TfS 1994, 136 LSR og TfS 1994, 884 LSR, synes at være mere vidtgående, end der er belæg for i den øvrige praksis, jf. f.eks. TfS 1991, 240 LSR. Selv om Landsskatteretten og Ligningsrådet i en række tilfælde utvivlsomt *bl.a.* lagde vægt på, at tilgodehavendet hidrørte fra stiftelsen af selskabet, synes de ovenfor anførte momenter at have haft større betydning.[202]

Der herskede ikke i denne periode megen tvivl hos Ligningsrådet eller Landsskatteretten om hjemmelsgrundlaget for at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente. I mange sager blev hjemmelsgrundlaget uden videre angivet som SL § 4,litra e,[203] uden hensyntagen til, om selskabsdeltageren havde gjort indsigelse mod denne bestemmelse som hjemmelsgrundlag eller ej.[204] I en stor del af de sager, hvor selskabsdeltageren blev beskattet af en fikseret indkomst, blev der imidlertid end ikke henvist til noget hjemmelsgrundlag.[205]

> Østre Landsrets dom i sagen TfS 1995, 180 Ø kan ikke tages til indtægt for, at landsretten havde en anden opfattelse. Landsretten tog alene stilling til, om en beskatning af en fikseret rente var en skønsmæssig forhøjelse eller en forhøjelse med et bestemt beløb.

Renten blev som udgangspunkt fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct.[206] Denne rente blev imidlertid fraveget, når der var konkrete holdepunkter for at anvende en anden rente. Sådanne holdepunkter forelå for det første, når selskabsdeltageren havde optaget et lån med henblik på at videreudlåne provenuet til sit selskab, som herefter investerede dette i værdipapirer.[207] Renten blev i så

---

202. Se hertil også sagen UfR 1982.1002 H, hvor Højesteret statuerede, at en pristalsregulering af selskabsdeltagerens uforrentede tilgodehavende hidrørende fra stiftelsen af selskabet måtte anses som en udlodning af udbytte, jf. LL § 16 A. Skattemyndighederne havde samtidig beskattet selskabsdeltageren af en fikseret rente på 8 pct. p.a., samtidig med at selskabet fik fradrag for dette beløb. Disse korrektioner blev ikke pådømt af Højesteret, jf. også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 356.
203. I nogle tilfælde blot som SL § 4.
204. TfS 1992, 106 LR, TfS 1993, 249 LSR, TfS 1994, 136 LSR, TfS 1994, 884 LSR og TfS 1996, 750 LSR.
205. TfS 1990, 83 LSR, TfS 1992, 107 LR, TfS 1993, 103 LR, TfS 1994, 191 LR, TfS 1994, 410 LSR og TfS 1995, 685 LR. Det er bemærkelsesværdigt, at den eneste af de her nævnte sager, hvor selskabsdeltageren blev beskattet af en fikseret rente, og hvor hjemmelsgrundlaget er angivet som SL § 4, litra e, er sagen TfS 1992, 106 LR. Sagerne TfS 1993, 249 LSR, TfS 1994, 136 LSR, TfS 1994, 884 LSR og TfS 1996, 750 LSR førte ikke til, at selskabsdeltageren blev beskattet af en fikseret rente.
206. TfS 1992, 106 LR, TfS 1994, 410 LSR og TfS 1995, 685 LR. Jf. også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 50.
207. TfS 1990, 83 LSR.

fald fikseret til den rente, som selskabsdeltageren betalte for sit lån. Renten blev ligeledes fikseret til den rente, som selskabsdeltageren betalte for sit lån, når selskabsdeltageren havde overtaget fordringen på selskabet som kautionist, og derfor betalte rente til selskabets hidtidige kreditor.[208] En fiksering svarende til diskontoen med tillæg af 4 pct. blev endelig fraveget i et tilfælde, hvor der mellem selskabsdeltagere og selskaber var aftalt en anden forrentning, men forrentningen efter fælles overenskomst skulle nedsættes til 0 pct. Renten blev da fikseret til den oprindeligt aftalte forrentning mellem selskabsdeltagere og selskaber, formentlig under indtryk af, at ingen af selskabsdeltagerne kontrollerede selskabet, og at denne rente derfor kunne antages at være fastsat på armslængde-vilkår.[209]

Ved Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H blev praksis på ny skærpet, således at selskabsdeltageren alene kunne beskattes af en fikseret rente, når aftalen mellem selskabsdeltager og selskab om et rentefrit udlån var et særligt tilfælde.[210] Denne nye praksis blev herefter fulgt i et par år.[211] Det var ikke et særligt tilfælde,

- når selskabsdeltagerens tilgodehavende på selskabet hidrørte fra overdragelsen af et aktiv, hvis fremtidige afkast var usikkert,[212] og
- når selskabet havde vanskeligt ved at forrente tilgodehavendet, medmindre det var åbenbart for selskabsdeltageren, at selskabet ingensinde ville kunne forrente tilgodehavendet.[213]

Det var næppe en skærpelse af praksis, at selskabsdeltageren ikke skulle beskattes af en fikseret rente, når tilgodehavendet hidrørte fra overdragelsen et aktiv, som havde et usikkert fremtidigt afkast. Vestre Landsret og Landsskatteretten var som anført ovenfor nået til samme resultat, når det overdragne aktiv var en beholdning af (usikre) debitorer.[214]

---

208. TfS 1992, 107 LR.
209. TfS 1993, 103 LR.
210. Cfr. *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16 om tiden før Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H: »Praksis havde udviklet sig herhen, at udlåner skulle beskattes af en fikseret rente, idet det blev forudsat, at der var hjemmel i Statsskattelovens (SL) § 4″. Denne praksis var, som det ses, forladt længe inden, idet renten alene kunne fikseres, hvor der forelå »særlige omstændigheder«.
211. TfS 1997, 329 V, TfS 1997, 665 V og TfS 1997, 752 H.
212. TfS 1996, 642 H.
213. TfS 1997, 329 V og TfS 1997, 665 V.
214. SpO 1974, 204 V og TfS 1994, 884 LSR. I sagen SpO 1974, 204 V anføres, at selskabsdeltageren selv næppe ville have fået noget afkast af debitorbeholdningen i form af en rente. Der er ikke i sagen TfS 1994, 884 LSR oplysninger om debitorerne og det forventede afkast af fordringerne på disse.

Til gengæld var det klart en skærpelse af praksis, at selskabsdeltageren som udgangspunkt ikke kunne beskattes af en fikseret rente, når selskabet ikke kunne udnytte et rentefradrag. Forskellige afskygninger af denne tankegang og heraf afledte betragtninger om skattemæssige fordele for selskabsdeltager og selskabet havde tidligere været kernen i beskatningen af en fikseret rente.[215] Resultatet heraf udeblev ikke: Skattemyndighederne tabte samtlige sager om beskatning af fikserede renter i forholdet mellem selskabsdeltagere, der er fysiske personer, og deres selskaber.

Hjemmelsspørgsmålet blev indgående prøvet af Højesteret. Som anført ovenfor må det af Højesteret anførte fortolkes således, at der – når der endelig var tale om et særligt tilfælde – ville være hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret rente i SL § 4, litra e.[216]

Praksis blev senest skærpet ved Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H, idet Højesteret fortolkede de særlige tilfælde som de situationer, hvor der med dispositionerne mellem selskabsdeltager og selskab var tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen. Som nævnt ovenfor antages det også på baggrund af denne afgørelse, at hjemmel til beskatning af en fikseret rente i tilfælde af omgåelse af skattelovgivningen må findes i SL § 4, litra e.[217]

Ved vurderingen af, om selskabsdeltager og selskab havde omgået skattelovgivningen, er der i sagen TfS 1998, 199 H og de efterfølgende sager TfS 1998, 410 Ø og TfS 2000, 524 Ø blevet lagt vægt på,

- om selskabsdeltagerens tilgodehavende på selskabet hidrørte fra overdragelsen af et aktiv, og om afkastet af dette aktiv gav selskabet mulighed for at forrente selskabsdeltagerens tilgodehavende,[218] samt
- om selskabsdeltagerens tilgodehavende af hensyn til selskabsdeltagerens sikring af sin hidtidige investering var etableret med henblik på at konsolidere selskabet i en periode, hvor det havde økonomiske vanskeligheder, og derfor ikke kunne forrente selskabsdeltagerens tilgodehavende.[219]

Når det anføres, at praksis blev skærpet med Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H, er det derfor en sandhed med modifikationer. De momenter, som Højesteret og senere Østre Landsret har tillagt betydning, er således ikke anderledes

---

215. Jf. navnlig sagerne TfS 1990, 83 LSR og TfS 1994, 410 LSR samt til dels også sagerne TfS 1992, 107 LR, TfS 1993, 103 LR og TfS 1995, 685 LR.
216. Se ovenfor 3.2.3.
217. Se ovenfor 3.2.4. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 603. Se hertil *J.O. Engholm Jacobsen* i Skatteretten 1, s. 352, der anser det for givet, at en fikseret renteindtægt kan beskattes, men at det er uklart, »... hvad hjemlen til beskatning i givet fald skulle være«.
218. TfS 1998, 199 H og TfS 1998, 410 Ø.
219. TfS 2000, 524 Ø.

end de momenter, som Højesteret allerede tillagde betydning i TfS 1996, 642 H, og Vestre Landsret tillagde betydning i TfS 1997, 329 V og TfS 1997, 665 V.

Ingen af sagerne førte i øvrigt til, at selskabsdeltageren blev beskattet af en fikseret rente. Det er derfor endnu ikke i praksis defineret, hvornår der foreligger en sådan omgåelse af skattelovgivningen, at selskabsdeltageren kan beskattes af en fikseret rente.[220] Selvom sagerne var kendetegnet ved, at selskabsdeltageren ikke havde forskudt et sikkert afkast til selskabet, kan det heller ikke antages, at en sådan indkomstforskydning i sig selv efter Højesterets og landsretternes praksis vil blive anset for at være en omgåelse af skattelovgivningen.

Det udstedte genoptagelsescirkulære, TS-CIR 1998-33, hvorefter skattesubjekter, der havde fået fikseret en rente i strid med den opfattelse af gældende ret, som Højesteret gav udtryk for i TfS 1998, 199 H, kunne få genoptaget deres skatteansættelser, præciserede heller ikke, hvornår der foreligger forsøg på omgåelse. I cirkulærets pkt. 2.2. anførtes dog følgende:

»I de tilfælde, hvor skattemyndighederne har lagt til grund, at den økonomiske fordel er at anse som udbytte, er der en formodning for, at der foreligger omgåelse, og ansøgninger om genoptagelse kan som udgangspunkt ikke imødekommes«.

Et forsøg på omgåelse må derfor antages at foreligge i de tilfælde, hvor den økonomiske fordel ved en lav eller ingen forretning er at anse som udbytte for selskabsdeltageren.[221] Hjemmel til beskatning må da søges i LL § 16 A.[222]

Det kan også diskuteres, om der er hjemmel til fiksering af renter i tilfælde, hvor en selskabsdeltager yder sit underskudsgivende selskab et rentefrit lån, således at selskabet får mulighed for at udnytte sit underskud. Efter at sådanne underskud nu kan fremføres uden tidsbegrænsning, synes det vanskeligt at definere dette som et forsøg på omgåelse.[223] I de hidtidige sager blev der således lagt afgørende vægt på, at underskuddet ellers var gået tabt.

Som det vil ses nedenfor XX, 2.1, er det vanskeligt at konstruere et eksempel på omgåelse, som kan føre til, at en fikseret rente bliver beskattet.

Som noget nyt blev det endelig i sagerne TfS 1998, 199 H, TfS 1998, 410 Ø og

---

220. Se hertil *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 605 og R&R 2003, SM 2 samt *J.O. Engholm Jacobsen* i Skatteretten 1, s. 352.
221. Se formentlig også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 605.
222. Som anført af *Aage Michelsen*, TfS 2003, 777 er eksemplet ikke velvalgt, eftersom et maskeret udbytte kan beskattes med hjemmel i LL § 16 A, uanset om der er tale om en omgåelse eller ej.
223. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 606.

TfS 2000, 524 Ø undersøgt, om selskabsdeltageren på anden måde havde søgt at camouflere en fremkaldt rente som en anden type indkomst. Dette spørgsmål om indkomstens kvalificering afskar imidlertid hverken Højesteret eller Østre Landsret fra samtidig at prøve, om selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret rente, der ikke var fremkaldt.

Det har været søgt at forklare Højesterets dom i TfS 1998, 199 H – og TfS 1998, 238 H – med en henvisning til den såkaldte realitetsgrundsætning.[224] Også Østre Landsrets dom i TfS 2000, 524 Ø er udlagt som et bevis for, at en rente alene kan fikseres i medfør af den såkaldte realitetsgrundsætning.[225]

> Dette forudsætter, at der er en klar uoverensstemmelse mellem den formelle aftale, dvs. aftalen om rentefrihed eller lavere forretning end sædvanligt, og realiteterne. Det antages, at en sådan uoverensstemmelse f.eks. forefindes, hvor rentefriheden modsvares af andre indtægter eller på anden måde har betydning for indkomstopgørelsen ud over den blotte rentefrihed.[226] For så vidt angår sagerne TfS 1998, 199 H og TfS 1998, 238 H anføres, at selve afkaldet på renteindtægterne ikke kunne tilsidesættes efter realitetsgrundsætningen, idet dispositionens formelle indhold – rentefriheden – svarede til realiteten, som også var rentefrihed. Såvel dispositionens formelle som reelle indhold var således, at långivers sædvanlige økonomiske fortjeneste ved udlån ikke var fremkaldt.[227]

Denne opfattelse kan imidlertid ikke tiltrædes.

For det første er Højesterets og Østre Landsrets domme, som påvist ovenfor, ikke en skelsættende ændring af den hidtidige praksis, men derimod det sidste led i en længerevarende udvikling, hvor kravene til beskatning af fikserede renter gradvist blev skærpede. Afgørelserne kan derfor ikke udlægges således, at praksis inden Højesterets dom i TfS 1998, 199 H er uden betydning eller fuldt ud er tilsidesat.[228] Navnlig Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H og Vestre Landsrets domme i sagerne TfS 1997, 329 V og TfS 1997, 665 V, må ses i sammenhæng med Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H og Østre Landsrets domme i sagerne TfS 1998, 410 Ø og TfS 2000, 524 Ø. Spørgsmålet om, hvorvidt realitetsgrundsætningen finder anvendelse, kan derfor ikke afgøres med en henvisning til blot to sager.

Ved vurderingen af, om en fikseret rente alene kan beskattes i medfør af den

---

224. Således *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 50, Skatteretten 2, s. 319-320, TfS 2001, 284 og R&R 2000, 2, SM 32, *Christian Homilius* SpO 2000, 333 og *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 431-439, TfS 1998, 319 og TfS 2000, 834.
225. *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 438 og TfS 2000, 834.
226. Som teksten *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 37.
227. Jf. *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 37.
228. Anderledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 52.

såkaldte realitetsgrundsætning, bemærkes for det andet, at der ikke i nogen af de ovenfor nævnte sager *alene* blev foretaget en vurdering af aftalens form og indhold. Når Højesteret i TfS 1998, 199 H udtalte, at der ikke var grundlag for at fastslå, at der i købesummerne var indregnet en kapitaliseret forretning af tilgodehavendet, kan det således ikke tages som udtryk for, at Højesteret ved afgørelsen af, om en fikseret rente kunne beskattes, *alene* lagde vægt på, om der reelt blev betalt en rente, som ikke formelt var aftalt.[229] Højesteret tog herved alene stilling til, om en del af det beløb, der var kvalificeret som betaling for ejendommene, i stedet burde være kvalificeret som en rente, hvilket havde været tilfældet, såfremt der i salgssummen for ejendommene var indregnet en kapitaliseret rente.[230]

> Dette synes at fremgå af, at skattemyndighederne i proceduren gjorde gældende, at selskabsdeltageren solgte ejendommene til selskaberne, og at han – da han ikke skulle beskattes en eventuel fortjeneste – kunne fastsætte en høj salgssum. Skattemyndighederne gjorde derfor gældende, at den normale forrentning af hans tilgodehavende var kapitaliseret og begrundede de høje købesummer, således at en for ham skattepligtig renteindtægt var blevet konverteret til en skattefri avance.

Dette sidste er som nævnt ovenfor er et spørgsmål om indkomstens kvalifikation, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt den indkomst, der fremstod som et afdrag, reelt var en rente. På dette område ville der klart være grundlag for en tilsidesætte dele af aftalen, dersom de betalte afdrag kun formelt havde været afdrag, men reelt havde været renter. Spørgsmålet om, hvorledes den fremkaldte indkomst kvalificeres, er imidlertid ikke det samme som spørgsmålet om, hvorvidt selskabsdeltageren kunne have været beskattet af en fikseret rente, som ikke var fremkaldt.[231] Det må herved erindres, at en ændret kvalifikation af afdraget, således at dette delvist blev anset for at være en rente, ikke ville have beskattet selskabsdeltageren af en fikseret indkomst, men blot ændret en del af den *fremkaldte skattefri* indkomst til at være en *fremkaldt skattepligtig* indkomst.

Højesteret vurderede som nævnt derudover for det tredje, om selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret rente, som ikke var fremkaldt.[232] Heller ikke dette fandt Højesteret grundlag for under henvisning til, at det til selskabet

---

229. Anderledes *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 437-438 og TfS 2000, 834.
230. Anderledes *N. Mou Jakobsen*, R&R 1999, 4, SM 121, som antager, at skattemyndighederne henviste hertil, fordi ejendommene blev anset for at være overdraget til overpris, men at en korrektion af denne pris ikke var sket tids nok.
231. Se herom ovenfor I, 3.1.
232. Se hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 178, der finder det »betænkeligt« at anlægge en fortolkning, hvorefter realitetsgrundsætningen fandt anvendelse, i en situation, hvor ordet realitet »netop ikke indgår i Højesterets præmisser«.

overdragne aktiv ikke kunne forventes at give et sikkert afkast. Selskabsdeltageren havde derfor ikke flyttet et sikkert afkast fra sin formuesfære til selskabets formuesfære.

Det samme kan anføres om Østre Landsrets dom i TfS 2000, 524 Ø. Østre Landsret tog også i denne afgørelse hensyn til, om selskabsdeltageren havde modtaget betalinger, der var kvalificeret på en anden måde end renter, men som burde være kvalificeret som en rente. I fald dette havde været tilfældet må det antages, at landsretten ville have ændret den foretagne kvalifikation, således at en fremkaldt – eventuelt skattefri – indkomst, der fremstod som f.eks. et afdrag, var blevet ændret til en fremkaldt skattepligtig rente. Derudover tog landsretten stilling til, om selskabsdeltageren kunne beskattes af en fikseret rente, som ikke var fremkaldt. Ved denne bedømmelse blev der som nævnt lagt vægt på, at selskabet ikke var i stand til at udrede renter til selskabsdeltageren, og at selskabsdeltagere med det rentefri udlån søgte at tage vare på sine fremtidige økonomiske interesser i selskabet.

For det fjerde og sidste må det som tidligere anført understreges, at der ikke er nogen forskel på den formelt aftalte rentefrihed og dispositionernes realitet, eftersom den aftalte forrentning – eller mangel på samme – såvel formelt som reelt er låneaftalens indhold.[233]

3.3 Lån fra et selskab til en personlig selskabsdeltager

Praksis om lån fra selskaber til selskabsdeltagere, der er fysiske personer, er beskeden. Der findes således alene fire afgørelser om dette spørgsmål (nedenfor 3.3.1). Årsagen hertil er selvsagt, at sådanne lån som hovedregel har været ulovlige siden 1982, jf. aktieselskabslovens § 115 og anpartsselskabslovens § 49.[234] De inden da eksisterende lån skulle være afviklet inden den 1/1 1993. Uanset om udlånet er lovligt eller ulovligt, er selskabet i praksis blevet beskattet af en fikseret rente.[235]

Det er vanskeligt at udlede noget sikkert af retspraksis om beskatning af fikserede renter ved udlån fra et selskab til en personlig selskabsdeltager. Så vidt ses blev det oprindeligt uden videre antaget, at selskabet kunne beskattes af en fikseret rente, allerede fordi selskabet havde udlånt et beløb *rentefrit* til sel-

233. Jf. også *Aage Michelsen*, TfS 2003, 777.

234. Sådanne lån var lovlige i perioden 1973-82. Se også redaktionel artikel i SpO 1989, 14. Lån fra datter- til moderselskaber er fortsat lovlige, jf. aktieselskabslovens § 115 a og anpartsselskabslovens § 50. Se nærmere om aktionærlån *Jan Schans Christensen*, Kapitalselskaber, s. 321-333.

235. Se også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).

skabsdeltagere, som beherskede selskabet, jf. sagerne TfS 1984, 13 LSR og TfS 1990, 276 LSR.

Sagen TfS 1984, 13 LSR[236] omhandlede to selskabsdeltagere – en kvinde og hendes samlever – som havde optaget et lån i et selskab, som de i fællesskab beherskede. Formålet med lånet var ikke oplyst.[237]

Landsskatteretten lagde til grund, at selskabsdeltageren kontrollerede selskabet i fællesskab med nærstående, og at den manglende forrentning var et udslag af denne dominerende indflydelse. Bortset herfra blev der ikke angivet nogen begrundelse for, at selskabet skulle beskattes af en fikseret rente. Det blev således ikke anført, om udlånet var en unormal forretningsmæssig disposition eller udtryk for en indkomstforvridning.[238]

Selskabet fik endelig fradrag for et beløb svarende til den fikserede rente, idet selskabsdeltagernes rentefordel blev anset for at være et tillæg af lønmæssig karakter. Skattemyndighederne havde så vidt ses ikke gjort gældende, at selskabsdeltagerne skulle beskattes af rentefordelen. Resultatet af korrektionerne blev derfor så vidt ses skattemæssigt neutralt, idet selskabet fik et fradrag af samme størrelse som den fikserede rente.[239]

Landsskatteretten tog ikke stilling til, i hvilken bestemmelse der var hjemmel til at beskatte selskabet af en fikseret rente. Renten blev fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct.

I den anden sag, TfS 1990, 276 LSR, var der så vidt ses enighed om, at selskabet kunne beskattes af en fikseret rente, hvis det havde udlånt et beløb rentefrit til selskabsdeltagerne. Landsskatteretten skulle derfor primært tage stilling til, om selskabet som komplementar i et kommanditselskab, hvor selskabsdeltagerne var kommanditister, havde ydet et lån til selskabsdeltagerne, når det ikke hævede sine overskudsandele.[240]

Landsskatteretten lagde efter det oplyste til grund, at forholdet havde karakter af et lån til selskabsdeltagerne. Der blev herved henset til, at tilgodehavendet ikke regnskabsmæssigt var blevet behandlet som indskudskapital, og at det ikke

---

236. LSRM 1984, 5.
237. Jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).
238. Jf. hertil Landsskatterettens og Ligningsrådets samtidige praksis ved udlån mellem selskaber, ovenfor 3.3.1, eller ved udlån fra en personlig selskabsdeltager til et selskab, ovenfor 3.3.2.
239. Se også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 355.
240. Se hertil delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37). Jf. også om dette spørgsmål sagen T&S Nyt 1991, 644 Ø, hvor landsretten nåede frem til, at de til selskabsdeltageren udbetalte beløb i skattemæssig henseende måtte anses for at være en forhåndsudlodning af et forventet likvidationsprovenu. Eftersom selskabet herved ikke havde foretaget udlån til selskabsdeltageren, kunne det selvsagt ikke beskattes af en fikseret rente.

havde påvirket fordelingen mellem parterne. Det blev herefter anført, at selskabet skulle beskattes af en fikseret rente, og at selskabsdeltagernes fordel ved ikke at betale rente skattemæssigt skulle behandles som et maskeret udbytte. Om baggrunden for, at selskabet skulle beskattes af en fikseret rente, anførtes intet. Landsskatteretten gav navnlig ikke udtryk for, om udlånet var en unormal forretningsmæssig disposition eller udtryk for en indkomstforvridning.[241]

Hjemlen til at beskatte selskabet af en fikseret rente blev heller ikke anført. Renten blev fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct.

Havde udlånet karakter af et underslæb, blev det dog så vidt ses antaget, at selskabet ikke skulle beskattes af en fikseret rente, jf. sagen LSRM 1985, 6 hvor lånet til selskabets tidligere direktør, som var gift med selskabsdeltageren, var etableret på en måde, som nærmede sig underslæb.[242]

Efter Landsskatterettens kendelser i LSRM 1985, 6, TfS 1984, 13 LSR og TfS 1990, 276 LSR, har der alene været to afgørelser om beskatning af fikserede renter hos et selskab, som har udlånt kapital rentefrit til selskabsdeltagerne.

Den første sag – TfS 1999, 516 LSR – omhandlede et anpartsselskab, der som kommanditist i et kommanditselskab havde fået et overskud, som henstod på en mellemregningskonto, der ikke blev forrentet. Anpartsselskabet solgte sin andel af kommanditselskabet til sin personlige eneanpartshaver. Skattemyndighederne sidestillede herefter mellemregningskontoen med et aktionærlån og beskattede selskabet af en fikseret rente.

Landsskatteretten fandt under henvisning til TfS 1998, 199 H og TfS 1998, 238 H, at det uforrentede tilgodehavende ikke tilsigtede en omgåelse af skattelovgivningen. Der var derfor ikke grundlag for at beskatte selskabet af en fikseret rente.[243]

Denne anden sag – TfS 2003, 500 LSR – førte heller ikke til, at selskabet blev beskattet af en fikseret rente. Sagen omhandlede et selskab, der havde et tilgodehavende på sine fire personlige selskabsdeltagere, som følge af, at selskabet og selskabsdeltagerne havde indgået et forlig i en sag om selskabstømning. I forventning om, at selskabet og selskabsdeltagerne ville kunne gøre regres mod deres rådgivere, havde selskabet betalt hele det skyldige beløb og dermed fået et uforrentet tilgodehavende på selskabsdeltagerne. På det tidspunkt, hvor det blev klart, at selskabsdeltagerne og selskabet ikke ville kunne gøre regres for hele

---

241. Anderledes som nævnt ovenfor Landsskatterettens og Ligningsrådets samtidige praksis om udlån mellem selskaber (ovenfor 3.3.1) og om udlån fra en personlig selskabsdeltager til et selskab (ovenfor 3.3.2).

242. Jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37). Anderledes *Ole Bjørn*, SpO 1992, 334, der anser undladelsen af forrentningen for at være forretningsmæssigt begrundet.

243. Se også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 390.

beløbet, indbetalte de personlige selskabsdeltagere et forholdsmæssigt beløb svarende til det forventede tab.

Skattemyndighederne søgte forgæves at beskatte selskabet af en fikseret rente i henhold til LL § 2, stk. 1. Ifølge Landsskatteretten kunne LL § 2, stk. 1, imidlertid ikke finde anvendelse, idet interessefællesskabet mellem selskab og selskabsdeltagere ikke opfyldte betingelserne i LL § 2, stk. 2.[244]

Landsskatteretten tog ikke derudover udtrykkelig stilling til, om der var hjemmel til at beskatte selskabet af en fikseret rente i medfør af SL § 4, litra e, eller andre bestemmelser i skattelovgivningen. Spørgsmålet herom var hverken rejst af skattemyndighederne eller selskabet. Landsskatterettens kendelse kan derfor opfattes således,

– at der ifølge Landsskatteretten ikke var hjemmel til beskatning af en fikseret rente ved udlån fra et selskab til en selskabsdeltager i SL § 4, litra e, eller andetsteds i skattelovgivningen, bortset fra LL § 2,
– at der i den konkrete sag som følge af sagens omstændigheder ikke var hjemmel til en sådan korrektion, idet der ikke med de foretagne dispositioner var tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen, jf. hertil TfS 1998, 199 H, eller
– at Landsskatteretten ikke tog stilling hertil, idet sagen alene vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt LL § 2 kunne finde anvendelse.

Der kan anføres argumenter for alle tre synspunkter. Til støtte for det første synspunkt kan anføres, at Landsskatteretten lagde til grund, at »... ligningslovens § 2 er en lovfæstelse af den praksis vedrørende rentefiksering, der blev anset for ulovhjemlet ved Højesterets dom trykt i TfS 1998.199«. Det af Landsskatteretten anførte kan tages som udtryk for, at Landsskatteretten er af den opfattelse, at hjemmel til beskatning af fikserede renter ved udlån fra selskab til selskabsdeltager nu alene findes i LL § 2.

Til støtte for det andet synspunkt kan henvises til, at selskabet efter Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H alene kan beskattes af en fikseret rente, når der med de foretagne dispositioner var tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen. De i sagen foretagne dispositioner kunne ikke betragtes som en omgåelse af skattelovgivningen, jf. også sagerne TfS 1996, 642 H og TfS 1997, 329 V.[245]

Således som sagen var forelagt, forekommer det imidlertid mest nærliggende at konstatere, at Landsskatteretten ikke tog stilling til dette spørgsmål, eftersom Landsskatteretten alene skulle tage stilling til, om selskabet kunne beskattes af en fikseret rente i henhold til LL § 2, stk. 1.

---

244. Se herom ovenfor VIII, 4.2 og VIII, 6.3.
245. Se nærmere ovenfor 3.2.3 og 3.2.4.

På baggrund af ovenstående kan det derfor ikke antages, at Landsskatteretten ved kendelsen i TfS 2003, 500 LSR tog stilling til, hvorvidt der er hjemmel til at beskatte selskabet af fikserede renter uden for anvendelsesområdet for LL § 2.[246]

> I tilfælde, hvor selskabsdeltageren har betalt en rente, kan selskabet selvsagt ikke beskattes af en fikseret rente, forudsat den betalte rente er aftalt på armslængde-vilkår. For selskabsdeltageren og selskabet indebærer dette, at selskabsdeltageren alt andet lige kan fradrage den aftalte rente, og at selskabet alt andet lige skal beskattes af denne. Dette forudsætter dog, at udlånet anerkendes i skattemæssig henseende, jf. sagen TfS 1997, 506 H, hvor en selskabsdeltager havde et betydeligt tilgodehavende i et selskab, der var stiftet på Jersey. Eftersom selskabet på Jersey var et lovligt oprettet selskab, og idet lånets skatteretlige kvalifikation som lån ikke kunne anfægtes, afviste Højesteret i det hele at underkende arrangementet.[247]

Det må på baggrund af ovenstående antages, at et selskab oprindeligt blev beskattet af en fikseret rente, hvis det havde udlånt kapital rentefrit til selskabsdeltagere, som enten alene eller i fællesskab med nærstående havde en dominerende indflydelse på selskabet.[248] Hjemlen hertil blev ikke angivet. Renten blev fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct.

Efter Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H er der – når bortses fra LL § 2 – alene hjemmel til en sådan beskatning, når der med de foretagne dispositioner er tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen.[249]

4. Arbejdsindkomst m.v.

Det foreliggende antal offentliggjorde afgørelser – i alt 6 – om fiksering af arbejdsindkomst kan ikke tages som udtryk for, at spørgsmålet om beskatning af fikserede arbejdsvederlag m.v. fortsat er stærkt omdiskuteret i teori og praksis.

---

246. Cfr. *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen* i JUS 2003, 25: »Med Landsskatterettens kendelse af 30/4 2003 har Landsskatteretten sendt et klart signal om, at der ikke – heller ikke i øvrigt – er hjemmel til rentefiksering i forhold, der falder uden for ligningslovens § 2«.
247. Jf. også *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53 og *Aage Michelsen*, R&R 2003, 1, SM 2 samt R&R 1998, 2, SM 41. Se endvidere *Jan Pedersen*, R&R 2000, 2, SM 32 og TfS 2000, 142 samt TfS 1999, 289 H, der er omtalt nedenfor 7.3. Som anført af *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53 havde det ved denne vurdering åbenbart ikke væsentlig betydning for Højesteret, at selskabet på Jersey hverken havde eget personale eller lokaler, når blot lånet var en sædvanlig forretningsmæssig disposition.
248. TfS 1984, 13 LSR og TfS 1990, 276 LSR.
249. TfS 1999, 516 LSR.

Når spørgsmålet flere gange har været behandlet af Landsskatteretten eller domstolene, er det tværtom udtryk for, at en række skelsættende afgørelser herom blev afgjort omkring midten af 1970'erne. Siden dengang har der kun været enkelte sager om beskatning af fikserede arbejdsvederlag.

Den foreliggende praksis omhandler udelukkende spørgsmålet om et selskabs aflønning af den selskabsdeltager, som har kontrol med selskabet.

Denne praksis kan for det første sammenfattes således, at selskabsdeltager skal beskattes af en løn, når denne er *oppebåret* og *fremkaldt*, uanset om selskabsdeltager efterfølgende har givet afkald på lønnen (nedenfor 4.1).[250]

For det andet var det i en periode i slutningen af 1960'erne og starten af 1970'erne fast antaget, at selskabsdeltager kunne beskattes af en fikseret løn, som ikke var oppebåret eller fremkaldt, forudsat at den aftalte løn ikke var fastsat på armslængde-vilkår (nedenfor 4.2).[251]

I dag er det imidlertid i praksis fast antaget, at en selskabsdeltager ikke skal beskattes af en fikseret løn, idet den heraf modsvarende opsparing i selskabet uden videre anses for at være en *normal forretningsmæssigt* begrundet konsolidering af selskabet (nedenfor 4.3).[252]

4.1 Fremkaldt og oppebåret løn

En beskatning af en fikseret løn forudsætter, at selskabsdeltager ikke har fremkaldt og oppebåret en løn ved sit arbejde for selskabet. I det omfang, selskabsdeltager har erhvervet ret til en løn, vil et afkald derfor ikke føre til, at selskabsdeltager fritages for beskatning, jf. sagen TfS 1987, 574 LSR. Sagen omhandlede en skatteyder, der som løn fra sit selskab havde modtaget 85.231 kr. I forbindelse med udarbejdelsen af selskabets indkomstopgørelse blev hun imidlertid opmærksom på, at selskabets resultat for indkomståret 1983 ville blive et underskud på 80.000 kr. Hun tilbagebetalte derfor 80.000 kr. af den udbetalte løn til selskabet og indsendte en lønseddel på -80.000 kr. til skatteæsenet.

Landsskatteretten fandt, at den af selskabet i 1983 udbetalte løn fuldt ud blev modsvaret af det af hende udførte arbejde, således at der intet reelt grundlag var for den skete tilbagebetaling. Hendes skattepligtige indkomst blev derfor uanset tilbagebetalingen fastholdt til 85.231 kr.

Landsskatterettens afgørelse kan ikke tages til indtægt for, at en selskabsdeltager altid vil blive beskattet af en lønindtægt, selvom der er givet afkald på denne. Det afgørende for Landsskatteretten var således ikke alene, at den udbetalte løn modsvarede et udført arbejde, men også at lønnen rent faktisk alle-

250. TfS 1987, 574 LSR.
251. R&R 1968, SM 89.
252. LSRM 1975, 35, LSRM 1975, 36, LSRM 1975, 39, TfS 1987, 457 Ø og TfS 1996, 750 LSR.

rede var blevet fremkaldt og oppebåret. Hvis selskabsdeltageren havde givet afkald på den aftalte løn til fordel for selskabet, endnu inden lønnen var fremkaldt og oppebåret, var hun ikke blevet beskattet af denne.[253]

En aftale om udbetaling af løn og et efterfølgende afkald på denne, inden selskabsdeltager har erhvervet ret på udbetalingen, svarer således til, at der oprindeligt slet ikke var aftalt nogen løn. I sidstnævnte situationer er det i dag i praksis fast antaget, at selskabsdeltageren ikke kan beskattes af en fikseret løn.

4.2 Fiksering på armslængde-vilkår

Det blev i dansk ret i en kort periode antaget, at en selskabsdeltager, der arbejde gratis for sit selskab, kunne beskattes af en fikseret lønindtægt svarende til, hvad der ville være aftalt på armslængde-vilkår, jf. R&R 1968, SM 89.[254] Sagen omhandlede en direktør for et aktieselskab, A, fratrådte efter overenskomst med selskabet sin stilling den 15/8 1967. Da han havde opsigelsesvarsel til og med den 31/12 1967, modtog han ved sin fratræden sin fulde løn frem til sidstnævnte dato. Umiddelbart efter sin fratræden som direktør i A blev den pågældende ansat som direktør for et andet aktieselskab, B, hvor han var hovedaktionær. Under hensyntagen til, at han havde fået udbetalt løn af A frem til og med den 31/12 1967, bestemte han, at han ville stå vederlagsfrit til rådighed for B indtil 1/1 1968.

Ligningsdirektoratet udtalte, at direktøren ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst skulle medregne et beløb svarende til normal direktørløn for det omhandlede tidsrum fra selskab B. Selskabet B skulle – da en sådan løn ikke var blevet udbetalt – ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst medregne det driftstilskud, som således ydedes det ved direktørens lønafkald.

I denne sag fandt Ligningsdirektoratet, at selskabsdeltageren skulle medregne et beløb svarende til en »normal løn« for en direktør.[255] Den normale løn må anses for at være den løn, som ville være udbetalt til en direktør, som ikke var selskabsdeltager, dvs. en løn fastsat på armslængde-vilkår.

Der blev samtidig foretaget en sekundær korrektion, idet et beløb svarende til den løn, direktøren ikke havde fået udbetalt, blev anset for at være et skattepligtigt tilskud til selskabet.[256]

Ligningsmyndighederne beskattede i en periode herefter selskabsdeltageren af et fikseret

253. Se nedenfor 4.3.
254. Se også *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 399 og *Henrik Gam* i Skatteret, s. 113.
255. Jf. også *Thøger Nielsen*, UfR 1972 B, 201 og redaktionel artikel i SpO 1973, 113. Begge var stærkt kritiske over for Ligningsdirektoratets afgørelse. Se også *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277.
256. Se herom ovenfor III, 5.1.4.

arbejdsvederlag i et større antal tilfælde. I en redaktionel artikel i SpO 1973, 176 omtales således en række ikke offentliggjorde sager:[257]

To ingeniører, som hidtil havde drevet et interessentskab, omdannede deres virksomhed til et aktieselskab. De fastsatte deres respektive lønninger til 24.000 kr. Skatterådet meddelte, at det »ikke kunne respektere« selskabsdeltagernes aftale med selskabet og beskattede dem derfor af en »passende løn« på 96.000 kr. til hver. Forskellen mellem den fikserede løn og den aftalte løn blev endvidere anset for at være et skattepligtigt tilskud til selskabet.

En revisor, som havde omdannet sin virksomhed til et aktieselskab, indgik aftale med selskabet om en aflønning på 36.000 kr. Lønnen blev fikseret til 60.000 kr.

En håndværksmester, som ikke havde aftalt en aflønning med sit selskab, blev beskattet af en fikseret indkomst på 48.000 kr.

I SpO 1973, 176 oplyses endvidere, at der ikke i forbindelse med beskatningen af selskabsdeltagere blev foretaget nøjere studier af hverken selskabets eller selskabsdeltagerens forhold, herunder selskabsdeltagerens arbejdsindsats og kvalifikationer og selskabets økonomi. To af selskaberne ville således få underskud, hvis de udbetalte den fikserede løn.

Det oplyses endelig, at skattemyndighederne i flere tilfælde havde givet selskabet fradrag for den fikserede løn, men samtidig havde beskattet selskabet af et tilskud af samme størrelse, der blev anset for at være en »gave« fra selskabsdeltageren i form af vederlagsfrit arbejde.[258]

4.3 Forretningsmæssigt begrundet konsolidering af selskabet

Praksis om beskatning af fikserede arbejdsvederlag, når en selskabsdeltager arbejder for sit selskab uden at blive aflønnet eller mod betaling af en løn, der er mindre end del løn, der ville være fastsat på armslængde-vilkår, blev afgø-

---

257. Den ene af sagerne om et ægtepar, der drev detailhandel, vedrørte ikke spørgsmålet om beskatning af fikseret løn, men derimod spørgsmålet om grænsedragningen mellem på den ene side afdrag på selskabsdeltagernes tilgodehavende og på den anden side løn. En del af betalingerne fra selskaberne, der af selskabsdeltagerne og selskabet var kvalificeret som afdrag på et tilgodehavende, blev således af skattemyndighederne kvalificeret som løn.
258. Det ville være mere korrekt at betegne den økonomiske fordel, som selskabet oppebar ved at have arbejdskraft stillet vederlagsfrit til rådighed, som et tilskud. Selskabsdeltageren havde næppe haft til hensigt at udvise gavmildhed over for selskabet, jf. også *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277: »Nu er det formentlig ikke noget udslag af gavmildhed, der får hovedaktionæren til at give afkald på eller kun beregne sig en lav ydelse hos selskabet. Det er snarere et udslag af særdeles nøgterne forretningsmæssige overvejelser«.

rende ændret af Landsskatteretten i midten af 1970'erne, og har siden da været uændret.[259] Det blev således i LSRM 1975, 35, LSRM 1975, 36 og LSRM 1975, 39 af Landsskatteretten antaget, at der som altovervejende hovedregel uanset en aftale om lav eller ingen aflønning ikke var hjemmel til at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret indkomst.[260]

Afgørelserne var meget konkret begrundede. I de to første afgørelser, LSRM 1975, 35 og LSRM 1975, 36, anførtes således, at der i »et tilfælde som det foreliggende« ikke kunne foretages en skønsmæssig forhøjelse af det aftalte arbejdsvederlag, og i LSRM 1975, 39 udtales, at der »i de tilvejebragte« oplysninger ikke var grundlag for at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret løn.

I de to førstnævnte sager lagde Landsskatteretten efter det oplyste vægt på,

- at den som følge af aftalen ikke udbetalte løn, som af Landsskatteretten betegnedes som »opsparingen«, i stedet blev beskattet i selskabet, og
- at en beskatning af en fikseret lønindtægt hos selskabsdeltageren måtte modsvares af en tilsvarende nedsættelse af selskabets skattepligtige indkomst.

Landsskatteretten synes herved at have lagt til grund, at alternativet til at udbetale løn til selskabsdeltageren, dvs. opsparingen i selskabet, var en skattemæssigt neutral løsning forstået på den måde, at den samlede beskatning var den samme, uanset om beløbet blev opsparet i selskabet eller udbetalt som løn til selskabsdeltageren. Som vist ovenfor er dette imidlertid ikke i dag tilfældet, og det var det for så vidt heller ikke dengang, omend den såkaldte marginaleffekt var betydeligt mindre.[261]

I den senere praksis om beskatning af fikserede arbejdsvederlag er dette synspunkt da også forladt til fordel for en analyse af, hvorvidt den manglende udbetaling af løn er normalt forretningsmæssig begrundet, jf. TfS 1987, 457 Ø og TfS 1996, 750 LSR.

I sagen TfS 1987, 457 Ø gjorde skattemyndighederne gældende, at selskabs-

---

259. I en redaktionel artikel i SpO 1973, 229 omtales endvidere en ikke offentliggjort afgørelse fra Landsskatteretten af 31/8 1973 (LSR I 1970 nr. 6-221) om en direktør, som hævede 17.500 kr. i løn, men som af ligningskommission og skatteråd blev beskattet af en fikseret løn på 37.500 kr. Landsskatteretten afviste at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret løn under henvisning til, at selskabet ville give underskud, hvis det skulle fradrage en løn af den pågældende størrelse og under hensyntagen til, at den mindre lønudbetaling nok gav mulighed for opsparing i selskabet, men at denne opsparing ikke kunne sidestilles med et maskeret udbytte.

260. Statsskattedirektoratet udstedte herefter CIR nr. 437 af 5/11 1975 om vederlag til hovedaktionærer. Heraf fremgik, at skattemyndighederne som altovervejende hovedregel skulle respektere det af parterne aftalte vederlag. Cirkulæret blev ophævet ved TS-CIR nr. 14 af 15/12 1992, men det blev angivet, at der ikke hermed var tilsigtet en ændring af den hidtidige praksis.

261. Ovenfor IV, 2.2.3.

deltageren skulle beskattes af en fikseret indkomst, hvis det blev antaget, at indkomsten hidrørende fra den indkomstskabende aktivitet, der var udøvet i forhold til tredjemand, med rette var indtægtsført i selskabet.[262] Dette blev afvist af landsretten under henvisning til, at selve opsparingen i selskabet af en stor del af den ved selskabsdeltagerens indkomstskabende aktivitet indtjente indkomst var en naturlig forretningsmæssig disposition til konsolidering af selskabet, som efter det oplyste ikke havde været af usædvanlig karakter.[263]

I den seneste afgørelse om beskatning af fikserede arbejdsvederlag, TfS 1996, 750 LSR, fik selskabsdeltageren i selskabets første regnskabsår ikke udbetalt løn, uagtet han arbejdede som direktør for selskabet, og selvom han i det efterfølgende regnskabsår havde fået udbetalt ca. 40.000 kr. om måneden. På tidspunktet for sagens behandling for Landsskatteretten fik selskabsdeltageren, som fortsat var selskabets direktør, udbetalt 20.000 kr. pr. måned i løn. Landsskatteretten udtalte, at den oprindeligt aftalte manglende aflønning ikke var udtryk for en indkomstforvridning, som kunne give grundlag for at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret lønindtægt i medfør af SL § 4.[264] Ved afgørelsen blev der for det første lagt vægt på selskabets regnskaber for den omhandlede periode, herunder formentlig selskabets begrænsede overskud og svage kapitalgrundlag.[265] For det andet bemærkede Landsskatteretten, at det i øvrigt – det vil sige også uden hensyntagen til selskabets økonomi – måtte anses for at være forretningsmæssigt begrundet, at en virksomhed blev konsolideret i opstartsfasen.[266]

4.4 Sammenfatning

Praksis om beskatning af fikseret løn kan i dag sammenfattes således, at en sådan fiksering i hvert fald ikke kan finde sted,

- hvis selskabets økonomiske situation ikke tillader en højere aflønning end den aftalte aflønning af selskabsdeltageren, eller
- hvis den aftalte aflønning er et led i en konsolidering af selskabet i forbindelse med dets opstart.

---

262. Sagen er omtalt ovenfor XIII, 3.2.4, eftersom den hovedsagelig vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt den indkomst, som selskabet havde indtægtsført, skulle allokeres til selskabsdeltageren.
263. Se også *Michael Amstrup*, TfS 1992, 541.
264. Se også *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 98. Afgørelsen er refereret ovenfor 3.2.2, eftersom den navnlig vedrørte spørgsmålet om rentefiksering.
265. Jf. også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1997, 61.
266. Ligeledes LV 2004-1 S.F.4, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1997, 61, *Niels Hansen*, R&R 1996, 12, SM 429 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 143.

Der kan næppe sluttes modsætningsvis herfra, således at selskabsdeltageren kan beskattes af en fikseret løn, når selskabets økonomiske situation tillader en aflønning af selskabsdeltageren og når selskabet ikke har behov for en økonomisk konsolidering. Faktum er, at skattemyndighederne siden midt i 1970'erne har været mere end almindeligt tilbageholdende med at forsøge at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret løn. I de to seneste sager er spørgsmålet herom således alene blevet rejst i forbindelse med en anden problemstilling: Henholdsvis allokering af arbejdsvederlag m.v., jf. TfS 1987, 457 Ø, og beskatning af fikserede renter, jf. TfS 1996, 750 LSR. I begge tilfælde blev det afvist at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret løn.

5. Udleje og forpagtning

Et udblik over praksis om beskatning af fikserede indkomster i forbindelse med udleje eller forpagtning af et formuegode omfatter 16 afgørelser, herunder

- 5 afgørelser om beskatning af en fikseret indkomst ved selskabers udleje eller forpagtning af et formuegode til en selskabsdeltager (nedenfor 5.1), og
- 3 afgørelser om beskatning af en fikseret indkomst ved selskabsdeltageres udleje eller bortforpagtning af et formuegode til et selskab (nedenfor 5.2).

5.1 Udleje og forpagtning fra selskab til selskabsdeltager

5.1.1 Praksis

Praksis om beskatning af en fikseret lejeindtægt ved selskabers udleje til selskabsdeltagere er, endskønt den er begrænset til seks afgørelser, klar og entydig.[267]

Sagen TfS 1994, 494 Ø kan ikke tages til indtægt for, at der er hjemmel til at beskatte selskabet af en fikseret leje i henhold til SL § 4, litra b.[268] Østre Landsret tog ikke stilling til, om det udlejende selskab kunne beskattes af en fikseret leje, idet sagen alene angik beskatningen af værdien af delvis fribolig hos selskabsdeltageren. Østre Landsret udtalte derom, at de dagældende bestemmelser i LL § 15 A til § 15 I ikke som hævdet af selskabsdeltageren skulle finde anvendelse ved opgørelsen af lejeværdien af hans bolig, og

267. UfR 1983.16 H, TfS 1984, 272 H, TfS 2000, 511 LSR, TfS 2002, 162 LSR, TfS 2004, 83 LSR og SKM 2004.125 LSR. *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 153, med note 84 anfører, at »disse transaktioner mellem selskabet og hovedaktionæren har tilsyneladende ikke frem til vedtagelsen af LL § 2 voldt problemer«.

268. Se hertil *Jane Bolander*, SpO 2002, 295 og *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834.

at der ikke var grundlag for at tilsidesætte den af skattemyndighederne i medfør af SL § 4, litra b, skønsmæssigt fastsatte værdi af hans lejemål.

Sagen UfR 1983.16 H angik en selskabsdeltager, der var udenlandsdansker, og som havde fået afslag på at erhverve en fritidsbolig i Danmark. Han udlånte derfor 2 mio. kr. rente- og afdragsfrit til et dansk selskab, A, som var en del af en koncern, som han beherskede. A erhvervede herefter en fritidsbolig, der blev udlejet til selskabsdeltageren.[269] Da driften af ejendommen var selskabet uvedkommende, blev der stiftet et andet selskab, B, som fik til formål »at eje, administrere og udleje fast ejendom samt at drive fabrikation og handel«. Samtidig overførtes ejendommen samt selskabsdeltagerens udlån til B.

Hjemmel til at beskatte selskabet (B) af en fikseret lejeindtægt fandtes ifølge Højesteret i

– den nære forbindelse mellem selskabet og selskabsdeltageren,[270]
– vilkårene for selskabets erhvervelse af den faste ejendom[271] og
– formålet med selskabets erhvervelse af den faste ejendom.[272]

Højesteret henviste – i modsætning til Østre Landsret, der henviste til SL § 4, litra b, eller dennes analogi – ikke til nogen specifik lovbestemmelse som hjemmelsgrundlag for beskatningen.[273]

Når bortses fra henvisningen til det økonomiske interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab, kan Højesterets præmisser sammenfattes således, at der dels blev lagt vægt på *motiverne*, dels på de *vilkår*, hvorpå ejendommen blev erhvervet – og formentlig også de vilkår, hvorunder den efterfølgende blev udlejet.

Motivet var ifølge selskabsdeltageren ikke skattemæssigt. Han valgte således den pågældende konstruktion, fordi han ikke selv kunne få tilladelse til at

---

269. Selskabsdeltageren havde efter det oplyste »fuld dispositionsret« over ejendommen, men det blev ikke overvejet, om selskabets erhvervelse var i strid med lov om erhvervelse af fast ejendom, jf. hertil lovens § 9, hvorefter aftaler om langvarige brugs- og lejeforhold vedrørende fast ejendom, der må antages at være indgået med det formål at omgå lovens regler, er ugyldige. Det er heller ikke oplyst, om selskabet havde fået tilladelse til at erhverve ejendommen i henhold til reglerne herom i sommerhuslovens § 8.
270. Jf. også *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834.
271. Jf. også *Jane Bolander*, SpO 2002, 395 og *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834.
272. Ligeledes *Aage Michelsen*, R&R 2003, 1, SM 2. Cfr. *Svend Erik Holm*, R&R 2001, 12, SM 372, der anser det for nærliggende, at der var tale om en form for omgåelse. Dette spørgsmål blev ikke procederet, og hverken henvisningen til vilkårene for eller formålet med erhvervelsen af fritidsboligen kan tages til indtægt for synspunktet. Det forhold, at arrangementet indebar en skattemæssig besparelse, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at se bort fra dette.
273. Ligeledes *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834, men anderledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 2000, 388.

erhverve ejendommen.[274] På den anden side kunne formålet med erhvervelse af ejendommen heller ikke anses for at være normalt forretningsmæssigt begrundet. Selskabets erhvervelse af ejendommen lå tværtimod så langt fra dets formål, at ejendommen blev overdraget til et datterselskab samtidig med, at datterselskabet blev debitor for selskabsdeltagerens tilgodehavende. Ved den valgte konstruktion undgik selskabsdeltageren endvidere at blive beskattet af lejeværdien af egen bolig, jf. SL § 4, litra b. Lejen blev herudover fastsat på en sådan måde, at selskabet hverken havde over- eller underskud, idet den betalte leje svarede til selskabets fradragsberettigede udgifter. Det samlede resultat var således, at selskabsdeltageren undgik at blive beskattet af lejeværdi af egen bolig.

De vilkår, hvorpå ejendommen blev erhvervet og senere blev udlejet, kunne endvidere ikke anses for at være indgået på armslængde-vilkår. Selskabsdeltageren ville således ikke have udlånt et millionbeløb rente- og afdragsfrit til et uafhængigt selskab, og det pågældende selskab havde heller ikke stillet en fast ejendom til rådighed for selskabsdeltageren mod betaling af en lavere leje end den, der kunne være opnået ved udleje på markedsmæssige vilkår.[275]

Selskabet blev beskattet af en fikseret leje svarende til den leje, som selskabet kunne have opnået ved udleje til tredjemand. Der blev ikke taget hensyn til, at selskabet havde opnået en besparelse ved ikke at betale en rente, som svarede til, hvad selskabet skulle have betalt ved lån på armslængde-vilkår.

I sagen TfS 1984, 272 H[276] blev det udlejende selskab ligeledes beskattet af en fikseret leje uden henvisning til et specifikt hjemmelsgrundlag. Sagen omhandlede et selskab, hvis eneste virksomhed bestod i drift og udlejning af to helårsboliger og ét sommerhus. Boligerne blev udlejet til selskabets hovedaktionær og 2 sønner, der ejede de øvrige aktier i selskabet.[277]

Det må erkendes, at spørgsmålet om hjemmel til beskatning af den fikserede indkomst ikke blev procederet, idet selskabet og selskabsdeltageren under sagens behandling for landsretten og Højesteret anerkendte, »at lejeværdierne af skattemyndighederne kan fastsættes efter et skøn, over hvilken leje der ville kunne opnås ved udlejning til en tredjemand uden indflydelse i selskabet, …«.

Dette kan udlægges således, at Højesteret ikke tog stilling til, om der var hjemmel til at beskatte selskabet af en fikseret leje.[278] På den anden side udtalte

---

274. Ligeledes *Svend Erik Holm*, R&R 2001, 12, SM 372.
275. Ved vurderingen af, hvorledes et sommerhus kan udlejes på markedsmæssige vilkår, må der tages højde for, at en erhvervsmæssig udleje af et sommerhus kræver tilladelse, jf. sommerhuslovens §§ 1 og 2.
276. UfR 1984.534 H.
277. Det må antages, at selskabet havde fået tilladelse til udleje af sommerhuset i henhold til sommerhuslovens § 8.
278. Således *Jane Bolander*, SpO 2002, 395: »Denne afgørelse udgør ikke noget præjudikat i forhold til om statsskattelovens § 4, litra b, 2. pkt. finder anvendelse, når udlejer er et selskab,

Østre Landsret – som tiltrådt af Højesteret – at aftalerne som følge af interessefællesskabet mellem selskabsdeltagere og selskab ikke kunne danne grundlag for den skattemæssige ansættelse af lejeværdierne. Østre Landsret og Højesteret synes herved at have forudsat, at der var hjemmel til at beskatte selskabet af en fikseret leje.[279] Hjemmelsspørgsmålet har i hvert fald ikke været så omdiskuteret, at Østre Landsret eller Højesteret følte sig foranlediget til at gøre anmærkning herom.

En nærmere analyse af Højesterets dom må tage udgangspunkt i, at den i kraft af henvisningen til Østre Landsrets dom indeholder to led: For det første tiltrådte Højesteret som anført af Østre Landsret, at en lejeaftale ikke kan danne grundlag for den skattemæssige ansættelse af lejeværdien, når lejeaftalen er indgået mellem parter med et vist interessefællesskab. Herved omtalte Højesteret spørgsmålet om, hvorvidt den civilretligt gyldige aftale ubetinget skulle lægges til grund i skatteretlig henseende. Svaret var et klart og entydigt nej, og Højesteret synes derved at have forudsat, at selskabet kunne beskattes af en fikseret leje, også selvom Højesteret ikke efter parternes påstande og anbringende var nødsaget til at tage stilling hertil. Den første del af præmisserne var derfor strengt taget unødvendig og må betegnes som et obitor dictum.

Den andel del af præmisserne vedrører specifikt parternes påstande, idet Østre Landsret og Højesteret vurderede, hvorledes den skattemæssige lejeværdi skulle ansættes. Den aftalte leje var ifølge Højesteret ikke omfattet af lejelovgivningens begrænsninger i adgangen til at regulere lejen og skattemyndighederne havde derfor været berettiget til at forhøje selskabets leje ud fra et skøn over den til enhver tid værende markedsleje. Dette må læses som en afvisning af det af Østre Landsret anførte, hvorefter skattemyndighederne ikke skulle respektere lejelovgivningens grænser for huslejens størrelse på grund af interessefællesskabet mellem udlejer og lejer.[280]

Selvom det må antages, at Højesteret i den første præmis tog stilling til, om der overhovedet var hjemmel til at beskatte selskabet af en fikseret leje, blev der ikke henvist til noget hjemmelsgrundlag for beskatningen. Der blev heller ikke taget stilling til, om motiverne for udlejen var skattemæssigt eller normalt forretningsmæssigt begrundet. Det er dog ikke vanskeligt at forestille sig, at arrangementet har været skattemæssigt begrundet, idet selskabsdeltagerne mod at betale en leje til selskaberne dels undgik at afholde udgifter på ejendommene,

---

idet det hjemmelsmæssige grundlag for fiksering af husleje ikke blev procederet i sagen. Det samme er tilfældet for så vidt angår Højesterets dom i TfS 1984, 272 HD«. Se ligeledes *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284, *Bent Ramskov*, TfS 2003, 804 og *Svend Erik Holm*, R&R 2001, 12, SM 373.

279. Således *Aage Michelsen*, R&R 2003, 1, SM 2.

280. Ligeledes *Christian Bachmann*, TfS 1997, 750.

dels undgik at betale lejeværdi af egen bolig, jf. SL § 4, litra b. I og med at selskabet ejedes af selskabsdeltagerne og ikke havde anden aktivitet end udleje af de faste ejendomme, havde selskabet endvidere næppe nogen interesse i at opnå et overskud ved udlejen.[281] Selv hvis selskabet indvandt et overskud, ville dette i sidste ende komme selskabsdeltagerne til gode i kraft af deres ejerskab til selskabets kapitalandele.[282]

Lejen blev fikseret til 8 pct. af ejendomsværdien ved det seneste offentlige vurdering.

Efter Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H var der tvivl om, hvorvidt et selskab kunne beskattes af en fikseret leje ved udleje til en selskabsdeltager, når forholdet ikke var omfattet af LL § 2. Landsskatteretten fastholdt imidlertid i sagen TfS 2000, 511 LSR under henvisning til UfR 1983.16 H,[283] at der også uden for anvendelsesområdet for LL § 2 er hjemmel til en sådan beskatning – ifølge Landsskatteretten i SL § 4, litra b.[284] Sagen angik et selskab, der i skatteåret 1996/97 og indkomståret 1996 stillede en fri bolig til rådighed for selskabsdeltageren B. B boede indtil den 31/7 1995 i boligen Y. Han selvangav skattepligtig værdi af fri bolig med 8.750 kr. pr. måned. Skatteforvaltningen havde ikke ændret denne ansættelse. Den 1/9 1995 flyttede B til boligen X. Han selvangav skattepligtig værdi af denne fri bolig til 15.000 kr. pr. måned, i alt 60.000 kr. i 1995 og 180.000 kr. i 1996.

Landsskatteretten henviste ikke direkte til vilkårene for eller formålet med selskabets erhvervelse af den faste ejendom, eller til det nære interessefællesskab mellem selskab og selskabsdeltager, omend Landsskatterettens henvisning til sagen UfR 1983.16 H må forstås således, at Landsskatteretten lagde vægt herpå.

Formålet med at lade selskabet erhverve ejendommen og udleje denne til selskabsdeltageren kunne være skattemæssigt begrundet, idet selskabsdeltageren herved undgik at betale lejeværdi af egen bolig. Til gengæld blev selskabsdeltageren beskattet af værdien af fri bolig. For selskabet ville den aftalte leje være skattepligtig, mens udgifter på ejendommen ville være fradragsberettigede. Således som sagen er oplyst, er det derfor vanskeligt at vurdere, om det aftalte arrangement var skattemæssigt begrundet. I kraft af, at selskabet ikke i øvrigt drev virksomhed med udleje af fast ejendom eller lignende og nærmest funge-

---

281. Selskabet havde under sagen fremlagt en oversigt over de af selskabet afholdte udgifter til skatter og afgifter, herunder vandafgift, for ejendommene. Der findes ikke nærmere oplysninger om disse tal i den offentliggjorde dom.
282. En sådan erhvervsmæssig udleje ville i givet fald kræve tilladelse, jf. sommerhuslovens §§ 1 og 2.
283. Jf. også *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834.
284. Jf. også *Ole Bjørn*, SR-Skat 2000, 388.

rede som en pengetank, var det imidlertid vanskeligt at påvise en normal forretningsmæssig begrundelse for arrangementet.

Lejen blev for skatteåret 1995/96 fastsat til den af selskabsdeltageren selvangivne værdi af fri bolig, svarende til 15.000 kr.[285] Dette var imidlertid ikke udtryk for, at denne værdi ifølge Landsskatteretten skulle lægges til grund ved udmålingen af den fikserede leje. For indkomståret 1996 blev lejen således i overensstemmelse med almindelig praksis fastsat til 8 pct. af den offentlige vurdering, eller 204.000 kr. for hele indkomståret, selvom selskabsdeltageren alene havde indtægtsført 180.000 kr. som værdi af fri bolig. Selskabet fik samtidig fradragsret for henholdsvis 60.000 kr. og 180.000 kr. som en yderligere lønudgift.

Sagen TfS 2002, 162 LSR omhandlede et dansk selskab, som havde købt en ferielejlighed i Frankrig, der blev stillet til rådighed for selskabets ansatte og selskabsdeltagere. Landsskatteretten fandt, at selskabet kunne beskattes af en fikseret leje under henvisning til SL § 4, litra b og UfR 1983.16 H, når det stillede en bolig til rådighed for dets selskabsdeltagere enten vederlagsfrit eller for en lavere leje end markedslejen.

Eftersom selskabsdeltagerne tillige var ansat i selskabet, blev den fikserede leje opgjort i overensstemmelse med LL § 16, stk. 5, og selskabet blev indrømmet en fradragsret for den objektive lejeværdi med fradrag af selskabsdeltagernes betalte leje, idet dette beløb skulle anses for at være en lønudgift i selskabet.[286]

Det er nu antaget, at et selskab kan beskattes af en fikseret leje i medfør af LL § 2, jf. Østre Landsrets dom i sagen TfS 2004, 97 Ø.[287] Landsskatteretten synes dog at have været i tvivl herom, jf. sagen TfS 2004, 83 LSR, hvor selskabet i stedet blev beskattet af en fikseret leje i henhold til SL § 4, litra b. Sidstnævnte sag vedrørte en selskabsdeltager, der boede i Sverige, men som ejede samtlige kapitalandele i et dansk selskab. Selskabet købte pr. 1/6 1991 et stråtækt parcelhus opført i 1950 for 2 mio. kr. Selskabet ejede desuden en ubebygget grund beliggende op til ejendommen. Den kommunale skattemyndighed anså ejen-

---

285. Formentlig under hensyntagen til, at selskabsdeltageren ikke havde rådet over ejendommen i hele indkomståret, og at markedslejen så vidt ses alene udgjorde 14.000 kr. pr. måned i den pågældende periode.

286. Som anført af *Bent Ramskov*, SR-Skat 2003, 220 henviste Landsskatteretten til TfS 2000, 494 V som grundlag for, at den objektive lejeværdi blev opgjort i overensstemmelse med reglerne om beskatning af selskabsdeltager i LL § 16, stk. 5. Dette beror som anført af *Bent Ramskov* åbenbart på en misforståelse af afgørelsen TfS 2000, 494 V, som alene vedrørte beskatningen af selskabsdeltageren, og en forkert opfattelse af, hvorledes den fikserede leje skal opgøres. Synspunktet er senere forladt til fordel for en beskatning af en fikseret leje svarende til 8 pct. af den offentlige ejendomsvurdering.

287. Se nedenfor XIX, 5.3.

dommen for at være en fritidsbolig, der stod til rådighed for selskabsdeltageren hele året.

Landsskatteretten lagde til grund, at ejendommen ubestridt ikke havde været udlejet i den omhandlede periode, og følgelig måtte have været til rådighed for selskabsdeltageren. Det var derfor med rette, at de kommunale skattemyndigheder havde beskattet selskabet af et beløb svarende til, hvad selskabet havde kunnet opnå ved udleje til tredjemand jf. SL § 4, litra b.

Landsskatteretten kunne tiltræde skattemyndighedernes skønsmæssige ansættelse af markedslejen for 1999 og 2000 til 8 pct. af den offentlige ejendomsvurdering. Den kunne også tiltræde, at der var indrømmet fradrag for stort jordtilliggende. Beregningen skulle dog foretages således, at der blev taget højde for selskabets forskudte regnskabsår.

For så vidt angik indkomståret 2001 bemærkede Landsskatteretten, at LL § 16, stk. 5 alene vedrørte indkomstopgørelsen for den personkreds, der er omfattet af LL § 16, hvorfor hjemlen til at beskatte selskabet i stedet var SL § 4, litra b. Der var således ikke grundlag for at opgøre markedslejen anderledes i dette indkomstår end for de foregående år.[288]

Landsskatteretten burde have henvist til LL § 2 som hjemmelsgrundlag, idet den omhandlede udleje fandt sted i indkomstårene 1999 og senere, jf. også TfS 2004, 97 Ø. Når forholdet er omfattet af LL § 2, bør det bedømmes efter denne bestemmelse i henhold til principperne om lex specialis og lex posterior derogat priori – ikke mindst fordi den skattepligtige fratages muligheden for at undgå den sekundære korrektion i henhold til LL § 2, stk. 4, når en korrektion finder sted efter SL § 4, litra b.

Uanset dette kan det konkluderes, at Landsskatteretten fortsat var af den opfattelse, at hjemmel til beskatning af en fikseret leje findes i SL § 4, litra b. For så vidt angår værdiansættelsen bekræftede Landsskatteretten endvidere, at lejen i overensstemmelse med almindelig praksis herom skal ansættes til 8 pct. af den offentlige ejendomsvurdering, medmindre konkrete omstændigheder taler for et andet resultat.

Landsskatteretten tog i øvrigt ikke stilling til, hvilke motiver der lå bag selskabsdeltagerens og selskabets dispositioner.

Landsskatteretten synes dog efterfølgende at have ændret holdning til, hvornår en fikseret leje kan beskattes i medfør af LL § 2, jf. sagen TfS 2004, 314 LSR. Denne sag omhandlede en selskabsdeltager, som havde fået sit helejede anpartsselskab – der drev tandlægevirksomhed – til at erhverve en lejlighed, der blev udlejet til selskabsdeltagerens søn for et beløb, der åbenbart lå under markedslejen.

---

288. Landsskatteretten tog så vidt ses ikke stilling til, om selskabsdeltageren skulle beskattes af et maskeret udbytte, idet sagen alene vedrørte selskabets indkomstopgørelse.

I sin kendelse anførte Landsskatteretten først og fremmest generelt, at et selskab kan beskattes af en fikseret leje i medfør af SL § 4, litra b, når det stiller en fast ejendom til rådighed for dets selskabsdeltagere eller disses nærtstående. Denne fikserede leje er markedslejen, som skønsmæssigt ansættes til 8 pct. af den til enhver tid værende offentlige ejendomsvurdering, med tillæg af de af selskabet afholdte udgifter til forbrug, herunder udgifter til gas, varme og el.

I den foreliggende sag havde selskabet ikke dokumenteret eller på anden måde tilstrækkelig sandsynliggjort, at lejligheden blev udlejet for markedslejen. Selskabet blev derfor beskattet i overensstemmelse med det ovenfor anførte.

Afgørelsen svarer således i sin begrundelse og sit resultat til, hvad Landsskatteretten hidtil har fastholdt. Det tilføjedes imidlertid af Landsskatteretten, at hjemmel til den foretagne beskatning også fandtes i LL § 2, idet lejeaftalen måtte anses for at være indgået mellem selskabsdeltageren og selskabet. Den for lidt betalte leje blev derfor også anset for at være et maskeret udbytte til selskabsdeltageren, jf. LL § 16A. Til gengæld blev der så vidt ses ikke foretaget en beskatning af lejeren (sønnen), som oppebar fordelen ved den for lavt betalte leje.

Henvisningen til LL § 2 er næppe korrekt, eftersom det ikke i strid med sagens faktum kan antages, at lejligheden var udlejet til selskabsdeltageren. Der synes heller ikke at være tale om et forsøg på at omgå LL § 2, eftersom selskabet såvel formelt som reelt – givetvis under påvirkning fra selskabsdeltageren – udlejede ejendommen direkte til selskabsdeltagerens søn. I henhold til LL § 2 skal de opregnede former for interessefællesskab imidlertid foreligge i forholdet mellem transaktionens parter, og det er derfor næppe tilstrækkeligt, at transaktionen er foretaget som følge af en påvirkning i forholdet mellem de interesseforbundne parter.[289]

Der findes derudover to nyere afgørelser om beskatning af medlemmer af andelsboligforeninger, som af forskellige årsager betaler en lav boligafgift, jf. TfS 2000, 193 LSR og TfS 2000, 850 LR.

Ingen af sagerne vedrører spørgsmålet om beskatning af fikseret indkomst. Der blev alene taget stilling til, hvorledes den økonomiske fordel, medlemmerne fremkaldte ved at betale en lav boligafgift, skulle behandles.[290] Når sagerne alligevel omtales, beror det på, at *Aage Michelsen* og *Ole Bjørn* i to artikler har givet udtryk for, at den første afgørelse ikke kan anses for at være gældende ret efter Højesterets dom i TfS 2002, 967 H.[291]

---

289. Se i det hele foran VIII.
290. Anderledes *FSR's Skatteudvalg*, SR-Skat 2001, 108, der rubricerer afgørelserne under punktet: »Beskatning af fikseret vederlag efter SL § 4B« og *Ole Bjørn*, SR-Skat 2000, 388.
291. Jf. *Aage Michelsen*, R&R 2003, 1, SM 2 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 349.

Henvisningen til SL § 4, litra b, fører så vidt ses ikke umiddelbart til, at sagerne kan sammenlignes med TfS 2002, 967 H. Spørgsmålet i begge sager var, om deltagerne kunne beskattes efter SL § 4, litra b, 1. pkt., for »vederlagsfri benyttelse af andres rørlige eller urørlige gods«. En beskatning af en fikseret indkomst havde forudsat en beskatning af andelsboligforeningen af en fikseret leje, som foreningen ikke oppebar. Dette spørgsmål blev ikke rejst i nogen af sagerne. Som følge heraf kan det ikke antages, at Landsskatteretten ønskede at afvise en beskatning af fikserede lejeindtægter under henvisning til SL § 4, litra b.[292]

Selve afgørelserne i TfS 2000, 193 LSR og TfS 2000, 850 LR – som falder uden for afhandlingens emne – skal derimod ikke forsvares. Det er således vanskeligt at se, hvorledes medlemmernes besparelse skulle falde uden for den klare hjemmel til beskatning i SL § 4, litra b, 1. pkt.

5.1.2 Sammenfatning

Spørgsmålet om, hvorvidt der i SL § 4, litra b, er hjemmel til at beskatte et selskab af en fikseret leje, når selskabet udlejer fast ejendom til selskabsdeltageren, kan ikke anses for at være endelig afklaret i praksis.[293] I Højesterets dom i sagen UfR 1983.16 H nævnes SL § 4, litra b, ikke som hjemmelsgrundlag – og det på trods af, at skattemyndighederne gjorde gældende, at hjemmel fandtes i SL § 4, litra b, 2. pkt., eller dennes analogi sammenholdt med SL § 4, litra b, 1. pkt.[294] I den anden afgørelse fra Højesteret – TfS 1984, 272 H – anførte Højesteret heller ikke noget om hjemmelsgrundlaget. Parterne havde ligeledes ikke i deres procedurer anført noget om hjemmelsgrundlaget, idet de var enige om, at der var hjemmel til at beskatte selskabet af en fikseret leje. En henvisning til SL § 4, litra b, som hjemmelsgrundlag for beskatning af en fikseret leje findes derfor alene i Landsskatterettens kendelser i TfS 2000, 511 LSR og TfS 2004, 83 LSR.

På den anden side må det erkendes, at det i Højesterets dom i UfR 1983.16 H er antaget, at der er hjemmel til at beskatte et selskab af en fikseret leje ved udleje til selskabsdeltager. Denne hjemmel anfægtes ikke af Højesteret i TfS 1984, 272 H og bekræftes af Landsskatteretten i TfS 2000, 511 LSR og TfS 2004, 83 LSR, hvor der ligeledes henvises til SL § 4, litra b. I alle tilfælde synes hjemmelsgrundlaget at være nært forbundet med en antagelse om, at selskabs-

---

292. Anderledes så vidt ses *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 349 og SR-Skat 2000, 388: »Denne begrundelse må indebære, at Landsskatterettens flertal dermed har tilkendegivet den opfattelse, at bestemmelsen i statsskattelovens § 4 b om, at man er skattepligtig af vederlagsfri benyttelse af andres rørlige eller urørlige gods, ikke indeholder hjemmel til beskatning af noget beløb ud over det, der rent faktisk er betalt«.
293. Se nærmere nedenfor XX, 2.3, hvor der nærmere redegøres for, hvad der i dag må antages at være gældende ret om lejefiksering.
294. Jf. også *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834.

deltageren skulle beskattes af lejeværdi af egen bolig i medfør af SL § 4, litra b, 2. pkt., og at denne beskatning ikke kan undgås ved, at selskabet i stedet køber ejendommen, hvorefter selskabsdeltageren i kraft af en lejebetaling godtgør selskabet de udgifter, som selskabet måtte have på ejendommen.

Den foreliggende praksis om fiksering af leje i forholdet mellem selskab og selskabsdeltager må derfor fortolkes således, at Højesteret og Landsskatteretten enten har fundet hjemmel til en beskatning i SL § 4, eller at der er fundet hjemmel i en realitetsgrundsætning eller i et princip om skatteretlig omgåelse.

Henvisningen til SL § 4, litra b synes at være den mest nærliggende, eftersom sagerne UfR 1983.16 H, TfS 1984, 272 H, TfS 2000, 511 LSR og TfS 2004, 83 LSR så vidt ses tager udgangspunkt i *vilkårene* – og i begrænset omfang også til *motiverne* – for selskabets erhvervelse og udleje af ejendommen uden hensyntagen til, hvilken realitet arrangementerne giver udtryk for.[295] Ved vurderingen af motiverne lægges der vægt på, at formålet med anskaffelse og udleje af den faste ejendom ikke er forretningsmæssigt begrundet, men derimod kan have nogle gunstige skattemæssige virkninger. For så vidt angår vilkårene vurderes det, om ejendommens udlejes til selskabsdeltageren for en pris, der ligger under den markedsleje, som selskabet kunne opnå ved udleje til anden side.[296]

Når realitetsgrundsætningen synes mindre velvalgt på dette område skyldes det for det første, at det ikke i nogen af de foreliggende sager kan antages, at der var forskel på formaliteten og realiteten. Det er i alle sager klart, at selskabet såvel formelt som reelt havde udlejet en ejendom til selskabsdeltageren til en pris, der var lavere end markedslejen. Det kan ikke om UfR 1983.16 H antages, at Højesteret vurderede arrangementet således, at det rentefri lån fra selskabsdeltageren til selskabet, som var anvendt til at erhverve den faste ejendom, blev anset for at være en slags lejebetaling, der kunne beskattes.[297] Det rentefri udlån blev ikke anfægtet af Højesteret, og virkningen heraf var ikke, at selskabet blev beskattet af en lavere eller højere fikseret leje. Højesteret bortså tværtimod fra selskabets fordel ved det rentefri lån – og fra den ulempe, som det samtidig påførte selskabs-

295. Således også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 608. Se hertil *Thøger Nielsen*, UfR 1972B.201, der antager, at SL § 4 kan være en »vis støtte« for fiksering af lejeindtægter i sådanne tilfælde. Anderledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 53, som anser denne praksis for at være så sporadisk og beskeden, at den næppe kan tages til udtryk for, at der gælder et princip svarende til læren om rette indkomstmodtager. Det anføres, at dette så meget desto mere må gælde efter Højesterets afgørelser i TfS 1998, 199 H og TfS 1998, 238 H. *Bent Ramskov*, SR-Skat 2003, 220 afviser ligeledes – blandt andet under henvisning til en ikke offentliggjort kendelse fra Landsskatteretten, j. nr. 2-2-1822-1036 – at der skulle være hjemmel i SL § 4, litra b, til at beskatte selskabet af en fikseret leje.

296. Forholdet til reglerne i sommerhusloven og lov om erhvervelse af fast ejendom synes derimod ikke at være overvejet i nogen af de omtalte afgørelser.

297. Anderledes *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834.

> deltageren – formentlig ud fra en betragtning om, at selskabsdeltageren ville have erhvervet ejendommen kontant og derfor ikke selv ville have haft nogen renteudgift ved erhvervelse af denne. Den realitet, som Højesteret lagde til grund og tog stilling til, var derfor alene, om udlejen af en bolig til en værdi, der var lavere end markedslejen, kunne føre til, at udlejer blev beskattet af en fikseret leje.[298]
>
> Landsskatteretten synes heller ikke i TfS 2000, 511 LSR eller TfS 1994, 83 LSR at have anfægtet den realitet, der lå bag udlejen, nemlig at selskabet stillede en bolig til rådighed for selskabsdeltageren.

Herefter udestår alene spørgsmålet om, hvornår selskabet kan beskattes af en fikseret leje i henhold til SL § 4, litra b. Det må herom anføres, at selskabsdeltageren i sagen UfR 1983.16 H var udlandsdansker og således ikke blev beskattet af en værdi af fri bolig. Arrangementets samlede skattemæssige konsekvenser var derfor, at selskabsdeltageren undgik beskatningen af lejeværdi af egen bolig. Det samme var tilfældet i TfS 2004, 83 LSR. Disse sager adskiller sig herved fra sagerne TfS 1984, 272 H og TfS 2000, 511 LSR, hvor selskabsdeltager var skattepligtig til Danmark og – for så vidt angår sidste sag – tillige blev beskattet af værdien af fri bolig. De skattemæssige fordele ved arrangementet synes derfor noget mere uklare i de to sidstnævnte sager end i førstnævnte sag. Det må ikke desto mindre antages, at en beskatning af en fikseret leje forudsætter, at dispositionen er båret af skattemæssige hensyn i form af, at selskabsdeltageren forsøger at unddrage sig beskatning efter SL § 4, litra b.

Hvis det antages, at det centrale er selskabsdeltagerens forsøg på at unddrage sig beskatning efter SL § 4, litra b, burde det rimeligvis være selskabsdeltageren, der blev beskattet. Højesterets dom i sagen UfR 1983.16 H kan derfor fortolkes således, at selskabet alene blev beskattet, fordi selskabsdeltageren ikke kunne beskattes. Landsskatterettens kendelse i TfS 2004, 83 LSR kunne udlægges på samme måde. Et sådant synspunkt synes imidlertid at være forkastet i sagerne TfS 1984, 272 H og TfS 2000, 511 LSR. Selskabsdeltagerens beskatning af fordelen ved at have en bolig stående vederlagsfri til rådighed eller ved at betale en lavere leje end markedslejen udelukker således ikke, at selskabet kan beskattes af en fikseret leje.

---

298. At et selskab stiller en fritidsbolig til rådighed for selskabsdeltageren, har i øvrigt også en sådan realitet, at der er i dag ligefrem er lovgivet om beskatningen af selskabsdeltageren, jf. LL § 16. På den baggrund forekommer det kunstigt at forklare en beskatning af selskabet med, at den konstruktion, der anses for at være en realitet for selskabsdeltageren, ikke anses for at være en realitet for selskabet.

> Beskatningen af værdien af fribolig hos selskabsdeltager får karakter af en sekundær korrektion, som efter omstændighederne har særskilt hjemmel i LL § 16.[299]

Når selskabet skal beskattes af en fikseret leje, udmåles denne som udgangspunkt til 8 pct. af den offentlige ejendomsvurdering.[300]

5.2 Udleje og forpagtning fra selskabsdeltager til selskab

Der findes kun enkelte sager om selskabsdeltageres udleje af aktiver til selskabet.[301]

Den ene sag, LSRM 1972, 10, omhandlede en selskabsdeltager, som havde udlejet noget driftsmateriel m.v. til et selskab, hvori han var hovedaktionær. Lejebeløbet blev fastsat til 30.000 kr. Ved beregningen af lejen blev der henset til, at lejen normalt beregnedes som 150 pct. af værdien af det udlejede afskrevet over 5 år. De stedlige skattemyndigheder havde under hensyn til aktivernes værdi og de foretagne afskrivninger ansat lejebeløbet til 40.000 kr. De havde derfor forhøjet selskabsdeltagerens indkomst med 10.000 kr.

Landsskatteretten afviste at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret indkomst. De stedlige skattemyndigheder havde begrundet en sådan beskatning med, at den manglende betaling af leje var en ikke fradragsberettiget gave. Dette argument fandt ikke støtte hos Landsskatteretten.[302]

Landsskatteretten fandt heller ikke, at der var ydet en fordel til selskabsdeltageren, som kunne beskattes som maskeret udbytte. Dette er korrekt, eftersom fordelen – om nogen – tilkom selskabet, som ifølge skattemyndighederne ikke betalte en tilstrækkelig leje.[303] Endelig anførte Landsskatteretten, at forhøjelsen ikke havde det fornødne grundlag under de »foreliggende omstændigheder«. Det må antages, at Landsskatteretten herved henviste til, at det ikke var godtgjort, at den aftalte leje ikke afveg fra markedslejen.

I den anden sag – TfS 1993, 274 LSR – havde selskabsdeltageren sammen med en kompagnon via et interessentskab udlejet en ejendom med en maskinpark til et selskab, som de så vidt ses hver ejede for halvdelens vedkommende.

---

299. Se herom ovenfor III, 5.1.4.
300. TfS 1984, 272 H, TfS 2000, 511 LSR og TfS 2004, 125 LSR. Se også *Bent Ramskov*, SR-Skat 2003, 220.
301. I LV 2004-1 S.F.4 henvises til sagen LSRM 1985, 13 LSR. Denne kendelse er så vidt ses identisk med TfS 1985, 101 LSR, der omhandler lægers udgifter til befordring i forbindelse med uddannelse på hospitaler.
302. At betegne den manglende opkrævning som en gave er i øvrigt misvisende. Det havde været mere retvisende at betegne det som et tilskud.
303. Jf. også *Thøger Nielsen*, UfR 1972B.201.

Der var aftalt en leje i en kontrakt, men på grund af svigtende indtægter i selskabet undlod det at erlægge leje for perioden 1/4 1983 til 30/6 1983.

Landsskatteretten fandt ikke, at CIR nr. 437 af 5/11 1975 om beskatning af fikserede indkomster omhandlede en situation, hvor der blev givet afkald på en leje, der var fastsat i en kontrakt. Landsskatteretten fandt det endvidere ikke godtgjort, at der var tale om eftergivelse af en gæld på et tidspunkt, hvor fordringen på betalingen af lejen var tabt. Det fandtes heller ikke godtgjort, at der var tale om en efterfølgende eftergivelse af en fordring på vederlag for udleje, som derfor skulle kursansættes ved eftergivelsen. Landsskatteretten fandt tværtimod, at afkaldet på den aftalte leje måtte anses for at være givet endnu før lejen forfaldt, men at omstændighederne omkring afkaldet ikke kunne medføre, at udlejerne ikke var skattepligtige af indkomsten. Da afkaldet måtte anses for at være begrundet i det foreliggende interessefællesskab, måtte det derfor betragtes som et ikke fradragsberettiget tilskud til selskabet.

Landsskatterettens afvisning af, at sagen vedrørte spørgsmålet om beskatning af en fikseret leje, harmonerer dårligt med, at Landsskatteretten lagde til grund, at afkaldet var givet, endnu inden lejen forfaldt til betaling. Sagen synes herved ikke at adskille sig fra de tilfælde, hvor der ikke oprindeligt er aftalt nogen leje, eller hvor den oprindelige aftale ændres, således at der betales en leje, der er mindre end markedslejen.[304] Således som sagen er afgjort, må det imidlertid erkendes, at Landsskatteretten ikke ønskede at tage stilling til, om udlejerne kunne beskattes af en fikseret leje. Landsskatteretten gav alene udtryk for, at en selskabsdeltagers afkald på en indkomst fra et selskab kan anses for at være et tilskud til selskabet, når afkaldet er begrundet i interessefællesskabet.

Faktum i den tredje og sidste sag, TfS 1985, 142 LSR, ligner på mange områder faktum i sagen TfS 1993, 274 LSR. I sagen TfS 1985, 142 LSR havde en hovedaktionær udlejet en fast ejendom til sit selskab mod betaling af en aftalt leje. På grund af selskabets svigtende indtægter blev selskabsdeltageren og selskabet enige om, at selskabet ikke skulle betalte den aftalte leje for perioden 1/10 1981 til 31/3 1982, hvor selskabets virksomhed i øvrigt var lukket. Landsskatteretten fandt imidlertid, at afkaldet på den leje, som selskabsdeltageren havde krav på ifølge lejekontrakten, ikke kunne medføre bortfald af skattepligten for så vidt angik nogen del af det i lejekontrakten fastsatte lejebeløb. I lyset af Landsskatterettens senere kendelse i TfS 1993, 274 LSR, kan sagen næppe tages som udtryk for, at Landsskatteretten var af den opfattelse, at udlejer hermed blev beskattet af en fikseret leje.

---

304. Se om afkald og beskatning af fikseret indkomst ovenfor III, 6.

> Der findes derudover nogen ældre praksis om skønsmæssig ansættelse af indkomsten i selskaber, der driver virksomhed med udlejning af film, jf. LSRM 1952, 6 og LSRM 1953, 8. Begge sager angik spørgsmålet om den korrekte skønsmæssige ansættelse af indkomsten i et dansk selskab, der var kontrolleret af udenlandske selskabsdeltagere. Det var af parterne anerkendt, at indkomsten skulle opgøres skønsmæssigt, og sagerne vedrørte derfor alene spørgsmålet om, hvor stor en del af udlejningsindtægten der skulle anses for at være selskabernes skattepligtige indkomst.[305]

Spørgsmålet om, hvorvidt selskabsdeltager kan beskattes af en fikseret leje ved udleje til sit selskab med hjemmel i SL § 4, kan derfor ikke anses for fuldt ud af være afklaret i praksis. Det kan alene konstateres, at en sådan beskatning endnu ikke har fundet sted.[306]

6. Salg af varer og tjenesteydelser, provisioner og royalty m.v.

Det forekommer ikke sjældent i praksis, at koncernforbundne selskaber i forbindelse med deres indkomstskabende aktiviteter aftaler, at det ene selskab skal betale en provision eller royalty til det andet selskab som betaling for et arbejde, som det sidstnævnte selskab udfører for førstnævnte selskab. I nogle tilfælde er denne fastsat til et bestemt beløb eller en bestemt procentdel. I andre tilfælde beror den på, at et selskab køber varer af et andet koncernforbundet selskab og sælger disse videre til tredjemand, således at det videresælgende selskab opnår en fast fortjeneste for hvert salg. Der er således ikke aftalt en egentlig provision eller royalty for salget, men selskabet er sikret en fast indkomst, som har karakter af en provision eller royalty.

En provision eller royalty m.v. vil som udgangspunkt blive beskattet, også selvom der er givet afkald på denne, når selskabet først giver afkald herpå efter at have fremkaldt og oppebåret denne (nedenfor 6.1). I de tilfælde, hvor et selskab har solgt en vare eller tjenesteydelse til et andet selskab, og sidstnævnte selskab derefter sælger varen eller ydelsen til tredjemand til en højere pris, opstår derimod et spørgsmål om, hvorvidt førstnævnte selskab har modtaget et tilstrækkeligt stort beløb ved sit salg af den pågældende vare eller tjenesteydelse, eller om det kan beskattes af et større, fikseret beløb (nedenfor 6.2).

---

305. Se herom *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 325 og *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 380.
306. Se nærmere nedenfor XX, 2.3, hvor der redegøres for, hvad der i dag må antages at være gældende ret om lejefiksering.

I andre sager må der tages stilling til, om et selskab kan fradrage en provision eller royalty m.v., som det har betalt et andet selskab for at varetage bestemte funktioner (nedenfor 6.3).

Da de pågældende transaktioner som oftest foregår i forholdet mellem et dansk og et udenlandsk selskab, har de danske skattemyndigheder ikke noget valg mellem beskatning af en fikseret indkomst eller underkendelse af et fradrag. Det danske selskab gør enten gældende, at det alene er skattepligtigt af den modtagne indkomst, eller at det har fradrag for den afholdte udgift. Selskabet i udlandet er ikke underlagt dansk beskatning. Den foreliggende praksis er derfor præget af, om det danske selskab oppebærer en indkomst eller afholder en udgift.

Praksis om beskatning af fikseret indkomst ved salg af varer og tjenesteydelser (nedenfor 6.2) er uden undtagelse kendetegnet ved, at et dansk selskab har solgt en vare eller tjenesteydelse til et udenlandsk selskab, som herefter har videresolgt denne vare eller tjenesteydelse til tredjemand. Det udenlandske selskab har i alle tilfælde solgt varen eller tjenesteydelsen til en højere pris end den, som det danske selskab forlangte, og dermed opnået en nærmest fast provisionslignende fortjeneste for hvert videresalg.

Disse sager har endvidere et ikke ubetydeligt fællesskab med sagerne om allokering af arbejdsindkomst m.v.[307] Skattemyndighederne har således i alle tilfælde gjort gældende, at den indkomst, som det udenlandske selskab har oppebåret ved videresalg, burde allokeres til det danske selskab som rette indkomstmodtager. Dette har imidlertid, som det ses, ikke ført til, at sagerne er blevet rubriceret sammen med de øvrige sager om allokering af indkomst. Hertil er de flere årsager.

For det første har skattemyndighederne ved den såkaldte »allokering« af indkomsten alene ønsket at allokere et beløb svarende til forskellen mellem den indkomst, som det udenlandske selskab havde indtjent, og den indkomst, som det danske selskab havde opnået ved salget til det udenlandske selskab. Sagerne adskiller sig således fra den øvrige praksis om allokering af indkomst i og med, at der ved skattemyndighedernes »allokering« er taget højde for betalingen mellem de koncernforbundne selskaber. I de andre sager om allokering af indkomst er hele indkomsten enten blev allokeret til det ene selskab eller til det andet selskab, idet der ikke har foreligget en betaling mellem selskaberne.

For det andet har skattemyndighedernes argumentation taget udgangspunkt i en vurdering af, hvilken indkomst det danske selskab burde have fremkaldt ved salg til det udenlandske selskab. Det udenlandske selskabs indkomst er således alene blevet anvendt som målestok for, hvilken indkomst det danske selskab har

307. Se herom ovenfor XIII, 3.1.

»overført« til det udenlandske selskab som led i samhandlen mellem selskaberne. Dette er ikke udtryk for, at det danske selskab ud fra en analyse af de funktioner, som selskaberne har udøvet ved den indkomstskabende aktivitet, har haft en aktivitet i forhold til tredjemand, således at det danske selskab er rette indkomstmodtager af denne indkomst.

For det tredje er der ved domstolenes eller Landsskatterettens bedømmelse af arrangementet lagt afgørende vægt på, om vilkårene for samhandlen mellem selskaberne svarede til, hvad der ville være aftalt på armslængde-vilkår. Det er således ensidigt blevet vurderet, om det danske selskab havde fremkaldt en indkomst, som svarede til, hvad et uafhængigt selskab ville have fremkaldt i samme situation. Som følge heraf blev det samtidig forudsat, at det udenlandske selskab var rette indkomstmodtager af den indkomst, som det udenlandske selskab havde oppebåret. I modsat fald ville der ikke være behov for at vurdere vilkårene for transaktionen mellem det danske og udenlandske selskab, idet indkomsten da kunne være allokeret direkte til det danske selskab.[308]

For det fjerde og sidste karakteriseres de almindelige sager om allokering af indkomst ved, at der ikke i forholdet mellem selskaberne foregår nogen samhandel, idet de blot har fordelt den indkomstskabende aktivitet i forhold til tredjemand på en måde, som efter omstændighederne fører til en korrektion af indkomstens allokering. I de her omtalte sager var der derimod udøvet en indkomstskabende aktivitet i forholdet mellem de koncernforbundne selskaber, hvorefter det videresælgende selskab alene havde udøvet en tilsvarende form for indkomstskabende aktivitet i forhold til tredjemand. I og med at det udenlandske selskab i disse sager så vidt ses havde udøvet den indkomstskabende aktivitet i forhold til tredjemand, måtte en allokering af indkomsten til det danske selskab klart afvises i henhold til den foreliggende praksis.[309]

Det må imidlertid også erkendes, at sagerne er et af de grænsetilfælde, hvor sondringen mellem allokering og fiksering af indkomst er flydende, idet skattemyndighederne som følge af den konstaterede indkomst i de udenlandske selskaber kunne forsøge – og så vidt ses forsøgte – at korrigere det danske selskabs indkomst med hjemmel i begge regelsæt uden klart at sondre mellem disse.

6.1 Den fremkaldte royalty

Det er ovenfor anført, at et afkald efter omstændighederne kan tillægges den skatteretlige virkning, at en indkomst ikke anses for at være fremkaldt.[310] I disse

308. Se ovenfor III, 5.3.
309. Se ovenfor III, 5.3.
310. Ovenfor III, 6.1.

tilfælde må det derfor overvejes, om afkaldsgiver i stedet skal beskattes af en fikseret indkomst. Sagen TfS 1990, 214 H var et eksempel på, at dette sidste ikke var nødvendigt. Et dansk aktieselskab stiftede i 1926 et tysk datterselskab. I begyndelsen af 1960'erne blev det mellem moder- og datterselskab aftalt, at sidstnævnte selskab skulle betale det danske moderselskab en årlig afgift på 2 pct. af dets omsætning for benyttelse af det danske selskabs navn og knowhow. I 1977 medførte en afmatning inden for det område, hvor det tyske datterselskab drev virksomhed, et betydeligt fald i dets indtægter. Faldet var så stort, at det ikke havde mulighed for at betale den årlige afgift til det danske moderselskab. Formanden for det tyske datterselskabs bestyrelse – der tillige var administrerende direktør for selskabets bankforbindelse – stillede herefter krav om en øjeblikkelig bedring af selskabets økonomi.

Det danske moderselskab forudså, at en afvisning af dette krav kunne føre til, at det tyske datterselskab ikke alene ville miste sin bankforbindelse, men også kunne få vanskeligheder med at finde en ny bankforbindelse. I årene 1977 og 1978 ydede det danske datterselskab derfor et tilskud til det tyske datterselskab, der stort set svarede til den afgift, som datterselskabet skulle betale til det danske selskab. Rent formelt blev denne økonomiske støtte ordnet således, at det tyske datterselskab opførte både afgiften og tilskuddet som to forskellige poster i regnskabet. Det danske moderselskab opførte derimod alene forskellen på de to beløb i sit regnskab, idet den del af tilskuddene, der oversteg afgiften fra det tyske datterselskab, blev betragtet som en kapitaltilførsel til sidstnævnte selskab. Denne overskydende del af beløbet, der af moderselskabet selv blev betragtet som en kapitaltilførsel, blev ikke fratrukket ved opgørelsen af moderselskabets indkomst.

Højesteret opretholdt beskatningen af det danske selskab på trods af det af moderselskabet påberåbte afkald under hensyntagen til,

- at aftalen om afgift var et fast led i selskabernes mangeårige aftale,
- at moderselskabet ikke efter det oplyste havde givet afkald på afgiften, idet den fortsat blev bogført i det tyske datterselskabs regnskaber,[311] og
- at afgiften ikke var uerholdelig.[312]

---

311. Se hertil *Ole Bjørn*, SR-Skat 1990, 204 der anfører, at det var »utvivlsomt«, at moderselskabet ikke havde givet afkald på afgiften.

312. Se om dette spørgsmål *Flemming Heden Knudsen*, R&R 1990, SM 99, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1990, 204 og *I.A. Strobel*, R&R 1990, SM 145 samt TfS 1990, 212. *I.A Strobel* fortolker Højesterets dom således, at man må stille de samme krav om forgæves udlæg eller konkurs eller hvad dertil svarer, som er en betingelse for at afskrive tilgodehavende på ikke interesseforbundne debitorer.

I og med, at moderselskabet ifølge Højesteret ikke havde givet afkald på afgiften, var der selvsagt ikke behov for at beskatte moderselskabet af en fikseret indkomst. I skattemæssig henseende havde moderselskabet ifølge Højesteret allerede erhvervet ret til denne fremkaldte indkomst som følge af, at det ifølge aftalen havde ret hertil og ikke havde givet afkald på denne ret.[313] Spørgsmålet om, hvorvidt moderselskabet skulle beskattes af en fikseret indkomst, havde alene fået betydning, hvis moderselskabet havde givet afkald på afgiften inden den var fremkaldt.[314]

Anderledes *Jørgen Juul Andersen & Laila Rasmussen*, SU 2003, 49, der i et eksempel omtaler en lignende sag, hvor et dansk selskab modtog et tilskud fra et udenlandsk selskab, men fortsat betalte royalty til det udenlandske selskab i overensstemmelse med en licensaftale. Forfatterne anfører, at ligningsmyndigheden foretog en forhøjelse hos det danske selskab med den begrundelse, at betalingen for royalty og tilskuddet måtte anses for at udligne hinanden, hvorfor selskabet ikke havde betalt vederlag for anvendelse af immaterielle aktiver, jf. SL § 4, litra b. Forfatterne anfører, at skattemyndighederne herved »behændigt« undgik LL § 2 og SKL § 3 B. Forholdet er imidlertid det, at selskabet blev beskattet af værdien af et tilskud i henhold til SL § 4. En sådan beskatning kan foretages uafhængigt af, om transaktionen mellem parterne korrigeres i henhold til LL § 2.

Som følge af, at moderselskabet havde fremkaldt og oppebåret indkomsten, måtte det endvidere undersøges, om det tilskud, som moderselskabet havde givet til datterselskabet i form af sit efterfølgende afkald, var fradragsberettiget i henhold til SL § 6. Ifølge Højesteret havde tilskuddene ikke en sådan betydning for det danske selskabs egen indkomsterhvervelse, at der var grundlag for at anerkende dem som fradragsberettigede driftsudgifter.[315]

Der findes bortset fra Højesterets afgørelse i sagen TfS 1990, 214 H ikke nogen praksis om, hvorvidt et selskab i henhold til SL § 4 kan beskattes af en fikseret provision eller royalty, som ikke er fremkaldt.[316]

---

313. Selskabet havde endvidere forgæves gjort gældende, at det havde en berettiget forventning om, at tilskuddet til datterselskabet kunne fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Se nærmere herom *Ole Bjørn*, SR-Skat 1990, 204 og *I.A. Strobel*, TfS 1990, 212.
314. Jf. hertil for så vidt angår beskatning af fikserede renter sagen TfS 1997, 665 V, der er omtalt ovenfor 3.2.3.
315. Se herom *I.A.Strobel*, R&R 1990, SM 145, *Flemming Heden Knudsen*, R&R 1990, SM 99 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 1990, 204. Som anført af *Ole Bjørn* måtte dette formentlig fortolkes således, at tilskuddet var ydet som følge af den samlede kapitalinteresse, som moderselskabet havde i datterselskab.
316. Derimod findes en righoldig praksis om, hvorvidt en provision eller royalty kan fradrages, jf. nedenfor 6.3.

6.2 Salg af varer og tjenesteydelser

Samhandel mellem koncernforbundne selskaber er snarere reglen end undtagelsen. Mange koncerner er opbygget på en sådan måde, at selskaberne varetager forskellige funktioner i forbindelse med koncernens samlede aktiviteter, og derfor nødvendigvis er nødt til at købe og sælge varer eller tjenesteydelser af hinanden.

Sådanne koncerninterne transaktioner skal i dag i henhold til LL § 2 foretages på armslængde-vilkår, når parternes interessefællesskab er omfattet af LL § 2, stk. 2.[317] I tilfælde af, at parterne ikke er omfattet af LL § 2, stk. 2, må det overvejes, om der i henhold til SL § 4 kan stilles krav om, at deres transaktioner foregår på armslængde-vilkår, eller om de skal være normalt forretningsmæssigt begrundede eller lignende. Herom findes en del praksis, som hidrører fra tiden, før LL § 2 blev vedtaget.[318]

Sagen LSRM 1941, 92 omhandlede et dansk selskab, som var datterselskab af et amerikanske selskab, og som i 1939 havde opgjort sit overskud til 13.982 kr. Det amerikansk selskab var det danske selskabs hovedleverandør. Skattemyndighederne ville under hensyn til det danske selskabs afhængighedsforhold til det amerikanske selskab forhøje det danske selskabs indkomst til ca. 4 pct. af omsætningen eller ca. 80.000 kr. Efter en gennemgang af selskabets regnskab fandt Landsskatteretten imidlertid ikke, at der var tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte dette, og den foretagne korrektion blev derfor afvist.

I sagen TfS 1986, 146 LSR havde et dansk selskab solgt produkter til et udenlandsk selskab, der først blev samlet – og siden blev markedsført – af det udenlandske selskab med den virkning, at sidstnævnte selskab fremkaldte og oppebar en betragtelig indkomst hidrørende fra salg til tredjemand. Det danske selskab havde fastsat fakturapriserne til kostpris + 15 pct. – fra efteråret 1977 til kostpris + 25 pct. – medens det udenlandske selskabs dækningsbidrag i 1977 – beregnet på kostprisen – gennemsnitlig havde andraget 124 pct. Af det udenlandske selskabs regnskab fremgik endvidere, at der for 1977 var udloddet udbytte på godt 11 gange aktiekapitalen og for første halvår af 1978 på godt 3 gange aktiekapitalen. Hovedaktionæren havde som følge heraf hjemtaget skattefri udbytter på ca. 2,5 mio. kr. efter bestemmelserne i den gældende dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Landsskatteretten fandt, at fordelingen af avancen mellem selskaberne var ude af balance som følge af samhandelsvilkårene. Det må som følge heraf antages, at Landsskatteretten lagde vægt på, om transaktionerne mellem de to

---

317. Se herom ovenfor VIII.
318. LSRM 1941, 92, TfS 1986, 146 LSR, TfS 1997, 392 H og TfS 1997, 862 LSR.

selskaber var sket på armslængde-vilkår, idet alene sådanne vilkår ville skabe balance mellem overskuddet i selskaberne.[319]

Da dette ikke var tilfældet, blev det danske selskab beskattet af en fikseret indkomst i medfør af SL § 4.[320]

> Hjemmelsgrundlaget kritiseres af *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 320, der anfører: »Henvisningen til SL § 4 er dog uheldig, idet det således foregives, at denne bestemmelse udgør en direkte hjemmel for korrektion i interessefællesskaber. Det tilsløres herved, at det korrekte ligningsgrundlag fastlægges ud fra ulovbestemte principper af almen karakter, og at SL § 4 alene hjemler beskatningen i forhold til det herefter udfundne ligningsgrundlag«.[321]

Dette sidste formuleres på den lidt ejendommelige måde, at indkomsten skulle tilbageføres til det danske selskabs indkomstopgørelse. På trods af ordvalget kan sagen ikke antages at vedrøre allokering af indkomst. Den indkomst, som det udenlandske selskab havde oppebåret, blev fortsat anset for at være oppebåret af dette selskab som rette indkomstmodtager. Den »tilbageførte« indkomst var endvidere en skønsmæssigt fastsat indkomst og ikke den indkomst, som det udenlandske selskab havde oppebåret. Landsskatteretten »tilbageførte« endelig indkomsten ud fra en betragtning om, at denne uberettiget var »overført« til det udenlandske selskab som følge af den indgåede aftale mellem selskaberne.[322]

> Det bemærkes endvidere, at det udenlandske selskab klart udøvede den indkomstskabende aktivitet, som var anledning til dette indkomst, eftersom dette selskab stod for samling og markedsføring af produkterne og havde ca. 20 ansatte. En funktionsanalyse ville derfor utvivlsomt have ført til, at indkomsten skulle allokeres til det udenlandske selskab.[323]

---

319. Hovedaktionæren indbragte sagen for domstolene, men sagen blev senere hævet. Se også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 380-381. *Jan Pedersen*, Transfer Pricing, s. 225, anfører, at sagen næppe kan betegnes som en traditionel afgørelse om transfer pricing. Ret beset er der nærmere tale om, at Landsskatteretten ikke anvendte den avancefordelingsmetode, der nu er almindeligt anerkendt, men i stedet fordelte avancen ud fra et friere skøn. Se også *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 77.
320. Den dagældende bestemmelse i SEL § 12 kunne ikke anvendes, idet det danske selskab ikke var kontrolleret af et udenlandsk selskab. Jf. også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 381.
321. Denne kritisk fastholdes så vidt ses af *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 225 med følgende bemærkning: »Landsskatteretten forudsætter herved angiveligt, at den selvangivne avancefordeling ikke modsvarer de driftsmæssige resultater«. Se nærmere nedenfor XX, 5.2, om realitetsgrundsætning som hjemmelsgrundlag for beskatning af fikserede indkomster.
322. Ligeledes *Sv. Allan Jensen & Erna Christensen*, SU 1992, 73 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 173.
323. Se herom ovenfor XIII, 3.1.

Indkomsten blev skønsmæssigt ansat ud fra en vurdering af den samlede avance, idet skattemyndighederne ifølge Landsskatteretten ikke var forpligtet til at gennemgå hver enkelt faktura. Den anvendte metode kan imidlertid ikke sammenlignes med de transaktionsbestemte avancemetoder, der anvendes i forbindelse med LL § 2 og betegnes som henholdsvis avancefordelingsmetoden og den transaktionsbestemte nettoavancemetode.[324] Der synes tværtimod at være udøvet et friere skøn ud fra en ikke oplyst antagelse om, hvorledes den samlede indkomst burde være fordelt mellem selskaberne.[325]

Højesterets afgørelse i sagen TfS 1997, 392 H er ikke udtryk for, at et selskab ikke kan beskattes af en fikseret indkomst i forbindelse med, at selskabet sælger varer til et koncernforbundet udenlandsk selskab. Det fremgår tværtimod af præmisserne, at selskabet kunne være beskattet af en fikseret indkomst, hvis varerne var blevet solgt til priser, som væsentligt afveg fra de priser, der blev anvendt i forhold til andre udenlandske aftagere.[326] Sagen omhandlede selskabet A, der ejede hele anpartskapitalen i det sambeskattede selskab B, der fremstillede bøsninger m.v. B's produkter blev solgt til de nordiske lande gennem A. Salg til kunder i Holland og Tyskland skete gennem et firma C, der var hjemmehørende i Liechtenstein. Ved salget sendte B en faktura til C, der herefter sendte en faktura på omtrent det dobbelte beløb til kunden. Bøsningerne m.v. blev leveret direkte fra B til kunden.

Det blev ikke bestridt, at det danske selskabs salg af produkter til det udenlandske selskab, som herefter videresolgte disse varer til tredjemand, førte til, at sidstnævnte selskab var sikret en løbende fortjeneste, hvis størrelse alene var afhængig af, hvor mange produkter der kunne sælges til tredjemand. Heraf kan udledes – som anført af skattemyndighederne – at et af formålene med arrangementet kan have været at opnå en skattemæssig besparelse, idet en del af indkomsten blev forskudt til det udenlandske selskab.[327]

Den mulige tilstedeværelse af et sådant motiv var imidlertid ikke ifølge

---

324. Se herom nedenfor XIX, 4.1.4 og 4.1.5.

325. Uspecificerede metoder er anerkendt i OECD's retningslinjer, jf. nedenfor XIX, 4.1.6, og er også i øvrigt blevet anvendt i dansk ret, jf. nedenfor XIX, 5. Anderledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 225, der som følge heraf finder, at afgørelsen må være begrundet med realitetsgrundsætningen. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 172 betegner den anvendte metode som en »profit split-metodik«.

326. Jf. også *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2004/04, s. 389.

327. *Jan Pedersen*, TfS 2000, 142 tager dette som udtryk for, at Højesteret ikke ville anvende realitetsgrundsætningen på arrangementet, idet konstruktionen havde den fornødne realitet. *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 223 giver på baggrund af afgørelsen omvendt udtryk for, at Højesteret med denne afgørelse har opretholdt den restriktive anvendelse af den frie markedspris metode, idet afgørelsen så vidt ses anses for at være afgjort ud fra en analogi af den nu ophævede bestemmelse i SEL § 12.

Højesterets flertal i sig selv tilstrækkeligt til at beskatte selskabet af en fikseret indkomst.[328]

> Mindretallet ville derimod som følge heraf pålægge selskabet bevisbyrden for, at arrangementet var normalt forretningsmæssigt begrundet. Da dette ikke var bevist, ville mindretallet beskatte selskabet af en fikseret indkomst.[329]

Højesterets flertal vurderede i stedet, om salget var sket til priser, der ikke væsentligt afveg fra, hvad selskabet forlangte ved salg til andre udenlandske mellemhandlere.[330] Det blev med andre ord vurderet, om samhandlen var sket på armslængde-vilkår, idet sammenligningen blev foretaget med udgangspunkt i en metode, der kendes fra LL § 2 og betegnes som den frie markedspris-metode.[331] De aftalte priser blev både af landsretten og Højesteret sammenlignet med de priser, som det sælgende selskab forlangte ved salg til uafhængige udenlandske aftagere, idet selskabet også solgte sine produkter til uafhængige parter. Det blev således afvist at lægge vægt på de priser, der blev anvendt ved salg til danske aftagere, selvom disse priser var ca. det dobbelte af, hvad selskabet forlangte ved salg til udlandet. I henhold til LL § 2 forudsætter en anvendelse af den frie markedspris metode en sammenligning af økonomiske vilkår i form af markedsvilkår m.v. Det kan derfor tiltrædes, at landsretten og Højesteret sammenlignede priserne med salg til andre udenlandske aftagere og så bort fra priserne på den indenlandske marked.

> Højesteret overvejede så vidt ses også at anvende den metode, der i dag betegnes som videresalgspris-metoden, og som anvendes i forbindelse med LL § 2.[332] Størrelsen af de udenlandske mellemhandleres videresalgspriser var imidlertid ifølge Højesteret ikke oplyst under sagen, og videresalgspris-metoden kunne derfor ikke anvendes.

Det tilføjedes herefter af Højesteret, at det på det foreliggende grundlag var betænkeligt at antage, at der ved salget var sket en overførsel af indkomst, der rettelig tilkom et andet selskab. Som følge heraf blev det danske selskab ikke beskattet af et større beløb end det, det havde opnået ved salget af produkterne til det udenlandske selskab.

I modsætning til Landsskatteretten, som ville underkende det udenlandske

---

328. Jf. også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 382 og R&R 1998, 2, SM 41.
329. Jf. også *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1997, 6, 9.
330. Ligeledes *Aage Michelsen*, R&R 1998, 2, SM 41 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 167.
331. Se herom nedenfor XIX, 4.1.1.
332. Se nedenfor XIX, 4.1.2.

selskab i skatteretlig henseende,[333] således at det ikke kunne oppebære nogen form for indkomst, lagde landsretten og Højesteret til grund, at det udenlandske selskab kunne anerkendes.[334] Skattemyndighederne gjorde ganske vist gældende, at det udenlandske selskabs virksomhed alene måtte antages at have bestået i at modtage og videresende fakturaer. Højesteret fandt ikke dette bevist og lagde til grund, at mindst én person i et ikke nærmere oplyst omfang havde drevet virksomhed gennem dette selskab i form af videresalg af VVS-produkter bl.a. til Sverige, herunder ikke kun videresalg af de af B fremstillede produkter, men også videresalg af andre firmaers produkter.[335]

> Højesteret lagde ikke vægt på, at selskabet ifølge det oplyste også havde beskæftiget en anden person på halv tid; Formentlig fordi dette ikke blev anset for at være bevist ved de fremlagte erklæringer.

I og med, at det udenlandske selskab blev anerkendt i skattemæssig henseende, måtte Højesteret undersøge, om samhandlen mellem det danske selskab og det udenlandske selskab foregik på armslængde-vilkår.[336]

> Skattemyndighederne forsøgte så vidt ses også at allokere det udenlandske selskabs indkomst til det danske selskab. Dette blev afvist af Højesteret, der anerkendte eksistensen af det udenlandske selskab og vurderede, om samhandlen mellem det danske og udenlandske selskab var sket på armslængde-vilkår.[337] I betragtning af det oplyste om det udenlandske selskabs indkomstskabende aktivitet måtte en funktionsanalyse endvidere føre til, at dette selskab var rette indkomstmodtager af den indkomst, som det oppebar i forbindelse med sin indkomstskabende aktivitet i forhold til tredjemand.[338]

Sagen TfS 1997, 862 LSR kan ligeledes tages til indtægt for, at et selskab kan beskattes af et fikseret vederlag ved salg af varer eller tjenesteydelser til et koncernforbundet selskab.[339] Landsskatteretten forudsatte ligesom Højesteret i TfS 1997, 392 H, at selskabet kan beskattes af en fikseret vederlag, når de

---

333. Så vidt ses uden nogen hensyntagen til, at dette alt andet lige ville være i strid med EU-retten.
334. Jf. også LV 2004-1 S.C.1.1.1 og *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53.
335. Skatteministeriet må have været forberedt på denne vurdering, eftersom det i proceduren for Højesteret bl.a. blev anført: »Det er uden betydning, om ... har haft egne lokaler og egne ansatte, og om virksomheden har været mellemmand ved salg af produkter fra andre firmaer«.
336. Ligeledes *Jan Pedersen*, R&R 2000, 2, SM 32.
337. Anderledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 208, der så vidt ses anser sagen for at vedrøre spørgsmålet om allokering af indkomst.
338. Jf. ovenfor XIII, 3.1.
339. Se hertil *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 260-261, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 390-391 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing,

pågældende varer eller tjenesteydelser ikke er solgt på armslængde-vilkår. Sagen omhandlede en dansk sparekasse, der havde etableret et datterselskab i Irland. Det irske datterselskab, der beskæftigede 3 ansatte, var stiftet med det primære formål at kunne formidle udlandslån til kunder i koncernens danske filialer uden pålæg af stempelafgift. Det danske selskab hjemtog store lån til interbankrenten som »grossist« og udstykkede herefter disse i mindre lån – blandt andet til det irske datterselskab – til »detail«.

Landsskatteretten anførte indledningsvis, at »sagen ikke vedrørte spørgsmålet om anfægtelse af dispositioner, men spørgsmålet om vilkårskorrektion. … Dispositionerne havde fornødent erhvervsmæssigt og realøkonomisk indhold«.[340] Landsskatteretten lagde så vidt ses herved til grund, at arrangementet ikke kunne tilsidesættes i skattemæssig henseende ud fra en realitetsgrundsætning eller tilsvarende principper.[341] For det andet gav Landsskatteretten udtryk for, at en eventuel korrektion skulle ske efter reglerne om fiksering af indkomst og ikke efter reglerne om allokering af indkomst.

> Skattemyndighederne havde ellers søgt at allokere den indkomst, som det udenlandske selskab havde oppebåret ved sine forretninger med tredjemand, til det danske selskab. I kraft af, at det udenlandske selskab utvivlsomt udøvede hele den indkomstskabende aktivitet i forhold til tredjemand, var der imidlertid ikke hjemmel til en korrektion af den aftalte allokering.[342] Det udenlandske selskab var uden tvivl rette indkomstmodtager af denne indkomst.

At den indkomst, som det udenlandske selskab havde fremkaldt og oppebåret, ikke kunne allokeres til det danske selskab, førte selvsagt ikke til, at det var udelukket at beskatte det danske selskab af en ikke fremkaldt indkomst hidrørende fra den indkomstskabende aktivitet, som det danske selskab havde udøvet i forhold til det udenlandske selskab. Landsskatteretten overvejede derfor, om der var grundlag for en sådan beskatning. Beskatningen af en fikseret blev dog afvist, idet skattemyndighederne ikke havde dokumenteret, at handelsvilkårene mellem de koncernforbundne selskaber afveg fra, hvad der ville være aftalt på armslængde-vilkår.

Ved vurderingen af, om samhandlen foregik på armslængde-vilkår, blev der

---

s. 196, der alle omtaler sagen som et eksempel på en situation, hvor långiver ikke blev beskattet af en fikseret rente.

340. Jf. også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 26. Begreberne er forklaret ovenfor III, 5.2.4.

341. Se hertil *Aage Michelsen*, R&R 1998, 2, SM 41 og *Jakob Bundgaard,* TfS 2003, 299.

342. Se ovenfor XIII, 3.1.

lagt vægt på de herskende markedsforhold inden for banksektoren.[343] Landsskatteretten udtalte herom, at der ikke for så vidt angik de omhandlede transaktioner forelå et effektivt, åbent og direkte sammenligneligt marked. Hermed blev det så vidt ses afvist at anvende en metode, der svarer til den, som kendes fra LL § 2 under betegnelsen den frie markedspris-metode.[344] I stedet vurderede Landsskatteretten, om det danske selskabs avance var »urimelig lav eller usædvanlig«, uden at denne metode dog kunne sammenlignes med de transaktionsbestemte avancemetoder, der anvendes i henhold til LL § 2. Landsskatterettens skøn tog så vidt ses udgangspunkt i nogle friere betragtninger om, hvad der måtte antages at være rimeligt eller sædvanligt i forholdet mellem koncernforbundne selskaber inden for den pågældende branche.

6.3 Provisioner og royalty

Det ses ikke sjældent i praksis, at der mellem to koncernforbundne selskaber indgås en aftale om, at det ene selskab skal betale en eller anden form for løbende ydelse til det andet selskab. Sådanne ydelser betegnes ofte som provisioner, royalty, afgifter eller lignende. Fælles for dem alle er, at de er betaling for et arbejde, udnyttelse af en særlig viden, markedsføring eller lignende.

Ved opgørelsen af et dansk selskabs indkomst kan sådanne aftaler føre til overvejelser om, hvorvidt det danske selskab kan få fradrag for en provision eller royalty m.v., som det betaler til et andet – som oftest udenlandsk – selskab, eller om det danske selskab skal beskattes af en højere royalty eller provision m.v., end den, det har oppebåret og realiseret. I praksis foreligger imidlertid alene sager om den skattemæssige behandling af et *fradrag* for sådanne ydelser, jf. R&R 1976, SM 14, TfS 1984, 176 LSR, TfS 1990, 298 LSR, TfS 1992, 395 H, TfS 1994, 207 H, TfS 1999, 950 H,[345] TfS 2002, 336 V og TfS 2002, 825 LSR. Eftersom afhandlingens emne er afgrænset til reglerne om allokering og fiksering af indkomst – cfr. udgifter – omtales disse afgørelser ikke nærmere. Den foreliggende praksis om indrømmelsen af fradrag for sådanne ydelser peger i retning af, at der anlægges en vurdering svarende til det ovenfor anførte. I tilfælde, hvor det selskab, hvortil der betales provision eller royalties, ikke har haft nogen funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet og betalingen ikke har været normalt forretningsmæssigt begrundet,

343. Jf. også *Aage Michelsen*, R&R 1998, 2, SM 41.
344. Se nedenfor XIX, 4.1.1.
345. Flertallet fandt i denne sag, »... at aftalen i den grad afviger fra normale, forretningsmæssigt begrundede funktionsopdelinger, at den aftalte ordning i det hele må tilsidesættes i skattemæssig henseende«. Eftersom ordningen i det hele blev tilsidesat i skattemæssig henseende, tog Højesteret ikke stilling til, om regler om allokering og fiksering af fradrag kunne finde anvendelse.

frakendes betalingen skattemæssig betydning. I alle andre tilfælde vurderes det, om betalingen er sket på armslængde-vilkår.

6.4 Sammenfatning

Det er, som det ses, fast antaget i praksis, at et selskab, der sælger varer eller tjenesteydelser til et koncernforbundet selskab, som herefter sælger disse varer videre til tredjemand, kan beskattes af en fikseret indkomst, når salget af varer ikke er sket på *armslængde-vilkår*. Hjemmelsgrundlaget hertil må i henhold til praksis antages at være SL § 4.

Beskatningen af en fikseret indkomst forudsætter, at den indkomst, som salgsselskabet har oppebåret, kan allokeres til dette selskab i skattemæssig henseende. Spørgsmålet herom afgøres som ovenfor nævnt på baggrund af en motiv- og funktionsanalyse.[346] Den foreliggende praksis om beskatning af fikserede indkomster i produktionsselskabet er således kendetegnet ved, at salgsselskabet havde udøvet den indkomstskabende aktivitet i forhold til tredjemand, mens produktionsselskabet havde udøvet en indkomstskabende aktivitet i forhold til salgsselskabet.

Der findes ikke offentliggjorde afgørelser om beskatningen af selskabet i de situationer, hvor selskabet ikke sælger varer eller tjenesteydelser, men i stedet udlodder disse varer eller tjenesteydelser til selskabsdeltageren. Uden for anvendelsesområdet for LL § 2 må det på baggrund af praksis om beskatning af fikserede indkomster ved overdragelse af varer og tjenesteydelser mellem koncernforbundne selskaber antages, at hjemmel til at beskatte selskabet af en fikseret indkomst i disse tilfælde findes i SL § 4.[347] Det kan ikke antages, at det vil gøre nogen forskel, om selskabsdeltageren er en fysiske eller en juridisk person, og om overdragelsen af varer eller tjenesteydelser sker mod en betaling, der ikke er fastsat på armslængde-priser og -vilkår, eller vederlagsfrit.

7. Kapitalgevinster

Det forekommer antageligt ret ofte, at to interesseforbundne parter ved overdragelse af formuegoder aftaler priser og vilkår, som ikke svarer til, hvad der ville have været aftalt mellem uafhængige parter. Sager herom findes i dansk praksis i mange afskygninger; Faktisk i et flertal af de tilfælde, hvor skattemyndighederne ikke vil anerkende den værdiansættelse af det eller de overdragne formuegoder, som de interesseforbundne parter har aftalt.

---

346. Se navnlig ovenfor XIII, 3.1.4 og XIV, 2.
347. Jf. også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 365-366.

Som anført ovenfor er formålet med afhandlingen ikke at analysere alle de tilfælde, hvor Landsskatteretten, Ligningsrådet eller domstolene har taget stilling til, om værdiansættelsen af et formuegode eller en tjenesteydelse har kunnet anerkendes skattemæssigt.[348] En analyse af reglerne om indkomstfiksering nødvendiggør alene en beskrivelse af de sager, hvor én af de interesseforbundne parter som følge af en tilsidesat værdiansættelse er blevet beskattet af en yderligere fikseret indkomst svarende til forskellen på den mellem parterne aftalte værdi og den af skattemyndighederne, Landsskatteretten, Ligningsrådet eller domstolene fastsatte værdi.

En analyse af samtlige sager, hvor værdiansættelsen er tilsidesat i skattemæssig henseende, ville i øvrigt sprænge afhandlingens rammer.

Omfanget af disse sager er imidlertid fortsat så betragteligt, at det ikke er formålstjenstligt at gennemgå samtlige sager in extenso – ikke mindst fordi praksis på dette område i modsætning til praksis om fiksering af renter, løn og leje har ligget fast gennem mange år. Nedenfor redegøres derfor alene for et uddrag af disse sager med særlig henblik på centrale, nyere afgørelser, herunder

– 5 afgørelser om salg af fast ejendom (nedenfor 7.1) og
– 1 afgørelse om salg af værdipapirer (nedenfor 7.2).

Den valgte afgrænsning af emnet indebærer, at et stort antal sager om værdiansættelse af formuegoder ikke vil blive behandlet. Dette gælder f.eks. reglerne om ansættelse af værdien af et maskeret udbytte og om ansættelsen af værdien af en hovedaktionærs fri bil eller bolig m.v. Analysen vil heller ikke omfatte de hyppigt forekommende sager, hvor den samlede salgssum for en virksomhed korrigeres for så vidt angår værdiansættelsen af de enkelte aktiver, således at salgssummen fordeles på en anden måde end den mellem sælger og køber aftalte, eftersom disse sager vedrører spørgsmålet om indkomstens kvalifikation.[349]

7.1 Fast ejendom

I praksis ses det ofte, at overdragelse af fast ejendom giver anledning til skatteretlige problemstillinger, herunder navnlig vedrørende opgørelse af en skatte-

348. Ovenfor III, 4.5.
349. Dette sidste synes også forudsat af *Jan Pedersen*, R&R 1996, SM 3, som i øvrigt korrekt anfører, at skattemyndighederne i disse tilfælde kan foretage en korrektion af de enkelte værdier og fordelingen af disse inden for den samlede aftalte salgssum.

pligtig ejendomavance og om beskatning af genvundne afskrivninger. I flere tilfælde har afståelse af en fast ejendom imidlertid også givet anledning til, at sælgers indkomstopgørelse er blevet ændret, således at sælger er blevet beskattet af en fikseret avance, som sælger ikke har fremkaldt eller oppebåret.[350]

Når denne praksis omtales som »flere tilfælde«, er det, fordi et salg af fast ejendom som oftest giver anledning til sager om, hvorvidt selskabsdeltageren skal beskattes af et maskeret udbytte som følge af, at overdragelsen fra selskabet til selskabsdeltageren er sket til underpris, jf. LL § 16 A, uden at der samtidig tages stilling til, om selskabet skal beskattes af en fikseret indkomst.[351]

Den foreliggende praksis om beskatning af fikseret indkomst ved salg af fast ejendom kan opdeles i tre kategorier. I første kategori findes sagerne om afståelse af fast ejendom fra et selskab til en selskabsdeltager, som er en fysisk person (nedenfor 7.1.1).[352]

I anden kategori findes nogle sager om afståelse af fast ejendom fra selskabet til den personlige selskabsdeltagers nærstående (nedenfor 7.1.2).[353]

Endelig findes en nyere afgørelse om afståelse af fast ejendom mellem nærstående fysiske personer (nedenfor 7.1.3).[354]

7.1.1 Afståelse fra et selskab til den personlige selskabsdeltager

Ved afståelse af en fast ejendom fra selskabet til den personlige selskabsdeltager er det i praksis antaget, at selskabet kan beskattes af en indkomst, der svarer til, at ejendommen var afstået til handelsværdien, uanset ejendommen er afstået til selskabsdeltager for et beløb, der er lavere end denne værdi.

Dette fremgår for det første af UfR 1965.927 Ø, hvor et selskab havde erhvervet en ubebygget grund, som efter nogle år blev afstået til selskabsdeltageren for et beløb, der var lavere end markedsværdien.

---

350. Disse sager er f.eks. UfR 1965.927 Ø, TfS 1990, 367 Ø, TfS 2003, 646 H, TfS 2003, 845 LSR og SKM 2004.30 V. Fra praksis kan også henvises til UfR 1978.660 H, TfS 1987, 434 V, TfS 1994, 882 LSR, TfS 2002, 821 LSR og TfS 2003, 253 LR. For så vidt angår selskabets mulighed for at fradrage et tab ved afståelse til selskabsdeltageren kan navnlig henvises til UfR 1969.412 H og UfR 1969.419 H. Se også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 366.
351. Se f.eks. TfS 2001, 115 LR, TfS 1996, 512 LSR og TfS 1994, 478 LR. Eller om selskabet skal beskattes af et tilskud i henhold til SL § 4, jf. f.eks. TfS 2000, 861 V og TfS 2000, 862 V. Se om sidstnævnte afgørelse *Jakob Bundgaard*, TfS 2003, 299. Ved overdragelse fra selskabsdeltageren til selskabet til overpris kan selskabsdeltageren ligeledes beskattes af et maskeret udbytte, jf. f.eks. TfS 1984, 261 LSR (salg af pantebreve), UfR 1966.65 H (salg af fast ejendom) og TfS 2001, 80 Ø (salg af fast ejendom). I næstsidste sag blev overprisen dog anset for at være en skattepligtig gave, jf. *P. Spleths* kommentar i UfR 1966B.133 og *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 350.
352. Jf. f.eks. UfR 1965.927 Ø og TfS 2003, 845 LSR.
353. Jf. f.eks. TfS 1990, 367 Ø og SKM 2004.30 V.
354. Jf. TfS 2003, 646 H.

Østre Landsret lagde til grund, at den ubebyggede grund var afstået til selskabsdeltageren til en værdi, der var væsentligt mindre end den, der kunne have være opnået ved salg til tredjemand på armslængde-vilkår. Der blev herved henset til, at selskabsdeltageren kort efter købet af grunden fra selskabet solgte denne videre til tredjemand til en betydeligt højere pris. Dette kunne tale for, at selskabsdeltageren skulle beskattes af et maskeret udbytte, og det anføres da også af landsretten, at der vederlagsfrit var tilført selskabsdeltageren en økonomisk fordel svarende til merværdien. Resultatet blev imidlertid ikke en beskatning af et maskeret udbytte hos selskabsdeltageren, men derimod en beskatning af en fikseret indkomst hos selskabet svarende til forskellen mellem den med selskabsdeltageren aftalte købesum og grundens markedsværdi. Om hjemmelsgrundlaget anførte landsretten ingenting.[355]

Indkomsten blev fikseret til den avance, som selskabet kunne have opnået ved at afstå ejendommen til handelsværdien.[356]

Den anden sag, TfS 2003, 845 LSR, omhandlede et selskab, der trådte i solvent likvidation, og som i forbindelse hermed udloddede syv ejendomme til selskabsdeltagerne, idet værdien af ejendommene blev ansat til den offentlige ejendomsvurdering.

Landsskatteretten var utvivlsomt af den opfattelse, at selskabet kunne beskattes af en avance svarende til, at ejendommene var blevet afstået til handelsværdien. Denne værdi var ifølge Landsskatteretten som udgangspunkt den seneste offentlige ejendomsvurdering. Efter det oplyste var der ikke grundlag for at fravige denne vurdering, og selskabet blev derfor ikke beskattet af et større beløb, end det i regnskabet indtægtsførte.[357]

Ved en vurdering af, hvilken betydning sagen har for spørgsmålet om, hvorvidt der er hjemmel til beskatning af fikserede kapitalgevinster, må det erkendes, at hele indkomsten var fikseret, eftersom der ikke mellem selskabsdeltager og selskab var nogen aftale om en bestemt pris. Værdien var således fastsat af selskabet, der som følge af den solvente likvidation ikke ville modtage nogen form for betaling fra selskabsdeltagerne, uanset hvilket beløb ejendommene blev vurderet til. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at Landsskatteretten gik ud fra, at der var hjemmel til at beskatte selskabet af en større indkomst end den selvangivne, hvis værdiansættelsen ikke var blevet anset for at være korrekt. Om

355. Skattemyndighederne var så vidt ses af den opfattelse, at indkomsten måtte anses for at have passeret selskabets økonomi, idet fordelen blev anset for at være en udlodning fra selskabet til selskabsdeltageren.

356. Som anført af Finansministeriet havde skattemyndighedernes vurdering været forsigtig og så vidt ses i underkanten af den faktiske handelsværdi.

357. Se om værdiansættelsen *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2003, 46.

hjemmelsgrundlaget til beskatning af en sådan yderligere fikseret indkomst anførtes derimod intet.

7.1.2 Afståelse fra et selskab til den personlige selskabsdeltagers nærstående
Praksis om afståelse af en fast ejendom fra et selskab til den personlige selskabsdeltagers nærstående er sammenlignelig med praksis om afståelse af en fast ejendom fra selskabet til den personlige selskabsdeltager. I begge tilfælde antages det således, at selskabet kan beskattes af en fikseret indkomst, der er større end den indkomst, selskabet måtte have fremkaldt ved afståelsen.

Sagen TfS 1990, 367 Ø angik et selskab, der havde opført en fast ejendom for selskabsdeltagerens fraskilte hustru, som tillige i en periode arbejdede for selskabet. Ejendommen blev opført på hustruens grund for en pris, der var lavere end selskabets omkostninger i forbindelse med byggeriet. Huset blev anvendt af selskabet i reklamemæssigt øjemed som prøvehus.

Selskabet led et tab på 100.000 kr., der blev fratrukket ved opgørelsen af dets skattepligtige indkomst. Selskabsdeltagerens fraskilte hustru opnåede en tilsvarende formuefordel. Landsretten bemærkede, at aftalen om opførelse af huset m.v. blev indgået mellem hende og selskabsdeltageren på et tidspunkt, hvor hun var ansat i selskabet og at aftalen var usædvanlig og begunstigende for hende. I konsekvens heraf fandt landsretten, at aftalen ikke hvilede på sædvanlige forretningsmæssige overvejelser, og selskabets indkomst blev derfor forhøjet med en fortjeneste, som det rent faktisk ikke havde oppebåret. Denne forhøjelse af selskabets indkomst svarede til, at det blev beskattet af en fikseret indkomst.

Ved forhøjelsen af selskabets indkomst tog landsretten så vidt ses hensyn til, hvilken værdi huset kunne have indbragt ved salg på armslængde-vilkår. Fradraget på 100.000 kr. blev derfor ikke tilsidesat, idet landsretten skønsmæssigt vurderede, at salget af ejendommen alene kunne have indbragt yderligere 82.000 kr. ved et salg til handelsværdien som følge af, at ejendommen havde været anvendt som prøvehus.

Det må være uden betydning, om selskabet har solgt ejendommen til selskabsdeltagers ægtefælle – eventuelt fraseparerede ægtefælle – eller til en anden person, som er nærstående med selskabsdeltager, f.eks. en samlever, afkom eller søskende m.v. Dette fremgår for så vidt angår selskabsdeltagers børn af SKM 2004.30 V. Sagen omhandlede et selskab, som havde opført en ejendom med videresalg for øje, men som havde haft vanskeligt ved at sælge ejendommen. Den blev derfor udlejet til selskabsdeltagerens søn og sønnens samleverske. Ejendommen blev efterfølgende solgt til sønnen.

Både for Landsskatteretten og Vestre Landsret var der så vidt ses enighed mellem parterne om, at ejendommen skulle overdrages fra selskabet til selskabs-

deltagerens søn på markedsvilkår.[358] Landsretten fandt ikke desto mindre anledning til at udtale, at »skatteansættelsen skal ske med udgangspunkt i ejendommens handelsværdi på overdragelsestidspunktet«.

Sagen vedrørte herefter hovedsageligt spørgsmålet om, hvorvidt der ved ansættelsen af handelsværdien skulle tages højde for, at ejendommen inden salget var udlejet til selskabsdeltagerens søn og sidstnævntes samleverske. Flertallet bortså fra denne aftale ved opgørelsen af ejendommens handelsværdi – formentlig som følge af interessefællesskabet mellem selskabsdeltageren og sønnen – mens mindretallet vurderede handelsværdien ud fra en forudsætning om, at en uafhængig køber af ejendommen måtte respektere aftalen.

> Mindretallet tog således ikke højde for, at transaktionen ikke direkte kunne sammenlignes med uafhængige parters transaktioner, medmindre der forinden blev korrigeret for det forhold, at køber af ejendommen var lejer af denne, og derfor ikke skulle respektere tredjemands ret til at leje ejendommen.[359]

Landsretten henviste ikke til noget hjemmelsgrundlag for beskatningen af den fikserede indkomst.

7.2 Værdipapirer

Der findes adskillige sager om korrektionen af den værdi, hvortil værdipapirer – herunder f.eks. aktier, anparter og pengefordringer – overdrages mellem interesseforbundne parter. Langt størstedelen af disse sager vedrører imidlertid den situation, at sælger har realiseret et underskud ved afståelsen til den aftalte værdi.[360] Korrektionen får derfor ikke til formål at beskatte en fikseret indkomst, men derimod at frakende sælger retten til at fradrage dette underskud.[361]

Højesteret har derimod i sagen TfS 2003, 603 H klart givet udtryk for, at

---

358. Selskabets repræsentant anførte således for Landsskatteretten: »Der bemærkes, at det er et grundlæggende skatteretligt princip, at dispositioner mellem interesseforbundne parter skal foregå på markedsvilkår, hvorfor det for så vidt er ligegyldigt, at lejeren af ejendommen var eneanpartshaverens søn B«.
359. Se om sammenligningen i henhold til LL § 2 nedenfor XIX, 3.1.
360. Se dog også TfS 1987, 395 LSR hvor værdiansættelsen var afgørende for, om sælger skulle beskattes af et maskeret udbytte, og UfR 1977.964 H, hvor afståelsessummen ikke blev anfægtet, men anskaffelsessummen blev fastsat på baggrund af en skønnet værdi.
361. Jf. f.eks. UfR 1965.802 Ø, LSRM 1969, 90, LSRM 1970, 95, UfR 1973.408 Ø, LSRM 1976, 3, LSRM 1979, 118, LSRM 1981, 132, UfR 1983.521 H, TfS 1985, 5 Ø, TfS 1986, 125 H og TfS 2002, 437 Ø. Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 28, *Preben Underbjerg Poulsen & Søren Rasmussen*, Aktieavancebeskatning, s. 168-169 og *Eivind Christiansen*, Beskatning af aktionærer, s. 28-30.

sælger kan beskattes af en fikseret avance ved afståelse af værdipapirer. Sagen omhandlede et selskab, A, der den 5/1 1998 overdrog nom. 20.000 kr. anparter for 610.000 kr. til selskab B. Selskab B overdrog den 25/4 1994 for 1,9 mio. kr. disse anparter til selskab C, som den 2/6 overdrog anparterne til selskab D for 2 mio. kr. En personlig selskabsdeltager var hovedaktionær i selskab B og havde bestemmende indflydelse i selskab A. Hans hustru var endvidere hovedanpartshaver i selskab C. Endelig var selskab D hovedanpartshaver i det selskab, hvis anparter delvist blev overdraget. De stedlige skattemyndigheder forhøjede selskab A's indkomst med 1,39 mio. kr. svarende til, at anparterne var blevet afstået for 2 mio. kr.

Højesteret lagde til grund, at overdragelsen mellem selskab A og B skete mellem interesseforbundne parter, og at salgssummen på 610.000 kr. derfor ikke uden videre kunne lægges til grund som handelsværdien. Det anførtes endvidere, at der ved fastsættelsen af anparternes handelsværdi måtte tages hensyn til muligheden for at sælge dem til hovedanpartshaveren, dvs. selskab D. Selskab A's forklaring om, at anparterne inden salget var blevet tilbudt selskab D for 610.000 kr., blev forkastet. Der var heller ikke i øvrigt oplyst forhold, som kunne begrunde, at anparterne var væsentligt mindre værd i januar 1994 end i juni 1994. På den baggrund lagde Højesteret til grund, at salgssummen på 610.000 kr. ved salget til selskab B var væsentligt lavere end anparternes handelsværdi. Skattemyndighederne var derfor berettiget til skattemæssigt at korrigere salgssummen. Der var endelig ikke grundlag for at tilsidesætte skattemyndighedernes skøn, hvorefter anparternes handelsværdi den 5/1 1994 var 2 mio. kr. svarende til, hvad der faktisk blev opnået ved salget den 2/6 1994. Selskab A blev derfor beskattet af en fikseret indkomst.

Det anførtes ikke af Højesteret, med hvilken hjemmel selskabet blev beskattet af en fikseret indkomst.

Det må herefter på baggrund af den foreliggende praksis om overdragelse af værdipapirer antages, at skattemyndighederne i forholdet mellem interesseforbundne parter kan korrigere den aftalte værdi, således at afståelsen som udgangspunkt anses for at have fundet sted til handelsværdien.

7.3 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående må det konkluderes, at det i praksis er antaget, at skattemyndighederne i henhold til SL § 4 i vidt omfang har hjemmel til at korrigere en værdiansættelse ved afståelse af formuegoder, når afståelsen enten udløser en skattepligtig avance eller et fradragsberettiget tab. Hjemmelsgrundlaget for disse korrektioner må antages at være SL § 4 og ikke de særlige bestemmelser i avancebeskatningslovene, eftersom sidstnævnte ikke kan finde

anvendelse i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, idet der ikke er tale om en overdragelse ved gave- eller arveforskud.[362]

For så vidt angår afståelse af fast ejendom findes en righoldig praksis, hvorefter sælger er blevet beskattet af en fikseret avance. Udgangspunktet for denne praksis er, at sælger ved afståelse til interesseforbundne parter skal anses for at have afstået den faste ejendom til handelsværdien, uanset om der er aftalt en højere eller lavere pris.

En omfattende praksis findes tillige for så vidt angår overdragelse af værdipapirer, og denne praksis må i kraft af Højesterets dom i sagen TfS 2003, 602 H fortolkes således, at sælger kan beskattes af en fikseret avance svarende til, at værdipapirerne var blevet afstået på armslængde-priser og -vilkår.

Praksis kan derfor sammenfattes således, at selskabsdeltager eller selskab kan beskattes af en fikseret kapitalgevinst ved afståelse af et formuegode, forudsat at den ved afståelsen opnåede avance i øvrigt er skattepligtig. Avancen fikseres til den pris, der ville være opnået ved et salg på armslængde-priser og -vilkår.

Det må antages, at den skattemæssige anskaffelsessum for aktivet i alle tilfælde ændres til det fikserede beløb med hjemmel i SL § 4.

> Beskattes selskabet f.eks. af en fikseret afståelsessum ved salg af en fast ejendom til selskabsdeltageren, må denne afståelsessum anses for at være selskabsdeltagerens anskaffelsessum, der lægges til grund ved selskabsdeltagerens eventuelle salg af den faste ejendom.

Til støtte herfor kan dels henvises til, at der foretages en korrektion af de aftale priser og vilkår, og at en korrektion af prisen derfor vedrører såvel køber som sælger, dels at en tilsvarende ændring af anskaffelsessummen i skattemæssig henseende er forudsat i de særlige regler om beskatning af kapitalgevinster i ABL § 9, stk. 1, EBL § 2, stk. 2, ELBL § 7, stk. 2 og KGL 34, når der er tale om gave eller arveforskud.[363]

---

362. Se nærmere nedenfor XX, 2.5.

363. Se herom ovenfor XVII, 2. Det må dog understreges, at selve korrektionen i forholdet mellem en selskabsdeltager og et selskab *ikke* kan finde sted med hjemmel i de særlige avancebeskatningslove, idet der ikke er tale om et gave- eller arveforskud, jf. nedenfor XX, 2.5.

Kapitel XIX

Transfer pricing

1. Indledning

»Transfer pricing« omhandler den situation, at to eller flere interesseforbundne parter handler med hinanden på vilkår, som afviger fra almindelige markedsmæssige vilkår, således at skattepligtige indtægter flyttes fra den ene part til den anden.[1]

I det følgende redegøres for, hvorledes reglerne om transfer pricing er udformet i dansk ret, engelsk ret og amerikansk ret.

1.1 Bestemmelserne

1.1.1 Dansk ret

Regler om transfer pricing findes i LL § 2, hvorefter fysiske og juridiske personer ved opgørelsen af den skatte- og udlodningspligtige indkomst skal anvende de priser og vilkår for handelsmæssige eller økonomiske transaktioner med visse interesseforbundne parter, som kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter.

Reglerne i LL § 2 suppleres af SKL § 3 B, hvorefter visse interesseforbundne parter skal afgive en række oplysninger om arten og omfanget af indbyrdes handelsmæssige eller økonomiske transaktioner, herunder om fastsættelse af priser og vilkår. Reglerne i SKL § 3 B skal give skattemyndighederne mulighed for at undersøge, om der er foretaget en korrekt prisfastsættelse. Afgrænsningen i SKL § 3 B svarer til den, der er anvendt i LL §

1. Cfr. Skat, december 2001, s. 25, der sondrer mellem forkerte og korrekte transferpriser. Det må medgives, at transfer pricing sprogligt set ikke betyder mere, end at der fastsættes en pris ved en transaktion. I den juridiske terminologi anvendes begrebet imidlertid som betegnelse for en transaktion, der ikke foregår på armslængde-priser og -vilkår. Begrebet har herved fået en anden juridisk betydning end den sproglige betydning. Se også *Joel S. Demski*, R&R 1995, 6, 40, *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129 og *Michael Sørensen*, SpO 1995, 270.

2, bortset fra, at transaktioner mellem rent danske parter ikke er omfattet af SKL § 3 B.[2] Reglerne om oplysningspligten og dokumentationskravet vil ikke blive gennemgået nærmere nedenfor.[3] Spørgsmålet om, hvorledes bevisbyrden er fordelt mellem skattemyndigheder og de interesseforbundne parter som følge af SKL § 3 B og de generelle regler om bevisbyrden, behandles ligeledes ikke.[4]

Der vil heller ikke blive redegjort for reglerne om APA'er (Advanced Pricing Agreement), idet der ikke i den danske skattelovgivning findes særlige regler, hvorefter interesseforbundne parter og skattemyndighederne kan indgå en bindende aftale om priser og vilkår for en eller flere transaktioner mellem de interesseforbundne parter, som endnu ikke er foretaget.[5]

LL § 2 blev vedtaget ved lov nr. 432 af 26/6 1998 og trådte i kraft dagen efter

---

2. Se også Told- og Skattestyrelsens notat om betalingskorrektion og omgørelse, pkt. 2.1, der er optrykt som TfS 2000, 740 TSS.
3. Se herom VEJ 2000 om Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt samt VEJ 2002 af 19/12 2002 om transfer pricing; Dokumentationspligt. Se endvidere *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 376-378, *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 67-73 og 177-183, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 215-227, *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 106-110, *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 74, *Peter S. Andersen*, R&R 2003, 9, 12, *Jørgen Juul Andersen & Laila Rasmussen*, SU 2003, 49, *Jens Wittendorff*, SR-Skat 2003, 57 og SR-Skat 1998, 180, Skat, december 2001, s. 61-62, *Lisbeth Rasmussen*, SpO 2000, 182, *Ole Bjørn*, SR-Skat 2000, 257, *Erik Overgaard*, TfS 1998, 207, *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1997, 6, 9, redaktionel artikel i SpO 1997, 317, *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1 og *Michael Sørensen*, SpO 1995, 270.
4. Se herom *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 304-304, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 373-374 og R&R 1998, 2, SM 41, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 389-393, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 265, *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 98-99, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 416-417, *Peter Bang*, SU 1999, 59, *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1998, 4, 7 og R&R 1997, 6, 9, *Jens Chr. G. Svolgaard*, SR-Skat 1998, 102, *Erik Overgaard*, TfS 1998, 207. Se også om bevisbyrden efter bestemmelsen i SEL 12 *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 224-227, *Sv. Allan Jensen & Erna Christensen*, SU 1992, 73 og *Michael Serup*, R&R 1990, 7, 29.
5. En bindende forhåndsbesked fra Ligningsrådet vedrørende enkeltstående transaktioner – cfr. løbende transaktioner – vil det dog efter omstændighederne være muligt at opnå. Se nærmere om APA'er *Jan Hansen & Dan Buxbom*, SU 1999, 298, der tillige redegør for OECD's vejledning om, hvorledes sådanne forhåndsaftaler kan og bør indgås mellem to eller flere lande og en multinational virksomhed, når virksomheden har transaktioner på tværs af de pågældende landes grænser. Se endvidere *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 111, *Jakob Bundgaard*, Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, s. 226-227, *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1998, 4, 7, *Jens Chr. G. Svolgaard*, SR-Skat 1998, 102 og *Jesper Skovhus Poulsen*, SU 2001, 306.

bekendtgørelsen i Lovtidende.[6] Bestemmelsen har haft virkning fra og med lovens ikrafttræden.[7] Ved lov nr. 1026 af 23/12 1998, lov nr. 313 af 21/5 2002 og lov nr. 232 af 2/4 2003 blev bestemmelsen ændret.

Forhistorien til LL § 2 var, at Højesteret i afgørelsen TfS 1998, 199 H havde sat spørgsmålstegn ved, om der var hjemmel til at beskatte en selskabsdeltager af en fikseret rente ved et udlån til selskabet, når der ikke var aftalt en rente, der svarede til markedsrenten.[8] Efter denne dom fandt lovgiver, at der var skabt en sådan tvivl om retstilstanden, at en bestemmelse svarende til LL § 2 burde vedtages.[9] I forarbejderne til LL § 2 anføres således, at formålet med at lovfæste reglerne om armslængde-transaktioner var at tilvejebringe en retstilstand svarende til den, der var gældende inden Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H.[10]

Der er ikke i LL § 2 regler om selve beskatningen af den indkomst, der i medfør af bestemmelsen fikseres til et bestemt beløb. Spørgsmålet om, hvorledes den indkomst, der er fastsat på armslængde-vilkår, skal beskattes, afgøres efter skattelovgivningens øvrige regler.[11]

1.1.2 Engelsk ret

Den engelske regel om transfer pricing findes i Income and Corporation Taxes Act (Taxes Act) s. 770A. I henhold til denne bestemmelse finder Taxes Act Sched. 28AA anvendelse for transaktioner, der ikke er sket på armslængde-vilkår:

> »Schedule 28AA (which deals with provision made or imposed otherwise than at arm's length) shall have effect«.[12]

---

6. Jf. lov nr. 432 af 26/6 1998, § 4, stk. 1.
7. Lov nr. 432 af 26/6 1998, § 4, stk. 2.
8. Se ovenfor XVIII, 3.2.4 om afgørelsen TfS 1998, 199 H.
9. Se også foran I, 1.
10. Se også Told- og Skattestyrelsens notat om betalingskorrektion og omgørelse, pkt. 2, der er optrykt som TfS 2000, 740 TSS, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 28-29, *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2003, 25, JUS 2002, 28 og JUS 2000, 12, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 408 og R&R 2003, 1, 16, *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 71-72, *Jørgen Juul Andersen & Laila Rasmussen*, SU 2003, 49, *Jens Wittendorff*, SR-Skat 2003, 57 og SR-Skat 1999, 75, *Jan Pedersen*, R&R 2000, 2, SM 32, og UfR 2000 B, 510, *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339, *Michael Karlsen*, TfS 2000, 420, *Aksel H. Olsen*, TfS 2000, 42, *Susanne Pedersen & Klaus Okholm*, SU 1999, 94, *Christian Homilius*, TfS 1999, 810, *Michael Sørensen*, R&R 1998, 9, 30, *Søren Rasmussen*, SR-Skat 1998, 252 og *Svend Erik Holm*, R&R 2001, SM 372.
11. Se hertil *Flemming Heegaard*, SU 1993, 359.
12. Taxes Act s. 770A erstattede s. 770-773 ved Finance Act 1998 s. 108(1). Bestemmelsen har for selskabskattepligtige subjekter haft virkning for regnskabsperioder, der er afsluttet den 1/7

Taxes Act Sched. 28AA indeholder således de engelske regler om transfer pricing. Disse regler finder imidlertid alene anvendelse på transaktioner, hvorved der opnås en fordel i relation til den engelske beskatning. Som følge heraf tager bestemmelsen primært sigte på grænseoverskridende transaktioner, hvorved den skattepligtige indkomst for fysiske eller juridiske personer, der er skattepligtige til England, søges formindsket.[13]

De engelske regler om dokumentationskrav, bevisbyrde og APA'er gennemgås ikke.[14]

1.1.3 Amerikansk ret

De amerikanske regler om transfer pricing findes primært i Internal Revenue Code (IRC), section (s.) 482.[15] I tilslutning hertil har de amerikanske skattemyndigheder (Internal Revenue Service) i 1994 udsendt nogle omfattende retningslinjer om transfer pricing, Treasury Regulations § 1.482.[16] Disse retningslinjer, der nærmest kan betegnes som cirkulærer, er utvivlsomt det væsentligste fortolkningsbidrag til de amerikanske regler om transfer pricing og gennemgås derfor indgående nedenfor.[17]

De amerikanske regler om dokumentationskravet, om fordelingen af bevisbyrden og om APA'er gennemgås ikke.[18]

I henhold til s. 482 kan finansministeren (the Secretary)[19] distribuere (distribute), fordele (apportion) eller allokere (allocate) bruttoindkomst (gross income), fradrag (deductions), skattekreditter (credits) eller andre skattefordele (allowances) i alle de tilfælde, hvor ministeren beslutter at en sådan distribuering, fordeling eller allokering er nødvendig for at hindre unddragelse (prevent evasion) af skatter eller er nødvendig for klart at afspejle den skattepligtige indkomst

---

1999 eller senere, og for andre indkomstskattepligtige subjekter haft virkning for skatteansættelser, der afsluttes på eller senere end denne dato.

13. Se nærmere nedenfor 4.4.2. Se hertil *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 131.
14. Se om dokumentationskravet *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 132.
15. I amerikansk ret ofte citeret som 26USC482, idet Internal Revenue Code er den 26. titel (Title) i den føderale lovbog, United States Code (USC).
16. Jf. også *Jan Pedersen*, SU 2003, 368. De forrige amerikanske retningslinjer er indgående behandlet i *Bertil Willmanns* svenske disputats: Prissättning inom multinationella koncerner.
17. Ligeledes *Jan Pedersen*, SU 1993, 278 og Transfer pricing, s. 93. Henvisninger til den særdeles omfattende amerikanske litteratur er i vidt omfang udeladt af pladsmæssige årsager.
18. Se herom f.eks. *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 100-101, 105-106 og 109-112, *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129, *Claus Engelsted*, SR-Skat 1994, 465 og *Leif Weizman*, SpO 1992, 194.
19. Secretary er ensbetydende med Secretary of the Treasury, dvs. finansministeren, jf. s. 7701(a)(11)(B). Kompetencen er delegeret til lederen af det lokale skattedistrikt.

(reflect the indkomst).[20] En sådan korrektion kan dog kun foretages i forholdet mellem to eller flere organisationer (organizations), erhverv (trades) eller professioner (business), som ejes (owned) eller kontrolleres (controlled) direkte eller indirekte (directly or indirectly) af de samme interessesubjekter (interests). Det er uden betydning, om de pågældende organisationer, erhverv eller professioner er inkorporeret (incorporate) i USA, om de er organiseret (organized) i USA, og om de er formelt forbunde (affiliated).

For immaterielle aktiver (intagible property) findes en særlig regel i s. 482. I tifælde af overdragelse (transfer) af – eller udstedelse af licens (license) til udnyttelse af – immaterielle aktiver, skal indkomsten fra overdragelsen eller udstedelse af licensen stå i rimeligt forhold til (be commensurate with) den indkomst, der kan tilskrives det immaterielle aktiv.

Definitionen af de immaterielle aktiver, der er omfattet af den særlige bestemmelse i s. 482, findes i s. 936(h)(3)(B). Sidstnævnte section indeholder nogle særlige skatteretlige lempelser for selskaber som udøver virksomhed dels i Commonwealth of Puerto Rico eller Virgin Islands, dels i USA.[21] I den nævnte subsection, 936(h)(3)(B),[22] er immaterielle aktiver defineret som et/en[23]

- patent (patent), opfindelse (invention), formel (formula), proces (process), design (design), mønster (pattern) eller know-how (know-how),[24]
- copyright (copyright) og ophavsret til litterære (literary), musikalske (musical), eller kunstneriske (artistic) værker (composition),[25]
- varemærke (trademark), firmanavn (trade name) eller mærkevare (brand name),[26]
- koncession (franchise), licens (license) eller andre kontraktrettigheder (contract),[27]

---

20. Ligeledes *Claus Engelsted*, SR-Skat 1994, 465, *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129 og *Jan Pedersen*, SU 1993, 278.
21. Blandt disse kan fremhæves s. 936(h)(5)(C)(i)(I) hvorefter selskaberne kan indgå en aftale om fordeling af omkostninger til forskning. En sådan aftale skal dels overholde de krav, der stilles i s. 936(h)(5)(C)(i)(I), dels være i overensstemmelse med den fordeling af omkostningerne, der ville blive foretaget ved en aftale på armslængde-vilkår, jf. s. 482. Se nærmere reg. sec. 1.482-1(h)(3)(i) og (ii).
22. Definitionen er gentaget i reg. sec. 1.482-4(b) og 1.482-2A(3). Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129 og *Jan Pedersen*, SU 1993, 278.
23. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 229.
24. S. 936(h)(3)(B)(i).
25. S. 936(h)(3)(B)(ii).
26. S. 936(h)(3)(B)(iii).
27. S. 936(h)(3)(B)(iv).

– metode (method), program (program), system (system), procedure (procedure), kampagne (campaign), undersøgelser (survey), studie (study), prognoser (estimate), kundelister (customer list) eller tekniske data (technical data)[28] eller
– et hvilket som helst lignende aktiv,[29]

forudsat at ovenstående aktiver har en større (substantial) selvstændig værdi i sig selv, dvs. en værdi, der er uafhængig af et eller flere individers tjenesteydelser i relation til aktivet.[30]

Reglerne finder anvendelse for såvel nationale transaktioner som internationale transaktioner.

Skatteyderne har, således som s. 482 er formuleret, hverken ret til at anvende bestemmelsen uden samtykke fra lederen af det lokale skattedistrikt eller krav på, at lederen af det lokale skattedistrikt bringer bestemmelsen i anvendelse.[31] Der er således tale om en diskretionær bestemmelse, som alene skattemyndighederne kan bringe i anvendelse i de tilfælde, hvor en transaktion ikke måtte være indgået på armslængde-vilkår. En skatteyder, som ikke har handlet på armslængde-vilkår, kan dog senest ved indlevering af selvangivelsen ansætte indkomsten til et andet beløb end det faktisk opnåede, forudsat at dette sker med henblik på at fastsætte beløbet til det, der ville være opnået ved handel på armslængde-vilkår.[32]

1.2 Systematik

Nedenfor beskrives og analyseres for det første anvendelsesområderne for LL § 2, Taxes Act Sched. 28AA og s. 482, herunder navnlig spørgsmålet om, hvilke typer af transaktioner der er omfattet af bestemmelserne (nedenfor 2).

Dernæst redegøres for, hvorledes kontrollerede transaktioner skal sammenlignes med uafhængige parters transaktioner – de såkaldt uafhængige transaktioner (nedenfor 3).

Efter at sammenlignelige transaktioner er fundet – eller der er korrigeret for forskelle på transaktionerne – kan de aftalte priser og vilkår i den kontrollerede transaktion sammenholdes med en eller flere sammenlignelige uafhængige transaktioner. Der findes i dansk, engelsk og amerikansk ret en række forskellige metoder, hvorefter priser og vilkår kan sammenlignes (nedenfor 4).

---

28. S. 936(h)(3)(B)(v).
29. S. 936(h)(3)(B)(vi).
30. S. 936(h)(3)(B).
31. Reg. sec. 1.482-1(a)(3) og 1.482-1A(b)(2). Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 100.
32. Reg. sec. 1.482-1(a)(3).

> Det er ikke muligt eller hensigten udtømmende at redegøre for de forskellige metoder, hvorpå de såkaldte armslængde-vilkår kan fastsættes. Årsagen hertil er dels, at disse metoder har større driftsøkonomisk end juridisk karakter,[33] dels at en udtømmende redegørelse for disse ville sprænge afhandlingens rammer. Der er desuden allerede en overvældende national og international teori om de metoder, der kan anvendes til at fastsætte armslængdepriser og -vilkår, som ganske vist er meget dækkende i teoretisk henseende, men som er uhyre vanskelig at overføre til praksis.[34]

Den foreliggende danske praksis om transfer pricing behandles særskilt, idet en analyse heraf har vist, at der i et vist omfang ses bort fra ovenstående retningslinjer, således at praksis inden LL § 2 vedtagelse fortsat har betydning (nedenfor 5). En redegørelse for den omfattende fremmede praksis – herunder navnlig amerikansk retspraksis – er udeladt af pladsmæssige årsager.

2. Anvendelsesområdet

2.1 Dansk ret

For at udløse en korrektion efter LL § 2 kræves, at en transaktionen foretages mellem bestemte skattepligtige fysiske eller juridiske personer (nedenfor 2.1.1). Det kræves dernæst, at transaktionens parter kontrolleres af fysiske eller juridiske personer, kontrollerer juridiske personer, er koncernforbundet med en juridisk person, har et fast driftssted beliggende i udlandet eller er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med et fast driftssted i Danmark (nedenfor 2.1.2). Derudover er der krav om, at der er foregået en handelsmæssig eller økonomiske transaktion (nedenfor 2.1.3).

2.1.1 De skattepligtige

LL § 2 omfatter alle fysiske og juridiske personer, der er skattepligtige til Danmark, hvad enten de er fuldt eller begrænset skattepligtige. Bestemmelsen omfatter således fysiske personer, der er fuldt skattepligtige efter KSL § 1 eller begrænset skattepligtige efter KSL § 2, selskaber og foreninger m.v., der er fuldt skattepligtige efter SEL § 1 eller begrænset skattepligtige efter SEL § 2, fonde og foreninger m.v., der er fuldt skattepligtige efter FBL § 1 eller begrænset skattepligtige efter SEL § 2, og dødsboer, der er fuldt skattepligtige efter DSKL § 1, stk. 2, eller begrænset skattepligtige efter DSKL § 1, stk. 3, jf. KSL § 2.[35]

---

33. Se ovenfor I, 4.4. Jf. også *Jan Pedersen*, UfR 2000B.510.
34. Ligeledes *Jan Pedersen*, SU 1993, 278.
35. Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 53.

Dansk ret om fuldt og begrænset skattepligtige fysiske og juridiske personer er allerede indgående behandlet i den skatteretlige litteratur.[36] En nærmere redegørelse for disse regler vil derfor blive udeladt her. Det er heller ikke inden for afhandlingens rammer muligt at redegøre for, hvad der forstås ved juridiske personer, således som begrebet anvendes i LL § 2.[37]

2.1.2 Kontrol og fast driftssted

Den anden betingelse for, at LL § 2 kan finde anvendelse, er et krav om et bestemt interessefællesskab, dvs. et nærmere bestemt forhold mellem den skattepligtige og den, med hvem den kontrollerede transaktion foretages. Efter LL § 2 kan den nødvendige relation mellem parterne foreligge på principielt to forskellige måder: Ved kontrol eller ved et fast driftssted.[38]

Reglerne om kontrol er behandlet og analyseret ovenfor i afhandlingens 2. afsnit. Disse regler vil derfor ikke blive nærmere analyseret her.

En fuldstændig redegørelse for, hvornår den skattepligtige har status som fast driftssted, eller hvornår den skattepligtige har et fast driftssted beliggende i udlandet, vil ikke være nødvendig ud fra afhandlingens formål, og vil i øvrigt kun have begrænset nyhedsværdi. Tilstedeværelsen af et fast driftssted er således ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at bringe LL § 2 i anvendelse. Selve begrebet »fast driftssted« er endvidere indgående behandlet i såvel dansk som international henseende.[39] Det vil derfor her alene blive konkluderet, at tilstedeværelsen af et fast driftssted kan være én betingelse for, at reglerne om transfer pricing i LL § 2 finder anvendelse.[40] Reglerne om fiksering af indkomst ved handel med et fast driftssted gennemgås i øvrigt ikke nærmere, dels fordi der ikke er tale om

---

36. Jf. f.eks. *Finn Taksøe-Jensen* i Skatteret – Almen del, 2004, IV og V, og i Skatteret – Speciel del, 2004, II og III, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 121-286 og i Lærebog om indkomstskat, s. 651-716 samt *Jan Pedersen* i Skatteretten 1, 644-653 og 668-684 og i Skatteretten 2, s. 297-304.
37. Se hertil *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 52-55.
38. SEL § 12 omfattede ikke forholdet mellem udenlandske selskaber og faste driftssteder her i Danmark, jf. hertil *Erik Todbjerg & Ove Lykke Zeimer*, SU 1992, 349.
39. I dansk ret er begrebet bl.a. behandlet af *Finn Taksøe-Jensen* i Skatteret – Almen del, 2004, IV, 3.3 og af samme i Skatteret – Speciel del, 2004, IV, 3.7.1. Jf. også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 234-247 og samme i Lærebog om indkomstskat, s. 673-675, *Niels Winther Sørensen* i Skatteretten 3, 3. udg., 2000, s. 139-143, *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 73 og VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 2.1.1.3. Se for yderligere henvisninger til dansk og international skatteret *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 234, note 44 og *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 28, note 13.
40. Se tilsvarende *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, s. 14.

et forhold mellem selskab og selskabsdeltager, dels fordi reglerne i et vist omfang allerede er beskrevet i dansk ret.[41]

2.1.3 Transaktionerne

En beskrivelse af de transaktioner, der er omfattede af LL § 2, kan naturligt tage udgangspunkt i forarbejderne til bestemmelsen (nedenfor 2.1.3.1). Det må imidlertid erkendes, at forarbejderne – når bortses fra enkelte eksemplifikationer – ikke redegør nærmere for, hvilke transaktioner der er omfattet af LL § 2, og hvilke transaktioner der falder uden for anvendelsesområdet for bestemmelsen.

I den hidtidige juridiske teori er der derfor lagt vægt dels på en positiv beskrivelse af de handelsmæssige og økonomiske transaktioner (nedenfor 2.1.3.2), der er omfattet af LL § 2, dels på en sondring mellem ensidigt bebyrdende og gensidigt bebyrdende transaktioner (nedenfor 2.1.3.3), således at alene sidstnævnte anses for at være omfattet af LL § 2.[42] En analyse af teorien og praksis herom fører imidlertid frem til, at der må lægges vægt på andre kriterier end hidtil antaget, herunder navnlig på tilstedeværelsen af en indkomstskabende aktivitet i transaktionen (nedenfor 2.1.3.4).

2.1.3.1 Forarbejderne

LL § 2 omfatter alle handelsmæssige eller økonomiske transaktioner mellem de nævnte skattepligtige. De omhandlede transaktioner er ikke nærmere defineret i LL § 2. Det fremgår heller ikke af LL § 2, hvorfor anvendelsesområdet er begrænset til transaktioner, der betegnes som handelsmæssige eller økonomiske.

I de almindelige bemærkninger til bestemmelsen anføres:

> »Formålet med lovforslaget er at få lovfæstet, at interesseforbundne parter ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal anvende priser og vilkår for deres *transaktioner*, der

41. Reglerne gennemgås kortfattet af *Niels Winther-Sørensen*, Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, jf. kritisk til denne afgrænsning *Jan Pedersen*, UfR 2000B.510. Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet og transfer pricing, s.55 og 78-80 og *Jakob Bundgaard*, SR-Skat 2003, 43. I SU 2002, 248 skitserer *Niels Winther-Sørensen* problemstillingerne vedrørende transfer pricing ved elektronisk handel mellem interesseforbundne parter med udgangspunkt i en OECD-analyse af 22/12 2000: »OECD Committee on Fiscal Affairs: »Clarification on the Application of the Permanent Establishment Definition in E-commerce: Changes to the Commentary on the Model Tax Convention on Article 5«. Se også om den skattemæssige behandling af internetbaserede virksomheder *Troels Graff*, R&R 2000, 10, 18.
42. Se dog *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 124, der alene opregner nogle transaktioner, der er omfattet af bestemmelsen.

svarer til de priser og vilkår uafhængige parter ville fastsætte for tilsvarende *transaktioner*«.[43]

Det anføres endvidere:

»Efter Højesterets dom er der behov for en lovfæstelse af det almindeligt anerkendte princip om anvendelse af armslængde vilkår ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for *transaktioner* mellem interesseforbundne parter«.[44]

Endelig anføres i de almindelige bemærkninger:

»Det er et internationalt anerkendt princip, at interesseforbundne parter skal *handle* på armslængde vilkår«.[45]

I bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser anføres:

»Kravet om anvendelse af pris og vilkår for de kontrollerede *transaktioner* ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst i overensstemmelse med hvad der kunne have været opnået, hvis *transaktionerne* var afsluttet mellem uafhængige parter, ...«.[46]

Det anføres endvidere:

»Ved *handel* mellem to interesseforbundne parter, der begge er skattepligtige i Danmark, vil de begge have pligt til ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst at fastsætte pris og vilkår for deres *handel* i overensstemmelse med, hvad der kunne have været opnået, hvis *handelen* var foregået mellem to uafhængige parter. Den foreslåede bestemmelse omfatter – forudsat begge parter er skattepligtige i Danmark – såvel sælger som køber i et *handelsforhold*, långiver som låntager i et *låneforhold m.v.*«.[47]

Endelig anføres om transaktionerne:

»De i bestemmelsen omhandlede kontrollerede transaktioner omfatter alle forbindelser mellem parterne. Til eksempel kan nævnes *levering af tjenesteydelser, låneforhold, overførsel af aktiver, immaterielle aktiver, der stilles til rådighed m.v.*«.[48]

---

43. Fremhævet her. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2454.
44. Fremhævet her. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2454.
45. Fremhævet her. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2455.
46. Fremhævet her. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2459.
47. Fremhævet her. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2459.
48. Fremhævet her. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2460. Se også Told- og

På baggrund af forarbejderne må det derfor antages, at handler er omfattet af LL § 2, uanset om der handles materielle eller immaterielle formuegoder. En levering af tjenesteydelser er ifølge forarbejderne også omfattet. Omfattet er endvidere udlån af aktiver, hvad enten det udlånte er penge eller andre materielle eller immaterielle aktiver.[49] Begrebet transaktioner synes dermed at være bredt defineret allerede i kraft af eksemplificeringen i forarbejderne.[50]

2.1.3.2 Handelsmæssig eller økonomisk

En sondring mellem transaktioner, der er handelsmæssige, og transaktioner, der er økonomiske, kan til en vis grad foretages, men fører ikke til en større afklaring af, hvilke transaktioner der må anses for at være omfattet af bestemmelsen. En handelsmæssig transaktion kan defineres som en transaktion, der indeholder elementer af en »handel«,[51] men begrebet »handel« er ikke så entydigt, at det præcist kan afgrænses over for økonomiske transaktioner. En transaktion mellem to interesseforbundne parter, som vedrører finansielle instrumenter, kan således have karakter af såvel en handelsmæssig som en økonomisk transaktion. På samme måde kan overdragelse af f.eks. retten til at anvende en immateriel rettighed efter omstændighederne karakteriseres som både en handelsmæssig og økonomisk transaktion, afhængigt af, hvorledes transaktionen nærmere er udformet. Ved økonomiske transaktioner forstås i henhold til forarbejderne til LL § 2 navnlig udlån af penge.[52] Økonomiske transaktioner kan imidlertid uden for sådanne klare tilfælde heller ikke med tilstrækkelig præcision afgrænses over for handelsmæssige transaktioner.

Sondringen mellem handelsmæssige og økonomiske transaktioner er derfor ikke alene upåkrævet, men er heller ikke mulig at gennemføre med en sådan præcision, at det på baggrund heraf kan beskrives, hvilke transaktioner der er omfattet af LL § 2.[53]

Skattestyrelsens notat om betalingskorrektion og omgørelse, der er optrykt som TfS 2000, 740 TSS, pkt. 2.1.

49. Jf. også *Christian Homilius*, TfS 1999, 810 og *Hanne Østergaard*, TfS 1999, 740.
50. Se også VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 3.1, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 423, *N. Mou Jakobsen*, R&R 2001, 11, SM 336, *Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen*, TfS 2001, 888 og *Hanne Østergaard*, TfS 1999, 740.
51. Således *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16.
52. Se hertil *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16.
53. Anderledes *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 423, der forsøger at definere begreberne »... i overensstemmelse med naturligt sprogbrug«.

2.1.3.3 Ensidigt eller gensidigt bebyrdende

I den juridiske litteratur har det været antaget, at en transaktion alene er omfattet af LL § 2, forudsat at der er tale om et gensidigt bebyrdende kontraktsforhold mellem de interesseforbundne parter.[54] Berettigelsen af et sådant krav kan diskuteres.

På den ene side er det ikke udtrykkeligt i LL § 2, stk. 1, anført, at en transaktion skal være gensidigt bebyrdende. Selv om »handelsmæssige« transaktioner normalt omfatter en udveksling af ydelse og modydelse, kan der derfor ikke i medfør af ordlyden til LL § 2, stk. 1, stilles krav om, at en transaktion skal være gensidigt bebyrdende.[55] Økonomiske transaktioner kan således også være ensidigt bebyrdende. I forarbejderne til LL § 2 er det heller ikke forudsat, at transaktionen skal være gensidig. De eksempler, der er anført i forarbejderne – herunder levering af tjenesteydelser, låneforhold, overførsel af aktiver, immaterielle aktiver, der stilles til rådighed m.v. – kan alle være ensidigt bebyrdende, hvor tjenesteydelsen, lånet eller aktiverne m.v. overdrages vederlagsfrit, eller gensidigt bebyrdende, hvis der i forbindelse med overdragelsen m.v. er betinget en modydelse.[56]

En adskillelse af de ensidigt bebyrdende transaktioner over for de gensidigt bebyrdende transaktioner har således ikke direkte støtte i LL § 2, når bortses fra, at handelsmæssige transaktioner normalt vil være gensidigt bebyrdende. En sondring mellem ensidigt bebyrdende og gensidigt bebyrdende transaktioner vil tillige have tre uhensigtsmæssige konsekvenser:

---

54. Jf. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 77 og 95, *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16, *Jakob Bundgaard*, SR-Skat 2003, 43, *Nikolaj Vinther & Sten Bønsing*, TfS 2002, 955, *Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen*, TfS 2001, 888, *Christian Homilius*, TfS 1999, 810 og så vidt ses også *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 395, men anderledes s. 452. Se dog *Jakob Bundgaard*, R&R 2003, 1, 45, der antager, at et rentefrit udlån er omfattet af LL § 2. *Jakob Bundgaard* »hælder« dog i SR-Skat 2003, 43 »mest til at tillægge ordlyden forrang«, hvorfor det ifølge forfatteren alene er gensidige transaktioner, der er omfattet af LL § 2, selvom forfatteren ud fra en »formålsfortolkning« finder dette uheldigt. *Hanne Østergaard*, TfS 1999, 740 anfører, at det er svært at tage stilling til kravet om gensidighed på det foreliggende grundlag. *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 99-100, udlægger bestemmelsen således, at den alene omfatter »aftalemæssige dispositioner«, men forudsætter så vidt ses ikke, at aftalen er gensidigt bebyrdende.
55. Cfr. *Jakob Bundgaard*, SR-Skat 2003, 43: »Den anlagte fortolkning af LL § 2, stk. 1, forekommer umiddelbart rigtig efter en *ordlydsfortolkning af bestemmelsen*«.
56. Cfr. *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16: »Forarbejderne synes dermed at bekræfte, at der ved handelsmæssige og økonomiske transaktioner skal forstås gensidigt bebyrdende kontraktforhold mellem parterne. De eksempler, der er angivet i forarbejderne, er alle eksempler på gensidig bebyrdende kontraktsforhold«. og *Jakob Bundgaard*, SR-Skat 2003, 43: »Således kræves en modydelse, før transaktionen omfattes af LL § 2, stk. 1. Denne betingelse udspringer af det bagvedliggende krav, at transaktionen skal vær led i en gensidigt bebyrdende retshandel«.

For det første vil f.eks. rentefri udlån fra en selskabsdeltager til selskabet eller vice versa ikke længere kunne påkendes efter LL § 2, idet der ikke vil blive erlagt nogen modydelse for lånet.[57] Det samme vil f.eks. gælde, hvis et aktiv, der er erhvervet i spekulationsøjemed, overdrages vederlagsfrit, fra selskabsdeltageren til selskabet eller vice versa. LL § 2 vil ikke kunne anvendes for dispositionen, idet overdragelsen ikke ville være gensidigt bebyrdende. Sondringen ville således indebære, at en fuldstændig forskydning af indkomsten i form af en ensidigt bebyrdende vederlagsfri overdragelse ikke ville kunne korrigeres efter LL § 2, hvorimod en mindre forskydning – når der erlægges en modydelse for overdragelsen – ville være omfattet.[58]

For det andet vil en gensidigt bebyrdende aftale være omfattet af LL § 2, uanset på hvilken måde aftalen er gensidigt bebyrdende. En selskabsdeltagers tilskud til et selskab på 10 mio. kr. vil f.eks. være gensidigt bebyrdende, hvis selskabet til gengæld forpligter sig til at udlodde 500.000 kr. som udbytte til selskabsdeltageren. Er denne aftale omfattet af LL § 2, stk. 1, vil selskabsdeltageren kunne undgå sekundære korrektioner ved at selskabet forpligter sig til at tilbagebetale berigelsen, jf. LL § 2, stk. 4.

For det tredje vil det være nødvendigt at sondre mellem de tilfælde, hvor aftalen reelt er gensidigt bebyrdende, og de tilfælde, hvor aftalen formelt er ensidigt bebyrdende, men reelt er gensidigt bebyrdende, eller formelt er gensidigt bebyrdende, men reelt er ensidigt bebyrdende.[59] En hvilken som helst transaktion mellem interesseforbundne parter, der er omfattet af LL § 2, må derfor undergives en vurdering af ydelsernes realitet, inden LL § 2 kan bringes i anvendelse.[60]

---

57. Idet pligten til at levere det lånte tilbage ikke kan anses for at være en byrde, når det lånte er overdraget vederlagsfrit, jf. også *J.O. Engholm Jacobsen*, TfS 1989, 528. *Jakob Bundgaard*, anser i R&R 2003, 1, 45, og SR-Skat 2003, 43, et rentefrit udlån for at være omfattet af LL § 2. I sidstnævnte artikel anføres: »Dette resultat understøttes da også navnlig af det forhold, at det om de omtalte rentefikseringssituationer kan anføres, at der faktisk foreligger et gensidigt bebyrdende retsforhold, selvom modydelsen er nul«. Forfatteren anfører ikke, hvorledes det »gensidige« retsforhold skulle være »bebyrdende« for låntager, når låntager alene skal levere det lånte tilbage.
58. Dette problem anerkendes af *Jakob Bundgaard* i SR-Skat 2003, 43, der samtidig anfører, at transaktionen dermed heller ikke er omfattet af SKL § 3 B. Forfatteren når dog fortsat til det resultat, at transaktionen skal være gensidigt bebyrdende.
59. Jf. *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2001, 44. Cfr. *Jakob Bundgaard*, SR-Skat 2003, 43 der på baggrund af sagen TfS 2001, 176 LSR anfører: »Heraf må følge, at transaktioner er omfattet af LL § 2, blot der erlægges et minimum af vederlag«. Cfr. også *Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen*, TfS 2001, 888, som anfører, at enhver modydelse – uanset størrelse – fører til, at transaktionen er omfattet af LL § 2, stk. 4.
60. Se hertil *Bent Ramskov* i R&R 2003, 1, 16, som anfører, at en formelt gensidigt bebyrdende aftale må kunne afvises med udgangspunkt i den skatteretlige realitetsgrundsætning. Forfatte-

Det må imidlertid anerkendes, at Landsskatteretten i nogle kendelser om muligheden for armslængde-betaling efter LL § 2, stk. 4, har lagt vægt på, om en transaktion var ensidigt eller gensidigt bebyrdende, jf. således TfS 2001, 769 LSR og TfS 2001, 829 LSR.[61]

I den første sag – TfS 2001, 769 LSR – udtalte Landsskatteretten, at en sekundær korrektion ikke kunne afværges i henhold til LL § 2, stk. 4, idet »betalingen til selskabet« ikke »er en økonomisk transaktion omfattet af ligningslovens § 2, stk. 1, idet der ikke er erlagt en modydelse for betalingen«.

> Sagen TfS 2001, 769 LSR omhandlede et selskab, A, der var 100 pct. ejet af selskabsdeltageren B, som tillige i personligt regi drev en ejendomsmæglervirksomhed under navnet C.I 1993 indgik C ved B en aftale om projektering af et storcenter med et arkitektfirma og et entreprenørfirma. I forbindelse med udviklingen af et butikscenter henførte og afregnede B 300.000 kr. af et samlet honorar på 3 mio. kr. til A.
>
> Landsskatteretten fandt det imidlertid ikke dokumenteret, at selskabet havde udført arbejde for C i et omfang, der berettigede et honorar på 300.000 kr. B blev derfor anset for at være skattepligtig af denne del og honoraret og fik ikke fradrag for, at beløbet var indtægtsført i selskabet, idet dette blev anset for at være et skattepligtigt tilskud, jf. SL § 6, litra a. Selskabets skatteansættelse blev, så vidt ses, ikke ændret, og selskabet måtte derfor stadig medregne de 300.000 kr. ved sin indkomstopgørelse.[62]
>
> A's repræsentant anmodede herefter om, at A's skattepligtige indkomst blev nedsat med 300.000 kr. i medfør af LL § 2, stk. 4. Selskabet ville således forpligte sig til at betale de 300.000 kr. tilbage til B, idet beløbet dog i første omgang ville blive posteret som gæld i selskabet.

Landsskatteretten valgte at afvise fradrag for selskabsdeltagerens betaling til selskabet under henvisning til, at der ikke var ydet nogen modydelse for betalingen, jf. SL § 6, litra a.[63] Denne korrektion kan isoleret set tiltrædes. For at

---

ren anfører ikke, om det samme er tilfældet for så vidt angår formelt ensidigt bebyrdende aftaler. Se også *Christian Homilius* SpO 2000, 333 og TfS 1999, 810.

61. Ligeledes *N. Mou Jakobsen*, R&R 2001, 11 SM 336. Jf. også *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16, der derudover henviser til TfS 2001, 176 LSR. Sidstnævnte afgørelse vedrørte imidlertid ikke fiksering af indkomst, men derimod allokering af indkomst. *Nikolaj Vinther & Sten Bønsing*, TfS 2002, 955 og *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 391 henviser endvidere til TfS 2001, 807 LSR, hvor Landsskatteretten lagde vægt på, at skattemyndighederne havde ændret priser og vilkår for en transaktion.
62. Jf. også *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2001, 44.
63. *Jakob Bundgaard*, SR-Skat 2003, 43, konkluderer på baggrund af kendelsen, at »rene tilskudssituationer« ikke er omfattet af LL § 2. *Nikolaj Vinther & Sten Bønsing*, TfS 2002, 955

nægte fradrag for det vederlag, som selskabsdeltageren betalte til sit selskab, må det imidlertid forudsættes, at vederlaget ikke som hævdet af selskabsdeltager og selskab var selskabsdeltagerens betaling for selskabets bistand i forbindelse med udviklingen af projektet. I modsat fald ville hele vederlaget eller dele af dette have været fradragsberettiget efter SL § 6, litra a. Spørgsmålet er, om dette kan afgøres med udgangspunkt i SL § 6, litra a, eller om en vurdering af, om selskabet ydede den hævdede bistand, alene kan foretages efter LL § 2. Det afgørende må være, at selskabsdeltagerens ydelse efter det oplyste alene kunne *kvalificeres* som en fradragsberettiget driftsomkostning, jf. SL § 6, litra a, i det omfang den var en betaling for et af selskabet udført arbejde. Denne kvalifikationen af betalingen forudsætter ikke hjemmel i LL § 2, idet spørgsmålet om indtægters og udgifters kvalifikation må afgøres efter andre regler, herunder i det konkrete tilfælde driftsomkostningsbegrebet i SL § 6, litra a.[64] Landsskatteretten burde i stedet have afvist at anvende LL § 2, stk. 4, under henvisning til, at ændringen af selskabsdeltagerens og selskabets indkomstopgørelse foregik efter reglerne om allokering af indkomst. Der var ikke udøvet en indkomstskabende aktivitet i forholdet mellem selskab og selskabsdeltager, idet hele indkomsten hidrørte fra tredjemand. Spørgsmålet om den skattemæssige behandling af selskabet og selskabsdeltageren på foranledning af, at indkomsten i økonomisk henseende fortsat var oppebåret af selskabet, vedrørte den skatteretlige kvalifikation af en sekundær korrektion.

Landsskatterettens kendelse i TfS 2001, 829 LSR synes at bekræfte, at ensidigt bebyrdende transaktioner ifølge Landsskatteretten ikke er omfattet af LL § 2.

> Sagen omhandlede en selskabsdeltager, B, som ejede alle anparter i moderselskabet C, der ejede alle aktier i datterselskabet A. Selskabsdeltageren rådede endvidere over alle stemmerettigheder i selskabet D, hvori han tillige ejede 2,5 pct. af anpartskapitalen, idet den øvrige anpartskapital i dette selskab ejedes af hans to sønner med 48,75 pct. hver.
>
> Ved etableringen af A var det aftalt, at B skulle være direktør og ansvarlig for selskabets salg, mens en anden person skulle stå for tilrettelæggelsen af produktionen. Det blev aftalt, at B skulle modtage en årlig direktørgage på 450.000 kr. Denne direktørgage blev imidlertid faktureret af D, som årligt bl.a. opkrævede et såkaldt administrationsvederlag hos A på 600.000 kr. B fik således ikke vederlag for sit virke som direktør i A, men fik til gengæld

---

antager under henvisning til kendelsen, at »rene formueoverførsler« i form af en »vilkårlig indkomstoverførsel« ikke kan afværges ved, at der påtages forpligtelse til armslængde-betaling i medfør af LL § 2, stk. 4.

64. Se ovenfor I, 3.1.

> i de omhandlede indkomstår en løn fra D på mellem ca. 335.000 og 440.000 kr. med tillæg af fri bil og telefon.
>
> Landsskatteretten fandt ligesom de stedlige skattemyndigheder, at der ved den valgte konstruktion årligt overførtes et beløb – benævnt som administrationsvederlag – fra A til D, og at dette beløb oversteg de udgifter, D havde ved den såkaldte administration. Udgiften var således ikke forretningsmæssigt begrundet. Administration bestod således i det væsentligste af afholdelse af direktørens lønudgifter, og Landsskatteretten lagde derfor til grund, at aftalen i det væsentligste havde til formål at overføre midler til D. Som følge heraf kunne aftalen om administrationsvederlaget ikke tillægges skattemæssig virkning. Landsskatteretten fandt herefter, at det var med rette, at A var nægtet fradragsret for differencebeløbene – idet det beløb, der svarede til lønudgifterne til direktøren, måtte anerkendes som sådan. Udgifterne kunne således ikke siges at være afholdt for at erhverve, vedligeholde eller sikre selskabets indkomst, jf. SL § 6 a. Af samme grund blev beløbet med rette anset for at være et skattepligtigt tilskud D ApS, jf. SL § 4.
>
> Tilskudsbeskatningen af D efter SL § 4 blev herefter søgt ophævet ved, at dette selskab påtog sig en betalingsforpligtelse over for A, jf. LL § 2, stk. 4.

Landsskatterettens begrundelse for, at transaktionen ikke var omfattet af LL § 2, stk. 1, var: »at nægtelsen af fradragsretten og den hermed forbundne tilskudsbeskatning ikke findes at kunne karakteriseres som en korrektion af priser og vilkår for handelsmæssige eller økonomiske transaktioner mellem interesseforbundne parter, hvorved der henses til, at retten ikke tillægger administrationsaftalen skattemæssig betydning, idet det … er lagt til grund, at der ikke er udført nogen administration for det klagende selskab. Der er således i princippet ikke tale om en prismæssig korrektion af et administrationsvederlag til armslængdevilkår«. Ved vurderingen af, om transaktionen var omfattet af LL § 2, stk. 1, lagde Landsskatteretten – som det ses – vægt på, at der ikke var udført nogen administration for det klagende selskab.[65]

Kendelsen er kritisabel ud fra de samme betragtninger, som er anført ovenfor vedrørende TfS 2001, 769 LSR. For at nægte fradragsret i henhold til SL § 6, litra a, foretages en skatteretlig kvalifikation af en udgift. Denne skatteretlige kvalifikation kan foretages uden hjemmel i LL § 2.[66] Landsskatteretten burde derfor have henvist til, at sagen vedrørte spørgsmålet om, hvem der i henhold til reglerne om allokering af indkomst var rette indkomstmodtager, idet der ikke var

65. Jf. også *N. Mou Jakobsen*, R&R 2001, 11, SM 336.
66. Jf. også *Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen*, TfS 2001, 888, der anfører, at selve dispositionen tilsidesættes i skattemæssig henseende, hvorfor LL § 2, stk. 1, ikke kunne finde anvendelse.

udøvet en indkomstskabende aktivitet i forholdet mellem selskab og selskabsdeltager, og idet hele indkomsten hidrørte fra tredjemand. Spørgsmålet om den skattemæssige behandling af selskabet og selskabsdeltageren på foranledning af, at indkomsten i fortsat var oppebåret af selskabet, vedrørte den skatteretlige kvalifikation af en sekundær korrektion, som blev foretaget på foranledning af en primær korrektion i henhold til reglerne om allokering af indkomst, hvorfor LL § 2, stk. 4, selvsagt ikke kunne finde anvendelse.[67]

Landsskatterettens praksis er endvidere ikke konsekvent. Landsskatteretten har således i sagerne TfS 2002, 494 LSR og TfS 2002, 824 LSR fikseret en rente i et tilfælde, hvor nogle mellemregninger mellem selskabsdeltager og selskab var uforrentede.[68] Sådanne mellemregninger eller udlån må som nævnt ovenfor anses for at være ensidigt bebyrdende, idet forpligtelsen til at afdrage det udlånte ikke kan anses for at være et bebyrdende for låntager, når først låntager har fået det lånte i hænde.

Diskrepansen mellem på den ene side TfS 2001, 829 LSR og TfS 2001, 769 LSR og på den anden side TfS 2002, 494 LSR og TfS 2002, 824 LSR kan forklares ved, at de to førstnævnte afgørelser vedrørte spørgsmålet om muligheden for at afværge sekundære korrektioner i henhold til LL § 2, stk. 4, mens sidstnævnte afgørelser vedrørte spørgsmålet om beskatning af en fikseret indkomst i henhold til LL § 2, stk. 1. I TfS 2001, 829 LSR og TfS 2001, 769 LSR søgte den skattepligtige således at undgå en sekundær korrektion ved at forpligte sig til såkaldt armslængde-betaling. I begge tilfælde afviste Landsskatteretten dette under henvisning til, at den primære korrektion ikke var omfattet af LL § 2, stk. 1, idet transaktionen ikke havde været gensidigt bebyrdende. I TfS 2002, 494 LSR foretog Landsskatteretten en primær korrektion, idet den skattepligtige blev beskattet af en rente, som den pågældende ikke havde realiseret. Ved afgørelsen af, om en transaktion falder inden for anvendelsesområdet for LL § 2, stk. 1, kan der imidlertid ikke sondres mellem tilfælde, hvor en sekundær korrektion skal ophæves, og tilfælde, hvor en primær korrektion skal foretages.

Det må erkendes, at det for skattemyndighederne kan opfattes som et problem, at skatteydernes mulighed for at afværge sekundære korrektioner øges, når anvendelsesområdet for LL § 2 udvides. Selvom muligheden for at foretage primære korrektioner samtidig øges, kan der forekomme tilfælde, hvor de primære korrektioner ikke ændrer ved indkomstop-

67. Se hertil *Jakob Bundgaard*, SR-Skat 2003, 43 og *N. Mou Jakobsen*, R&R 2001, 11, SM 336.
68. I TfS 2002, 824 LSR forsøgte skattemyndighederne ligefrem at hindre selskabet i at påtage sig en forpligtelse til armslængde-betaling, jf. LL § 2, stk. 4, under henvisning til, at der ikke var nogen »aftale« om forrentning. Dette argument fandt ikke støtte hos Landsskatteretten.

gørelsen,[69] mens de interesseforbundne parter får et – set med skattemyndighedernes øjne uhensigtsmæssigt – retskrav på at undgå den sekundære korrektion i henhold til LL § 2, stk. 4.

Østre Landsret har endelig i sagen TfS 2004, 97 Ø for så vidt angår beskatning af en fikseret leje afvist at fortolke LL § 2 således, at den alene finder anvendelse for gensidigt bebyrdende transaktioner.[70]

2.1.3.4 Sammenfatning

Det er nødvendigt at afgrænse de dispositioner, der er omfattet af LL § 2, fra de dispositioner, som ikke er omfattet af LL § 2. Landsskatterettens hidtidige praksis herom må imidlertid afvises, dels fordi den ikke løser det grundlæggende problem, dels fordi den ikke er konsekvent, dels fordi den for så vidt angår udleje af fast ejendom er forkastet af Østre Landsret i sagen TfS 2004, 97 Ø. Sondringen mellem gensidigt bebyrdende og ensidigt bebyrdende transaktioner er således ikke egnet til at adskille de transaktioner, der er omfattet af LL § 2, fra de transaktioner, der ikke er omfattet af LL § 2, og har heller ikke medhold efter Østre Landsrets dom i sagen TfS 2004, 97 Ø.

Der må i stedet tages udgangspunkt i, at LL § 2 omfatter alle typer af transaktioner og mellemværender mellem de interesseforbundne parter, uanset om den sproglige betegnelse »handelsmæssig eller økonomiske transaktion« er rammende eller ej.[71] Det afgørende er, om der foreligger en disposition, der er sket på sådanne vilkår, at det kan undersøges, om den er foretaget på armslængde-vilkår.[72] Heraf følger, at den pågældende »transaktion« må omfatte udvekslingen af i det mindste én ydelse. For denne ydelse må det herefter afgøres,

– om den har en pengeværdi,
– hvilken pengeværdi, den i bekræftende fald har,

69. Se ovenfor III, 5.1.4.
70. Sagen omtales nedenfor 5.3.
71. Se hertil *Lisbeth Rasmussen*, SpO 2000, 182 som anfører, at handelsmæssige transaktioner omfatter fordelingen af omkostninger så som management fee og andre former for administrationsomkostninger. *Lisbeth Rasmussen* fremhæver endvidere, at gaver sidestilles med køb og salg. Det anføres også, at en udlodning fra et datterselskab i Danmark til dets udenlandske moderselskab, der består i overdragelse af kaptialandelene i et datterdatterselskab, er omfattet af LL § 2, selvom afståelse sker ved udlodning. De af forfatteren nævnte eksempler – som øjensynligt beror på hendes erfaringer fra at arbejde med problemstillingerne i Told- og Skattestyrelsen – vedrører alle ensidigt bebyrdende transaktioner.
72. Jf. også LV 2004-1 S.I.1.3.1: »De i bestemmelsen omhandlede kontrollerede transaktioner omfatter alle forbindelser mellem parterne. For eksempel kan nævnes levering af tjenesteydelser, låneforhold, overførsel af aktiver, immaterielle aktiver, der stilles til rådighed m.v.«.

– om ydelsen kan være ophav til en skattepligtig indkomst, dvs. om den kan være indkomstskabende,[73]
– og om vederlaget eller det manglende vederlag for ydelsen er aftalt på armslængde-priser og -vilkår.

Hvis hverken ydelse eller modydelse i transaktionen har en pengeværdi, kan LL § 2 således ikke anvendes.[74] Har ydelse og/eller modydelse en pengeværdi, må værdien af disse endvidere kunne opgøres, førend transaktionen kan omfattes af LL § 2. Dette sidste vil altid være muligt.

Dernæst forudsættes som det helt afgørende, at ydelsen er en indkomstskabende aktivitet, idet en indkomst ikke kan fikseres, hvis ydelsen ikke kan være anledning til en indkomst. For at fiksere en indkomst må det således forudsættes, at der er foretaget en aktivitet, som kan være ophav til en indkomst. Det er f.eks. årsagen til, at der ikke ved overdragelse af penge fikseres noget vederlag for overdragelsen, idet overdragelsen af penge ikke anses for at være en indkomstskabende aktivitet. Afholdelse af et selskabs udgifter kan heller ikke anses for at være en indkomstskabende aktivitet.[75] Indkomstskabende er derimod alle transaktioner, hvor den overdragne vare eller tjenesteydelse kan være ophav til en skattepligtig indkomst, f.eks. ved vederlagsfri overdragelse af aktiver, som er erhvervet i spekulations- eller næringsøjemed – idet overdrageren kan fremkalde en avance – eller ved levering af tjenesteydelser, idet overdrageren kan fremkalde et vederlag for det udførte arbejde. På samme måde må også et vederlagsfrit udlån af en kapital anses for at være indkomstskabende, idet udlåner kan fremkalde en indkomst i forbindelse med udlån.

Heraf følger også, at anvendelsen af LL § 2 skulle være afvist i både TfS 2001, 769 LSR og TfS 2001, 829 LSR under henvisning til, at der ikke var udvist nogen indkomstskabende aktivitet af hverken selskab eller selskabsdeltager. Betalingen af et kontant tilskud kan ikke anses for at være en indkomstskabende aktivet. Det forhold, at der ikke udføres noget arbejde eller leveres nogen anden form for ydelse, kan heller ikke anses for at være en indkomstskabende aktivitet. Omvendt må udlån eller udleje af en fast ejendom anses for at være en indkomstskabende aktivitet, hvorfor det i skattemæssig henseende var

---

73. Se herom ovenfor III, 4.1.
74. Jf. også *Christian Homilius*, TfS 1999, 810.
75. Det er derfor betænkeligt, når der i L 067 2002/03, der blev vedtaget som lov nr. 394 af 28/5 2003 om forbedring af vilkårene for medarbejderaktieordninger, anvendes betegnelser som armslængde-vilkår og sekundære korrektioner, der er hentet fra reglerne om transfer pricing, på spørgsmålet om fordeling af udgifter til medarbejderaktieordninger mellem koncernforbundne selskaber, idet fordelingen af udgifterne mellem selskaberne er et spørgsmål om allokering og udgifter og ikke fiksering af udgifter. Se nærmere om problemstillingen *Jens Wittendorff*, TfS 2002, 1047 og *Jakob Bundgaard*, R&R 2003, 3, 45.

korrekt, at landsretten i sagen TfS 2004, 97 Ø udtalte, at låneforholdet var omfattet af LL § 2, stk. 1.

Anvendelsen af denne fremgangsmåde betyder, at såvel ensidigt bebyrdende som gensidigt bebyrdende aftaler kan være omfattet af LL § 2, men også kan anses for at falde uden for anvendelsesområdet for LL § 2. En ensidigt bebyrdende transaktion vil kun være omfattet af LL § 2, hvis den erlagte ydelse kan anses for at være en indkomstskabende aktivitet. En gensidigt bebyrdende aftale vil være omfattet, hvis ydelse og/eller modydelse er en indkomstskabende aktivitet. Kan hverken ydelse eller modydelse i en gensidigt bebyrdende aftale – f.eks. udveksling af to pengebeløb – anses for at være en indkomstskabende aktivitet, er aftalen ikke omfattet af LL § 2.[76]

Til gengæld vil allokering af indkomst ikke være omfattet af bestemmelsen, idet selve aftalen om fordelingen af den indkomst, der hidrører fra en indkomstskabende aktivitet, som er udøvet i forhold til tredjemand, ikke i sig selv er en indkomstskabende aktivitet. Der er ganske vist udøvet en indkomstskabende aktivitet, men denne aktivitet er ikke udøvet i forholdet mellem de interesseforbundne parter. LL § 2 er derfor ubetinget en regel om beskatning af fikseret indkomst, som ikke kan finde anvendelse i tilfælde, hvor den foretagne allokering af en indkomst skal korrigeres.[77]

2.2 Engelsk ret

2.2.1 De skattepligtige

Taxes Acht Sched. 28AA finder anvendelse i forholdet mellem to personer (the affected persons), jf. Taxes Act Sched. 28AA, para. 1(1)(*a*).[78] Af Sched. 28AA, para. 4, fremgår, at mindst én af disse personer skal være en juridisk person, dvs. et selskab m.fl., som kan kontrolleres eller være under indflydelse af den anden person.

2.2.2 Kontrol og fast driftssted

Det er ligesom efter dansk ret en forudsætning for, at Sched. 28AA kan finde anvendelse, at de pågældende personer på tidspunktet for vilkårets aftale eller pålæggelse, jf. Taxes Act Sched. 28AA, para. 1(1)(*b*), var forbundne på en

76. Det må erkendes, at det i tvivlstilfælde stadig vil være nødvendigt at afgøre, om en ydelse kan anses for at være indkomstskabende, eller om den alene formelt er givet en indkomstskabende karakter med henblik på at bringe LL § 2 i anvendelse.
77. Se ovenfor III, 5. Anderledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 2001, 311, der finder det »mest naturligt at læse« LL § 2, stk. 1, således, at den tillige omfatter de tilfælde, hvor allokeringen af en indkomst korrigeres.
78. Definitionen af de berørte personer i Sched. 28AA, para. 1(1)(*a*) finder anvendelse for hele Sched. 28AA, jf. para. 14(1).

nærmere bestemt måde. Reglerne om interessefællesskab er imidlertid langt mere vidtgående end LL § 2, idet de tillige omfatter andre typer af kontrol end ejerskab til kapitalandele, rådighed over stemmerettigheder og koncernforbindelser.[79]

2.2.3 Transaktionerne

Sched. 28AA finder anvendelse for et faktisk vilkår (actual provision), som er aftalt eller pålagt (made or imposed) i forholdet mellem to personer (persons) som følge af en transaktion eller en kæde af transaktioner, jf. Sched. 28AA, para. 1(1)(*a*).[80]

Begrebet vilkår (provision) er ikke nærmere defineret i Sched. 28AA, men antages at omfatte en hvilken som helst bestemmelse i parternes aftale. Provision burde strengt taget oversættes til det danske ord »bestemmelse«, men eftersom ordet vilkår anvendes i LL § 2 for samme forhold, foretrækkes dette begreb.[81]

Til gengæld er begreberne »transaction« og »series of transactions« defineret i Sched. 28AA, para. 3. En transaktion (transaction) er således efter engelsk ret en hvilken som helst aftale eller systematisk plan (arrangements),[82] underforstået aftale (understandings)[83] eller gensidig praksis (mutual practices),[84] hvad enten aftalen m.v. skal kunne gennemtvinges med retsmidler (legally enforcable) eller ej.[85]

En kæde af transaktioner (series of transactions) omfatter et hvilket som helst antal af transaktioner, der hver for sig forfølger – eller er indgået i relation til – det samme arrangement, jf. Sched. 28AA, para. 3(2), uafhængigt af om de enkelte transaktioner er indgået i tidsmæssig tilknytning til hinanden (wheter or not one after the other). Ved vurderingen af, om en kæde af transaktioner er indgået med et fælles formål for øje, kan der ifølge Sched. 28AA, para. 3(3), jf. para. 3(4), ikke tages hensyn til,

– at ingen af transaktionerne er indgået mellem de personer, der er parter i det samlede arrangement,[86]

---

79. Se ovenfor VIII, 9.2 om kontrol. Jf. også *Jan Pedersen*, SU 2002, 368.
80. Denne definition af det faktisk vilkår finder anvendelse for hele Sched. 28AA, jf. para. 14(1).
81. Anvendelsen af ordet »vilkår« har også den fordel, at begrebet »bestemmelse« allerede anvendes som synonym for »section« og »Schedule«.
82. Sched. 28AA, para. 3(1), jf. para. 3(5).
83. Sched. 28AA, para. 3(1).
84. Sched. 28AA, para. 3(1).
85. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 131.
86. Sched. 28AA, para. 3(3), jf. para. 3(4)(*a*).

– at parterne i det samlede arrangement ikke er de samme som de personer, der har indgået de enkelte transaktioner,[87] eller
– at der er én flere af de omfattede transaktioner, hvor ingen af de omhandlede personer er parter.[88]

Definitionen af transaktioner og en kæde af transaktioner finder anvendelse for hele Sched. 28 AA.[89]

Det ses, at begrebet transaktioner (transactions) ikke adskiller sig mærkbart fra, hvad der forstås som en transaktion efter LL § 2, omend begrebet i engelsk ret er noget mere fast defineret. Til gengæld adskiller engelsk ret sig ved, at en kæde af transaktioner, der tilsammen udgør et forsøg på transfer pricing mellem to personer, også er omfattet af bestemmelsen. Reglerne om transfer pricing kan således ikke efter engelsk ret omgås ved, at der med andre ikke interesseforbundne parter indgåes en konkret aftale om gensidigt at forskyde indkomsten ved hjælp af transfer pricing.

2.3 Amerikansk ret

2.3.1. De skattepligtige

S. 482 omfatter organisationer, erhverv og professioner. Hvad der forstås herved, er ikke nærmere defineret i s. 482. Til gengæld findes i den tilhørende vejledning, Reg. sec. 1.482, en definition af begrebet »organisation«, der ganske vist kun finder anvendelse i relation til Reg. sec. 1.482-1A og 1.482-2,[90] men som kan have betydning ved fortolkningen af s. 482.

En organisation omfatter ifølge vejledningen en hvilken som helst form for organisation, hvad enten der er tale om en personligt ejet og drevet virksomhed (sole proprietorship), et personselskab (partnership),[91] en trust (trust), et bo (estate), en forening (association) eller et kapitalselskab (corporation).[92] Det er uden betydning, hvor organisationen er organiseret, dvs. indregistreret, hvorfra organisationen drives (operated), og hvor dens erhverv eller profession udøves. Det er ligeledes uden betydning, om organisationen er indenlandsk eller udenlandsk, om den er fritaget for skat (exempt), om den er formelt forbundet med

87. Sched. 28AA, para. 3(3), jf. para. 3(4)(*b*).
88. Sched. 28AA, para. 3(3), jf. para. 3(4)(*c*).
89. Jf. Sched. 28AA, para. 14(1).
90. Jf. Reg. sec. 1.482-1A(a).
91. F.eks. et interessentskab eller kommanditselskab.
92. Reg. sec. 1.482-1A(a)(1). Den nærmere definition af disse begreber findes i IRC eller de til lovende hørende Federal Regulations. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 96-97.

en anden organisation, og om dens skatteregnskab er en del af regnskabet for en gruppe af formelt forbundne selskaber (consolidated return).[93]

Begreberne »erhverv« og »profession« er ligeledes defineret i Reg. sec. 1.482. Et erhverv eller profession er herefter en hvilken som helst form for erhvervsmæssig eller professionsbaseret aktivitet, hvad enten aktiviteten er organiseret eller ej, uanset om den udøves af én eller flere personer, og uden hensyntagen til, hvor aktiviteten udøves.[94]

2.3.2 Kontrol og fast driftssted

For at anvende s. 482 forudsættes et bestemt interessefællesskab mellem de skattepligtige. Dette interessefællesskab er i s. 482 defineret således, at de skattepligtige skal ejes (owned) eller kontrolleres (controlled) direkte (directly) eller indirekte (indirectly) af fysiske eller juridiske personer med fælles interesser (interests).[95]

2.3.3 Transaktionerne

Skattemyndighedernes mulighed for at gribe ind med en korrektion er ikke begrænset til de tilfælde, hvor der foreligger utilbørlige regnskaber (improper accounts), en svigagtig (fradulent) eller proforma (colorable, or sham) transaktion, eller til tilfælde, hvor et arrangement (device) har til formål at reducere eller unddrage betalingen af skat ved at forskyde (shifting) eller fordreje (distorting) indkomst, fradrag, skattekreditter eller bidrag.[96] Retten til at korrigere indkomsten tilkommer således også skattemyndighedene i alle de tilfælde, hvor en kontrolleret skatteyders skattepligtige indkomst på grund af uagtsomhed (inadvertence) eller planlægning (design) opgøres til et andet beløb end det, indkomsten ville have udvist, hvis skatteyderen havde ført sine forretninger som en ukontrolleret skatteyder, der handler på armslængde-vilkår med andre ukontrollerede skatteydere.[97] Skattemyndighederne kan ikke alene korrigere indkomst, men har tillige ret til at ændre fradrag, skattekreditter, bidrag, værdiansættelser

---

93. Reg. sec. 1.482-1A(a)(1). De amerikanske regler om consolidated return er til en vis grad baseret på samme overvejelser, som i dansk har givet koncerner mulighed for en frivillig sambeskatning. Underskud i et selskab kan således fradrages i overskud i de andre selskaber, der opgør den skattepligtige indkomst i samme consolidated return. Det samme gælder for kapitalgevinster (capital gains) og -tab (capital losses). Endelig udsættes opgørelsen af gevinst eller tab ved handel mellem de omfattede selskaber almindeligvis, indtil et salg uden for gruppen af omfattede selskaber finder sted. Reglerne findes i IRC, Subtitle A, Chapter VI, dvs. s. 1501-1564. Se også Reg. sec. 1.482-1(f)(1)(iv).
94. Reg. sec. 1.482-1A(a)(2).
95. Reglerne herom er gennemgået ovenfor VIII, 9.2.
96. Reg. sec. 1.482-1(f)(1)(i) og 1.482-1A(c).
97. Reg. sec. 1.482-1(f)(1) og 1.482-1A(c).

(basis)[98] eller et hvilket som helst andet element, der vedrører opgørelsen af den skattepligtige indkomst.[99] Ændringen kan tage form af en forhøjelse eller formindskelse af ethvert relevant beløb.[100]

En korrektion af den skattepligtige indkomst forudsætter ikke, at den ene eller begge de kontrollerede skatteydere har opnået en gevinst i forbindelse med transaktionen. Ved salg fra en kontrolleret skatteyder til en anden kan en korrektion således foretages i et indkomstår, selvom den sælgende skatteyder har realiseret et tab, og den kontrollerede skatteyder først vil realisere en gevinst ved et salg i et fremtidigt indkomstår.[101] Ved rentefri eller for lavt forrentede udlån mellem kontrollerede skatteydere kan indkomsten i det låntagende og långivende selskab ligeledes korrigeres, uanset at selskaberne ikke har fået en gevinst som følge af udlånet.[102] Selv i tilfælde, hvor begge de kontrollerede skatteydere i sidste ende måtte lide et tab som følge af den kontrollerede transaktion, kan en korrektion af indkomsten finde sted i medfør af s. 482.[103]

Enhver korrektion vil blive rettet mod skatteyderens bruttoindkomst, fradrag, skattekreditter eller bidrag. Den fiksering af indkomsten, der finder sted efter s. 482, er således rettet mod resultatet af den kontrollerede transaktion – hvad enten det er en indkomst eller en udgift – og ikke mod selve transaktionen. Heraf følger også, at skattemyndighederne efter amerikansk ret ikke er pligtige at undersøge, om den metode, hvorpå kontrollerede skatteydere har opgjort indkomsten, er korrekt og/eller i overensstemmelse med, hvad ikke kontrollerede skatteydere ville have gjort. Skattemyndighederne vurderer således ikke, om skatteyderne har anvendt reglerne for transfer pricing korrekt, men derimod alene om resultatet af en given kontrolleret transaktion er i overensstemmelse med reglerne i s. 482 og de dertil hørende Federal Regulations.[104]

Det er i amerikansk ret uafklaret, om reglerne i s. 482 kan anvendes ved en korrektion af den aftalte allokering af en indkomst. I nogle tilfælde har s. 482 fundet anvendelse i sådanne tilfælde, mens bestemmelsen ikke er blevet anvendt i andre tilfælde. Ordlyden af s. 482 omfatter utvivlsomt hjemmel til at korrigere den aftalte allokering af en indkomst, men domstolene har i praksis i en række tilfælde valgt at korrigere indkomsten ud fra uskrevne regler.[105]

---

98. »Basis« er den værdi, som et aktiv ansættes til med henblik på den skattemæssige opgørelse af navnlig gevinst og tab på aktivet.
99. Reg. sec. 1.482-1(a)(2).
100. Reg. sec. 1.482-1(a)(2).
101. Reg. sec. 1.482-1(f)(1)(ii)(A).
102. Reg. sec. 1.482-1(f)(1)(ii)(A).
103. Reg. sec. 1.482-1(f)(1)(ii)(A).
104. Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(v).
105. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 94 og 97.

2.3.4 Restriktioner i udenlandsk ret

Ved vurderingen af, om skatteydernes transaktion er foretaget på armslængde-vilkår, vil der efter amerikansk ret blive taget hensyn til eventuelle restriktioner i udenlandsk ret (foreign legal restrictions), i det omfang sådanne restriktioner tillige vil påvirke en transaktion, som sker på armslængde-vilkår. En restriktion i udenlandsk ret vil derfor alene blive taget i betragtning, hvis det kan dokumenteres, at restriktionen havde indvirkning på en sammenlignelig ikke kontrolleret transaktion i en sammenlignelig periode.[106]

Restriktioner i udenlandsk ret vil alene blive taget i betragtning, hvis en række betingelser er opfyldt. Dette gælder, uanset om restriktionerne er midlertidige (temporary) eller har virkning indtil videre (permanent).[107] Det forlanges for det første, at restriktionerne er offentliggjort (publicly promulgated), og at de generelt finder anvendelse for alle skatteydere i samme situation, hvad enten de er kontrollerede eller ikke er kontrollerede. Restriktionerne må navnlig ikke være pålagt som et led i en transaktion mellem skatteyderen og den udenlandske stat.[108] For det andet kræves, at skatteyderen eller andre medlemmer af den kontrollerede gruppe, som skatteyderen tilhører, har udtømt alle rimelige muligheder i henhold til udenlandsk ret for at få de udenlandske myndigheder til at opgive restriktionen. Ved rimelige muligheder forstås, at der ikke er krav om tiltag, som alene vil have en ubetydelig (negliable) chance for at få restriktionerne ophævet.[109] Restriktionen skal for det tredje udtrykkeligt forhindre betaling eller modtagelse af det beløb, der er fastsat som armslængde-prisen i medfør af s. 482. En restriktion, som f.eks. alene vedrører muligheden for at fradrage et beløb i den skattepligtige indkomst, kan derfor ikke tages i betragtning.[110] Endelig forlanges for det fjerde og sidste, at parterne i den kontrollerede transaktion ikke har indgået indbyrdes aftale eller aftaler med andre, som omgår restriktionen, og heller ikke på nogen andre måder har sat sig ud over restriktionens indhold.[111]

Hvis ikke det kan dokumenteres, hvilken effekt den udenlandske retlige restriktion har for ikke kontrollerede transaktioner, vil restriktionen kun blive taget i betragtning, i det omfang, det fremgår af reg. sec. 1.482-1(h)(2)(iii) og (iv).[112] I modsat fald – dvs. i de tilfælde, hvor effekten af restriktionen kan dokumenteres – kan der fuldt tages højde for denne effekt ved fastsættelsen af armslæng-

106. Reg. sec. 1.482-1(h)(2)(i).
107. Reg. sec. 1.482-1(h)(2)(ii).
108. Reg. sec. 1.482-1(h)(2)(ii)(A).
109. Reg. sec. 1.482-1(h)(2)(ii)(B).
110. Reg. sec. 1.482-1(h)(2)(ii)(C).
111. Reg. sec. 1.482-1(h)(2)(ii)(D).
112. Reg. sec. 1.482-1(h)(2)(i).

de-priser og -vilkår. Skatteyderne kan dog fortsat vælge at bruge metoden i reg. sec. 1.482-1(h)(2)(iii) og (iv).

I reg. sec. 1.482-1(h)(2)(iii) og (iv) beskrives en særlig regnskabsmæssig metode, der bedst kan betegnes som en udskudt beskatning af indkomsten (deferred income method of accounting). Betingelserne for at anvende denne metode er for det første, at skatteyderen dokumenterer, at betaling eller modtagelse af et beløb på armslængde-vilkår ikke var mulig på grund af udenlandske retlige restriktioner, som kan tages i betragtning i medfør af reg. sec. 1.482-1(h)(2)(ii).[113] For det andet kræves, at den kontrollerede skatteyder, hvis indkomst i USA berøres af den udenlandske retlige restriktion, i en rettidigt indgivet selvangivelse (timely U.S. income tax return) eller i tilføjelse til en sådan vælger at udsætte opgørelsen af indkomsten i overensstemmelse med 1.482-1(h)(2)(iv).[114] Hertil kommer, at denne selvangivelse eller tilføjelsen hertil skal være indgivet, inden de amerikanske skattemyndigheder rejser spørgsmål om transfer pricing over for selskabet eller andre medlemmer af dets kontrollerede gruppe vedrørende den transaktion, som restriktionen har betydning for.[115] Der er med andre ord et krav om en egentlig frivillig anmeldelse af forholdet. I selvangivelsen skal oplyses, hvilken transaktion der er tale om, hvilke parter der er involveret i transaktionen, og hvilke udenlandske retlige restriktioner som har betydning for transaktionen.

Ved en udskudt beskatning af indkomsten udskydes beskatningen af det betalte eller modtagne beløb indtil det tidspunkt, hvor den udenlandske retlige restriktion, som har forhindret betaling eller modtagelse af betaling på armslængde-vilkår, måtte ophøre.[116] Som følge af, at beskatningen af en del af eller hele indkomsten ikke kan finde sted, kan skatteyderen heller ikke foretage fradrag eller beregne skattekreditter, der vedrører den ikke beskattede del af indkomsten.[117] Fradrag og skattekreditter kan først beregnes, efterhånden som indkomsten kommer til beskatning i USA.[118] Hertil kommer, at beskatningen af indkomsten alene kan udskydes, i det omfang indkomsten overstiger relaterede fradrag, som allerede er fratrukket i tidligere indkomstår, hvor de udenlandske retlige restriktioner var i kraft.

---

113. Reg. sec. 1.482-1(h)(2)(iii)(A).
114. Reg. sec. 1.482-1(h)(2)(iii)(B).
115. Reg. sec. 1.482-1(h)(2)(iii)(B). Der er også mulighed for, at skatteyderen ved en skriftlig anmeldelse inden indlevering af selvangivelse gør opmærksom på forholdet.
116. Reg. sec. 1.482-1(h)(2)(iv).
117. Reg. sec. 1.482-1(h)(2)(iv), jf. reg. sec. 1.461-1(a)(4).
118. Dette gælder som almindeligt princip i amerikansk skatteret, jf. reg. sec. 1.461-1(a)(4).

3. Sammenligning

3.1 Dansk ret

Efter LL § 2 skal de interesseforbundne parter, som er omfattet af bestemmelsen, ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst anvende priser og vilkår for indbyrdes transaktioner, der svarer til de priser og vilkår, uafhængige parter ville fastsætte for tilsvarende transaktioner. I international skatteretlig sammenhæng betegnes dette således, at de kontrollerede transaktioner mellem parterne skal ske på »armslængde vilkår« eller efter et »armslængde-princip«.[119]

Anvendelsen af armslængde-princippet forudsætter, at de interesseforbundne parters transaktion kan sammenlignes med en transaktion mellem uafhængige parter. Dette er en følge af, at hele armslængde-princippet er baseret på en sammenligning af interesseforbundne parters priser og vilkår med ikke interesseforbundne parters priser og vilkår.[120] En sammenligning er imidlertid kun mulig, for så vidt uafhængige parter har foretaget identiske transaktioner, eller hvis der kan korrigeres for eventuelle forskelle på interesseforbundne og uafhængige parters transaktioner.[121] I modsat fald kunne det hævdes, at forskellen på priser og vilkår ikke beror på, at parterne er interesseforbundne, men på andre forskelle i de interesseforbundne parters transaktion og en transaktion mellem uafhængige parter.[122] Efter at sammenligningen af transaktionerne har fundet sted, kan de aftalte priser og vilkår sammenlignes med uafhængige parters priser og vilkår.[123]

Det formelt enkle udgangspunkt – at der skal handles på armslængde-vilkår – er derfor reelt meget kompliceret, al den stund det er et vanskeligt forehavende at sammenligne interesseforbundne parters transaktioner med ikke interesseforbundne parters transaktioner og at udmåle de priser og vilkår, der ville være anvendt mellem uafhængige parter.[124]

Dansk ret indeholder ikke regler om, hvordan vilkårene for transaktioner mellem interesseforbundne parter og uafhængige parter skal sammenlignes. I forarbejderne til lov nr. 432 af 26/6 1998 anføres imidlertid:

---

119. Definitionen af armslængde-princippet svarer til OECD's modeloverenskomst artikel 9. Se også *Jens Wittendorff*, SR-Skat 1999, 75 og *Flemming Heegaard*, SU 1993, 359.
120. Jf. også *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1.
121. Jf. LV 2004-1 S.I.2.7.1: »Ved anvendelsen af armslængdeprincippet skal der foretages en sammenligning af vilkårene mellem forbundne parter og uafhængige parter. Dette forudsætter, at der eksisterer et sammenligningsgrundlag i en eller anden tilgængelig form, dvs. at sammenligningsgrundlaget er identisk eller, at der kan korrigeres for eventuelle forskelle«. Se også *Jan Pedersen*, Transfer Pricing, s. 188-191 og *Michael Sørensen*, SpO 1995, 270.
122. Ligeledes *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1.
123. Se nedenfor 4.
124. Ligeledes *Svend Erik Holm*, R&R 1996, SM 235.

»Det er et internationalt anerkendt princip, at interesseforbundne parter skal handle på armslængde vilkår. OECD har udsendt retningslinier om hvilke principper og fremgangsmåder, som internationalt kan anerkendes ved ligningen i transfer pricing sager. Disse retningslinier er baseret på armslængde princippet. Samtlige OECD-lande – herunder Danmark – har tilsluttet sig disse retningslinier. De nye danske regler indført ved lov nr. 131 af 25/2 1998 om ændring af skattekontrolloven og skattestyrelsesloven er således også i overensstemmelse med OECD's retningslinier«.[125]

Det må derfor antages, at en sammenligning af de interesseforbundne parters transaktioner og de uafhængige parters transaktioner vil tage udgangspunkt i OECD's retningslinjer.[126] Sammenligningen af transaktionerne skal indeholde følgende elementer:[127]

- en sammenligning af de udvekslede varer og tjenesteydelser (nedenfor 3.1.1),
- en funktionsanalyse (nedenfor 3.1.2),
- en sammenligning af kontraktvilkårene (nedenfor 3.1.3),
- en sammenligning af risici (nedenfor 3.1.4),
- en sammenligning af økonomiske vilkår i form af markedsvilkår m.v. (nedenfor 3.1.5) og
- en sammenligning af forretningsstrategier (nedenfor 3.1.6).

Der redegøres i det følgende alene for OECD's retninigslinjer, i det omfang disse er kommet til udtryk i danske administrative forskrifter. Årsagen hertil er, at OECD's retningslinjer alene er nogle principper, som ganske vist kan anses for at være normskabende i relation til dansk ret, men som ikke kan anses for at være retsregler.[128] Det bemærkes

---

125. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2455. De nye regler, der omtales, er SKL § 3 B.
126. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Jf. også LV 2004-1 S.I.2.7.1: »Den sammenligneligheds test, der skal foretages, er udførligt beskrevet i OECD's retningslinier«.
127. Jf. OECD Guidelines 1.19-1.35 og LV 2004-1 S.I.2.7.1. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 188-189, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 112-113, *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 96, *Jonathan Bernsen*, SU 2003, 55, *Jesper Solgaard*, SU 2003, 50, Skat, december 2001, s. 63, *Michael Sørensen*, SpO 2001, 114, *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1998, 4, 7 og R&R 1997, 6, 9 og *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1.
128. Ligeledes *Jan Pedersen*, R&R 2003, 1, 6, *Aage Michelsen*, R&R 1998, 2, SM 41 og R&R 1996, 7, 15, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 449, *Jens Wittendorff*, SR-Skat 1998, *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1997, 6, 9, *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1, *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 230 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 86-87. Retningslinjerne må i relation til LL § 2 antages at have samme retskildeværdi som forarbejder til lovgivningen, eftersom de er omtalt i forar-

endvidere, at amerikansk ret i et vidt omfang tager udgangspunkt i de samme principper som OECD's retningslinjer og i betydelig grad er overensstemmende med disse – omend der er nogle væsentlige forskelle – hvorfor en separat analyse af OECD's retningslinjer ville indeholde et stort antal helt unødvendige gentagelser.[129]

De væsentlige forskelle består i de metoder, som anvendes ved vurderingen af, om priser og vilkår er aftalt på armslængde-vilkår. I amerikansk ret anvendes en række metoder, som ikke anerkendes af OECD, og som derfor heller ikke vil blive anvendt efter dansk ret. Derudover findes i amerikansk ret regler om fremtidige korrektioner af priser og vilkår ved overdragelse af immaterielle aktiver. Reglerne om bevisbyrden og dokumentationskravet er også forskellige.[130]

En analyse af amerikansk ret er valgt frem for en analyse af OECD's retningslijier, dels fordi de amerikanske retningslinjer umiddelbart har retskraft, dels fordi de på en række områder er langt mere præcise end OECD's retningslinjer,[131] dels fordi OECD's retningslinjer – i modsætning til de amerikanske forskrifter – allerede er indgående beskrevet i dansk ret.

I henhold til OECD's retningslinjer er transaktioner normalt sammenlignelige, hvis eventuelle forskelle på transaktionerne ikke har nogen væsentlig indvirkning på de aftalte priser eller vilkår, eller hvis det er muligt at foretage rimeligt nøjagtige korrektioner med henblik på at eliminere de konstaterede forskelle.

3.1.1 Varer og tjenesteydelser[132]

Reglerne om transfer pricing forudsætter som nævnt, at interesseforbundne og uafhængige parters transaktioner kan sammenlignes. Hvis transaktionen vedrører varer eller tjenesteydelser, må det undersøges, i hvilket omfang en sammenligning kan finde sted. Sammenligningen tager for så vidt angår varer udgangs-

---

bejderne til både LL § 2 og SKL § 3 B, jf. også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 371, *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 75 og 175 og *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 95-96. Ved en korrektion efter reglerne i SL §§ 4-6 har OECD's retningslinjer derimod ikke retskildeværdi som forarbejder.

129. Se hertil *Jan Pedersen*, SU 2003, 368, *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129 og *Michael Sørensen*, SpO 1995, 270.
130. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
131. Sidstnævnte retningslinjers retskildeværdi er som anført af *Aage Michelsen*, R&R 1998, 2, SM 41 i øvrigt også beskeden på grund af »... det ikke ligefrem imponerende formuleringstekniske præcisionsniveau ...«.
132. Se om sammenligning af immaterielle rettigheder *Ulrik Fleischer-Michaelsen*, SU 1996, 348.

punkt i varens ydre form, kvalitet og egenskaber. Der tages endvidere hensyn til udbuddet af varen og den leverede mængde.[133]

Ved sammenligningen af tjenesteydelser tages udgangspunkt i deres art og omfang.[134]

3.1.2 Funktionsanalyse

Ved funktionsanalysen vurderes, hvordan opgaver og ansvar (risiko) generelt er fordelt mellem de interesseforbundne parter. Transaktioner mellem uafhængige parter giver som hovedregel indirekte udtryk for, hvordan opgaver og ansvar er fordelt mellem parterne. Hvor den ene part bærer særligt store risici i forbindelse med transaktionen, vil dette ofte påvirke handlen. Det samme må gælde for interesseforbundne parter. Den interesseforbundne part, som bærer alle opgaver og risici ved en transaktion, må derfor kunne fastsætte en højere pris for sine leverancer end en uafhængig part, som er helt uden opgaver og risici ved en i øvrigt tilsvarende transaktion. Som et led i funktionsanalysen vurderes derfor, hvem af parterne der udfører de forskellige funktioner som f.eks. design, produktion, montering, forskning og udvikling, service og garanti, indkøb, distribution, reklame og marketing.[135]

3.1.3 Kontraktvilkårene

Sammenligningen af kontraktvilkårene skal tage højde for den konkrete fordeling af opgaver og ansvar mellem de interesseforbundne parter. Har parterne ved kontrakten aftalt, at den ene part skal bære samtlige opgaver og risici, må det komme til udtryk i prisen. Foreligger der ikke en kontrakt, må den konkrete transaktion bedømmes ud fra parternes almindelige handlemåde og den måde, hvorpå uafhængige parter antages at forholde sig i en tilsvarende situation. Sammenligningen af kontraktvilkår er navnlig nærliggende, hvis de interesseforbundne virksomheder har indgået tilsvarende kontrakter med uafhængige

---

133. Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 113.

134. *Jonathan Bernsen*, SU 2003, 55 redegør i sin artikel for, hvorledes sådanne sammenligninger foretages i praksis ved hjælp af undersøgelser af databaser. Se også *Anders Oreby Hansen*, SU 1996, 347 og *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1.

135. Jf. OECD Guidelines 1.20-1.27 og VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 5. Se også *Jonathan Bernsen*, SU 2003, 55, der redegør for en række praktiske aspekter ved funktionsanalysen i forbindelse med undersøgelser af databaser, og *Michael Sørensen*, SpO 2001, 114, der redegører for funktionsanalysen i forbindelse med nogle praktiske erfaringer ved udarbejdelse af transfer pricing dokumentation. Se endvidere *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 114-1115, *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1998, 4, 7, *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1 og *Michael Sørensen*, SpO 1995, 270.

parter.[136] Navnlig i forholdet mellem interesseforbundne parter kan fordelingen af opgaver og ansvar som følge af en central styring af parternes forhandlingsposition være afvigende fra, hvad der er sædvanligt mellem uafhængige parter.[137]

3.1.4 Risici

Vurderingen af risici tager udgangspunkt i, hvordan de forskellige risici er fordelt mellem de interesseforbundne parter og de uafhængige parter. Der kan i den forbindelse lægges vægt på, hvilke risici der er forbundet med udsving i omkostninger ved produktionen og de indvundne priser ved salg, og hvem der bærer risikoen for tab ved investeringer i anlæg med henblik på drift, forskning og udvikling. Der kan envidere lægges vægt på risici i forbindelse med udsving i valutakurser og ændringer af renteniveauet. Forholdet til debitorerne kan også tillægges betydning tillige med spørgsmålet om, hvem der påtager sig garantiforpligtelser og produktansvar m.v.[138]

3.1.5 Økonomiske vilkår

Ved sammenligningen af de økonomiske vilkår i form af markedsvilkår m.v. tages i betragtning, at prisen for den samme vare eller tjenesteydelse kan variere fra marked til marked. En sammenligning af interesseforbundne og uafhængige parters transaktioner forudsætter derfor, at parterne optræder på samme marked, eller at der ved sammenligningen kan tages højde for forskelle på markederne. Ved vurderingen af, om markedsvilkårene er sammenlignelige, kan der efter OECD's retningslinjer lægges vægt på markedets geografiske placering, konkurrencesituationen på dette, markedets størrelse, leverandørerens og kundernes forhandlingsstyrke, omkostningerne ved produktion og distribution, parternes position som »led« på markedet, markedsandele, substituerende produkter og statslige prisreguleringer m.v.[139] Forskelle på markedsvilkårene vil, som det ses, navnlig komme til udtryk ved handel i industrilande og udviklingslande. En transaktion mellem interesseforbundne parter i et industriland kan f.eks. ikke uden videre sammenlignes med en tilsvarende transaktion mellem uafhængige parter i et udviklingsland.[140]

Ved vurderingen af de økonomiske vilkår kan der imidlertid ligeledes tages

---

136. Se hertil *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 116 og *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1.
137. Se også *Svend Erik Holm*, R&R 1996, SM 235.
138. Jf. også *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1998, 4, 7 og R&R 1997, 6, 9.
139. Jf. OECD Guidelines 3.34-3.40. Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 117-120, *Jonathan Bernsen*, SU 2003, 55 og *Svend Erik Holm*, R&R 1996, SM 235.
140. Se hertil *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1, der anvender det såkaldte

højde for, hvorledes selskaberne har anbragt deres kapital, herunder f.eks. i hvilket omfang selskabet har store tilgodehavender på debitorer, stor kredit hos kreditorer eller mange frie likvider. Stor kredit hos kreditorerne indebærer f.eks., at selskabet får en finansering af kreditor, hvilket kan berettige til, at der betales højere priser ved erhvervelse af varer eller tjenesteydelser hos denne kreditor. Store tilgodehavender hos debitorerne vil omvendt indebære, at disse finansieres af selskabet, som derfor alt andet lige kan betinge sig højere priser ved salg af varer eller tjenesteydelser til debitorerne.[141]

3.1.6 Forretningsstrategier

Formålet med at sammenligne parternes forretningsstrategier er at undersøge, i hvilket omfang faktorer som f.eks. offensiv markedsføring eller udvidelse af en virksomhed har indvirkning på priser og vilkår. En virksomhed, der forsøger at erhverve en større markedsandel, må ved fastsættelsen af sine priser og vilkår tage højde for denne strategi, hvilket kan komme til udtryk i bl.a. lavere priser på virksomhedens varer eller tjenesteydelser. Der må dog tages højde for, om virksomhedens lavere pris står i rimeligt forhold til den gevinst, som den med rette kan forventes opnået på baggrund af den valgte strategi.[142]

3.2 Engelsk ret

I engelsk ret er forholdet til OECD's retningslinjer reguleret i Sched. 28AA, para. 2. Af Sched. 28AA, para. 2(1), følger, at reglerne i bestemmelsen – med respekt af para. 8-11 – skal udlægges (construed) på en måde, som i videst muligt omfang sikrer overensstemmelse mellem på den ene side det resultat, der følger af para. 1,[143] og på den anden side det resultat, som følger af OECD modeloverenskomst artikel 9 og de hertil hørende transfer princing guidelines, forudsat at hele eller dele af denne artikel 9 er inkorporeret i en dobbeltbeskatningsaftale (double taxation arrangements),[144] som omfatter den foreliggende

---

Big Mac indeks til at beskrive, hvorledes prisen på sammenlignelige varer kan være forskellig fra land til land, idet en Big Mac i 1996 var fem gange så dyr i Danmark som i Kina.

141. Se også *Jonathan Bernsen*, SU 2003, 55 og *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1998, 4, 7.
142. Se hertil *Jonathan Bernsen*, SU 2003, 55, som diskuterer, hvordan tabsgivende sammenlignelige selskaber skal håndteres. Det konkluderes med rette af forfatteren, at selskaber, som har vedvarende tab, må ekskluderes af sammenligningen, medmindre tab kan begrundes med en henvisning til en forretningsstrategi eller lignende. Jf. også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 200-201, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 120-121, *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1 og *Michael Sørensen*, SpO 1995, 270.
143. Sched. 28AA, para 2(1)(*a*).
144. En dobbeltbeskatningsoverenskomst er i engelsk ret i hovedtræk defineret som en overens-

transaktion.[145] Der er således efter engelsk ret en direkte pligt til at tage højde for modeloverenskomstens artikel 9 og de tilhørende transfer pricing guidelines, men kun for så vidt transaktionen er omfattet af en af England indgået dobbeltbeskatningsaftale, som indeholder en artikel, der helt eller delvist svarer til artikel 9. Nogen generel pligt til at udlægge Sched. 28AA i overensstemmelse med OECD transfer pricing guidelines er der derimod ikke,[146] omend det ligesom for dansk ret antages, at de engelske transfer pricing regler også i øvrigt skal fortolkes i overensstemmelse med OECD's retningslinjer.

Dernæst findes dels en definition af, hvad der forstås ved OECD's modeloverenskomst, dels hvad der forstås ved transfer pricing guidelines. Førstnævnte begreb – OECD's modeloverenskomst (the OECD model) – er i Sched. 28AA, para 2(2), defineret som den regel, der ved vedtagelsen af Sched. 28AA var indeholdt i OECD's modeloverenskomst artikel 9,[147] eller en hvilken som helst regel af samme eller lignende ordlyd.[148] Begrebet transfer pricing guidelines (the transfer pricing guidelines) defineres dels som alle dokumenter, der på et hvilket som helst tidspunkt inden den 1/5 1998 er udgivet af OECD som en del af deres »Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations«,[149] dels som de retningslinjer, der måtte være udgivet efter denne dato, og som ved en bekendtgørelse (order) fra Finans- og Skatteministeriet (Treasury) er udpeget som en del af retningslinjerne.

3.3 Amerikansk ret

Sammenligningen af den kontrollerede transaktion med den ikke kontrollerede transaktioner er efter amerikansk ret tæt forbundet med valget af metode, idet sammenligningen er inkorporeret i den såkaldte *Best Method Rule*.

Den metode eller de metoder, der ifølge Reg. sec. 1.482-2 til og med 1.482-6 er bedst egnet til at angive armslængde-vilkår for en given transaktion, *skal*

---

komst med en fremmed stat om beskatning af personer eller selskaber, som er sat i kraft i medfør af Taxes Act s. 788. I relation til Sched. 28AA skal begrebet dobbeltbeskatningsoverenskomst forstås i overensstemmelse hermed, jf. Sched. 28 AA, para. 14(1): »... »double taxation arrangements« means arrangements having effect by virtue of section 788; ...«.

145. Sched. 28AA, para 2(1)(*b*).
146. Cfr. Moores Rowland's Yellow Tas Guide, 1998-99, s. 319: »The transfer pricing rules are to be construed so as to be consistent with the OECD transfer pricing guidelines as far as possible« og *Jan Pedersen*, SU 2002, 368.
147. Sched. 28AA, para 2(2)(*a*).
148. Sched. 28AA, para 2(2)(*b*).
149. Sched. 28AA, para 2(3)(*a*).

(must be) anvendes.[150] Dette betegnes som »The Best Method Rule«.[151] Hvis en transaktion indeholder flere elementer, f.eks. salg af varer og levering af tjenesteydelser, kan (may) flere metoder dog bringes i anvendelse, forudsat at det vil give et mere pålideligt resultat at vurdere de enkelte elementer af transaktionen hver for sig.[152]

Skattemyndighederne og skatteydere skal i alle tilfælde vælge den metode, som under hensyntagen til sagens kendsgerninger (facts) og omstændigheder (circumstances) giver det mest pålidelige (most reliable) resultat.[153] Det antages således på den ene side, at metoderne ikke er rangordnede, og at ingen metode uden videre kan anses for at give mere pålidelige resultater end nogen af de andre metoder. På den anden side kræves det ikke, at alle metoder bringes i anvendelse for en transaktion med henblik på at fastslå, hvilken metode der giver det mest pålidelige resultat. Én metode kan således anvendes, uden at de andre metoder bringes i anvendelse, men hvis anvendelsen af en anden metode efterfølgende udviser et mere pålideligt resultat, skal denne anden metode anvendes.[154]

Det forhold, at metoderne efter amerikansk ret ikke er rangordnede, afholder ikke de amerikanske myndigheder fra at være af den opfattelse, at materiale (data) baseret på resultaterne af transaktioner mellem ikke kontrollerede skatteydere giver det mest objektive (objective) grundlag for at fastslå, om en transaktion mellem kontrollerede skatteydere er sket på armslængde-vilkår. Heraf følger imidlertid ikke, at den frie markedspris-metode – der netop er baseret på materiale fra transaktioner mellem ikke kontrollerede skatteydere – altid må foretrækkes.[155] De amerikanske myndigheders opfattelse fører derimod til, at der ved valg af metode primært skal lægges vægt på to kriterier:[156]

---

150. Reg. sec. 1.482-1(b)(2)(i).
151. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129, *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 195 og SU 1993, 278 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 148.
152. Reg. sec. 1.482-1(b)(2)(ii). Jf. dog Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(i).
153. Efter amerikansk ret har skatteyderne pligt til at anvende en af de anerkendte metoder (herunder de uspecificerede metoder) ved opgørelse af priser og vilkår og skal endvidere kunne begrunde fravalget af de metoder, som ikke er anvendt. Jf. også *Claus Engelsted*, SR-Skat 1994, 465 og *Jan Pedersen*, SU 1993, 278.
154. Reg. sec. 1.482-1(c)(1). Jf. også *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 101.
155. Reg. sec. 1.482-1(c)(2). De amerikanske myndigheder anser således ikke den frie markedsprismetode for at være den *mest pålidelige*, men blot som den mest *objektive*.
156. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.

– i hvilken grad den kontrollerede transaktion kan sammenlignes med en ukontrolleret transaktion (nedenfor 3.3.1)[157] og
– kvaliteten af det materiale og de formodninger (assumptions), der anvendes ved sammenligningen (nedenfor 3.3.2).[158]

I særlige tilfælde kan det ved valget af metode også tages i betragtning

– om de resultater, som en analyse efter én metode fører frem til, stemmer overens med de resultater, som en analyse efter en anden metode fører frem til (nedenfor 3.3.3).[159]

Endelig er der i en række særlige situationer behov for at tage hensyn til specielle omstændigheder ved valget af metode, herunder f.eks. særlige strategier med hensyn til et bestemt marked (nedenfor 3.3.4).

Udgangspunktet er i alle tilfælde, at den kontrollerede transaktion skal sammenlignes med ikke kontrollerede transaktioner, der har fundet sted i samme indkomstår (nedenfor 3.3.5).

3.3.1 Graden af sammenlignelighed

Pålideligheden af en metode, der er baseret på en sammenligning med transaktioner mellem ikke kontrollerede skatteydere, er navnlig afhængig af, i hvilket omfang transaktionen mellem kontrollere skatteydere kan sammenlignes med en transaktion mellem ikke kontrollerede skatteydere. Muligheden for at sammenligne transaktionerne og dermed opnå et pålideligt resultat øges således i takt med, at forskellen på transaktionerne mindskes. Foretages der hypotetiske ændringer i transaktionerne for at øge graden af sammenlignelighed, vil antallet, omfanget og pålideligheden af de pågældende ændringer dog i sig selv kunne påvirke resultatet. Derfor vil en analyse efter den frie markedspris-metode normalt give et mere pålideligt resultat end en analyse efter de andre metoder, hvis analysen er baseret på meget sammenlignelige transaktioner mellem ikke kontrollerede skatteydere.[160]

En vurdering af, i hvilket omfang den kontrollerede og den ikke kontrollerede transaktion kan sammenlignes, må tage hensyn til alle de faktorer, som har haft

157. Reg. sec. 1.482-1(c)(2).
158. Reg. sec. 1.482-1(c)(2).
159. Reg. sec. 1.482-1(c)(2).
160. Reg. sec. 1.482-1(c)(2)(i).

eller vil kunne have haft betydning for fastsættelsen af priser og vilkår. De faktorer, der skal tages i betragtning ved sammenligningen, er bl.a.[161]

– funktioner (functions),
– kontraktretlige vilkår (contractual terms),
– risici (risks),
– økonomiske vilkår (economic conditions) og
– ejendom (property) eller tjenesteydelser (services).[162]

Nogle af disse faktorer vil selvsagt have større betydning ved anvendelse af en metode, end ved anvendelse af en anden metode, men alle faktorer skal ikke desto mindre tages i betragtning ved afgørelsen af, hvilken metode, der er den meste pålidelige.[163]

Ved vurderingen af, i hvilket omfang en kontrolleret transaktion kan sammenlignes med en ikke kontrolleret transaktion, må der for det første foretages en analyse af de *funktioner*, som udøves af de skatteydere, som er en del af henholdsvis den kontrollerede og den ikke kontrollerede transaktion.[164] I tilslutning hertil skal det også analyseres, hvilke ressourcer der bringes i anvendelse af de respektive skatteydere i tilknytning til de udøvede funktioner. Ved denne vurdering identificeres og sammenlignes således de betydningsfulde, økonomiske aktiviteter, som hver skatteyder udøver, herunder også hvilke ressourcer der bringes i anvendelse, f.eks. anlæg, maskiner og immaterielle rettigheder.[165]

De funktioner, som kan (may be) tages i betragtning, er f.eks.

– forskning (research) og udvikling (development),[166]
– produktets design (design) og ingeniørmæssige konstruktion (engineering),[167]
– fabrikation (manufacturing), produktion (production) og ingeniørmæssig forarbejdning (process engineering),[168]

161. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 189, *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 101-102 og *Michael Sørensen & Ria Falk*, TfS 1993, 254.
162. Reg. sec. 1.482-1(d)(1).
163. Reg. sec. 1.482-1(d)(1).
164. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129 og *Jan Pedersen*, SU 1993, 278.
165. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(i).
166. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(i)(A).
167. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(i)(B).
168. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(i)(C).

- produktets fabrikation (fabrication), udvinding (extraction) og montering (assembly),[169]
- indkøb (purchasing) og styring af materiel (materials management),[170]
- marketing (marketing) og distribution (distribution functions), herunder styring af inventar (inventory management), administration af produktgarantier (warranty administration) og reklame (advertising activities),[171]
- transport (transportation) og oplagring samt lagerstyring (warehousing)[172] samt
- varetagelse af tjenesteydelser vedrørende ledelse (managerial), jura (legal), revision (accounting), finans (finance), kredit (credit), opkrævning (collection), træning (training) og personale (personnel).[173]

Ved vurderingen af, i hvilket omfang en kontrolleret og en ikke kontrolleret transaktion kan sammenlignes, må der endvidere tages hensyn til de væsentligere *kontraktsretlige vilkår*, som transaktionerne er underlagt, og som har betydning for transaktionerne.[174]

Denne vurdering kan bl.a. omfatte

- det betalte (paid) eller debiterede (charged) vederlags art (form of consideration),[175]
- salgets eller købets mængde (volume),[176]
- rækkevidde (scope) og løbetid (terms) for de stillede garantier (warranties),[177]
- ret til opdateringer (updates), revisioner (revisions) eller modfikationer (modfications),[178]
- varigheden (duration) af relevante licenser (license), kontrakter (contracts) eller andre aftaler (agreements) samt ret til ophæve (termination) eller genforhandle (renegotiation) sådanne,[179]
- sideordnede transaktioner (collateral transactions) eller løbende forretninger (ongoing business relationsship) mellem køber og sælger, herunder foranstaltninger (arrangements) med henblik på at tilvejebringe (provide) underordnede (ancillary) eller subsidiære (subsidiary) tjenesteydelser,[180] samt
- udstrækning (extension) af kredit- (credit) og betalingsvilkår (payment).[181]

---

169. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(i)(D).
170. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(i)(E).
171. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(i)(F).
172. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(i)(G).
173. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(i)(H).
174. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(ii)(A). Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
175. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(ii)(A)*(1)*.
176. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(ii)(A)*(2)*.
177. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(ii)(A)*(3)*.
178. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(ii)(A)*(4)*.
179. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(ii)(A)*(5)*.
180. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(ii)(A)*(6)*.

Sammenligningen af den kontrollerede og den ikke kontrollerede transaktion vil respektere de vilkår, der fremgår af de skriftlige aftaler (kontrakter), som parterne har indgået, forudsat at vilkårene er i overensstemmelse med de underliggende transaktioners virkelige økonomiske indhold (economic substance). Ved vurderingen af, hvad der er transaktionernes virkelige økonomiske indhold, vil der blive lagt størst vægt på parternes egentlige adfærd (actual condcut) og deres respektive legale rettigheder. Er de kontraktsretlige vilkår ikke overensstemmende med den økonomiske realitet i de underliggende transaktioner, kan skattemyndighederne se bort fra de pågældende vilkår og i stedet erstatte dem med hypotetiske vilkår, som svarer til transaktionernes virkelige økonomiske indhold.[182] Bortset fra disse tilfælde vil en korrektion af vilkårene i den kontrollerede transaktion ikke finde sted. Skattemyndighederne vil således ikke til brug for sammenligningen ændre på vilkårene i den kontrollerede transaktion, således at de stemmer bedre overens med vilkårene i ikke kontrollerede transaktioner.[183]

Har parterne i den kontrollerede transaktion ikke indgået skriftlige aftaler, kan skattemyndighederne opstille en hypotetisk aftale, der svarer til, hvad der ville være indgået under hensyn til transaktionernes virkelige økonomiske indhold. Den økonomiske realitet vil også i disse tilfælde blive fastlagt med hovedvægten på parternes egentlige adfærd og respektive legale rettigheder.[184] Ved udformningen af denne hypotetiske aftale vil standarder, som almindeligvis følges inden for bestemte brancher, endvidere blive lagt til grund, forudsat at parternes adfærd er i overensstemmelse med branchens normer.[185]

En vurdering af, i hvilket omfang en kontrolleret og en ikke kontrolleret transaktion kan sammenlignes, må endvidere tage hensyn til de væsentligere *risici*, der kan have betydning for de af parterne betalte eller debiterede priser, eller som kan have betydning for, hvilken fortjeneste parterne kan opnå.[186]

---

181. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(ii)(A)*(7)*.
182. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(ii)(B)*(1)*.
183. Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(ii)(A).
184. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(ii)(B)*(2)*. En skatteyder, der producerer ved fuld kapacitet og sælger hele produktionen til et andet, kontrolleret selskab, vil andet lige blive anset for at have en hypotetisk kontrakt, hvorefter hele produktionen kan afsættes til det kontrollerede selskab uden større risiko for, at køber ikke måtte ønske eller ikke vil være i stand til at købe hele produktionen.
185. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(ii)(B)*(2)*. Hvis ikke andet er aftalt vil betaling f.eks. anses for at være forfalden til den tid og på det sted, hvor køberen modtager varerne.
186. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iii)(A). Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.

De relevante risici, som kan tages i betragtning, er bl.a.

- markedets risici (market risks), herunder udsving (fluctuations) i omkostninger (costs), efterspørgsel (demand), prisfastsættelse (pricing) og omfanget af et lager (inventory levels),[187]
- risici ved succesfulde eller mislykkedes bestræbelser med hensyn til forskning (research) eller udvikling (development),[188]
- finansielle risici, herunder udsving i valutakurser (foreign currency rates) og rentesatser (interest rates),[189]
- risici forbundet med ydelse af kredit (credit) og opkrævning (collection),[190]
- risici forbundet med garanti på produkter (product liability)[191] samt
- generelle forretningsmæssige risici, der er relateret til besiddelse af ejendom (property), anlæg (plant) og materiel (equipment).[192]

Ved afgørelsen af, hvem der bærer de nævnte risici, lægges parternes eventuelle skriftlige aftaler til grund, for så vidt det i aftalerne indeholdte om risicienes fordeling er i overensstemmelse med transaktionernes virkelige økonomiske indhold. En fordeling af risici mellem kontrollerede skatteydere, efter at udfaldet af sådanne risici er erkendt eller med rimelig sikkerhed kan fastlægges, anses ikke for at have økonomisk realitet.[193]

Ved vurderingen af transaktionens virkelige økonomiske indhold lægges der vægt på

- hvorvidt den kontrollerede skatteyderes handlemåde er overensstemmende med de risici, som skatteyderen ifølge de aftalte vilkår er pålagt, eller – hvor handlemåden ændres – om vilkårene i kontrakten er ændret i overensstemmelse hermed,[194]
- om den kontrollerede skatteyder har den finansielle kapacitet, der skal til for at dække de tab, der må påregnes som følge af de af skatteyderen påtagne risici, eller om en anden kontrolleret skatteyder som følge af aftalte armslængde-vilkår i sidste ende skal bære tabet,[195] og

187. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iii)(A)*(1)*.
188. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iii)(A)*(2)*.
189. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iii)(A)*(3)*.
190. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iii)(A)*(4)*.
191. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iii)(A)*(5)*.
192. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iii)(A)*(6)*.
193. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iii)(B).
194. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iii)(B)(*1*).
195. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iii)(B)(*2*).

– i hvilket omfang de kontrollerede skatteydere har ledelsesmæssig (managerial) eller driftsmæssig (operational) kontrol over de forretningsmæssige aktiviteter, der har direkte indflydelse på størrelsen af indtægter eller tab. Det antages således, at der i en transaktion, der foretages på armslængde-vilkår, er en vis proportionalitet mellem på den ene side påtagelse af risici og på den anden side kontrol med de aktiviteter, som afføder de pågældende risici.[196]

En sammenligning af en kontrolleret og en ikke kontrolleret transaktion må tage højde for de almindelige *økonomiske vilkår*, som vil kunne påvirke de priser, der betales eller debiteres, og som har betydning for den profit, der kan opnås i de relevante transaktioner.[197]

Disse økonomiske vilkår er bl.a.

– lighed mellem geografiske markeder (geographic markets),[198]
– den relative størrelse af hvert marked og udstrækningen af den samlede økonomiske udvikling (overall ecomonic development) på hvert marked,[199]
– markedets placering i forhold til slutbrugerne (level of the market), dvs. om der handles engros, sælges en detail osv.,[200]
– markedsandele (market shares) for de overdragne eller tilvejebragte produkter, ejendom eller tjenesteydelser,[201]
– de stedlige (location-specific) omkostninger ved produktion og distribution,[202]
– omfanget af konkurrence på hver marked i relation til de relevante produkter eller tjenesteydelser,[203]
– de generelle forhold for branchen, herunder om markedet er ved at blive indskrænket (contraction) eller er i en fase af ekspansion (expansion),[204] og
– hvilke realistiske forretningsmæssige alternativer der er til rådighed for køber og sælger.[205]

196. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iii)(B)(*3*).
197. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iv). Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
198. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iv)(A).
199. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iv)(B).
200. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iv)(C).
201. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iv)(D).
202. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iv)(E).
203. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iv)(F).
204. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iv)(G).
205. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(iv)(H).

En sammenligning af en kontrolleret og en ikke kontrolleret transaktion forudsætter endelig en evaluering af den *ejendom* eller de *tjenesteydelser*, der overdrages i forbindelse med transaktionerne.[206] Denne evaluering kan tage højde for alle de immaterielle rettigheder, som er indeholdt i overdragelsen af rørligt gods eller tjenesteydelser. Det afgøres efter Reg. sec. 1.482-4(c)(2)(iii)(B)*(1)*, i hvilket omfang de indeholdte immaterielle rettigheder kan sammenlignes. Betydningen af, at ejendom eller tjenesteydelser er ensartede, er selvsagt afhængig af, hvilken metode der anvendes ved fastlæggelsen af armslængde-priser og -vilkår.[207]

Sammenligningen af den kontrollerede og den ukontrollerede transaktion forudsætter ikke, at transaktionerne er identiske. De skal dog være tilstrækkeligt ensartede, således at en pålidelig analyse af armslængde-priser og -vilkår kan finde sted.[208] Er der væsentlige forskelle (material differences) på den kontrollerede og den ukontrollerede transaktion, skal disse udjævnes ved, at der foretages hypotetiske ændringer i de ikke kontrollerede transaktioner.[209] Sådanne ændringer kan dog alene foretages, hvor betydningen af forskellene og virkningen af ændringerne kan konstateres med en sådan grad af præcision, at ændringen vil forbedre den samlede analyse. De hypotetiske ændringer vil normalt blive foretaget i den ikke kontrollerede transaktion og skal baseres på kommerciel praksis (commercial practices), økonomiske principper (economic principles) eller statistiske analyser (statistical analyses).[210]

3.3.2 Kvaliteten af materiale og formodninger

Valget af metode er efter amerikansk ret ligeledes afhængigt af kvaliteten af det materiale og de formodninger, der lægges til grund ved analysen, herunder

– fuldkommenheden (completeness) og nøjagtigheden (accuracy) af det anvendte materiale,[211]

---

206. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
207. Reg. sec. 1.482-1(d)(3)(v).
208. Jf. også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 100.
209. Se også *Jan Pedersen*, SU 1993, 278. En væsentlig forskel antages at foreligge, hvis forskellen vil have væsentlig indflydelse på afgørelsen af, hvad der er armslængde-priser og -vilkår. I de tilfælde, hvor en væsentlig forskel ikke kan udjævnes ved hjælp af hypotetiske ændringer, kan den ukontrollerede transaktion fortsat bruges som målestok for, hvad der er armslængde-priser og -vilkår, men pålideligheden af den foretagne analyse er reduceret. Omfanget og pålideligheden af de foretagne hypotetiske ændringer vil derfor påvirke pålideligheden af hele den samlede analyse, jf. Reg. sec. 1.482-1(d)(2).
210. Reg. sec. 1.482-1(d)(2).
211. Reg. sec. 1.482-1(c)(2)(ii).

– pålideligheden af de formodninger, der er lagt til grund,[212] og
– resultaternes følsomhed (sensitivity) over for mulige mangler (deficiency) i det anvendte materiale og de formodninger, der er lagt til grund.[213]

Fuldkommenheden og *nøjagtigheden* af det anvendte materiale påvirker muligheden for at identificere og kvantificere de faktorer, som vil have betydning for resultatet efter en hvilken som helst metode. Det anvendte materiales karakter vil f.eks. have betydning for, i hvilket omfang det er muligt at identificere forskelle på en kontrolleret og en ikke kontrolleret transaktion og indirekte også for pålideligheden af de hypotetiske ændringer af transaktioner, der måtte blive foretaget for at udjævne de identificerede forskelle. En analyse vil således være mere pålidelig, jo mere fuldkomment og nøjagtigt det anvendte materiale er.[214]

Det antages i amerikansk ret, at det stort set aldrig vil være muligt at finde en transaktion mellem ikke kontrollerede skatteydere, der er identisk med en transaktion mellem kontrollerede skatteydere. I fortsættelse heraf antages ligeledes, at anvendelse af en hvilken som helst af de mulige metoder vil baseres på et antal formodninger. *Pålideligheden* af den valgte metode er derfor afhængig af, i hvilket omfang disse formodninger er velfunderede (soundness).

> Som eksempel på en velfunderet formodning nævnes ændringer af forskelle på betalingsbetingelser (payment terms). Det anføres således, at det er en rimeligt velfunderet formodning, at en ændring af betingelserne for betaling – f.eks. en forskydning i tid – vil føre til en forskel i pris, som reflekterer den værdi, det udgør at have penge til rådighed i et bestemt tidsrum. På den anden side erkendes det dog, at den nærmere fastsættelse af den værdi det måtte have, at f.eks. tidspunktet for betalingen forskydes, kræver et vist skøn over, hvad der ville være en rimelig rente i den pågældende periode.[215] Som eksempel på en formodning, der ikke er særligt velfunderet, nævnes det forhold, at anvendelsen af den residuale avancefordelings-metode (residual profit split method) kan være baseret på en formodning om, at den kapitaliserede udgift til udvikling af immaterielle rettigheder afspejler det immaterielle aktivs værdi for skatteyderne. Udgiften til at udvikle en immateriel rettighed behøver imidlertid ikke at have nogen som helst sammenhæng med dens markedsværdi.[216]

I amerikansk ret antages det, at resultaternes *følsomhed* over for mulige mangler i det anvendte materiale og de formodninger, der er lagt til grund, har større betydning for nogle metoder end for andre. Det anføres således, at pålidelighe-

212. Reg. sec. 1.482-1(c)(2)(ii).
213. Reg. sec. 1.482-1(c)(2)(ii).
214. Reg. sec. 1.482-1(c)(2)(ii)(A).
215. Reg. sec. 1.482-1(c)(2)(ii)(B).
216. Reg. sec. 1.482-1(c)(2)(ii)(B).

den af nogle metoder i høj graf afhænger af, at den ejendom eller de tjenesteydelser, den kontrollerede transaktion vedrører, i vid udstrækning kan sammenlignes med en ikke kontrolleret transaktion.[217]

> Dette er f.eks. tilfældet for den frie markedspris-metode, hvor materiale og formodninger om indholdet af både den kontrollerede og ikke kontrollerede transaktion helst ikke må have mangler. For andre metoder, som f.eks. videresalgspris-metoden (resale price method), er en analyse af de funktioner, ressourcer og risici, som bæres af hver enkelt part i den kontrollerede og den ikke kontrollerede transaktion, af afgørende betydning. Mangler i materiale eller formodninger om skatteydernes funktioner, ressourcer og risici skal derfor så vidt muligt undgås, hvis videresalgspris-metoden skal anvendes.[218] Endelig findes der andre metoder, som f.eks. avancefordelings-metoden (profit split method), hvor fastlæggelsen af erhvervets karakter og en passende fordeling af udgifter, indkomst og aktiver er af afgørende betydning for resultat. Det indsamlede materiale og de til grund lagte formodninger om disse forhold må derfor helst ikke have mangler.[219]

Eftersom metoderne lægger vægt på forskelligt materiale og forskellige formodninger, kan en metode give et mere pålideligt resultat end en anden, allerede som følge af materialets karakter.

> Mangler i materiale og formodninger om ledelsens effektivitet vil f.eks. have større betydning for den sammenlignelige avance-metode (comparable profits method) end for den frie markedspris-metode (comparable uncontrolled price method), mens mangler i materiale og formodninger om produktets karakteristika normalt vil have større betydning for den frie markedspris-metode (comparable uncontrolled price method) end for den sammenlignelige avance-metode (comparable profits method).[220]

3.3.3 Sammenligning med en anden metode

Det erkendes i amerikansk ret, som i dansk ret, at to forskellige metoder kan føre til to forskellige resultater, selvom metoderne anvendes på samme transaktioner. I mange tilfælde vil dette bero på, i hvilken grad den kontrollerede transaktion kan sammenlignes med en ukontrolleret transaktion, samt på kvaliteten af det materiale og de formodninger, der lægges til grund ved sammenligningen. Den mest pålidelige metode vil derfor skulle findes i overensstemmelse med det ovenfor 3.3.1 og 3.3.2 anførte.

Hvis sammenligningen af transaktionerne og en vurdering af kvaliteten af det

---

217. Reg. sec. 1.482-1(c)(2)(ii)(C).
218. Reg. sec. 1.482-1(c)(2)(ii)(C).
219. Reg. sec. 1.482-1(c)(2)(ii)(C).
220. Reg. sec. 1.482-1(c)(2)(ii)(C).

anvendte materiale og formodninger ikke klart udpeger en metode som den mest pålidelige, skal der i stedet foretages en sammenligning med en tredje metode. Dette vil f.eks. være tilfældet, når de interesseforbundne parter har valgt én metode, skattemyndighederne en anden, og det ikke ud fra ovenstående kan konkluderes, hvilken metode der giver det bedste resultat.[221] Ved denne sammenligning undersøges det, hvilken af de to førstnævnte metoder der giver et overensstemmende resultat med den tredje metode, dvs. fører til lignende armslængde-vilkår. Giver den ene af de to førstnævnte metoder samme resultat som den tredje metode, anses disse to metoder for at være bedre egnede end den metode, som ikke giver ensartede resultater.[222]

3.3.4 Særlige omstændigheder

Ved sammenligningen af en kontrolleret transaktion med en ikke kontrolleret transaktion må der tages højde for, at særlige omstændigheder kan føre til, at der handles til priser og på vilkår, som ikke sædvanligvis vil blive anset for at være foretaget efter armslængde-princippet.[223]

Dette er for det første tilfældet, når skatteydere tager en særlig strategi i brug med henblik på at komme ind på et nyt marked eller udvide andelen på et eksisterende marked; en såkaldt markedsandel-strategi (market share strategy). En sådan strategi vil give sig udtryk i øgede udgifter til udvikling af markedet, f.eks. til reklame, eller i midlertidigt lavere priser på produkterne end priserne på sammenlignelige produkter. Ved sammenligningen med en ikke kontrolleret transaktion, som foregår under normale omstændigheder, dvs. uden brug af en særlig markedsandel strategi, kan de aftalte priser og vilkår i den kontrollerede transaktion derfor afvige betydeligt, alt afhængigt af hvilket af de kontrollerede selskaber der bærer omkostningerne i forbindelse med strategien.[224] Der kan imidlertid tages højde for strategien, således at handel på priser og vilkår i overensstemmelse med strategien anses for at være sket på armslængde-vilkår. Strategien vil imidlertid kun blive tillagt betydning, hvis det kan dokumenteres at en ikke kontrolleret skatteyder ville have valgt en sammenlignelig strategi under sammenlignelige omstændigheder i en sammenlignelig periode.[225]

Det skal endvidere dokumenteres,

– at omkostningerne ved strategien bæres af den kontrollerede skatteyder, som vil opnå

221. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
222. Reg. sec. 1.482-1(c)(2)(iii).
223. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
224. Reg. sec. 1.482-1(d)(4)(i).
225. Reg. sec. 1.482-1(d)(4)(i).

den fremtidige fortjeneste som følge af strategien, og at det er rimeligt sandsynligt, at strategien fremtidigt vil føre til fortjenester, som står i rimeligt forhold til de omkostninger, strategien medfører,[226]

– at strategien alene forfølges i en periode, som er rimelig under hensyn til det omhandlede erhverv og produkt,[227] og
– at strategien, omkostningerne, den forventede fortjeneste samt enhver aftale mellem de kontrollerede skatteydere om fordeling af omkostningerne var fastlagt, inden strategien blev ført ud i livet.[228]

Det anføres for det andet, at den ikke kontrollerede transaktion normalt skal stamme fra det samme geografiske marked,[229] som den kontrollerede transaktion vedrører. Årsagen hertil er, at der kan være betydelige forskellige i de økonomiske forhold på to geografisk forskelligt placerede markeder. Hvis det ikke er muligt at finde en ikke kontrolleret transaktion på samme marked, kan en ikke kontrolleret transaktion fra et andet marked dog anvendes, forudsat at den korrigeres for de økonomiske forskelle på markederne. Er det ikke muligt at indsamle tilstrækkelig information til at korrigere for disse forskelle, kan der i stedet hentes informationer fra ikke kontrollerede transaktioner på andre lignende markeder, forudsat at disse informationer korrigeres med henblik på de herved yderligere opståede forskelle.[230]

Foregår den kontrollerede og den ikke kontrollerede transaktion på hvert sit marked, kan det være nødvendigt at korrigere for væsentligere forskelle på de omkostninger, der er forbundet med at operere på markederne. Disse korrektioner skal tage udgangspunkt i den betydning, sådanne forskelle vil have på det betalte eller debiterede vederlag i den kontrollerede transaktion på baggrund af den relative konkurrencemæssige situation, som køber og sælger har på hvert marked. Det forhold, at en kontrolleret skatteyders totale omkostninger ved at operere på et marked er lavere end omkostningerne ved at operere på andre markeder, berettiger derfor alene til en højere avance, hvis forskellen i omkostninger også ville forøge avancen i sammenlignelige ukontrollerede transaktioner, der foretages på armslængde-vilkår.

---

226. Reg. sec. 1.482-1(d)(4)(i)(A). Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 201.
227. Reg. sec. 1.482-1(d)(4)(i)(B). Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 201.
228. Reg. sec. 1.482-1(d)(4)(i)(C). Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 201.
229. Et geografisk marked er et område, hvor de økonomiske forhold for det relevante produkt eller den relevante tjenesteydelse i det store og hele er ens, og kan derfor omfatte flere lande eller kun en del af et land, alt afhængigt af de økonomiske forhold, jf. reg. sec. 1.482-1(d)(4)(ii)(A).
230. Reg. sec. 1.482-1(d)(4)(ii)(A). Det anerkendes dog, at sådanne afledte og indirekte sammenligninger kan påvirke pålideligheden af den valgte metode.

> Den lavere omkostning ved f.eks. at producere varer på et billigt marked kan således ikke vilkårligt tillægges det ene eller andet af de kontrollerede selskaber, men skal i stedet fordeles i overensstemmelse med, hvorledes fordelingen ville blive foretaget mellem en producent og en aftager, der ikke er kontrollerede.[231]

Det er for det tredje og sidste i amerikansk ret antaget, at en ikke kontrolleret transaktion normalt ikke er sket på armslængde-vilkår – og derfor ikke kan indgå i en sammenligning – hvis transaktionen

- ikke er sket som et normalt led i en handelsvirksomhed[232] eller
- har som et af sine hovedformål at etablere et armslængde-resultat som skal anvendes i en sammenligning med en kontrolleret transaktion.[233]

3.3.5 Tidspunktet for sammenligning

Der skal som udgangspunkt foretages en sammenligning af kontrollerede og ikke kontrollerede transaktioner, som har fundet sted i samme indkomstår.[234] Der kan dog efter omstændighederne tillige lægges vægt på andre kontrollerede transaktioner og andre ikke kontrollerede transaktioner, som har fundet sted i andre indkomstår, hvad enten disse indkomstår ligger forud for eller efter de indkomstår, hvor den omhandlede kontrollerede transaktion har fundet sted.[235] I tilfælde af, at der anvendes ikke kontrollerede transaktioner fra andre indkomstår end det år, hvor den kontrollerede transaktion har fundet sted, skal der dog tages hensyn til andre kontrollerede transaktioner fra samme indkomstår, som de ikke kontrollerede transaktioner vedrører. Er der ikke oplysninger om sådanne kontrollerede transaktioner, kan kontrollerede transaktioner fra andre indkomstår tages i betragtning, forudsat at oplysningerne om disse er pålidelige, og disse kan ændres i overensstemmelse med reg. sec. 1.482-1(d)(2) for at udjævne eventuelle forskelle.[236]

> Ved vurderingen af, om det er berettiget at inddrage materiale fra ikke kontrollerede transaktioner, der ikke er foretaget i samme indkomstår som den kontrollerede transaktion, kan der lægges vægt på
>
> - i hvilket omfang der foreligger komplette og præcise oplysninger om ikke kontrollerede transaktioner foretaget i samme indkomstår,[237]

---

231. Reg. sec. 1.482-1(d)(4)(ii)(C).
232. Reg. sec. 1.482-1(d)(4)(iii)(A)*(1)*.
233. Reg. sec. 1.482-1(d)(4)(iii)(A)*(2)*.
234. Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(iii)(A).
235. Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(iii)(A).
236. Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(iii)(A).
237. Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(iii)(B).

- betydningen af en eventuel forretningscyklus inden for den kontrollerede skatteyders erhvervsgren,[238] og
- betydningen af en eventuel livscyklus for det produkt eller det immaterielle gode, som den kontrollerede transaktion vedrører.[239]

Når der inddrages materiale fra andre indkomstår end det indkomstår, hvor den kontrollerede transaktion har fundet sted, kan det først og fremmest anvendes til at undersøge, om de økonomiske tilstande, der førte til de aftalte priser og vilkår for den kontrollerede transaktion, har haft en lignende betydning for ikke kontrollerede transaktioner i en sammenlignelig periode. Det antages således, at det ultimative formål for skatteydere, der indgår i en ikke kontrolleret transaktion, er at opnå en fortjeneste. Vedvarende tab for en skatteyder i en ikke kontrolleret transaktion er derfor en indikation for, at transaktionen ikke er sket på armslængde-vilkår. Såfremt en kontrolleret skatteyder gør gældende, at det lidte tab ligger inden for det armslængde-interval, som skattemyndighederne må acceptere, kan de derfor inddrage materiale fra ikke kontrollerede transaktioner fra andre indkomstår for at undersøge, om dette er tilfældet.[240]

> Har skatteyderen i den kontrollerede transaktion f.eks. lidt et tab 5 år i træk, mens ikke kontrollerede skatteydere kun har lidt et tab i ét ud af de fem indkomstår – og samlet set har opnået en fortjeneste – kan de almindelige økonomiske tilstande således ikke tages til indtægt for, at den kontrollerede transaktion er sket på armslængde-vilkår.[241]

Undersøgelse af ikke kontrollerede transaktioner fra andre indkomstår kan for det andet have betydning ved fastlæggelse af armslængde-intervallet. En kontrolleret skatteyders gennemsnitlige indkomst som følge af kontrollerede transaktioner i en periode på flere år kan således sammenlignes med den gennemsnitlige indkomst for en ikke kontrolleret skatteyder, der har indgået lignende transaktioner på armslængde-vilkår i samme periode. Ved en sådan sammenligning kan forskelle på en kontrolleret og en ikke kontrolleret transaktion i et givet indkomstår, som ikke er relateret til transfer pricing, udjævnes. I stedet for at korrigere den kontrollerede skatteyders indkomst ud fra en sammenligning med ikke kontrollerede skatteyders indkomst ved lignende transaktioner i samme indkomstår korrigeres den kontrollerede skatteyders indkomst på baggrund af de opnåede gennemsnitlige indkomster i de ikke kontrollerede transaktioner. Hvis

238. Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(iii)(B).
239. Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(iii)(B).
240. Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(iii)(C).
241. Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(iii)(E).

den kontrollerede skatteyders gennemsnitlige indkomst ikke ligger inden for det fastsatte armslængde-interval, kan den ændres. Denne ændring foretages normalt således, at resultatet af den kontrollerede skatteyders transaktion for det omhandlede indkomstår ændres til det såkaldte midtpunkt for den ukontrollerede transaktions resultater i samme indkomstår.

Dette midtpunkt vil være medianen af resultater for det pågældende indkomstår, hvis den mellemkvadrerede metode anvendes til at fastlægge armslængde-intervallet for de ikke kontrollerede transaktioner.[242] I alle andre tilfælde vil midtpunktet være gennemsnittet for alle de ikke kontrollerede transaktioner for samme indkomstår. En ændring vil dog kun blive foretaget, hvis den kontrollerede skatteyderes gennemsnitlige resultater for de pågældende indkomstår derved rykker tættere på gennemsnittet for de ikke kontrollerede transaktioner for samme periode. Ved udregningen af gennemsnittet for de kontrollerede transaktioner tages alene højde for ændringer i tidligere års indkomstopgørelse i medfør af s. 482, såfremt disse ændringer er endelige.[243]

4. Priser og vilkår

4.1 Dansk ret

Reglerne om transfer pricing forudsætter som nævnt, at der er gennemført en sammenligning af de interesseforbundne parters transaktioner og de uafhængige parters transaktioner. Først når denne sammenligning er foretaget, kan det undersøges, om parternes priser og vilkår for handelsmæssige og økonomiske transaktioner er i overensstemmelse med armslængde-princippet.

I OECD's retningslinjer gennemgås en række metoder, som skattemyndigheder og skatteydere anbefales at anvende ved fastsættelsen af armslængde-vilkårene.[244] I retningslinjernes kapitel II beskrives de »traditionelle transaktionsbaserede metoder«, herunder

– den frie markedspris-metode (nedenfor 4.1.1),
– videresalgspris-metoden (nedenfor 4.1.2) og
– kostpris plus avance-metoden (nedenfor 4.1.3).

Metoderne tager alle udgangspunkt i de aftalte priser og vilkår vedrørende den transaktion, som korrektionen vedrører. Bruttoresultatet af den foreliggende

242. Se herom nedenfor 4.3.8.
243. Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(iii)(D).
244. Metoderne beskrives også i LV 2004-1 S.I.2.7.2.

transaktion sammenlignes således med bruttoresultatet fra sammenlignelige transaktioner.[245]

I retningslinjernes kapitel III beskrives de »transaktionsbestemte avance metoder«,[246] herunder

– avancefordelings-metoden (nedenfor 4.1.4) og
– den transaktionsbestemte nettoavance-metode (nedenfor 4.1.5).

Disse metoder sammenligner ikke den foretagne transaktion med en sammenlignelig transaktion med uafhængige parter. Til gengæld undersøges det med udgangspunkt i disse metoder, om virksomhedens samlede nettoresultat svarer til sammenlignelige virksomheders nettoresultat.[247]

De traditionelle transaktionsbaserede metoder vil som hovedregel blive anvendt ved fastlæggelsen af, om en transaktion er i overensstemmelse med armslængde-princippet. I særlige tilfælde kan det dog være endog meget vanskeligt at anvende de traditionelle metoder. Det er f.eks. tilfældet, hvor en koncern fremstiller – og indbyrdes handler – et produkt, som er unikt for koncernen. Handles produktet udelukkende mellem selskaberne i koncernen, og kan det ikke sammenlignes med andre produkter, må man derfor efter omstændighederne anvende de transaktionsbestemte avance-metoder. Det understreges dog i retningslinjerne, at ingen metode har forrang frem for andre metoder, og at det i alle tilfælde ud fra de foreliggende oplysninger må vurderes, hvilken metode der er den bedst egnede.[248]

OECD's metoder til vurdering af pris og vilkår vil kun undtagelsesvis fastsætte én bestemt pris for én bestemt transaktion. Det er derfor anerkendt, at forskellige priser kan forekomme ved anvendelse af den samme metode eller ved anvendelse af forskellige, ligeværdige metoder. De uafhængige parters priser og vilkår må som følge heraf fastsættes som et interval, der betegnes som armslængde-intervallet.[249] En aftalt pris mellem interesseforbundne parter, der ligger inden for dette interval, skal ikke korrigeres.[250]

---

245. Jf. også *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1.
246. Af *Michael Sørensen*, SpO 1995, 270 betegnet som »de transaktionsbestemte profitmetoder«.
247. Jf. også *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1.
248. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 194-195, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 147-149 og *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 97.
249. Se hertil *Jan Pedersen*, Transfer Pricing, s. 191-192, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 130-132 og *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 97.
250. Jf. LV 2004 – 1 S.I.2.7.1: »Transfer pricing er ikke en eksakt videnskab, og anvendelsen af den

Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 125-133, der så vidt ses vil anvende CIR nr. 185 af 17/11 1982 ved udmålingen af armslængde-priser og -vilkår, mens OECD's retningslinier ifølge forfatteren alene »bør anvendes i hvert fald ved afdækningen af armslængdevilkårene i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner«.[251]

4.1.1 Den frie markedspris-metode

Ved den frie markedspris-metode[252] sammenlignes prisen på de interesseforbundne parters varer og tjenesteydelser med prisen på uafhængige parters varer og tjenesteydelser.[253] Anvendelsen af denne metode forudsætter mere end nogen af de andre metoder, at de interesseforbundne og uafhængige parters transaktioner kan sammenlignes, herunder at der foretages en sammenligning af de udvekslede varer og tjenesteydelser, en funktionsanalyse, en sammenligning af kontraktvilkårene, en sammenligning af markedsvilkårene m.v. og en sammenligning af forretningsstrategier.[254] I det omfang en sammenligning ikke er mulig, må der så vidt muligt foretages reguleringer for at eliminere de konstaterede forskelle.[255]

Den frie markedspris-metode er mest anvendelig ved handel med globale varer, f.eks. olie, kul, ædelmetaller og andre råvarer som f.eks. kaffe, kakao, sukker, orangejuice, uld, bomuld, palmeolie og gummi, der noteres på officielle børser.[256] Bortset fra sådanne standard-

---

mest hensigtsmæssige metode eller de mest hensigtsmæssige metoder kan føre til fastsættelse af et interval for armslængdeprisen. Armslængdeprisen er således ikke nødvendigvis en eksakt pris, men kan ligge indenfor et afgrænset interval af priser, indenfor hvilket der ikke foretages korrektion. Falder prisen derimod udenfor dette prisinterval, bør en korrektion af prisfastsættelsen ske til det punkt i intervallet, der bedst reflekterer den foreliggende transaktions betingelser. Med henblik på at opnå en fuldstændig forståelse af de forhold, der omgiver den interne transaktion, kan det være hensigtsmæssigt, at der anvendes data fra en flerårig periode. Dette gælder såvel data fra tidligere år, som data for efterfølgende år«. Jan Pedersen, Transfer Pricing, s. 191, anfører derimod, at korrektionen i almindelighed bør foretages med udgangspunkt i de gennemsnitstal, der kan udledes af armslængde-intervallet.

251. Forfatteren synes herved at overse fællesskabsrettens diskriminationsforbud.
252. Comparable Uncontrolled Price method, eller CUP-metoden.
253. Se også VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 5. *Jan Pedersen*, Transfer Pricing, s. 196-199 og Skatteudnyttelse, s. 330-331, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 370, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 449, *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 234, *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 97-98, *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 75, Skat, december 2001, s. 64 og *Flemming Heegaard*, SU 1993, 359.
254. Se nærmere ovenfor 3.1. Jf. også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 150.
255. Jf. LV 2004-1 S.I.2.7.2.1.
256. Se hertil LV 2004-1 S.I.2.7.2.1: »Den fri markedsprismetode er den mest direkte metode og bør anvendes i alle tilfælde, hvor der foreligger tilstrækkeligt sammenlignelige produkter«.

varer kan metoden anvendes for andre produkter, som er sammenlignelige med frit handlede produkter, eller for produkter, som også sælges til uafhængige parter.[257] Metoden anvendes også for koncerninterne tjenesteydelser og ved udnyttelse af immaterielle rettigheder.[258]

Metoden har i dansk ret f.eks. fundet anvendelse i sagerne LSRM 1979, 191, LSRM 1983, 5, TfS 1988, 292 H, TfS 2002, 494 LSR, TfS 2002, 824 LSR, TfS 2003, 290 LSR, TfS 2003, 584 LSR, TfS 2003, 842 LSR og TfS 2004, 97 Ø.[259]

4.1.2 Videresalgspris-metoden

Videresalgspris-metoden[260] tager udgangspunkt i, hvad der betales ved videresalg af en vare eller tjenesteydelse – som oprindeligt er købt af en interesseforbundet fysisk eller juridisk person – til en uafhængig part. Den pris, som er betalt for varen eller tjenesteydelsen ved videresalget, reduceres herefter med en rimelige bruttoavance. Efter fradrag af bruttoavancen fremkommer den pris, som der burde være betalt i forbindelse med den oprindelige overførsel, dvs. armslængde-prisen.[261]

Anvendelse af videresalgspris-metoden forudsætter, at der kan fastsættes en »rimelig« bruttoavance. Denne avance må som udgangspunkt opgøres til det beløb, der er sædvanligt inden for branchen ved en sammenligning med uafhængige parters transkationer. Der må imidlertid reguleres for, hvilke funktioner selskaberne udfører (funktionsanalysen), og for kontraktvilkårene. Prisen må endvidere reguleres, i det omfang den fysiske eller juridiske person, som har videresolgt varen, har forarbejdet produktet.

Metoden anvendes som oftest på handel af råvarer m.v. mellem f.eks. grossister, som alene skal have dækket nogle faste omkostninger i forbindelse med videresalget.[262] Metoden anvendes endvidere i det sidste koncerninterne omsætningsled, herunder navnlig ved fast-

---

257. Jf. også *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1997, 6, 9.
258. Jf. henholdsvis *Anders Oreby Hansen*, SU 1996, 347 og *Ulrik Fleischer-Michaelsen*, SU 1996, 348 samt *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 149.
259. Se nedenfor 5. Se også TfS 1990, 298 LSR og TfS 1987, 177 LSR.
260. Resale Price method, eller RPM-metoden.
261. Se også VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 5, *Jan Pedersen*, Transfer Pricing, s. 202 og Skatteudnyttelse, s. 331, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 370, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 449, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 150-152, *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 234, *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 98, *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 76, Skat, december 2001, s. 64 og *Flemming Heegaard*, SU 1993, 359.
262. Se hertil LV 2004-1 S.I.2.7.2.2: »Videresalgsprisen findes lettest, hvor produktet ikke ændres

sættelse af provisionssatser eller avanceprocenter for salgsselskaber m.v.[263] Endelig anvendes metoden i visse tilfælde ved udnyttelse af immaterielle rettigheder.[264]

En metode svarende til videresalgspris-metoden blev anvendt af Landsskatteretten i TfS 1988, 524 LSR.[265]

4.1.3 Kostpris plus avance-metoden

Kostpris plus avance-metoden[266] tager udgangspunkt i de omkostninger, som en fysisk eller juridisk person afholder i forbindelse med varer eller tjenesteydelser, der er overført til en interesseforbundet part. Til disse omkostninger lægges en rimelig bruttoavance, og det herved fremkomne beløb betegnes som armslængde-prisen.[267]

Opgørelsen af den rimelige bruttoavance kan tage udgangspunkt i den avance, som virksomheden ville have opnået ved salg til uafhængig tredjemand. Hvis virksomheden ikke sælger til uafhængige parter, må bruttoavancen opgøres i overensstemmelse med, hvad der er sædvane inden for branchen ved en sammenligning med transaktioner mellem uafhængige parter. Kostpris plus avance-metoden forudsætter, at virksomhedens omkostninger skal opgøres. En funktionsanalyse af virksomheden er derfor påkrævet, men kan i praksis give problemer, idet beregningen af omkostninger kan ske på forskellig vis.

Kostpris plus avance-metoden kan særligt anvendes, hvis de interesseforbundne parter handler halvfabrikata, eller hvor parterne har indgået integrerede produktionsaftaler eller langfristede købs- og salgsaftaler.[268] Metoden kan endvidere anvendes, hvor der handles med serviceydelser.[269]

---

væsentligt forinden eller i forbindelse med videresalg«. Jf. også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 152.

263. Se nedenfor 5. Jf. også *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1997, 6, 9.
264. Jf. *Ulrik Fleischer-Michaelsen*, SU 1996, 348.
265. Ligeledes *Flemming Heegaard*, SU 1993, 359. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 226.
266. Cost Plus method, eller CP-metoden.
267. Se også VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 5, *Jan Pedersen*, Transfer Pricing, s. 203 og Skatteudnyttelse, s. 331-332, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 370, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 449, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 152-154, *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 234-235, *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 98, *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 76 og Skat, december 2001, s. 65 og *Flemming Heegaard*, SU 1993, 359.
268. Dette gælder dog ikke i det omfang, de handlede varer er så unikke, at en sammenligning ikke kan foretages.
269. Som teksten LV 2004-1 S.I.2.7.2.3. Se også *Anders Oreby Hansen*, SU 1996, 347 og *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1997, 6, 9. *Peter S. Andersen*, SU 2003, 318, omtaler anvendel-

En metode svarende til kostpris plus avance-metoden blev anvendt i sagen LSRM 1983, 90.

4.1.4 Avancefordelings-metoden

Avancefordelings-metoden[270] er – ligesom den transaktionsbestemte nettoavance-metode – en transaktionsbestemt avance metode. De ovenfor nævnte traditionelle transaktionsbaserede metoder[271] foretrækkes som oftest frem for de transaktionsbestemte avance metoder, fordi de giver en mere direkte opgørelse af armslængde-vilkår. Efter OECD's »Best Method«-regel skal man dog anvende den metode, der anses for den mest relevante i det konkrete tilfælde.[272]

Ved anvendelse af avancefordelings-metoden opgøres først det samlede nettoresultat, som hidrører fra de interesseforbundne parters interne transaktioner. Derefter fordeles nettoresultatet på de omhandlede parter.[273] Fordelingen tager udgangspunkt i en analyse af, hvilke funktioner den enkelte part har bidraget med.[274] I praksis anvendes enten en bidrags- eller residualanalyse. Efter *bidragsanalysen* fordeles nettoresultatet på baggrund af den relative værdi af de funktioner, som parterne har bidraget med. Denne metode kan imidlertid kun med vanskelighed anvendes, hvor transaktionerne omfatter immaterielle rettigheder. Efter *residualanalysen* kan man derfor i stedet fordele den del af nettoresultatet, som svarer til et normalt resultat for de omhandlede transaktioner, på hver af

---

sen af kostpris plus avance-metoden i forhold til koncerner, der centraliserer indkøbsfunktionen.

270. Profit Split method, eller PS-metoden.
271. Den frie markedspris-metode, videresalgspris-metoden og kostpris plus avance-metoden.
272. Jf. *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 194, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 450, *Søren Næsborg Jensen*, EU-Selskabsskatteret, s. 352, *Michael Sørensen*, SpO 2001, 114 og *Flemming Heegaard*, SU 1993, 359. Se hertil LV 2004-1 S.I.2.7.2.4: »Ovennævnte metoder er at foretrække til fastsættelsen af armslængdepriser og -vilkår. Praksis har imidlertid vist, at det kun sjældent er muligt at tilfredsstille kravene til sammenlignelighed efter OECD's foretrukne metode, den fri markedsprismetode. Har virksomheden ikke sammenlignelige transaktioner med uafhængige virksomheder, er det endvidere ofte ikke muligt at tilvejebringe de fornødne data på bruttoavanceniveau til at foretage en sammenlignelighedsanalyse efter videresalgsprismetoden eller kostpris plus avancemetoden. Desuden kan kompleksiteten i erhvervslivet medføre, at anvendelse af de traditionelle metoder er forbundet med så stor usikkerhed, at de ikke kan anvendes alene eller slet ikke kan anvendes. I disse tilfælde bør det overvejes at anvende en af nedenstående metoder«.
273. Se også VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 5, *Jan Pedersen*, Transfer Pricing, s. 211-213, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 370, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 155-157, *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 232, note 28, *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 99, *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 76-77 og Skat, december 2001, s. 65-66.
274. Se hertil *Michael Sørensen*, SpO 1995, 270.

parterne. Et overskydende nettoresultat fordeles mellem de interesseforbundne parter efter en vurdering, som tager udgangspunkt i den fordeling, uafhængige parter ville have aftalt.[275]

> Metoden anvendes ofte som supplement til andre metoder med henblik på at vurdere, hvorvidt de fastsatte priser og vilkår giver en rimeligt resultat for transaktionens parter,[276] men kan også anvendes ved salg af varer og tjenesteydelser m.v., når transaktionens parter begge gør brug af værdifulde immaterielle aktiver.[277]

4.1.5 Den transaktionsbestemte nettoavance-metode

Den transaktionsbestemte nettoavance-metode[278] sammenligner den nettofortjeneste, der er opnået ved en transaktion med en interesseforbunden part, med den nettofortjeneste, som ville være realiseret ved en tilsvarende transaktion med en uafhængig part. I bedste fald kan nettofortjenesten fastsættes på baggrund af de fortjenester, som er opnået ved tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Hvis dette er umuligt, må en uafhængig virksomheds nettofortjeneste ved sammenlignelige transaktioner anvendes som vejledning.[279] Metoden kræver derfor, at der forinden er gennemført en meget grundig sammenligning, hvilket ofte er vanskeligt. Den anvendes derfor for det meste som supplement til de øvrige metoder.[280] Metoden er i alt væsentligt identisk med den amerikanske comparable profits method (CPM-metoden), selvom denne er blevet kritiseret af OECD for ikke at være i overensstemmelse med armslængde-princippet.[281]

En metode svarende til den her omtalte er anvendt i sagerne LSRM 1981, 14 og TfS 1987, 60 Ø.[282]

---

275. Se også LV 2004-1 S.I.2.7.2.5. og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 156.
276. Jf. *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1997, 6, 9.
277. Jf. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 155.
278. Transactional Net Margin method, eller TNM-metoden.
279. Se endvidere VEJ 2000 – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner og oplysningspligt, pkt. 5, *Jan Pedersen*, Transfer Pricing, s. 213-215, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 370-371, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 450, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 158-162, *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 232, note 28, *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 99-100, *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 77 og Skat, december 2001, s. 66.
280. Jf. *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1997, 6, 9.
281. Jf. *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1 samt *Michael Sørensen*, SpO 1995, 270. Metoden kom først ind i OECD's Guidelines efter høringen i 1994.
282. Se nedenfor 5.

4.1.6 Andre metoder og Global Formulary Apportionment

De tre traditionelle transaktionsbaserede metoder og de to transaktionsbestemte avance metoder er ikke de eneste måder, hvorefter pris og vilkår kan vurderes. Andre metoder kan efter OECD's retningslinjer også anvendes, men kun for så vidt de er i overensstemmelse med armslængde-princippet. I retningslinjerne afvises derfor anvendelse af den såkaldte »Global Formulary Apportionment«, hvorefter fortjenesten i en koncern fordeles mellem de interesseforbundne virksomheder i de forskellige lande efter en forudbestemt og fast formel.[283]

En indirekte metode svarende til »Global Formulary Apportionment« accepteres dog, hvis den sædvanligvis har været benyttet, og hvis resultatet med rimelighed kan siges at være i overensstemmelse med armslængde-princippet. Efter dansk ret fastsættes indkomsten for udenlandske forsikringsselskaber, der driver forsikringsvirksomhed her i landet, til den del af selskabets samlede indkomst, opgjort efter skattelovgivningens almindelige regler, som efter forholdet mellem dets brutto-præmieindtægt her i landet og dets samlede brutto-præmieindtægt falder på brutto-præmieindtægten her i landet, jf. SEL § 12, stk. 1, 1. pkt. Hvor særlige forhold gør sig gældende, kan skatteministeren efter indstilling fra Ligningsrådet tillade en anden opgørelsesmåde anvendt, jf. SEL § 12, stk. 1, 2. pkt. Se endvidere TfS 1984, 204 og TfS 1984, 209.

4.2 Engelsk ret

4.2.1 Metoderne

Kravet om, at en transaktion skal være indgået på armslængde-vilkår, fremgår af Sched. 28AA, para. 1(2). Hvis de faktiske vilkår (the actual provision) adskiller sig fra de vilkår, der ville være aftalt eller pålagt ved en transaktion mellem uafhængige parter (the arms length provision),[284] og hvis en eller begge af de berørte skattesubjekter herved opnår en skattemæssig fordel i forhold til den engelske beskatning,[285] skal fortjenesten[286] eller tabet[287] (profits and losses) som følge af transaktionen opgøres i overensstemmelse med, hvad der ville være

283. Som teksten LV 2004-1 S.I.2.7.4. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 217-218, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 371, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 162, *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 232, note 28, *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 77, *Michael Sørensen*, SpO 1995, 270 og *Michael Sørensen & Ria Falk*, TfS 1993, 254.
284. Sched. 28AA, para. 1(2)(*a*).
285. Sched. 28AA, para. 1(2)(*b*). Hvad enten fordelen er den samme for begge skattesubjekter eller ej.
286. Det engelsk ord »profit« omfatter indkomst, jf. Sched. 28AA, para. 14(1).
287. Betegnelsen »tab« omfatter ikke alene det, der traditionelt forstås ved tab, men tillige beløb, der

sket, såfremt vilkåret var aftalt eller pålagt på armslængde-vilkår, jf. Sched. 28AA, para. 1(2).

Ved vurderingen af, om et vilkår er aftalt eller pålagt på armslængde-vilkår, tages der også hensyn til, om uafhængige parter overhovedet ville have aftalt eller fået pålæg om det omhandlede vilkår. En transaktion er derfor ikke indgået på armslængde-vilkår, hvis vilkåret ikke ville have været aftalt eller pålagt i forholdet mellem to uafhængige skattesubjekter, jf. Sched. 28AA, para. 1(3).[288]

Der findes ikke i Sched. 28AA nogen opregning eller angivelse af de metoder, som skal anvendes ved fastsættelsen af armslængde-priser og -vilkår. Dette beror som ovenfor nævnt på, at Sched. 28AA i vidt omfang skal udlægges på den måde, at den er i overensstemmelse med OECD's transfer pricing guidelines.[289] Det må derfor antages, at de engelske myndigheder i vid udstrækning vil gøre brug af de metoder, som anbefales i OECD's retningslinjer.[290]

4.2.2 Fordel i relation til den engelske beskatning

De engelske regler om transfer pricing finder ikke anvendelse, alene fordi en transaktion ikke er sket på armslængde-vilkår. Det kræves også, at det ene eller begge skattesubjekter som følge heraf har opnået en fordel i relation til den engelske beskatning. Definitionen af, hvad der forstås ved en sådan skattemæssig fordel, findes i Sched. 28AA, para. 5.

Udgangspunktet er herefter, at et skattesubjekt som følge af transfer pricing har opnået en skattemæssig fordel i relation til den engelske beskatning, når de faktiske vilkår adskiller sig på en sådan måde fra de vilkår, der ville være aftalt eller pålagt ved en transaktion mellem uafhængige parter, at

- et mindre beløb (som kan være nul) medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for et hvilket som helst indkomstår,[291] eller
- et større beløb fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for et hvilket som helst indkomstår (eller et hvilket som helst beløb i tilfælde af, at der ikke havde været noget tab ved en transaktion på armslængde-priser og -vilkår).[292]

Uanset ovenstående anses transaktionen dog ikke for at indebære en skattemæs-

---

kan fradrages i medfør af Taxes Act s. 75(3), s. 468(5) og Part X samt Finance Act 1996 s. 8, Sched. 8 og Sched. 11(4), jf. Taxes Act Sched. 28AA, para. 14(1)(*a*)-(*d*).

288. Den definition af armslængde-vilkåret, der findes i para. 1(2) og 1(3), finder anvendelse for hele Sched. 28AA, jf. Sched. 28AA, para. 14(1).
289. Se ovenfor 3.2.
290. Se om disse ovenfor 4.1.
291. Sched. 28AA, para. 5(1)(*a*).
292. Sched. 28AA, para. 5(1)(*b*).

sig fordel set i forhold til engelsk ret, hvis begge de personer, som transaktionen omfatter, opfylder en række betingelser (conditions), jf. hertil Sched. 28AA, para. 5(3)-(5), jf. para. 5(2)(*a*), samt Sched. 28AA, para 5(6), jf. para. 5(2)(*b*).

Den første betingelse, jf. Sched. 28AA, para 5(3), er opfyldt,

– når begge personer er skattepligtige af de overskud, der opstår fra den relevante transaktion (relevant activities),[293] hvad enten denne skattepligt påhviler dem efter reglerne om indkomstbeskatning (income tax) eller selskabsbeskatning (corporation tax),[294]
– når ingen af personerne er berettiget til nogen hel eller delvis undtagelse fra beskatningen af det overskud, som de er skattepligtige af på baggrund af den relevante transaktion,[295] og
– når begge personer – forudsat at indkomsten fra den relevante transaktion er undergivet indkomstbeskatning – faktisk opholder sig (residents) i England (United Kingdom) i den periode, hvor indkomsten fra den relevante transaktion er skattepligtig.[296]

Den anden betingelse er i henhold til Sched. 28AA, para. 5(4), opfyldt, når

– ingen af parterne har et retskrav (entitlement) på generel lempelse for skat betalt i udlandet[297] eller lempelse for skat i relation til den relevante transaktion i medfør af en dobbeltbeskatningsaftale eller Taxes Act s. 790(1),[298] og
– ingen af parterne ville have haft et retskrav på sådanne lempelser, hvis der havde været en indkomst at beskatte som følge af den relevante transaktion, eller hvis denne indkomst havde oversteget et bestemt beløb.[299]

Ved vurderingen af, om parterne har retskrav på en sådan lempelse, ses bort fra eventuelle krav om, at der skal være fremsat anmodning om lempelse for, at retskravet kan opstå.[300]

---

293. Den relevante transaktion defineres i Sched. 28AA, para. 14(1) som den aktivitet, i medfør af hvilken – eller i forbindelse med hvilken – det faktiske vilkår blev aftalt eller pålagt, jf. para. 14(1)(*i*), og som ikke er en aktivitet, der blev udøvet adskilt fra det faktiske vilkår eller som havde til formål at pleje en anden del af den skattepligtige forretninger, jf. para. 14(1)(*ii*).
294. Sched. 28AA, para 5(3)(*a*).
295. Sched. 28AA, para. 5(3)(*b*).
296. Sched. 28AA, para. 5(3)(*c*).
297. Skat betalt i udlandet omfatter enhver form for skat, der betales til et andet land end England, og enhver form for skat, der i medfør af en dobbeltbeskatningsoverenskomst skal anses for at være skat betalt i udlandet, jf. Sched. 28AA, para. 14(1).
298. Sched. 28AA, para. 5(4)(*a*). S. 790(1) indeholder engelsk rets generelle interne regel om credit-lempelse for skat betalt i udlandet.
299. Sched. 28AA, para. 5(4)(*b*).
300. Sched. 28AA, para. 14(3).

Den tredje betingelse er ifølge Sched. 28AA, para. 5(5), opfyldt i alle de tilfælde, hvor

– ingen af parterne får reduceret indkomsten fra den relevante transaktion i medfør af s. 811(1).[301]

Den fjerde og sidste betingelse, der findes i Sched. 28AA, para. 5(6), vedrører alene den situation, at en af parterne er et forsikringsselskab (insurance company).[302] Transaktionen anses i så fald ikke at indeholde en skattemæssig fordel set i forhold til engelsk ret, når den indkomst, der hidrører fra transaktionen, og som skal beskattes i forsikringsselskabet som indkomst for et selskab,

– ikke omfatter indkomst, i hvilken der er foretaget fradrag for såkaldte akkvisitionsudgifter (acquisition expenses) i henhold til Finance Act 1989 s. 86,[303] og
– ikke omfatter indkomst, som er undergivet en lavere selskabsbeskatning i medfør af Finance Act 1989 s. 88 eller 88A.[304]

4.2.3 Undtagelser fra Sched. 28AA

De generelle regler i Sched. 28AA om transfer pricing modificeres i para. 8, 9, 10, 11 og 13. I Sched. 28AA, para. 8, anføres således for det første, at reglerne om transfer pricing, således som disse er fastsat i Sched. 28AA, ikke finder anvendelse for transaktioner, der er omfattet af reglerne om gevinst og tab på internationale pengetransaktioner (foreign exchange gains and losses) eller af reglerne om finansielle transaktioner. For det andet modificeres reglerne i Sched. 28AA for så vidt angår salg af olie og gas, jf. Sched. 28AA, para. 9, 10 og 11. Endelig bestemmes det i Sched. 28AA, para. 13, at reglerne ikke finder anvendelse for kapitalgevinster (capital allowances and capital gains).

4.2.4 Korresponderende korrektioner

I de tilfælde, hvor et skattesubjekt får korrigeret sin skattepligtige indkomst efter reglerne om transfer pricing, og det andet skattesubjekt, med hvem den relevante transaktion er indgået, er skattepligtigt til England, kan dette andet skattesubjekt anmode om at få foretaget en korresponderende korrektion.

---

301. I medfør af s. 811(1) lempes den engelske skat af indkomst, der hidrører fra kilder i udlandet, som udgangspunkt med den i udlandet betalte skat af indkomsten.
302. Definitionen af et forsikringsselskab findes i Taxes Act, Part XII, Chapter I, jf. Sched. 28AA, para. 14(1).
303. Efter Finance Act 1989 s. 86 har forsikringsselskaber i ikke ubetydeligt omfang fradrag for udgifter i forbindelse med erhvervelse af forsikringsvirksomhed.
304. Bestemte dele af forsikringsselskabers indkomst undergives i medfør af disse bestemmelser en lavere beskatning, end den almindelige engelske selskabsskat.

Reglerne herom findes i Sched. 28AA, para. 6, der finder anvendelse, hvis

- kun én af transaktionens parter, den begunstigede part (the advantaged person), har opnået en fordel i relation til den engelske beskatning som følge af de faktiske vilkår (the actual provision),[305] og
- den anden af transaktionens parter, den forfordelte part (the disadvantaged person), enten er omfattet af Sched. 28AA, para. 5(3),[306] eller ville have været omfattet af Sched. 28AA para. 5(3), hvis der blev set bort fra betingelserne i para. 5(3)(*b*).[307]

Den forfordelte person har – med respekt for Sched. 28AA, para. 6(3), 6(6) og para. 7 – ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst ret til at få sin fortjeneste eller sit tab som følge af transaktionen opgjort i overensstemmelse med, hvad der ville være sket, såfremt vilkåret var aftalt eller pålagt på armslængde-vilkår.[308] De justeringer (adjustments) af den skattepligtige indkomst, der som følge heraf er nødvendige, skal uden hensyntagen til eventuelle begrænsninger i den øvrige skattelovgivning (any limit in the Tax Acts) foretages på den måde, som er påkrævet (required) for, at vilkåret i skattemæssig henseende blev anset for at være aftalt eller pålagt på armslængde-vilkår i stedet for på de faktiske vilkår.[309] Korrektionen efter Sched. 28AA, para. 6, har således forrang frem for anden engelsk skattelovgivning.

Retten til at få ændret indkomstopgørelsen, således at den foretages i overensstemmelse med, hvad der ville være sket, såfremt vilkåret var aftalt eller pålagt på armslængde-vilkår, skal som nævnt ovenfor respektere bestemmelserne i Sched. 28AA, para. 6(3), 6(6) og para. 7. I Sched. 28AA, para. 6(3) begrænses retten til at gøre krav (claim) på en sådan korrektion af to betingelser.

For det første forudsætter en korrektion af den forfordelte parts indkomstopgørelse, at den begunstigede part ved indleveringen af sin selvangivelse (return)[310] har ændret sin indkomstopgørelse i overensstemmelse med, hvad der

305. Sched. 28AA, para. 6(1)(*a*).
306. Sched. 28AA, para. 6(1)(*b*)(*i*). Den forfordelte part skal således dels være skattepligtig af de overskud, der opstår fra den relevante transaktion, dels ikke være berettiget til nogen hel eller delvis undtagelse fra beskatningen af det overskud, som den pågældende er skattepligtig af på baggrund af den relevante transaktion, dels faktisk opholde sig i England i den periode, hvor indkomsten fra den relevante transaktion er skattepligtig.
307. Sched. 28AA, para. 6(1)(*b*)(*ii*). Det vil sige, at der kan ses bort fra betingelsen om, at den forfordelte part ikke må være berettiget til nogen hel eller delvis undtagelse fra beskatningen af det overskud, der er et resultat af den relevante transaktion.
308. Sched. 28AA, para. 6(2)(*a*).
309. Sched. 28AA, para. 6(2)(*b*).
310. Hvad der forstås ved en »return«, er defineret i Sched. 28AA, para. 6(7). Begrebet svarer til, hvad der efter dansk ret forstås ved en selvangivelse. En »return« er således en hvilken som helst selvangivelse, som er påkrævet enten efter Management Act eller efter Finance Act Sched.

ville være sket, såfremt vilkåret var aftalt eller pålagt på armslængde-vilkår.[311] En sådan ændring af den begunstigede parts indkomstopgørelse anses alene for at have fundet sted, hvis korrektionen er sket på armslængde-vilkår i overensstemmelse med reglerne i Sched. 28AA,[312] eller hvis den begunstigede part ved en relevant notifikation (a relevant notice)[313] har fået underretning om, at skattemyndighederne ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst agter at tilsidesætte de faktiske vilkår, således at fortjeneste eller et tab ved transaktionen opgøres i overensstemmelse med, hvad der ville være sket, såfremt vilkåret var aftalt eller pålagt på armslængde-vilkår.[314]

For det andet skal den korrektion, som den forfordelte part gør krav på, stemme overens med (be consistent with) den korrektion, der er foretaget for den begunstigede person.[315]

Den forfordelte person kan ikke fremsætte krav om korrektion til armslængde-vilkår på et hvilket som helst tidspunkt. I Sched. 28AA, para. 6(5) anføres således, at kravet skal være fremsat senest 2 år efter, at en selvangivelse er indleveret i overensstemmelse med Sched. 28AA, para. 6(3)(*a*) og 6(4)(*a*),[316] eller kravet skal være fremsat senest 2 år efter, at den begunstigede part har fået en relevant notifikation, således som denne er defineret i Sched. 28 AA, para. 6(4)(*b*).[317] Tidspunktet for fremsættelse af kravet kan dog udskydes i medfør af Sched. 28 AA, para 6(6).

Dette forudsætter for det første,

– at den forfordelte part i medfør af Sched. 28 AA, para. 6(2)(*a*), har anmodet om at få ændret opgørelsen af sin indkomst, og denne anmodning er fremsat i forbindelse med

---

18, og en hvilken som helst frivillig ændring »voluntary amendment« af en sådan selvangivelse. En »voluntary amendment« er i Sched. 28AA, para. 6(7)(*a*) og (*b*) defineret som en amendment i medfør af Management Act s. 9ZA eller 12ABA eller efter Finance Act 1998 Sched. 18 bortset fra en reaktion (response) på en relevant notifikation.

311. Sched. 28AA, para. 6(3)(*a*).
312. Sched. 28AA, para. 6(4)(*a*).
313. Den relevante notifikation er defineret i Sched 28AA, para. 6(7) og må nærmest sammenlignes med, hvad der i dansk ret betegnes som agterskrivelser. Begrebet omfatter således dels de såkaldte »closure notice«, der gives i medfør af Management Act s. 28A(1) eller 28B(1), dels »closure notice« efter Finance Act 1998 Sched. 18(32), dels en såkaldt »notice of an assessment« efter Management Act s. 29, dels de såkaldte »notice of discovery assessment« og »notice of discovery determination« i medfør af Finance Act 1998 Sched. 18(41) og 18(52), og endelig dels en »amending notice« i henhold til Management Act s. 30B(1).
314. Sched. 28AA, para. 6(4)(*b*).
315. Sched. 28AA, para. 6(3)(*b*).
316. Sched. 28AA, para. 6(5)(*a*).
317. Sched. 28AA, para. 6(b)(*b*).

den begunstigede parts selvangivelse, jf. Sched. 28 AA, para. 6(3)(*a*),[318] og for det andet
– at den begunstigede part ved en relevant notifikation i overensstemmelse med Sched. 28AA, para. 6(4)(*b*), har fået underretning om, at skattemyndighederne ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst agter at tilsidesætte de faktiske vilkår, således at fortjeneste eller et tab ved transaktionen opgøres i overensstemmelse med armslængde-vilkår.[319]

I så fald har den forfordelte ret til at foretage de ændringer i sit krav, som er en passende (appropriate) konsekvens (consequence) af skattemyndighedernes underretning i den relevante notifikation, og sådanne ændringer i kravet kan fremsættes i overensstemmelse med Sched. 28AA, para. 6(5)(*b*), dvs. inden for 2 år efter den dag, hvor den relevante notifikation blev givet til den begunstigede person.[320]

Den korresponderende korrektion af den forfordelte persons indkomstopgørelse sættes i Sched. 28AA, para. 7, i relation til engelsk rets regler om dobbeltbeskatning. Når den forfordelte anmoder om en korresponderende korrektion efter Sched. 28AA, para. 6, må der således tages stilling til, hvorledes den heraf følgende lempelse skal reguleres i relation til engelsk rets regler om lempelse for dobbeltbeskatning. Forholdet mellem disse regelsæt – der på grund af afhandlingens afgrænsning ikke vil blive gjort til genstand for en nærmere analyse – er reguleret i Sched. 28AA, para. 7.

Der findes ikke i Sched. 28 AA regler om sekundære korrektioner.[321]

4.3 Amerikansk ret

Ved fastsættelsen af den korrekte indkomst anvendes efter amerikansk ret – som efter dansk ret – armslængde-princippet. Det vil sige, at en indkomst skal fastsættes til det beløb, som den ville have udgjort, hvis en skatteyder havde handlet på armslængde med en anden ikke kontrolleret skatteyder. En transaktion mellem to kontrollerede skatteydere anses for at være sket på armslængde-vilkår, hvis transaktionen svarer til, hvad der ville være sket i forholdet mellem to ikke kontrollerede skatteydere, som havde indgået samme transaktion på de samme vilkår.[322] Det erkendes imidlertid i amerikansk ret – ligesom i dansk ret – at det sjældent er muligt at finde en identisk transaktion mellem to uafhængige skat-

318. Sched. 28AA, para. 6(6)(*a*).
319. Sched. 28AA, para. 6(6)(*b*).
320. Sched. 28AA, para. 6(6).
321. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 132.
322. Reg. sec. 1.482-1(b)(1).

teydere. I stedet for at sammenligne transaktionen med en *identisk* (same) transaktion mellem uafhængige skatteydere forsøges det derfor at sammenligne transaktionen med en *sammenlignelig* – men ikke identisk – transaktion mellem ikke kontrollerede skatteydere.[323]

I Reg. sec. 1.482-2 til og med 1.482-6 beskrives en række specifikke metoder, der skal anvendes ved vurderingen af, om en given type af transaktioner er sket på armslængde-vilkår. Er dette ikke tilfældet, anvendes metoderne tillige ved en korrektion, således at den korrekte indkomst udfindes.[324] Disse metoder tager udgangspunkt i transaktionens karakter, herunder

- lån (loans) og forudbetaling eller forudlevering (advances) (nedenfor 4.3.1),[325]
- udøvelse (performance) af tjenesteydelser (services) for andre (nedenfor 4.3.2),[326]
- benyttelse af andres rørlige gods (tangible property) (nedenfor 4.3.3),[327]
- overdragelse af rørligt gods (nedenfor 4.3.4)[328] og
- overdragelse af immaterielle aktiver (nedenfor 4.3.5).[329]

Hertil kommer to metoder,

- den sammenlignelige profit-metode (comparable profits method), der også betegnes som CPM-metoden (nedenfor 4.3.6),[330] og
- avancefordelings-metoden (profit split method), der også betegnes som PS-metoden (nedenfor 4.3.7),[331]

der kan anvendes såvel for overdragelse af rørligt gods som ved overdragelse af immaterielle rettigheder.[332]

Metoderne kan anvendes for enkelte transaktioner eller for en sammenhobning (aggregation) af transaktioner. Den samlede effekt af to eller flere separate transaktioner kan således vurderes på baggrund af én metode, forudsat at disse transaktioner set under ét er så indbyrdes forbundne, at den mest pålidelige fastsættelse af et armslængde-resultat vil opnås, ved at de behandles som en

323. Reg. sec. 1.482-1(b)(1).
324. Reg. sec. 1.482-1(b)(2)(i).
325. Jf. Reg. sec. 1.482-2(a).
326. Jf. Reg. sec. 1.482-2(b).
327. Jf. Reg. sec. 1.482-2(c).
328. Jf. Reg. sec. 1.482-3.
329. Jf. Reg. sec. 1.482-4.
330. Jf. Reg. sec. 1.482-5.
331. Jf. Reg. sec. 1.482-6.
332. Reg. sec. 1.482-3(a)(4) og (5) og reg. sec. 1.482-4(a)(2) og (3).

sammenhængende transaktion. Dette vil normalt kun være tilfældet, hvor transaktionerne vedrører beslægtede (related) varer (products) eller tjenesteydelser (services), således som dette er defineret i reg. sec. 1.6038A-3(c)(7)(vii).[333] Relaterede varer og tjenesteydelser er i medfør af sidstnævnte bestemmelse grupper af produkter og typer af serviceydelser, som alle afspejler en rimelig ensartet praksis inden for regnskab, marketing eller forretning inden for den erhvervsgren, som varen eller tjenesteydelsen hører til.[334]

> I reg. sec. 1.482-7 findes et meget omfattende regelsæt, hvorefter to eller flere interesseforbundne skatteydere i overensstemmelse med meget detaljerede regler kan indgå en aftale om at fordele omkostningerne ved udvikling af en eller flere immaterielle rettigheder på baggrund af, hvilke fordele de hver især forventer at kunne opnå ved en efterfølgende udnyttelse af disse immaterielle rettigheder. Er en sådan aftale indgået, kan skattemyndighederne alene ændre fordelingen af omkostningerne, hvis den ikke med rimelighed svarer til de forventede fordele, som hver af de kontrollerede senere vil opnå.[335]

4.3.1 Lån, forudbetaling og forudlevering

Hvis et medlem af en kontrolleret gruppe har givet et lån, forudbetalt for ydelser eller forudleveret ydelser til et andet medlem af den samme kontrollerede gruppe eller på en hvilken som helst anden måde er blevet kreditor for et andet medlem af samme kontrollerede gruppe, kan skattemyndighederne i forholdet mellem parterne fiksere en rente i alle de tilfælde, hvor parterne enten ikke har aftalt en forrentning eller har aftalt en forrentning, der ikke ville være blevet aftalt på armslængde-vilkår.[336]

> Dette gælder dog kun for de tilfælde, hvor den gæld, der er opstået hos debitor som følge af kreditten, er reel (bona fide indebtness).[337] En fiksering af renten i forholdet mellem to kontrollerede skatteydere vil derfor kun ske, hvor der reelt er tale om et gældsforhold, hvad enten dette gældsforhold beror på et lån, forudbetaling af penge eller af andre formuegoder,[338] eller om gældsforholdet er opstået som led i salg, udleje eller udførelse af tjenesteydelser.[339] Er gældsforholdet ikke reelt (alleged indebtness), finder reglerne i s. 482 ikke anvendelse.[340] Dette gælder uanset, om den mellem parterne aftalte rente svarer til, hvad der ville være aftalt på armslængde-vilkår. Et gældsforhold anses efter amerikansk ret f.eks.

---

333. Jf. Reg. sec. 1.482-1(f)(2)(i)(A).
334. Reg. sec. 1.6038A-3(c)(7)(vii).
335. Se nærmer om reglerne reg. sec. 1.482-7.
336. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(i).
337. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(ii)(A).
338. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(ii)(A)(*1*).
339. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(ii)(A)(*2*).
340. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(ii)(B).

ikke for at være reelt, hvis »lånet« i virkeligheden er et kapitalindskud eller en udlodning. Gældsforholdet anses f.eks. heller ikke for at være reelt, hvis det betegnes som kredit for salg af en vare, hvis varen reelt blot er leaset.[341] I alle tilfælde gælder, at en betaling skal behandles efter sit reelle indhold og ikke efter den ydre betegnelse, som parterne har anvendt.

I reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii) er fastsat regler for, i hvilken *periode* kreditor skal beregne renter. Herom anføres, at kreditors pligt til at beregne renter som hovedregel begynder dagen efter den dag, hvor låneforholdet er opstået, uden hensyntagen til, hvad der måtte være årsag til udlånet.[342] 345 Pligten til at beregne renter ophører den dag, hvor låneforholdet ophører med at eksistere, uanset årsagen hertil.[343]

I reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(B)-(E) findes nogle undtagelser fra denne hovedregel. Disse undtagelser finder alene anvendelse for gældsforhold, der er opstået som et sædvanligt led i forbindelse med salg (sales), udleje (leases) eller udførelse af tjenesteydelser (services),[344] og kræver, at der ikke er indgået en skriftlig aftale om betaling af renter.[345] De gældsforhold, der er omfattet af undtagelserne, betegnes som betalinger ved handel mellem selskaber (intercompany trade receivables). Den periode, hvor der ikke skal beregnes renter ved handel mellem selskaber, betegnes som den rentefri periode (interest free-period). De specielle gældsforhold, der betegnes som betaling ved handel mellem selskaber, opstår efter amerikansk ret på det tidspunkt, hvor den økonomiske præstation (economic performance) finder sted.[346] For den, der modtager varer eller tjensteydelser, finder den økonomiske præstation som udgangspunkt sted på tidspunktet for leveringen af varen eller tjenesteydelsen – ved leje dog først på det tidspunkt, hvor det lejede tages i brug, jf. s. 461(h)(2)(A)(i) til (iii). Ved levering af varer eller tjenesteydelser finder den økonomiske præstation som udgangspunkt sted på tidspunktet for leveringen, jf. s. 461(h)(2)(B).[347]

Den rentefri periode for gældsforhold, der er opstået som led i betaling ved handel mellem selskaber, løber som udgangspunkt indtil den første dag i den tredje kalendermåned efter den dag, hvor den økonomiske præstation er leve-

---

341. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(ii)(B).
342. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(A).
343. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(A).
344. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(A), jf. 1.482-2(a)(1)(ii)(A)(*2*).
345. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(A). Undtagelserne finder således ikke anvendelse for pengeudlån eller for skriftlige aftaler om lån, der er indgået som led i en kredit ved salg, udleje eller levering af tjenesteydelser.
346. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(A), jf. s. 461(h).
347. Se nærmere reg. sec. 1.461-4, 1.461-5 og 1.461-6.

ret.[348] Det vil sige, at den rentefri periode er den løbende måned, hvori den økonomiske præstation har fundet sted, og de efterfølgende to kalendermåneder.

Eksempel: En vare er leveret den 15/1 uden betaling. Den rentefri periode løber til den første dag i den tredje kalendermåned efter den 15/1. Den tredje kalendermåned efter januar er april, og den første dag i april er den 1/4. Gældsforholdet kan derfor være rentefrit frem til den 1/4.

Har debitor hjemsted i et land uden for USA, og er gældsforholdet opstået som et led i handel med selskabet, der faktisk har fundet sted uden for USA, udvides den rentefri periode med én måned, dvs. indtil den første dag i den fjerde kalendermåned efter den dag, hvor den økonomiske præstation er leveret.[349]

Eksempel: I eksemplet ovenfor kunne gældsforholdet derfor være rentefrit frem til den 1/5.

Hvis kreditor som led i handel med andre uafhængige skatteydere indrømmer længere tids rentefri kredit end ovenfor anført, kan denne længere periode dog være rentefri også i forholdet til kontrollerede skatteydere. Dette forudsætter, at der er tale om transaktioner, som er sammenlignelige med transaktionerne med den kontrollerede skatteydere. En udvidelse af den rentefri periode kan også finde sted, hvis andre skatteydere inden for samme branche som kreditor yder længere tids rentefri kredit i forbindelse med sammenlignelige transaktioner.[350]

Eksempel: I eksemplet ovenfor er der inden for branchen kutyme for at yde 6 måneders rentefri kredit plus løbende måned. Gældsforholdet kan derfor være rentefrit frem til den 1/8.

Endelig findes der en særlig matematisk – og meget kompliceret – metode for beregningen af den rentefri periode, som kan finde anvendelse, når en kontrolleret skatteyder som led i sin sædvanlige handel køber varer m.v. af en anden kontrolleret skatteyder med henblik på videresalg til ikke kontrollerede skatteydere i et bestemt udenlandsk land.[351] På baggrund af regnskaberne for den skatteyder, som køber og videresælger varerne m.v., beregnes en gennemsnitlige omsætningshastighed for de købte og solgte varer i indkomståret inden den

348. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(B).
349. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(C).
350. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(D).
351. Reglen gælder derimod ikke for de produkter, som det købende og sælgende selskab selv har fremstillet eller tilvejebragt, jf. reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(E)(*2*).

kontrollerede transaktion.[352] Dette gennemsnit med tillæg af 10 dage er den maksimale periode, hvori salget i forholdet mellem de interesseforbundne skatteydere kan være rentefrit.[353] Den rentefri periode kan dog aldrig være længere end 183 dage.[354]

> Ved vurderingen af, hvor længe et gældsforhold har eksisteret, anvendes first-in, first-out (FIFO) princippet. Det vil sige, at en afbetaling eller en eftergivelse af gæld anses for at vedrøre de tidligst stiftede gældsforhold.[355] Først når den tidligst stiftede gæld herefter er betalt eller eftergivet fuldt ud, kan afbetaling eller eftergivelse anses for at angå den næsttidligst stiftede gæld, osv. Som følge af denne regel er det ikke nødvendigt at henføre en betaling eller en eftergivelse til et bestemt gældsforhold ved vurderingen af, om den periode, hvori der kan indrømmes rentefri kredit, er overskredet. Skatteyderne kan dog henføre en betaling eller en eftergivelse til et bestemt gældsforhold. Dette forudsætter, at det kan dokumenteres, at enten skatteyderne eller andre skatteydere inden for samme branche som sædvanligt led i deres forretninger indgår udtrykkelige eller stiltiende aftaler (kutyme) om øremærkede afviklinger af sådanne gældsforhold.[356]

Reglerne om, i hvilken periode der skal beregnes renter, og i hvilket omfang denne periode kan være skattefri, suppleres af regler om rentens *fiksering* i reg. sec. 1.482-2(a)(2). Renten skal fikseres til den sats, som den ville have haft, dersom et sammenligneligt gældsforhold var opstået mellem skatteydere, der ikke er interesseforbundne.[357] I denne forbindelse skal der tages højde for alle relevante faktorer, herunder lånets hovedstol og varighed, en eventuel sikkerhed for lånet, låntagers kreditværdighed og den rentesats, som kreditorer i sammenlignelige situationer med den kontrollerede skatteyder betinger sig ved udlån til ikke interesseforbundne låntagere.[358] I tilfælde,

- hvor en skatteyder har lånt et beløb af tredjemand,
- udlåner provenuet af dette lån til en anden interesseforbundet skatteyder, og
- førstnævnte skatteyders lån er optaget det sted, hvor sidstnævnte skatteyder er hjemmehørende,

skal renten i forholdet mellem de interesseforbundne skatteydere fikseres til den

---

352. Se nærmere om metoden reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(E)(*3*) og eksemplet i 1.482-2(a)(1)(iii)(E)(*4*).
353. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(E)(*1*)(*i*) og (*ii*).
354. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iii)(E)(*2*).
355. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iv)(A).
356. Reg. sec. 1.482-2(a)(1)(iv)(B).
357. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(i).
358. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(i).

rente, som den videreudlånende skatteyder betaler til tredjemand med tillæg af et beløb, der svarer til de omkostninger og fradrag, som den videreudlånende skatteyder har haft ved at optage lånet.[359] Dette gælder dog ikke, hvis de interesseforbundne skatteydere kan dokumentere, at en mere passende rentesats kan fastsættes ved en sammenligning med udlån mellem ikke interesseforbundne skatteydere.[360]

Med henblik på at undgå komplicerede sager om rentefiksering i alle typer af gældsforhold mellem interesseforbundne skatteydere findes der i reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii) en angivelse af nogle rentesatser i forskellige typer af situationer, der anses for at være aftalt på armslængde-vilkår. Sådanne regler betegnes i dansk og international ret som safe havens eller safe harbours,[361] dvs. som et sikkert område (havn), inden for hvilket skattemyndighederne ikke vil ændre den aftalte rentesats. Reglerne er afhængige af, om gældsforholdet er opstået den 9. maj 1986 eller senere eller inden den 9. maj 1986.[362] Her redegøres alene for de nye regler.

Den mellem skatteyderne aftalte rentesats anses herefter for at svare til armslængde-vilkår, hvis den faktisk aftalte rente

- ikke er mindre end 100 pct. af den anvendelige føderale rente (applicable Federal rate)[363] og
- ikke er større end 130 pct. af den anvendelige føderale rente.[364]

Ved sale og lease back-arrangementer som beskrevet i s. 1274(e)[365] er den mindste acceptable rentesats dog 110 pct. af den anvendelige føderale rente.[366]

Er der ikke aftalt nogen forrentning, eller er den aftalte forrentning mindre end den laveste grænse – dvs. mindre end 100 pct. af den anvendelige føderale rente – anses armslængde-renten for at være lig med renten fastsat efter den laveste grænse, når denne beregnes halvårligt.[367] Hvis den aftalte rente er større end den højeste grænse – dvs. mere end 130 pct. af den anvendelige føderale

359. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(ii).
360. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(ii), jf. 1.482-2(a)(2)(i).
361. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 271-272 og SU 1993, 278.
362. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(A)(*1*) og (*2*). Dette beror på en lovændring, der fik virkning fra og med den 9. maj 1986.
363. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(B)(*1*)(*i*).
364. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(B)(*1*)(*ii*).
365. S. 1274(e) omfatter samtlige arrangementer, hvor et salg er sket med henblik på, at sælger efterfølgende leaser det solgte, jf. s. 1274(e)(3).
366. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(B)(*3*).
367. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(B)(*2*).

rente – anses armslængde-renten derimod for at være lig med renten fastsat efter den højeste grænse, når denne beregnes halvårligt.[368] Dette gælder dog ikke, hvis skatteyderen kan godtgøre, at en mere passende rentesats kan fastsættes ved en sammenligning med udlån mellem ikke interesseforbundne skatteydere.[369]

Er den aftalte rente større end den højeste grænse, men mindre end den forrentning, der ville være aftalt i forholdet mellem ikke interesseforbundne parter, anses den aftalte rente for at være fastsat på armslængde-vilkår.[370] Det samme gælder, hvis den aftalte rente er mindre end den laveste grænse, men større end den forrentning, der ville være aftalt i forholdet mellem ikke interesseforbundne parter.[371]

Den anvendelige føderale rente er defineret i reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(C). Denne fastsættes ud fra gældsforholdets løbetid. Har gældsforholdet ikke en varighed ud over tre år, er den anvendelige føderale rente lig med den korte føderale rentesats (Federal short-term rate).[372] Hvis gælden har en løbetid på over tre år, men ikke mere end ni år, er det den mellemlange føderale rentesats (Federal mid-term rate), der er anvendelig.[373] For gældsforhold, der har en løbetid ud over 9 år, er den lange føderale rentesats (Federal long-term rate) anvendelig.[374] Den korte, mellemlange og lange føderale rentesats fastsættes én gang om måneden af den amerikanske finansminister med henblik på den førstkommende måned, jf. s. 1274(d)(1)(B).[375]

Det er som udgangspunkt rentesatsen på det tidspunkt, hvor gældsforholdet opstår, der er afgørende.[376] I tilfælde af salg eller bytte fastsættes den laveste grænse dog som den laveste anvendelige føderale rentesats inden for en periode på 3 kalendermåneder, der ophører i den kalendermåned, hvor der er indgået en bindende skriftlig aftale om salg eller bytte.[377]

Eksempel: En bindende skriftlig aftale om salg mellem interesseforbundne skatteydere indgås den 15/6. Der aftales en kredit på 6 måneder. Der vil alt andet lige ikke blive fikseret en rente, hvis skatteyderne har aftalt en forrentning mindst svarende til 100 pct. af den korte føderale rentesats og maksimalt svarende til 130 pct. af den korte føderale rentesats. Den

368. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(B)(*3*).
369. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(B)(*3*), jf. 1.482-2(a)(2)(i).
370. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(B)(*3*).
371. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(B)(*3*).
372. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(C)(*1*).
373. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(C)(*2*).
374. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(C)(*3*).
375. Retningslinjer for beregningen findes i s. 1274(d)(1)(C).
376. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(C)(*3*).
377. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(C)(*3*). Se hertil s. 1274(d)(2).

laveste grænse for den korte føderale rentesats er det laveste niveau, som den korte føderale rente har haft i en 3 måneders kalenderperiode forud for aftalens indgåelse inklusive den måned, hvori aftalen er indgået, dvs. i april, maj og juni måned.

For lån eller kredit på anfordring er den laveste grænse derimod den laveste føderale rentesats, der gælder på et hvilket som helst tidspunkt, hvor låne- eller kreditaftalen fortsat er gældende.[378] Ved lån eller kredit på anfordring kan det derfor løbende være nødvendigt at ændre rentesatsen for at have en safe haven.

Reglerne om safe havens i reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii) kan ikke finde anvendelse i to tilfælde. Det drejer sig for det første om de situationer, hvor den udlånende eller kreditgivende skatteyder regelmæssigt driver erhverv eller profession med udlån eller kredit til ikke interesseforbundne skatteydere.[379] Renten ved udlån til interesseforbundne skatteydere skal i så fald ansættes i overensstemmelse med reg. sec. 1.482-2(a)(2)(i), dvs. til den sats, som den ville have haft i et sammenligneligt gældsforhold mellem skatteydere, der ikke er interesseforbundne.[380] Der vil naturligvis ligeledes blive taget højde for, hvilke renter skatteyderen har betinget sig ved udlån eller kredit til ikke interesseforbundne skatteydere.

For det andet vil reglerne om safe havens ikke blive anvendt i alle de tilfælde, hvor hovedstol, afdrag eller renter skal opgøres i en anden valuta end USD.[381]

Der findes i amerikansk skatteret en række regler om den skattemæssige behandling af renter, hvoraf s. 482 blot er en enkelt regel. Blandt de andre regler kan fremhæves s. 467, s. 483, s. 1274 og s. 7872. I reg. sec. 1.482-2(a)(3) findes en række retningslinjer for, hvorledes s. 482 skal anvendes i samspil med disse regler. De nævnte regler drejer sig hovedsageligt om den skatteretlige kvalifikation af fradragsberettigede renter, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt en betaling er udtryk for en fradragsberettiget rente. Hovedreglen i retningslinerne for samspillet mellem s. 482 og de øvrige bestemmelser er derfor, at det først skal undersøges, om et mellem skatteyderne betalt beløb kan kvalificeres som en rente.[382] Dernæst skal det undersøges, om beløb, der ikke af skatteyderne er kvalificeret som en rente, i skatteretlig henseende må betegnes som en rente.[383] Først herefter kan det bestemmes, om den mellem skatteyderne aftalte rente skal ændres som følge af reglerne om

378. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(C)(*3*). Se hertil s. 1274(d).
379. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(D).
380. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(D).
381. Reg. sec. 1.482-2(a)(2)(iii)(E).
382. Reg. sec. 1.482-2(a)(3)(i).
383. Reg. sec. 1.482-2(a)(3)(ii).

arsmlængde vilkår i s. 482.[384] Endelig kan det overvejes, om der er behov for at foretage en fiksering af andet end renter.[385]

4.3.2 Udførelse af tjenesteydelser for andre

Hvis et medlem af en kontrolleret gruppe af skatteydere udfører tjenesteydelser for eller på vegne af en anden skatteyder, der er medlem af samme kontrollerede gruppe, og dette sker uden beregning eller mod betaling af et beløb, der ikke svarer til armslængde-prisen, kan skattemyndighederne fiksere en betaling i forholdet mellem skatteyderne i medfør af s. 482.[386] Dette gælder, uanset om tjenesteydelserne tager form af marketing (marketing), ledelse (managerial), administration (administrative), teknisk assistance (technical) eller en anden form for service,[387] f.eks. varetagelse af tjenesteydelser vedrørende, jura, revision, finans, kredit, opkrævning, træning og personale.[388]

En fiksering af et vederlag for udførelse af tjensteydelser kan finde sted, uanset om tjenesteydelserne udføres for eller på vegne af en gruppe af interesseforbundne skatteydere eller kun én interessereforbundet skatteyder.[389] I alle tilfælde skal fikseringen foretages på baggrund af den nytteværdi (benefits), som udførelse af tjenesteydelsen havde til hensigt at tilføre den, for hvem den er udført, på det tidspunkt hvor tjenesteydelsen blev stillet til rådighed.[390] En fiksering skal dog ikke finde sted, hvis den sandsynlige nytteværdi af tjenesteydelsen er så indirekte eller så fjern, at ikke interesseforbundne skatteydere ikke ville have forlangt betaling for tjenesteydelsen. Som hovedregel betyder dette, at en fiksering kan finde sted, hvis tjenesteydelsen udøves i forbindelse med en interesseforbundet skatteyders aktivitet eller har haft til formål at gavne en sådan skatteyder i forbindelse med dennes generelle virksomhed eller daglige aktiviteter.[391]

Det korrekte vederlag for tjenesteydelser fastsat på armslængde-vilkår er som hovedregel det vederlag, som opkræves eller som ville blive opkrævet ved udførelse af en sammenlignelig tjenesteydelse i en sammenlignelig situation i forholdet mellem to skatteydere, der ikke er interesseforbundne.[392] Hertil findes imidlertid en væsentlig undtagelse, der nærmest må betegnes som hovedregel. I alle de tilfælde, hvor udførelse af tjenesteydelsen ikke er en integreret del

384. Reg. sec. 1.482-2(a)(3)(iii).
385. Reg. sec. 1.482-2(a)(3)(iv).
386. Reg. sec. 1.482-2(b)(1).
387. Reg. sec. 1.482-2(b)(1).
388. Se hertil reg. sec. 1.482-1(d)(3)(i)(H).
389. Reg. sec. 1.482-2(b)(2).
390. Reg. sec. 1.482-2(b)(2).
391. Reg. sec. 1.482-2(b)(2).
392. Reg. sec. 1.482-2(b)(3).

(integral part) af virksomheden hos den skatteyder, der leverer tjenesteydelsen, og heller ikke er en integreret del af virksomheden hos den skatteyder, der modtager tjenesteydelsen, skal vederlaget således fastsættes efter andre retningslinjer end ved en sammenligning med uafhængige skatteydere. Efter disse andre retningslinjer skal vederlaget fikseres til et beløb svarende til de omkostninger og fradrag, der er blevet påført den, der har udført tjenesteydelsen, ved udførelse af disse.[393] Dette gælder dog ikke, hvis skatteyderne kan godtgøre, at et mere passende vederlag kan fastsættes under hensyntagen til, hvad der ville blive opkrævet ved udførelse af en sammenlignelig tjenesteydelse i en sammenlignelig situation i forholdet mellem to skatteydere, der ikke er interesseforbundne.[394]

Armslængde-prisen for tjenesteydelser kan således fastsættes på baggrund af to forskellige systemer – dels ud fra en vurdering af, hvad en udførelse af tjenesteydelsen har kostet den, der har udført ydelsen, dels ud fra en sammenligning med sammenlignelige tjenesteydelser mellem skatteydere, der ikke er interesseforbundne. I reg. sec. 1.482-2(b)(4) til (6) beskrives den første af de nævnte metoder. Den anden metode, der som nævnt formelt er hovedreglen, behandles i reg. sec. 1.482-2(b)(7).

I de tilfælde, hvor den første metode skal anvendes, skal der tages hensyn til alle rimelige omkostninger og fradrag, som direkte eller indirekte har forbindelse med den tjenesteydelse, der er leveret.[395] De direkte omkostninger eller fradrag er dem, som har en dokumenteret direkte tilknytning til tjenesteydelsen.

> Det er f.eks. omkostninger og fradrag i forbindelse med betaling af kompensation, bonus og rejseudgifter til medarbejdere, som er direkte involveret i udførelsen af de omhandlede tjenesteydelser. Direkte omkostninger er f.eks. også omkostninger og fradrag til materiale og forsyninger, der forbruges i forbindelse med udførelsen af tjenesteydelserne, og omkostninger til oversøiske telefonforbindelser.[396]

De indirekte omkostninger er de omkostninger, som ikke direkte har tilknytning til tjenesteydelsen, men som til gengæld har en tilknytning til de direkte omkostninger og fradrag.

> Det kan f.eks. være omkostninger og fradrag til tilbehør (utilities), brug af ejendom (occupancy), tilsyn (supervisory), kontorhold (clerical) og andre generelle udgifter (overhead burden) i den afdeling af virksomheden, der afholder de direkte omkostninger ved udførelse

393. Skatteyderne er i så fald forpligtet til at føre regnskaber, der er tilstrækkelige til at verificere omkostninger og fradrag.
394. Reg. sec. 1.482-2(b)(3).
395. Reg. sec. 1.482-2(b)(4)(i).
396. Reg. sec. 1.482-2(b)(4)(ii).

af tjenesteydelserne. Blandt de indirekte omkostninger kan endvidere medregnes den del af omkostninger og fradrag i andre af virksomhedens afdelinger, som indirekte kan tilskrives udførelsen af tjenesteydelserne i den afdeling, der leverer tjenesteydelserne til den interesseforbundne skatteyder.[397]

En række andre omkostninger og fradrag kan derimod ikke tages i betragtning.

Disse omkostninger er

- udgifter til renter på en gældsætning, når gælden ikke direkte er påtaget specifikt til fordel for den interesseforbundne skatteyder,[398]
- udgifter, der kan henføres til en udstedelse af værdipapirer (stocks) eller til pleje af forbindelser til selskabsdeltagere,[399] samt
- udgifter, som afholdes for at overholde regler, der gælder for den skatteyder, der udfører tjenesteydelsen, forudsat at reglerne ikke direkte er relaterede til den udførte tjensteydelse.[400]

Omkostninger skal medregnes til den fulde værdi, som de har for den eller de skatteydere, som tjenesteydelserne udføres for. Har den skatteyder, som leverer tjenesteydelsen, f.eks. lejet edb-maskiner, der anvendes med henblik på tjenesteydelser for både skatteyderen og en interesseforbundet skatteyder, skal de fulde omkostninger og fradrag ved leje af edb-maskinerne medregnes ved fikseringen af et vederlag for levering af tjenesteydelserne til den interesseforbundne skatteyder. Dette gælder, uanset om den lejende skatteyders omkostninger ved at leje og bruge edb-maskinerne ikke er blevet forøget ved, at maskinerne tillige bruges til fordel for den interesseforbundne skatteyder.[401]

Hvis den skatteyder, der udfører tjenesteydelserne, har fordelt direkte og indirekte omkostninger og fradrag på rimelig måde i et regnskab, der i overensstemmelse med god regnskabsskik, vil allokeringen af omkostninger og fradrag som hovedregel ikke blive ændret af skattemyndighederne. Skatteydernes allokering af omkostninger og fradrag vil derfor som udgangspunkt blive lagt til grund ved fikseringen af en armslængde-pris for de leverede tjenesteydelser.[402] I reg. sec. 1.482-2(b)(6)(iii) anføres dog, at skattemyndighederne særskilt skal vurdere skatteydernes praksis med henblik på allokering af omkostninger og

397. Reg. sec. 1.482-2(b)(4)(iii).
398. Reg. sec. 1.482-2(b)(5)(i).
399. Reg. sec. 1.482-2(b)(5)(ii).
400. Reg. sec. 1.482-2(b)(5)(iii).
401. Reg. sec. 1.482-2(b)(6)(ii).
402. Reg. sec. 1.482-2(b)(6)(i).

> fradrag i forbindelse med udarbejdelse af redegørelser (statements) og analyser (analyses) til brug for ledelsen, kreditorer, minoritetsaktionærer, joint ventures, klienter, kunder, potentielle investorer og andre personer, der har en interesse i selskabet. I forholdet mellem en amerikansk skatteyder og en udenlandsk skatteyder skal skattemyndighederne endvidere tage højde for, hvilken allokering af omkostninger og fradrag der måtte finde sted i forholdet mellem den amerikanske skatteyder og andre interesseforbundne amerikanske skatteydere. Er skatteydernes fordeling af omkostninger og fradrag ikke rimelig, eller er regnskabet ikke ført i overensstemmelse med god regnskabsskik, vil skattemyndighederne foretage en allokering af omkostninger og fradrag ud fra sagens omstændigheder. Denne allokering vil derefter blive lagt til grund ved fikseringen af et armslængde-vederlag for tjenesteydelsen.[403] Reglerne om skatteydernes fordeling af omkostninger og fradrag og skattemyndighedernes kontrol og eventuelle ændring af denne fordeling finder anvendelse, hvad enten skatteydernes fordeling vedrører direkte eller indirekte omkostninger, og uanset om tjenesteydelserne er udført til gavn for eller på én, to eller flere interesseforbundne skatteyderes vegne.[404]

Det vederlag, der skal beregnes ved udførelse af tjenesteydelser for interesseforbundne skatteydere, kan som nævnt ovenfor fastsættes på armslængde-vilkår efter to metoder. Efter den anden af disse metoder skal vederlaget fikseres til det beløb, som opkræves, eller som ville blive opkrævet ved udførelse af en sammenlignelig tjenesteydelse i en sammenlignelig situation i forholdet mellem to skatteydere, der ikke er interesseforbundne.[405] Denne metode anvendes imidlertid som nævnt alene i de tilfælde, hvor udførelse af tjenesteydelsen ikke er en integreret del af virksomheden hos den skatteyder, der leverer tjenesteydelsen, og heller ikke er en integreret del af virksomheden hos den skatteyder, der modtager tjenesteydelsen.[406] I reg. sec. 1.482-2(b)(7)(i) til (iv) defineres, hvornår tjenesteydelsen anses for at være en integreret del af virksomheden.

En tjenesteydelse anses for det første for at være en integreret del af virksomheden, hvis en, begge eller flere af de interesseforbundne skatteydere, som udfører eller modtager tjenesteydelsen, leverer sammenlignelige tjenesteydelser til ikke interesseforbundne skatteydere.[407]

Tjenesteydelser anses for det andet for at udgøre en integreret del af virksomheden, hvis den skatteyder, som udfører tjenesteydelserne, har udførelse af tjenesteydelser for interesseforbundne skatteydere som en af sine vigtigste (prin-

---

403. Reg. sec. 1.482-2(b)(6)(i).
404. Reg. sec. 1.482-2(b)(6)(ii).
405. Reg. sec. 1.482-2(b)(3).
406. Reg. sec. 1.482-2(b)(3), jf. 1.482-2(b)(7).
407. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(i).

cipal) aktiviteter.[408] Udførelse af tjenesteydelser anses ikke for at være en af skatteyderens vigtigste aktiviteter, hvis omkostninger og fradrag ved udførelse af tjenesteydelser for eller på vegne af interesseforbundne skatteydere i løbet af indkomståret ikke overstiger 25 pct. af skatteyderens samlede omkostninger og fradrag i samme indkomstår.[409] Denne 25 pct. regel gælder dog ikke for tjenesteydelser, som tager form af fabrikation (manufacturing), produktion (production), udvinding (extraction) eller konstruktion (construction) for en interesseforbundet skatteyder. I tilfælde, hvor 25 pct. reglen ikke finder anvendelse, eller hvor reglen finder anvendelse, men grænsen på 25 pct. er overskredet, vil spørgsmålet om, hvorvidt en af skatteyderens vigtigste aktiviteter er at udføre tjenesteydelser for interesseforbundne skatteydere, bero på en konkret vurdering.[410] Ved denne konkrete vurdering kan der tages højde for, hvor meget tid skatteyderen bruger på at udføre tjenesteydelser, omkostningerne ved at udføre tjenesteydelser, hvor regelmæssigt tjenesteydelser udføres, hvilke investeringer, der er foretaget i at kunne udføre tjenesteydelser, risikoen for tab ved udførelse af tjesteydelser og om tjenesteydelserne har karakter af et supplement til andre ydelser, f.eks. i forbindelse med salg af varer, eller om der er tale om en selvstændig ydelse.[411]

Ved opgørelsen af, om 25 pct. grænsen er overholdt, medregnes alle omkostninger og fradrag, som direkte eller indirekte er relateret til udførelsen af tjenesteydelser for den interesseforbundne skatteyder, herunder også omkostninger til fabrikation, produktion, udvinding eller konstruktion.[412] Når skatteyderens samlede omkostninger og fradrag skal opgøres, bortses derimod fra beløb, skatteyderen har betalt for varer, der er videresolgt.[413] I tilfælde af, at omkostninger eller fradrag ikke er opgjort på armslængde-vilkår, og skattemyndighederne ikke allerede har foretaget en fiksering som følge heraf i medfør af s. 482, skal der tages højde herfor ved vurderingen af, om 25 pct. grænsen er overholdt.[414]

For en gruppe af sambeskattede skatteydere (consolidated group)[415] gælder nogle særlige regler ved anvendelse af 25 pct. testen. Sambeskattede skatteydere kan således efter anmodning derom anses for at udføre tjenesteydelser under ét for andre interesseforbundne

408. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(ii)(A).
409. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(ii)(A).
410. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(ii)(A).
411. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(ii)(A).
412. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(ii)(B).
413. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(ii)(B).
414. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(ii)(B).
415. Ved sambeskattede skatteydere forstås skatteydere, som er medlem af samme kontrollerede gruppe, som er hjemmehørende eller har hjemsted i et og samme land, og som betaler indkomstskat på baggrund af deres samlede indkomst, jf. reg. sec. 1.482-2(b)(7)(ii)(C).

> skatteydere, der ikke er sambeskattede med gruppen. I så fald opgøres den sambeskattede gruppe af skatteyderes omkostninger og fradrag ved udførelse af tjenesteydelser og samlede omkostninger og fradrag under ét ved anvendelse af 25 pct. testen. Kun hvor gruppens samlede omkostninger og fradrag ved udførelse af tjenesteydelser for eller på vegne af interesseforbundne skatteydere i løbet af indkomståret overstiger 25 pct. af gruppens samlede omkostninger og fradrag i samme indkomstår, anses gruppen for at have udførelse af tjenesteydelser for interesseforbundne skatteydere som en vigtig aktivitet. Ved opgørelsen af gruppens samlede omkostninger og fradrag i løbet af indkomståret bortses dog fra omkostninger, der afholdes i forholdet mellem de skatteydere, der er medlem af den sambeskattede gruppe. 25 pct. testen skal endvidere foretages for hver enkelt medlem af den sambeskattede gruppe uden hensyntagen til de andre medlemmers aktiviteter, hvis de tjenesteydelser, som medlemmerne udfører for interesseforbundne skatteydere, også udføres af andre medlemmer af den sambeskattede gruppe for ikke interesseforbundne skatteydere.[416]

For det tredje anses en tjenesteydelse for at være en integreret del af virksomheden, hvis den skatteyder, der udfører tjenesteydelsen, er særligt egnet (peculiarly capable) til at udføre tjenesteydelsen, og tjenesteydelsen er et vigtigt led (principal element) i virksomheden hos den skatteyder, der modtager tjenesteydelsen. En skatteyder anses for at være særligt egnet til at udføre en tjenesteydelse, hvis skatteyderen i forbindelse med udførelsen udnytter en særlig fordelagtig situation eller omstændigheder som f.eks. udnyttelse af særlige evner eller omdømme, særlig indflydelse hos kunder eller udnyttelse af egne immaterielle rettigheder.[417] En skatteyder vil dog aldrig blive anset for at være særligt egnet til at udføre en tjenesteydelse, medmindre værdien af denne tjenesteydelse væsentligt (substantially) overstiger de omkostninger og de fradrag, der kan henføres til udførelse af tjenesteydelsen.[418]

Tjenesteydelser anses for det fjerde og sidste for at være en integreret del af virksomheden, hvis den skatteyder, der modtager tjenesteydelsen, har draget nyttet af et betydeligt (substantial) antal tjenesteydelser fra en eller flere interesseforbundne skatteydere i løbet af indkomståret.[419] Antallet af tjenesteydelser anses for at være betydeligt, hvis de samlede omkostninger eller fradrag for disse hos de skatteydere, der udfører tjensteydelserne, overstiger 25 pct. af de samlede

---

416. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(ii)(C). Den isolerede test foretages imidlertid da kun for så vidt angår de af de udførte tjenesteydelser, som helt eller delvist udføres på sammenlignelige måde af andre sambeskattede skatteydere for ikke interesseforbundne skatteydere.
417. De immaterielle rettigheder, der skal tages i betragtning, er defineret i reg. sec. 1.482-4(b), jf. reg. sec. 1.482-2(b)(7)(iii).
418. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(iii).
419. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(iv).

omkostninger eller fradrag hos den skatteyder, der modtager tjensteydelsen.[420] Omkostninger eller fradrag hos de skatteydere, der leverer tjensteydelserne, sammenlignes således med omkostninger og fradrag hos den skatteyder, der modtager tjensteydelserne. Ved opgørelsen af de samlede omkostninger og fradrag hos den skatteyder, der modtager tjenestydelserne, medregnes omkostninger og fradrag hos de skatteydere, der udfører tjensteydelserne. Til gengæld bortses fra, hvad den skatteyder, der modtager tjensteydelserne, har betalt for udførelse af tjensteydelserne til de skatteydere, der udfører tjensteydelserne. Der bortses endvidere fra beløb, der betales for materialer, når prisen på disse materialer er rimeligt afspejlet i prisen for materialer, der er solgt af den, der udfører tjenesteydelserne.[421] Hvis den skatteyder, der modtager tjensteydelserne, kan dokumentere, at dennes samlede omkostninger eller fradrag er abnormt (abormally) lave i et indkomstår som følge af, at modtageren har påbegyndt eller er ophørt med en indkomstskabende aktivitet, eller dette skyldes unormale omstændigheder, som ikke har repetetiv karakter, kan modtageren i stedet opgøres sine omkostninger og fradrag som gennemsnittet af omkostninger og fradrag i de seneste 3 indkomstår, der ligger umiddelbart forud for det omhandlede indkomstår. Har den skatteyder, der modtager tjenesteydelser, drevet virksomhed i 3 år eller mindre, er det gennemsnittet af omkostninger og fradrag i dette mindre årstal, der medregnes[422]

> Ved salg (sold), anvisning (assign), lån (loaned), leasing (leased) eller en hvilken som helst anden måde, hvorpå rørligt gods eller immaterielle rettigheder kan stilles til rådighed fra et medlem af en kontrolleret gruppe til et andet medlem af en kontrolleret gruppe, kan det forekomme, at der i tilknytning til overdragelsen leveres tjenesteydelser. I så fald skal indkomsten fikseres i medfør af enten reg. sec. 1.482-2(c) eller reglerne i reg. sec. 1.482-3 eller 1.482-4.[423] De særlige regler for fastsættelse af priser ved levering af tjenesteydelser i reg. sec. 1.482-2(b) finder således ikke anvendelse. Den bedst egnede metode skal endvidere anvendes, og der kan under ingen omstændigheder foretages en separat vurdering af tjenesteydelserne efter reg. sec. 1-482(b).
>
> Tjenesteydelser anses for at være udført i relation til udlån m.v. af rørligt gods eller immaterielle rettigheder i de tilfælde, hvor tjenesteydelserne blot er underordnede (ancillary) og subsidiære (subsidiary) i forbindelse med, at godset eller rettigheden er stillet til rådighed, eller i forbindelse med låners m.v. korrekte udnyttelse af det udlånte m.v.[424] Ved

420. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(iv).
421. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(iv).
422. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(iv).
423. Reg. sec. 1.482-2(b)(8).
424. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(iv).

vurderingen af, om tjenesteydelsen er underordnet og subsidiær, lægges vægt på de konkret foreliggende omstændigheder. Underordnede og subisidiære tjenesteydelser forefindes f.eks., hvor der er tale om en demonstration af det udlånte m.v., bistand til at begynde med anvendelsen af det udlånte m.v., eller opfyldelse af en garanti for, at det udlånte m.v. kan anvendes.[425] Som eksempel nævnes den situation, at en særlig produktionsmetode stilles til rådighed for en interesseforbundet skatteyder, som herefter tager denne i brug under overvågning fra den skatteyder, som har stillet produktionsmetoden til rådighed. Hvis overvågningen fortsætter ud over den tid, det måtte tage at inkorporere den særlige produktionsmetode effektivt i produktionen, kan en separat fiksering finde sted for så vidt angår denne del af tjenesteydelsen, eftersom den ikke længere er underordnet og subsidiær i forhold til leveringen af den immaterielle rettighed.[426]

4.3.3 Benyttelse af andres rørlige gods

Besiddelsen (possession), anvendelsen (use) eller brugen (occupancy) af rørligt gods, der ejes eller lejes af et medlem af en kontrolleret gruppe (ejeren), kan overdrages til et andet medlem af samme kontrollerede gruppe (låneren). Er lånerens betaling for retten til at benytte det rørlige gods ikke fastsat på armslængde-vilkår, kan skattemyndighederne fiksere en indkomst i forholdet mellem parterne.[427] Hvis overdragelsen kun vedrører en del af godset, skal det alene undersøges, om lånerens betaling herfor sker på armslængde-priser og -vilkår.[428]

Reglen sigter mod en overdragelse af retten til at benytte godset – dvs. brugsretten – cfr. overdragelse af selve ejendomsretten til det rørlige gods, der behandles i reg. sec. 1.482-3 til 1.482-6.[429]

Armslængde-prisen for overdragelse af brugsretten til rørligt gods er det beløb, som er blevet betalt – eller som ville blive betalt – ved overdragelse af brugsretten mellem uafhængige parter af lignende rørligt gods på samme tidspunkt og i samme periode.[430] Ved sammenligningen skal der endvidere tages hensyn til det sted, hvor lejeren skal besidde eller anvende det rørlige gods, ejerens investering i det rørlige gods eller egen betaling for at leje af dette til tredjemand, omkostningerne ved at vedligeholde godset, det rørlige gods art, godsets tilstand og alle andre relevante faktorer.[431]

I tilfælde, hvor »ejeren« selv har lejet eller leaset det rørlige gods af en uafhængig person, skal armslængde-prisen ved »ejerens« overdragelse af brugs-

---

425. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(iv).
426. Reg. sec. 1.482-2(b)(7)(iv).
427. Reg. sec. 1.482-2(c)(1).
428. Reg. sec. 1.482-2(c)(1).
429. Reg. sec. 1.482(2)(d).
430. Reg. sec. 1.482-2(c)(2)(i).
431. Reg. sec. 1.482-2(c)(2)(i).

retten til en interesseforbundet skatteyder dog ikke fastsættes på baggrund af, hvad der ville blive opkrævet i forholdet mellem uafhængige skatteydere. Lejen i forholdet mellem de interesseforbundne skatteydere skal i stedet fikseres til et beløb svarende til det beløb, som »ejeren« i skatteretlig henseende kan fradrage i forbindelse med sin leje eller leasing af godset. Er kun en del af godset stillet til rådighed for den interesseforbundne skatteyder, er det dog kun »ejerens« fradrag for denne del af godset, der udgør armslængde-prisen.[432] De af »ejerens« skatteretlige fradrag, der skal tages i betragtning, er, den af »ejeren« betalte eller påløbne leje eller lease for det rørlige gods i den periode, hvor brugsretten er overdraget til en interesseforbundet skatteyder, med tillæg af alle andre fradrag, som direkte eller indirekte er forbundet med det rørlige gods i den omhandlede periode. Disse andre fradrag omfatter bl.a. udgifter til vedligeholdelse og reparationer samt udgifter til tilbehør og administration og andre lignende udgifter.[433] Den særlige regel om fiksering af priser i tilfælde af fremleje m.v. kan dog ikke anvendes, hvis skatteyderen dokumenterer, at en mere passende armslængde-pris kan fastsættes ud fra hovedreglen – dvs. på baggrund af en sammenligning med uafhængige parters fremleje –[434] eller hvis den fremlejende »ejer« i løbet af indkomståret som led i sin virksomhed regelmæssigt udlejede m.v. rørligt gods af den samme art til uafhængige parter.[435]

4.3.4 Overdragelse af rørligt gods

Ved overdragelse af ejendomsretten til rørligt gods skal armslængde-prisen efter amerikansk ret fikseres efter én af seks mulige metoder.[436] Disse metoder er

- den frie markedspris-metode (comparable uncontrolled price method) (nedenfor 4.3.4.1),[437]
- videresalgspris-metoden (resale price method) (nedenfor 4.3.4.2),[438]
- kostpris plus avance-metoden (cost plus method) (nedenfor 4.3.4.3),[439]
- den sammenlignelige avance-metode (comparable profit method) (nedenfor 4.3.4.4),[440]

---

432. Reg. sec. 1.482-2(c)(2)(iii)(A).
433. Reg. sec. 1.482-2(c)(2)(iii)(A).
434. Reg. sec. 1.482-2(c)(2)(iii)(B)(*1*).
435. Reg. sec. 1.482-2(c)(2)(iii)(B)(*2*).
436. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129, *Jan Pedersen*, SU 1993, 278 og *Michael Sørensen & Ria Falk*, TfS 1993, 254.
437. CUP-metoden. Reg. sec. 1.482-3(a)(1), jf. reg. sec. 1.482-3(b).
438. RPM-metoden. Reg. sec. 1.482-3(a)(2), jf. reg. sec. 1.482-3(c).
439. CP-metoden. Reg. sec. 1.482-3(a)(3), jf. reg. sec. 1.482-3(d).
440. CPM-metoden. Reg. sec. 1.482-3(a)(4), jf. reg. sec. 1.482-5.

– avancefordelings-metoden (profit split method) (nedenfor 4.3.4.4),[441] og
– andre uspecificerede metoder (nedenfor 4.3.4.5).[442]

Valg og anvendelse af metode skal ske i overensstemmelse med retningslinjerne i reg. sec. 1.482-1, herunder reglerne om valg af den bedste metode, jf. reg. sec. 1.482-1(c), analysen af komparabiliteten, jf. reg. sec. 1.482-1(d) og armslængde-intervallet i reg. sec. 1.482-1(e).[443]

4.3.4.1 Den frie markedspris-metode

Den frie markedspris-metode (CUP-metoden) vurderer efter amerikansk ret, i hvilket omfang den pris, der er betinget ved overdragelse af rørligt gods i forholdet mellem to interesseforbundne parter, svarer til, hvad der er forlangt eller vil blive forlangt ved en sammenlignelig transaktion mellem uafhængige parter.[444]

> Det afgøres ud fra reglerne i reg. sec. 1.482-1(d), i hvilket omfang en kontrolleret og ikke kontrolleret transaktion kan sammenlignes. Alle de faktorer, der beskrives i reg. sec. 1.482-1(d)(3), har betydning ved denne sammenligning, men det antages, at komparabiliteten af det rørlige gods, der er omfattet af henholdsvis den kontrollerede og den ikke kontrollerede transaktion, har størst betydning. Dernæst skal der lægges vægt på eventuelle forskelle i kontraktretlige vilkår eller økonomiske tilstande på markedet, idet sådanne vilkår eller tilstande kan have stor betydning for, hvilket vederlag der betinges ved overdragelse af rørligt gods.[445] I reg. sec. 1.482-3(b)(2)(ii)(B) opregnes en række faktorer, der skal sammenlignes, og som kan have særligt betydning ved anvendelse af den frie markedspris-metode. Disse faktorer er produktets kvalitet, kontraktretlige vilkår, hvilket omsætningsled overdragelsen vedrører, markedets geografiske placering, tidspunktet for overdragelsen, om immaterielle rettigheder er knyttet til det rørlige gods, risici i forbindelse med håndtering af fremmed valuta og realistiske alternativer til overdragelsen for køber og sælger.[446]

Den frie markedspris-metode anses efter amerikansk ret for at være den metode, der er bedst egnet til at finde objektive armslængde-priser og -vilkår, forudsat der findes ikke kontrollerede transaktioner, som i meget høj grad er sammenlignelige med den kontrollerede transaktion.[447] Er dette ikke tilfældet, kan me-

---

441. PS-metoden. Reg. sec. 1.482-3(a)(5), jf. reg. sec. 1.482-6.
442. Reg. sec. 1.482-3(a)(6), jf. reg. sec. 1.482-3(e).
443. Reg. sec. 1.482-3(a) og 1.482-3(b)(2)(i).
444. Reg. sec. 1.482-3(b)(1).
445. Reg. sec. 1.482-3(b)(2)(ii)(A).
446. Reg. sec. 1.482-3(B)(2)(ii)(B)*(1)* til *(8)*. Se også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
447. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.

toden fortsat anvendes, men det resultat, der måtte fremkomme, anses for at være mindre pålideligt. I tilfælde, hvor der er betydelige forskelle i de produkter, der omfattes af henholdsvis den kontrollerede og ikke kontrollerede transaktion, anses metoden overhovedet ikke for at være pålidelig og kan derfor ikke anvendes ved fiksering af armslængde-priser og -vilkår.[448] I den forbindelse har det også betydning at vurdere kvaliteten af de oplysninger – data – der er indsamlet om den kontrollerede og de ikke kontrollerede transaktioner.[449]

Hvis der forskelle på den kontrollerede og de ikke kontrollerede transaktioner, som kan have betydning for de aftalte priser og vilkår, skal der i overensstemmelse med retningslinjerne i reg. sec. 1.482-1(d)(2) foretages en justering af de ikke kontrollerede transaktioner, således at disse forskelle i videst muligt omfang elimineres.

Det accepteres efter amerikansk ret, at den frie markedspris-metode ikke tager udgangspunkt i en sammenligning af den kontrollerede transaktion med én eller flere ikke kontrollerede transaktioner. Den pris, der ville blive aftalt på armslængde-vilkår mellem uafhængige parter, kan således også findes i oplysninger fra offentligt tilgængelige børser (exchanges) eller noteringer (quotations).[450]

Anvendelse af sådanne oplysninger forudsætter dog,

- at de oplysninger, der fremgår af børser eller noteringer, rutinemæssigt anvendes ved fastsættelse af priser mellem uafhængige parter, der opererer inden for samme erhvervsgren,[451]
- at de pågældende oplysninger anvendes til at fastsætte priser i den kontrollerede transaktion på samme måde, som oplysningerne rutinemæssigt anvendes til at fastsætte priser mellem de uafhængige parter,[452] og
- at den betaling, der betinges for overdragelse af det rørlige gods i den kontrollerede transaktion, justeres, i det omfang der er forskelle på den kontrollerede og de ikke kontrollerede transaktioner mellem uafhængige parter, forudsat at sådanne justeringer også ville blive foretaget af de uafhængige parter.[453]

---

448. Reg. sec. 1.482-3(b)(2)(ii)(A).
449. Reg. sec. 1.482-3(b)(2)(iii).
450. Reg. sec. 1.482-3(b)(5)(i).
451. Reg. sec. 1.482-3(b)(5)(i)(A).
452. Reg. sec. 1.482-3(b)(5)(i)(B).
453. Reg. sec. 1.482-3(b)(5)(i)(C). Dette kan f.eks. være forskelle i produkternes kvalitet, kontraktretlige vilkår, omkostninger ved fragt, markedets vilkår og fordelingen af risici mellem aftalens parter.

> I tilfælde af ekstraordinære omstændigheder på det marked, hvor den kontrollerede transaktion foregår, kan oplysninger fra offentlige børser eller noteringer dog aldrig anvendes.[454]

4.3.4.2 Videresalgspris-metoden

Videresalgspris-metoden (RPM-metoden) vurderer efter amerikansk ret, om det beløb, der er betalt ved overdragelse af rørligt gods, er aftalt på armslængdevilkår. Denne vurdering sker på baggrund af en sammenligning med bruttoavancen ved overdragelse af sammenligneligt rørligt gods mellem parter, der ikke er interesseforbundne. Metoden måler således værdien af de funktioner, som køber og sælger udøver. Den anvendes derfor sædvanligvis i tilfælde, hvor rørligt gods sælges i forholdet mellem interesseforbundne parter og derefter videresælges til uafhængige parter, uden at en køberen i den kontrollerede transaktion har tilført det rørlige gods større værdi ved at ændre dette inden videresalget. I den forbindelse anføres det, at pakning, ompakning, mærkning eller mindre monteringer ikke anses for at tilføre det rørlige gods større værdi. Til gengæld anvendes videresalgspris-metoden ikke efter amerikansk ret, hvis det rørlige gods er tilført større værdi som følge af, at den kontrollerede skatteyder har anvendt immaterielle rettigheder til fordel for godset.[455]

Efter videresalgspris-metoden findes armslængde-prisen ved at fradrage bruttoavancen i den videresalgspris, der forlanges ved videresalg af det rørlige gods.[456] Videresalgsprisen er enten den pris, der måtte være forlangt ved et videresalg af lige netop det rørlige gods, som den kontrollerede transaktion omfatter, eller den pris, der er forlangt ved samtidigt videresalg af den samme type rørlige gods. Ved salg mellem flere interesseforbundne parter inden et salg i en ikke kontrolleret transaktion anvendes videresalgsprisen for den ikke kontrollerede transaktion. Der bortses således fra videresalgspriser i alle de led af aftalen, hvor overdragelsen er sket mellem interesseforbundne parter.[457] Bruttoavancen beregnes ved at multiplicere videresalgsprisen med en bruttoavancemargin. Denne margin opgøres som den procentvise avance i ikke kontrollerede sammenlignelige transaktioner.[458] Ved salg mellem flere interesseforbundne parter inden videresalg til en uafhængig part skal der ved opgørelsen af bruttoavancen tages hensyn til de funktioner, som hver af de interesseforbundne parter måtte have udført, tillige med alle de andre faktorer, som kan have betydning efter reg. sec. 1.482-1(d)(3).[459]

---

454. Reg. sec. 1.482-3(b)(5)(ii).
455. Reg. sec. 1.482-3(c)(1).
456. Reg. sec. 1.482-3(c)(2)(i). Se også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
457. Reg. sec. 1.482-3(c)(2)(ii).
458. Reg. sec. 1.482-3(c)(2)(iii).
459. Reg. sec. 1.482-3(c)(2)(ii).

Ved vurderingen af, om videresalgspris-metoden er pålidelig og den bedst egnede metode, anvendes principperne i reg. sec. 1.482-1(c).[460] Det afgøres endvidere efter reg. sec. 1.482-1(d), i hvilket omfang den kontrollerede transaktion kan sammenlignes med ikke kontrollerede transaktioner. I de situationer, hvor der sker videresalg, er sælgers avance sædvanligvis en kompensation for det arbejde, som den pågældende har i forbindelse med videresalget. Selvom alle faktorer efter reg. sec. 1.482-1(d)(3) således har betydning for, hvor sammenlignelig den kontrollerede transaktion er med den ikke kontrollerede transaktion, er sammenligneligheden navnlig afhængig af, om de funktioner, som de videresælgende parter udøver, er ens, om de er underlagt enslydende kontraktretlige vilkår, og om de bærer samme risici.[461] Hvis det overhovedet er muligt, skal en bruttoavancemargin derfor udledes af den videresælgende parts eventuelle egne bruttoavancer ved køb og videresalg i ikke kontrollerede transaktioner. Årsagen hertil er, at sammenlignelige vilkår normalt vil foreligge i højere omfang ved sammenligning mellem den videresælgende parts kontrollerede og ikke kontrollerede transaktioner end ved sammenligning med andre videresælgende parter. Det er således kun, hvor videresælgeren ikke køber hos uafhængige parter med henblik på videresalg, at der vil blive foretaget en sammenligning med andre videresælgere.[462]

Graden af sammenlignelighed mellem produkterne er derimod ikke så væsentlig for videresalgspris-metoden som for den frie markedspris-metode. Den videresælgende parts funktioner i forhold til videresalget kan således være ens, uanset om produkterne er de samme. Væsentligere forskelle i produkterne kan dog føre til, at de kontrollerede og ikke kontrollerede transaktioner ikke kan sammenlignes. Det samme gør sig gældende for væsentligere forskelle i produkternes pris.[463]

Blandt de faktorer, der kan have særlig betydning for, i hvilket omfang en sammenligning af den kontrollerede og ikke kontrollerede transaktion kan finde sted, fremhæves også omfanget af et lager og den hastighed, hvormed det omsættes, med de dertil hørende risici. Endvidere fremhæves de kontraktretlige vilkår, fordelingen af omkostninger for marketing og reklame, hvilket omsætningsled den videresælgende part befinder sig på og eventuelle valutarisici.[464]

Hvis der konstateres væsentligere forskelle på bruttoavancemarginen i forholdet mellem den kontrollerede og de ikke kontrollerede transaktioner, skal disse

460. Reg. sec. 1.482-3(c)(3)(i).
461. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
462. Reg. sec. 1.482-3(c)(3)(ii)(A).
463. Reg. sec. 1.482-3(c)(3)(ii)(B).
464. Reg. sec. 1.482-3(c)(3)(ii)(C)*(1)* til *(5)*.

forskelle udjævnes ved, at der foretages en korrektion af den pågældende margin i de ikke kontrollerede transaktioner. Denne ændring af den ikke kontrollerede transaktion sker i overensstemmelse med reglerne i reg. sec. 1.482-1(d)(2). Der skal i den forbindelse tages højde for, at forskellige omkostninger i forbindelse med videresalg af forskellige produkter ikke nødvendigvis kommer forholdsmæssigt til udslag i bruttoavancen.[465]

> For en kontrolleret skatteyder, der fungerer som agent (sales agent), gælder særlige regler. Ved en agent forstås i denne forbindelse en skatteyder, der i sin besiddelse får rørligt gods med henblik på videresalg, men som ikke får ejendomsret til godset, eller påtager sig forpligtelser eller risici, som normalt tilskrives ejendomsret til godset. Den kommission, som en sådan agent betinger sig ved sammenlignelige salg for uafhængige parter, kan – opgjort i procent – anvendes som den sammenlignelige bruttoavancemargin.[466]

4.3.4.3 Kostpris plus avance-metoden

Kostpris plus avance-metoden (CP-metoden) vurderer efter amerikansk ret, om en transaktion er sket på armslængde-vilkår, ved at sammenligne bruttoavancen (gross profit markup) i den kontrollerede transaktion med bruttoavancen i sammenlignelige ukontrollerede transaktioner. Denne metode anvendes sædvanligvis ved fremstilling, montering eller anden produktion af varer, der sælges til interesseforbundne parter.[467]

Armslængde-prisen findes ved at multiplicere den kontrollerede skatteyders kostpris ved transaktionen – f.eks. kostprisen ved produktion af en vare – med bruttoavancen.[468] Bruttoavancen opgøres således som en procentsats på baggrund af sammenlignelige transaktioner. Denne procentsats beregnes ved at sætte bruttoavancen i ikke kontrollerede transaktioner i forhold til kostprisen i ikke relaterede transaktioner.[469] Hvis den kontrollerede part, som erhverver varerne, kan sammenlignes med en købsagent – dvs. en agent, som erhverver varerne med henblik på videresalg uden at påtage sig nogen risici i forbindelse med erhvervelsen af varerne – kan bruttoavancen dog i stedet opgøres som købsagentens bruttoavance sat i forhold til den pris, agenten betaler for varerne.[470]

---

465. Reg. sec. 1.482-3(c)(3)(ii)(C).
466. Reg. sec. 1.482-3(c)(3)(ii)(D).
467. Reg. sec. 1.482-3(d)(1). Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
468. Reg. sec. 1.482-3(d)(2)(i). Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
469. Reg. sec. 1.482-3(d)(2)(ii).
470. Reg. sec. 1.482-3(d)(3)(ii)(D).

Metodens sammenlignelighed og pålidelighed afgøres med udgangspunkt i reglerne i reg-.sec. 1.482-1(c) og (d).[471] Det antages, at en producents bruttoavance er den kompensation, som producenten betinger sig for de funktioner, der udøves i forbindelse med produktionen, herunder også for at stille produktionskapital til rådighed og for at påtage sig risikoen ved produktionen. Selvom alle faktorer har betydning ved afgørelsen af, om den kontrollerede transaktion kan sammenlignes med ikke kontrollerede transaktioner, jf. reg. sec. 1.482-1(d)(3), antages det derfor også efter amerikansk ret, at graden af sammenlignelighed er særligt afhængig af, om det er muligt at sammenligne de funktioner, der udøves, de risici, der bæres af parterne, og de kontraktretlige vilkår, som er fastsat for transaktionerne.[472] Er der ikke sammenlignelighed mellem den kontrollerede og de ikke-kontrollerede transaktioner på ovennævnte tre områder, skal der foretages justeringer for at fjerne forskellene. Hvis det overhovedet er muligt, bør de ikke kontrollerede sammenlignelige transaktioner derfor findes ved at undersøge den samme producents salg til andre ikke interesseforbundne parter. Det antages således, at sammenlignelige vilkår for ikke kontrollerede transaktioner oftere kan findes ved den berørte producents salg til ikke interesseforbundne købere end ved salg mellem en anden producent og en anden ikke interesseforbunden køber.[473]

Det har mindre betydning ved anvendelse af kostpris plus avance-metoden end ved anvendelse af den frie markedspris-metode, i hvilket omfang de varer, der omfattes af den kontrollerede og de ikke kontrollerede transaktioner, er sammenlignelige. Væsentligere forskelle mellem varerne kan imidlertid indikere, at der er betydeligere forskelle på de vilkår, som den kontrollerede transaktion og de ikke kontrollerede transaktioner foregår på. Ved sammenligning af kontrollerede og ikke kontrollerede transaktioner forudsættes det derfor efter amerikansk ret, at den kontrollerede og de ikke kontrollerede transaktioner omfatter varer inden for samme kategori. Større forskelle i varernes pris, f.eks. på grund af værdien af et varemærke, kan også have betydning for, i hvilket omfang den kontrollerede transaktion kan sammenlignes med de ikke kontrollerede transaktioner. Det må endelig holdes for øje, at bruttoavancen kan påvirkes af faktorer, som har mere eller mindre betydning for armslængde-prisen. En bruttoavance påvirkes f.eks. af virksomhedens generelle omkostninger, herunder produktionsapparatets alder, og ledelsens effektivitet – herunder evnen til at udvide eller indskrænke produktionen efter behov – og produktionens effektivitet.[474]

Er der større forskelle på den kontrollerede transaktion og de ikke kontrollerede transaktioner, skal disse forskelle udjævnes ved, at bruttoavancen i de ikke kontrollerede transaktioner – der som nævnt opgøres som en procentsats –

471. Reg. sec. 1.482-3(d)(3)(i).
472. Ligeledes *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
473. Reg. sec. 1.482-3(d)(3)(ii)(A).
474. Reg. sec. 1.482-3(d)(3)(ii)(B).

justeres i overensstemmelse med reg. sec. 1.482-1(d)(2).[475] Der kan i forbindelse hermed navnlig tages højde for forskelle i kompleksiteten ved fremstilling eller montering af varerne, de ingeniørmæssige forholdsregler ved produktionen, tilvejebringelse og styring af inventar, kontrol af produktionen, udgifter ved salg og administration, valutarisici og kontraktsretlige vilkår.[476] Der skal også tages højde for, at forskellige omkostninger i forbindelse med videresalg af forskellige produkter ikke nødvendigvis kommer forholdsmæssigt til udslag i bruttoavancen

4.3.4.4 CPM-metoden og PS-metoden

Den sammenlignelige profit-metode (CPM-metoden) og avancefordelings-metoden (PS-metoden) omtales nedenfor henholdsvis 4.3.6 og 4.3.7.

4.3.4.5 De uspecificerede metoder

De uspecificerede metoder omtales i reg. sec. 1.482-3(e). Skattemyndighederne er i medfør heraf berettiget til at anvende en metode, som ikke udtrykkeligt er omtalt og defineret i de øvrige bestemmelser, forudsat at den valgte metode anvendes i overensstemmelse med de principper, som er fastlagt i reg. sec. 1.482-1.[477] En uspecificeret metode skal således tage højde for, at der efter amerikansk ret altid foretages en sammenligning med ikke kontrollerede transaktioner med henblik på at fastlægge, hvilke realistiske alternativer parterne havde, såfremt den kontrollerede transaktion i stedet var erstattet af en ikke kontrolleret transaktion, og hvilke vilkår der i så fald havde været gældende.

> Den frie markedspris-metode sammenligner f.eks. den pris, der er opnået ved den kontrollerede transaktion, med de priser, der betinges i sammenlignelige ikke kontrollerede transaktioner, idet et salg i en ikke kontrolleret transaktion sædvanligvis anses for at være det realistiske alternativ til den kontrollerede transaktion. En uspecificeret metode skal derfor altid redegøre for, hvilke priser og avancer den kontrollerede skatteyder ville have opnået, såfremt den kontrollerede transaktion var blevet erstattet af en ikke kontrolleret transaktion.

En uspecificeret metode vil i øvrigt – ligesom de øvrige metoder – kun blive anvendt, hvis den anses for at være den bedste metode i overensstemmelse med reglerne i reg. sec. 1.482-1(c).[478]

---

475. Reg. sec. 1.482-3(d)(3)(ii)(C).
476. Reg. sec. 1.482-3(d)(3)(ii)(C)*(1)-(7)*.
477. Jf. også *Jan Pedersen*, SU 1993, 278.
478. Reg. sec. 1.482-3(e)(1).

4.3.5 Overdragelse af immaterielle rettigheder

Ved overdragelse af immaterielle rettigheder skal armslængde-prisen efter amerikansk ret fikseres efter én ud af fire mulige metoder.[479] Disse metoder er

- den frie markedspris-metode (comparable uncontrolled transaction method) (CUT-metoden) (nedenfor 4.3.5.1),[480]
- den sammenlignelige avance-metode (comparable profit method) (nedenfor 4.3.5.2),[481]
- avancefordelings-metoden (profit split method) (nedenfor 4.3.5.2)[482] og
- andre uspecificerede metoder (nedenfor 4.3.5.3).[483]

Det bemærkes, at videresalgspris-metoden og kostpris plus avance-metoden således ikke efter amerikansk ret kan anvendes for overdragelse af immaterielle rettigheder.

For overdragelse af immaterielle rettigheder gælder endelig nogle særlige regler, som er nærmere beskrevne i reg. sec. 1.482-4(f) (nedenfor 4.3.5.4).

4.3.5.1 Den fri markedspris-metode

CUP-metoden er beskrevet ovenfor 4.3.4.1. CUT-metoden, der også er en fri markedspris-metode, er baseret på de samme principper. Anvendelsen af denne metode er således efter amerikansk ret principielt den samme, hvad enten metoden anvendes for overdragelse af rørligt gods eller for overdragelse af immaterielle aktiver.

Der skal således på baggrund af reg. sec. 1.482-1(c) og (d) foretages en vurdering af, om den kontrollerede transaktion med en tilpas grad af pålidelighed kan sammenlignes med ikke kontrollerede transaktioner.[484] I reg. sec. 1.482-4(c)(2) beskrives en række faktorer, som har særlig betydning ved afgørelsen af, om en kontrolleret overdragelse af immaterielle rettigheder kan sammenlignes med ikke kontrollerede overdragelser af sammenlignelige immaterielle rettigheder. Det foretrækkes efter amerikansk ret at sammenligne den kontrollerede overdragelse af immaterielle rettigheder med en ikke kontrolleret overdragelse af samme immaterielle rettigheder. Dette forudsætter dog, at overdrageren indlader

479. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129, *Jan Pedersen*, SU 1993, 278 og *Michael Sørensen & Ria Falk*, TfS 1993, 254.
480. CUT-metoden. Reg. sec. 1.482-4(a)(1), jf. reg. sec. 1.482-4(c).
481. CPM-metoden. Reg. sec. 1.482-4(a)(2), jf. reg. sec. 1.482-5.
482. PS-metoden. Reg. sec. 1.482-4(a)(3), jf. reg. sec. 1.482-6.
483. Reg. sec. 1.482-4(a)(4), jf. reg. sec. 1.482-4(d).
484. Reg. sec. 1.482-4(c)(1), 2(i) og 2(iii)(A).

> sig på såvel kontrollerede som ikke kontrollerede transaktioner for så vidt angår samme immaterielle rettigheder.[485]

For at anse de immaterielle rettigheder for sammenlignelige skal en række betingelser være opfyldt.[486] Det kræves således for det første, at de immaterielle rettigheder anvendes i forbindelse med sammenlignelige produkter eller processer inden for den samme type af industri eller marked.[487] For det andet forudsættes, at de immaterielle rettigheder har samme potentiale for profit (profit potential). Dette potentiale beregnes ved at opgøre den immaterielle rettigheds værdi i form af en forventet indtægt eller besparelse ved at anvende eller overdragelse rettigheden.[488]

Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt, at de immaterielle rettigheder er sammenlignelige. Det skal derfor endvidere undersøges, om de omstændigheder, hvorunder de immaterielle rettigheder overdrages i henholdsvis de kontrollerede transaktioner og de ikke kontrollerede transaktioner, er sammenlignelige. Afgørelsen heraf træffes på baggrund af retningslinjerne i reg. sec. 1.482-1(d)(3), med respekt for en række særlige hensyn, som kun har betydning for overdragelse af immaterielle rettigheder.[489] Der skal herefter lægges særlig vægt på, hvor udviklet den immaterielle rettighed er i relation til det øvrige marked, erhververens mulighed for efterfølgende at få opdateret, revideret eller modificeret den immaterielle rettighed, rettighedens unikke karakter – herunder hvor længe rettigheden kan forventes at være unik – den periode, hvor rettigheden er stillet til rådighed, de risici, overdrageren påtager sig i forbindelse med overdragelse af rettigheden, f.eks. med hensyn til økonomi eller produkter, tilstedeværelsen af andre parallelle transaktioner eller forretninger mellem overdrageren og erhververen, samt de funktioner, som overdrageren og erhververen hver især skal udøve, herunder udførelse af underordnede eller subsidiære tjenesteydelser.[490]

4.3.5.2 CPM-metoden og PS-metoden

Den sammenlignelige profit-metode (CPM-metoden) og avancefordelings-metoden (PS-metoden) omtales nedenfor 4.3.6 og 4.3.7.

---

485. Reg. sec. 1.482-4(c)(2)(ii).
486. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129 og *Jan Pedersen*, SU 1993, 278.
487. Reg. sec. 1.482-4(c)(2)(iii)(B)*(1)(i)*.
488. Reg. sec. 1.482-4(c)(2)(iii)(B)*(1)(ii)*.
489. Reg. sec. 1.482-4(c)(2)(iii)(B)*(2)*.
490. Reg. sec. 1.482-4(c)(2)(iii)(B)*(2)(i)-(viii)*.

4.3.5.3 De uspecificerede metoder

Ved anvendelse af de uspecificerede metoder gælder det samme som ovenfor anført om overdragelse af rørligt gods.[491] Skattemyndighederne og/eller skatteyderne kan således i medfør af 1.482-4(d) anvende en metode, som ikke er nærmere defineret i det øvrige regelsæt, forudsat at metoden anvendes i overensstemmelse med de principper, som er fastlagt i reg. sec. 1.482-1.[492] Kravene til sammenlignelighed og pålidelighed opretholdes derfor også, når en uspecificeret metode anvendes ved fastlæggelse af armslængde-pris og -vilkår for en kontrolleret overdragelse af immaterielle rettigheder.[493]

4.3.5.4 Særregler

For overdragelse af immaterielle rettigheder gælder som nævnt ovenfor nogle særlige regler, jf. reg. sec. 1.482-4(f).

I tilfælde, hvor retten til at *bruge* en immateriel rettighed er overdraget med virkning for mere end et år, kan det *årlige beløb*, som erhververen betaler herfor, fikseres i medfør af reglerne om transfer pricing for hvert enkelt af de pågældende år. Det forhold, at det betalte vederlag for et indkomstår anses for at være fastsat på armslængde-priser og -vilkår, udelukker således ikke, at den samme betaling i et andet indkomstår ikke er foretaget på armslængde, og vice versa.[494] Skattemyndighederne har således som hovedregel ret til år for år at vurdere, om den aftalte betaling for, at immaterielle rettigheder overdrages eller stilles til rådighed, er fastsat på armslængde-vilkår. Hertil gælder dog en række undtagelser.

Den første undtagelse anvendes i tilfælde, hvor den immaterielle rettighed tillige er overdraget til en ikke interesseforbundet erhverver ved en sammenlignelig transaktion. I så fald vil den pris, der blev fastsat i den ikke kontrollerede transaktion, som nævnt ovenfor blive anset for at være armslængde-prisen i medfør af den frie markedspris-metode. Hvor en sådan armslængde-pris forefindes, anvendes denne for såvel det første som de efterfølgende år, hvor den immaterielle rettighed overdrages ved en kontrolleret transaktion. Der foretages ikke nogen særskilt vurdering og fiksering for indkomstår, der ligger efter det første indkomstår.[495]

Den anden undtagelse er de situationer, hvor armslængde-prisen udfindes ved at anvende den frie markedspris-metode ved sammenligning med ikke kontrollerede transaktioner, hvor sammenlignelige immaterielle rettigheder overdrages

491. Se ovenfor 4.3.4.5.
492. Jf. også *Jan Pedersen*, SU 1993, 278.
493. Reg. sec. 1.482-4(d)(1).
494. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(i).
495. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(A).

under sammenlignelige omstændigheder.[496] En vurdering af armslængde-prisen for hvert af de indkomstår, hvor den immaterielle rettighed er overdraget, vil ikke blive foretaget, forudsat at en række specielle krav er opfyldt.

> Det kræves herunder, at der for så vidt angår den kontrollerede transaktion foreligger en skriftlig aftale, hvor vederlaget for overdragelse af den immaterielle rettighed er fastsat for hele den periode, som overdragelsen vedrører. Vederlaget skal endvidere være fastsat på armslængde-vilkår for så vidt angår det første af de år, hvor overdragelsen af den immaterielle rettighed finder sted.[497] Der skal endvidere i den samme eller en anden skriftlig aftale mellem parterne i den kontrollerede transaktion være redegjort for de vilkår i den sammenlignelige transaktion, der er lagt til grund ved fastsættelse af priser og vilkår i den kontrollerede transaktion. Der må dog ikke i den forbindelse være åbnet op for, at parterne efterfølgende kan ændre eller genforhandle vilkårene for den kontrollerede transaktion.[498] Det kræves også, at den kontrollerede transaktion i alt væsentligt er sammenlignelig med den ikke kontrollerede transaktion for så vidt angår den tid, overdragelsen vedrører, og vilkårene for denne.[499] Vilkårene for anvendelse af den immaterielle rettighed skal i den kontrollerede transaktion være begrænset i overensstemmelse med, hvad der er normalt inden for den pågældende branche, og vilkårene skal samtidig være i overensstemmelse med, hvad der er fastsat i den sammenlignelige ikke kontrollerede transaktion.[500] For så vidt angår erhververen forlanges det endvidere, at denne udøver de samme forretningsmæssige funktioner efter overdragelsen af den immaterielle rettighed i den kontrollerede transaktion, som før overdragelsen, bortset fra ændringer påkrævet af uforudsete begivenheder.[501] Det forudsættes endelig, at erhververens samlede fortjeneste eller besparelse ved at udnytte den overdragne immaterielle rettighed i samtlige de år, som overdragelsen vedrører, ligger inden for et interval mellem 80 og 120 pct. af de forudsigelige fortjenester eller besparelser, der blev lagt til grund ved den oprindelige sammenligning af den kontrollerede transaktion med den ikke kontrollerede transaktion.[502]

Den tredje undtagelse finder anvendelse i de tilfælde, hvor armslængde-prisen fastsættes på baggrund af en anden metode end den frie markedspris-metode. Reglen om, at skattemyndighederne for hvert enkelt indkomstår, hvor overdragelsen af den immaterielle rettighed har gyldighed, kan fastsætte en separat

496. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(B).
497. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(B)*(1)*.
498. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(B)*(2)*.
499. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(B)*(3)*.
500. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(B)*(4)*.
501. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(B)*(5)*.
502. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(B)*(6)*.

armslængde-pris, kan også fraviges i disse tilfælde, således at det en gang aftalte årlige vederlag finder anvendelse for hele perioden.[503]

> Forudsætningerne herfor er, at der er indgået en skriftlig aftale om overdragelsen af den immaterielle rettighed, at denne aftale har virkning for alle de indkomstår, som overdragelsen vedrører, og at vederlaget for overdragelsen af den immaterielle rettighed i aftalen er fastsat for hvert af disse indkomstår.[504] Det forudsættes endvidere, at det vederlag, der blev aftalt for det første indkomstår, var aftalt på armslængde-vilkår, og at dette er tilstrækkeligt dokumenteret i forbindelse med indgåelsen af den skriftlige aftale.[505] Det kræves også, at erhververen udøver de samme forretningsmæssige funktioner efter overdragelsen af den immaterielle rettighed i den kontrollerede transaktion, som før overdragelsen, bortset fra ændringer påkrævet af uforudsete begivenheder.[506] Endelig stilles krav om, at erhververens samlede fortjeneste eller besparelse ved at udnytte den overdragne immaterielle rettighed i samtlige de år, som overdragelsen vedrører, ligger inden for et interval mellem 80 og 120 pct. af de forudsigelige fortjenester eller besparelser, der blev lagt til grund ved indgåelse af den kontrollerede transaktion.[507]

En separat fastsættelse af armslængde-priser for hvert enkelt indkomstår vil efter den fjerde undtagelse ikke finde sted, når der foreligger særlige omstændigheder.[508] Sådanne særlige omstændigheder antages at foreligge, hvor betingelserne for at anvende de to foranstående undtagelser er opfyldte, bortset fra kravet om, at den samlede fortjeneste eller besparelse skal ligge inden for et interval mellem 80 og 120 pct. af den forventede besparelse eller fortjeneste.

> Der kan således bortses fra betingelsen om intervallet, forudsat at alle øvrige betingelser er opfyldt,[509] og forudsat at intervallet alene er blevet overskredet på grund af ekstraordinære omstændigheder, som de kontrollerede skatteydere ikke har haft indflydelse på, og som ikke med rimelighed kunne have været forudset på det tidspunkt, hvor den kontrollerede transaktion fandt sted.[510]

Den femte og sidste undtagelse er den såkaldte 5-års regel. Efter denne regel vil der ikke blive foretaget nogen fiksering for et indkomstår, hvis kravene til at anvende den anden og tredje undtagelse har været opfyldt i en periode på 5 år.

---

503. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(C).
504. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(C)*(1)*.
505. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(C)*(2)*.
506. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(C)*(3)*.
507. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(C)*(4)*.
508. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(D).
509. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(D)*(2)*.
510. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(D)*(1)*.

Dette gælder dog kun for indkomstår efter udløbet af 5-års-perioden.[511] Efter en periode på 5 år, hvor der ikke har kunnet ske fiksering, kan skatteyderne således fortsætte deres samvirke i forvisning om, at skattemyndighederne ikke længere kan forlange at få revurderet den en gang aftalte årlige betaling for at have stillet immaterielle rettigheder til rådighed.

Overdrages en immateriel rettighed i en kontrolleret transaktion mod betaling af et *engangsvederlag* – cfr. et årligt beløb – skal engangsvederlaget stå i rimeligt forhold til den indkomst, der hidrører fra den immaterielle rettighed, jf. s. 482.[512] Et engangsvederlag står i rimeligt forhold med indkomsten fra den immaterielle rettighed, hvis den ækvivalente royalty for det pågældende indkomstår svarer til en armslængde-royalty. Den ækvivalente royalty for et indkomstår fastslås ved at anse engangsvederlaget for at være en forudbetaling af de royalties, der ville blive betalt i den periode, hvor den immaterielle rettighed med rimelighed kan udnyttes, eller den periode, der måtte være aftalt. Ved vurderingen heraf skal erhververens forventede salg fra og med overdragelsen af den immaterielle rettighed tages i betragtning. Beregningen af den ækvivalente royalty forudsætter således, at der tages højde for engangsvederlaget, en passende rabat for, at vederlaget forudbetales, og erhververens forventede salg i den periode, hvor den immaterielle rettighed står til rådighed.[513]

Den beregnede ækvivalente royalty er i øvrigt undergivet de samme regler for løbende ændringer af aftalte royalties, som gælder for aftalte løbende royalties. Det vil sige, at skattemyndighederne som hovedregel kan foretage en separat fiksering af den ækvivalente royalty for hver enkelt indkomstår, medmindre aftalen om engangsvederlaget er omfattet af én af de fem undtagelser.[514] Denne regel betegnes ofte »superroyalty« reglen, »The Commensurate Principle« eller »The Second Look Approach«. Konsekvensen er, at en overdragelse mod betaling af et engangsverderlag, der på tidspunktet for betalingen blev anset for at være fastsat på armslængde-vilkår, efterfølgende kan korrigeres, fordi den oprindelige vurdering af armslængde-vilkårene ændres som følge af den immaterielle rettigheds fremtidige afkast.

Hvis den, der ejer en immateriel rettighed, overdrager selve *rettigheden*, skal overdrageren som omtalt ovenfor beskattes af et vederlag for overdragelsen svarende til, hvad der ville være opnået ved en overdragelse mellem uafhængige

511. Reg. sec. 1.482-4(f)(2)(ii)(E).
512. Hjemmel hertil blev indsat i s. 482 i 1986, jf. også *Leif Weizman*, SpO 1992, 194.
513. Reg. sec. 1.482-4(f)(5)(i).
514. Reg. sec. 1.482-4(f)(5)(i) og (ii). Jf. også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 207-201, SU 2002, 368 og SU 1993, 278.

parter. I det omfang, en tredje part har ydet assistance i forbindelse med udviklingen af en immateriel rettighed, skal der også fikseres et vederlag for denne assistance. Eftersom retten til at udnytte en immateriel rettighed kan opdeles på mange forskellige måder, kan det ikke udelukkes, at en immateriel rettighed vil have mere end én ejer. Et varemærke kan f.eks. stilles til rådighed for én skatteyder i et bestemt område for en bestemt periode, der herefter vil have ret til og være ejer af denne del af den immaterielle rettighed, mens de øvrige rettigheder forbeholdes andre, som derfor vil have ret til og ejerskab til disse.[515]

> Ved afgørelsen af, hvem der er ejer til en immateriel rettighed, tages efter amerikansk ret udgangspunkt i de civilretlige regler. Den, som i medfør af de civilretlige regler er ejer af en immateriel rettighed, vil således også i skatteretlig henseende blive anset for at være ejeren. Det civilretlige ejerskab kan enten følge af lovgivningen eller af en aftale mellem to eller flere parter. I de tilfælde, hvor der mellem kontrollerede skatteydere udvises en handlemåde, som er egnet til at henføre ejendomsretten til en bestemt immateriel rettighed til den ene eller anden af skatteyderne, kan skattemyndighederne allokere ejendomsretten, som om en aftale herom var indgået.[516]
>
> Er ejendomsretten til en immateriel rettighed ikke fastlagt i medfør af lov eller aftale, antages det i amerikansk ret som udgangspunkt, at ejendomsretten i relation til de skatteretlige principper om indkomstfiksering tilkommer den, som har udviklet den immaterielle rettighed. Hvis to eller flere skatteydere har udviklet retten i fællesskab, anses alene den ene for ejer, mens de andre skatteydere kvalificeres som assistenter.[517] Ejendomsretten tilkommer som hovedregel den af skatteyderne, som har båret den største del af de direkte og indirekte udgifter ved udviklingen af den immaterielle rettighed uden at have fået kompensation herfor. De omkostninger, som skatteyderen efter aftale med andre får refunderet, medregnes således ikke ved opgørelsen af, hvor store direkte og indirekte udgifter skatteyderen har haft i forbindelse med udviklingen af den immaterielle rettighed. Såfremt det ikke kan fastslås, hvilken skatteyder der havde de største direkte og indirekte omkostninger ved udviklingen af den immaterielle rettighed, lægges der i stedet vægt på alle andre forhold og omstændigheder, herunder hvor den immaterielle rettighed blev udviklet, hver skatteyders mulighed for at gennemføre udviklingen uafhængigt af de andre skatteydere, i hvilket omfang hver skatteyder kontrollerer udviklingen og hver enkelt skatteyders handlemåde.[518]
>
> De skatteydere, som herefter ikke anses for at have ejendomsret til den immaterielle

515. Reg. sec. 1.482-4(f)(3)(i).
516. Reg. sec. 1.482-4(f)(3)(ii)(A).
517. Se dog reg. sec. 1.482-7T.
518. Reg. sec. 1.482-4(f)(3)(ii)(B).

> rettighed, anses i stedet som assistenter. For deres assistance skal der fikseres et vederlag i overensstemmelse med reglerne i s. 482. Der kan således fikseres vederlag for lån, tjenesteydelser eller anvendelse af materielle goder eller immaterielle rettigheder. Derimod beregnes ikke vederlag for assistance, der har karakter af rutinemæssige funktioner, som en ikke interesseforbunden skatteyder ville have påtaget sig uden beregning af vederlag under sammenlignelige omstændigheder.[519]

Ved fastsættelse af armslængde-prisen er skattemyndighederne ikke begrænset af, hvad der betales i ukontrollerede transaktioner, som ikke opfylder de krav til den kontrollerede transaktion, der er omtalt i reg. sec. 1.482-4(c). Skattemyndighederne er heller ikke bundet af, hvad der almindeligvis betales for overdragelse af immaterielle rettigheder inden for den samme eller en sammenlignelig branche, som den kontrollerede transaktion finder sted indenfor.[520]

4.3.6 Den sammenlignelige profit-metode (CPM-metoden)

Amerikansk ret tager som nævnt ovenfor udgangspunkt i transaktionens type ved valg af metode. I modsætning hertil findes efter dansk ret ikke noget generelt princip om, at visse metoder kan eller ikke kan anvendes for bestemte typer af transaktioner. I overensstemmelse med OECD's retningslinjer antages i dansk ret, at alle typer af metoder kan anvendes for alle typer af transaktioner, men at nogle metoder er bedre egnede for en bestemt type af transaktioner end andre metoder.

Det amerikanske udgangspunkt fraviges dog for to metoder, herunder den sammenlignelige profit-metode (CPM-metoden) og avancefordelings-metoden (PS-metoden), der ikke er knyttet til en bestemt type af transaktioner. Disse to metoder er i stedet beskrevet særskilt i henholdsvis reg. sec. 1.482-5 og 1.482-6. Heraf følger dog ikke, at metoderne kan anvendes for alle typer af transaktioner efter amerikansk ret. Det anføres således i reg. sec. 1.482-3(a)(4) og (5), at metoderne kan anvendes for så vidt angår overdragelse af rørligt gods, og tilsvarende i reg. sec. 1.482-4(a)(2) og (3), at metoderne kan anvendes ved overdragelse af immaterielle rettigheder. Den separate behandling af de to nævnte metoder er derfor reelt alene en systematisk fravigelse af udgangspunktet. I materiel skatteretlig henseende har systematikken ingen betydning.

Den sammenlignelige profit-metode (CPM-metoden) vurderer, om priser i en kontrolleret transaktion er aftalt på armslængde-vilkår, ved at sammenligne den profit, der er opnået ved den kontrollerede transaktion, med de objektivt målbare profitter – der også betegnes som profitniveauindikatorer – der oppebæres af ikke interesseforbundne fysiske eller juridiske personer, der giver sig af med

519. Reg. sec. 1.482-4(f)(3)(iii).
520. Reg. sec. 1.482-4(f)(4).

sammenlignelige forretningsaktiviteter under sammenlignelige omstændigheder.[521]

Armslængde-prisen findes således ved at beregne, hvilken profit den interesseforbundne person ville have opnået i den kontrollerede transaktion, hvis den ved transaktionen betingede profit havde været sammenlignelig med den profit, der betinges i en sammenlignelig ikke kontrolleret transaktion. Den profit, som den interesseforbundne skatteyder således burde have opnået, beregnes ved først at fastslå, hvilken profit der ville være opnået ved en ikke kontrolleret transaktion. Det niveau, som profitten herefter burde have haft, sættes i relation til de finansielle data, der er indsamlet om de af den kontrollerede persons forretningsaktiviteter, som i videst muligt omfang udelukkende – men fuldstændigt – vedrører den kontrollerede transaktioner. Den sammenlignelige profit skal således, i det omfang det overhovedet er muligt, alene sammenlignes med profitten vedrørende den kontrollerede transaktion.[522]

> Ved en handel mellem kontrollerede personer kan profit opstå mere end et sted. Det er f.eks. tilfældet, hvor en kontrolleret person sælger varer til en anden person, som herefter videresælger disse til en tredje kontrolleret person eller en ikke interesseforbundet person. Den sammenlignelige profit-metode kan i så fald i teoretisk henseende anvendes på mere end én af parterne. Efter amerikansk ret skal metoden i sådanne tilfælde, hvor f.eks. både en køber og sælger har en profit, i forholdet mellem køber og sælger alene anvendes på én af parterne. Den part, som metoden anvendes for, er den, hvis opnåede profit kan fastlægges ud fra de mest pålidelige data på baggrund af færrest muligt justeringer, og for hvilken de mest pålidelige sammenlignelige profitter for ikke kontrollerede transaktioner kan udfindes.[523] Den udvalgte parts opnåede profit skal dog efter omstændighederne først fikseres efter de andre metoder i s. 482, således at f.eks. den opnåede profit ved videresalg til en kontrolleret tredjemand også er fastlagt på armslængde-vilkår.[524]

De profitniveauindikatorer, der anvendes med henblik på at sammenligne den opnåede profit ved den kontrollerede transaktion med den profit, som ville være opnået ved en ikke kontrolleret transaktion, beregnes som forholdstal mellem på den ene side profitten i en ikke kontrolleret transaktion og på den anden side de omkostninger eller de ressourcer, der har været afholdt med henblik på transaktionen. Det er åbenbart, at et stort antal faktorer derfor vil have indflydelse på profitindikatoren. Blandt disse faktorer kan fremhæves pålideligheden af de

---

521. Reg. sec. 1.482-5(a). Jf. også *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 102-103 og *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
522. Reg. sec. 1.482-5(b)(1).
523. Reg. sec. 1.482-5(b)(2)(i).
524. Reg. sec. 1.482-5(b)(2)(ii).

oplysninger, der kan indsamles om ikke kontrollerede transaktioner, og de ikke kontrollerede transaktioners sammenlignelighed med den eller de kontrollerede transaktioner. Niveauet beregnes derfor ikke for et enkelt indkomstår, men derimod for flere indkomstår, der sædvanligvis bør omfatte ikke alene det indkomstår, hvori den kontrollerede transaktion har fundet sted, men også de to forudgående indkomstår.[525] I reg. sec. 1.482-5(b)(4)(i) til (ii) fremhæves to måder, hvorpå profitniveauindikatorer kan beregnes. Om disse måder anføres, at de kan være egnede som målestok for, hvilken profit der burde have været beregnet ved en kontrolleret transaktion.

Den første profitniveauindikator beregner profitten ved at sætte den opnåede profit i ikke kontrollerede transaktioner i relation til de aktiver, der er anvendt ved transaktionen.[526] Ved vurderingen af, om den beregnede profit er et pålideligt udtryk for, hvad der ville være opnået ved handel på armslængde-vilkår, må der tages hensyn til, i hvilket omfang de anvendte aktiver har betydning for den opnåede profit. Den beregnede profit er derfor mest pålidelig, hvor anvendelsen af aktiver i forbindelse med transaktionen har stor betydning for, hvilken profit der er opnået i både den sammenlignelige ikke kontrollerede transaktion og i den kontrollerede transaktion. Det har endvidere stor betydning, om de aktiver, der anvendes i den ikke kontrollerede transaktion, er sammenlignelige med de aktiver, der er anvendt i den kontrollerede transaktion. I det omfang det er vanskeligt at redegøre for, hvilke aktiver der er anvendt i forbindelse med transaktionen, er metoden selvsagt mindre pålidelig.[527]

Den anden måde, hvorpå en profitniveauindikator kan beregnes, måler forholdet mellem på den ene side den profit, der er opnået i en ikke kontrolleret transaktion, og på den anden side enten omkostninger ved transaktionen eller bruttoindtægter ved transaktionen. Forholdet mellem på den ene side profit og på den anden side omkostninger eller bruttoindtægter påvirkes i høj grad af den måde, hvorpå en forretning er indrettet. Det antages derfor, at denne måde i langt højere grad end den ovenfor nævnte er afhængig af, at de funktioner, som parterne i henholdsvis den kontrollerede og ikke kontrollerede transaktion udøver, er sammenlignelige. I de situationer, hvor den opnåede profit sættes i relation til omkostningerne, er det endvidere nødvendigt, at sammensætningen

525. Reg. sec. 1.482-5(b)(4).

526. Aktiverne er i reg. sec. 1.482-5(d)(6) defineret som værdien af alle de aktiver, der bringes i anvendelse i forbindelse med transaktionen. Begrebet omfatter dog ikke investeringer i datterselskaber, overskydende likviditet eller investeringer i porteføljer. Værdien kan opgøres til de regnskabsmæssige værdier eller til markedsværdier, forudsat den valgte metode anvendes konsekvent år efter år. Værdierne opgøres som gennemsnittet af værdien ved henholdsvis årets indgang og udgang, medmindre der har været væsentlig til- og afgang af værdier i løbet af året. I så fald må gennemsnittet af værdierne udregnes på en anden ikke nærmere defineret måde.

527. Reg. sec. 1.482-5(b)(4)(i).

af omkostningerne i den ikke kontrollerede transaktion er sammenlignelig med sammensætningen af omkostninger i den kontrollerede transaktion.[528] Når profit sættes i relation til bruttoindtægter,[529] skal profitten opgøres som et nettooverskud.[530] I relation til omkostningerne ved transaktionen[531] opgøres profitten derimod som bruttoverskuddet.[532]

Andre profitniveauindikatorer end de ovenfor nævnte kan anvendes i det omfang de er et pålideligt udtryk for, hvilken profit den interesseforbundne part ville have opnået ved en ikke kontrolleret transaktion. Den profit, der ville være opnået på armslængde-vilkår, kan dog aldrig beregnes på baggrund af interne data, eftersom de ikke er objektive udtryk for den profit, uafhængige parter ville have opnået ved en sammenlignelig transaktion.

Spørgsmålet om pålidelighed og sammenlignelighed ved anvendelse af den sammenlignelige profit metode afgøres med udgangspunkt i de retningslinjer, der er opstillet i reg. sec. 1.482-1(c) og (d).[533] Sammenligningsgrundlaget skal dog omfatte mindst to uafhængige parter.[534] Eftersom metoden i alt væsentligt er afhængig af en beregning ud fra den profit, der er opnået i en ikke kontrolleret transaktion, er det af afgørende betydning, i hvilket omfang den kontrollerede transaktion kan sammenlignes med de ikke kontrollerede transaktioner.[535] Den profit, en part betinger sig ved en transaktion, er en betaling for den investering af ressourcer og de risici, som den pågældende har påtaget sig ved transaktionen. Ved sammenligningen af den kontrollerede transaktion med de ikke kontrollerede transaktioner er det derfor af stor betydning, i hvilket omfang de investerede ressourcer og de påtagne risici kan sammenlignes. Eftersom ressourcer og risici typisk er afhængige af,

528. Reg. sec. 1.482-5(b)(4)(ii).
529. Bruttoindtægterne er i reg. sec. 1.482-5(d)(1) defineret som den samlede indtægt ved salg af formuegoder eller levering af tjenesteydelser med fradrag af tilbagebetalinger og rabatter. Indtægterne skal opgøres i overensstemmelse med god forretningsskik inden for den pågældende branche.
530. Nettooverskud er i denne forbindelse defineret som bruttooverskud med fradrag af omkostninger ved transaktionen. Nettoverskuddet omfatter alene indtægter fra den pågældende transaktion, men ikke indtægter i form af renter eller dividender, indtægter fra andre kilder end omhandlede transaktion eller ekstraordinære indtægter eller tab, som ikke kan relateres til den løbende indkomsterhvervelse. Se nærmere reg. sec. 1.482-5(d)(4).
531. Som omkostninger ved transaktionen anses alle omkostninger, bortset fra beløb, der er betalt for varer, som videresælges ved transaktionen. Renteudgifter, udenlandsk skat, indenlandsk skat og alle andre udgifter, som ikke er relateret til transaktionen, medregnes dog ikke, jf. reg. sec. 1.482-5(d)(3).
532. Dvs. som bruttoindtægter vedrørende den omhandlede transaktion med fradrag for, hvad der måtte være betalt for de formuegoder, der måtte være solgt som led i transaktionen, jf. reg. sec. 1.482-5(d)(2).
533. Reg. sec. 1.482-5(c)(1).
534. Jf. også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
535. Reg. sec. 1.482-5(c)(2)(i).

> hvilke funktioner parterne udøver, er det også af stor betydning, at deres funktioner kan sammenlignes. Ved anvendelse af den sammenlignelige profit metode er der dog mindre behov for, at de af parterne udøvede funktioner kan sammenlignes, end ved anvendelse af f.eks. videresalgspris-metoden eller kostpris plus avance-metoden. Det antages f.eks., at skatteydere, der udøver forskellige funktioner, kan have meget forskellige bruttoavancer, men almindeligvis vil opnå en rimeligt ens nettoprofit.[536] Forskelle på de varer m.v., transaktionerne vedrører, har også mindre betydning for den sammenlignelige profit-metode end for videresalgspris-metoden eller kostpris plus avance-metoden. Årsagen hertil er, at en nettoprofit er mindre følsom over for karakteren af de materielle eller immaterielle rettigheder, der er omfattet af transaktionen, end bruttoavancen. På den anden side påvirkes en nettoprofit i langt større udstrækning end bruttoavancen af forskelle i omkostningers struktur, f.eks. produktionsanlægs alder og udstyr, forskelle i erfaringer inden for det pågældende forretningsområde, f.eks. forskellen på en netop iværksat virksomhed og en virksomhed, der har eksisteret længe, og forskelle i ledelsens effektivitet, f.eks. med hensyn til planlægning af arbejdet og indgåelse af kontrakter.[537]
>
> I det omfang der er konstateret forskelle på den kontrollerede transaktion og de ikke kontrollerede transaktioner, skal disse forskelle som altid udlignes ved, at der foretages hypotetiske ændringer af den eller de ikke kontrollerede transaktioner. Ved udregning af profitniveauindikatoren kan det blive nødvendigt at ændre på de aktiver, som anses for at være omfattet af den ikke kontrollerede transaktion, således at de anvendte aktiver ved den ikke kontrollerede transaktion kan sammenlignes med de aktiver, der er anvendt ved den kontrollerede transaktion. I så fald skal den indkomst, der kan henføres til aktiverne, naturligvis ligeledes justeres, således at indkomsten svarer til de aktiver, der anses for at være medgået til transaktionen.[538]

Metodens pålidelighed er dels afhængig af, hvorledes de interesseforbundne skatteydere og de uafhængige skatteydere fører deres respektive regnskaber, dels afhængig af, i hvilket omfang skatteydernes omkostninger, indtægter og aktiver kan fordeles dels i de kontrollerede transaktioner, dels i de ikke kontrollerede transaktioner.[539] Er regnskaberne ikke ført på en sådan måde, at de i regnskaberne anførte profitter er sammenlignelige, må der foretages en hypotetisk justering i de ikke interesseforbundne skatteyderes regnskaber.[540] Hvis det ikke er muligt at henføre omkostninger, indtægter og aktiver direkte på baggrund af faktiske tilhørselsforhold, kan der i stedet bruges en formel for fordelingen. Ved

536. Reg. sec. 1.482-5(c)(2)(ii).
537. Reg. sec. 1.482-5(c)(2)(iii).
538. Reg. sec. 1.482-5(c)(2)(iv).
539. Reg. sec. 1.482-5(c)(3)(ii) og (iii).
540. Reg. sec. 1.482-5(c)(3)(ii).

anvendelse af en sådan formel vil metodens pålidelighed selvsagt blive afhængig af, hvilke forudsætninger der lægges til grund for formlen, og hvilke data der tages i betragtning.[541]

4.3.7 Avancefordelings-metoden (PS-metoden)

Avancefordelings-metoden vurderer efter amerikansk ret, om en transaktion er foretaget på armslængde-vilkår, ved at sammenholde den samlede profit ved transaktionen med den relative værdi af hver af de kontrollerede skatteyderes bidrag til den samlede profits tilblivelse.[542] Den samlede profit skal så vidt muligt alene være den profit, der hidrører fra de kontrollerede transaktioner og de dermed forbundne funktioner.[543]

Den relative værdi af hver af de kontrollerede skatteyderes bidrag til den samlede profit skal opgøres på en måde, som reflekterer de funktioner, de enkelte skatteydere udøver, de risici, de påtager sig, og de ressourcer, de anvender eller stiller til rådighed ved transaktionen. Fordelingen foretages i overensstemmelse med retningslinjerne for sammenlignelighed i reg. sec. 1.482-1(d)(3). Formålet med fordelingen er at nå frem til den fordeling af profitten, som ville være foregået i forholdet mellem ikke interesseforbundne parter, der indlod sig på sammenlignelig transaktioner.[544]

Den profit, der fikseres hos en af de kontrollerede skatteydere, kan være større end den samlede profit ved transaktionen. Dette forudsætter dog, at der hos andre af de kontrollerede skatteydere fikseres et tab, således at hverken mere eller mindre end den samlede profit er blevet fikseret hos skatteyderne.[545]

Der er ikke krav om, at den samlede profit skal fordeles lige mellem de kontrollerede skatteydere. Fordelingen skal derimod ske ud fra en af de to metoder, der er beskrevne i reg. sec. 1.482-6(c).[546] Disse metoder er den sammenlignelige avancefordelings-metode (the comparable profit split), der er beskrevet i reg. sec. 1.482-6(c)(2), og den residuale avancefordelings-metode (the residual profit split), der er beskrevet i reg. sec. 1.482-6(c)(3).[547]

Den *sammenlignelige avancefordelings-metode* tager udgangspunkt i, hvorledes den samlede profit er fordelt i forholdet mellem ikke interesseforbundne skat-

541. Reg. sec. 1.482-5(c)(3)(iii).
542. Jf. også *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 103 og *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
543. Reg. sec. 1.482-6(a).
544. Reg. sec. 1.482-6(b).
545. Reg. sec. 1.482-6(b).
546. Reg. sec. 1.482-6(b).
547. Jf. reg. sec. 1.482-6(c)(1)(i) og (ii). Se også *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129 og *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 212-213 og SU 1993, 278.

teydere, hvis transaktioner og funktioner er sammenlignelige med de interesseforbundne skatteyderes.[548] Efter denne metode anvendes hver kontrollerede skatteyderes procentvise bidrag til det samlede profit til at fordele profitten på de enkelte skatteydere.[549]

> Sammenlignelighed og pålidelighed afgøres som altid i overensstemmelse med retningslinjerne i reg. sec. 1.482-1(c) og (d).[550] Alle faktorer har betydning ved afgørelsen af, om de ikke kontrollerede transaktioner kan sammenlignes med de kontrollerede transaktioner. De faktorer, der tillægges særlig vægt i relation til den sammenlignelige profit-metode, jf. reg. sec. 1.482-5(c)(2),[551] har imidlertid ligeledes særlig stor betydning for den sammenlignelige avancefordelings-metode. Årsagen hertil er, at der for begge metoder skal foretages en sammenligning af avance (profit) mellem kontrollerede skatteydere og ikke kontrollerede skatteydere. Eftersom de kontraktretlige vilkår vil være afgørende for, hvorledes funktioner og risici er fordelt mellem parterne, er metoden også navnligt afhængig af, at de kontraktretlige vilkår i henholdsvis de ikke kontrollerede og de kontrollerede transaktioner er sammenlignelige. Den sammenlignelige avancefordelings-metode kan endelig ikke finde anvendelse, hvis den samlede profit – opgjort som en procentdel af de samlede aktiver – i den ikke kontrollerede transaktion afviger væsentligt fra den samlede profit i den kontrollerede transaktion.[552]

I det omfang der er forskelle på den kontrollerede og den ikke kontrollerede transaktion, skal disse forskelle udlignes i overensstemmelse med retningslinjerne i reg. sec. 1.482-1(d)(2).[553]

Pålideligheden af den sammenlignelige avancefordelings-metode er i høj grad afhængig af, i hvilket omfang omkostninger, indtægter og aktiver kan fordeles i forholdet mellem de interesseforbundne skatteydere, for så vidt angår den kontrollerede transaktion, og i forholdet mellem de ikke interesseforbundne skatteydere, for så vidt angår den ikke kontrollerede transaktion. Hvis det ikke er muligt at fordele omkostninger, indtægter og aktiver på baggrund af faktiske tilhørsforhold, kan der i stedet bruges en ikke nærmere defineret formel.[554] Eftersom de nævnte oplysninger typisk vil blive indhentet på baggrund af skat-

548. Ligeledes *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 104 og *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
549. Reg. sec. 1.482-6(c)(2)(i).
550. Reg. sec. 1.482-6(c)(2)(ii)(A) og (B).
551. Se ovenfor 4.3.6.
552. Reg. sec. 1.482-6(c)(2)(ii)(B)*(1)*.
553. Reg. sec. 1.482-6(c)(2)(ii)(B)*(2)*.
554. Reg. sec. 1.482-6(c)(2)(ii)(C)*(1)*.

teydernes regnskaber, er pålideligheden også afhængig af, at regnskaberne er sammenlignelige.[555]

Efter den *residuale avancefordelings-metode* fordeles den samlede profit på baggrund af en proces, der indeholder to trin. Denne proces er beskrevet i reg. sec. 1.482-6(c)(3)(i)(A) og (B).[556] I det første trin fordeles profit mellem de interesseforbundne skatteydere således, at hver skatteyder har fået et afkast på markedets vilkår for sine rutinemæssige bidrag til den kontrollerede transaktion. De rutinemæssige bidrag er de sammenlignelige bidrag, som ikke interesseforbundne skatteydere leverer i forbindelse med sammenlignelige ikke kontrollerede transaktioner.[557] Det kan imidlertid ikke udelukkes, at den fordeling af profitten, der foretages på baggrund af de rutinemæssige funktioner, der genfindes hos ikke interesseforbundne skatteydere, ikke er udtryk for samtlige de funktioner, de kontrollerede skatteydere bidrager med ved etableringen af den samlede profit. Dette er f.eks. tilfældet, hvor en af de kontrollerede skatteydere er i besiddelse af værdifulde immaterielle rettigheder, som ikke kan genfindes hos ikke kontrollerede skatteydere. I så fald resterer en del af avancen som ufordelt. Denne resterende avance skal som udgangspunkt fordeles på baggrund af værdien af de særlige funktioner, som de enkelte kontrollerede skatteydere bidrager med. Ved opgørelsen af værdierne anvendes markedsværdierne. For immaterielle rettigheder kan der i stedet beregnes en værdi med udgangspunkt i omkostningerne ved at udvikle den immaterielle rettighed.[558]

> Ved vurderingen af sammenlignelighed og pålidelighed anvendes principperne i reg. sec. 1.482-1(c) og (d).[559] I det første trin er sammenligneligheden navnlig afhængig af, i hvilket omfang de rutinemæssige funktioner, som de interesseforbundne skatteydere udøver, kan sammenlignes med tilsvarende rutinemæssige funktioner hos ikke interesseforbundne skatteydere. Det andet trin beror derimod ikke på en sammenligning med ikke interesseforbundne skatteydere.[560]

Ved afgørelsen af, om metoden er pålidelig i den situation, hvor den påtænkes anvendt, skal der navnlig lægges vægt på, hvor pålidelig fordelingen af omkostninger, indtægter og aktiver er.[561] Det har ligeledes betydning, i hvilket omfang

555. Reg. sec. 1.482-6(c)(2)(ii)(C)*(2)*.
556. Reg. sec. 1.482-6(c)(3)(i). Se også *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 104 og *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129.
557. Reg. sec. 1.482-6(c)(3)(i)(A).
558. Se nærmere reg. sec. 1.482-6(c)(3)(i)(B).
559. Reg. sec. 1.482-6(c)(3)(ii)(A) og (B).
560. Reg. sec. 1.482-6(c)(3)(ii)(B).
561. Reg. sec. 1.482-6(c)(3)(ii)(C)*(1)*.

regnskaberne fra de ikke kontrollerede skatteydere og de kontrollerede skatteydere kan sammenlignes.[562] I relation til det andet trin er pålideligheden endelig afhængig af, i hvilket omfang det er muligt at fastsætte en markedsværdi for disse funktioner, der som oftest vil være en udnyttelse af immaterielle rettigheder, og i benægtende fald om værdien af disse kan beregnes med udgangspunkt i omkostningerne ved at udvikle disse.[563]

4.3.8 Armslængde-intervallet

I nogle tilfælde vil anvendelse af den bedst egnede metode føre frem til et resultat, som med en høj grad af pålidelighed giver udtryk for armslængde-priser og -vilkår. I andre tilfælde kan anvendelse af metoden imidlertid give flere forskellige resultater, således at der opstår et interval, inden for hvilket et pålideligt armslængde-resultat kan findes. I så fald vil skatteyderens indkomstopgørelse ikke blive ændret, hvis de aftalte priser og vilkår ligger inden for intervallet.[564]

Armslængde-intervallet fastlægges efter amerikansk ret som hovedregel ved at anvende én og samme metode, der forinden er udvalgt som den bedste metode, på to eller flere ikke kontrollerede transaktioner, som er sammenlignelige og som kan give pålidelige resultater.[565] Intervallet kan dog også fastlægges ved anvendelse af flere metoder i de tilfælde, hvor sammenligningen af transaktioner og en vurdering af kvaliteten af det anvendte materiale og formodninger ikke klart udpeger en metode, som den mest pålidelige.[566]

De ikke kontrollerede transaktioner skal udvælges på baggrund af, i hvilket omfang de er sammenlignelige med den kontrollerede transaktion, og skal være så tilpas sammenlignelige, at de hver for sig fører frem til et pålideligt armslængde-resultat. Er der væsentligere forskelle på den kontrollerede og den ikke kontrollerede transaktion, skal det armslængde-resultat, der opnås ved anvendelse af den ikke kontrollerede transaktion, justeres, i det omfang en sådan justering med rimelig sandsynlighed vil øge pålideligheden af det opnåede resultat. Armslængde-intervallet vil endvidere alene blive udledt af de ikke kontrollerede transaktioner, som har – eller som efter justeringer kan få – en ensartet grad af sammenlignelighed og pålidelighed. Ikke kontrollerede transaktioner,

562. Reg. sec. 1.482-6(c)(3)(ii)(C)*(2)*.
563. Reg. sec. 1.482-6(c)(3)(ii)(C)*(3)*.
564. Reg. sec. 1.482-1(e)(1). Jf. også *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 102.
565. Reg. sec. 1.482-1(e)(2)(i).
566. Reg. sec. 1.482-1(e)(2)(i), jf. reg. sec. 1.482-1(c)(2)(iii).

som har en væsentligere lavere grad af sammenlignelighed eller pålidelighed, vil derimod ikke blive anvendt.[567]

Armslængde-intervallet vil således blive fastlagt på baggrund af de ikke kontrollerede transaktioner, som opfylder følgende kriterier:

- informationerne om den kontrollerede og de ikke kontrollerede transaktioner er så fuldstændige, at det kan sandsynliggøres, at alle væsentligere forskelle på transaktionerne er identificerede,[568]
- hver af disse væsentligere forskelle har en bestemt (definite) og rimeligt (reasonably) konstaterbar effekt på transaktionens priser og vilkår,[569] og
- disse effekter kan elimineres ved hjælp af justeringer.[570]

Hvis ingen af de ikke kontrollerede transaktioner opfylder de nævnte tre kriterier, udvælges de ikke kontrollerede transaktioner, som er mest sammenlignelige og pålidelige, uden dog at kunne opfylde kriterierne. Det er i så fald imidlertid nødvendigt at øge analysens pålidelighed ved hjælp af statistiske metoder. Ved disse statistiske metoder søges armslængde-intervallets pålidelighed øget således, at der er 75 pct. sandsynlighed for, at et armslængde-resultat ligger neden for den øvre grænse i intervallet og 75 pct. sandsynlighed for, at resultatet ligger over den nedre grænse i intervallet.[571] Den statistiske metode, der som regel bruges, er den såkaldte mellemkvadrerede (interquartile) metode,[572] men andre statistiske metoder kan finde anvendelse, hvis de giver et mere pålideligt resultat. Den mellemkvadrerede metode har et interval fra den 25. til den 75. pct. af de resultater, der er opnået ved en analyse af de ikke kontrollerede transaktioner. Den 25. pct. er det mindste mulige resultat, der er opnået ved sammenligning med en ikke kontrolleret transaktion, hvor mindst 25 pct. af de øvrige resultater er lig med eller lavere end resultatet.[573]

Eksempel: De ikke kontrollerede transaktioner giver resultaterne 10, 10, 15, 20, 25, 30 og 30 som resultater. Den 25. pct. er resultatet 15, idet 2/7 (som er et tal større end 25 pct.) af resultaterne er mindre end dette resultat. Det er samtidig det mindst mulige resultat, hvor 25 pct. af de øvrige resultater er lig med eller mindre.

---

567. Reg. sec. 1.482-1(e)(2)(ii).
568. Reg. sec. 1.482-1(e)(2)(iii)(A).
569. Reg. sec. 1.482-1(e)(2)(iii)(A).
570. Reg. sec. 1.482-1(e)(2)(iii)(A).
571. Reg. sec. 1.482-1(e)(2)(iii)(B). Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 192.
572. Af *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 131 betegnet som den »interkvartile« metode.
573. Reg. sec. 1.482-1(e)(2)(iii)(C). Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 131-132.

Hvis præcis 25 pct. af de øvrige resultater er lig med eller mindre end det nævnte resultat, ansættes den 25. pct. dog som gennemsnittet af dette resultat og det næste resultat, der er højere end dette.[574]

Eksempel: De ikke kontrollerede transaktioner giver resultaterne 10, 10, 15, 20, 25, 30, 30 og 40 som resultater. Den 25. pct. er gennemsnittet på 15 og 20, dvs. 17,5. De to mindste resultater, 10 og 10, er således præcis 25 pct. (2/8) af det tredjemindste resultat, 15, som derfor ikke i sig selv kan være den 25. pct.

Den 75. pct. udregnes på samme måde, dvs. som det højest mulige tal, hvor mindst 25 pct. af de øvrige resultater fortsat har en større talmæssig værdi end tallet.[575]

Hvis resultaterne fra en kontrolleret transaktion falder uden for armslængde-intervallet, kan skattemyndighederne ændre priser eller vilkår for den kontrollerede transaktion, således at resultatet ligger inden for et hvilket som helst punkt på armslængde-intervallet. I de tilfælde, hvor den mellemkvadrerede metode er anvendt, vil resultatet af den kontrollerede transaktion normalt blive ændret til medianen (og ikke gennemsnittet) af samtlige resultater fra de ikke kontrollerede transaktioner. Medianen defineres som den 50. pct. af samtlige resultater, når den mellemkvadrerede metode anvendes.[576]

Eksempel: I det første eksempel er medianen 25 og i det andet eksempel 27,5.

Anvendes andre statistiske metoder end den mellemkvadrerede metode, eller anvendes ingen statistiske metoder, vil resultatet af den kontrollerede transaktion normalt blive ændret til gennemsnittet af resultaterne fra de ikke kontrollerede transaktioner.[577] Der er dog intet krav om, at gennemsnittet anvendes.[578]

Eksempel: I det første eksempel er gennemsnittet 20 og i det andet 22,5.

Der er ikke efter amerikansk ret noget krav om, at skattemyndighederne skal fastslå et armslængde-interval, inden der gribes til en korrektion af en kontrolleret transaktion. Resultatet af en kontrolleret transaktion kan derfor ændres

574. Reg. sec. 1.482-1(e)(2)(iii)(C).
575. Reg. sec. 1.482-1(e)(2)(iii)(C).
576. Reg. sec. 1.482-1(e)(3).
577. Reg. sec. 1.482-1(e)(3). Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 132.
578. Jf. også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 192.

alene på baggrund af resultaterne fra én ukontrolleret transaktion, forudsat at den korrekte metode er anvendt ved beregningen af armslængde-resultatet.[579] Hvis skattemyndighederne ikke har fastlagt et armslængde-interval, og den kontrollerede skatteyder efterfølgende godtgør, at resultatet af den kontrollerede transaktion er i overensstemmelse med resultatet fra en ukontrolleret transaktion, som er vurderet i medfør af en anden korrekt anvendt metode, kan en korrektion imidlertid ikke foretages.[580] Skattemyndighederne har derfor et betydeligt incitament til altid at fastlægge et armslængde-interval.

4.3.9 Sideordnede ændringer

Korresponderende korrektioner betegnes i amerikansk som sideordnede ændringer (collateral adjustments). Hjemmel til sådanne findes i s. 482. Ved en primær korrektion efter s. 482 vil skattemyndighederne således i medfør af samme bestemmelse overveje, om der er behov for andre korrektioner,[581] herunder om der skal foretages

– korresponderende korrektioner (correlative allocations) (nedenfor 4.3.9.1),
– konforme justeringer (conforming adjustments) (nedenfor 4.3.9.2) eller
– modregninger (settoffs) som følge af andre transaktioner (nedenfor 4.3.9.3).

4.3.9.1 Korresponderende korrektioner

I tilfælde, hvor skattemyndighederne foretager en primær korrektion i medfør af s. 482, vil der blive foretaget de nødvendige korresponderende korrektioner af indkomst m.v. hos de øvrige skatteydere, som har været involveret i den transaktion, som har ført til den primære korrektion. I tilfælde, hvor indkomsten hos den ene af de kontrollerede skatteydere er forhøjet som følge af en primær korrektion, skal indkomsten hos den anden skatteyder nedsættes tilsvarende.[582]

En korresponderende korrektion forudsætter efter amerikansk ret, at den primære korrektion er foretaget. En primær korrektion anses ikke for at være foretaget, førend der foreligger en endelige afgørelse (final determination) om korrektionen i medfør af s. 482.[583] I reg. sec. 1.482-1(g)(2)(ii)(A)-(E) defineres, hvornår den primære korrektion er endeligt afgjort. Dette er tilfældet, hvor der er truffet en endelig administrativ afgørelse, som skatteyderen udtrykkeligt eller

579. Reg. sec. 1.482-1(e)(4).
580. Reg. sec. 1.482-1(e)(4).
581. Reg. sec. 1.482-1(g)(1).
582. Reg. sec. 1.482-1(g)(2)(i). Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 104. Den korresponderende korrektion forudsætter selvsagt, at det pågældende skattesubjekt er skattepligtigt til USA.
583. Reg. sec. 1.482-1(g)(2)(ii).

stiltiende – det sidste ved indbetaling af restskatten – har accepteret, eller når sagen er endeligt afgjort ved dom.

> En korresponderende korrektion skal meddeles til den skatteyder, som er genstand for den primære korrektion. I denne meddelelse fra skattemyndighederne skal karakteren og omfanget af den korresponderende korrektion udtrykkeligt angives. Dette gælder, uanset om den korresponderende korrektion vil berøre opgørelsen af den skattepligtige indkomst for en kontrolleret skatteyder i samme indkomstår eller først i et efterfølgende indkomstår.[584] Selvom meddelelsen sendes til den skatteyder, for hvem den primære korrektion er foretaget, skal den efterfølgende fremgå af dokumentationen for det selskab, for hvem den korresponderende korrektion foretages.[585]

4.3.9.2 Konforme justeringer

Konforme justeringer foretages efter amerikansk ret i regnskaberne for de skatteydere, som er blevet berørt af den primære korrektion. Ved den konforme justering ændres regnskaberne således, at de afspejler de resultater, skatteyderne har opnået ved handel på armslængde-vilkår, således som disse vilkår blev fastlagt i medfør af s. 482.[586] Disse ændringer kan indebære, at en indtægt omkvalificeres fra at være et vederlag for varer eller tjenesteydelser til at være en dividende eller et kapitalindskud.[587] Der er imidlertid også mulighed for, at indkomsten tilbageføres til den skatteyder, den rettelig tilkommer, uden at dette har yderligere skattemæssige konsekvenser.[588]

De konforme justeringer kan i princippet udløse en beskatning svarende til, hvad der fra dansk ret kendes som sekundære korrektioner. Det er imidlertid ikke i Reg. sec. afklaret, i hvilket omfang sådanne sekundære korrektioner skal finde sted.[589]

4.3.9.3 Modregninger

I de tilfælde, hvor skattemyndighederne i forholdet mellem to skatteydere har fikseret indkomst i henhold til s. 482, tages der behørigt hensyn til de andre fikseringer, der måtte være sket mellem samme skatteydere i samme skatteår i henhold til samme bestemmelse.[590] Er der foretaget modsat rettede fikseringer, kan resultaterne af disse modregnes, således at det alene er det samlede resultat

584. Reg. sec. 1.482-1(g)(2)(i).
585. Reg. sec. 1.482-1(g)(2)(i).
586. Reg. sec. 1.482-1(g)(3)(i).
587. Reg. sec. 1.482-1(g)(3)(i).
588. Reg. sec. 1.482-1(g)(3)(i).
589. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 105.
590. Ligeledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 269.

af alle fikseringerne, der fører til en ændring af skatteydernes skattepligtige indkomster.[591] Dette vil i sin yderste konsekvens kunne føre til, at den skattepligtige indkomst for begge skatteydere henstår uændret, idet den fordel, som den ene skatteyder har haft ved ikke at handle på armslængde-vilkår med den anden skatteyder i én handel, opvejes af en fordel, som den anden skatteyder har haft i forhold til den første skatteyder i en anden handel.

Adgangen til modregning forudsætter, at en række betingelser er opfyldt. For det første skal det være fastslået, at den transaktion, som skal danne grundlag for modregningen, ikke er sket på armslængde-vilkår og de korrekte armslængde-vilkår for den pågældende transaktion skal i stedet være fastlagt.[592] For det andet skal skatteyderen redegøre for samtlige korrelative korrektioner, der i medfør af reg. sec. 1.482-1(g)(2) vil følge af en modregning.[593] Skatteyderen skal for det tredje og sidste redegøre for grundlaget (basis) for den ønskede modregning inden for en periode på 30 dage efter, at skattemyndighederne har meddelt, at de påtænker at beskatte en fikseret indkomst i medfør af s. 482.[594]

5. Dansk praksis

I henhold til LL § 2, forarbejderne til denne bestemmelse og ligningsvejledningen forudsætter en korrektion af de mellem selskabsdeltager og selskab aftalte priser og vilkår på den ene side, at deres kontrollerede transaktionen sammenlignes med en transaktion mellem uafhængige parter,[595] og at armslængde-priser og -vilkår herefter fastsættes i overensstemmelse med én af de metoder, som er omtalt i OECD's retningslinjer, og som kort omtales i LV 2004-1 S.I.2.7.2.[596] Disse metoder er som ovenfor nævnt dels de traditionelle transaktionsbaserede metoder, herunder den frie markedspris-metode, videresalgspris-metoden og kostpris plus avance-metoden, dels de transaktionsbestemte avance metoder, herunder avancefordelings-metoden og den transaktionsbestemte nettoavance-metode.[597]

På den anden side fremgår det også af forarbejderne til LL § 2, at formålet med bestemmelsen var at skabe hjemmel for den praksis om beskatning af

591. Reg. sec. 1.482-1(g)(4)(i).
592. Reg. sec. 1.482-1(g)(4)(ii)(A). Ved armslængde-vilkår forstås de vilkår, der er fastsat i medfør af reg. sec. 1.482-1(b) uden hensyntagen til reg. sec. 1.482-2, hvorefter visse særlige vilkår anses for at være armslængde-vilkår, jf. reg. sec. 1.482-1(g)(4)(i).
593. Reg. sec. 1.482-1(g)(4)(ii)(B).
594. Reg. sec. 1.482-1(g)(4)(ii)(C).
595. Jf. ovenfor 3.1.
596. Jf. ovenfor 4.1.
597. Se om metoderne ovenfor 4.1.1 og 4.1.5.

fikserede renter, der eksisterede inden Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H.[598] I denne praksis, der er analyseret ovenfor XVIII, 3, blev OECD's retningslinjer øjensynligt ikke anvendt i noget nævneværdigt omfang. Det er endvidere i LV 2004-1 S.F.4 anført, at hidtidig praksis om beskatning af fikserede arbejdsvederlag ikke blev ændret som følge af vedtagelsen af LL § 2.

Spørgsmålet er herefter, om den danske praksis om transfer pricing efter vedtagelsen af LL § 2 følger OECD's retningslinjer eller følger den hidtidige praksis. Dette spørgsmål analyseres nedenfor. Antallet af offentliggjorde afgørelser om anvendelsen af LL § 2 er imidlertid beskedent.[599] Ved analysen af praksis inddrages derfor også de sager, som er afgjort med hjemmel i de nu ophævede bestemmelser i SEL § 12, stk. 1 og 2, der blev erstattet af LL § 2.[600]

Ved en redegørelse for praksis om transfer pricing i henhold til LL § 2 kan der dels på baggrund af den hidtidige teori, dels på baggrund af de sondringer, der er lagt til grund ved en analyse af retspraksis om beskatning af fikserede indkomster uden for anvendelsesområdet for LL § 2, sondres mellem følgende fem hovedgrupper, der tager udgangspunkt i indkomstens karakter:[601] Renter (nedenfor 5.1), arbejde (nedenfor 5.2), udleje eller bortforpagtning (nedenfor 5.3), salg af varer og tjenesteydelser, provisioner og royalty m.v. (nedenfor 5.4), og kapitalgevinster (nedenfor 5.5).

5.1 Renter

Den foreløbige praksis om korrektioner i henhold til LL § 2 – der hovedsagelig vedrører beskatning af fikserede renter – kan vanskeligt forenes med de detaljerede regler for opgørelsen af armslængde-priser og -vilkår, som fremgår af OECD's retningslinjer, og som kort er omtalt i ligningsvejledningen.

---

598. Se også *Søren Rasmussen*, SR-Skat 1998, 252 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 135.
599. Jf. også *Jan Pedersen*, R&R 2003, 1, 6.
600. Jf. lov nr. 432 af 26. juni 1998, § 2, nr. 2. De transaktioner, der kunne påkendes efter SEL § 12, kan – når bortses fra forskelle i kravene til interessefællesskabet – også påkendes efter LL § 2, jf. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2464: »Ved lovforslaget foreslås selskabsskattelovens § 12, stk. 1 og 2, ophævet. Indholdet af disse to stykker er i stedet omfattet af den foreslåede nye § 2 i ligningsloven. Lovforslagets bestemmelse om lovfæstelse af armslængde princippet kan samlet ses som en udvidelse af den nuværende selskabsskattelovs § 12, stk. 1 og 2.«
601. I Skat, december 2001, s. 49 oplyses, at sagerne om transfer pricing siden 1998 havde været fordelt således: 19 pct. vedrørte handel med varer, 12 pct. finansielle ydelser, 41 pct. serviceaftaler, 11 pct. immaterielle aktiver, 4 pct. materielle aktier og virksomhedsandele og 13 pct. øvrige eller uspecificerede sager. Se også *Lisbeth Rasmussen*, SpO 2000, 182, der fordeler sagerne på hovedaktivitetsområder, arten af transaktionerne og omfanget af transaktionerne.

I motiverne til LL § 2 er det forudsat, at renten som udgangspunkt skal fastsættes til en rente, der svarer til markedsrenten:

> »Rentekorrektion indebærer, at der fastsættes en rente svarende til markedsrenten, dvs. den rente to uafhængige parter ville have fastsat i et tilsvarende låneforhold«.[602]

Det anføres videre:

> »Ved lån mellem koncernforbundne selskaber og lån fra hovedaktionær til selskab foretages en skattemæssig korrektion i form af rentefiksering. Långiver beskattes af en fikseret rente – reduceret med en eventuelt aftalt lavere rentefod – mens låntager indrømmes et rentefradrag af samme størrelse som den rente, der beskattes hos långiveren. Som udgangspunkt anvendes diskontoen plus 4 pct. Korrektion foretages imidlertid alene, hvor de aftalte lånevilkår ikke er forretningsmæssigt begrundet«.[603]

I den forbindelse henvises til TS-CIR 1995-24, som indeholdt retningslinjer for den skattemæssige behandling af lån fra selskabsdeltager til selskab, og som afløste TS-CIR 1992-14. Af førstnævnte cirkulære fremgik, at der som udgangspunkt skulle fikseres en rente svarende til diskontoen med tillæg af 4 pct., men at der dog kunne anvendes en lavere rente, forudsat at det kunne påvises, at markedsrenten for det af selskabet optagne lån var lavere. I praksis inden vedtagelsen af LL § 2 blev renten som hovedregel fikseret til diskontoen plus 4 pct. Dette udgangspunkt blev dog fraveget i tilfælde, hvor konkrete forhold kunne begrunde en anden rente.[604]

På baggrund heraf kan det diskuteres, om den aftalte rente i henhold til LL § 2 skal korrigeres, når den ikke er normalt forretningsmæssigt begrundet, eller om en korrektion forudsætter, at der ikke er indgået en aftale om forrentning på armslængde-vilkår. Det må endvidere overvejes, om renten i henhold til LL § 2 fortsat skal fikseres til diskontoen med tillæg af 4 pct., medmindre konkrete forhold kan begrunde en anden rente, eller om renten fremover skal fastsættes i overensstemmelse med de mere detaljerede retningslinjer, som vedtagelsen af armslængde-princippet og anvendelsen af OECD's retningslinjer lægger op til.[605] Landsskatteretten har foreløbigt haft lejlighed til at tage stilling hertil i fem sager.[606]

---

602. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2455. Jf. også *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2002, 28.
603. Folketingstidende 1997-98 (2. samling), Tillæg A, s. 2456.
604. Se ovenfor XVIII, 3.1.4 og 3.2.5.
605. Se hertil *Ole Bjørn*, SpO 1999, 54, der anfører, at der ikke med vedtagelsen af LL § 2 blev taget

I sagen TfS 2002, 494 LSR havde selskabet en mellemregningskonto med sin hovedanpartshaver. På denne konto bogførtes kontante hævninger, løn og indskud. Endvidere hævedes udgifter til benzin, vand, el og lign. Kontoen var uforrentet og udviste gennem flere indkomstår saldi i selskabsdeltagerens favør. Landsskatteretten bemærkede, at LL § 2 var en lovfæstelse af den praksis vedrørende fiksering af renter, som var gældende før Højesterets dom i TfS 1998, 199 H. Denne praksis var derfor ifølge Landsskatteretten tilsigtet opretholdt. Efter det oplyste om selskabets økonomi[607] blev den manglende rente ikke anset for at være forretningsmæssigt begrundet.[608] Der var derfor hjemmel til skattemæssig korrektion af låneforholdet i henhold til LL § 2, stk. 1. Under hensyn til det oplyste om mellemregningskontoen fandt Landsskatteretten ikke grundlag for at tilsidesætte den af skattemyndighederne ansatte forrentning til diskontoen med tillæg af 4 pct.

Sagen TfS 2002, 824 LSR omhandlede en selskabsdeltager, der som hovedanpartshaver i et selskab havde et uforrentet tilgodehavende på selskabet. Landsskatteretten bemærkede, at LL § 2 var en lovfæstelse af den praksis vedrørende rentefiksering, som lå forud for Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H. Ved lån mellem interesseforbundne parter skulle der derfor betales en sædvanlig markedsrente. I modsat fald kunne der fikseres en rente, som kunne fradrages af låntager, men som skulle beskattes hos långiver. Fordelen ved det lavt forrentede lån, der ikke var forretningsmæssigt begrundet, ansås endvidere for et skattepligtigt tilskud hos låntager. Hjemlen hertil var ifølge Landsskatteretten SL §§ 4 og 6. Da der ikke havde været aftalt eller beregnet rente af det omhandlede lån, fandt Landsskatteretten, at selskabsdeltageren med rette var blevet beskattet af en fikseret rente svarende til diskontoen med tillæg af 5 pct.

> Renten blev så vidt ses fastsat til diskontoen med tillæg af 5 pct., fordi selskabet bl.a. havde videreudlånt midler, der hidrørte fra selskabsdeltageren, til et datterselskab mod betaling af denne rente. Selskabet ejede halvdelen af kapitalandelene i datterselskabet.

I sagen TfS 2003, 290 LSR var et selskab, A, koncernforbundet med to andre selskaber, B og C. A havde en mellemregningskonto med begge selskaber. Som følge heraf havde A en gæld til B og et tilgodehavende på C. Begge mellem-

---

stilling til, hvorledes renten skal fastsættes ved lavt forrentede udlån i forholdet mellem interesseforbundne parter.

606. TfS 2002, 494 LSR, TfS 2002, 824 LSR, TfS 2003, 290 LSR, TfS 2003, 584 LSR og TfS 2004, 166 LSR.
607. Selskabet havde i de omhandlede indkomstår en egenkapital på 75-100.000 kr. og overskud på 2-25.000 kr.
608. Jf. også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 391.

regningskonti blev forrentet med 4 pct. ud fra en gennemsnitssaldo, der var beregnet på baggrund af primo og ultimo saldo. Landsskatteretten bemærkede, at LL § 2 var en lovfæstelse af den praksis vedrørende rentefiksering, som lå forud for Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H. Denne praksis var derfor ifølge Landsskatteretten tilsigtet opretholdt. Ifølge Landsskatteretten skulle de omhandlede mellemregningskonti sidestilles med anfordringstilgodehavender. En forretning på 4 pct. af sådanne tilgodehavender kunne ikke anses for at svare til markedsmæssige vilkår. Der måtte derfor i overensstemmelse med LL § 2, stk. 1, ske en korrektion af forrentningen. Under hensyn til det oplyste om mellemregningskontiene fandt Landsskatteretten ikke grundlag for at tilsidesætte den af skattemyndighederne anvendte rentesats på diskontoen med tillæg af 4 pct.[609]

> For så vidt angik selve beregningen fandt Landsskatteretten efter en konkret bedømmelse, at der som følge af udsvingene på mellemregningskontiene skulle foretages en renteberegning på baggrund af årets gennemsnitlige månedlige saldi, idet disse skulle fastsættes som gennemsnittet mellem de månedlige primo og ultimo saldi.

Sagen TfS 2003, 584 LSR omhandlede bl.a. et moderselskab, A, som var sambeskattet med et helejet datterselskab, B, og som havde en mellemregningskonto med datterselskabet, der gennem flere år udviste en saldo i moderselskabets favør. Mellemregningskontoen blev ikke forrentet. Landsskatteretten udtalte, at LL § 2 var en lovfæstelse af den praksis vedrørende rentefiksering, som lå forud for Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H, hvorfor denne praksis var tilsigtet opretholdt. Mellemregningskontoen mellem moder- og datterselskabet måtte ifølge Landsskatteretten sidestilles med et anfordringstilgodehavende. Den manglende forrentning af dette kunne ikke anses for at være aftalt på markedsmæssige vilkår, og den aftalte rente måtte derfor korrigeres i henhold til LL § 2, stk. 1. Under hensyn til det oplyste om mellemregningskontoen, og idet selskabet ikke havde dokumenteret eller på anden måde sandsynliggjort, at den manglende forrentning var forretningsmæssigt begrundet, fastholdt Landsskatteretten, at moderselskabet skulle beskattes af en rente svarende til diskontoen med tillæg af 4 pct.[610]

Endelig omhandlede sagen TfS 2004, 166 LSR en selskabsdeltager, der af Landsskatteretten blev anset for at råde over mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab,[611] som havde et uforrentet tilgodehavende på selskabsdeltageren. Landsskatteretten bemærkede, at LL § 2 var en lovfæstelse af den

609. Sagen er appelleret til landsretten.
610. Jf. også *Michael Sørensen*, SR-Skat 2003, 276.
611. Se ovenfor VIII, 3.2.

praksis vedrørende rentefiksering, som lå forud for Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H, og at denne praksis var tilsigtet opretholdt. Selskabet blev derfor beskattet af en fikseret rente, der blev fastsat til diskontoen med tillæg af 4 pct., idet Landsskatteretten ikke fandt grundlag for at tilsidesætte den af skattemyndighederne ansatte forrentning.[612]

> Selskabet havde herudover et uforrentet tilgodehavende på et interesseforbundet interessentskab. Dette skulle ifølge Landsskatteretten ikke forrentes, idet en aftalt forrentning af en interessentens indestående i – eller gæld til – et interessentskab i skattemæssig henseende anses for at være et led i disponeringen af interessentskabets overskud, og ikke en rente, jf. hertil LSRM 1983, 121 og TfS 1996, 256 LSR.

Landsskatterettens praksis om beskatning af fikserede renter kan, som det ses, ikke uden videre anses for at følge ordlyden af LL § 2 eller OECD's retningslinjer.

For det første har Landsskatteretten i alle tilfælde givet udtryk for, at formålet med LL § 2 var at lovfæste den praksis om beskatning af fikserede renter, der lå forud for Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H. Bedømmelsen af, hvornår udlånet må anses for at være forretningsmæssigt begrundet, er imidlertid skærpet i forhold til de retningslinjer, der var gældende inden TfS 1998, 199 H, jf. hertil TSS-CIR 1995-24 af 31/12 1995,[613] og praksis inden TfS 1998, 199 H.[614] Efter Landsskatterettens nye praksis skal der betales en rente svarende til markedsrenten uden en vurdering af, om der er tale om et »særligt tilfælde«, herunder om selskabsdeltagerens tilgodehavende på selskabet hidrører fra overdragelsen af et aktiv, hvis fremtidige afkast er usikkert, jf. TfS 1996, 642 H, eller om selskabet har vanskeligt ved at forrente tilgodehavendet, jf. TfS 1997, 329 V og TfS 1997, 665 V. Henvisningen til praksis i tiden før Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H er derfor misvisende.

For det andet er Landsskatterettens vurdering af, hvornår udlånet er forretningsmæssigt begrundet, og hvornår udlånet er foretaget på markedsmæssige vilkår, tvetydig. I praksis inden Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H blev det antaget, at långiver kunne beskattes af en fikseret rente, når aftalen om

---

612. Skattemyndighederne havde supplerende oplyst, at denne forrentning – der var på 7,5 pct. – ud fra de »indhentede oplysninger« svarede til den gunstigst mulige erhvervskredit vurderet ud fra engagementets størrelse, debitors betalingsevne, antal transaktioner i årets løb og låntagers (»kundens«) evne til at forhandle renten. Dette kunne tyde på, at udlånet er blevet sammenlignet med et ikke umiddelbart sammenligneligt udlån foretaget af en professionel långiver.
613. Cfr. *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2002, 26, der blot anser Landsskatterettens afgørelse i TfS 2002, 494 LSR for at være en fortsættelse af den skærpede linje, der blev anlagt i TSS-CIR 1995-24 af 31/12 1995.
614. Se om denne praksis ovenfor XVIII, 3.2.3.

forrentning af långivers tilgodehavende ikke var normalt forretningsmæssig begrundet.[615] Når Landsskatteretten i sagerne TfS 2002, 494 LSR, TfS 2002, 824 LSR og TfS 2003, 584 LSR som begrundelse for den foretagne korrektion anfører, at lånet ikke var forretningsmæssigt begrundet, kan det derfor fortolkes således, at Landsskatteretten er vendt tilbage til denne praksis. På den anden side vurderes det i sagen TfS 2003, 290 LSR – og til dels også i TfS 2002, 824 LSR og TfS 2003, 584 LSR – om renten var aftalt på markedsmæssige vilkår. Dette kunne fortolkes således, at Landsskatteretten anser de almindelige markedsmæssige vilkår for at være det samme som det, der er forretningsmæssigt velbegrundet.[616]

En sådan sammenkobling af det forretningsmæssigt begrundede og de markedsmæssige vilkår kan imidlertid ikke anses for at være korrekt, hvis de markedsmæssige vilkår anses for at være det samme som armslængde-vilkår. Praksis inden vedtagelsen af LL § 2 var kendetegnet ved, at det blev vurderet, om de interesseforbundne parter havde en forretningsmæssig begrundelse for at aftale en anden forrentning end den, der ville blive aftalt mellem uafhængige parter. Denne vurdering var ikke nødvendigvis den samme som en vurdering af, hvorledes de interesseforbundne parter ville havde handlet med ikke interesseforbundne parter. Der blev således taget højde for, at der netop som følge af det økonomiske interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab kunne være årsager til, at selskabsdeltager ikke ville opkræve en rente af selskabet. Sådanne overvejelser ville selvsagt ikke være kommet på tale, hvis selskabsdeltager havde foretaget et tilsvarende udlån til et uafhængigt selskab.

Henvisningen til de markedsmæssige vilkår i sammenhæng med den forretningsmæssige begrundelse må derfor i stedet fortolkes således, at Landsskatteretten – uanset ordlyden af LL § 2 – fortsat vurderer, om den aftalte forrentning er forretningsmæssigt begrundet.[617] Er dette tilfældet, vil långiver ikke blive beskattet af en fikseret rente, uanset at långiver ville have opkrævet en sådan rente ved udlån på armslængde-vilkår til en ikke interesseforbunden låntager. Til støtte for dette resultat kan anføres, at Landsskatteretten i alle tilfælde har lagt vægt på, at LL § 2 blot lovfæster den praksis, som var gældende inden TfS 1998, 199 H.

Landsskatterettens praksis må derfor udlægges således, at det i dag i overensstemmelse med ordlyden af LL § 2 vurderes, om långiver ville have foretaget et

615. Se ovenfor XVIII, 3.2.2 og 3.2.5.

616. I TfS 2004, 166 LSR vurderes det så vidt ses overhovedet ikke, om renten er forretningsmæssigt begrundet eller aftalt på armslængde-vilkår. Landsskatteretten konkluderer uden videre på baggrund af en analyse af interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab, at det er berettiget at beskatte selskabet af en fikseret rente.

617. Jf. også *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 375-376.

udlån til en ikke interesseforbunden låntager på tilsvarende vilkår, herunder mod betaling af den samme rente. Er dette ikke tilfældet, anses renten ikke for at være aftalt på markedsmæssige vilkår, og långiver beskattes da af en fikseret rente, medmindre det godtgøres, at den aftalte rente er normalt forretningsmæssigt begrundet. Landsskatteretten er hermed vendt tilbage til den retstilstand, der f.eks. kom til udtryk i TfS 1985, 439 Ø, TfS 1986, 441 LSR, TfS 1986, 473 LSR, TfS 1992, 103 LR, TfS 1992, 106 LR, TfS 1993, 236 Ø og TfS 1995, 528 LSR,[618] hvorefter en manglende eller lav forretning i sig selv blev anset for at være udtryk for, at aftalen om forretning ikke var normalt forretningsmæssigt begrundet.

Det må derfor anses for at være bevidst, når Landsskatteretten har givet udtryk for, at det afgørende for en korrektion er, om udlånet er »forretningsmæssigt begrundet«. I kraft heraf og i kraft af henvisningen til retstilstanden før TfS 1998, 199 H, kan der ikke være tvivl om, at Landsskatteretten ikke alene vurderer, hvad der ville være aftalt på armslængde-vilkår, men også tager i betragtning, hvad der er normalt forretningsmæssigt begrundet.[619]

Det er derimod lidt upræcist, når Landsskatteretten til stadighed anfører, at praksis før TfS 1998, 199 H er forudsat opretholdt ved vedtagelsen af LL § 2, når Landsskatteretten netop ikke har valgt at følge praksis, således som den blev skærpet først ved TfS 1996, 642 H og siden ved TfS 1998, 199 H, men derimod følger praksis i tiden inden førstnævnte afgørelse.

For det tredje kan anføres, at Landsskatteretten ved fiksering af renten fortsat tager udgangspunkt i diskontoen med tillæg af 4 pct., således som det også var tilfældet i praksis og i de administrative retningslinjer inden vedtagelsen af LL § 2.[620] Ved udmålingen af den rente, der er normalt forretningsmæssigt begrundet, foretages der ikke en sammenligning af de interesseforbundne parters udlån med udlån mellem sammenlignelige uafhængige parter. De metoder, der kan anvendes ved fastsættelse af renten – hvor navnlig den frie markeds pris-metode ville være den mest oplagte – bliver heller ikke udtrykkeligt anvendt.

Under henvisning til forarbejderne til LL § 2 har Landsskatteretten herefter i et betydeligt omfang sat det efter omstændighederne meget komplicerede skøn, der skal udøves i henhold til ligningsvejledningen og OECD's retningslinjer, under regel, idet renten fikseres til diskontoen med tillæg af 4 pct., medmindre skatteyderne kan påvise konkrete holdepunkter for, at en anden rente skal an-

---

618. Se ovenfor XVIII, 3.1.1 og 3.2.2.
619. Anderledes *Christian Beck* i Skatteret, s. 479, *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 72 og *Susanne Pedersen & Klaus Okholm*, SU 1999, 94, der så vidt ses er af den opfattelse, at det alene vurderes, om udlånet er foretaget på armslængde-priser og -vilkår.
620. Se også ovenfor XVIII, 3.1.4 og 3.2.5.

vendes.[621] Der foretages derfor ikke nogen sammenligning med uafhængige parters udlån i sammenlignelige situationer, idet en rente svarende til diskontoen med tillæg af 4 pct. uden videre anses for at være den rente, som uafhængige parter ville have anvendt i en sammenlignelig situation.[622] Det vurderes heller ikke, om en rente svarende til diskontoen med tillæg af 4 pct. er den rente, som ville blive aftalt efter f.eks. den frie markedspris-metode – og det selvom en rente svarende til diskontoen med tillæg af 4 pct. som følge af den historisk lave diskonto på 2 pct. må anses for at være en meget høj rente.[623] Endelig tages der ikke højde for, at markedsrenten alt andet lige vil variere i lånets løbetid.[624]

> Det er uden betydning for en vurdering på armslængde-vilkår, hvilken alternativ rente udlåner kunne have fået ved indskud i f.eks. et pengeinstitut eller ved køb af rentebærende fordringer eller lignende. Renten skal ansættes på baggrund af den rente, som en uafhængig part ville have krævet ved udlån til en sammenlignelig låntager på samme vilkår, og ikke med udgangspunkt i den rente, som en uafhængig part ville have krævet ved udlån til f.eks. en bank eller ved køb af obligationer. Det er derfor ikke korrekt, når det visse steder i teorien hævdes, at der bør foretages en fiksering svarende til den fordel, som långiver har mistet ved ikke at placere pengene på anden måde.[625]
>
> Som følge heraf er det også ukorrekt, når afgørelsen TfS 2003, 290 LSR kritiseres under henvisning til, at selskabsdeltageren betalte en større rente til sit selskab, end selskabet kunne opnå ved at have en del af låneprovenuet indestående i sit pengeinstitut.[626] Selv om

---

621. Se om bevisbyrden *Peter Bang*, SU 1999, 59.
622. Ligeledes *Christian Beck* i Skatteret, s. 479 og *Susanne Pedersen & Klaus Okholm*, SU 1999, 94. I modsætning hertil anføres følgende i LV 2004-1 S.I.1.3.2: »Der skal foretages en individuel fastsættelse af rentefoden under hensyntagen til forhold som lånets størrelse, dets løbetid, den stillede sikkerhed og låntagers kreditværdighed. Kun såfremt det – undtagelsesvist – ikke er muligt at fastlægge en sådan armslængde rente med rimelig sikkerhed, kan diskontoen plus 4 pct. anvendes«.
623. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 606, *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 263, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 197-198 og *Michael Sørensen*, SR-Skat 2003, 276. Tillægget på 4 pct. er i dag dobbelt så stort som diskontoen, hvor det tidligere kun udgjorde ca. halvdelen af diskontoen.
624. Den én gang fastsatte rente vil således alt andet lige ikke blive fraveget. Anderledes *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 198 på baggrund af Told- og Skattestyrelsens notat om betalingskorrektion og omgørelse i TfS 2000, 740 antager, at der i praksis efter LL § 2 ville blive taget højde for udviklingen i renteniveauet.
625. Cfr. *Ole Bjørn*, SR-Skat, 1995, 14, *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 263 og Skatteudnyttelse, s. 360, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 198 og 380, *Michael Sørensen*, SR-Skat 2003, 276 og *Malene Kerzel*, Hovdaktionærdispositioner, s. 134-139. Sidstnævnte sondrer mellem en markedsudlånsrente, der skal anvendes for långiver, og en markedsindlånsrente, der skal anvendes for låntager.
626. Cfr. *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2003, 14.

> selskabet reelt havde opnået en ikke ubetydelig fordel ved at udlåne beløbet til selskabsdeltageren, set i forhold til indskud i et pengeinstitut, må det fastholdes, at den interesseforbundne låntager og pengeinstituttet ikke var sammenlignelige låntagere.

Noget andet er, at en anvendelse af en eller flere faste rentesatser som et udgangspunkt for, hvad der antages at være markedsrenten, kan være praktisk for alle parter, i det omfang, hvor en sådan rente får karakter af en »safe harbour«, dvs. en rentesats, som kan anvendes ved udlån uden risiko for, at der efterfølgende vil blive anvendt en anden fikseret rentesats. Den af Landsskatteretten anvendte rentesats på diskontoen med tillæg af 4 pct. er imidlertid ikke en sådan »safe harbour«, idet de interesseforbundne parter ikke i dag vil kunne støtte ret på, at de har anvendt den af Landsskatteretten almindeligt anerkendte rentesats.[627] Denne rentesats vil blive fraveget, hvis konkrete omstændigheder taler for et andet resultat.[628]

For det fjerde og sidste har Landsskatteretten – formentlig inspireret af Højesterets dom i sagen TfS 2002, 967 H om beskatning af fikseret leje ved udleje mellem nærstående fysiske personer[629] – introduceret et nyt krav til en korrektion af den aftalte forrentning i henhold til LL § 2, der hverken fremgår af bestemmelsens ordlyd, forarbejderne til denne eller OECD's retningslinjer. Dette krav kan bedst betegnes som en bagatelgrænse, jf. TfS 2003, 842 LSR. Denne sag omhandlede en selskabsdeltager, som havde en uforrentet mellemregningskonto med sit selskab, der udviste en mindre saldo i selskabsdeltagerens favør. Landsskatteretten fandt, at mellemregningskontoen måtte sidestilles med et anfordringstilgodehavende. En manglende forrentning af denne kunne derfor som udgangspunkt ikke anses for at være udtryk for markedsmæssige vilkår. Landsskatteretten var dog også af den opfattelse, at en korrektion ikke kunne finde sted efter LL § 2, fordi der var tale om et bagatelagtigt beløb.

Selvom det forekommer sympatisk, at LL § 2 ikke finder anvendelse på ethvert beløb uden hensyn til dets størrelse, er der ikke i LL § 2 hjemmel for skattemyndighederne til at bestemme, hvornår en korrektion i medfør af denne bestemmelse skal gennemføres.[630] Hertil kommer, at det ikke står klart, på hvilket grundlag det skal bedømmes, om et beløb er en bagatel, herunder om dette beløb skal opgøres som en absolut værdi, en procentdel af selskabets indkomst, en procentdel af selskabsdeltagerens indkomst, en procentdel af låneprovenuet, eller på anden måde.

Den foreløbige praksis fra Landsskatteretten peger samlet set klart i retning

---

627. Se også *Susanne Pedersen & Klaus Okholm*, SU 1999, 94.
628. Jf. ovenfor XVIII, 3.1.4 og 3.2.5.
629. Se også TfS 1988, 292 H og TfS 1987, 60 Ø, der er omtalt nedenfor 5.4.
630. Anderledes *I.A. Strobel*, TfS 1988, 314, for så vidt angår en korrektion efter SL § 4.

af, at beskatning af fikserede renter nu skal finde sted efter et regelsæt, der – når bortses fra den nye bagatelgrænse – bedst kan beskrives som et sammensurium af LL § 2's ordlyd og tidligere praksis om rentefiksering. Vurderingen af, om den aftalte forrentning skal korrigeres, er således en vurdering af, hvad der er normalt forretningsmæssigt begrundet, hvor det under henvisning til ordlyden af LL § 2 som hovedregel antages, at en rente, der ikke er aftalt på armslængde-vilkår, er unormalt forretningsmæssigt begrundet. Armslængde-renten er under henvisning til den tidligere praksis ikke den rente, der ville være aftalt mellem uafhængige parter i et sammenligneligt låneforhold, men derimod som hovedregel diskontoen med tillæg af 4 pct. OECD's retningslinjer om transfer pricing har så vidt ses ingen betydning for sagerne om beskatning af fikserede renter.

Selvom Landsskatterettens praksis klart afviger fra ordlyden af LL § 2 og OECD's retningslinjer, kan den i kraft af forarbejderne til bestemmelsen ikke anses for at være ulovhjemlet.[631] Der er ikke tvivl om, at lovgiver netop med vedtagelsen af LL § 2 havde et ønske om at lovfæste den hidtidige praksis om rentefiksering, også selvom denne på en række områder afveg fra, hvad der i dag ville gælde i medfør af OECD's retningslinjer.[632]

5.2 Arbejdsvederlag

En aftale om, at en selskabsdeltager udfører et arbejde for sit selskab, vil som indkomstskabende aktivitet utvivlsomt være omfattet af ordlyden af LL § 2.[633] Selskabsdeltageren vil derfor i henhold til ordlyden kunne beskattes af en fikseret løn, som den pågældende ikke har fremkaldt, forudsat at der med selskabet ikke er indgået en aftale om aflønning på armslængde-priser og -vilkår.[634]

I praksis var det dog inden vedtagelsen af LL § 2 forudsat, at der som altovervejende hovedregel ikke var hjemmel til at beskatte en selskabsdeltager af et fikseret arbejdsvederlag.[635] Denne fortolkning af praksis fandt støtte i CIR nr. 437 af 5/11 1975, hvoraf fremgik, at det mellem selskabsdeltager og selskab aftalte vederlag for selskabsdeltagerens arbejde som altovervejende hovedregel måtte respekteres.[636] På baggrund heraf blev der ved vedtagelsen af LL § 2 stillet spørgsmål om, hvorvidt LL § 2 udvidede mulighederne for at beskatte selskabs-

---

631. Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 140: »Beskatningen af en fikseret renteindtægt svarende til diskontoen + 4% må på den baggrund hævdes at være i strid med LL § 2, …«
632. Ligeledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 135-136.
633. Se ovenfor 2.3.1. Jf. også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 143.
634. Jf. også *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16 og *Ole Bjørn*, SpO 1999, 54.
635. Jf. ovenfor XVIII, 4.4.
636. Cirkulæret blev ophævet ved TS-CIR 1992-14, men heraf fremgik, at der ikke var tilsigtet nogen ændring af praksis på dette område.

deltageren af et fikseret arbejdsvederlag. Skatteministeren besvarede dette spørgsmål benægtende.[637] Det anførtes, at LL § 2 også på dette område tilsigtede at opretholde den hidtidige praksis om indkomstfiksering, således at fiksering af arbejdsvederlag kun kunne finde sted i overensstemmelse med, hvad der hidtil var antaget.

I LV 2004-1 anføres endvidere følgende:

> »Vedrørende spørgsmålet om fiksering af løn indeholder lov nr. 432 af 26. juni 1998 (Lovfæstelse af armslængdeprincippet og værn mod tynd kapitalisering) ikke noget nyt i forhold til gældende ret. Den hidtidige praksis er lovfæstet«.[638]

Der findes ikke offentliggjort praksis om fiksering af arbejdsvederlag i henhold til LL § 2, og det må på baggrund af ovenstående antages, at skattemyndighederne ikke vil rejse krav om en sådan fiksering i henhold til LL § 2,[639] medmindre de krav, der hidtil blev stillet i praksis, er opfyldt.

For så vidt angår aftaler om aflønning af selskabsdeltageren, skal LL § 2 derfor fortolkes således, at den aftalte aflønning ikke skal korrigeres, når denne aftale er normalt forretningsmæssigt begrundet, uanset om aftalen er indgået på armslængde-priser og -vilkår eller ej. Selskabsdeltageren og selskabet kan derfor f.eks. netop i kraft af det økonomiske interessefællesskab indgå en aftale om, at selskabsdeltageren ikke skal have udbetalt løn, således at selskabet konsolideres, selvom sammenlignelige uafhængige parter ikke ville have indgået en tilsvarende aftale.[640]

Det i ligningsvejledningen og forarbejderne til LL § 2 anførte om sammenligning med uafhængige parters transaktioner og fastsættelse af armslængdepriser og -vilkår har således ikke betydning for dansk ret for så vidt angår beskatning af fikserede arbejdsvederlag.

Det er imidlertid ikke af den grund udelukket at fortolke LL § 2 i overensstemmelse med bestemmelsens meget klare og objektive ordlyd. I forarbejderne

---

637. Jf. *Bent Ramskov*, R&R 2003, 1, 16, der henviser til et brev af 25/6 1998, j. nr. 10.98-411-50 fra skatteministeren til Advokatrådets skatteudvalg. Se også *Ole Bjørn*, SpO 1999, 54.
638. Jf. LV 2004-1 S.F.4.
639. Ligeledes *Ole Bjørn*, SpO 1999, 54.
640. Se ovenfor XVIII, 4.4. Jf. også *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 100. Anderledes så vidt ses *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 145, der finder, at selskabsdeltageren som udgangspunkt skal beskattes af det arbejdsvederlag, der ville være aftalt på armslængde-vilkår, men at dette udgangspunkt kan modificeres, når selskabets økonomiske situation tilsiger en konsolidering af dets formue. Anderledes også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 380, der anfører: »LL § 2 indebærer, at der må ske fiksering af det manglende arbejdsvederlag hos aktionæren. Korrektionen må antages at skulle foregå på samme vis som vedrørende rentefri lån«.

til bestemmelsen er det f.eks. antaget, at praksis om beskatning fikserede renter i tiden inden Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H blev lovfæstet med LL § 2. Dette har som nævnt foran ikke afholdt Landsskatteretten fra at vurdere den aftalte forrentning på baggrund af den noget lempeligere praksis inden Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H.[641]

Landsskatteretten har endvidere i andre tilfældet antaget, at en beskatning kan finde sted under henvisning til den klare ordlyd af en bestemmelse, selvom bestemmelsens anvendelsesområde ifølge forarbejderne er begrænset i forhold til ordlyden, jf. f.eks. TfS 1999, 660 LSR.

I forarbejderne til LL § 15 anføres, at formålet med loven er at forhindre misbrug af retten til at fremføre et skattemæssigt underskud i forbindelse med salg af underskudsselskaber til passive investorer. LL § 15 omfatter imidlertid efter sin ordlyd tillige de købere, der erhverver et selskab med underskud med henblik på at drive en egentlig erhvervsmæssig virksomhed i selskabet. Dette førte i sagen TfS 1999, 660 LSR til, at Landsskatteretten måtte afgøre, om bestemmelsen kunne finde anvendelse for en person, der erhvervede et underskudsselskab med henblik på at starte virksomhed med salg af mode- og fritidstøj via postordresalg. Landsskatteretten bemærkede, at det af forarbejderne til LL § 15 bl.a. fremgik, at formålet med lovforslaget var at forhindre misbrug af retten til at fremføre skattemæssigt underskud i forbindelse med salg af underskudsselskaber til passive investorer. Bemærkningerne til forarbejderne kunne imidlertid ikke tillægges afgørende betydning i det foreliggende tilfælde, eftersom LL § 15, stk. 7, 1. pkt., var udformet som en objektiv regel, der efter sin ordlyd ikke gav anledning til tvivl om, hvorvidt det omhandlede underskud var omfattet af bestemmelsen. Underskuddene kunne derfor ikke fremføres til fradrag i overskuddene.

5.3 Udleje og bortforpagtning

I henhold til LL § 2 skal selskabsdeltager eller selskab ved udleje eller bortforpagtning af fast ejendom m.v. i det indbyrdes forhold anvende priser og vilkår i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter.

I modsætning til rentefiksering og fiksering af arbejdsvederlag er der ikke i forarbejderne til LL § 2 specifikt givet udtryk for, at bestemmelsen lovfæstede den hidtidige praksis om beskatning af fikseret leje ved udleje mellem selskabsdeltager og selskab.

På baggrund heraf må det antages, at selskabsdeltager eller selskab vil blive beskattet af en fikseret leje eller forpagtningsafgift med udgangspunkt i en

641. Jf. foran 5.1.

sammenligning af deres leje- eller forpagtningsaftale med en sammenlignelig leje- eller forpagtningsaftale mellem uafhængige parter, og at armslængde-priser og -vilkår herefter vil blive udmålt i overensstemmelse med de i ligningsvejledningen og OECD's retningslinjer beskrevne metoder.[642]

At denne forventning stort set er berettiget, fremgår af sagen TfS 2004, 97 Ø om et selskab, som havde købt en ubebygget sommerhusgrund og opført et sommerhus på grunden. Selskabsdeltageren benyttede vederlagsfrit sommerhuset i en periode, hvor det fortsat havde en række fejl og mangler, som efterfølgende blev afhjulpet, herunder f.eks. problemer med den centrale køkkenø i ejendommen, som i et tidsrum ikke kunne anvendes til madlavning eller lignende. Østre Landsret lagde til grund, at selskabsdeltageren som eneanpartshaver i selskabet havde haft rådighed over sommerhuset i den periode, som sagen omhandlede.[643]

Om LL § 2 anførte landsretten, at den efter sin ordlyd omfatter »handelsmæssige eller økonomiske transaktioner« mellem bl.a. selskaber og selskabsdeltagere, der kontrollerer selskabet. Der blev herefter henvist til forarbejderne til loven, hvori bl.a. anføres:

> »De i bestemmelsen omhandlede kontrollerede transaktioner omfatter alle forbindelser mellem parterne. Til eksempel kan nævnes levering af tjenesteydelser, låneforhold, overførsel af aktiver, immaterielle aktiver, der stilles til rådighed m.v.«.

Landsretten fandt derfor, at et låneforhold af den karakter, som forelå i sagen, var omfattet af LL § 2. Der var som følge heraf hjemmel i denne bestemmelse til at korrigere vilkårene for selskabsdeltagerens benyttelse af sommerhuset, således at skattemyndighederne var berettiget til at beskatte selskabet af en fikseret leje svarende til markedslejen.

Der var ikke ved udmålingen af den fikserede leje grundlag for at anvende de dagældende bestemmelser i LL § 15 E, stk. 1, om lejeværdi af bolig i egen ejendom, da sommerhuset var blevet benyttet af selskabsdeltageren, som heller ikke i den omhandlede periode ejede sommerhuset.

Hvis der ikke var sikre holdepunkter for, hvad der kunne været opnået ved udleje til en uafhængig tredjemand, skulle markedslejen ifølge landsretten som udgangspunkt efter skattemyndighedernes praksis fastsættes til 8 pct. af ejendomsvurderingen. På baggrund af en syns- og skønserklæring, der var bestyrket

---

642. Jf. også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 381. Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 153-154, der antager, at værdiansættelsen må tage udgangspunkt i LL § 16, der omhandler beskatningen af personalegoder: »Værdinomeringerne i LL § 16 får dermed i disse situationer karakter af formodningsregler«.
643. Forholdet til sommerhuslovens regler blev ikke så vidt ses ikke overvejet.

ved fremlagte erklæringer fra lokale udlejningsbureauer, havde skattemyndighedernes praksis dog ifølge landsretten ført til et for selskabet åbenbart urimeligt resultat. Ved udmålingen af den fikserede leje skulle der tages hensyn til, at selskabet, der ikke drev virksomhed med udlejning af sommerhuse, i givet fald naturligt måtte forventes at ville udleje sommerhuset gennem et udlejningsbureau med deraf følgende betaling af provision til udlejningsbureauet.[644] Landsretten fandt endvidere i overensstemmelse med syn- og skønserklæringen, at sommerhuset i de omhandlede perioder kunne have været udlejet til trods for problemerne med køkkenet. Sagen blev derfor hjemvist til fornyet behandling ved skattemyndighederne med henblik på udmåling af en fikseret leje.

Efter landsrettens dom kan der ikke herske tvivl om, at selskabsdeltager og selskab i det indbyrdes forhold skal anvende priser og vilkår for udleje eller udlån af fast ejendom, som svarer til, hvad der kunne være opnået, hvis udlejen eller udlånet var foretaget mellem sammenlignelige uafhængige parter. Det er ikke tilstrækkeligt, at selskabsdeltager og selskab kan påvise, at aftalen kan anses for at være normalt forretningsmæssig begrundet for interesseforbundne parter.

Ved vurderingen af, hvad der må anses for at være den leje, som uafhængige parter ville have aftalt, tog landsretten udgangspunkt i skattemyndighedernes praksis, hvorefter lejen fastsættes til 8 pct. af ejendomsvurderingen. Landsretten var imidlertid ikke efter de indhentede syn og skøn m.v. i tvivl om, at denne leje ikke svarede til, hvad selskabet kunne have opnået ved udleje til en uafhængig part. Det blev derfor nøje vurderet, hvad selskabet ville have opnået ved udleje af det omtalte sommerhus til en uafhængig lejer, idet der blev lagt vægt på, at selskabet som ikke professionel udlejer ville have benyttet et udlejningsbureau.[645] Den kontrollerede udleje mellem selskabsdeltager og selskab blev derfor utvivlsomt sammenlignet med, hvad ville være opnået ved en sammenlignelig udleje mellem uafhængige parter, og markedslejen blev udmålt efter den frie markedspris-metode.

En tidligere afgørelse om udleje mellem selskabsdeltager og selskab, der blev afgjort i medfør af den nu ophævede bestemmelse om transfer pricing i SEL § 12, bekræfter det ovenfor anførte. I sagen LSRM 1979, 191 tog landsretten ligeledes udgangspunkt i, om den aftalte leje var fastsat på armslængde-vilkår.

Sagen omhandlede et dansk datterselskab, der bl.a. lejede nogle anlæg af et engelsk mo-

644. Der blev så vidt ses ikke taget højde for, at der ikke ville blive givet tilladelse til selskabets erhvervsmæssige udleje af sommerhuset, jf. hertil sommerhuslovens § 1, stk. 1, nr. 2, og § 2 samt §§ 8 og 9. Se også sagerne UfR 1998.756 V og UfR 2000.1164 H.

645. Der blev derimod så vidt ses ikke taget højde for, at selskabet næppe ville have fået tilladelse til en erhvervsmæssig udleje.

derselskab, for derefter at videreudleje disse anlæg og sælge specialudstyr til brug i forbindelse med anlæggene. I forbindelse med en devaluering af det engelske pund havde det engelsk moderselskab ved telex meddelt det danske datterselskab, at det danske selskab skulle bevare prisen i danske kroner over for sine lejere, og at det senere ville blive debiteret for en yderligere leje i engelsk valuta svarende til devalueringsforskellen. Under behandlingen for Landsskatteretten gjorde selskabet bl.a. gældende, at meddelelser svarende til den føromtalte telex var sendt fra moderselskabet til 15 firmaer, hvoraf kun 4 var datterselskaber, medens 11 var uafhængige virksomheder.

Skattemyndighederne anerkendte på baggrund af de indhentede oplysninger, at det danske selskab havde været underkastet samme vilkår som uafhængige selskaber,[646] hvorfor den daværende bestemmelse i SEL § 12 ikke kunne bringes i anvendelse. Landsskatteretten kunne tiltræde skattemyndighedernes standpunkt, og de forhøjede ansættelser blev derfor afvist.

På baggrund af ovenstående må det antages, at LL § 2 som udgangspunkt vil blive anvendt i overensstemmelse med OECD's retningslinjer om transfer pricing for så vidt angår beskatning af fikseret leje m.v. ved udleje af fast ejendom – og formentlig også ved udleje af andre formuegoder.[647] Den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte leje m.v. vil derfor blive korrigeret, når denne aftale ikke er indgået på armslængde-priser og -vilkår, uanset om den er normalt forretningsmæssigt begrundet eller ej.

For så vidt angår udleje af fast ejendom vil lejen alene blive fikseret til 8 pct. af ejendomsvurderingen, når dette beløb er udtryk for den leje, som kunne være opnået ved udleje til uafhængige parter på armslængde-priser og -vilkår.

5.4 Salg af varer og tjenesteydelser, provisioner og royalty m.v.

LL § 2 kan finde anvendelse for de tilfælde, at der mellem selskabsdeltager og selskab er indgået aftale om betaling af royalty eller provisioner m.v. Sådanne aftaler skal ifølge bestemmelsen indgås på armslængde-priser og -vilkår. Salg af varer og tjenesteydelser i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab kan ligeledes være omfattet af LL § 2.

Ved en korrektion af sådanne aftaler i henhold til LL § 2 vil OECD's retningslinjer om transfer pricing i overensstemmelse med den hidtidige praksis efter den nu ophævede bestemmelse i SEL § 12 blive anvendt. Dette fremgår for så vidt angår *provisioner og royalty* af sagen LSRM 1983, 5, hvor et aktiesel-

646. Jf. også *I.A. Strobel*, TfS 1988, 314 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 168.
647. Se også *Bent Ramskov*, SR-Skat 2003, 220.

skabs indtægter hovedsageligt hidrørte fra et agentur for en salgsorganisation for udenlandske producenter, som var selskabets hovedaktionær.

> Indtil 1975 havde selskabet fået en fast provision – der med årene var steget noget – for en omsætning på indtil 75 mio. kr. Selskabet fik 1 pct. i provision af omsætningen herudover. Fra og med 1975 blev beregningen af provisionen ændret. Selskabet fik for en omsætning på op til 90 mio. kr. en større fast provision, mens provisionen for en omsætning herudover blev nedsat til ½ pct.

Landsskatteretten fandt efter det oplyste, at ændringen i provisionen ikke var et udslag af selskabets afhængighed af moderselskabet. Ændringen havde derimod nær sammenhæng med en international prisudvikling, som havde resulteret i betragtelige prisstigninger på selskabets varegrupper. Selskabet skulle ikke have provision af disse prisstigninger, eftersom de ikke havde medført en tilsvarende stigning i selskabets driftsudgifter. Det blev endvidere lagt til grund, at der var sket samme ændring i provisionsbetingelserne for organisationens andre salgskontorer og agenturer i Europa – afhængige såvel som uafhængige.[648]

De priser og vilkår, som selskabet blev pålagt, blev, som det ses, sammenlignet med uafhængige parters priser og vilkår efter den frie markedspris-metode. Denne metode var den mest oplagte at anvende, eftersom moderselskabet opkrævede en tilsvarende provision af uafhængige parter.

For så vidt angår *salg af varer og tjenesteydelser* findes en række afgørelser, der hidrører fra den tid, hvor den nu ophævede bestemmelse i SEL § 12 indeholdt reglerne om transfer pricing. For det første findes de såkaldte olie-domme – TfS 1988, 292 H og TfS 1987, 60 Ø – om danske selskabers indkomst ved handel med olie, der leveres af udenlandske koncernforbundne selskaber.[649]

I sagen TfS 1988, 292 H[650] (BP-Oliekompagniet A/S) vurderede Højesteret først og fremmest, om det danske olieselskab i henhold til den frie markedsprismetode betalte den pris for leverancer af olie, som en uafhængig part ville have

---

648. Se også *I.A. Strobel*, TfS 1988, 314 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 170. Se endvidere sagen LSRM 1983, 90, hvor der ikke var grundlag for at ændre priser og vilkår for det danske selskabs betaling af royalty til et udenlandsk moderselskab.
649. Se om sagskomplekset og forhistorien *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 373-374 og *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 332-333. Jf. også sagen TfS 1987, 177 LSR, hvor et dansk selskab betalte en fast procentdel af sin årlige omsætning til sit amerikanske moderselskab som vederlag for moderselskabets tjenesteydelser. Landsskatteretten fandt det ikke bevist, at et af moderselskabet uafhængigt selskab kunne have opnået gunstigere vilkår end det danske selskab. Se om sidstnævnte sag *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 387.
650. UfR 1988.527 H. Østre Landsrets dom er optrykt som TfS 1987, 61 Ø.

betalt. Sagen vedrørte det danske olieselskab BP, der ejedes 100 pct. af en udenlandsk koncern, som leverede næsten hele det danske selskabs indkøb af olieprodukter.

> BP A/S havde over en årrække haft en ret beskeden skattepligtig indkomst; I gennemsnit 3,2 mio. kr. over en periode på 9 år. For indkomståret 1977/78 foretog skattemyndighederne en større skønsmæssig forhøjelse af selskabets selvangivne indkomst, idet de under henvisning til den nu ophævede bestemmelse om transfer pricing i SEL § 12 gjorde gældende, at BP A/S i sine handelsmæssige og økonomiske forbindelser med andre medlemmer af koncernen var underkastet andre vilkår end dem, som ville gælde for et uafhængigt foretagende. Det fremgik bl.a. af sagen, at BP A/S i årene 1976 og 1977 købte olieprodukter til en pris, der lå omkring 8 pct. over priserne på spotmarkedet i Rotterdam, hvorimod den aftalte pris i årene 1978 og 1979 lå væsentligt under prisen på Rotterdam-markedet.

Højesterets flertal på fire dommere udtalte, at aftalerne om levering af olieprodukter til det danske selskab vedrørte en langvarig og fast levering. På grund af aftalens langvarige og faste karakter var de aftalte priser forskellige fra spotpriserne på markedet i Rotterdam,[651] men det danske selskab havde ikke derved påtaget sig vilkår, som afveg så væsentligt fra de vilkår, der ville gælde for et uafhængigt foretagende ved indgåelse af tilsvarende kontrakter. Betingelserne for at foretage en korrektion efter SEL § 12 var derfor ikke opfyldt. Flertallet lagde endvidere vægt på, at avancerne i BP A/S ikke var forskellige fra avancerne i andre olieselskaber, der havde modtaget leverancer fra udenlandske moderselskaber, og for hvis vedkommende skattemyndighedernes undersøgelser i intet tilfælde havde medført forhøjelser af de skattepligtige indkomster efter den daværende bestemmelse i SEL § 12.[652]

> Et mindretal på tre dommere anførte, at hensynet til sikring af en langvarig og fast levering ikke kunne tillægges afgørende betydning for BP A/S' virksomhed i Danmark, idet det udenlandske moderselskab havde afgørende indflydelse på BP A/S' danske virksomhed. Mindretallet bemærkede endvidere, at BP A/S' indkøbspriser for produkterne i henhold til

651. Priserne lå i perioder over spotpriserne, mens de i andre perioder lå under spotpriserne, jf. også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 222-223 og Skatteudnyttelse, s. 335.
652. I tilslutning hertil udtalte flertallet, at selskabet ikke havde bevisbyrden for, at der ikke var handlet på armslængde-vilkår, på trods af at datterselskabet ikke havde efterkommet skattemyndighedernes anmodning om udlevering af den dokumentation for vilkårene, som befandt sig i det udenlandske moderselskab. Se hertil *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 375, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 40, *Knud Erik Kriegbaum* i International beskatning – en introduktion, s. 105-106, *Jens Chr. G. Svolgaard*, SR-Skat 1998, 102, *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1997, 6, 9, *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1 og *Flemming Heegaard*, SU 1993, 359.

kontrakten i hele 1976 lå over priserne på tilsvarende produkter på Rotterdam-markedet. Endelig lagde mindretallet vægt på, at det udenlandske moderselskab havde nægtet at fremlægge sammenlignelige oplysninger om salg af olieprodukter til uafhængige selskaber i 1976. Mindretallet lagde derfor bevismæssigt til grund, at BP A/S i 1976 var underkastet andre vilkår end dem, som ville gælde for et uafhængigt foretagende. Ligningsrådets konkrete forhøjelser blev dog forkastet af mindretallet, som ville hjemvise sagen til fornyet behandling af ligningsmyndighederne.

Afgørelsen blev truffet efter stemmeflertallet.[653]

Ifølge Højesterets flertal skulle BP sammenlignes med uafhængige selskaber, som indgik tilsvarende kontrakter om længere tids levering af olie. Som følge heraf blev det med rette afvist, at skattemyndighederne var berettiget til at sammenligne langtidskontrakter med enkelstående handler til spot-kursen på Rotterdam-markedet.[654] Det blev således i overensstemmelse med OECD's retningslinjer indskærpet, at den frie markedspris-metode forudsætter, at den kontrollerede transaktion sammenlignes med uafhængige parters sammenlignelige transaktioner.

Skattemyndighederne havde derudover gjort gældende, at BP's bruttoavance var for lav sammenlignet med andres selskabers bruttoavance.[655] En sammenligning af bruttoavancen i kontrollerede transaktioner med bruttoavancen i uafhængige parters transaktioner er ikke en fremgangsmåde, der er beskrevet i ligningsvejledningen eller OECD's retningslinjer. Denne uspecificerede metode må dog anses for at være beslægtet med den såkaldte nettoavance-metode.[656] Forskellen er, om det er nettoavancen eller bruttoavancen, der skal sammenlignes. Denne forskel har selvsagt stor betydning, idet nettoavancen i modsætning til bruttoavancen tager højde for omkostningerne ved at opnå avancen. Den af skattemyndighederne anvendte »bruttoavance metode« fandt imidlertid ikke

653. Se endvidere om dommen *Ole Kjær*, TfS 1987, 113, *Sv. Allan Jensen & Erna Christensen*, SU 1992, 73, *Jan Pedersen* i Skatteudnyttelse, s. 332-333 og Transfer Pricing, s. 222-223, *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 75 og *Peter Bang*, SU 1999, 59.

654. Jf. også *I.A. Strobel*, TfS 1988, 314 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 165. Flertallet synes herved at have tilsluttet sig de synspunkter, som *Thøger Nielsen* anførte i Indkomstbeskatning I, s. 196-197 om bl.a. koncerner indenfor oliebranchen.

655. Ligeledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 222, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 165-166, *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 230 og *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1.

656. Metoden betegnes af *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 226-227 som en resultatbaseret armslængde-metode.

støtte hos Højesteret i den foreliggende sag, selvom Højesteret så vidt ses anerkendte metoden.[657]

> I modsætning til flertallet lagde mindretallet til grund, at selve aftalen om levering af olie over en længerevarende periode var et usædvanligt vilkår, idet et udenlandsk selskab havde afgørende indflydelse på BP's virksomhed. Det kan ikke afvises, at en aftale om levering af olie over en længerevarende periode i sig selv var et vilkår, som ikke ville været aftalt mellem uafhængige parter. En henvisning til interessefællesskabet mellem selskaberne er imidlertid ikke tilstrækkeligt til at dokumentere dette. Det af mindretallet anførte var derfor ikke i overensstemmelse med, hvorledes kontrollerede transaktioner skal sammenlignes med uafhængige parters transaktioner i henhold til OECD's retningslinjer.

I den anden olie-dom, TfS 1987, 60 Ø (Texaco A/S),[658] blev den frie markedspris-metode og en metode svarende til den ovenfor omtalte bruttoavance-metode ligeledes anvendt.[659] Sagen omhandlede det danske selskab Texaco A/S, der ejedes 100 pct. af et amerikansk selskab, TOE, som leverede næsten hele det danske selskabs indkøb af olieprodukter.

> Texaco A/S havde i indkomstårene 1969/70 til 1977/78 ingen eller negativ skattepligtig indkomst. For indkomståret 1977/78 havde Texaco A/S opgjort sin skattepligtige indkomst til ÷79.937 kr. Indkomsten blev skønsmæssigt forhøjet med 123 mio. kr., således at der efter fradrag for underskud fra tidligere år med 590.455 kr. fremkom en skattepligtig indkomst på 122.329.608 kr.

Østre Landsret lagde til grund, at Texaco A/S' indkøbspriser hos moderselskabet, TOE, blev fastsat på grundlag af noteringen i Rotterdam med tillæg af fragtomkostninger beregnet efter det såkaldte AFRA-system.[660] Indkøbsprisen svarede til de priser, som større danske ladningskøbere havde måttet betale, og var derfor ikke udtryk for ringere vilkår end dem, der ville gælde for et uafhængigt foretagende. De justeringer af prisen, som moderselskabet undervejs havde dikteret, måtte endvidere antages at have været sagligt begrundet i samhandelens

---

657. Jf. også *I.A. Strobel*, TfS 1988, 314. *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 233, note 30 er af den opfattelse, at Højesteret ikke tog stilling til dette anbringende.
658. Landsskatterettens kendelse er optrykt som LSRM 1982, 10.
659. Jf. også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 226-227, der omtaler sidstnævnte metode som en resultatbaseret armslængde-metode, og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 163-164, der omtaler sidstnævnte metode som resale price metoden.
660. AFRA er en fragtpris, der beregnes på grundlag af et af »London Tanker Broker's Panel« offentliggjort tarifsystem kaldet World-Scale/AFRA (Average Freight Rate Assessment).

karakter. Endelig bemærkede landsretten, at Texaco A/S' provision vedrørende ladningssalg, selvom den var beskeden sammenlignet med den tilsvarende provision i et andet olieselskab, BP, under alle omstændigheder ville udgøre en meget lille del af Texaco A/S' samlede indtjening. Den havde endvidere ikke afveget så væsentligt fra det normale, at den kunne betegnes som et vilkår for Texaco A/S, som afveg fra de vilkår, der ville have været gældende for et uafhængigt foretagende.[661] Det forhold, at selskabet havde været underskudsgivende, ændrede ikke landsrettens opfattelse.[662] Som følge af det anførte fandt landsretten ikke, at der havde været grundlag for at forhøje selskabets indkomst skønsmæssigt efter bestemmelsen om transfer pricing i SEL § 12.[663]

Den ovenfor omtalte uspecificerede bruttoavance-metode blev også anvendt i sagen LSRM 1981, 14, hvor et olieselskab af Ligningsrådet efter et skøn havde fået forhøjet sin skattepligtige indkomst for skatteåret 1977/78 med 17 mio. kr. Landsskatteretten udtalte for det første, at størstedelen af oliemarkedet var behersket af multinationale koncerner. Der fandtes derfor ikke transaktioner mellem uafhængige virksomheder af betydning, hvormed den kontrollerede transaktion kunne sammenlignes. Til gengæld ville der kunne foreligge sådanne indicier, at en skønsmæssig ansættelse kunne være hjemlet i SEL § 12, selv om der ikke kunne påvises konkrete holdepunkter for en sådan korrektion. Efter det oplyste – herunder om bruttoavancen ifølge det officielle regnskab, om korrektionen heraf ved sammenligning med andre selskabers bruttoavance og om usikkerheden ved beregningen af bruttoavancen – fandt Landsskatteretten imidlertid ikke, at der var tilvejebragt tilstrækkeligt klart grundlag for at bringe SEL § 12 i anvendelse.

Bruttoavance-metoden har endelig været anvendt af Landsskatteretten i en ikke offentliggjort kendelse af 29/12 1981. Sagen vedrørte et dansk datterselskab, som drev virksomhed

---

661. Det blev hermed fastslået, at skattemyndighederne som udgangspunkt havde bevisbyrden for, at aftalen afveg fra de vilkår, som ville have været aftalt mellem uafhængige parter, jf. også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 222 og Skatteudnyttelse, s. 334, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 374, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 164, *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1997, 6, 9, *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1 og *Michael Serup*, R&R 1990, 7, 29. Ved ikke at meddele de af skattemyndighederne begærede oplysninger havde selskabet dog i væsentlig grad svækket kravene til de beviser, som det ellers måtte påhvile skattemyndighederne at føre.
662. Det må formentlig herved være tillagt vægt, at selskabet havde etableret sig i Danmark ved køb af 71 selskaber og således havde haft betydelige omkostninger i forbindelse med etableringen, som havde medvirket til de konstaterede underskud. Jf. også *Ulrik Flesicher-Michaelsen & Jan Nygaard*, SU 1996, 1.
663. Se også *Jan Pedersen* Transfer Pricing, s. 226-227 og Skatteudnyttelse, s. 333-334, *Ole Kjær*, TfS 1987, 113 og *Peter Bang*, SU 1999, 59.

> med ure i Danmark i over 40 år uden at have overskud. Datterselskabet fik derfor hvert år et tilskud af sit schweiziske moderselskab svarende til underskuddet. Skattemyndighederne gjorde gældende, at selskabets bruttoavance var for lav sammenlignet med andre selskaber i samme branche. Selskabet anførte, at bruttoavancen ville være på linje med bruttoavancen i tilsvarende selskaber, hvis moderselskabets tilskud i stedet blev anvendt til reduktion af købsprisen for varerne. Landsskatteretten gav skattemyndighederne medhold i, at bruttoavancen var for lav.[664]

Ved handel med varer mellem interesseforbundne parter har en metode svarende til videresalgspris-metoden endelig fundet anvendelse i dansk praksis, jf. hertil TfS 1988, 524 LSR.[665] Sagen omhandlede et dansk moderselskab og dets sambeskattede danske datterselskab, der blev kontrolleret af en schweizisk koncern. De danske skattemyndigheder havde forhøjet det danske moderselskabs skattepligtige indkomst med yderligere avance ved salg af produkter fra dets danske datterselskab til et selskab i Schweiz, der også var kontrolleret af den schweiziske koncern.[666]

> Selskabets skattepligtige indkomst var efter den daværende SEL § 12 skønsmæssigt forhøjet med 7,5 mio. kr. for indkomståret 1983/84 og med 8,5 mio. kr. for indkomståret 1984/85. De skønsmæssige forhøjelser var beregnet ved at sammenholde produkternes salgsværdi ved viderefakturering fra det schweiziske datterselskab til kunderne med prisfastsættelsen ved fakturering fra det danske datterselskab til det schweiziske datterselskab. Det beløb, som herved fremkom, blev reduceret med skønsmæssige udgifter, der kunne henføres til selskabet i Schweiz.

Efter det oplyste om afregningspriserne mellem selskaberne i Danmark og Schweiz sammenholdt med de afregningspriser, der var anvendt ved salg af produkterne til andre, fandt Landsskatteretten det godtgjort, at der var handlet til andre priser, end der kunne være opnået ved salg til uafhængige parter. Der blev herved lagt vægt på, at der i de danske selskaber var sket et markant fald i indtjeningen fra ca. 4,6 mio. kr. til ca. 600.000 kr., efter at den schweiziske koncern havde overtaget selskaberne, og det uanset at de danske selskaber havde haft en moderat stigende omsætning. Landsskatteretten fandt imidlertid ikke

---

664. Kilde: *Flemming Heegaard*, SU 1993, 359.
665. Ligeledes *Flemming Heegaard*, SU 1993, 359, *Mette Klingsteen & Henrik Peytz*, Ligningsloven med kommentarer, s. 76 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 171. Sidstnævnte anfører med rette, at det havde været mere korrekt at anvende kostpris plus avance-metoden, eftersom de immaterielle rettigheder var overdraget til det schweiziske selskab.
666. Efter de foreliggende oplysninger indgik begge selskabers indkomster i de for moderselskabet opgjorte sambeskatningsindkomster.

grundlag for fuldt ud at opretholde de foretagne forhøjelser, idet omsætningen i det danske selskab efter tillæg af skattemyndighedernes forhøjelser fandtes at være ude af proportion med omsætningen for de foregående år. Endvidere måtte det ved vurderingen af de danske selskabers overskud tillægges en ikke ubetydelig vægt, at samtlige patenter og eneforhandlingskontrakter var overdraget til det schweiziske selskab.[667]

> Virksomheden i Danmark var i øvrigt nedlagt, inden Landsskatterettens kendelse forelå, og de danske selskaber var trådt i solvent likvidation. Sagen blev senere forligt således, at skattemyndighedernes forhøjelser blev reduceret til 2,5 mio. kr. med aftale om, at der ikke blev foretaget forhøjelser for resten af årene indtil selskabernes likvidation.[668]

I henhold til den videresalgspris-metode, der omtales i OECD's retningslinjer, skal videresalgsprisen reduceres med en rimelig bruttoavance. Til forskel herfra reducerede Landsskatteretten videresalgsprisen med selskabets skønsmæssige udgifter. Derudover vurderede Landsskatteretten, om selskabets omsætning efter forhøjelser stod i rimeligt forhold til dets omsætning i tidligere indkomstår, idet selskabets overskud – når bortses fra visse fradrag som følge af de schweiziske selskabers aktiviteter – burde have været konstant. Dette sidste må nærmest betegnes som en slags nettoavance-metode.[669]

På baggrund af ovenstående må det antages, at der ved salg af varer og tjenesteydelser mellem selskabsdeltager og selskab eller koncernforbundne selskaber samt ved aftaler om betaling af provisioner og royalty m.v. utvivlsomt vil blive gjort brug af OECD's retningslinjer om transfer pricing og de tilsvarende retningslinjer i ligningsvejledningen, når den omtalte indkomstskabende aktivitet er omfattet af LL § 2. Det vil herunder blive vurderet, om denne aktivitet er udøvet på armslængde-vilkår, og ved vurderingen heraf vil der blive foretaget en sammenligning med uafhængige parters transaktioner med udgangspunkt i den af de metoder for prisfastsættelse, der anses for at være bedst egnet i den foreliggende situation.

Det må imidlertid samtidig erkendes, at de hidtil anvendte metoder – når

---

667. Landsskatteretten udtalte i tilslutning hertil, at der ved skønsudøvelsen burde tages udgangspunkt i en videreførsel af selskabets overskud i årene før overdragelsen til den schweiziske koncern, idet der heri burde ydes et passende nedslag for de i det schweiziske selskab udførte begrænsede aktiviteter vedrørende de danske selskaber samt for royalty og forrentning af den af den schweiziske koncern investerede kapital i de danske selskaber. Se også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 223-224, *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 381 og *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 233, note 30.
668. Jf. *Aage Spang-Hanssen* i TfS 1989, 93.
669. *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 226 anser så vidt ses den anvendte metode for udelukkende at være en videresalgspris-metode.

bortses fra den frie markedspris-metode – ikke fuldt ud har været i overensstemmelse med OECD's retningslinjer. Efter vedtagelsen af LL § 2 må det antages, at de metoder, der fremover vil blive anvendt i praksis, i vidt omfang vil være i overensstemmelse med OECD's retningslinjer. Det kan derfor ikke antages, at den ovenfor omtalte bruttoavance-metode fortsat vil blive anvendt. I overensstemmelse med OECD's retningslinjer må denne metode erstattes af nettoavance-metoden, der – som anført ovenfor 4.1.5 – navnlig kan anvendes i forbindelse med andre metoder som en yderligere indikation for, om en indkomstskabende aktivitet er udøvet på armslængde-priser og -vilkår.

5.5 Kapitalgevinster

Der findes alene én offentliggjort afgørelse om korrektioner efter LL § 2 af den aftalte pris ved afståelse af enkeltstående formuegoder som f.eks. fast ejendom, aktier og obligationer m.v., når en eventuel kapitalgevinst ved afståelse af formuegodet er skattepligtig som følge af spekulation, næring eller i medfør af en af de særlige avancebeskatningslove. Denne afgørelse er TfS 2004, 126 LR, der omhandlede en omstrukturering af en koncern. Et selskab, D A/S, ville nytegne aktier i et nyt mellemselskab, M2 A/S, til en overkurs, der væsentligt oversteg den regnskabsmæssige værdi i M2 A/S. Tegningen ville blive foretaget ved, at D A/S ville indskyde aktier og anparter i sine datterselskaber i M2 A/S.

Ligningsrådet var af den opfattelse, at en overdragelse af aktierne i D A/S datterselskaber fra D A/S til M2 A/S var omfattet af LL § 2. Priser og vilkår for overdragelsen af kapitalandelene skulle derfor fastsættes i overensstemmelse med, hvad der ville være aftalt mellem uafhængige parter. Som følge af forskellen på den regnskabsmæssige indre værdi af kapitalandelene i datterselskaberne og vederlaget for afståelsen i form af nytegnede aktier, var Ligningsrådet af den opfattelse, at overdragelsen ikke ville blive foretaget på armslængdevilkår. D A/S ville derfor i skattemæssig henseende blive anset for at være vederlagt med nytegnede aktier til kurs pari, og den skattemæssige anskaffelsessum for disse aktier skulle derfor opgøres til kurs pari. Forskellen mellem handelsværdien af kapitalandelene i datterselskabet og det modtagne vederlag – de vederlagte aktier, der blev modtaget til kurs pari – ville endvidere være et skattepligtigt tilskud fra D A/S til M2 A/S, der ikke kunne fradrages i D A/S, men som skulle beskattes i M2 A/S.[670]

På baggrund af TfS 2004, 126 LR og ordlyden af LL § 2 må det antages, at en afståelse af formuegoder, der er avanceskattepligtige, skal finde sted for et

670. Ligningsrådet tog ikke stilling til, om D A/S skulle beskattes af en fikseret indkomst ved afståelse af kapitalandelene i datterselskaberne – formentlig fordi denne avance var skattefri efter ABL § 4, stk. 6.

beløb og på vilkår svarende til, hvad uafhængige parter ville have aftalt.[671] Det må endvidere antages, at armslængde-priser og -vilkår som altovervejende hovedregel vil blive fastsat ud fra den frie markeds pris-metode i betragtning af, at der som oftest vil findes et sammenligneligt marked bestående af uafhængige parter. I denne forbindelse må det dog i betragtning af den øvrige praksis antages, at skattemyndighederne i et ikke ubetydeligt omfang vil lægge vægt på reglerne i CIR nr. 185 af 17/11 1982 om værdiansættelse af aktiver og passiver i dødsboer m.v. og ved gaveafgiftsberegning.[672]

Se hertil TfS 2004, 197 LR om fradrag for et tab vedrørende afståelse af goodwill. Landsskatteretten udtalte, at værdien af goodwill ved overdragelse af en virksomhed måtte beregnes med udgangspunkt i den pris, som det overdragende selskab kunne forvente at opnå ved salg til en uafhængig tredjemand, jf. LL § 2. Der var ifølge Landsskatteretten ikke nogen branchekutyme for værdiansættelse af den overdragne goodwill. Da der ikke fandtes andre holdepunkter for værdiansættelsen, og idet overdragelsen mellem de to interesseforbundne selskaber ikke kunne sammenlignes med det købende selskabs tidligere køb af virksomhed med goodwill fra en uafhængig virksomhed, måtte et skøn over værdien tage udgangspunkt i TSS-CIR nr. 2000-10 af 28/3 2000 om vejledende anvisning om værdiansættelse af goodwill.

Selvom det ikke udtrykkeligt fremgår af ordlyden af LL § 2, må det endelig antages, at en ændring af priser og vilkår vedrører såvel afståelsessummen som anskaffelsessummen, jf. også TfS 2004, 126 LR om anskaffelsessummen for de nytegnede aktier. Hvis selskabsdeltager eller selskab bliver beskattet af en fikseret kapitalgevinst ved afståelse af et aktiv, må erhververen derfor skulle lægge denne anskaffelsessum til grund ved opgørelsen af sine eventuelle fremtidige kapitalgevinster.[673]

---

671. Dette synes også forudsat i LV 2004-1 S.I.1.3.3.
672. Jf. også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 126-133. *Jan Schans Christensen*, Kapitalselskaber, s. 205-217 beskriver en række andre modeller, der kan anvendes ved værdiansættelse af kapitalandele.
673. Se hertil reglerne i ABL § 9, stk. 1, EBL § 2, stk. 2, ELBL § 7, stk. 2 og KGL 34, der er behandlet ovenfor XVII, 2.

Kapitel XX

Sammenfatning

1. Teori

I henhold til det teoretiske udgangspunkt er en beskatning af en fikseret indkomst den beskatning, der finder sted hos den skattepligtige, når den pågældende hverken har fremkaldt eller oppebåret en indkomst.[1]

En indkomst kan i teoretisk henseende endvidere beskattes hos det skattesubjekt, som har haft fordel ved, at et andet skattesubjekt ikke har fremkaldt eller oppebåret en indkomst.[2]

> Hjemmel til denne beskatning kan søges i det teoretiske, traditionelle indkomstbegreb, forudsat den pågældende anses for at have fremkaldt og oppebåret en indkomst i forhold til den, der har afstået fra at fremkalde eller oppebære en indkomst.[3]

Indkomsten kan endelig i teoretisk henseende beskattes hos begge de ovenfor nævnte parter. Reglerne om indkomstfiksering forudsætter derfor ikke, at en indkomst alene beskattes hos ét skattesubjekt.[4]

I forholdet mellem en selskabsdeltager og et selskab kan en indkomstfiksering være nødvendig som følge af forskelle på beskatningen af personer og selskaber. Selskabsdeltager og selskab kan have en betydelig skattemæssig interesse i at forskyde den skattepligtige indkomst i det indbyrdes forhold ved ikke at fremkalde den indkomst, som de ville have fremkaldt ved at udøve en tilsvarende indkomstskabende aktivitet i forhold til en uafhængig tredjemand.[5] Sådanne vilkårlige forskydninger af indkomsten må i overensstemmelse med de bærende hensyn hindres af provenumæssige og fordelingspolitiske årsager, selvom sel-

1. Se ovenfor III, 4.4.
2. Se ovenfor III, 4.4.
3. Se ovenfor III, 4.4.
4. Se ovenfor III, 4.4.
5. Se ovenfor IV, 2 og 3.

skabsdeltager og selskab har en modsat rettet økonomisk interesse i at maksimere deres velfærd.[6] Heraf følger, at selskabsdeltager og selskab ikke uden videre vilkårligt kan vælge eller fravælge at fremkalde en indkomst.

På baggrund af de bærende hensyn blev det ovenfor konkluderet, at en indkomst enten måtte beskattes hos det skattesubjekt, der ikke havde fremkaldt eller oppebåret denne, eller hos det skattesubjekt, der måtte have haft fordel af, at indkomsten ikke blev fremkaldt eller oppebåret. De bærende hensyn kunne i sagens natur ikke udpege det rette skattesubjekt, idet beskatningen af en fikseret indkomst beroede på en forudsætning om, at kun det ene skattesubjekt – men ikke et bestemt skattesubjekt – var det rette skattepligtige. Denne rette skattepligtige kan alene fastlægges ud fra en analyse af lovgivning og praksis.[7]

2. Lovgivning og praksis

Lovgivning og praksis om beskatning af fikserede indkomster er kendetegnet ved et betydeligt antal forskelligartede regler og afgørelser, der ved første øjekast virker uoverskuelige og uden indbyrdes sammenhæng. På trods heraf er det muligt at drage nogle entydige konklusioner med hensyntagen til, om der er i dansk ret er hjemmel til at beskattede fikserede indkomster.[8]

På baggrund af lovgivningen kan reglerne om beskatning af fikserede indkomster inddeles i fire kategorier:

I første kategori findes reglerne om beskatning af fikserede *kapitalgevinster*, når et aktiv afstås ved gave, arveforskud eller arv.[9] Regler herom findes navnlig i særlovgivningen om beskatning af avancer ved afståelse af aktiver, herunder f.eks. fast ejendom, aktier og finansielle fordringer m.v., og i dødsboskatteloven.[10] I henhold til disse regler skal giver beskattes af en avance svarende til, at det omhandlede aktiv var blevet afstået ved salg. Indkomsten fikseres til det beløb, der blev lagt til grund ved en eventuel beregning af bo- eller gaveafgift,

6. Se ovenfor IV, 4.4.
7. Se ovenfor IV, 4.5.
8. Cfr. *Jørgen Juul Andersen & Laila Rasmussen*, SU 2003, 49: »Med Højesterets seneste dom om huslejefiksering er det desværre ikke muligt at drage entydige konklusioner om hjemmelsgrundlaget i SL §§ 4-6«.
9. Som anført ovenfor III, 2 og 4 betegnes denne beskatning som en beskatning af en fikseret indkomst, idet giveren hverken har fremkaldt eller oppebåret nogen indkomst ved overdragelsen. Det faktum, at modtageren kan fremkalde og oppebære denne indkomst, og at dette eventuelt sker i giverens interesse, fører efter den her anvendte terminologi ikke til, at giveren kan anses for at have fremkaldt eller oppebåret en indkomst.
10. Se ovenfor XVII, 2.

og ellers til handelsværdien.[11] SL §§ 4-6 indeholder derimod ikke udtrykkelige bestemmelser om, hvorledes der skal forholdes, når et aktiv, der er anskaffet i nærings- eller spekulationsøjemed, afstås ved gave eller arveforskud.[12]

Anden kategori udgøres af reglerne om *ophør af skattepligt* til Danmark. Sådanne regler findes forskellige steder i lovgivningen og går ud på, at aktiver anses for at være afstået ved fraflytningen m.v., således at et skattesubjekt beskattes af en fikseret afståelsessum,[13] hvor aktivernes værdi (handelsværdien) på tidspunktet for skattepligtens ophør anses for at være afståelsessummen.[14] Tilsvarende principper er ikke kommet til udtryk i SL §§ 4-6.[15]

Den tredje kategori omfatter reglerne om *ændret beskatningsform*. Efter disse regler, som findes adskillige steder i skattelovgivningen, anses den skattepligtige for at have afstået aktiver til handelsværdien, når beskatningen af aktiverne ændres: Enten fordi de overgår fra én type brug til en anden type brug, eller fordi de ejes af en juridisk person, der som følge af en omdannelse får ændret sin beskatningsform.[16] Den beskatning, der finder sted i medfør af disse regler, anses for at være en beskatning af en fikseret indkomst.[17] SL §§ 4-6 indeholder ikke udtrykkelige regler om det skattemæssige opgør ved en ændring af beskatningsformen.

Endelig findes i fjerde kategori nogle forskellige regler om beskatning af fikserede indkomster, når der er udvist en indkomstskabende aktivitet, uden at der derved er fremkaldt en indkomst. Bortset fra nogle særregler i kildeskatteloven og dødsboskatteloven om beskatning af fikserede arbejdsvederlag,[18] findes den væsentligste regel herom i LL § 2.[19] I SL §§ 4-6 er der derimod ikke

---

11. Se nærmere ovenfor XVII, 2.
12. Se ovenfor XVI, 2 og 3.
13. Afståelsessummen anses for at være fikseret, idet den skattepligtige hverken har fremkaldt eller oppebåret en indkomst i forbindelse med fraflytningen. Det forhold, at den skattepligtige efter fraflytningen vil kunne fremkalde og oppebære denne indkomst fører efter den her anvendte terminologi ikke til, at indkomsten kan anses for at være fremkaldt eller oppebåret ved fraflytningen. Se nærmere om sondringen mellem på den ene side de fremkaldte og oppebårne indkomster, og på den anden side de fikserede indkomster, ovenfor III, 2 og 4.
14. Se ovenfor XVII, 3.
15. Se ovenfor XVI, 2 og 3.
16. Se ovenfor XVIII, 4.
17. Årsagen hertil er, at den skattepligtige ved at ændre sin beskatningsform hverken har fremkaldt eller oppebåret nogen indkomst. I og med at indkomsten hverken er fremkaldt eller oppebåret, anses den stedfundne beskatning for at være en beskatning af en fikseret indkomst, jf. ovenfor III, 2 og 4.
18. Se ovenfor XVIII, 5.
19. Se herom ovenfor XIX, 5.2.

udtrykkeligt taget stilling til, hvorledes der skal forholdes, når den skattepligtige har udvist en indkomstskabende aktivitet uden at fremkalde en indkomst.[20]

En analyse af lovgivningen har dermed vist, at der flere steder er klar og utvetydig hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst, som ikke er fremkaldt. Det kan dog ikke heraf udledes, at der gælder et generelt princip, hvorefter der er hjemmel til at beskatte alle typer af fikserede indkomster. Ved gennemgangen af SL §§ 4-6 blev det tillige fremhævet, at det heller ikke af disse bestemmelsers ordlyd med sikkerhed kan udledes, at der findes en generel hjemmel til indkomstfiksering. Det blev dog samtidig erkendt, at en sådan hjemmel kunne søges i en udvidet fortolkning af bestemmelserne, hvorfor den nærmere analyse af hjemmelsgrundlaget blev udskudt til en analyse af praksis.[21]

Analysen af praksis blev koncentreret om den fjerde af de ovenfor nævnte kategorier, dvs. de tilfælde, hvor selskabsdeltager eller selskab i det indbyrdes forhold har udvist en indkomstskabende aktivitet, uden at den, der havde udøvet aktiviteten, herved har fremkaldt en indkomst. Årsagen hertil er, at reglerne om beskatning af fikseret indkomst i første, anden og tredje kategori – gave og arveforskud, ophør af skattepligtig til Danmark og ændret beskatningsform – er så utvetydige, at en nærmere analyse af praksis om disse regler ikke har været nødvendig. Det kan således allerede på baggrund af lovgivningen konkluderes, at der i de nævnte tilfælde er hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst, som ikke er fremkaldt. Det kan endvidere på baggrund af lovgivningen konkluderes, at indkomsten i alle tilfælde skal beskattes hos den, der kunne have fremkaldt indkomsten. Endelig kan det konkluderes, at reglerne i de tre første kategorier alle uden undtagelse omhandler indkomster, der kan relateres til aktiver, som ved afståelse på armslængde-vilkår kunne have ført til, at der var fremkaldt en skattepligtig indkomst, og at den fikserede indkomst beskattes uanset, at der ikke er udvist en indkomstskabende aktivitet.

Analysen af lovgivningen giver imidlertid også et indtryk af, at det gældende indkomstbegreb ikke er skarpt afgrænset for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der er hjemmel til at beskatte fikserede indkomster. På nogle områder indeholder lovgivningen således udtrykkelig hjemmel til indkomstfiksering,[22] mens der i andre sammenlignelige situationer ikke er anført noget om hjemlen til at beskatte fikserede indkomster. Dette indtryk af en noget uensartet retstilstand blev bekræftet ved en analyse af praksis vedrørende de tilfælde, hvor der er udøvet en indkomstskabende aktivitet (den fjerde kategori). Det blev ved denne analyse dokumenteret, at reglerne om beskatning af fikserede indkomster ikke kan behandles under ét: SL §§ 4-6 er i nogle tilfælde i praksis blevet

20. Se ovenfor XVI, 2 og 3.
21. Ovenfor XVI, 3.
22. Disse lovbestemmelser er ovenfor XVII, 2, 3 og 4 inddelt i tre grupper.

fortolket således, at der ikke er hjemmel til beskatning af fikserede indkomster, mens den i andre tilfælde er blevet fortolket således, at der er den fornødne hjemmel.[23] Der må derfor sondres mellem rentefiksering (nedenfor 2.1), lønfiksering (nedenfor 2.2), lejefiksering (nedenfor 2.3), fiksering af fortjeneste ved salg af varer og tjenesteydelser samt fiksering af provisioner og royalty (nedenfor 2.4) og fiksering ved salg af avanceskattepligtige aktiver (2.5).

> Det kan ikke antages, at der med vedtagelsen af LL § 2 blev gjort endeligt op med muligheden for at beskatte fikserede indkomster uden for anvendelsesområdet for denne bestemmelse, jf. også Højesterets dom om lejefiksering i sagen TfS 2002, 967 H.[24] Analysen af lovgivningen har således vist, at der utvivlsomt er andre regler end LL § 2, hvorefter en fikseret indkomst kan beskattes.[25] Folketinget har endvidere dels ved vedtagelsen af LL § 2, dels ved vedtagelsen af lov nr. 1216 af 27/12 2003 om ændring af kulbrinteskatteloven og lov om ansættelse og opkrævning m.v. af skat ved kulbrinteindvinding i forarbejderne forudsat, at der er hjemmel til at beskatte fikserede indkomster i tilfælde af et konkret interessefællesskab.
>
> LL § 2 kan på den anden side ingenlunde antages at være overflødig. Det vil af nedenstående fremgå, at der ikke uden for denne bestemmelse findes ét generelt gældende princip, hvorefter fikserede indkomster altid kan beskattes, hvis en indkomstskabende aktivitet i forholdet mellem interesseforbundne parter ikke er indgået på armslængde-vilkår eller ikke er normalt forretningsmæssigt begrundet.[26]

2.1 Rentefiksering

2.1.1 SL § 4 og den øvrige lovgivning

Der er ikke i den danske skattelovgivning – når bortses fra LL § 2 – udtrykkeligt taget stilling til, hvorledes der skal forholdes, når långiver foretager et udlån

---

23. Ligeledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 1997, 61.
24. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 591-592, men anderledes *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 406 og TfS 2000, 834 samt så vidt ses *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284.
25. Reglerne om tynd kapitalisering har endvidere ikke overflødiggjort reglerne om beskatning af fikserede renter, cfr. *Jakob Bundgaard*, Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, s. 200-201, note 463, der anfører følgende i forbindelse med omtalen af lov nr. 432 af 26/6 1998 om tynd kapitalisering og praksis om rentefiksering: »Om rentefikseringens nyeste udvikling kan ligeledes henvises til ... Som nævnt i brødteksten er alle disse spændende udviklinger med et slag blevet retshistorie efter 26.6.1998«.
26. Anderledes *I.A. Strobel*, TfS 1988, 314, der antog, at SEL § 12 »for så vidt kan ... siges at være overflødig«, idet der ifølge forfatteren ikke af reglens ordlyd fulgte andet, end hvad der fulgte af »almindelige regler om skatteansættelse af interesseforbundne skatteydere«.

uden at fremkalde den rente, som långiver kunne have fremkaldt ved at foretage et normalt forretningsmæssigt begrundet udlån eller ved at foretage et udlån på armslængde-vilkår.

I praksis har det derfor i mange tilfælde været overvejet, om långiver kan beskattes af en fikseret rente, som långiver hverken har fremkaldt eller oppebåret. Denne praksis har hovedsageligt vedrørt de tilfælde, hvor et lån er etableret som følge af, at selskabsdeltageren eller selskabet indfrier henholdsvis selskabets eller selskabsdeltagerens gæld, hvor selskabsdeltageren får et tilgodehavende på selskabet som følge af en overdragelse af aktiver til dette,[27] hvor selskabsdeltageren og selskabet har en løbende mellemregning, eller hvor der er foretaget et egentligt udlån i det indbyrdes forhold.

Antages det, at der er hjemmel til at beskatte en fikseret rente i forbindelse med et udlån, må denne hjemmel foreligge i alle tilfælde af udlån mellem interesseforbundne parter, idet udlånet må anses for at være en indkomstskabende aktivitet, uanset på hvilken af de foran anførte måder det er etableret. Der er reelt ingen forskel på, om lånet er stiftet ved overførsel af kapital, i forbindelse med overdragelsen af et aktiv, ved indfrielse af et andet lån, etc.[28] Den måde, hvorpå udlånet er etableret, bør derfor ikke have nogen betydning for spørgsmålet om, hvorvidt långiver skal beskattes af en fikseret rente, når bortses fra spørgsmålet om, hvorvidt udlånet er forretningsmæssigt begrundet m.v.[29] Hjemlen til at beskatte fikserede renter – og argumentationen herfor – bør endelig være den samme, uanset om lånet er etableret i forholdet mellem koncernforbundne selskaber eller i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab.[30]

Praksis har imidlertid vist et andet billede. I forholdet mellem *et selskab og en personlig selskabsdeltager* blev det i en længerevarende periode antaget, at långiver kunne beskattes af en fikseret rente, når udlånet ikke var normalt forretningsmæssigt begrundet – dvs. hvor der forelå såkaldt indkomstforvridning.[31]

> Ved vurderingen af, om den aftalte forrentning var forretningsmæssigt begrundet, blev der hovedsageligt lagt vægt på den aftalte rentesats. Spørgsmålet om, hvorvidt vilkårene for

27. Som oftest i forbindelse med selskabets stiftelse.
28. Jf. også delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).
29. Se herom nedenfor.
30. Således også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1991, 196.
31. Se ovenfor XVIII, 3.2.2 og 3.3.

> udlånet burde korrigeres, og/eller om rentesatsen burde korrigeres som følge af disse vilkår, blev kun undtagelsesvist gjort til genstand for en prøvelse.[32]

Denne retstilstand blev imidlertid ændret ved TfS 1998, 199 H. En beskatning af en fikseret rente uden for anvendelsesområdet for LL § 2 forudsætter derfor i dag, at der med den manglende eller lave forretning er tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen.

Ved vurderingen af præjudikatsværdien af Højesterets afgørelse i sagen TfS 1998, 199 H må det – navnlig efter Højesterets dom i sagen TfS 2002, 967 H om beskatning af fikseret indkomst ved udleje af fast ejendom i forholdet mellem nærstående fysiske personer – tages i betragtning, at Højesteret i sagen TfS 1998, 199 H alene tog stilling til, om der var hjemmel til at beskatte en långiver af en fikseret rente:

> TfS 1998, 199 H: »Beskatning hos långiveren af en *fikseret renteindtægt* må herefter forudsætte, at der med de foretagne dispositioner er tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen«.[33]

Højesteret tog ikke direkte stilling til, om der ved beskatning af andre typer af fikserede indkomster skal stilles krav om, at der i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet er tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen.[34]

Det er i den juridiske litteratur blevet hævdet, at TfS 1998, 199 H har præjudikatsværdi for alle sager om beskatning af fikserede indkomster, eftersom principperne for indkomstfiksering – beskatningen af den ikke fremkaldte og ikke oppebårne indkomst – er de samme, uanset om den indkomstskabende aktivitet er et lån, arbejde, udleje, bortforpagtning, salg, etc.[35] I teoretisk henseende er dette en korrekt observation, men det hævdede kan ikke anses for at være gældende ret.[36] Gældende ret er netop kendetegnet ved, at der ikke findes én regel om beskatning af fikserede indkomster, men derimod flere forskellige regler, som finder anvendelse alt afhængigt af, hvilket hjemmelsgrundlag der findes, og hvilken type af indkomstskabende aktivitet, den skattepligtige har

---

32. Se ovenfor XVIII, 3 og ligeledes *Susanne Pedersen & Klaus Okholm*, SU 1999, 94.
33. Fremhævet her.
34. Anderledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 349, og SpO 1999, 54, *Jan Pedersen*, R&R 2000, 2, SM 32, og R&R 2000, 10, SM 284, *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 178.
35. Således *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284 og R&R 2000, 2, SM 32, *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834, *Jakob Bundgaard*, TfS 2000, 736 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 141.
36. Se også navnlig *Ole Bjørn*, SpO 1999, 54 samt *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 592 og International skatteret, s. 365.

udøvet.[37] Hertil kommer, at Højesteret i sagen TfS 1998, 199 H selvsagt alene tog stilling til det spørgsmål, der var forelagt retten.[38]

Det fremgår ikke udtrykkeligt af TfS 1998, 199 H, hvad der forstås ved en »omgåelse« af skattelovgivningen. Ud fra den gængse opfattelse af dansk skatteret kan det imidlertid ikke antages, at Højesteret dermed har udtalt, at der findes en generel ulovhjemlet regel om underkendelse af arrangementer, som er foretaget med henblik på skatteretlig omgåelse.[39]

> For at tale om omgåelse forudsættes sædvanligvis, at der foreligger en tvingende regel, som er omgået ved en reel disposition, som strider mod den umiddelbare og sædvanlige forståelse af den tvingende regel.[40]

Det kan næppe heller antages, at Højesteret ved at anvende ordet »omgåelse« udelukkende har vurderet, om långiver kan beskattes af en fikseret rente i henhold til den såkaldte realitetsgrundsætning.[41] Hvis det tages i betragtning, hvad Højesteret lagde vægt på i sagen TfS 1998, 199 H ved vurderingen af, om långiver skulle beskattes af en fikseret rente, synes der ikke med ordet »omgåelse« at være givet udtryk for andet og mere, end at der skulle foretages en vurdering af arrangementet i overensstemmelse med, hvad der tidligere i Højesterets praksis blev omtalt som »særlige omstændigheder«, jf. TfS 1996, 642 H.[42]

Når dette ses i sammenhæng med den efterfølgende afgørelse fra Østre Landsret – TfS 2000, 524 Ø – hvor landsretten lagde vægt på nogle af de samme omstændigheder, som Højesteret tillagde vægt i TfS 1996, 462 H, kan det med en vis ret diskuteres, hvor stor en ændring af retstilstanden TfS 1998, 199 H var udtryk for. Ved at anvende udtrykket »omgåelse« skærpede Højesteret selvsagt

---

37. Se nærmere nedenfor 2.6 og 3.
38. Jf. *Michael Karlsen*, TfS 2000, 665 og *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 591. Anderledes navnlig *Jan Pedersen*, der anfører, at sagerne TfS 1998, 199 H og TfS 1998, 238 H bekræfter, at læren om rette indkomstmodtager må afvises.
39. Se tilsvarende *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284 og Transfer pricing, s. 48, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 436-437, *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339 og *Jakob Bundgaard*, TfS 2003, 316, men cfr. *Erik Overgaard*, TfS 1998, 207 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 176-177.
40. Se tilsvarende *Robert Koch Nielsen*, UfR 1971B.103.
41. Anderledes *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284, R&R 2000, 2, SM 32 og TfS 2000, 142, *Christian Homilius,* SpO 2000, 333 og *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 437-439, TfS 2000, 834 og TfS 1998, 319. *Jan Pedersen*, TfS 2000, 142 anfører: »Nogen anvendelse af realitetsgrundsætningen kunne naturligvis ikke komme på tale idet form og indhold i rentefriheden var sammenfaldende«. Se nærmere nedenfor 5.2.
42. Når bortses fra, at Højesteret tillige tog stilling til spørgsmålet om indkomstens kvalificering.

de krav, der må stilles førend en fikseret rente kan beskattes.[43] Den væsentligste skærpelse af praksis skete i form af, at selskabsdeltageren som udgangspunkt ikke efter Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H kan beskattes af en fikseret rente, allerede fordi selskabet ikke kan udnytte et rentefradrag. Forskellige betragtninger om selskabets mulighed for at udnytte et rentefradrag kombineret med skattemæssige fordele for selskabsdeltager og selskabet havde inden Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H været baggrunden for beskatningen af en fikseret rente i mange sager.[44] Heraf følger imidlertid ikke, at Højesteret tillige tilsluttede sig realitetsgrundsætningen som den eneste mulighed for at beskatte långiver af en rente, som ikke er fremkaldt.

I forholdet mellem *selskabsdeltager og selskab, som begge er juridiske personer*, må Højesterets afgørelse i sagen TfS 1998, 199 H lægges til grund, også selvom praksis om beskatning af fikserede renter i forholdet mellem interesseforbundne selskaber i tiden inden Højesterets dom var noget anderledes og ikke så lidt mere konsekvent, end praksis om beskatning af fikserede renter i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og dennes selskab.[45]

> At praksis om beskatning af fikserede renter ved udlån mellem koncernforbundne selskaber var mere konsekvent, fremgår bl.a. af sagen TfS 1993, 261 LSR hvor et selskab havde gæld til den personlige selskabsdeltager og en fordring på sit søsterselskab. Begge mellemregninger blev forrentet med samme rentesats ud fra samme begrundelse. Selskabet blev beskattet af en fikseret rente af udlånet til søsterselskabet, mens selskabsdeltageren ikke blev beskattet af en fikseret rente vedrørende udlånet til selskabet.[46]

Praksis ved udlån mellem interesseforbundne selskaber kan sammenfattes således, at långiver altid blev beskattet af en fikseret rente, når udlånet var en unormal forretningsmæssig disposition.[47] Vurderingen heraf tog ofte udgangspunkt i, hvad der ville have været aftalt mellem uafhængige parter, uden at en egentlig armslængde-vurdering af den grund blev lagt til grund.[48] Det långi-

---

43. Se hertil *N. Mou Jakobsen*, R&R 1998, 4, SM 121.
44. Jf. ovenfor XVIII, 3.2.2 og 3.2.5.
45. Jf. også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 378. Anderledes *Ole Bjørn*, SR-Skat 1993, 131 og SpO 1992, 334 samt redaktionel artikel i SpO 1989, 14, der anså retstilstanden for at være ens. Se hertil *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345 som antager, at der ved udlån mellem personlige selskabsdeltagere og selskaber skulle foreligge en forvridning af indkomsten, mens udlån mellem selskaber blev bedømt på armslængde-vilkår.
46. Se om sagen ovenfor XVIII, 3.1.1 og 3.2.2.
47. Det samme var tilfældet ved udlån fra fonde til selskaber, jf. TfS 1988, 553 LR. Jf. også *Michael Kirkegaard Nielsen*, TfS 1989, 119.
48. Se hertil *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s. 198, og *Ole Bjørn*, SR-Skat 1990, 59. Anderledes *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.

vende selskab kunne efter omstændighederne dokumentere, at udlånet var normalt forretningsmæssigt begrundet, selvom udlånet ikke ville blive forrentet med en rente svarende til, hvad der ville være opkrævet ved udlån til et uafhængigt selskab.[49]

Det må alligevel antages, at en fikseret rente – når bortses fra LL § 2 – alene kan beskattes, i det omfang der foreligger omgåelse, idet Højesteret i sagen TfS 1998, 199 H generelt udtalte sig om beskatning af fikserede renter hos långiver, uden hensyntagen til om långiver er et selskab eller en selskabsdeltager, og uanset om selskabsdeltageren er en fysisk eller juridisk person. Denne antagelse understøttes af forliget i TfS 1998, 238 H.[50]

Muligheden for at beskatte en långiver af en fikseret rente er herefter – når bortses fra hjemlen i LL § 2 – i dag stærkt begrænset. En omgåelse af skattelovgivningen må antages at foreligge, når en skattepligtig rente er camoufleret som en skattefri betaling, f.eks. fordi renten af en fordring, som selskabsdeltager har fået ved at afstå aktiver skattefrit til selskabet, er kapitaliseret og tillagt købesummen for aktiverne. I disse tilfælde beskattes selskabsdeltager imidlertid ikke af en fikseret rente, men derimod af en fremkaldt og oppebåret rente, der dog i skattemæssig henseende har fået en ukorrekt betegnelse.[51] En fikseret rente vil alene blive beskattet, når en rente bevisligt ikke er fremkaldt, og hvor selve det, at renten ikke er fremkaldt, anses for at være en skatteretlig omgåelse. Det må antages, at denne skatteretlige omgåelse kan foreligge i forhold til långiver, låntager eller begge skattesubjekter. Långiver skal herefter have omgået regler, hvorefter långiver enten skulle have været beskattet af et beløb svarende til renten, eller hvor selve forskydningen af indkomst fra långiver til låntager skulle have været beskattet hos långiver. Låntager skal have omgået regler, hvorefter låntager ville være skattepligtig af en forskydning af indkomsten fra långiver til låntager. For så vidt angår forskydningen af en indkomst må det på baggrund af Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H erkendes, at den forskydning af en indkomst, som vitterligt finder sted, når selskabsdeltager stiller en kapital vederlagsfrit til rådighed for selskabet, ikke i sig selv er en omgåelse af skattelovgivningen, som i henhold til SL § 4 kan føre til, at långiver beskattes af en

---

49. Se ovenfor XVIII, 3.1.1.
50. Jf. også *Ole Bjørn*, SR-Skat 1998, 141 og *Bent Ramskov*, TfS 1998, 319.
51. Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 29. Anderledes *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 438, der noget overraskende konkluderer, at en »omgåelse« alene foreligger, når en rente er maskeret som en anden form for betaling: »På baggrund heraf finder Højesteret efter min vurdering, at realiteten er, at långiver ikke har modtaget rente af sit udlån. De nævnte momenter kan kun betragtes som en undersøgelse af, om man i realiteten får en renteindtægt, som skal beskattes. Skatteyderen har ikke realiseret nogen aktuel økonomisk formuefordel og har derfor ikke tilsigtet en omgåelse af SL § 4, litra e«.

fikseret rente. Den manglende forrentning anses navnlig ikke for at være et tilskud, som uden videre kan beskattes efter SL § 4, eller som er i strid med principperne for den økonomiske dobbeltbeskatning af selskabsdeltager og selskab. Det forhold, at långiver udøver en indkomstskabende aktivitet ved udlån uden at fremkalde den til aktiviteten svarende indkomst (renten), anses heller ikke for at være en omgåelse af SL § 4, litra e. Ifølge Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H er der ikke noget ubetinget krav om, at den skattepligtige, der udøver en indkomstskabende aktivitet til gavn for en interesseforbunden part i form af et udlån, tillige fremkalder den til aktiviteten svarende indkomst. Det kan som følge heraf diskuteres, om der overhovedet kan konstrueres en situation, hvor den mellem selskabsdeltager og selskab aftalte forrentning anses for at være en omgåelse af skattelovgivningen. Selvom dette ikke kan afvises, er det vanskeligt at konstruere et sådant eksempel, når bortses fra bestemmelsen i LL § 12, jf. TfS 1990, 293 H.[52]

Aage Michelsen, TfS 2003, 777 henviser således til TfS 1990, 293 H som et eksempel på omgåelse.[53] Sagen omhandlede en skatteyder, der ved gældsbrev af 29/6 1983 udlånte et beløb på 425.000 kr. rente- og afdragsfrit til sin afdøde faders samleverske. Samleversken købte obligationer for lånet, hvoraf hun oppebar renter, der for 1983 udgjorde 21.000 kr. Skatteyderen fik håndpant i obligationerne, der blev henlagt som sikkerhed for lånet i et bankdepot. Håndpantsætningen omfattede efter aftalen også hvad der måtte træde i stedet for obligationerne. Et salg af obligationerne kunne alene ske med samtykke fra skatteyderens advokat. Gælden var forfalden ved påkrav. Hvis kursværdien af depotets indhold var mindre end den aktuelle gæld på tidspunktet for dennes opsigelse eller forfald, kunne håndpanthaveren vælge at overtage depotets indhold efter vurdering. Skatteyderen havde endvidere den 16/5 1983 påtaget sig en underholdsforpligtelse på 10.000 kr. årligt over for faderens samleverske til og med 1995. Dette bidrag på 10.000 kr. var maksimumbeløbet for fradrag af underholdsydelser i henhold til den dagældende bestemmelse i LL § 14, stk. 4.[54]

Østre Landsret udtalte, at lånet, sikkerhedsstillelsen og indkøbet af obligationer – skatteyderens forudgående oprettelse af underholdskontrakten – måtte ses i sammenhæng. Ved disse dispositioner set under ét havde skatteyderen foretaget en årlig overførsel af midler til faderens tidligere samleverske, der overskred den dagældende fradragsberettigede grænse i LL § 14, stk. 4, på 10.000 kr. Han havde dog samtidig beholdt dispositionsretten

52. Jf. også *Jakob Bundgaard*, TfS 2003, 316. Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 177, der så vidt ses er af den opfattelse, at de momenter, der anføres i TS-CIR 1997/23 vedrørende fiksering af renter i hovedaktionærforhold – genoptagelse, vil blive tillagt vægt ved bedømmelsen af, om der i en konkret sag foreligger omgåelse.
53. Se også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 607.
54. Et lignende arrangement var indgået mellem faderens samleverske og skatteyderens broder.

over den udlånte kapital. Eftersom dispositionerne således udgjorde en omgåelse af denne præceptive grænse, kunne de ikke tillægges skattemæssig betydning. Skatteyderen skulle derfor beskattes af en fikseret renteindtægt på 21.000 kr. af udlånet til faderens tidligere samleverske.

Højesteret tiltrådte som anført i landsrettens dom, at arrangementet måtte ses i sammenhæng. På dette grundlag fandt Højesteret, at renteafkastet af de obligationer, der blev erhvervet for det lånte beløb, måtte anses som en fra skatteyderen til faderens tidligere samleverske vilkårligt overført løbende indtægt. Da der ikke var mulighed for fradrag for en sådan i medfør af dagældende LL § 14, stk. 4, var renteafkastet på 21.000 kr. med rette medregnet til skatteyderens indkomst, jf. SL § 4.[55]

Den af Højesteret valgte formulering er noget upræcis, eftersom det af dommen fremgår, at det af »... Lis Weiland i 1983 oppebårne renteafkast på 21.000 kr. med rette medregnet til appellantens skattepligtige indkomst, jf. statsskattelovens § 4«. Dette kunne fortolkes således, at Højesteret løste sagen ved allokere det renteafkast, som samleversken havde medregnet ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst, til skatteyderen. Dette stemmer imidlertid ikke overens med parternes påstande og det oplyste om beskatningen af skatteyderen: »Den påklagede ansættelse beror bl.a. på, at skatterådet har anset klageren for skattepligtig af et skønsmæssigt ansat beløb på 21.000 kr., der modsvarer renteindtægten af et rentefrit lån«. Skattemyndighederne havde ikke allokeret renteafkastet til skatteyderen, men havde derimod beskattet skatteyderen af en fikseret rente.[56]

Uanset om Højesterets afgørelse skal forstås således, at det af samleversken fremkaldte og oppebårne renteafkast skulle allokeres til skatteyderen, eller om skatteyderen skulle beskattes af en fikseret indkomst hidrørende fra udlånet, må der gives Aage Michelsen medhold i, at afgørelsen er eksempel på en omgåelse af en lovbestemmelse, som må kunne føre til, at långiver beskattes af en fikseret rente.

2.1.2 LL § 2

Efter vedtagelsen af LL § 2 kan selskabsdeltager eller selskab beskattes af en fikseret rente med hjemmel i denne bestemmelse. I henhold til ordlyden af LL § 2 skal långiver beskattes af en fikseret rente, når den aftalte forretning ikke svarer til, hvad en uafhængig långiver og låntager ville have aftalt. Der skal med andre ord foretages en såkaldt armslængde-vurdering af de aftalte priser og

55. Sagen er kommenteret i SpO 1990,s. 210.
56. Se også *Aage Michelsen*, R&R 2003, 1, SM 2, der anser afgørelsen for at vedrøre spørgsmålet om rentefiksering, og delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37). Se hertil *Jan Pedersen*, TfS 1995, 81, der »muligvis« anser afgørelsen for at være udtryk for, at rentefriheden ikke svarede til den underliggende realitet.

vilkår for et udlån. Kravet om en armslængde-vurdering har imidlertid ikke haft afgørende betydning i den hidtidige praksis om beskatning af fikserede renter i henhold til LL § 2. Ved fortolkningen af bestemmelsen er der i praksis blevet lagt afgørende vægt på, at LL § 2 ifølge forarbejderne er en lovfæstelse af den praksis vedrørende fiksering af renter, som havde udviklet sig inden Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H. Som følge heraf vurderes det i dag, om långiver ville have foretaget udlånet til en ikke interesseforbunden låntager på tilsvarende vilkår, herunder om rentesatsen ville have været den samme. Er rentesatsen ikke den samme, anses renten ikke for at være aftalt på markedsmæssige vilkår. Långiver beskattes da af en fikseret rente, *medmindre* långiver kan godtgøre, at den aftalte rente er normalt forretningsmæssigt begrundet. Der foretages derfor ikke en kun en vurdering af, om udlånet er foretaget på armslængde-priser og -vilkår, men også af, om en eventuel afvigelse fra disse armslængde-priser og -vilkår er forretningsmæssigt begrundet.[57] Heraf følger, at långiver ikke nødvendigvis vil blive beskattet af en fikseret rente, selvom långiver ikke ville have udlånt beløbet på samme betingelser til en uafhængig låntager.

Vedtagelsen af LL § 2 har derfor ført til, at den retstilstand, som var gældende inden Højesterets dom i sagen TfS 1996, 642 H,[58] i realiteten er blevet genindført. Denne retstilstand er dog som noget nyt blevet udvidet med en bagatelgrænse, hvorefter en fikseret rente ikke kan beskattes, når der er tale om et bagatelagtigt beløb.[59]

2.1.3 Værdiansættelsen

Der var i tiden inden Højesterets dom i TfS 1998, 199 H en fast praksis for, at renten – med mindre andet blev påvist – skulle fikseres til diskontoen med tillæg af 4 pct.,[60] uden beregning af renters rente.[61] En anden rentesats blev kun lagt til grund, når det var dokumenteret, at denne var forretningsmæssigt begrundet.[62] Det må som følge heraf konkluderes, at diskontoen med tillæg af 4 pct. i dansk ret blev anset for at være markedsrenten.[63]

---

57. Se ovenfor XIX, 5.1.
58. Se om denne retstilstand ovenfor XVIII, 3.2.2 og 3.2.5.
59. TfS 2003, 842 LSR.
60. Jf. også *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162, *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345, *Svend Erik Holm*, R&R 1993, 8, SM 211, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1993, 131 og SpO 1992, 334. Anderledes *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1996, 661: »Det henstår endvidere som usikkert, hvilken rentesats der i givet fald skal anvendes. Flere afgørelser fra Landsskatteretten har godkendt forrentning med mindsterenten mellem interesseforbundne parter, og gode grunde kan fremføres til støtte for, at den rentesats er et dækkende udtryk for markedsrenten«.
61. Jf. TfS 1990, 240 LSR. Ligeledes *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345.
62. Der bortses fra de sager, hvor en fikseret rente ikke blev beskattet, jf. f.eks. TfS 1986, 156 LSR, hvor den aftalte forrentning på 7 pct. p.a. blev anset for at være en normal forretningsdis-

Denne praksis er videreført efter vedtagelsen af LL § 2. Renten fikseres også i medfør af denne bestemmelse til diskontoen med tillæg af 4 pct., medmindre en anden rentesats konkret anses for at være normalt forretningsmæssigt begrundet. I tilfælde, hvor udlånet ikke er omfattet af LL § 2, men aftalen om forrentning af udlånet er udtryk for en omgåelse af skattelovgivningen, må det ligeledes antages, at renten som udgangspunkt vil blive fikseret til diskontoen med tillæg af 4 pct.

2.1.4 Omgåelse eller normalt forretningsmæssigt begrundet

Lovgivning og praksis om beskatning af fikserede renter kan herefter sammenfattes i to forskellige regelsæt: I henhold til det ene regelsæt skal långiver beskattes af en fikseret rente, når den aftalte forrentning er et forsøg på at *omgå skattelovgivningen*. Hjemmel til beskatning kan herefter findes i den skatteretlige bestemmelse, som långiver og/eller låntager prøver at omgå, herunder f.eks. i SL § 4. I henhold til det andet regelsæt, der har hjemmel i LL § 2 – og forarbejderne til denne bestemmelse – skal långiver beskattes af en fikseret rente, når den aftalte forrentning ikke er *normalt forretningsmæssigt begrundet*. Til gengæld vil den aftalte forrentning ikke efter dansk ret blive korrigeret, alene fordi renten ikke svarer til den *armslængde*-rente, som ville være aftalt i forholdet mellem sammenlignelige uafhængige parter.

Fælles for de nævnte regelsæt er i øvrigt, at långiver som den, der udøver den indkomstskabende aktivitet (udlånet), beskattes af en fikseret rente, som er ikke er fremkaldt ved aktiviteten.

2.2 Lønfiksering

2.2.1 SL § 4 og den øvrige lovgivning

Der findes i dødsboskatteloven og kildeskatteloven regler om, at den skattepligtige, der udøver et arbejde som lønmodtager eller selvstændigt erhvervsdrivende, i nogle særlige tilfælde skal beskattes af den løn, som kunne være fremkaldt på armslængde-vilkår eller som ikke står i åbenbart misforhold til arbejdsindsatsen, uanset hvilken løn den pågældende ved sin arbejdsindsats måtte have fremkaldt.[64] Tilsvarende regler findes ikke i SL §§ 4-6.

I teori og praksis er det fast antaget, at mulighederne for at beskatte selskabs-

---

position. Anderledes delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).

63. Se også *Susanne Pedersen & Klaus Okholm*, SU 1999, 94, *Ole Bjørn*, SpO 1999, 54 og SR-Skat 1996, 6, redaktionel artikel i SpO 1996, 56, *Ove Lykke Zeimer*, TfS 1994, 345 og delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37).
64. Se ovenfor XVII, og 2.3, 2.7 og 3.4.

deltageren af et fikseret arbejdsvederlag ud over den fremkaldte indkomst er yderst begrænsede, når bortses fra hjemlen til en sådan beskatning i LL § 2[65] og reglerne i dødsboskatteloven og kildeskatteloven. Et fikseret arbejdsvederlag beskattes i hvert fald ikke, hvis det arbejdsgivende selskabs økonomiske situation ikke tillader en højere aflønning af selskabsdeltageren end den aftalte aflønning, eller hvis den aftalte aflønning er et led i en konsolidering af selskabsdeltagerens selskab.[66]

Ved vurderingen af om den, der udøver en arbejdsindsats, skal beskattes af et fikseret arbejdsvederlag, er der i praksis lagt afgørende vægt på, om den aftalte aflønning er normalt forretningsmæssigt begrundet. Det har til gengæld – når bortses fra den oprindelige praksis om beskatning af fikserede arbejdsvederlag, som nu er opgivet – ikke haft betydning, om vederlaget er aftalt på armslængdevilkår. Den forretningsmæssige begrundelse må efter omstændighederne tillige ses i sammenhæng med et selskabs beslutning om at udbetale udbytte. For så vidt angår beskatning af fikserede arbejdsvederlag hos selskabsdeltageren må det derfor konstateres, at selskabsdeltageren i henhold til gældende ret inden for særdeles vide rammer kan beslutte, om et beløb skal opspares i selskabet, udbetales som løn eller udbetales som udbytte.[67]

Det må herefter konkluderes, at en selskabsdeltager som altovervejende hovedregel ikke vil blive beskattet af et fikseret arbejdsvederlag, selvom selskabsdeltageren vederlagsfrit udfører et arbejde for sit selskab.

I de tilfælde, hvor selskabet udfører et arbejde for selskabsdeltageren uden vederlag, vil selskabet som hovedregel heller ikke blive beskattet af et fikseret arbejdsvederlag. Til gengæld vil selskabsdeltageren som oftest blive beskattet af et maskeret udbytte, jf. LL § 16 A, eftersom værdien af arbejdet må anses for at være udloddet fra selskabet til selskabsdeltageren.

---

65. Ligeledes LV 2004-1 S.I.1.3.1. Jf. også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 589 og s. 604, *Henrik Gam* i Skatteret, s. 113, *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 143, *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 100-101, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1993, 131 og SpO 1992, 334, *Gitte Skouby*, R&R 1991, 6, 52 og redaktionel artikel i SpO 1973, 229.
66. Se nærmere ovenfor XVIII, 4.
67. Se hertil LV 2004-1 S.I.1.3.1: »Med den gældende konsekvente beskatning af udbytter og avancer, som er fastsat under hensyn dels til beskatningen i selskabet dels til beskatning af personlig indkomst i almindelighed, vil der som hovedregel ikke være nogen anledning til at efterprøve hovedaktionærers dispositioner i denne henseende« og LV 2004-1 S.F.4: »Aftale mellem en hovedaktionær og det af ham beherskede selskab kan gå ud på, at hans arbejdsvederlag fastsættes til en værdi, der ligger under, hvad selskabet skulle betale til en udenforstående person. I disse tilfælde må man i almindelighed acceptere det af parterne aftalte vederlag«. Jf. også *Carsten Led-Jensen*, Beskatning af lønindkomst, s. 101, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1997, 61 og redaktionel artikel i SpO 1973, 176.

Til støtte for ovennævnte kan henvises til TfS 1997, 80, hvor skatteministeren i et svar til Folketingets Skatteudvalg redegør for hjemmelen til lønfiksering i hovedaktionærforhold.[68] Det præciseres heri, at det allerede i et cirkulære fra november 1975 fra Statens Ligningdirektorat[69] fremgår, at skattemyndighederne i almindelighed må acceptere det mellem selskabsdeltager og selskabet aftalte arbejdsvederlag, selv om det er lavere end en normal aflønning. I perioden indtil cirkulæret blev afløst ved TS-CIR 1992-14 blev der ifølge skatteministeren så vidt ses i intet tilfælde givet tilladelse til, at en fiksering af et arbejdsvederlag kunne gennemføres.[70] På baggrund heraf konkluderer skatteministeren, at der i praksis som »absolut altovervejende hovedregel« ikke blev foretaget fiksering af arbejdsvederlag. I TS-CIR 1992-14 blev det tilkendegivet, at cirkulæret ikke havde til hensigt at ændre praksis. Skatteministeren oplyser endvidere, at TS-CIR 1992-14 blev afløst af TS-CIR 1995-24, hvor det på ny blev fastslået, at sager om fiksering af arbejdsvederlag skulle forelægges told- og skatteregionerne. Det fremgår endelig af skatteministerens redegørelse i TfS 1997, 80, at der har været tre sager om fiksering af arbejdsvederlag, hvoraf to tilfælde af indkomstfiksering blev underkendt af Landsskatteretten.[71] Den tredje sag var den direkte årsag til, at skatteministeren blev stillet det spørgsmål af Folketingets Skatteudvalg, som førte til det offentliggjorde svar i TfS 1997, 80.

> Denne sag vedrørte en tandlæge, der drev sin tandlægevirksomhed i et anpartsselskab, og som havde hævet 90.000 kr. i løn fra selskabet i 1995. Den stedlige skattemyndighed havde fikseret vederlaget til 250.000 kr. Skatteministeren kunne oplyse, at Told- og Skattestyrelsen havde anmodet den pågældende told- og skatteregion om at foranledige den pågældende sag standset.

I TfS 1997, 80 anfører skatteministeren afslutningsvis, at der på trods af den klare praksis på området tilsyneladende stadig forekommer tilfælde af fiksering af arbejdsvederlag, og at Told- og Skattestyrelsen derfor har besluttet sig for at klargøre praksis yderligere for kommunerne og told- og skatteregionerne.

Selvom beskatning af fikserede arbejdsvederlag i dag de facto nærmest må anses for at være opgivet, kan det ikke afvises, at et fikseret arbejdsvederlag vil

---

68. Ligeledes *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 604.
69. CIR nr. 437 af 5/11 1975 om lønspørgsmålet for aktionærer, der kontrollerer det selskab, som de selv arbejder i.
70. Efter det oprindelige cirkulære kunne fiksering af arbejdsvederlag alene ske efter indberetning til og godkendelse fra Statens Ligningsdirektorat, senere Statsskattedirektoratet og nu Told- og Skattestyrelsen. Ved TS-CIR 1992-14 blev beføjelsen til at foretage forhåndsgodkendelse af fiksering af arbejdsvederlag lagt ud til told- og skatteregionerne.
71. Den ene af disse kendelser er offentliggjort i TfS 1996, 750 LSR.

kunne beskattes i henhold til f.eks. SL § 4.[72] En sådan beskatning kan navnlig ikke afvises under henvisning til sagerne TfS 1998, 199 H og TfS 1998, 238 H.[73] I betragtning af, at både renter og løn er løbende vederlag, som er skattepligtige efter SL § 4, kan det dog diskuteres, om en beskatning af et fikseret arbejdsvederlag efter Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H forudsætter, at den manglende aflønning er udtryk for en *omgåelse* af skattelovgivningen. Til støtte herfor kan på den ene side anføres, at det i teoretisk henseende ikke bør have nogen betydning, om den indkomstskabende aktivitet, som ikke har fremkaldt en indkomst, er en arbejdsindsats eller et udlån. I begge tilfælde giver den, der udøver den indkomstskabende aktivitet, afkald på at fremkalde indkomsten, hvorfor den, til fordel for hvem aktiviteten er udøvet, opnår en økonomisk fordel. Som følge heraf forskydes en indkomst i det indbyrdes forhold. På den anden side må det erkendes, at dette teoretiske udgangspunkt ikke er i overensstemmelse med gældende ret. Efter gældende ret om beskatning af fikserede indkomster er muligheden for at korrigere de aftalte priser og vilkår i høj grad er afhængig af, hvilken type af indkomstskabende aktivitet, den skattepligtige har udøvet, men som ikke har fremkaldt en indkomst.[74] Praksis om f.eks. beskatning af fikserede renter har derfor stort set altid været anderledes, end praksis om beskatning af fikserede arbejdsvederlag.

> I tiden inden Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H var det f.eks. antaget, at selskabsdeltager i vid udstrækning kunne beskattes af en fikseret rente, idet en manglende eller lav forrentning som udgangspunkt blev anset for at være udtryk for en indkomstforvridning. I samme periode blev det antaget, at en manglende eller lav aflønning som hovedregel var en normal forretningsmæssig disposition.[75]

Dette indebærer, at praksis om beskatning af fikseret indkomst som følge af en udøvelse af én form indkomstskabende aktivitet, ikke uden videre kan sammenlignes med praksis om beskatning af fikseret indkomst som følge af en udøvelse en anden form for indkomstskabende aktivitet.

I lyset af ovenstående er det derfor usikkert, om der – når bortses fra korrektioner efter LL § 2 – skal lægges vægt på, om det aftalte arbejdsvederlag ikke er normalt forretningsmæssigt begrundet, eller om en korrektion alene kan finde sted, når det aftalte arbejdsvederlag er et forsøg på at omgå skattelovgivningen.

---

72. Se også *Henrik Gam* i Skatteret, s. 109: »Særlige omstændigheder kan dog begrunde indkomstbeskatning af et større arbejdsvederlag end det faktisk modtagne.«
73. Se hertil *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 320, der antager, at selskabsdeltageren alene vil kunne beskattes af et fikseret vederlag i henhold til den såkaldte realitetsgrundsætning.
74. Se nedenfor 2.6 og 3.
75. Se ovenfor henholdsvis XVIII, 3 og 4.

Selvom det er kritisabelt i teoretisk henseende, må det antages, at der i praksis fortsat vil blive lagt vægt på, hvad der er normalt forretningsmæssigt begrundet.[76] I betragtning af, hvad der anses for at være normalt forretningsmæssigt begrundet, har dette dog næppe den store betydning, eftersom der ikke i de seneste årtier har været eksempler på, at selskabsdeltageren er blevet beskattet af et fikseret arbejdsvederlag. Bevisbyrden for, hvad der er en unormalt forretningsmæssigt begrundet aflønning, er øjensynligt ikke lettere at løfte, end bevisbyrden for, hvad der er en omgåelse af skattelovgivningen.

2.2.2 LL § 2

Hjemmel til at beskatte selskabsdeltager eller selskab af et fikseret arbejdsvederlag findes også i LL § 2. I henhold til ordlyden af denne bestemmelse kan den skattepligtige beskattes af et fikseret arbejdsvederlag, når aftalen om aflønning ikke er indgået på armslængde-priser og -vilkår. LL § 2 er imidlertid hidtil blevet fortolket på en anden måde under henvisning til forarbejderne til bestemmelsen og det i ligningsvejledningen anførte om lønfiksering. Det antages således, at den aftalte aflønning ikke vil blive korrigeret i henhold til LL § 2, når aftalen er normalt forretningsmæssigt begrundet, uanset om aftalen er indgået på armslængde-priser og -vilkår eller ej.[77] Med vedtagelsen af LL § 2 har lovgiver derfor fået lovfæstet den meget restriktive praksis om beskatning af fikserede arbejdsvederlag.

2.2.3 Værdiansættelsen

Uanset om selskabsdeltageren skal beskattes af et fikseret arbejdsvederlag i henhold til SL § 4, LL § 2 eller en anden bestemmelse, må det antages, at vederlaget vil blive værdiansat til det beløb, som den pågældende ville kunne have fremkaldt ved at udføre et sammenligneligt arbejde for en sammenlignelig uafhængig part. I mange tilfælde er det muligt at foretage en værdiansættelse ud fra en vurdering af, hvad der ville være aftalt på armslængde-vilkår, eftersom det må antages, at der vil være et stort sammenligningsgrundlag i form af mange andre selskaber med ansatte i lignende funktioner.[78]

2.2.4 Normalt forretningsmæssigt begrundet

Reglerne om beskatning af fikserede arbejdsvederlag kan herefter i alt væsentligt sammenfattes i to regelsæt, der tager udgangspunkt i samme grundsætning:

---

76. Jf. også LV 2004-1 S.I.1.3.2.
77. Se ovenfor XIX, 5.2.
78. Anderledes *Ole Bjørn*, SpO 1992, 334, der antager, at det vil være vanskeligt at fastsætte prisen på arbejdskraft. Se hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 145-153, der indgående redegør for, hvorledes lønnen kan værdiansættes.

Selskabsdeltager eller selskab skal beskattes af et fikseret arbejdsvederlag, når den aftalte aflønning ikke er *normalt forretningsmæssigt begrundet*. Dette gælder, uanset om en korrektion af det aftalte arbejdsvederlag finder sted med hjemmel i LL § 2 eller med hjemmel i den øvrige skattelovgivning, når bortses fra en række særlige bestemmelser, hvorefter arbejdstager skal beskattes af den løn, der kunne være opnået på armslængde-vilkår.[79] I henhold til gældende ret er det ikke tilstrækkeligt grundlag for en korrektion, at selskabsdeltageren eller selskabet ville have fremkaldt et (større) arbejdsvederlag ved at udøve et sammenligneligt arbejde for en sammenlignelig uafhængig part.

Den, der beskattes af et fikseret arbejdsvederlag, er altid den, som har udøvet den indkomstskabende aktivitet (arbejdet), uden at fremkalde indkomsten.

2.3 Lejefiksering

2.3.1 SL § 4 og den øvrige lovgivning

I skattelovgivningen findes ikke udtrykkelige regler om beskatning af en fikseret leje eller forpagtningsafgift m.v., der hidrører fra udleje af fast ejendom eller andre aktiver, når bortses fra den udtrykkelige hjemmel til skattemæssig korrektion af interesseforbundne parters aftaler om udleje og forpagtning m.v. i LL § 2. Spørgsmålet om beskatning af en fikseret leje er derfor ikke mere reguleret i SL § 4, litra b, end spørgsmålet om beskatning fiksering af renter er reguleret i SL § 4, litra e, når bortses fra udleje mellem nærstående fysiske personer, hvor der findes regler om lejeværdi af egen bolig. Det må på baggrund heraf konstateres, at det – når bortses fra LL § 2 – i intet tilfælde udtrykkeligt angives, hvorledes der skal forholdes, når der ved udleje i forholdet mellem interesseforbundne parter ikke er fremkaldt den indkomst, som f.eks. kunne være fremkaldt ved en sammenlignelig udleje i forholdet mellem ikke interesseforbundne parter.[80]

I praksis har det både før og efter Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H været antaget, at et selskab, der udlejer en fast ejendom til selskabsdeltageren, kan beskattes af en fikseret leje, når udlejen ikke er foretaget på *armslængde*-vilkår, og aftalen om udleje er *skattemæssigt* motiveret.[81] Det samme må antages, når selskabsdeltager udlejer fast ejendom til selskabet, jf. hertil LSRM 1972, 10, hvor Landsskatteretten dog under henvisning til de »foreliggende omstændigheder« afviste at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret indkomst vedrørende udleje af nogle driftsmidler. Eftersom der principielt ikke er forskel

---

79. Se herom ovenfor XVII, 3.4.
80. Se også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 608.
81. Jf. UfR 1983.16 H, TfS 1984, 272 H, TfS 2000, 511 LSR og TfS 2004, 83 LSR. De skattemæssige motiver har dog så vidt ses kun haft mindre betydning, jf. ovenfor XVIII, 5.1.2.

på udleje af fast ejendom og udleje af andre aktiver, må det endelig antages, at selskabsdeltager og selskab kan blive beskattet af en fikseret leje ved udleje af andre aktiver end fast ejendom, f.eks. driftsmidler.[82]

Højesterets dom i sagen TfS 2002, 967 H om fiksering af leje ved udleje mellem nærstående fysiske personer er konkret begrundet i en henvisning til reglerne om lejeværdi af bolig i den skattepligtiges egen ejendom. Dette hjemmelsgrundlag er spinkelt, hvis formålet med bestemmelserne lægges til grund, idet SL § 4, litra b, 1. pkt. alene giver hjemmel til at beskatte lejeren af den vederlagsfri benyttelse af ejendommen, mens 2. pkt. alene giver hjemmel til at beskatte ejeren af værdien af at bo i egen ejendom. Det kan derfor være vanskeligt at forklare, hvorledes to dele af bestemmelsen – der hver for sig klart ikke indeholder hjemmel til at beskatte udlejer af en fikseret indkomst – tilsammen skaber det fornødne hjemmelsgrundlag.[83] På den anden side må det anerkendes, at Højesteret ved fortolkningen af SL § 4, litra b, ikke har følt sig bundet af bestemmelsens historiske forudsætninger og har anvendt en udvidet fortolkning, hvor der er lagt større vægt på en følgeslutning ud fra en kombination af bestemmelsens enkelte bestanddele, end formålet med bestemmelsen.[84] Afgørelsen er set i den kontekst korrekt og kan anses for at være hjemlet i SL § 4, litra b.

Afgørelsen er imidlertid så konkret begrundet, at beskatning af en fikseret leje alene kan støttes på TfS 2002, 967 H og SL § 4, litra b, når der eksisterer et gavemiljø, jf. også den tidligere praksis på området. Et sådant gavemiljø eksisterer i forholdet mellem slægtninge eller andre nærstående personer,[85] men ikke i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab. Det kan derfor ikke på baggrund af Højesterets afgørelse antages, at der med henvisning til samme hjemmelsgrundlag – eller dele af dette – er hjemmel til at beskatte en fikseret leje i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab.[86] Dette gælder så meget desto mere, hvor udlejer er en juridisk person, idet en juridisk person ikke kan have en »bolig«, således som begrebet anvendes i SL § 4, litra b.[87]

---

82. Se hertil LSRM 1972, 10. Jf. også *Ole Bjørn*, SpO 1992, 334. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 35 antager nærmest, at der hjemmel i SL § 4 til at beskatte fikserede lejeindtægter, selvom det s. 30 antages, at der ikke i SL § 4 er hjemmel til at beskatte fikserede indkomster.
83. Se ovenfor XVI, 2.
84. Se også *Jan Pedersen*, R&R 2003, SM 26, der betegner hjemmelsgrundlaget som en »... særdeles udvidende fortolkning af specialbestemmelsen i Statsskattelovens § 4 b, 2. pkt. om lejeværdi af egen bolig«.
85. Ligeledes *Aage Michelsen*, R&R 2003, 1, SM 2. Se også *Christian Bachmann*, TfS 1997, 750 og *Bent Ramskov*, SR-Skat 2003, 220.
86. Jf. også *Aage Michelsen*, R&R 2003, 1, SM 2. Anderledes *Jane Bolander*, SpO 2002, 395.
87. Ligeledes *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834 og *Svend Erik Holm*, R&R 2001, SM 372.

Højesterets henvisning til reglerne om lejeværdi af bolig i egen ejendom må endvidere udelukke, at TfS 2002, 967 H kan tages til indtægt for, at udlejer kan beskattes af en fikseret leje ved udleje af andet end fast ejendom, der anvendes som bolig, f.eks. en erhvervsejendom, hvad enten udlejen finder sted i forholdet mellem nærstående fysiske personer eller en selskabsdeltager og et selskab.[88] SL § 4, litra b, 2. pkt., omfatter alene fast ejendom, der benyttes som »bolig«, cfr. ejendomme, der anvendes til erhverv, eller grunde, der hverken kan benyttes til bolig eller erhverv.[89]

> Vestre Landsret har derimod i sagen TfS 2000, 936 V fundet, at der var hjemmel til beskatning i sammenhængen mellem SL § 4, litra b, 1., 2. og 3. pkt. ved vederlagsfri udleje af et erhvervslejemål mellem to ægtefæller. Landsrettens afgørelse kan ikke antages at have direkte hjemmel i SL § 4, litra b, 2. pkt., eftersom lejeværdi alene kan beregnes for en bolig. Landsskatterettens specifikke henvisning til 2. pkt. i SL § 4, litra b, er derfor af tvivlsom rigtighed.[90]

Endelig kan det ikke på baggrund af afgørelsen antages, at der er en lignende hjemmel til at beskatte fikserede lejeindtægter ved udlån af andre aktiver, f.eks. ved udlån af driftsmidler eller lignende. Henvisningen til SL § 4, litra b, 2. pkt., om lejeværdi af egen bolig udelukker i hvert fald, at TfS 2002, 967 H kan tages til indtægt for, at der er hjemmel til sådanne fikseringer.[91]

På den anden side kan der heller ikke sluttes modsætningsvis fra Højesterets afgørelse i TfS 2002, 967 H, således at beskatning af en fikseret leje er udelukket uden for det ovenfor anførte anvendelsesområde, idet Højesteret ikke generelt tog stilling til, om der i øvrigt var hjemmel til at beskatte en fikseret leje.[92]

Sagen TfS 1998, 199 H har, som det ses, ikke haft betydning ved vurderingen af, om der er hjemmel til at beskatte udlejer af en fikseret leje m.v., selvom der i teoretisk henseende ikke er nogen forskel på, om en indkomst ikke er fremkaldt

---

88. Jf. også *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2002, 46, *Aage Michelsen* R&R 2003, 1, SM 2 og *Svend Erik Holm*, R&R 2001, SM 372. *Jane Bolander*, SpO 2002, 395, anser spørgsmålet for at være uafklaret.
89. Jf. også *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834 og SR-Skat 2003, 220.
90. Cfr. *Jane Bolander*, SpO 2002, 395, men jf. *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284: »Dommen er overraskende, idet Vestre Landsret ikke blot anvender lejeværdibestemmelsen analogt på erhvervslokaler, men tillige anvender bestemmelsen analogt på en fremlejegiver«. Se hertil *Svend Erik Holm*, R&R 2001, 12, SM 372, der anfører, at dommen kan være udtryk for, at der var tale om omgåelse, men at den næppe kan anses for korrekt.
91. Jf. også *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2002, 46 og *Jane Bolander*, SpO 2002, 395.
92. Cfr. *Ole Bjørn*, SR-Skat 2002, 349 samt *Bent Ramskov*, SR-Skat 2003, 220 og SR-Skat 2003, 364.

som følge af en udleje af fast ejendom eller udlån af en kapital. I begge tilfælde kan og vil udlejer eller udlåner normalt betinge sig et løbende vederlag for at stille ejendommen eller kapitalen til rådighed. Som ovenfor nævnt er det imidlertid symptomatisk for praksis, at der ved vurderingen af, om der er hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst, lægges afgørende vægt på, hvilken type af indkomstskabende aktivitet, der er udøvet, men som ikke har fremkaldt en indkomst.[93]

Det har i teorien endvidere været diskuteret, om reglerne om beregning af lejeværdi af egen bolig – der tidligere fandtes i LL §§ 15 A-15 I, og som nu findes i ejendomsværdiskatteloven – har medført, at der ikke kan antages at være hjemmel til at beskatte en fikseret leje i medfør af SL § 4, litra b.[94] Dette må – ikke mindst efter Højesterets dom i sagen TfS 2002, 967 H – afvises. En analyse af SL § 4, litra b, som hjemmelsgrundlag for beskatning af en fikseret leje kan for det første ikke understøttes ved en henvisning til den måde, hvorpå lejeværdien af bolig i egen ejendom tidligere skulle beregnes. Spørgsmålet om, hvilken værdi den fikserede leje skal ansættes til, er ikke det samme som spørgsmålet om, hvorvidt der er hjemmel til at beskatte udlejer af en fikseret leje. SL § 4, litra b, kunne derfor inden vedtagelsen af ejendomsværdiskatteloven være hjemmelsgrundlag til beskatning af fikserede lejeindtægter, selvom der i anden lovgivning fandtes særlige regler om beregning af lejeværdi af egen bolig. Dette følger allerede af, at bestemmelsen blev opretholdt uændret, uanset at reglerne i LL §§ 15 A-15 I blev vedtaget. Noget andet er, at det svækker argumentet om ejerens »mindstebeskatning« i henhold til SL § 4, litra b, at ejeren beskattes af markedslejen som den mindste indkomst og ikke af lejeværdien.[95]

For det andet kan vedtagelsen af ejendomsværdiskatteloven ikke medføre, at reglerne i SL § 4, litra b, ikke kan anvendes som hjemmelsgrundlag for beskatning af en fikseret leje. Til forskel fra LL §§ 15 A-15 I blev reglerne om lejeværdi af egen bolig ganske vist ophævet ved lovens vedtagelse, idet der efter denne lov i stedet betales en såkaldt ejendomsværdiskat. Bestemmelsen i SL § 4, litra b, blev imidlertid ikke ophævet, og disse bestemmelser må derfor stadig kunne finde anvendelse, hvor ejendomsværdiskatteloven som lex specialis ikke regulerer forholdet. Den situation, at en ejendom udlejes for et beløb, der er lavere end markedslejen, er utvivlsomt ikke omfattet af ejendomsværdiskatteloven, og må derfor fortsat reguleres efter reglerne i SL § 4, litra b.[96]

---

93. Se nærmere nedenfor 3.
94. Se hertil *Jane Bolander*, SpO 2002, 395, *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339, *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834 samt *Henrik Poulsen*, TfS 1999, 909, og TfS 2001, 991.
95. Se ovenfor XVI, 2.2.
96. Cfr. *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339.

> Det er derimod bemærkelsesværdigt, at Højesteret i TfS 2002, 967 H på den ene side fortolker reglerne om lejeværdi af egen bolig, beskatning ved udleje og vederlagsfri benyttelse af andres formuegoder på en sådan måde, at der heri er hjemmel til beskatning af en fikseret lejeindtægt, samtidig med at det afvises at ansætte lejeværdien i henhold til LL § 15 A-15 I under henvisning til at: »De dagældende bestemmelser i ligningsloven om lejeværdi af bolig i egen ejendom er ikke anvendelige i den foreliggende situation, hvor ejerlejligheden var udlejet til en person, der ikke var medejer af lejligheden«.[97] Argumentet er ikke synderlig velvalgt, når henses til, at det ligeledes kunne have været anført, at bestemmelsen om lejeværdi af bolig i egen ejendom i SL § 4, litra b, ikke er anvendelig i en situation, hvor ejendommen benyttes af en person, der ikke er medejer af lejligheden. Højesteret burde i stedet have gjort udtrykkelig opmærksom på, at skattemyndighederne ved værdiansættelsen af den fikserede leje ikke er forpligtet til at benytte særlige regler om værdiansættelsen, når disse regler efter deres indhold kun kan finde anvendelse for bestemte situationer.[98]

2.3.2 LL § 2

Med vedtagelsen af LL § 2 er der nu utvivlsomt hjemmel til at beskatte selskabsdeltager eller selskab ved indbyrdes udleje eller bortforpagtning m.v. af fast ejendom eller andre aktiver, når den aftalte leje eller forpagtningsafgift m.v. ikke svarer til, hvad der ville være aftalt på armslængde-vilkår. I modsætning til, hvad der ovenfor er anført om beskatning af fikserede renter og fikserede arbejdsvederlag, er bestemmelsen i den foreløbige praksis blevet fortolket bogstaveligt.[99] Det vil derfor i henhold til LL § 2 blive vurderet, om selskabsdeltager eller selskab kunne have fremkaldt en anden indkomst ved udleje eller bortforpagtning m.v. på armslængde-priser og -vilkår. Hvis dette er tilfældet, vil indkomsten i skattemæssig henseende blive korrigeret, således at den udviser det beløb, der kunne være fremkaldt ved udleje på armslængde-priser eller -vilkår, uanset om den aftalte udleje m.v. måtte være normalt forretningsmæssigt begrundet. De administrative retningslinjer, hvorefter lejen skal fikseres til 8 pct. af ejendomsvurderingen, vil efter alt at dømme blive fraveget, hvis der i medfør af den frie markedspris-metode – eller en anden af OECD's metoder – kan udmåles en anden markedsleje.

---

97. TfS 2002, 967 H.
98. Se også *Bent Ramskov*, SR-Skat 2003, 220.
99. Jf. TfS 2004, 97 Ø og LSRM 1979, 91. Sidstnævnte sag blev afgjort under henvisning til den nu ophævede bestemmelse i SEL § 12.

2.3.3 Værdiansættelsen

I forholdet mellem selskabsdeltager og selskab er lejen som udgangspunkt blevet fikseret til 8 pct. af ejendommens vurdering, medmindre konkrete omstændigheder taler for et andet resultat.

> Ved fikseringen af lejen i forholdet mellem nærstående personer er der derimod i praksis så vidt ses henset til, hvad der kunne være opkrævet efter lejelovgivningen, dersom boligen var udlejet mellem uafhængige parter.[100] Udgangspunktet for den skønsmæssige vurdering af den objektive lejeværdi har herefter været reglerne i lejeloven eller boligreguleringsloven,[101] omend disse regler har kunnet fraviges, hvor særlige forhold gør sig gældende, f.eks. fordi udlejer på grund af interessefællesskabet ikke har søgt at udnytte mulighederne for at opnå en højere leje.

2.3.4 Armslængde-vurdering

I forholdet mellem selskabsdeltager og selskab findes derfor to forskellige regelsæt, hvorefter en fikseret leje kan beskattes. Det ene regelsæt har hjemmel i en udvidet fortolkning af SL § 4 (litra b) og fører til en skattemæssig korrektion af den aftalte leje, når udlejen ikke er foretaget på *armslængde*-priser og -vilkår, idet der samtidig lægges en vis vægt på, om lejen m.v. er fastsat til det aftalte beløb af *skattemæssige* grunde. Det andet regelsæt, der har hjemmel i LL § 2, beskatter selskabsdeltageren eller selskabet af en fikseret leje, når den aftalte leje ikke svarer til, hvad der ville være aftalt på *armslængde*-priser og -vilkår mellem uafhængige parter.

Fælles for de nævnte regelsæt er, at udlejer som den, der udøver den indkomstskabende aktivitet (udlejen), beskattes af en fikseret leje, som er ikke er fremkaldt ved aktiviteten.

2.4 Fiksering af fortjeneste ved salg af varer og tjenesteydelser samt provisioner og royalty

2.4.1 SL § 4 og den øvrige lovgivning

Udtrykkelige regler om beskatning af fikserede indkomster ved salg af varer eller tjenesteydelser eller om beskatning af fikserede provisioner og royalty findes ikke i dansk ret, når bortses fra, at en sådan beskatning kan finde sted i henhold til LL § 2.

I praksis har der imidlertid ikke været tvivl om, at skattemyndighederne har haft hjemmel til at korrigere de aftalte priser og vilkår ved salg af varer eller

100. Se hertil *Christian Bachmann*, TfS 1997, 750.
101. Jf. også *Christian Bachmann*, TfS 1997, 750.

tjenesteydelser mellem interesseforbundne parter eller den aftalte provision eller royalty også uden for anvendelsesområdet for LL § 2.

For så vidt angår salg af varer og tjenesteydelser er det i praksis antaget, at den sælgende selskabsdeltager eller det sælgende selskab kan beskattes af en fikseret indkomst hidrørende fra disse salg, hvis salget ikke foregår på armslængde-priser og -vilkår. Sælger vil i så fald blive beskattet af en fikseret indkomst svarende til, at salget havde fundet sted på armslængde-priser og -vilkår.[102] Det må ligeledes antages, at et selskab kan blive beskattet af en fikseret indkomst ved udlodning af varer eller tjenesteydelser til selskabsdeltageren.[103]

Hjemmelsgrundlaget for de foretagne korrektioner har ikke været omdiskuteret i praksis og er i de fleste tilfælde angivet som SL § 4. Efter Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H bør det imidlertid overvejes, om korrektioner som de her omtalte alene vil kunne foretages, når der med de aftalte priser og vilkår er tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen. Dette må afvises.[104] Praksis om beskatning af fikserede vederlag ved salg af varer og tjenesteydelser og om beskatning af fikserede provisioner og royalty kan ikke sammenlignes med praksis om beskatning af fikserede renter. Hvor beskatningen af fikserede renter har været afhængig af, om den aftalte forrentning var normalt forretningsmæssigt begrundet, er en beskatning af fikserede vederlag for salg af varer m.v. blevet vurderet på baggrund af, om den indkomstskabende aktivitet blev udøvet på armslængde-priser og -vilkår. Selvom der i teoretisk henseende ikke bør være forskel på, hvilken form for indkomstskabende aktivitet der udøves, må det som anført ovenfor endvidere respekteres, at den indkomstskabende aktivitets type i praksis har haft betydning for, om en fikseret indkomst blev beskattet.[105]

Endelig må det påpeges, at praksis om beskatning af fikserede indkomster hidrørende fra salg af varer og tjenesteydelser i henhold til den nu ophævede bestemmelse i SEL § 12 formentlig havde en vis afsmittende virkning på bedømmelsen af, om der var hjemmel til beskatning i SEL § 4. Som følge af den relativt omfattende praksis herom har en analogi fra SEL § 12 været nærliggende.[106]

---

102. Se ovenfor XVIII, 6.2.
103. Se også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 365-366.
104. Anderledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 55-56, der ville søge hjemmel til korrektioner i en analogi af SEL § 12, og som efter vedtagelsen af LL § 2 afviser, at hjemmel til sådanne korrektioner kan findes i SL § 4.
105. Se også nedenfor 3.
106. Se også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 372 og *J.O. Engholm Jacobsen*, Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 220-224.

2.4.2 LL § 2

I LL § 2 er der utvivlsomt hjemmel til at beskatte selskabsdeltager eller selskab af en fikseret indkomst som følge af en korrektion af de aftalte priser og vilkår for salg af varer eller tjenesteydelser eller for en aftale om betaling af provision eller royalty. I henhold til praksis efter denne bestemmelse skal det i overensstemmelse med OECD's retningslinjer vurderes, om den fremkaldte indkomst svarer til den indkomst, der ville være fremkaldt på armslængde-vilkår ved en sammenlignelig transaktion mellem sammenlignelige uafhængige parter. Ved afgørelsen heraf anvendes de metoder, som er skitserede i ligningsvejledningen, og som er indgående beskrevet i OECD's retningslinjer.[107]

2.4.3 Værdiansættelsen

Det må på baggrund af den foreliggende praksis antages, at en fortjeneste ved salg af varer eller tjenesteydelser vil blive fikseret til den markedsværdi, der kunne være opnået ved salg af varen eller tjenesteydelsen til en uafhængig part. På samme må vil værdien af en royalty eller provision blive fikseret til det beløb, som ville være opkrævet af en uafhængig part i en sammenlignelig situation.[108]

2.4.4 Armslængde-vurdering

Selvom der findes to regelsæt, hvorefter den ikke fremkaldte indkomst i forbindelse med salg af varer eller tjenesteydelser eller den ikke fremkaldte indkomst i forbindelse med en aftale om betaling af provision eller royalty kan beskattes, er der, som det ses, ikke nævneværdig forskel på disse. Det vurderes både i henhold til SL § 4 og i henhold til LL § 2, om den indkomstskabende aktivitet er udøvet på *armslængde*-priser og -vilkår. Hvis dette ikke er tilfældet, korrigeres indkomsten i skattemæssig henseende, således at den afspejler armslængde-priser og -vilkår.

Den, der beskattes af den ikke fremkaldte indkomst, er den skattepligtige, som har udøvet den indkomstskabende aktivitet.

2.5 Fiksering af kapitalgevinster

2.5.1 SL § 4 og den øvrige lovgivning

Hjemmel til beskatning af en fikseret indkomst ved afståelse af aktiver, der ved salg på armslængde-priser og -vilkår vil kunne fremkalde en skattepligtig avance, findes i et stort antal tilfælde i særlovgivningen, herunder navnlig når sådanne aktiver afstås ved gave eller arveforskud. Der findes ligeledes hjemmel

107. Se ovenfor XIX, 5.4.
108. Se ovenfor XIX, 6.

til beskatning af en fikseret avance, når reglerne for beskatning af aktivet ændres, hvad enten dette beror på, at aktivet bliver undergivet en udenlandsk beskatning eller en ændret beskatningsform i Danmark.[109] Udtrykkelige regler herom findes derimod ikke i SL §§ 4-5.

Selvom en tilsvarende hjemmel ikke udtrykkeligt fremgår af SL §§ 4-5, har det i praksis til stadighed været antaget, at en sådan hjemmel findes i disse bestemmelser, og at tilstedeværelsen af denne blot er bekræftet ved de mange særlige bestemmelser herom, der findes i skattelovgivningen.[110] En korrektion af de aftalte priser og vilkår foretages derfor i praksis, når de interesseforbundne parter ikke har overdraget et skatterelevant aktiv på armslængde-priser og -vilkår. Indkomsten fikseres til det beløb, som ville være opnået, hvis aktivet var blevet afstået på armslængde-priser og -vilkår.

Hjemmelsgrundlaget har i den juridiske litteratur enten været angivet som SL §§ 4-5 eller som en analogi af de særlige bestemmelser om beskatning af fikseret indkomst, når et aktiv, der er omfattet af en af avancebeskatningslovene, overdrages ved gave eller arveforskud. Hjemmelsgrundlaget må antages at være SL §§ 4-5, som kan fortolkes udvidende under hensyntagen til reglerne om gave eller arveforskud i avancebeskatningslovene.[111] Årsagen hertil er, at en overdragelse mellem selskab og selskabsdeltager eller i forholdet mellem interesseforbundne selskaber ikke kan anses for at være en gave eller et arveforskud.[112] Det er derfor mere korrekt at fortolke SL §§ 4-5 udvidende end at foretage en analogi

---

109. Se ovenfor XVII, 3 og 4.

110. Jf. ovenfor XVIII, 7. Ligeledes *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 591, *Christian Beck* i Skatteret, s. 478, *John Bygholm*, SpO 1994, 57 og *Thøger Nielsen*, UfR 1972 B, 201. Anderledes *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 30-35, der s. 35 konkluderer: »På baggrund af ovenstående må det fastslås, at der næppe er hjemmel til at foretage værdikorrektioner hos den begunstigede part i et skatteretlige interessefællesskaber«, jf. også s. 381.

111. Se hertil *Jan Pedersen*, der foretager en analogi ud fra de særlige regler om afståelse ved gave eller arveforskud, jf. Transfer pricing, s. 43: »Konsekvensen heraf er, at bestemmelserne finder anvendelse inden for ethvert skatteretligt interessefællesskab, uanset om dette beror på retlige eller faktiske omstændigheder.« Se også *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, s. 321: »Der er dog næppe tvivl om, at bestemmelsen indeholder et almindeligt princip om anvendelse af handelsværdier ved overdragelser inden for interessefællesskaber, herunder mellem aktionærer og selskaber og mellem beslægtede selskaber.« *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 45 konkluderer også, at de i EBL § 3, ABL § 9, KGL § 34, AL § 40, stk. 6, jf. § 39, og AL § 49 indeholdte principper indebærer, at et tab ved sådanne overdragelser alene kan fratrækkes i det omfang, hvor tabet ville være opstået ved overdragelse til værdien i handel og vandel. *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 179-180, vil beskatte fikserede kapitalgevinster ud fra en analogi af reglerne i aktieavancebeskatningslovene, bortses fra overdragelse af næringsejendomme, hvor en fikseret indkomst ifølge *Malene Kerzel* alene skal beskattes, når der foreligger omgåelse.

112. Jf. også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 365-366. *Jakob Bundgaard & Jens Witten-*

af de særlige bestemmelser i avancebeskatningslovene. Det anførte bekræftes af, at der ved overdragelse mellem selskabsdeltager og selskab m.v. altid må foretages en armslængde-vurdering af de aftalte priser og vilkår, og at indkomsten fikseres til, hvad der kunne være opnået ved at afstå aktivet til værdien i handel og vandel. I modsætning hertil anføres det i bestemmelserne i avancebeskatningslovene, at indkomsten som hovedregel skal fikseres til det gave- eller arveafgiftspligtige beløb.

Højesterets afgørelse i TfS 1998, 199 H kan næppe antages at have betydning for spørgsmålet om, hvorvidt der er hjemmel til at beskatte en fikseret kapitalgevinst.[113] For det første er hjemmel til beskatning af kapitalgevinster som nævnt forudsat i et stort antal tilfælde i den særlige lovgivning om beskatning af kapitalgevinster.[114] For det andet må det som nævnt flere steder ovenfor respekteres, at det ved bedømmelsen af, om der er hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst, i praksis tillægges stor betydning, hvilken type af indkomstskabende aktivitet der er udøvet, men som ikke har fremkaldt en indkomst.[115] Det må derfor også efter Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H fastholdes, at der ved afståelser af aktiver, som er avanceskattepligtige, er hjemmel til at beskatte den, der afstår aktivet af en fikseret indkomst, selvom denne ikke er fremkaldt.[116]

Det har formentlig i praksis haft betydning ved vurderingen af, om der var hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst, at værdiansættelsen af de pågældende aktiver som oftest er relativt enkel, eftersom der dels findes et sammenligneligt marked, dels ofte findes cirkulærer om værdiansættelsen, der relaterer sig til de særlige regler i avancebeskatningslovene.

2.5.2 LL § 2

Hjemmel til at beskatte fikserede indkomster ved afståelse af aktiver, som ved afståelse vil kunne fremkalde en skattepligtig avance, findes nu også i LL § 2. Efter ordlyden af denne bestemmelse må det antages, at de mellem selskabsdeltager og selskab aftalte priser og vilkår vil blive korrigeret, når de ikke svarer til, hvad der ville være aftalt mellem uafhængige parter. Selskabsdeltager eller

---

dorff, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 37 afviser en analogi med den begrundelse, at der ikke er »... retskildemæssigt belæg for en sådant udvidende fortolkning ...«.

113. Således også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 43-44, der anfører, at Højesterets afgørelser i TfS 1998, 199 H og TfS 1998, 238 H – ligesom vedtagelsen af LL § 2 – ikke har medført, at reglerne om beskatning af fikseret indkomst hidrørende fra aktiver, der afstås ved gave eller arveforskud, ikke kan undergives en udvidende fortolkning.
114. Jf. ovenfor XVII, 3.1-3.3. Ligeledes *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 591.
115. Se også nedenfor 3.
116. Jf. også *Ole Bjørn*, SpO 1999, 54. Se hertil *Thøger Nielsen*, UfR 1972B.201, der anførte, at retstilstanden var tvivlsom for så vidt angik spekulationsgenstande.

selskab kan herefter beskattes af en fikseret indkomst, der er udmålt på armslængde-priser og -vilkår, uanset om denne ikke er fremkaldt.

2.5.3 Værdiansættelsen
Ved værdiansættelsen må det på baggrund af den foreliggende praksis antages, at kapitalgevinsten vil blive fikseret til det beløb, der ville være opnået ved en afståelse i handel og vandel. Skattemyndighederne vil formentlig ved den værdiansættelse tage udgangspunkt i CIR nr. 185 af 17/11 1982 om værdiansættelse af aktiver og passiver i dødsboer m.v. og ved gaveafgiftsberegning.

2.5.4 Armslængde-vurdering
Hjemmel til at beskattede fikserede kapitalgevinster findes som det ses i to regelsæt: Dels i en udvidet fortolkning af SL §§ 4-5, dels i LL § 2. I begge tilfælde vurderes det, om et aktiv er afstået på *armslængde*-priser og -vilkår. Er dette ikke tilfældet korrigeres den indkomst, der måtte være fremkaldt ved den indkomstskabende aktivitet, således at den, der afstår aktivet, beskattes af en fikseret indkomst, som svarer til, hvad der ville være aftalt på armslængde-priser og -vilkår, uanset om denne indkomst er fremkaldt eller ej.

Den, der beskattes af den ikke fremkaldte indkomst, er den skattepligtige, som har udøvet den indkomstskabende aktivitet.

2.6 Principperne for indkomstfiksering

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at der i dansk ret er hjemmel til beskatning af fikserede indkomster, men at kravene til, hvornår en sådan beskatning kan finde sted, er endog meget varierende. Der eksisterer ikke ét fælles og generelt gældende princip om beskatning af fikserede indkomster, men derimod flere forskellige principper.[117]

I den hidtidige teori har *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 47, Skatteretten 2, s. 428, TfS 2001, 284, TfS 2000, 142, R&R 1996, SM 3 og TfS 1995, 81, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 28-40 og 381, *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339, *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 498-400, TfS 2000, 834 og SR-Skat 2003, 220, *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1996, 661 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 84-85 og 122,[118] grundlæggende været af den opfattelse, at der som altovervejende hovedregel ikke findes nogen såkaldt »lære om rette indkomstmodtager«, hvorefter fikserede indkomster – herunder navnlig fikserede rente- og lejeindtægter – kan beskattes.

117. Jf. også *Aage Michelsen*, R&R 1996, 7, 15.
118. Se kritisk til *Malene Kerzels* konklusion *Erik Werlauff*, UfR 2000B.338.

> På den anden side har *Aage Michelsen*, Lærebog om indkomstskat, s. 591-592, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 451, *Søren Næsborg Jensen*, EU-Selskabsskatteret, s. 340-341, *Søren Halling-Overgaard* & *Birgitte Sølvkær Olesen*, Generationsskifte, s. 4-8 og 30, *Malene Sloth Eriksen*, Skattesystemet – en elementær fremstilling, s. 121, *Jens Wittendorff & Guillermo Campos*, SU 1995, 129, *Sv. Allan Jensen & Erna Christensen*, SU 1992, 73, *Ole Bjørn*, SR-Skat 1990, 59 og tidligere også *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen*, TfS 1995, 869,[119] antaget, at der i hvert fald er hjemmel til at beskatte fikserede rente- og lejeindtægter med hjemmel i SL §§ 4-6 eller ud fra en analogi af SEL § 12 under henvisning til den såkaldte »lære om rette indkomstmodtager«.[120]

Det må navnlig konstateres, at der ikke i SL §§ 4-6 er generel hjemmel til at beskatte fikserede indkomster. Der er herunder ikke noget krav om, at den skattepligtige stedse skal udvise en indkomstskabende aktivitet og derfor skal beskattes af en indkomst, hvad enten den indkomstskabende aktivitet er udøvet eller ej.[121] Dette er årsagen til, at en skattepligtig, som fravælger lønnet arbejde i en kortere eller længere periode – f.eks. til fordel for en ferie – ikke beskattes af den indkomst, den pågældende kunne have fremkaldt, dersom et lønnet arbejde i stedet var tilvalgt. På samme måde beskattes en skattepligtig ikke af det potentielle afkast af en investering, som den pågældende giver afkald på at fremkalde ved ikke at foretage investeringen.[122] Heller ikke et selskabsdeltager, som ikke har udvist en indkomstskabende aktivitet i forhold til sit selskab, ville kunne beskattes af en fikseret indkomst.

> Af *Thøger Nielsen*, UfR 1972B.201 forbilledligt sammenfattet på følgende måde: »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. Den dovne kan ikke beskattes af det, han blot med en udfoldelse af et minimum af anstrengelser kunne have erhvervet, hvis det er et faktum, at selv sådanne minimale anstrengelser har været for meget for ham«.

Det kan endvidere lægges til grund, at den skattepligtige ikke beskattes af en fikseret indkomst, som ikke er fremkaldt som følge af et gave-, tilskuds- eller lovmiljø. Den skattepligtige beskattes derfor ikke af den gave, det tilskud eller

---

119. *Michael Svanholm & Anders Oreby Hansen* ændrede siden standpunkt, jf. TfS 1996, 661.
120. *J.O. Engholm Jacobsen* i Skatteretten 2, s. 384, er nærmest modstander af læren om rette indkomstmodtager, men går i et vist omfang ind for denne i Selskabsskatteloven med kommentarer, s. 220-222.
121. Jf. også redaktionel artikel i SpO 1973, 113 og *Jan Pedersen*, TfS 1995, 81.
122. Se hertil *Henrik Poulsen*, TfS 1999, 909.

den sociale ydelse, som kunne være fremkaldt ved f.eks. at fremsætte anmodning herom til giveren/yderen, men som ikke de facto er fremkaldt.

> Med inspiration fra Thøger Nielsens førnævnte artikel kan dette udtrykkes således, at der med sikkerhed ikke har foresvævet statsskattelovens fædre noget om, at den skattepligtige skal beskattes af en gave, et tilskud, eller en social ydelse, som den skattepligtige aldrig har fået, blot fordi den skattepligtige med et minimum af anstrengelser kunne have fremkaldt disse, hvis sådanne minimale anstrengelser har været for meget for den skattepligtige.

Til gengæld er der i SL §§ 4-6 – og i den øvrige lovgivning – i visse tilfælde hjemmel til at beskatte den skattepligtige af en fikseret indkomst, *når* der er udvist en indkomstskabende aktivitet, men denne aktivitet ikke har fremkaldt en indkomst svarende til, hvad der kunne være fremkaldt på armslængde-vilkår m.v.[123] Der er ligeledes hjemmel til at beskatte den skattepligtige af en fikseret indkomst i en række særlige tilfælde, hvor beskatningen af et aktiv ophører eller ændres som følge af skattepligtens ophør eller en ændret beskatningsform. I disse sidste tilfælde sidestilles den ændrede beskatningsform i henhold til bestemmelsernes ordlyd med en indkomstskabende aktivitet. Reglerne understreger derfor kravet om en indkomstskabende aktivitet som grundlag for beskatningen af den fikserede indkomst.

Forskellen er herefter, at der – når bortses fra særlige regler i lovgivningen om afståelse ved gave, arveforskud eller arv, om fraflytning fra Danmark og om ændret beskatningsform – utvivlsomt ikke foretages en beskatning af fikseret indkomst hidrørende fra en *fiktiv* indkomstskabende aktivitet eller som følge af et gave-, tilskuds- eller lovmiljø, men at der efter omstændighederne foretages en beskatning af en fikseret indkomst hidrørende fra en *indkomstskabende* aktivitet.

Det er imidlertid ikke alle typer af indkomstskabende aktivitet, som fører til, at den skattepligtige skal beskattes af en fikseret indkomst. Reglerne for, hvornår den skattepligtige skal beskattes af en fikseret indkomst, er endvidere forskellige alt afhængigt af, hvilken type af indkomstskabende aktivitet der er udøvet.

For så vidt angår renter skal den skattepligtige alene beskattes af en fikseret indkomst, når der er tale om en *omgåelse* af skattelovgivningen, jf. hertil SL § 4, eller når den aftalte forrentning ikke er *normalt forretningsmæssigt begrundet*, jf. LL § 2. Der findes derfor ikke i dansk ret ét fælles princip for beskatning af fikserede renter. Den fikserede rente ansættes i begge tilfælde til *markedsrenten*, der som hovedregel anses for at være lig med diskontoen med tillæg af 4 pct.

---

123. Ligeledes redaktionel artikel i SpO 1973, 113. Anderledes så vidt ses *Thøger Nielsen*, UfR 1972B.201: »Kapitalisten, der af dovenskab eller ligegyldighed anbringer sin kapital til ringe eller ingen forrentning, ... kan ikke beskattes af de latente uudnyttede indtægtsmuligheder«.

Et fikseret arbejdsvederlag skal kun beskattes, når det aftalte arbejdsvederlag ikke er *normalt forretningsmæssigt begrundet*, jf. hertil SL § 4 og LL § 2. Selvom det mellem selskabsdeltager og selskab aftalte arbejdsvederlag kan beskattes med hjemmel i mere end én bestemmelse, er der derfor en ensartet vurdering af, hvornår et arbejdsvederlag skal fikseres. I de sjældne tilfælde, hvor et sådant fikseret vederlag vil blive beskattet, må det antages, at vederlaget skal fikseres til det beløb, der ville være aftalt mellem sammenlignelige uafhængige parter.

En manglende aflønning af selskabsdeltageren anses kun helt undtagelsesvist for at være en unormalt begrundet forretningsmæssig disposition, hvorimod en manglende forrentning af selskabsdeltagerens tilgodehavende i selskabet som hovedregel anses for at være en unormalt forretningsmæssig begrundet disposition, jf. LL § 2.[124] Vurderingen af, hvad der er normalt forretningsmæssigt begrundet, afhænger derfor også af den indkomstskabende aktivitets karakter.

En fikseret indkomst hidrørende fra udleje og bortforpagtning m.v. kan uden for anvendelsesområdet for LL § 2 alene beskattes, når den aftalte leje afviger fra, hvad der ville være aftalt på *armslængde*-vilkår, idet der samtidig i begrænset omfang lægges vægt på, om aftalen om udleje er *skattemæssigt* motiveret.[125] I henhold til LL § 2 korrigeres den aftalte leje m.v. derimod i skattemæssig henseende i alle de tilfælde, hvor aftalen ikke er indgået på *armslængde*-vilkår, uden hensyntagen til om årsagen hertil er skattemæssigt begrundet eller ej. I begge tilfælde vil lejen m.v. blive fikseret til den leje m.v., der ville være aftalt på armslængde-priser og -vilkår.

Ved salg af varer eller tjenesteydelser og ved indgåelse af aftaler om betaling af provisioner og royalty skal selskabsdeltager og selskab indrette den indkomstskabende aktivitet på *armslængde*-priser og -vilkår. Dette gælder, uanset om de aftalte priser og vilkår skal korrigeres i medfør af LL § 2, eller om en korrektion i stedet må finde sted i henhold til SL §§ 4-5. I alle tilfælde vil aftalen blev korrigeret i skattemæssig henseende, således at den indkomstskabende aktivitet ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst anses for at være udøvet på armslængde-priser og -vilkår.

Der er, som det ses, en betydelig forskel på beskatning af fikserede vederlag hidrørende fra tjenesteydelser og på beskatning af fikserede arbejdsvederlag, selvom den grundlæggende

124. En korrektion af den aftalte forrentning efter SL § 4 forudsætter som nævnt ovenfor 2.1, at der med de foretagne dispositioner er tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen.

125. Dette svarer nærmest til, at aftalen korrigeres, når den ikke er normalt forretningsmæssigt begrundet.

indkomstskabende aktivitet i begge tilfælde beror på en arbejdsindsats. I relation til reglerne om indkomstfiksering er forskellen, at et arbejde anses for at være udøvet af en personlig selskabsdeltager i forhold til sit selskab, mens en tjenesteydelse anses for at være udøvet i forholdet mellem to interesseforbundne selskaber.[126]

Det samme gælder endelig ved afståelse af enkeltstående aktiver, når aktivet er købt i spekulations- eller næringsøjemed eller er omfattet af en af de særlige avancebeskatningslove. Selskabsdeltager og selskab skal ved afståelse m.v. af sådanne aktiver handle på *armslængde*-priser og -vilkår, uanset om afståelsen m.v. er omfattet af LL § 2, eller om den de aftalte priser og vilkår i stedet skal korrigeres på baggrund af en udvidet fortolkning af SL §§ 4-5. Er den indkomstskabende aktivitet ikke udøvet på armslængde-priser og -vilkår, beskattes selskabsdeltager eller selskab af en fikseret kapitalgevinst svarende til, at afståelsen var sket på armslængde-priser og -vilkår.

De gældende regler om indkomstfiksering kan derfor sammenfattes som et sammensurium af forskellige hjemmelsgrundlag, der har forskelligt indhold. Hjemmel til beskatning af en fikseret indkomst kan søges dels i LL § 2, dels i den øvrige skattelovgivning, herunder også SL §§ 4-6.

Det er kendetegnende for denne retstilstand – når bortses fra LL § 2 – at såvel hjemmelsspørgsmålet som vurderingen af, hvornår en fikseret indkomst skal beskattes, har været særligt omdiskuteret i de tilfælde, hvor en korrektion foretages, når priser og vilkår vedrørende den indkomstskabende aktivitet ikke er normalt forretningsmæssigt begrundet eller er et forsøg på omgåelse af skattelovgivningen. I de tilfælde, hvor en korrektion uden for anvendelsesområdet for LL § 2 er foretaget med baggrund i en vurdering af, hvad der ville være aftalt på armslængde-priser og -vilkår, er såvel hjemmelsgrundlaget som vurderingen af, om en fikseret indkomst bør beskattes, stort set ikke omdiskuteret. Dette må udlægges således, at hjemmelsgrundlaget til indkomstfiksering uden for anvendelsesområdet for LL § 2 er blevet påvirket af vurderingen af, om en fikseret indkomst overhovedet skal beskattes.

Vurderingen af, om en fikseret rente skal beskattes, har f.eks. bevæget sig fra den oprindelige armslængde-vurdering[127] til en vurdering af, hvad der var normalt forretningsmæssigt begrundet,[128] og videre til en vurdering af, hvad der var særlige omstændighe-

126. Se nærmere ovenfor XVIII, 4 og 6.2.
127. Se ovenfor XVIII, 3.2.1.
128. Se ovenfor XVIII, 3.2.2.

der,[129] indtil det endte med en vurdering af, hvad der er omgåelse.[130] Samtidig hermed er hjemmelsgrundlaget blevet skærpet.

I praksis har en korrektion efter reglerne om beskatning af fikserede indkomster som oftest taget udgangspunkt i en forhøjelse af den skattepligtige indkomst for en skattepligtig. Ved den såkaldte »korresponderende transaktion« bliver indkomsten imidlertid lige så ofte nedsat for den anden af transaktionens parter, og en korrektion kan derfor også foretages i nedadgående retning.[131]

3. Omgåelse, forretningsmæssig begrundelse og armslængde-vurdering

Ved vurderingen af, om den skattepligtige skal beskattes af en fikseret indkomst, findes i alt væsentligt tre forskellige standarder.

I henhold til den første standard skal den skattepligtige alene beskattes af en fikseret indkomst, når de aftalte priser og vilkår i forbindelse med en indkomstskabende aktivitet er et forsøg på omgåelse af skattelovgivningen. Det er ovenfor anført, at denne standard alene lægges til grund i sager om rentefiksering uden for anvendelsesområdet for LL § 2, selvom det i dele af den juridiske litteratur anføres, at denne standard finder anvendelse i alle tilfælde, hvor en korrektion ikke foretages efter LL § 2, når bortses fra beskatning af fikserede kapitalgevinster.[132]

Den anden standard tager udgangspunkt i, hvad der er normalt forretningsmæssigt begrundet. Vurderingen heraf er afgørende for, om en fikseret rente skal beskattes i henhold til LL § 2, om et fikseret arbejdsvederlag skal beskattes – hvad enten en korrektion af det aftalte arbejdsvederlag finder sted efter LL § 2 eller ej – og i vidt omfang også for, om en fikseret leje skal beskattes uden for anvendelsesområdet for LL § 2.

Tredje og sidste standard er den egentlige armslængde-vurdering. Denne standard finder anvendelse ved vurderingen af, om en fikseret leje skal beskattes i henhold til LL § 2, og i alle tilfælde hvor den skattepligtige skal beskattes af et fikseret vederlag ved afståelse af varer eller tjenesteydelser, en fikseret provision eller royalty eller en fikseret kapitalgevinst.

Den første standard ikke er den samme som den anden og tredje standard. En indkomstskabende aktivitet kan f.eks. være udøvet for priser og vilkår, der

129. Se ovenfor XVIII, 3.2.3.
130. Se ovenfor XVIII, 3.2.4.
131. Se herom ovenfor III, 4.6.
132. Se i det hele ovenfor 2.

afviger fra armslængde-priser og -vilkår, eller være unormalt forretningsmæssigt begrundet uden at være et forsøg på at omgå skattelovgivningen.

> Eksempelvis hvor selskabsdeltageren har udlånt kapital rentefrit til selskabet. Udlånet vil alt andet lige blive anset for at være unormalt forretningsmæssigt begrundet, forudsat den aftalte forrentning ikke svarer til, hvad der ville være aftalt mellem uafhængige parter. Udlånet vil til gengæld alt andet lige ikke blive anset for at være et forsøg på omgåelse.

Det må endvidere understreges, at en vurdering af, hvad der er normalt forretningsmæssigt begrundet, ikke nødvendigvis er præcis det samme som en vurdering af, hvad der ville være aftalt på armslængde-priser og -vilkår.[133] Ved vurderingen af, om en transaktion mellem en selskabsdeltager og et selskab er normalt forretningsmæssigt begrundet, anerkendes det således – i meget begrænset omfang – at særlige forhold mellem interesseforbundne parter kan tilsige, at en indkomstskabende aktivitet ikke udøves for priser og på vilkår, der svarer til de priser og vilkår, som uafhængige parter ville have aftalt.

Det er f.eks. for så vidt angår beskatning af fikserede renter accepteret, at en selskabsdeltagers tilgodehavende ikke forrentes, når selskabsdeltageren har en interesse i at holde sit låntagende selskab i live på et udenlandsk marked. I forholdet mellem interesseforbundne parter kan der være forretningsmæssige grunde til, at selskabsdeltageren ikke ønsker at skade selskabet økonomisk ved at kræve en kapital forrentet, når selskabet ønskes bevaret på et udenlandsk marked. Til gengæld kan en aftale om et uforrentet udlån til et nødlidende udenlands selskab ikke anses for at svare til, hvad der ville være aftalt på armslængde-vilkår. Selskabsdeltageren ville næppe have udlånt kapital rentefrit til et økonomisk nødlidende ikke interesseforbundet selskab. Hvis renten – således som det er sædvanligt – anses for at være betaling for långivers risiko, må det tværtimod antages, at selskabsdeltageren ville have forlangt en højere rente, desto vanskeligere det låntagende selskabs økonomiske situation måtte være. Det er tvivlsomt, om udlån til et økonomisk nødlidende selskab overhovedet ville finde sted i forholdet mellem uafhængige parter, og i givet fald må det antages, at långiver ville betinge sig en meget høj rente eller en form for sikkerhed.[134]

I sagerne om beskatning af et fikseret arbejdsvederlag er det ligeledes blevet anerkendt, at en selskabsdeltager ikke kræver et vederlag, der svarer til, hvad selskabsdeltager ville have krævet af et uafhængigt selskab, idet den manglende

---

133. Jf. også *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s. 198 og *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146, men cfr. *Henrik Poulsen*, TfS 1999, 909 og *Svend Erik Holm*, R&R 1993, 8, SM 211.

134. Jf. også *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 135. Anderledes så vidt ses *Steen Askholt*, SR-Skat 1994, 162.

aflønning kan være normalt forretningsmæssigt begrundet. Selskabsdeltageren bliver ikke beskattet af en fikseret løn ud fra en betragtning om, at selskabsdeltageren kan have en legitim interesse i at konsolidere sit selskab og/eller at udbetale en eventuel løn som et udbytte. I forholdet til et af selskabsdeltageren uafhængigt selskab ville selskabsdeltageren ikke have en sådan interesse, og selskabsdeltageren ville derfor utvivlsomt opkræve en aflønning i overensstemmelse med, hvad der normalt opkræves på armslængde-vilkår.

På samme måde kan der også for så vidt angår aftaler om leje og bortforpagtning m.v. være forretningsmæssige grunde til, at udlejer eller bortforpagter m.v. ikke opkræver en leje m.v. svarende til, hvad der ville være opkrævet på armslængde-vilkår. Selskabet kan f.eks. være i en situation, hvor dets fremtidige indtjening er afhængig af, at det i en kortere eller længere periode kan råde over aktiver, som tilhører selskabsdeltageren, men ikke kan betale leje for disse. Selskabsdeltageren kan da have en legitim forretningsmæssig interesse i at maksimere sin indkomst på langt sigt ved at hjælpe selskabet uden at opkræve betaling herfor. Det er åbenbart, at selskabsdeltageren ikke ville have handlet på samme måde i forhold til et uafhængigt selskab.

Forskellen på en vurdering efter de to standarder – den normale forretningsmæssige begrundelse og armslængde-vurderingen – kan sammenfattes på den måde, at en hvilken som helst indkomstskabende aktivitet, der ikke er udøvet på armslængde-priser og -vilkår, som altovervejende hovedregel vil blive anset for at være unormalt forretningsmæssigt begrundet. Der kan imidlertid være enkelte konkrete forretningsmæssige grunde til, at armslængde-priser og -vilkår afviges i forholdet mellem interesseforbundne parter.

Et eksempel herpå er den foran omtalte situation, hvor det anerkendes, at den långivende selskabsdeltager på grund af interessefællesskabet med det låntagende selskab kan have en legitim forretningsmæssig begrundelse i ikke at kræve udlånet forrentet, selvom selskabsdeltageren selvsagt havde forlangt en rente ved udlån til et af selskabsdeltageren uafhængigt selskab. I forbindelse med en virksomhedsomdannelse er det også anerkendt, at selskabsdeltageren kan undlade at forrente sit tilgodehavende, når blot selskabet kunne have udnyttet et rentefradrag ved at tilrettelægge sine afskrivninger på en anden måde.[135] Selskabsdeltageren har med andre ord en normal forretningsmæssig begrundelse for ikke at kræve udlånet forrentet. Selskabsdeltageren ville derimod næppe have udlånet beløbet på tilsvarende rentefri vilkår til et af selskabsdeltageren uafhængigt selskab, blot fordi dette selskab kunne have udnyttet rentefradraget, men har valgt at tilrettelægge sin indkomstopgørelse på en sådan måde, at det ikke kan udnyttes.

135. Se TfS 1994, 136 LSR ovenfor XVIII, 3.2.2.

Vurderingen af, om en transaktion er normalt forretningsmæssigt begrundet, går derfor i henhold til dansk ret en anelse videre end armslængde-vurderingen, idet der ved vurderingen af førstnævnte også tages hensyn til, at der i interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab kan være enkelte legitime grunde til, at der ikke handles på armslængde-priser og -vilkår.[136]

I lyset af disse forskelle er det uhensigtsmæssigt, at det nu af LL § 2 fremgår, at der for så vidt angår de indkomstskabende aktiviteter, der er omfattede af bestemmelsen, altid skal foretages en vurdering af, hvad uafhængige parter ville have aftalt. Det havde været mere korrekt at anvende det i praksis anvendte udtryk »den normale forretningsmæssige begrundelse«. Selv om der kun er små forskelle på en vurdering af, hvad der er normalt forretningsmæssigt begrundet, og hvad der ville være aftalt på armslængde-vilkår, må det konstateres, at disse forskelle findes.

Det er endelig uhensigtsmæssigt, at ordlyden af LL § 2 ikke svarer helt præcist til den vurdering, der foretages i praksis, således at der – ganske vist i overensstemmelse med bestemmelsens forarbejder – i nogle tilfælde foretages en vurdering af, hvad der er normalt forretningsmæssigt begrundet, når det ifølge bestemmelsen skal vurderes, hvad der ville være aftalt på armslængde-vilkår. Bestemmelsen får hermed i nogle enkelte situationer et lidt mere begrænset anvendelsesområde, end ordlyden tilsiger.

4. Realitetsgrundsætningen og indkomstfiksering

Det må afvises, at realitetsgrundsætningen skulle være det eneste hjemmelsgrundlag for beskatning af fikserede indkomster uden for anvendelsesområdet af LL § 2.[137] Dette gælder ikke mindst i forhold til de mange særregler om beskatning af fikseret indkomst, der findes i skattelovgivningen, men også i forhold til SL §§ 4-6, hvor det som nævnt ovenfor må antages, at der i et vist omfang er hjemmel til beskatning af fikserede indkomster.

En analyse af praksis har vist, at der i flertallet af de omhandlede afgørelser ikke har været anden forskel på realitet og formalitet, end at f.eks. den aftalte rente eller leje m.v. har været mindre end den, der kunne være opnået ved udlån

136. I modsætning hertil fremgår det f.eks. af OECD's retningslinjer, at en fravigelse fra de normalt konstaterede armslængde-priser og -vilkår kan være forretningsmæssigt begrundet, men at denne afvigelse ikke må bero på interessefællesskabet, jf. også *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 451 og *Ulrik Fleischer-Michaelsen*, SU 1996, 348.

137. Anderledes *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834 og *Jan Pedersen*, R&R 1995, 5, SM 139.

eller udleje på armslængde-vilkår til tredjemand.[138] Bortset herfra har de aftalte priser og vilkår såvel reelt som formelt været udtryk for, hvad der var aftalt, og selve arrangementet er derfor i skatteretlig henseende blev opretholdt, uanset om en fikseret indkomst er blevet beskattet eller ej.

> Sagen UfR 1983.16 H synes ligefrem at være kendetegnet ved, at beskatningen fandt sted i strid med den underliggende økonomiske realitet. Det udlejende selskab blev således beskattet af en fikseret leje svarende til markedslejen uden hensyntagen til, at selskabet havde opnået en økonomisk fordel ved, at selskabsdeltageren havde udlånt den kapital, der blev anvendt til at erhverve ejendommen, rente- og afdragsfrit til selskabet. Arrangementets samlede reelle økonomiske indhold – at selskabsdeltageren reelt betalte en højere leje end den aftalte som følge af det rentefri udlån, hvis låneprovenu bevisligt blev anvendt til anskaffe den faste ejendom, som selskabsdeltageren lejede – blev ikke lagt til grund ved beskatningen af selskabet.

Ved henvisning til den såkaldte realitetsgrundsætning som hjemmelsgrundlag er der i teorien lagt vægt på, om den part, som er beskattet af en »fikseret indkomst«, reelt har oppebåret denne, selvom dette ikke fremgår af aftalen.[139] Det er i den forbindelse anført, at domstolene foretager en vurdering af aftalens realitet ved vurderingen af, om en fikseret rente skal beskattes. Dette sidste er imidlertid misvisende. Af praksis fremgår således, at dette spørgsmål alene er tillagt betydning ved vurderingen af, hvilken *kvalifikation* indkomsten har, herunder f.eks. om en betaling, der reelt er en rente, formelt er betegnet som et afdrag. Det kan ikke benægtes, at der ved afgørelsen af dette spørgsmål foretages en sammenligning af aftalens formelle indhold og dens reelle indhold. En ændret kvalifikation af indkomsten er imidlertid ikke det samme som en beskatning af en fikseret indkomst.[140] Ved at ændre indkomstens kvalifikation ændrer en *fremkaldt* indkomst alene status – typisk fra at være skattefri, f.eks. et afdrag, til at være skattepligtig, f.eks. en rente. Det er derudover i praksis undersøgt, om en skatteyder kan beskattes af en yderligere indkomst ud over den fremkaldte og oppebårne – skattefri eller skattepligtige – indkomst. Dette sidste er spørgsmålet om beskatning af en fikseret indkomst, idet skatteyderen da ved den samlede

---

138. Jf. også *Jan Pedersen* i TfS 1995, 81: »Rentefriheden dækker ikke over anden realitet, end den selv giver udtryk for, nemlig at långiver ikke har betinget sig en rente.«
139. Således navnlig *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834.
140. Se også ovenfor III, 3.1. Anderledes *Ole Bjørn*, R&R 1975, 277: »Ligningsdirektoratets standpunkt er således et udtryk for, at skatteretten på dette område er autonom i forhold til civilretten, idet skatteretten ikke nødvendigvis skal kvalificere de trufne aftaler på samme måde, som man må gøre det parterne imellem«.

opgørelse af sine skattepligtige og skattefri indkomster tilpligtes at medregne et beløb, der er større end det fremkaldte beløb.

På baggrund af ovenstående er det vanskeligt at forklare de tilfælde, hvor en fikseret indkomst beskattes, med en henvisning til, at der netop i disse sager skulle være forskel på den formelle aftale og aftalens realøkonomiske indhold.

5. DEL

Afslutning

Kapitel XXI

Sammenfatning og ændringsforslag

1. Indkomstbegreber

Det er i gældende ret fast antaget, at en skattepligtig kan beskattes af en indkomst, som den pågældende har fremkaldt og oppebåret. En analyse af lovgivning og praksis har vist, at en skattepligtig efter omstændighederne tillige kan beskattes af en indkomst, som den pågældende har fremkaldt, men ikke har oppebåret, eller af en indkomst, som den pågældende hverken har fremkaldt eller oppebåret. De indkomstbegreber, der førhen er omtalt som teoretiske samlebegreber – herunder det traditionelle indkomstbegreb og reglerne om indkomstallokering og indkomstfiksering – er derfor ikke kun akademiske refleksioner over de måder, hvorpå et indkomstbegreb kan udformes.[1] De har tillige vist sig at være en nødvendig forudsætning for at forstå gældende dansk ret vedrørende beskatning af allokerede og fikserede indkomster og for at analysere samspillet mellem indkomstallokering og indkomstfiksering.

Et *traditionelt indkomstbegreb* er enkelt og ligetil at anvende. Den skattepligtige, som både har fremkaldt og oppebåret en indkomst, vil endvidere alt andet lige have oppebåret den økonomiske berigelse, der skal til for at betale den til indkomsten hørende skat. En beskatning af det, der anses for at være den skattepligtiges indkomst ifølge det traditionelle indkomstbegreb, må derfor anses for at være hensigtsmæssig ud fra en betragtning om, at den skattepligtige har forøget sin indkomst og dermed alt andet lige sin mulighed for at bære den til indkomstens svarende skattebyrde. Som nævnt ovenfor kan det, der anses for at være den skattepligtiges indkomst i henhold til det traditionelle indkomstbegreb, beskattes med hjemmel i SL §§ 4-6.

Et traditionelt indkomstbegreb kan endvidere i princippet være tilstrækkeligt som grundlag for en indkomstbeskatning. Dette forudsætter blot, at den skattepligtige fremkalder den indkomst, som den skattepligtige nu engang ønsker at

1. Se ovenfor III.

fremkalde, og at den skattepligtige, som fremkalder indkomsten, også oppebærer denne, eller at beskatningen af den skattepligtige i modsat fald med sindsro opgives.

Reglerne om allokering og fiksering af indkomst, der under ét er betegnet som *de udvidede indkomstbegreber*, er komplicerede og vanskelige at anvende. Den skattepligtige, der beskattes af det, der anses som den pågældendes indkomst i henhold til reglerne om allokering eller fiksering af indkomst, vil endvidere alt andet lige ikke have oppebåret en indkomst og derfor alt andet lige ikke have fået den økonomiske berigelse, der normalt skal til for at betale den til indkomsten hørende skat. En beskatning af det, der anses for at være den skattepligtiges indkomst i henhold til reglerne om indkomstallokering eller indkomstfiksering, kan derfor være betænkelig ud fra en betragtning om, at den skattepligtiges mulighed for at betale den til indkomsten svarende skat alt andet lige ikke er blevet tilsvarende forøget. Denne ækvivalente forøgede skatteevne har alene den, der har oppebåret indkomsten.

Udviklingen i de seneste tre-fire årtier har imidlertid vist, at et traditionelt indkomstbegreb ikke er tilstrækkeligt og må suppleres af regler om allokering og fiksering af indkomst. Dette gælder ikke mindst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, hvor der i praksis har været utallige eksempler på, at en indkomst er blevet fremkaldt af en selskabsdeltager eller et selskab, uden at den/det pågældende har oppebåret denne, eller at en selskabsdeltager eller et selskab hverken har fremkaldt eller oppebåret en indkomst – i mange tilfælde med henblik på at overføre en indkomst i det indbyrdes forhold uden beskatning. I stort set lige så mange tilfælde har skattemyndighederne søgt at korrigere den aftalte allokering eller fiksering af indkomsten, således at en indkomst er blevet beskattet hos den skattepligtige, der har fremkaldt eller burde have fremkaldt indkomsten. Den ovenfor omtalte sindsro, der en forudsætning for at opgive beskatningen, har således – af gode grunde – ikke kunnet konstateres i lovgivning eller praksis.

Det blev i dansk ret oprindelig antaget, at det, der anses for at være den skattepligtiges indkomst i henhold til reglerne om indkomstallokering og indkomstfiksering, efter omstændighederne kunne beskattes med hjemmel i SL §§ 4-6. Dette gjaldt, uanset at statsskattelovens »fædre« næppe havde gjort sig mange forestillinger om, i hvilke tilfælde den fremkaldte, men ikke oppebårne indkomst, eller den ikke fremkaldte og ikke oppebårne indkomst, burde beskattes. Det blev endvidere antaget, at denne hjemmel var så universel, at den kunne udtrykkes i form af én grundsætning: Læren om rette indkomstmodtager. I disse svundne tider var det derfor den fremherskende opfattelse, at statsskatteloven indeholdt et samlet og alment gældende indkomstbegreb, således som det oprindeligt var hensigten med SL §§ 4-6.

Den anlagte fortolkning af SL §§ 4-6 blev imidlertid i flere tilfælde bremset af Landsskatteretten og domstolene, ikke mindst i kraft af sagerne om beskatning af fikserede arbejdsvederlag og renter – herunder navnlig Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H. Dette førte til, at reglerne om beskatning af fikseret indkomst gik en hård tid i møde. Til sidst blev tiderne så strenge, at Folketinget så sig nødsaget til at give denne del af det udvidede indkomstbegreb en særlig lovhjemmel. Reglerne om indkomstfiksering blev hermed flyttet ud af SL §§ 4-6, og statsskattelovens dage som hjemsted for et samlet og alment gældende indkomstbegreb var endegyldigt ovre.

Når ordet »endegyldigt« anvendes i denne sammenhæng, er det fordi, Folketinget allerede længe inden havde skabt særlige, udtrykkelige hjemmelsgrundlag til at beskatte fikserede indkomster, som ikke fremgik udtrykkeligt af ordlyden af SL §§ 4-6.

Dele af reglerne om beskatning af fikseret indkomst blev ved flytningen efterladt i SL §§ 4-6. Dette var ikke hensigtsmæssigt, idet der hermed blev skabt betydelig retsusikkerhed, og idet skattemyndighedernes mulighed for at beskatte en fikseret indkomst og virkningerne heraf blev afhængig af, med hvilken hjemmel en aftale mellem en selskabsdeltager og et selskab blev korrigeret.

Reglerne om allokering af indkomst blev ladt tilbage i SL §§ 4-6, formentlig fordi Landsskatteretten og domstolene til stadighed havde accepteret disse bestemmelser som hjemmelsgrundlag for en korrektion af den foretagne allokering af en indkomst. Dette må, som påpeget ovenfor, bero på, at den skattepligtige i sagerne om allokering af indkomst har fremkaldt en indkomst på baggrund af sin indkomstskabende aktivitet, mens den skattepligtige i sagerne om fiksering af indkomst ikke har fremkaldt en indkomst på baggrund af sin indkomstskabende aktivitet. Reglerne om indkomstallokering ligger derfor tættere på udgangspunktet i det traditionelle indkomstbegreb, som utvivlsomt er hjemlet i SL §§ 4-6, end reglerne om indkomstfiksering.[2]

Regler om indkomstallokering fandtes imidlertid allerede i den øvrige skattelovgivning. Al den stund disse regler blot blev anset for at være gentagelser af, hvad der fremgik af SL §§ 4-6, havde dette ikke betydning. Reglerne om indkomstallokering var fortsat hjemlet i SL §§ 4-6 bortset fra de helt særlige tilfælde, hvor der i særlovgivningen blev lavet regler om allokering af indkomst, som ikke fremgik af SL §§ 4-6.

Hvad enten man er enig eller uenig i, at der i SL §§ 4-6 er hjemmel til en beskatning af det, der anses for at være den skattepligtiges indkomst i henhold

2. Se i det hele ovenfor III, 5.3.

til reglerne om allokering og fiksering af indkomst, kan følgende konkluderes: Der er utvivlsomt et behov for disse regler, og den nugældende opdeling af reglerne er ikke hensigtsmæssig. Reglerne om allokering og fiksering af indkomst er blevet spredt for alle vinde, således at SL §§ 4-6 må sammenholdes med et stort antal særlige bestemmelser i den øvrige lovgivning, herunder navnlig LL § 2, førend det kan afgøres, om en indkomst skal beskattes.

Der er ved den teoretiske analyse, ved en analyse af lovgivningen og ved en analyse af retspraksis som følge heraf konstateret så store og betydelige forskelle på reglerne om allokering og fiksering af indkomst, at disse ikke med rette kan behandles under ét. Selv om både en ukorrekt allokering og fiksering af en indkomst fører til en forskydning af en indkomst, har den teoretiske analyse vist, at problemstillingerne er så forskelligartede, at de må behandles efter hvert sit regelsæt. Inden for hvert af disse regelsæt findes endvidere et større antal forskellige selvstændige regler og grundsætninger.

Heraf følger navnlig, at de kriterier, som anvendes ved en korrektion af indkomstens allokering, ikke uden videre kan anvendes som kriterier for en korrektion af indkomstens fiksering. Af samme grund kan lovgivning og domspraksis vedrørende allokering af indkomst ikke lægges til grund ved vurderingen af, om der er hjemmel til fiksering af indkomst, og vice versa.

Det må på den anden side erkendes, at problemstillingerne er nært beslægtede – og endog så nært beslægtede, at det er vanskeligt at regulere indkomstfiksering uden samtidig at holde indkomstallokering for øje. Alternativet til at beskatte en fikseret indkomst kan således være at korrigere indkomstens allokering og vice versa.[3]

Det store antal sager om allokering af indkomst hidrørende fra selvstændig erhvervsvirksomhed er f.eks. så vidt ses en medvirkende årsag til, at der ikke i dansk ret findes synderlig praksis om beskatning af fikserede arbejdsvederlag. Når den indkomst, som selskabsdeltageren har forsøgt at allokere til selskabet, af skattemyndighederne beskattes hos selskabsdeltageren som følge af en korrektion af den aftalte allokering, er der intet behov for at beskatte selskabsdeltageren af en fikseret indkomst, fordi han kan anses for at have arbejdet vederlagsfrit for sit selskab, som har oppebåret indkomsten, men som ikke er rette indkomstmodtager. Selskabsdeltageren er da blevet beskattet af hele indkomsten og ikke kun af det, som han ville kunne have betinget sig ved at arbejde for selskabet. Selv den del af indkomsten, der efter en vurdering på armslængdevilkår eller som ud fra en vurdering af det forretningsmæssigt normale havde

3. Se f.eks. ovenfor III, 6.2 om overdragelse af retten til at oppebære en indkomst og XIV, 4 vedrørende forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, når indkomsten med rette kan allokeres til selskabet, selvom selskabsdeltageren ved sin personlige arbejdsindsats i væsentligt omfang har været en årsag til, at indkomsten er fremkaldt.

været selskabets indkomst, er således blevet beskattet hos selskabsdeltageren. Omvendt er der ikke det store behov for at allokere et afkast af en kapital i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, når selskabsdeltager i stedet kan beskattes af en fikseret rente ved udlån af kapitalen til selskabet.

Et gammelt ordsprog siger, at lige børn leger bedst. Det samme må gælde for reglerne om allokering og fiksering af indkomst, der ikke kan være tjent med en opdeling i forskellige regler, der har forskelligt anvendelsesområde og forskellige retsvirkninger. Resultatet heraf er en række aparte situationer, hvor det, der anses for at være den skattepligtiges indkomst efter et regelsæt, ikke anses for at være den skattepligtiges indkomst efter et andet regelsæt. Udviklingen i de seneste tre-fire årtier har løst nogle praktiske og akutte problemer, men har samtidig gjort mere skade end gavn for indkomstbegrebet.[4] Denne skade kan alene udbedres ved, at indkomstbegrebet så vidt muligt samles. Hermed vil reglerne få samme anvendelsesområde, medmindre der gøres særlige undtagelser herfra i den øvrige skattelovgivning. Heraf følger endelig, at en samling af indkomstbegrebet ikke udelukker, at der i specielle situationer kan gøres undtagelser til dette, således som der fra statsskattelovens fødsel i den øvrige skattelovgivning har været undtagelser til det traditionelle indkomstbegreb.

2. De lege ferenda

En ændring af reglerne om allokering og fiksering af indkomst må anses for at være påkrævet. Reglerne om interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab er på mange områder mangelfulde,[5] reglerne om allokering af indkomst fører til nogle simplificerede resultater, som ikke altid er rationelle,[6] og reglerne om fiksering af indkomst er tvetydige og i en række tilfælde utilstrækkelige.[7] I det følgende skitseres nogle forslag, som vil kunne danne grundlag for ændringer og præciseringer af reglerne om allokering og fiksering af en indkomst i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab.[8]

---

4. Se anderledes *Jan Pedersen*, R&R 2003, 1, 6: »Det må således konstateres, at den beskrevne nationale »2. generationslovgivning« i hovedsagen udgør et godt grundlag for den videre løsning af transfer pricing problemet på en måde, som både staternes myndigheder og koncernerne kan leve med«.
5. Se ovenfor IX.
6. Se ovenfor XIV.
7. Se ovenfor XX.
8. Der bortses fra muligheden for at ændre marginaleffekterne samt øgede straf- og kontrolbestemmelser.

2.1 Interessefællesskabet

Det bør overvejes at ændre reglerne om, hvornår der er etableret et sådant særligt interessefællesskab mellem en selskabsdeltager og et selskab, at den af selskabsdeltager og selskab foretagne allokering eller fiksering af en indkomst kan korrigeres i skattemæssig henseende.

2.1.1 Anvendelsesområdet

Med udgangspunkt i de bærende hensyn må det konkluderes, at et interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab kan foreligge dels som følge af ejerskab til kapitalandele, dels som følge af rådighed over stemmerettigheder.[9]

Den selskabsdeltager, som råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i et selskab, vil som udgangspunkt have en afgørende indflydelse på selskabet. Selskabsdeltageren vil dog ikke kunne sætte sin vilje igennem, når beslutninger på generalforsamlingen kræver et kvalificeret flertal på f.eks. 2/3 af stemmerne,[10] medmindre selskabsdeltager råder over 2/3 eller flere af stemmerettighederne. En rådighed over flere end 50 pct. af stemmerettighederne vil til gengæld være nok til at gennemføre alle beslutninger, som kræver simpelt flertal, og vil kunne blokere for samtlige beslutninger, som selskabsdeltageren ikke ønsker gennemført.

Råder selskabsdeltageren alene over stemmerettigheder uden at eje kapitalandele i selskabet, er der ikke etableret et økonomisk interessefællesskab, men selskabsdeltageren vil kunne diktere selskabet en handlemåde, som begunstiger selskabsdeltageren på selskabets bekostning.[11]

Selvom selskabsdeltageren alt andet lige ikke kan kontrollere selskabet som følge af ejerskab til kapitalandele, når selskabsdeltageren ikke samtidig råder over de til kapitalandelene hørende stemmerettigheder, vil de økonomiske rettigheder i selskabet i form af kapitalandele ligeledes kunne etablere et økonomisk interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab.[12] Efter dansk ret har selskabsdeltageren ganske vist ikke i disse tilfælde nogen formel mulighed for at sætte sin vilje igennem på generalforsamlingen. Der kan imidlertid ikke ses bort fra, at selskabsdeltageren og selskabet vil kunne have sammenfaldende økonomiske interesser, og at selskabsdeltagerens ønsker som følge af et betydeligt ejerskab til kapitalandele kan blive respekteret af selskabet.[13]

---

9. Se om de bærende hensyn ovenfor IV, 4 og V, 2.
10. Jf. aktieselskabslovens § 79.
11. Jf. ovenfor V, 2.2.
12. Jf. ovenfor V, 2.2. Se også *Jan Schans Christensen*, Kapitalselskaber, s. 87-88.
13. I hvilket omfang selskabet vil respektere en selskabsdeltagers ønsker, når den pågældende ikke råder over stemmerettigheder i selskabet, afhænger selvsagt af de konkrete omstændigheder. Se

Et interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab forudsætter således ikke, at selskabsdeltager kontrollerer selskabet. I betragtning af, at selskabsdeltageren ikke kontrollerer selskabet, når selskabsdeltageren alene ejer kapitalandele i selskabet uden at råde over de til kapitalandelene svarende stemmerettigheder, er anvendelsen af ordene »kontrolleres«, »kontrollerer« og »kontrol« imidlertid ikke egnede til at beskrive denne situation.[14]

En lang række forskellige former for interessefællesskab er ikke omfattet af LL § 2, herunder f.eks. familieforhold[15] og tilfælde, hvor en person og et selskab har et konkret interessefællesskab i en bestemt fiksering eller allokering af en indkomst,[16] eller blot ikke har modstridende interesser.[17]

I modsætning hertil omfattede SEL § 12 ikke alene de situationer, hvor selskabsdeltageren »kontrollerede« selskabet på baggrund af ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder, men også alle andre former for kontrol, uanset hvorledes denne var etableret.[18] Med vedtagelsen af LL § 2 blev definitionen af kontrol således betydeligt indsnævret.[19] Til gengæld blev bestemmelsen udvidet i og med, at fysiske personer nu ligeledes kan udøve kontrol over et selskab.[20]

Det er ikke hensigtsmæssigt, at anvendelsesområdet for LL § 2 er blevet begrænset til de tilfælde, hvor et særligt interessefællesskab eksisterer i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab som følge af ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder. Langt størstedelen af den hidtidige praksis om fiksering af indkomst vedrørte ganske vist sådanne former for interessefællesskab, men der fandtes også en del praksis om forholdet mellem andre interes-

---

hertil *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 53-55, der de lege ferenda alene vil lægge vægt på, om selskabsdeltageren kontrollerer selskabet som følge af rådighed over stemmerettigheder.

14. De anvendes ikke desto mindre i LL § 2.
15. Se også *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen*, JUS 2002, 46 og JUS 2000, 48, *Jan Pedersen*, TfS 2001, 284, *Carsten Palsgaard*, SpO 2000, 339, *Bent Ramskov*, TfS 2000, 834, *Ole Bjørn*, SpO 1999, 54, *Jens Wittendorff*, SR-Skat 1999, 75, *Henrik Poulsen*, TfS 1999, 909, *Christian Homilius*, TfS 1999, 810, *Michael Sørensen*, R&R 1998, 9, 30, *Søren Rasmussen*, SR-Skat 1998, 252 og *Ole Bjørn*, SR-Skat 2000, 388.
16. Anderledes så vidt ses *Lene Hjermind & Kristine R. Svensson*, R&R 1998, 9, 6: »For alle transaktioner mellem interesseforbundne parter – danske såvel som danske/udenlandske – gælder, at »armslængde« princippet skal anvendes«.
17. Ligeledes *Søren Rasmussen*, SR-Skat 1998, 252.
18. Se herom *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, s. 329-330.
19. Jf. også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 65, *Jens Wittendorff*, SR-Skat 1999, 75 og *Ria Falk & Michael Sørensen*, R&R 1998, 4, 7.
20. Jf. også *Bent Ramskov*, Intern selskabsomstrukturering, s. 411.

seforbundne parter, herunder ikke mindst nærstående og selskabsdeltagere og selskaber, som havde et konkret interessefællesskab i én transaktion.[21]

Analysen af interessefællesskabet viste ligeledes, at der kunne være behov for regler om allokering og fiksering af indkomst i alle de tilfælde, hvor der forelå en eller anden form for interessefællesskab, uanset karakteren af dette.

Allerede som følge heraf kan anvendelsesområdet for LL § 2 ikke anses for at være tilstrækkeligt, idet der fortsat vil forekomme tilfælde af interessefællesskab, hvor bestemmelsen ikke kan anvendes, og hvor det derfor er nødvendigt at tage stilling til, om der er hjemmel til at beskatte fikserede indkomster andetsteds i skattelovgivningen.[22]

2.1.2 Den almindelige og logiske algebra

Som nævnt ovenfor er det uhensigtsmæssigt, at det indirekte interessefællesskab på baggrund af henholdsvis ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder opgøres med udgangspunkt i to forskellige matematiske principper: Den almindelige algebra og den logiske algebra.[23]

Reglerne om interessefællesskab på baggrund af ejerskab til kapitalandele og rådighed over stemmerettigheder kunne forenkles betydeligt ved, at alene ét af de matematiske principper fandt anvendelse. Samtidig ville mange af de eksisterende tvivlsspørgsmål om rækkevidden af det særlige interessefællesskab mellem en selskabsdeltager og dennes selskab blive eliminerede. Eftersom den almindelige algebra i sig selv giver anledning til vanskeligheder i en række tilfælde – herunder f.eks. som nævnt ovenfor ved opgørelsen af, om der eksisterer et indirekte horisontalt interessefællesskab[24] – kunne den logiske algebra med fordel vælges som det matematiske princip, hvorefter rådighed over stemmerettigheder og ejerskab til kapitalandele opgøres. Som nævnt ovenfor er det i dag kun i tilfælde af indirekte horisontalt interessefællesskab, at reglerne om ejerskab til kapitalandele har selvstændig betydning, når rådigheden over stemmerettigheder ækvivaleres af ejerskab til kapitalandele – og det er i netop i disse situationer, at den almindelige algebra fører til en række uhensigtsmæssige resultater.[25]

Ved at anvende de samme matematiske principper ved konstateringen af, om

---

21. Se også *Aage Michelsen*, International skatteret, s. 388-389 og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 65.
22. Se også *Ole Bjørn*, SR-Skat 2000, 388 og *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 66-67 og SU 2002, 368. *Niels Josephsen*, SU 1999, 190, anfører, at reglerne om ejerskab til kapitalandele som rådighed over stemmerettigheder har den ulempe, at tilsvarende rettigheder ikke nødvendigvis eksisterer i udlandet.
23. Ovenfor IX, 3.
24. IX, 3.
25. IX, 3.

der findes et direkte eller indirekte interessefællesskab på baggrund af ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder, vil det samtidig kunne opnås, at der ikke længere vil kunne forekomme situationer, hvor en selskabsdeltager og et selskab anses for at have et særligt interessefællesskab som følge af ejerskab til kapitalandele eller rådighed over stemmerettigheder, men ikke begge dele, selvom fordelingen af stemmerettighederne følger fordelingen af kapitalandelene.

2.1.3 Ændringsforslag

En af fordelene ved en bestemmelse, der udtømmende definerer interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab, vil være, at selskabsdeltager og selskab på forhånd kan forudsige, om deres disposition vil være omfattet af bestemmelsen. Selskabsdeltager og selskab vil derfor ikke være tvivl om, hvorvidt de er nødsaget til at indrette deres dispositioner under hensyntagen til skattemyndighedernes mulighed for at korrigere disse.[26] Dette gælder, uanset om reglerne om interessefællesskab som følge af den tekniske udformning vil kunne være ganske komplicerede. En udtømmende bestemmelse vil samtidig alt andet lige være let at administrere.[27] Til gengæld har en udtømmende definition af et interessefællesskab den ulempe, at parter, som vitterligt har et interessefællesskab i at forskyde en indkomst, vil kunne gøre dette uden hensyntagen til bestemmelsen, i det omfang deres interessefællesskab ikke er omfattet af den udtømmende definition.[28]

Fordelen ved en bestemmelse, hvor interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab ikke er nærmere defineret, er, at alle dispositioner mellem interesseforbundne parter vil kunne korrigeres i medfør af denne. Ulempen ved en sådan bestemmelse er til gengæld, at skatteyderne ikke på forhånd kan vide, om deres dispositioner vil være omfattet af bestemmelsen, og derfor ikke kan indrette sig i tillid til, at der ikke efterfølgende foretages en korrektion af deres dispositioner. Bestemmelsen får således udvidet sit anvendelsesområde på bekostning af skatteydernes mulighed for at forudsige det skattemæssige resultatet af deres beslutninger.

Med LL § 2 har lovgiver uheldigvis opnået en kombination af begge ulemper. Som følge af den ringe tekniske udformning er det ikke synderligt forudsigeligt, hvornår LL § 2 finder anvendelse, når bortses fra de helt simple former for direkte eller indirekte interessefællesskab. Denne manglende forudsigelighed

---

26. Se hertil *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 61 og SU 2002, 368, *Anja Svendgaard*, Frivillig og tvungen sambeskatning, s. 66 og *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 56.
27. Jf. også *Anja Svendgaard*, Frivillig og tvungen sambeskatning, s. 66.
28. Jf. også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 61 og SU 2002, 368 samt *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 56.

fører til mangel på retssikkerhed. Samtidig er interessefællesskabet så snævert beskrevet, at dispositioner mellem en række interesseforbundne parter ikke er omfattet af bestemmelsen, selvom der ifølge den hidtidige praksis kan være grundlag for at korrigere disse parters transaktioner.

Det må derfor anbefales, at reglerne om interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab i LL § 2 ophæves og erstattes af én ny bestemmelse. Nedenfor skitseres nogle af de elementer, som må overvejes i en sådan sammenhæng.

En ny definition af interessefællesskabet må tage udgangspunkt i de bærende hensyn.[29] Heraf følger, at alle former for interessefællesskab, hvad enten det er generelt begrundet eller konkret begrundet, må anses for at være tilstrækkeligt til, at det kan overvejes, om en allokering eller fiksering af en indkomst i forholdet mellem parterne skal korrigeres. Det afgørende er, om parterne har et sådant interessefællesskab, at deres dispositioner ikke tilrettelægges på almindelige markedsmæssige eller forretningsmæssige vilkår.

Analysen af dansk og fremmed ret har vist, at en hensigtsmæssig definition af interessefællesskabet ikke kan gøres udtømmende. Det er ganske enkelt ikke muligt at beskrive alle mulige former for interessefællesskaber i én bestemmelse. I både engelsk og amerikansk ret er konsekvensen heraf blevet, at s. 482 og Sched. 28AA, para. 4, blot indeholder nogle deskriptive angivelser af, hvornår et interessefællesskab kan antages at foreligge, uden at disse skal anses for at være udtømmende.[30]

Hensynet til, at skatteyderne skal kunne forudse, hvornår de anses for at være interesseforbundne, må på den ene side vige for hensynet til reglernes anvendelsesområde. Forholdet er jo ikke det, at parternes dispositioner korrigeres alene fordi de har et interessefællesskab. Interessefællesskabet er tværtimod alene en nødvendig forudsætning for, at dispositionerne kan korrigeres. Hvis det f.eks. konkluderes, at parterne havde et konkret interessefællesskab, og at deres dispositioner havde en sådan karakter, at den foretagne allokering eller fiksering af indkomsten måtte korrigeres, er det ikke en beskyttelsesværdig interesse, at parterne ikke på forhånd kunne forudse denne korrektion.

På den anden side ville det ikke være hensigtsmæssigt at definere interessefællesskabet på samme normative måde som i amerikansk ret. En sådan definition ville nærmest virke som et tilbageskridt, eftersom det i praksis i alle tilfælde skulle afgøres, om parterne havde et interessefællesskab. Det er i dag i dansk ret fast antaget, at visse former for kontrol eller økonomisk fællesskab udgør et tilstrækkeligt interessefællesskab. En bestemmelse om selskabsdeltager

---

29. Se om de bærende hensyn ovenfor IV, 4 og V, 2.
30. Se ovenfor VIII, 9. Dette er tydeligst i s. 482 (amerikansk ret). I Sched. 28AA, para. 4 (engelsk ret), defineres interessefællesskabet i et noget større omfang.

og selskabs interessefællesskab bør give udtryk for sådanne opfattelser, således at der alene i praksis skal tages stilling til de mere tvivlsomme situationer.[31]

I amerikansk ret er det f.eks. fast antaget, at forholdet mellem moder- og datterselskaber og søsterselskaber er omfattet af s. 482. For at finde ud af dette skal man imidlertid sætte sig ind i praksis, eftersom det ikke fremgår af lovgivningen.[32]

En samlet bestemmelse om interessefællesskab kan tage *udgangspunkt* i en modifikation af de gældende regler. Udgangspunktet kan være en formodning om, at selskabsdeltageren har et interessefællesskab med et selskab, når selskabsdeltageren direkte eller indirekte råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i selskabet. I de tilfælde formodes et interessefællesskabet at eksistere i kraft af, at selskabsdeltageren kan kontrollere selskabet.

Det må erkendes, at selskabsdeltageren ikke altid vil kunne kontrollere selskabet på baggrund af ejerskab til kapitalandele. Der kan dog subsidiært opstilles en regel om, at selskabsdeltageren anses for at have et interessefællesskab med selskabet, når selskabsdeltageren direkte eller indirekte ejer mere end halvdelen af kapitalandelene i selskabet. Interessefællesskabet formodes da at eksistere i kraft af et betydeligt økonomisk interessefællesskab.

Et sådant udgangspunkt vil omfatte langt de fleste praktisk forekommende tilfælde.[33]

Ved indirekte interessefællesskab bør ejerskab og rådighed over kapitalandele og stemmerettigheder opgøres med udgangspunkt i den logiske algebra. Anvendelsen af den logiske algebra fører til en meget stringent og symmetrisk opgørelse af selskabsdeltagerens, moderselskabets og mellemselskabernes indirekte interessefællesskab, hvad enten der er tale om et vertikalt eller horisontalt indirekte interessefællesskab.

Definitionen af selskabsdeltagerens nærstående kan tage udgangspunkt i den personkreds, der er i dag er omfattet af ABL § 11. Det synes dog at være nærliggende at udvide denne til også at omfatte samlevere og søskende samt sidstnævntes ægtefæller, som i dag i vidt omfang anses for at være nærstående. En sådan definition skal selvsagt ikke være udtømmende, idet andre personer – f.eks. fætre og kusiner – efter omstændighederne også vil kunne være nærstående.[34]

---

31. Anderledes *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 61-62, der alene anbefaler en normativ beskrivelse af interessefællesskabet.
32. Se ovenfor VIII, 9.3.1.
33. Jf. ovenfor VII, 3.5 og 4.5.
34. Se også ovenfor VIII, 7.5. Et tilstrækkeligt interessefællesskab kan også eksistere i forholdet mellem personer, som ikke er i familie med hinanden, jf. f.eks. sagen TfS 1996, 87 LSR om

For så vidt angår de situationer, hvor en selskabsdeltager ved konstateringen af et indirekte horisontalt interessefællesskab skal medregne kapitalandele og stemmerettigheder, der indehaves af fonde eller truste, kunne der lægges vægt på, om selskabsdeltageren har et interessefællesskab med fonden eller trusten. Der bør derfor ikke udelukkende lægges vægt på, om selskabsdeltageren har stiftet en fond eller en trust, eller om selskabsdeltageren måtte have bestemmende indflydelse på en fond. I alle tilfælde, hvor en selskabsdeltager efter en konkret vurdering har et interessefællesskab med en fond eller en trust, er det berettiget at opgøre deres samlede ejerskab og rådighed til kapitalandele og stemmerettigheder under ét.[35] I relation til truste kunne det endvidere forlanges, at selskabsdeltageren skal medregne en trusts kapitalandele, når selskabsdeltageren har et vist kapitaliseret krav på trustens formue og vice versa.[36]

En definition af de tilfælde, hvor to eller flere selskaber må anses for at være koncernforbundne i relation til reglerne om allokering og fiksering af indkomst, kan tage udgangspunkt i den gældende definition i KGL § 4, stk. 2, dog således at det præcist defineres, hvad der anses for at være samme kreds af selskabsdeltagere.

Der bør i alle tilfælde være tale om formodningsregler, således at interessefællesskabet efter omstændighederne kan tilbagevises. I kraft af formodningen påhviler bevisbyrden for, at der ikke er et interessefællesskab, selvsagt selskabsdeltager og selskab.

En ændring af definitionen af interessefællesskabet som skitseret ovenfor ville dels udvide den bestående definition af interessefællesskabet i LL § 2, dels indskrænke denne. Dette får imidlertid mindre betydning, hvis definitionen suppleres af en *opsamlende bestemmelse*, hvorefter alle andre former for interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab tillige er omfattet af bestemmelsen.[37] Opregningen af visse typisk forekommende former for interessefællesskab skal således som nævnt ovenfor ikke være udtømmende.[38]

Hvis definitionen af interessefællesskabet tager form af en beskrivelse af de

---

to gårdejere, der havde ansat hinandens børn. Landsskatteretten lagde ved afgørelsen af sagen vægt på, at der var opstået et konkret interessefællesskab mellem gårdejerne. Se om sagen *Finn Taksøe-Jensen* i Skatteret – Almen del, XVIII, 4.1.

35. Se ovenfor VIII, 8.5.
36. Se ovenfor VIII, 9.2.2.
37. En sådan normativ bestemmelse vil ikke være i strid med delegationsforbudet i GRL § 43, jf. herom *Jacob Graff Nielsen*, Legalitetskravet ved beskatning, s. 285-297.
38. For så vidt angår bestemmelser om oplysnings- og dokumentationspligt, jf. hertil SKL § 3 B, må interessefællesskabet dog opregnes udtømmende, således at selskabsdeltager og selskab kan gøre sig bekendt med, hvornår de har pligt til at indgive sådanne oplysninger m.v., jf. også *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 62.

typisk forekommende situationer kombineret med en bestemmelse om, at andre former for interessefællesskab end de opregnede former tillige er omfattet, vil der ikke være behov for at udvide den deskriptive angivelse af interessefællesskabet til også at omfatte de situationer, hvor det er mere tvivlsomt, om der foreligger et interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab. Eksempler herpå findes i fremmed ret i form af den såkaldte 40 pct. test og reglerne om, at kapitalandele og stemmerettigheder, som selskabsdeltageren er berettiget til at erhverve på et fremtidigt tidspunkt eller vil blive berettiget til at erhverve engang i fremtiden, skal medregnes.[39]

De former for interessefællesskab, der kunne være omfattet af en opsamlende bestemmelse, kan ikke opregnes udtømmende. I modsat fald kunne de lige så vel være opregnet i en lovbestemmelse.[40] Den supplerende definition af interessefællesskabet kunne dog efter omstændighederne navnlig finde anvendelse, hvor

- en selskabsdeltager har kompetence til at påvirke beslutninger i et selskab, idet selskabsdeltager har væsentlig indflydelse på selskabets driftsmæssige eller finansielle ledelse som bestyrelses- eller direktionsmedlem eller i kraft af vedtægter eller anden aftale,
- størstedelen af omsætningen i et selskab er væsentlig afhængig af transaktioner med selskabsdeltager,
- den nødvendige finansiering af et selskabs aktiviteter er opnået eller garanteret af selskabsdeltager, eller
- flere indbyrdes uafhængige selskabsdeltagere har sammenfaldende interesser i at forskyde indkomsten i forhold til et selskab.

I en sådan opsamlende bestemmelse kan der ikke opstilles en formodning for, at et interessefællesskab eksisterer. Bevisbyrden for et interessefællesskab må ved anvendelse af en sådan regel derfor påhvile skattemyndighederne.

En *generel formodningsregel* svarende til reglen i amerikansk ret, hvorefter en forskydning af indkomsten i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab tages som udtryk for, at der foreligger et interessefællesskab mellem disse, kan endelig ikke anbefales. En sådan regel ville i sin yderste konsekvens føre til, at dispo-

39. Se herom ovenfor VIII, 9.
40. Se hertil de nye regler i årsregnskabslovens § 70, som indeholder de civilretlige oplysningskrav om transaktioner mellem nærtstående parter. Jf. om reglerne *Jens Otto Damgaard & Michael Winther Rasmussen*, R&R 2003, 5, 6.

sitioner mellem ikke interesseforbundne parter blev tilsidesat, alene fordi de ikke svarede til andre ikke interesseforbundne parters dispositioner.[41]

2.2 Indkomstallokering

En kodifikation af reglerne om allokering af indkomst må anses for påkrævet. I den forbindelse bør det overvejes, hvorledes henholdsvis en motiv- og funktionsanalyse bør udformes.

2.2.1 Motivanalysen

En analyse af selskabsdeltagerens og selskabets motiver for den aftalte allokering af en indkomst er i praksis med én undtagelse begrænset til de tilfælde, hvor indkomsten er fremkaldt ved udførelse af et arbejde m.v. Motivanalysen har derfor kun meget begrænset betydning for, hvorledes et formueafkast skal allokeres i skattemæssig henseende, og ingen betydning for allokering af kapitalgevinster.[42]

Med udgangspunkt i analysen af interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab må det antages, at en aftale om en allokering af en indkomst kan være skattemæssigt begrundet, idet selskabsdeltager og selskab kan have en betydelig interesse i at forskyde en indkomst i det indbyrdes forhold.[43] En mistanke om skattemæssige motiver vil endvidere altid eksistere, i det omfang der – som tilfældet næsten altid er – kan konstateres en forskel på beskatningen af en selskabsdeltager og dennes selskab. En motivanalyse vil derfor ofte indebære, at selskabsdeltager og selskab skal overbevise skattemyndigheder og efter omstændighederne også de kompetente dømmende myndigheder om, at der tillige er andre motiver for den aftalte allokering af indkomsten, som er forretningsmæssige, og som har vejet tungere end de skattemæssige fordele.[44] Hvor de skattemæssige motiver er objektivt konstaterbare og lette at bevise ved matematiske beregninger af en såkaldt marginaleffekt, er de forretningsmæssige motiver oftest mere diffuse og svære at bevise. Sidstnævnte beror som oftest på interesser, der ikke kan opgøres til en bestemt værdi, og som sjældent er kommet direkte til udtryk i forbindelse med den aftalte allokering af indkomsten. De kan derfor komme til at fremstå som ikke dokumenterede påstande, der kan anses for at være efterrationaliseringer.

Hvis der overhovedet skal foretages en analyse af selskabsdeltagers og sel-

---

41. En tendens hertil spores nu i amerikansk ret i form af sagen DHL Corp. v. Commissioner, TCM 1998-461, aff'd, 285 F3d 1210 (9th Cir. 2002).
42. Se ovenfor XIV, 2.
43. Se ovenfor IV, 2.
44. Se om disse motiver ovenfor IV, 3.

skabs motiver med den aftalte allokering af en indkomst, må der derfor tages højde for de konstaterede bevismæssige forskelle. I modsat fald vil analysen nærmest være en tom gestus over for selskabsdeltager og selskab, som i sagens natur ofte vil have bevisbyrden for, at deres dispositioner er forretningsmæssigt begrundede, idet skattemyndighederne uden større vanskeligheder vil kunne sandsynliggøre, at motivet kan have været skattemæssigt. Skattemyndighederne har i den hidtidige praksis haft betydelige fordele af en sådan fordeling af bevisbyrden, og det er derfor kun undtagelsesvist lykkedes selskabsdeltager og selskab at afkræfte en let beregnelig skattemæssig fordel som værende uden betydning i forhold til de påståede forretningsmæssige fordele.

Motivanalysen er endvidere i praksis ofte sammenblandet med funktionsanalysen. En analyse af de funktioner, som selskabsdeltager og selskab udøver i forbindelse med, at indkomsten fremkaldes som følge af den indkomstskabende aktivitet, tages herunder til indtægt for, at deres dispositioner ikke er forretningsmæssigt begrundede. Det anføres f.eks. ofte, at det ikke har nogen forretningsmæssig begrundelse, at et skattesubjekt fremkalder indkomsten ved sin indkomstskabende aktivitet, mens et andet skattesubjekt oppebærer denne. På baggrund heraf konkluderes det i praksis som oftest, at selskabsdeltagers og selskabs dispositioner i stedet må være skattemæssigt motiveret.[45] Denne vekselvirkning mellem motivanalyse og funktionsanalyse kan isoleret set forekomme velbegrundet. Det kan ofte være vanskeligt for selskabsdeltager og selskab at forklare, hvad der er den forretningsmæssige begrundelse for, at indkomsten skal oppebæres af selskabet, når den stadig fremkaldes af selskabsdeltageren, eller vice versa. Det konstaterede samspil indebærer imidlertid også, at motivanalysen til dels bliver overflødig, idet motiverne udledes af objektivt konstaterbare forhold – fordelingen af funktionerne i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet samt den beregnelige marginaleffekt – og ikke de subjektive hensigter, som selskabsdeltageren og selskabet måtte give udtryk for.

På baggrund af ovenstående må det overvejes, om der ved en korrektion af den aftalte allokering af en indkomst overhovedet bør foretages en analyse af selskabsdeltagers og selskabets motiver for denne aftale.[46] I teoretisk henseende er dette ikke påkrævet. Den aftalte allokering af indkomsten kan i alle tilfælde korrigeres, forudsat at der er et interessefællesskab mellem selskabsdeltager og selskab, og forudsat at indkomsten ikke er oppebåret af det skattesubjekt, som har fremkaldt indkomsten. De skattemæssige motiver kan da anses for at være til stede dels i kraft af det konstaterede interessefællesskab, dels i kraft af en eventuel marginaleffekt, dels i kraft af, at indkomsten er allokeret til et andet

---

45. Ligeledes *Kirsten Høpner Petersen*, SR-Skat 1989, 328.
46. Se hertil *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, s. 588, der ikke finder det nødvendigt at lægge vægt på en omgåelses-, skattebesparelses- eller skatteudnyttelseshensigt.

skattesubjekt end det, der har fremkaldt denne ved sin indkomstskabende aktivitet.

Ses der herefter bort fra motiverne, vil det indebære, at den aftalte allokering af indkomsten kan korrigeres i alle de tilfælde, hvor selskabsdeltager og selskab har aftalt, at det ene skattesubjekt skal fremkalde indkomsten, mens det andet skattesubjekt skal oppebære indkomsten, uanset om denne aftale måtte være forretningsmæssigt eller skattemæssigt begrundet. En allokering af en indkomst ville endvidere kunne korrigeres, uanset om den skete allokering indebærer skattemæssige fordele eller ulemper for en selskabsdeltager og dennes selskab. Det kunne på den ene side anføres, at praksis herved ville blive betydeligt skærpet, og at der ville opstå en meget kategorisk og unuanceret retstilstand. På den anden side kan anføres, at der ikke i den hidtidige praksis er nogle tilfælde, hvor det er anerkendt, at ét skattesubjekt fremkalder indkomsten, mens et andet skattesubjekt oppebærer denne, uden at førstnævnte er blevet beskattet heraf.[47] Det kan tillige anføres, at reglerne om transfer pricing i LL § 2 fungerer uden hensyntagen til selskabsdeltagers og selskabs motiver for de aftalte priser og vilkår, og at denne regel må anses for at være alt andet end kategorisk og unuanceret.[48]

Det må derfor samlet set konkluderes, at motivanalysen kan undværes, forudsat at funktionsanalysen indrettes på en sådan måde, at den kan tage højde for nuancerede forskelle i fordelingen af den indkomstskabende aktivitet mellem selskabsdeltager og selskab.[49]

2.2.2 Funktionsanalysen

Den analyse af selskabsdeltagers og selskabs funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, der er foretaget i den hidtidige praksis, har været meget fleksibel. Den kan sammenfattes således, at der lægges vægt på, hvilket skattesubjekt der har tilvejebragt rammerne for den indkomstskabende aktivitet,

---

47. I forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab er det tilstrækkeligt, at selskabet udøver de funktioner, som selskabet kan udøve.
48. Se herom ovenfor XIX.
49. Se herom nedenfor 4. Noget andet er, at skattemyndighederne formentlig i langt de fleste tilfælde alene vil søge at korrigere en allokering af en indkomst, når den foretagne allokering har haft skattemæssige fordele. *Gitte Skouby* har antaget, at Højesterets dom i sagen TfS 1998, 199 H har haft den betydning, at korrektioner efter reglerne om allokering af indkomst alene kan finde sted, hvor der med den aftalte allokering er tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen. Dette synspunkt kan ikke tiltrædes. For det første vedrører sagen TfS 1998, 199 H alene spørgsmålet om fiksering af indkomst, der i teoretisk henseende må adskilles fra allokering af indkomst. For det andet har praksis om allokering af indkomst efter TfS 1998, 199 H klart vist, at der fortsat ikke stilles krav om skatteretlig omgåelse for, at en korrektion af den aftalte allokering kan finde sted.

hvorledes rettigheder og forpligtelser vedrørende den indkomstskabende aktivitet er fordelt mellem selskabsdeltager og selskab, og hvem der udadtil fremtræder som den, der udøver den indkomstskabende aktivitet. Denne sammenfatning dækker imidlertid over en analyse af et meget stort antal forskellige funktioner, som er udøvet i forbindelse med, at indkomsten er fremkaldt, og som er tillagt betydning i praksis.[50]

I princippet kan funktionsanalysen tage højde for en hvilken som helst funktion, selskabsdeltager og selskab måtte have udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Ideelt set burde den endvidere gøre dette, al den stund indkomsten fremkaldes af hele den indkomstskabende aktivitet, og idet indkomsten skal allokeres til og beskattes hos det skattesubjekt, der har fremkaldt indkomsten. I praksis har dette imidlertid ikke altid være tilfældet. Flere af afgørelserne er således præget af en noget begrænset analyse af de funktioner, som selskabsdeltager og selskab måtte have udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, idet der alene er lagt vægt på nogle funktioner. Dette er navnlig tilfældet, når selskabsdeltagerens arbejdsindsats har været afgørende for, at indkomsten er blevet fremkaldt. I disse tilfælde er der undertiden lagt mere vægt på at redegøre for det indlysende – at det fysiske og åndelige arbejde i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet måtte udøves af selskabsdeltageren – end at analysere, om selskabet havde udøvet de funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, som selskabet kunne udøve. Resultatet heraf har været en åbenlys modvilje mod at anerkende selskabet som rette indkomstmodtager, når selskabsdeltageren i alt væsentligt har fremkaldt indkomsten ved sin personlige arbejdsindsats i forhold til selskabets eneste kunde, forudsat at denne kunde har eller har haft et vist interessefællesskab med selskabsdeltageren eller tidligere har været selskabsdeltagerens arbejdsgiver.

I betragtning af, hvor forskelligartede indkomstskabende aktiviteter, der kan udøves, kan det alligevel ikke anbefales at etablere et såkaldt »check-the-box« system i lovgivningen, hvorefter bestemte funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet altid skal analyseres og fordeles på selskabsdeltager og selskab. Den fleksible bedømmelse er bedre egnet til at analysere den indkomstskabende aktivitet, forudsat at analysen udøves korrekt.

Funktionsanalysen har fungeret bedst i praksis, når fordelingen af funktioner er klart afgrænset mellem selskabsdeltager og selskab, og når det ene eller andet skattesubjekt på baggrund af denne analyse må antages at have fremkaldt indkomsten. Den klassiske Havnemølle-dom er f.eks. kendetegnet ved, at aktieselskabet med bistand fra sine medarbejdere fremkaldte stort set hele indkomsten,

50. Se herom i det hele ovenfor XIII.

idet interessentskabet alene stod som forpagter at korntørreriet og oppebar indkomsten.

Tilbage står imidlertid et spørgsmål om, hvorledes der skal forholdes, når den indkomstskabende aktivitet ikke udøves af enten det ene eller det andet skattesubjekt, men af disse skattesubjekter i fællesskab. Den foreliggende praksis tyder på, at det i disse tilfælde som udgangspunkt er afgørende, om fordelingen af de funktioner, der ligger til grund for den indkomstskabende aktivitet, kan begrundes i forretningsmæssige hensyn. Det må endvidere antages, at der kræves mere af den forretningsmæssige begrundelse, desto større adskillelsen mellem indkomstskabende aktivitet og indkomst bliver. I de tilfælde, hvor den indkomstskabende aktivitet fuldt ud er adskilt fra indkomsten, således at ét skattesubjekt fremkalder indkomsten, mens et andet oppebærer denne, er der næppe nogen begrundelse, der vil blive accepteret som tilstrækkeligt forretningsmæssig.

Til gengæld kan det ikke udelukkes, at en indkomst kan allokeres til det skattesubjekt, som har haft den mindste andel i den indkomstskabende aktivitet, såfremt opdelingen af de funktioner, der skal udøves i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, anses for at være forretningsmæssigt begrundet.[51] Dette er navnlig tilfældet i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab, hvor indkomsten kan allokeres til selskabet, selvom selskabsdeltageren måtte have udøvet de væsentligste dele af den indkomstskabende aktivitet, når blot selskabet har udøvet de funktioner i forbindelse med aktiviteten, som selskabet kan udøve.

Når både selskabsdeltager og selskab har andel i den indkomstskabende aktivitet, kan det imidlertid anses for at være noget irrationelt, at indkomsten allokeres til enten det ene eller det andet skattesubjekt på baggrund af en vurdering af de funktioner, som de hver især har udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet.[52] Følgen heraf er, at enten selskabsdeltager eller selskab står tilbage i en situation, hvor en bevisligt udøvet indkomstskabende aktivitet, der har fremkaldt en del af den samlede indkomst, ikke fører til nogen skattepligt for den pågældende.

Et klassisk eksempel herpå er Aage Haugland-sagen, hvor selskabet blev beskattet af hele indkomsten, også selvom Aage Haugland havde udøvet en væsentlig del af den indkomstskabende aktivitet, der havde fremkaldt indkomsten.

---

51. Jf. f.eks. TfS 1987, 457 Ø om allokering af et konsulenthonorar og TfS 1989, 605 H om allokering af licensindtægter.
52. Dette gælder så meget desto mere de lege ferenda, hvis motivanalysen som anbefalet opgives, jf. ovenfor 2.2.1. I EU-retlig sammenhæng kan det diskuteres, om en manglende fordeling af indkomst vil føre til, at reglerne om allokering af indkomst går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet.

Denne problemstilling kan – når både selskabsdeltager og selskab har deltaget i udøvelsen af den indkomstskabende aktivitet – behandles efter reglerne om fiksering af indkomst eller allokering af indkomst.

På den ene side kan det anføres, at reglerne om allokering af indkomst har opfyldt deres funktion, når rette indkomstmodtager er fundet. Den aftalte allokering af en indkomst er således enten blevet korrigeret eller accepteret. Spørgsmålet om, hvorvidt selskabsdeltager eller selskab burde have haft et vederlag for sin del af den indkomstskabende aktivitet, må afgøres på baggrund af reglerne om fiksering af indkomst ud fra en vurdering af, om den stedfundne betaling mellem selskabsdeltager og selskab – eller som oftest mangelen på samme – er sket på armslængde-priser og -vilkår eller er normalt forretningsmæssigt begrundet.[53]

> Ud fra denne betragtning skulle det i Aage Haugland sagen-vurderes, om Aage Haugland skulle beskattes af en fikseret indkomst (arbejdsvederlag) hidrørende fra sin del af den indkomstskabende aktivitet, i det omfang Aage Haugland måtte anses for at have arbejdet gratis for sit selskab.

Det kan imidlertid anføres, at reglerne om allokering af indkomst allerede som følge af funktionsanalysen – herunder koblingen mellem den indkomstskabende aktivitet, der fremkalder indkomsten, og rette indkomstmodtager – ikke kan fungere tilfredsstillende, hvis reglerne er indrettet således, at det accepteres, at en indkomst fremkaldes ved, at der udøves en indkomstskabende aktivitet, uden at denne indkomst beskattes hos den, der har fremkaldt indkomsten. Reglerne bliver derfor selvmodsigende, hvis de både giver udtryk for, at den, der fremkalder indkomsten, skal beskattes heraf, og samtidig giver udtryk for, at indkomsten ikke kan fordeles mellem selskabsdeltager og selskab med udgangspunkt i, hvilke dele af indkomsten de måtte have fremkaldt.

Hertil kommer, at det ved en anvendelse af reglerne om fiksering af indkomst kan anføres, at den selskabsdeltager eller det selskab, som ikke er anset for at være rette indkomstmodtager i henhold til reglerne om allokering af indkomst, ikke har udøvet nogen indkomstskabende aktivitet i det indbyrdes forhold. Hele den indkomstskabende aktivitet er tværtom udøvet i forhold til tredjemand. Hvis der ikke er udvist nogen indkomstskabende aktivitet i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, kan det derfor diskuteres, om der overhovedet foreligger en disposition mellem selskabsdeltager og selskab, som berettiger til, at der fikseres en indkomst. Beskatning af en fikseret indkomst kan derfor alene

---

53. Ved armslængde-priser og -vilkår forstås de priser og vilkår, der ville være anvendt ved en handel mellem uafhængige parter, jf. hertil LL § 2, stk. 1. Se herom ovenfor XIX.

komme på tale, hvis det lægges til grund, at der burde være fremkaldt en indkomst i det indbyrdes forhold, som hverken er fremkaldt eller oppebåret, forudsat at det samtidig lægges til grund, at der anses for at være udøvet en indkomstskabende aktivitet i det indbyrdes forhold.

> I Aage Haugland sagen skulle Aage Haugland-således som nævnt ovenfor anses for at have sunget for sit selskab og ikke for tredjemand.

Selvom det kan antages, at der er udvist en indkomstskabende aktivitet i det indbyrdes forhold, virker det unødigt besværligt at beskatte enten selskabsdeltager eller selskab af en fikseret indkomst, der ikke er fremkaldt i det indbyrdes forhold, når den samlede indkomst de facto er fremkaldt i forhold til tredjemand.

På den anden side kunne problemstillingen løses ved, den fremkaldte indkomst blev fordelt mellem selskabsdeltager og selskab i tilfælde af, at de funktioner, som hører til den indkomstskabende aktivitet, ligeledes er fordelt. I så fald er det ikke nødvendigt at fiksere en indkomst i det indbyrdes forhold, idet den samlede indkomst allerede er blevet fordelt på selskabsdeltager og selskab.

En sådan fordeling kan enten foretages på armslængde-vilkår eller ud fra en vurdering af, hvad der er normalt forretningsmæssigt begrundet. I tilfælde af, at indkomsten skal fordeles på armslængde-vilkår, skal selskabsdeltager og selskab fordele indkomsten på samme måde, som uafhængige parter ville have gjort. Vurderes det derimod, om selskabsdeltager og selskabs fordeling er normalt forretningsmæssigt begrundet, anerkendes det, at fordelingen af indkomsten kan være anderledes som følge af deres interessefællesskab. Forskellen er navnlig, at en vurdering på armslængde-vilkår vil føre til, at den personlige selskabsdeltager skal forlange en indkomst hidrørende fra sin del af den indkomstskabende aktivitet – det fysiske og/eller åndelige arbejde – mens det ved en vurdering af, hvad der er normalt forretningsmæssigt begrundet, vil blive accepteret, at den personlige selskabsdeltager konsoliderer selskabet ved ikke at forlange vederlag for sin del af den indkomstskabende aktivitet.[54]

> Aage Haugland ville næppe have arbejdet gratis for et uafhængigt selskab, men ville efter omstændighederne kunne påvise en forretningsmæssig begrundelse for, at den samlede indkomst blev anvendt til at konsolidere selskabet.

En fordeling af indkomsten i henhold til reglerne om allokering af indkomst har imidlertid ikke fundet sted i praksis. I samtlige de offentliggjorde sager er indkomsten således blevet allokeret fuldt ud til enten selskabsdeltager eller

54. Se også ovenfor XX, 4.

selskab, hvadenten den mellem selskabsdeltager og selskab aftale allokering er blevet korrigeret eller accepteret. En fordeling af indkomsten som følge af, at selskabsdeltager og selskab hver har udøvet dele af den indkomstskabende aktivitet, har ikke fundet sted.

Der findes dog sager, hvor en sådan fordeling af indkomsten kan have været forudsat.[55]

I praksis inden Højesterets dom i sagen TfS 1998, 485 H var det således antaget, at kunstnerisk virksomhed på trods af substitutionsprincippet kunne udøves i selskabsform, når selskabet aflønnede kunstneren på armslængde-vilkår, jf. sagerne SpO 1981, 343 og TfS 1992, 550 LSR. Kravet herom indebar, at den samlede indkomst reelt blev fordelt på selskabsdeltager og selskab, idet selskabet skulle medregne den fulde indkomst ved sin indkomstopgørelse men ville få fradrag for den løn, som ville blive udbetalt til selskabsdeltageren, og som selskabsdeltageren ville blive beskattet af.

I sagen TfS 1993, 321 LSR tog Landsskatteretten endvidere hensyn til, om nogle købekontrakter var overdraget fra moderselskabet til datterselskabet på armslængde-vilkår. Det blev herunder taget i betragtning, hvilken rente datterselskabet betalte for den gæld, det havde påtaget sig ved overdragelsen af købekontrakterne. Der blev også taget hensyn til, hvad datterselskabet betalte for, at moderselskabet administrerede købekontrakterne og dermed udøvede dele af den indkomstskabende aktivitet. Selve indkomsten fra tredjemand blev derimod ikke fordelt mellem moder- og datterselskabet. Moderselskabet blev således beskattet af hele den indkomst, der hidrørte fra købekontrakterne. Som følge af denne korrektion tog Landsskatteretten ikke stilling til, om indkomsten skulle fordeles mellem moder- og datterselskab, idet førstnævnte selskab i alt væsentligt havde fremkaldt indkomsten og blev beskattet af denne.

I sagen TfS 1997, 69 V blev det så vidt ses lagt til grund, at den indkomstskabende aktivitet var udøvet af såvel selskabsdeltageren som hans fader. Indkomsten skulle derfor fordeles mellem disse i forhold til deres arbejdsindsats. Denne fordeling skete, som det ses, ikke i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab, men derimod mellem selskabsdeltager og en anden fysisk person, på baggrund af deres respektive personlige arbejdsindsatser. Den kan derfor ikke tages til udtryk for andet og mere, end at en fordeling af indkomsten i hvert fald kan komme på tale i forholdet mellem to fysiske personer.

I sagen TfS 1997, 184 LSR var det oplyst, at det selskab, som havde overdraget sin indkomstskabende aktivitet til et andet selskab, i hvert fald i en periode fik en forpagtningsafgift. Indkomsten blev på trods heraf fuldt ud allokeret til det overdragende selskab.

---

55. Se hertil *Jens Wittendorff*, SU 2003, 53.

> Det blev derfor heller ikke vurderet, om denne forpagtningsafgift var aftalt på armslængde-priser og -vilkår.
>
> Endelig lagde Højesteret i sagen TfS 2003, 802 H vægt på, om et selskab havde fået et vederlag for at overdrage en indkomstskabende aktivitet til sit søsterselskab. Dette var ikke tilfældet, og indkomsten blev derfor fuldt ud allokeret til det overdragende selskab. Højesteret tog derfor ikke stilling til, om indkomsten skulle fordeles mellem selskaberne.

Selv om fordelingen af funktionerne i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet således i nogle tilfælde er blevet vurderet ud fra en forudsætning om, at selskabsdeltager og selskab skal indrette sig på armslængde-vilkår eller i overensstemmelse med, hvad der er normalt forretningsmæssigt begrundet, er der næppe belæg for at antage, at indkomsten fra tredjemand var blevet fordelt mellem disse, hvis disse forudsætninger var bristede. Den øvrige praksis tyder tværtom på, at hele den aftalte allokering af indkomsten i så fald var blevet tilsidesat.[56]

Den i praksis konstaterede tilbageholdenhed må antages at være en følge af, at sondringen mellem på den ene side indkomstallokering og på den anden side indkomstfiksering bliver vanskelig, hvis indkomsten skal fordeles på de skattesubjekter, som har fremkaldt denne. Sondringen afhænger da af, om der alene anses for at være udøvet en indkomstskabende aktivitet i forhold til tredjemand, eller om der tillige anses for at være udøvet en indkomstskabende aktivitet i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab. Begge dele kan i teoretisk henseende anses for at være korrekt, og uanset hvilken fremgangsmåde der vælges – indkomstallokering med fordelingen af indkomsten eller indkomstallokering uden fordeling af indkomsten med efterfølgende indkomstfiksering – vil fordelingen af den samlede indkomst bero på en skønsmæssig ansættelse af den indkomst, der er fremkaldt ved den indkomstskabende aktivitet. Forskellen er reelt kun, om denne skønsmæssige ansættelse skal tage udgangspunkt i værdien af den indkomstskabende aktivitet i forhold til tredjemand (indkomstallokering) eller i det indbyrdes forhold mellem selskabsdeltager og selskab (indkomstfiksering). Den store tilbageholdenhed, der er udvist med hensyn til beskatning af fikserede arbejdsvederlag,[57] har derfor utvivlsomt haft en afsmittende virkning for så vidt angår spørgsmålet om fordeling af indkomsten efter reglerne om allokering af indkomst.

---

56. Se anderledes *Thøger Nielsen*, Indkomstbeskatning I, s. 199 der uden videre antager, at en overdragelse til armslængde-priser og -vilkår indebærer, at den efterfølgende allokering af indkomsten ikke kan korrigeres.
57. Se ovenfor XVIII, 4.

I det omfang, der mellem selskabsdeltager og selskab er indgået en aftale om aflønning af selskabsdeltageren, er det derimod i praksis og teori antaget, at selskabsdeltageren – når indkomsten allokeres til denne som rette indkomstmodtager – alene skal have forhøjet sin indkomst med forskellen på den indkomst, som selskabsdeltageren har fremkaldt og oppebåret som løn fra selskabet, og den indkomst, som selskabsdeltageren har fremkaldt ved at udøve den indkomstskabende aktivitet i forhold til tredjemand.[58] Eftersom selskabet alt andet lige har fradrag for aflønningen af selskabsdeltageren, vil indkomsten reelt blive fordelt mellem selskabsdeltager og selskab. Denne fordeling af indkomsten bliver i praksis respekteret uden nogen prøvelse af, om selskabsdeltagerens aflønning svarer til de funktioner, som selskabsdeltageren måtte have udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, og uden nogen prøvelse af, om den samlede fordeling af indkomsten svarer til, hvad der f.eks. ville være aftalt mellem uafhængige parter.

Til forskel fra de langt mere komplekse regler om fiksering af indkomst har reglerne om allokering af indkomst således i alt væsentligt ført til i en temmelig simplificeret retstilstand, hvor ét og kun ét skattesubjekt – den rette indkomstmodtager – findes uden hensyntagen til, om den indkomstskabende aktivitet er udøvet af flere skattesubjekter i fællesskab.

2.2.3 Ændringsforslag

Ved en vurdering af, hvorledes reglerne om allokering af indkomst fremover bør indrettes, må det for det første anbefales, at reglerne om allokering af indkomst får udtrykkelig lovhjemmel på samme måde som dele af reglerne om beskatning af fikserede indkomster har fået i LL § 2.

Det bør i denne bestemmelse anføres, at det afgørende for den korrekte allokering af en indkomst er, at allokeringen er normalt forretningsmæssigt begrundet ud fra en vurdering af de funktioner, som selskabsdeltager og selskab har udøvet i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet. Det er næppe hensigtsmæssigt at redegøre nærmere for disse kriterier i lovgivningen, men der bør etableres nogle retningslinjer, som nærmere beskriver funktionsanalysen og hvornår en adskillelse af (dele af) den indkomstskabende aktivitet og indkomsten anses for at være normalt forretningsmæssigt begrundet. Beskrivelsen af funktionerne kan tage udgangspunkt i OECD's retningslinjer om transfer pricing, der ligeledes omfatter en funktionsanalyse.[59] For så vidt angår vurderingen af den normale forretningsmæssige begrundelse bør det navnlig af retningslin-

58. Se ovenfor XIII, 3.2.5. Jf. også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 120.
59. Se herom ovenfor XIX, 3.1.2.

jerne fremgå, at der i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab kan ses bort fra, at selskabsdeltageren udøver de dele af den indkomstskabende aktivitet, der forudsætter et fysisk og/eller åndeligt arbejde, forudsat at selskabet i øvrigt varetager de funktioner i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet, som selskabet kan varetage. Der bør endvidere lægges vægt på, hvilken aflønning selskabsdeltageren får fra selskabet, idet behovet for en skattemæssig korrektion af den aftalte allokering af indkomsten alene kan vurderes, hvis det samtidig vurderes, om der er behov for at beskatte selskabsdeltager af en fikseret indkomst.[60] Endelig bør det af retningslinjerne fremgå, i hvilket omfang det skal overvejes at fordele den samlede indkomst, når funktionerne i forbindelse med den indkomstskabende aktivitet er udøvet af både selskabsdeltager og dennes selskab.

2.3 Indkomstfiksering

En ændring af reglerne om fiksering af indkomst må tage udgangspunkt i en analyse af, hvilken betydning motiverne for den aftale fiksering af en indkomst skal have, og hvilken standard – armslængde-vurdering eller den normale forretningsmæssige begrundelse – der skal anvendes ved en eventuel korrektion af den aftalte fiksering af en indkomst.

2.3.1 Motivanalysen

Det er i henhold til praksis ikke tilstrækkeligt grundlag for at beskatte en fikseret rente, at den manglende eller lave forretning er aftalt med henblik på at opnå et mindre skattetilsvar.[61] Det må til gengæld erkendes, at der i praksis har været lagt vægt på, at en aftale er gennemført ud fra et ønske om at opnå en skattemæssig besparelse.[62] Tilstedeværelsen af et sådant skattemæssigt formål med udlånet og den aftalte forrentning udelukker imidlertid ikke, at arrangementet tillige kan være en forretningsmæssigt begrundet.[63] Tilstedeværelsen af et skattemæssigt formål kan derfor heller ikke anvendes som argument for, at den aftalte forrentning savner en forretningsmæssig begrundelse. På baggrund af retspraksis kan det tværtom konkluderes, at tilstedeværelsen af et skattemæssigt

---

60. Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 94-95, der så vidt ses er afvisende overfor at lægge vægt på, om selskabsdeltageren aflønnes af selskabet.
61. TfS 1996, 642 H. Se ovenfor IV, 2.2 og XVIII, 3.2.3. Jf. også *Aage Michelsen*, R&R 2003, 1, SM 2 og R&R 1998, 2, SM 41, *Jan Pedersen*, R&R 1995, 5, SM 139, *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 77, *Erik Werlauff*, Selskabsskatteret 2003/04, s. 407-408, *Jakob Bundgaard*, TfS 2003, 299 og TfS 2003, 316 og *Poul Bostrup*, SpO 1997, 146.
62. Jf. f.eks. TfS 1986, 475 LR, TfS 1990, 83 LSR, TfS 1990, 319 LSR, TfS 1992, 107 LR, TfS 1993, 236 Ø og TfS 1994, 410 LSR. Se om sagerne ovenfor XVIII, 3.
63. TfS 1996, 642 H.

formål kun har haft betydning, når skatteyderen ikke på tilstrækkelig vis har dokumenteret, at der foreligger en forretningsmæssig begrundelse. Det skattemæssige formål har derfor en bevismæssig betydning, idet skattemyndighederne så vidt ses har haft noget lettere ved at bevise, at et udlån ikke er normalt forretningsmæssigt begrundet, når det har kunnet godtgøres, at arrangementet har været motiveret af et ønske om at spare skat.

I relation til reglerne om fiksering af arbejdsvederlag har de skattemæssige formål med arrangementet så vidt ses ikke haft nogen som helst betydning. Det er således uden videre antaget, at en konsolidering af selskabet kan være normalt forretningsmæssigt begrundet,[64] også selvom en sådan opsparing og en efterfølgende udbetaling af indkomsten som udbytte kan have betydelige skattemæssige fordele for selskabsdeltageren.[65]

I sagerne om beskatning af fikseret leje har motiverne for udlejen og den aftalte leje så vidt ses kun haft begrænset betydning for spørgsmålet om, hvorvidt udlejer har skullet beskattes af en fikseret indkomst.[66]

Endelig har de skattemæssige formål med de aftalte priser og vilkår så vidt ses ikke haft nogen som helst betydning i sagerne om beskatning af fikserede vederlag vedrørende afståelse af varer og tjenesteydelser, beskatning af fikserede provisioner og royalty og beskatning af fikserede kapitalgevinster.[67]

I henhold til LL § 2 skal der ikke lægges vægt, om de aftalte priser og vilkår i forbindelse med en indkomstskabende aktivitet er skattemæssigt begrundede. Er den indkomstskabende aktivitet ikke udøvet for de korrekte priser og på de korrekte vilkår, korrigeres indkomsten, uanset om den manglende eller aftalte fiksering af indkomsten var skattemæssigt motiveret eller ej.

På baggrund heraf må det overvejes, hvorvidt der ved vurderingen af, om de aftalte priser og vilkår vedrørende en indkomstskabende aktivitet skal korrigeres, bør lægges vægt på eventuelle skattemæssige motiver. Svaret synes at være et entydigt nej, dels fordi denne vurdering er opgivet i både de danske og internationale regler om transfer pricing, jf. hertil LL § 2, Sched. 28 AA og s. 482, dels fordi det aldrig i praksis har været lagt til grund, at en fikseret indkomst kan beskattes alene med den begrundelse, at de aftalte priser og vilkår er skattemæssigt begrundede.

Med udgangspunkt i analysen af interessefællesskabet mellem selskabsdel-

---

64. Se ovenfor XVIII, 4.
65. Se ovenfor IV, 2.
66. Se ovenfor XVIII, 5.
67. Se ovenfor XVIII, 6 og 7. Se hertil også TfS 1999, 289 H, hvor Højesteret anførte, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte et salg af nogle aktier i skattemæssig betydning, selvom salget og tilbagekøbet udelukkende eller fortrinsvis måtte have været begrundet i skattemæssige overvejelser.

tager og selskab må det i øvrigt antages, at selskabsdeltagers og selskabs aftale om indkomstens fiksering kan være skattemæssigt begrundet, idet selskabsdeltager og selskab kan have en betydelig skattemæssig interesse i at forskyde en indkomst i det indbyrdes forhold.[68] En mistanke om sådanne skattemæssige motiver vil endvidere altid eksistere, i det omfang der – som tilfældet næsten altid er – kan konstateres en forskel på beskatningen af selskabsdeltager og selskab. Når der ikke er handlet på armslængde-priser og -vilkår, eller når en transaktion ikke er normalt forretningsmæssigt begrundet, vil det derfor næsten altid være muligt at påvise en skattemæssig fordel ved arrangementet. Et krav om, at den indkomstskabende aktivitet skal være udøvet for de aftalte priser og på de aftalte vilkår af skattemæssige årsager, er derfor ikke alene unødvendigt som grundlag for en skattemæssig korrektion, men er også uegnet som et udslagsgivende kriterium for sådan korrektion.

2.3.2 Den indkomstskabende aktivitet

I teoretisk henseende kan den skattepligtige udøve en hvilken som helst indkomstskabende aktivitet uden at fremkalde en indkomst. Af samme grund antages det i teoretisk henseende, at den skattepligtige kan beskattes af en fikseret indkomst uden hensyntagen til, hvilken type af indkomstskabende aktivitet der ikke har fremkaldt en indkomst.[69] Det antages endvidere, at det ikke har betydning for spørgsmålet om, hvorvidt den skattepligtige skal beskattes af en fikseret indkomst, om den indkomstskabende aktivitet har den ene eller den anden karakter.[70]

I praksis har det derimod som anført ovenfor haft afgørende betydning, hvilken form for indkomstskabende aktivitet den skattepligtige har udvist. Praksis om beskatning af fikserede renter har derfor udviklet sig på en helt anden måde, end praksis om beskatning af fikserede vederlag ved afståelse af varer eller tjenesteydelser.[71]

Disse forskelle kan til en vis grad forklares ved, at der i skattelovgivningen har været særlige regler om f.eks. beskatning af fikserede kapitalgevinster, og at disse regler har haft betydning for vurderingen af, om der f.eks. i SL §§ 4-6 har været hjemmel til at beskatte fikserede indkomster. Det kan derimod ikke forklares, at der har været forskel på vurderingen af, om den skattepligtige skal beskattes af en fikseret rente, et fikseret arbejdsvederlag eller en fikseret leje m.v. De konstaterede forskelle kan derfor i alt væsentligt ikke forklares. I lyset af det teoretiske udgangspunkt er det ligeledes vanskeligt at finde noget forsvar for

68. Se ovenfor IV, 2.
69. Se ovenfor III, 4.
70. Se ovenfor III, 4.
71. Se ovenfor XX, 2.

disse forskelle. For så vidt angår det grundlæggende problem – forskydningen af indkomsten mellem selskabsdeltager og selskab – er det uden betydning, om en indkomst forskydes i kraft af et udlån, udleje, salg til eje eller en arbejdsindsats. Når først det er konstateret, at den til aktiviteten svarende indkomst, der kunne være fremkaldt og oppebåret, de facto hverken er fremkaldt eller oppebåret, er det i princippet ligegyldigt, hvilken indkomstskabende aktivitet der ville kunne have fremkaldt indkomsten.

Den danske retstilstand har derfor på dette område behov for en grundlæggende ændring, således at spørgsmålet om, hvilken type af indkomstskabende aktivitet den skattepligtige har udøvet, ikke længere tillægges vægt ved vurderingen af, om en fikseret indkomst skal beskattes. Ved en sådan ændring må det lægges til grund, at alle typer af indkomstskabende aktiviteter bør behandles lige, således at den skattepligtige efter omstændighederne kan beskattes af en fikseret indkomst, uanset hvilken indkomstskabende aktivitet den skattepligtige måtte have udvist uden at fremkalde en indkomst. Forskellen på indkomsten og den indkomstskabende aktivitets fremtrædelsesform bør ikke begrunde nogen forskelsbehandling. Det ville f.eks. være irrationelt at tillade en selskabsdeltager at forskyde en indkomst til selskabet ved ikke at forlange sin arbejdsindsats i selskabet aflønnet, hvis selskabsdeltageren samtidig ikke kan forskyde en indkomst til selskabet i form af et rentefrit udlån af kapital til dette.[72]

2.3.3 Forretningsmæssig begrundelse eller armslængde-vurdering

Der anvendes – som nævnt ovenfor – tre forskellige standarder ved vurderingen af, om en fikseret indkomst skal beskattes, herunder vurderingen af armslængdepriser og -vilkår, vurderingen af det normalt forretningsmæssigt begrundede og vurderingen af, om der er tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen.[73] Anvendelsen af forskellige standarder kan selvsagt være begrundet ud fra et politisk ønske om, hvorledes indkomsten skal kunne fordeles i forholdet mellem selskabsdeltager og selskab. Der kan derfor i dansk ret være forskellige vurderinger af, hvornår en fikseret indkomst skal beskattes, f.eks. således at en fikseret rente kun beskattes, når den aftalte forrentning ikke er normalt forretningsmæssigt begrundet, mens en fikseret kapitalgevinst beskattes, når den fremkaldte kapitalgevinst ikke svarer til, hvad der ville være fremkaldt på armslængde-vilkår. Sådanne forskelle bør imidlertid tage udgangspunkt i et politisk ønske herom, der er kommet til udtryk i lovgivning, al den stund der ikke på baggrund af de bærende hensyn kan opstilles meningsfyldt sondring mellem forskellige typer af indkomstskabende aktivitet. Ulempen ved sådanne sondringer er, at de vil forekomme temmelig irrationelle, al den stund de tager udgangspunkt i den ind-

72. Jf. også *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 145.
73. Se ovenfor XX, 3.

komstskabende aktivitets karakter. Det ville som nævnt foran ikke give megen mening, hvis selskabsdeltageren f.eks. kan forskyde en indkomst til sit selskab i form af et rentefrit lån, men ikke kunne forskyde en tilsvarende – eller efter omstændighederne ligefrem mindre – indkomst til selskabet i form af en afståelse af et aktiv, der udløser en skattepligtig avance, til en pris, der er lavere end markedsprisen.

Det kunne i stedet overvejes – således som der i praksis spores en vis tendens til – at lade vurderingen være afhængig af, om den indkomstskabende aktivitet finder sted i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab eller i forholdet mellem to selskaber. Der kunne herunder i forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab anlægges en vurdering, hvorefter den manglende eller aftalte fiksering af indkomsten alene blev korrigeret, når aftalen ikke var normalt forretningsmæssigt begrundet, mens en tilsvarende aftale ville blive korrigeret i forholdet mellem to selskaber, når den ikke var indgået på armslængde-priser og -vilkår. Bevæggrunden for denne sondring skulle i givet fald være, at det i forholdet mellem den personlige selskabsdeltager og dennes selskab anerkendes, at der kan være forretningsmæssige grunde til, at en indkomstskabende aktivitet som følge af interessefællesskabet ikke udøves på armslængde-priser og -vilkår, mens en tilsvarende begrundelse ikke anerkendes i forholdet mellem to selskaber.[74]

Forholdet mellem en personlig selskabsdeltager og et selskab adskiller sig ganske vist på en række områder fra forholdet mellem to selskaber, herunder navnlig i kraft af, at den personlige selskabsdeltager ofte udnytter selskabet som ramme om sin indkomstskabende aktivitet. Det er imidlertid ikke på baggrund heraf muligt at opstille noget holdbart argument for, hvorfor dette skulle begrunde en forskelsbehandling. En forskelsbehandling kan derfor alene være motiveret af et politisk ønske om at behandle den selskabsdeltager, der er en fysisk person, lempeligere end den selskabsdeltager, der er en juridisk person.

Det må som følge heraf anses for at være det mest nærliggende at vælge enten den ene eller den anden standard, dvs. enten en armslængde-vurdering eller en vurdering af det normalt forretningsmæssigt begrundede. Førstnævnte standard anvendes som tidligere nævnt i dag i internationale sammenhæng og svarer til, hvad der kendes fra udlandet. Selv om standarden primært er udviklet med henblik på grænseoverskridende transaktioner, kan den også finde anvendelse for nationale transaktioner. Det er som følge af fællesskabsrettens restriktions- og diskriminationsforbud i øvrigt ikke muligt at lade den lempeligere standard («den forretningsmæssige begrundelse«) gælde for rent nationale transaktioner, mens den noget strengere standard («armslængde-vurderingen«) anvendes i in-

74. Forholdet til EU-retten, herunder navnlig traktatens art. 48, må selvsagt overvejes i denne sammenhæng.

ternational sammenhæng. På baggrund heraf må det anses for at være mest nærliggende at vælge den standard, som er anerkendt i international sammenhæng, og som også er lagt til grund i de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, også selvom denne standard er et afgørende brud med en mangeårig dansk retspraksis.

2.3.4 Ændringsforslag

Den gældende retstilstand, hvor hjemmel til beskatning af fikserede indkomster findes i LL § 2 og i visse tilfælde også i den øvrige skattelovgivning, er ikke hensigtsmæssig. Det må *først* og fremmest anses for at være hårdt tiltrængt, at reglerne om beskatning af fikserede indkomster samles i én lovbestemmelse, der udtømmende gør op med, hvornår en fikseret indkomst kan beskattes. Spørgsmålet om, i hvilket omfang der er hjemmel til at beskatte fikserede indkomster, har i de seneste tre årtier givet anledning til en betydelig retsusikkerhed, og denne usikkerhed er ikke blevet mindre efter vedtagelsen af LL § 2, idet bestemmelsen ikke endeligt har gjort op med hjemmelsgrundlaget.

Anvendelsesområdet for en sådan bestemmelse bør defineres skarpere, end tilfældet er i dag i LL § 2. En analyse af engelsk og amerikansk ret har imidlertid vist, at det ikke er hensigtsmæssigt eller muligt at definere anvendelsesområdet udtømmende ved en opregning af forskellige typer af transaktioner. Det centrale synes at være, at der skal være hjemmel til at beskatte en fikseret indkomst, når en indkomstskabende aktivitet ikke har fremkaldt den indkomst, der kunne være fremkaldt, hvis aktiviteten var udøvet på armslængde-vilkår. På den baggrund er ordvalget i LL § 2 om »handelsmæssige og økonomiske transaktioner« ikke velvalgt, eftersom det – som tilfældet til dels har været i teori og praksis – kan opfattes således, at LL § 2 alene omfatter gensidigt bebyrdende retshandler. Bestemmelsen bør ændres således, at det bliver klart, at den omfatter enhver handelsmæssig eller økonomisk aktivitet, som er egnet til at fremkalde en indkomst.

I modsætning til, hvad der i dag er tilfældet, bør LL § 2 endvidere omfatte en kæde af transaktioner, hvorved den samlede indkomst søges forskudt mellem interesseforbundne skattesubjekter, således som det er tilfældet efter engelsk ret.[75]

Højesteret introducerede med TfS 2002, 967 H en bagatelgrænse for beskatning af fikseret leje i forholdet mellem nærstående fysiske personer. Dette er fulgt op af Landsskatteretten i sagen TfS 2003, 842 LSR, som vedrørte rentefiksering i henhold til LL § 2.[76] På den ene side forekommer det ganske for-

75. Se ovenfor XIX, 2.2.3.

76. Et krav om en væsentlig afvigelse mellem de aftalte priser og vilkår og armslængde-priser og -vilkår synes også forudsat efter SEL § 12, jf. TfS 1987, 60 Ø og TfS 1988, 292 H, der omtales

nuftigt, at regler, der er så komplekse som reglerne om beskatning af fikseret indkomst, ikke bringes i anvendelse for bagatelagtige beløb. På den anden side er det vanskeligt at se, hvor der skulle være hjemmel til at se bort fra en beskatning, alene fordi provenuet ved beskatningen anses for at være for lille. Hertil kommer, at der med denne forudsætning er introduceret et nyt problem i forbindelse med at fastlægge grænsen for bagatellerne.[77] En bagatel kan enten udgøre et absolut beløb eller et forholdsmæssigt beløb,[78] og uden sikker lovhjemmel forekommer det at være i strid med legalitetsprincippet,[79] at skattemyndighederne arbitrært kan vælge at forfølge en beskatning eller at afstå herfra ud fra en subjektiv vurdering af, om der er tale om en bagatel eller ej. Det må i stedet anbefales, at der i én samlet bestemmelse om beskatning af fikseret indkomst udtrykkeligt angives en bagatelgrænse for, hvornår en korrektion vil blive foretaget.[80]

Endelig kunne det overvejes, om der – som tilfældet er i engelsk ret – bør udfærdiges undtagelser til bestemmelsen, således at bestemte typer af indkomstskabende aktivitet ikke er omfattet af denne. Formålet hermed skulle primært være at undgå lovkonflikter, idet nogle former for indkomstskabende aktivitet i stedet skal reguleres efter andre, særlige regler.[81]

For det *andet* må der i dansk ret udtrykkeligt tages stilling til, om den aftalte eller manglende fiksering af en indkomst skal korrigeres, såfremt aftalen ikke er normalt forretningsmæssigt begrundet, eller når aftalen ikke er indgået på armslængde-priser og -vilkår. Skal der – som tilfældet er i dag –være forskellige standarder, må disse i en lovbestemmelse gives klart adskilte anvendelsesområder. Det må dog understreges, at en vurdering af det forretningsmæssigt normale vil være begrundet i et politisk ønske om en lempeligere behandling af visse former for indkomstskabende aktiviteter eller af visse former for interessefællesskaber, og at en sådan vurdering i forhold til udlandet – hvor der altid anlægges en vurdering af armslængde-priser og -vilkår – vil kunne indebære, at indkomster forskydes til skade for Danmark.

Hvis armslængde-vurderingen vælges, således som det også er tilfældet i ud-

---

ovenfor XIX, 5.3. Se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, s. 88, 131 og 164-166.

77. Jf. også *Svend Erik Holm*, R&R 2001, 12, SM 372.
78. Se hertil *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 267-268.
79. Jf. hertil *Jacob Graff Nielsen*, Legalitetskravet ved beskatningen, s. 171-177.
80. En sådan retstilstand anbefales af OECD i Transfer Pricing Guidelines, pkt. 1.68.
81. Der savnes f.eks. i dag en stillingtagen til, hvorledes LL § 2 skal anvendes sammen med LL § 12 B om kapitalisering af løbende ydelser og med SEL § 13, stk. 1, nr. 1, om overkurs ved udstedelse af aktier eller udvidelse af aktiekapital.

landet, bør retningslinjerne for disse korrektioner for det *tredje* overvejes på ny. Det antages i dansk ret, at LL § 2 skal fortolkes i overensstemmelse med OECD's transfer pricing guidelines, således at en sammenligning af interesseforbundne parters og uafhængige parters transaktioner sker med udgangspunkt i disse retningslinjer, ligesom armslængde-prisen skal udfindes efter en af de metoder, som angives i retningslinjerne. Det må imidlertid erkendes, at der ikke i henhold til ordlyden er nogen pligt til at fortolke LL § 2, således at den er i overensstemmelse med disse retningslinjer. I engelsk ret skal retningslinjerne derimod utvivlsomt lægges til grund for grænseoverskridende transaktioner, når transaktionen er omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der indeholder en bestemmelse svarende til OECD's modelkonvention artikel 9. I amerikansk ret findes i interne retningslinjer en særdeles omfattende gennemgang af, hvorledes armslængde-priser og -vilkår skal udmåles. En sammenligning af dansk ret med engelsk og amerikansk ret har således vist, at Danmark i modsætning til England alene har en svag henvisning til OECD's retningslinjer, og i modsætning til USA ikke har omfattende interne retningslinjer. Det bør overvejes at ændre dansk ret, således at der enten i lovgivningen direkte blev henvist til OECD's retningslinjer, eller således at de danske retningslinjer i større omfang blev udbygget. Selvom sidstnævnte utvivlsomt ville være et stort arbejde, forekommer det af hensyn til delegationsforbuddet på langt sigt at være den eneste farbare vej. Det må derfor anbefales, at Danmark – eventuelt ved en oversættelse af OECD's retningslinjer – styrker sine interne retningslinjer om transfer pricing.[82]

I forbindelse med en styrkelse af de danske retningslinjer bemærkes, at det i dag er kendetegnede for dansk ret, at der i de administrative retningslinjer stort set ikke er anført noget om, hvorledes interesseforbundne parters transaktioner skal sammenlignes med transaktioner mellem uafhængige parter. Der henvises således i alt væsentligt blot til, at en sådan sammenligning skal foretages, og at der skal korrigeres for eventuelle forskelle på de interesseforbundne parters transaktion og de uafhængige parters transaktioner. Denne sammenligning er imidlertid ganske vanskelig og har såvel i OECD's retningslinjer som i amerikansk ret ført til et særdeles kompliceret regelsæt, der på nærmest skematisk vis søger at orientere om, hvorledes de forskelle – der som oftest vil blive konstateret – kan udjævnes.[83]

I dansk praksis er kravet om sammenlignelighed så vidt ses ikke slået igennem, idet transaktioner mellem interesseforbundne parter sammenlignes med en

82. Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 126-132, der argumenterer for, at værdiansættelsen i stedet skal finde sted efter reglerne i CIR nr. 185 af 17/11 1982 om værdiansættelse af aktiver og passiver i dødsboer m.v. og ved gaveafgiftsberegning.

83. Se i det hele ovenfor XIX, 3.

slags gennemsnitlig standard for markedet uden hensyntagen til, hvorledes uafhængige parter i en sammenlignelig situation ville have ageret. Navnlig på dette område synes der således at være et betydeligt behov for en ændring af de interne danske retningslinjer. Det kunne hermed klargøres, at skattemyndighederne ikke uden at tage højde for forskellene på interesseforbundne og uafhængige parters transaktioner kan sammenligne de aftalte priser og vilkår med almindeligt antagne markedsvilkår.

I amerikansk ret tager retningslinjerne i vidt omfang udgangspunkt i den indkomstskabende aktivitets karakter. Dette er ikke tilfældet for så vidt angår de interne danske retningslinjer, der i alt væsentligt blot giver et kortfattet resume af de metoder, hvorpå armslængde-priser og -vilkår kan udfindes. I praksis om beskatning af fikserede indkomster er derimod til stadighed i et betydeligt omfang blevet taget udgangspunkt i den indkomstskabende aktivitets karakter. Det bør derfor overvejes at ændre vore interne retningslinjer, således at de ligesom amerikansk ret tager udgangspunkt i den indkomstskabende aktivitets karakter.

En udtømmende redegørelse for, hvilke af de amerikanske retningslinjer der kunne overføres til dansk ret med henblik på at udfinde armslængde-priser og -vilkår, skal undlades her. To forhold skal dog særligt fremhæves:

For så vidt angår *renter* har der i praksis vist sig at være en tradition for en fast rentesats, der kan anvendes som udgangspunkt for, hvorvidt den aftalte rente svarer til, hvad der er normalt forretningsmæssigt begrundet.[84] Det burde derfor overvejes at indføre regler svarende til de amerikanske regler om egentlige »safe harbour« renter baseret på korte, mellemlange og lange udlån kombineret med regler om en rentefri periode og videreudlån.[85]

Et af de erkendte problemer i forbindelse med den dansk transfer pricing lovgivning er spørgsmålet om, hvorledes *immaterielle aktiver* som f.eks. rettigheder til et mønster, en licens, en ophavsret, knowhow m.v. skal værdiansættes ved en overdragelse. Problemet er traditionelt, at disse immaterielle aktiver ofte er unikke, og at der derfor ikke findes noget sammenligneligt grundlag, som kan anvendes ved ansættelse af deres pris. En ansættelse ved hjælp af de transaktionsbaserede metoder og de transaktionsbestemte avancemetoder vanskeliggøres endvidere i alle de tilfælde, hvor det immaterielle aktiv overdrages på et tidligt stadie, inden det er muligt at fastslå, hvilken indkomst det vil kaste af sig. Hertil kommer, at det immaterielle aktiv efter dansk ret skal værdiansættes allerede på

---

84. Denne praksis forekommer vanskelig at forene med fællesskabsrettens krav om, at en sådan generende foranstaltning ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet med reglerne.

85. Se ovenfor XIX, 4.3.1. Anderledes *Malene Kerzel*, Hovedaktionærdispositioner, s. 140-141 og *Jan Pedersen*, Transfer pricing, s. 263, der anbefaler, at mindsterenten anvendes som en slags safe harbour rente. Se kritisk hertil ovenfor XIX, 5.1.

tidspunktet for overdragelsen. En vurdering af, hvilken værdi det har på tidspunktet for overdragelsen som følge af dets potentielle fremtidige værdier, vil derfor kun kunne foretages ud fra friere skøn, hvor det efter omstændighederne kan være grænsende til det umulige at afgøre, hvilken fremtidig værdi f.eks. et patent på en ny opfindelse vil have.

Viser det sig efterfølgende, at det immaterielle aktiv genererer betydeligt større indkomster, end det var forudsat ved overdragelsen, er der ikke i LL § 2 hjemmel til at genoptage værdiansættelsen med henblik på at korrigere skønnet til det, der senere er konstateret som det immaterielle aktivs markedsværdi. I modsætning hertil findes der som nævnt ovenfor i amerikansk ret regler, hvorefter værdiansættelsen kan korrigeres ud fra senere indtrådte omstændigheder.[86] Det burde derfor overvejes at indføre regler svarende til de amerikanske regler på dette område.

> En del af de problemer, som dette vil kunne give anledning til, er imidlertid afværget med KSL § 2, stk. 1, litra i, hvorefter royalty hidrørende fra kilder her i landet, jf. KSL § 65 C, stk. 4,[87] er begrænset skattepligtige. Bestemmelsen finder imidlertid ikke anvendelse, hvis det immaterielle aktiv sælges til udlandet, og royalty herefter hidrører fra kilder uden for Danmark. Derudover vil også reglerne om tvungen sambeskatning efter omstændighederne kunne finde anvendelse, idet royaltyindtægter anses for at være finansiel indkomst. Disse bestemmelser finder imidlertid heller ikke anvendelse, hvis royalty overdrages til et selskab, som ikke er beliggende i et skattely, eller hvis selskabets virksomhed på trods af overdragelsen ikke får finansiel karakter.[88]

For det *fjerde* og sidste burde der, som tilfældet er i engelsk og amerikansk ret, gives regler om, hvornår en skattepligtig har krav på de såkaldte »korresponderende« korrektioner, dvs. spørgsmålet om, i hvilket omfang en primær korrektion skal gennemføres hos begge de skattepligtige, som er parter i den indkomstskabende aktivitet. Samtidigt burde der lovgives om de sekundære korrektioner med henblik på at få fastlagt, hvilken beskatning de primære korrektioner og den sekundære korrektion samlet set skal føre til.

---

86. Se ovenfor XIX, 4.3.5.
87. Til royalty henregnes efter denne bestemmelse betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende ethvert patent, varemærke, mønster eller model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller som vederlag for oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer.
88. Se også *Jan Pedersen*, SU 2002, 368.

3. Sekundære korrektioner

I lyset af de meget forskellige resultater, som primære og sekundære korrektioner set under ét kan føre til, er det bemærkelsesværdigt, at der ikke i dansk ret findes regler om sekundære korrektioner, herunder om deres forhold til den primære korrektion. Den megen fokus på spørgsmålet om, hvorvidt der overhovedet er hjemmel til den primære korrektion, har imidlertid betydet, at reglerne om den sekundære korrektion i lovgivningen er behandlet som »stedbørn«.

Den primære og sekundære korrektion kan – som set i TfS 1984, 13 LSR, TfS 1995, 273 LSR og TfS 1996, 145 LSR – i visse situationer ophæve hinanden. En sådan retstilstand er næppe hensigtsmæssig, eftersom resultatet er, at korrektionerne ikke får betydning for indkomstopgørelsen. Når den primære korrektion anses for at være berettiget, er det irrationelt, at virkningerne af denne ophæves ved den sekundære korrektion. Hvis den primære korrektion skal opretholdes må dette problem de lege ferenda løses ved, at den, der beskattes som følge af den primære korrektion, ikke indrømmes et fradrag hidrørende fra den sekundære korrektion. Herved sikres, at den primære korrektion opretholdes og ikke gøres illusorisk. Problemstillingen kunne også løses ved, at den primære korrektion alene foretages for den part, for hvem indkomsten skal forhøjes. Det ville imidlertid i relation til reglerne om indkomstfiksering være vanskeligt at forsvare, at priser og vilkår for den ene part blev sat til et bestemt fikseret beløb samtidig med, at den anden part i skattemæssig henseende fortsat skulle respektere det aftalte beløb. En sådan løsning ville også føre til, at den effektive beskatning ikke vil ske hos den, der har forskudt indkomsten, men derimod hos den, som indkomsten er forskudt til.

Forholdet mellem de primære og sekundære korrektioner tilsiger derfor en lovgivning om de sekundære korrektioner. Dette gælder ikke mindst, hvis det lægges til grund, at de bærende hensyn med reglerne er at modvirke en forskydning af indkomsten mellem selskabsdeltager og selskab. For at hindre denne forskydning er det strengt taget ikke påkrævet, at den samme indkomst beskattes to eller flere gange, ligesom det er i strid med de bærende hensyn, at den primære og sekundære korrektion ophæver hinanden.

Det må endvidere de lege ferenda anbefales, at der lovgives om tertiære korrektioner m.v. i forbindelse med en lovgivning om de sekundære korrektioner. Det skal ikke afvises, at tertiære korrektioner kan være rimeligt begrundende i en forestilling om, hvorledes en økonomisk fordel overgår fra et skattesubjekt til et andet skattesubjekt, f.eks. når selskabet afholder en udgift for selskabsdeltagerens nærstående, som selskabsdeltageren ellers ville have afholdt. Den økonomiske trippelbeskatning, der vil være konsekvensen af sådanne forestillinger, bør imidlertid af retssikkerhedsmæssige hensyn have klar og utvetydig lovhjemmel.

4. Samspillet mellem allokering og fiksering

Der er ovenfor redegjort for, hvorledes reglerne om interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab, om allokering af indkomst og om fiksering af indkomst isoleret set bør ændres. Det må imidlertid understreges, at en analyse af disse regler har vist, at der er teoretiske og praktiske forskelle på reglerne om allokering og fiksering af indkomst, men at disse forskelle ikke kan begrunde de markante forskelle på områdernes retlige regulering, der er konstaterede i lovgivning og praksis. De konstaterede forskelle beror i al deres enkelthed alene på, at reglerne om allokering af indkomst – i modsætning til reglerne om fiksering af indkomst – forudsætter, at en indkomst er fremkaldt og oppebåret. Hvor reglerne om allokering af indkomst således forudsætter, at indkomsten er allokeret til et skattesubjekt, men oppebåret af et andet skattesubjekt, forudsætter reglerne om fiksering af indkomst, at indkomsten hverken er fremkaldt eller oppebåret.

Reglerne om interessefællesskabet mellem selskabsdeltager og selskab bør endvidere være ens, uanset om en korrektion foretages efter reglerne om allokering af indkomst eller fiksering af indkomst.

Det må derfor konkluderes, at reglerne om allokering og fiksering af indkomst bør behandles i ét og samme regelsæt, dels fordi de har samme formål – at hindre forskydningen af indkomst mellem selskabsdeltager og selskab – dels fordi det at finde den rette indkomstmodtager af en given indkomst ofte forudsætter en anvendelse af begge regelsæt, og dels fordi grænsedragningen mellem disse regelsæt i en række tilfælde er endog meget vanskelig.

Heraf følger selvsagt ikke, at der bør gælde de samme regler for allokering af indkomst, som gælder for fiksering af indkomst.

På baggrund af den teoretiske analyse af reglerne om allokering og fiksering af indkomst må det understreges, at der altid først bør tages stilling til den korrekte allokering af indkomsten, herunder om indkomsten skal fordeles på to eller flere skattesubjekter i forbindelse med allokeringen. Først herefter bør det undersøges, om der som følge af forholdet mellem disse skattesubjekter er behov for at beskatte en fikseret indkomst.[89] Heraf følger ikke, at reglerne om allokering af indkomst altid bør finde anvendelse. I tilfælde, hvor den indkomstskabende aktivitet er udøvet i forholdet mellem to interesseforbundne parter, er der således ikke behov for at korrigere den foretagne allokering af indkomsten. Reglerne om allokering og fiksering af indkomst skal derfor alene rangordnes, når både selskabsdeltager og dennes selskab har udøvet en indkomstskabende aktivitet i forhold til tredjemand.

---

89. Se ovenfor III, 5.3.

English summary

Subject

The subject of this thesis is the element in the doctrine of rightful recipient of income known as the rules on allocation and fixation of income in the relationship between consolidated companies and in the relationship between a company and its members.

Procedure

In the first part of the thesis, the terms allocation and fixation are defined. Next, the theoretical similarities and differences between the terms are examined, as well as the reasons for incorrect allocation or fixation of income between the company and the member. The second part examines the special community of interest that is required between the member and the company in order for a correction to be made according to the rules of allocation and fixation of income. This part differentiates between the community of interest required for a correction to be made under the transfer pricing rules in section 2 of the Danish Tax Assessment Act and the requirements for a correction to be made according to other rules on the allocation or fixation of income. The rules on allocation of income in the relationship between a company and its member are discussed in the third part of the thesis. It is discussed to what extent sections 4-6 of the Danish State Tax Act authorise correction of income allocation and to what extent other Danish legislation authorises such correction. In this connection, the substantial practice existing regarding allocation of income is analysed. Part four of the thesis examines the rules on the fixation of income in the relationship between a company and its member. First, it is discussed to what extent the taxation of fixated income is authorised pursuant to sections 4-6 of the Danish State Tax Act. Then, it is examined when such correction is authorised pursuant to other Danish legislation. The substantial legal practice in this respect is described in a separate paragraph. Finally, the scope of section 2 of the Danish Tax Assessment Act is analysed in a separate chapter as these rules provide

extensive authority for taxation of fixated income. This part of the thesis comprises a thorough description of US and UK transfer pricing legislation. The thesis concludes with a summary of the findings and views resulting from the above analytical parts and with proposals for a fundamental change to the rules on allocation and fixation of income.

Part One – Allocation and fixation

Chapter III analyses the theory behind the rules on allocation and fixation of income based on three aspects of a number of overall definitions, known as theoretical income definitions: The so-called traditional income definitions and two aspects of the so-called extended income definition, known as income allocation and income fixation, respectively.

A traditional income definition is defined as an income definition authorising taxation of income generated and received by a person or entity subject to taxation. Income generated means income that has arisen and can consequently be determined and valued; i.e. income physically exists in the form of money or property of monetary value. The income received is the income which the person or entity subject to taxation has taken possession of. It requires that income has been generated. A traditional income definition leads to taxation being levied on a person or entity subject to taxation when income has been generated and received by that person or entity. Conversely, a traditional income definition does not lead to tax being levied on income generated as a result of an income-generating activity where either the income has not been received by the person or entity generating it, or no income has been either generated or received, despite the existence of an income-generating activity.

In theoretical terms, the traditional income definition is supplemented by an extended income definition, according to which tax may also be levied on the income of a person or entity subject to taxation, who has generated the income as a result of an income-generating activity or a special gift-giving or legal relationship or the like, even where another person or entity subject to taxation has received the income. Such taxation is assumed to be levied under the income allocation rules. Accordingly, in short, income allocation refers to the question of according to which rules income indisputably generated is to be allocated to and taxed for a particular person or entity subject to taxation. Also, the traditional income definition is supplemented by another extended income definition, according to which tax may be levied on a person or entity subject to taxation, even though the person or entity in question has not generated or received the income concerned. Such taxation is assumed to be levied under the fixation of income rules. Accordingly, in short, income fixation refers to the question of

what income a person or entity subject to taxation is considered to have generated and received in relation to an income-generating activity.

The rules with respect to income allocation and income fixation have a number of similarities:

- They both relate to the basic question of on whom tax should be levied on income.
- They both relate to the distribution of income among two or more persons or entities subject to taxation.
- Under both sets of rules, the person or entity subject to taxation is being taxed on income not received by the person or entity in question.
- Taxation may lead to tax being levied on the same income on more than one person or entity subject to taxation.

However, there are also a number of differences between the income allocation rules and the income fixation rules:

- The question of income allocation can only arise in the relationship between at least three parties, i.e. at least in a multi-lateral relationship, whereas the question of income fixation may rise between at least two parties, i.e. at least in a bilateral relationship.
- The income allocation rules are used in the relationship between potential recipients of the income rather than in the relationship between the recipient of and the person or entity generating the income.
- The income allocation rules relate to the taxation of income, the value of which in principle is not in dispute as the income has been generated – but not received – by the person performing the income-generating activity. Income fixation relates to the taxation of income, the value of which is in principle in dispute as the income has been neither generated nor received by the person performing the income-generating activity.

Part Two – Community of interest

An analysis of the practice regarding allocation and fixation of income outside the scope of section 2 of the Danish Tax Assessment Act shows that the allocation or fixation of income between a company and its member is only overruled when a special community of interest exists between the two parties. The special community of interest between a company and its member may be general or specific in nature. A correction of the allocation of income between

a company and its member may be made when the member exercises direct control, indirect vertical control or indirect horizontal control over the company as a result of the ownership of equity interests or the holding of voting rights, or where a specific community of interest exists between the company and the member. Consequently, a special community of interest between a company and its owner has previously been a prerequisite for a correction to be made under the rules of allocation and fixation of income, but that such a special community of interest is not in itself sufficient to overrule the allocation or fixation of income.

The rules of section 2 of the Danish Tax Assessment Act require that the member owns at least 50% of the equity interests or holds at least 50% of the voting rights, in the company, whether in the form of direct control, indirect vertical control or indirect horizontal control. Any other form of specific community of interest is outside the scope of the provision, however. An analysis of section 2 of the Danish Tax Assessment Act – based on the use of simple and logical algebra – reveals that the technical formulation of the provision is uncommonly poor. The fact that some of the control provisions are partially overlapping while others are partially contradictory gives rise to a number of uncertainties in determining whether a member exercises control of a company. In particular, it is proven highly problematic that two different mathematical principles are used in the provision: simple algebra and logical algebra. These mathematical principles are not compatible, and as a consequence it is in a number of instances very difficult to determine a member's control of a company.

Part Three – Allocation of income

The rules of allocation of income are based on the principle that any form of activity may be carried out by either a company or its member with the result that tax on the income is levied on either the company or the member as the rightful recipient of the income in accordance with their agreement.

Although based on section 4 of the Danish State Tax Act and Danish tax legislation in general it is assumed that any income is due to a particular person or entity subject to taxation as the rightful recipient, the legislation does not always stipulate how this rightful recipient is to be determined. Therefore, not surprisingly, a very extensive practice exists in respect of this question. Based on practice, four basic principles may be formulated in respect of income from work etc.:

– First, salaried employee activities may not be performed in a corporate form,

and consequently income from such activity is allocated to and tax on such activity levied on the company.
- Secondly, as a general rule, income can only be allocated to a person or entity subject to taxation as the rightful recipient if the income-generating activity from which the income arises may, from a civil law perspective, be legally performed by the person or entity in question.
- Thirdly, there is no principle of substitution according to which income is to be allocated to, and tax levied on, a particular person subject to taxation when this person cannot, due to his personal professional skills, be substituted by others.
- Finally, income arising from work etc. must, in all instances other than the three mentioned above, be allocated to the rightful recipient based on an overall evaluation of the motives for the agreed income allocation and of any functions that the company and the member may have performed in respect of the income-generating activity.

In the analysis of motive, it is considered important whether the allocation of income agreed between the company and its member is based on business considerations or tax considerations. In the analysis of function, it is in practice considered important which person or entity subject to taxation is responsible for creating the basis for the income-generating activity, how rights and obligations in respect of the income-generating activity are distributed among the company and the member, and who outwardly appears to be performing the income-generating activity. There is relatively limited, but uniform practice in relation to the allocation of property income. In practice, it is assume that property income is as a general rule to be allocated to the person or entity subject to taxation who owns the underlying property. Practice in relation to capital gains is equally limited but uniform. Capital gains are allocated to the owner of the underlying property, even if the necessary functions in relation to the disposal of the property are performed by persons other than the owner.

Accordingly, the conclusion is that, under present Danish law, income may be allocated to – and tax on it levied on – a particular person or entity subject to taxation. The rightful recipient of the income is the person or entity who generated the income through the income-generating activity, regardless of whether another person or entity subject to taxation received the income.

Part Four – Fixation of income

The legislation and practice relating to taxation of fixated income is characterised by a number of different rules and decisions. Nonetheless, it is possible to

draw certain unambiguous conclusions as to whether Danish law authorises taxation of fixated income.

Based on legislation, the rules on taxation of fixated income can be divided into four categories. The first category is the rules on taxation of fixated capital gains on assets relinquished in the form of gifts, advancement or inheritance. The second category is the rules on termination of tax liability in Denmark. The third category is the rules on changed form of taxation. Finally, the fourth category covers various rules on taxation of fixated income where an income-generating activity exists without any resulting generation of income. The analysis of practice was concentrated on this fourth category, i.e. those situations where the member or the company has created an income-generating activity but the person performing the activity has not generated any income.

As far as interest is concerned, two different sets of rules were found to exist: According to one set of rules, tax on a fixated rate of interest is levied on the lender where the interest rate agreed between the parties is an attempt to circumvent tax legislation. Authorisation to levy such taxation is found in the tax provision that the lender and/or the borrower are trying to circumvent, including for example section 4 of the Danish State Tax Act. According to the second set of rules, based on section 2 of the Danish Tax Assessment Act – as well as the legislative history of this provision – tax on a fixated rate of interest is levied on the lender when the agreed interest is not based on usual business terms.

The rules relating to taxation of fixated remuneration are in essence found in two sets of rules, based on a single fundamental rule: Tax on fixated remuneration is levied on a company or a member where the agreed remuneration is not based on usual business terms. This applies whether the agreed remuneration is corrected under the authority of section 2 of the Danish Tax Assessment Act or on the authority of other tax legislation, with the exception of certain special provisions.

In the relationship between a company and its member, there are equally two different sets of rules according to which tax can be levied on fixated rent. One set of rules is authorised by an extended interpretation of section 4 of the Danish State Tax Act and leads to a tax correction of lacking or agreed rent where the lease is not based on arm's length prices and terms. This set of rules also takes into account whether the rent etc. has been fixed at the agreed amount for tax reasons. According to the other set of rules, which is authorised by section 2 of the Danish Tax Assessment Act, tax on fixated rent is levied on the company or its member where the agreed rent is not in accordance with rent payable at arm's length prices and on arm's length terms between independent parties.

Even though there are two sets of rules governing how taxation is levied on income not generated in relation to the sale of goods and services or income not generated in relation to an agreement for payment of commission or royalties,

these do not differ significantly. Under section 4 of the Danish State Tax Act as well as under section 2 of the Danish Tax Assessment Act, it is assessed whether the income-generating activity was performed at arm's length prices and on arm's length terms.

Finally, the levying of taxation on fixated capital gains is authorised by two sets of rules: In an extended interpretation of sections 4-5 of the Danish State Tax Act and in section 2 of the Danish Tax Assessment Act. In both, it is assessed whether assets were surrendered at arm's length prices and on arm's length terms.

From the above, it is concluded that Danish law does authorise taxation being levied on fixated income, but that the requirements governing how such tax is to be levied vary quite considerably. There is no one common, general principle on the levying of tax on fixated income, but various different ones. What these rules have in common is that tax on fixated income is levied on the person or entity liable to taxation when an income-generating activity exists but has not generated income corresponding to what could have been generated on arm's length terms etc.

It is further concluded that three different standards exist for the assessment of whether tax on fixated income is to be levied on the person or entity liable to taxation: According to the first standard, tax on fixated income is to be levied on the person or entity liable to taxation only where the prices and terms set in connection with an income-generating activity are an attempt to circumvent tax legislation. The second standard is based on what constitutes usual business terms. Finally, the third standard is an actual arm's length assessment. Despite the fact that, according to its wording, section 2 of the Danish Tax Assessment Act should apply the third standard, in practice the interpretation is that the second standard may equally be applied.

Conclusion

The conclusion is that a change is needed to the rules on allocation and fixation of income. The rules on the community of interest between a company and its member are in many respects inadequate, the rules on allocation of income lead to simplified results which are not always rational, and the rules on fixation of income are ambiguous and, in a number of cases, insufficient. Therefore, certain proposals are outlined, which may lay the groundwork for changes and specification of the rules on allocation and fixation of income in the relationship between a company and its members.

Among the measures proposed is changing the definition of community of interest, so that only logical algebra is used to assess whether a member has a

special community of interest with a company. In addition, it is proposed that this definition of community of interest be supplemented by a provision covering all forms of community of interest between a company and its member other than those specifically mentioned. It is proposed that the rules on allocation of income be codified, so that a statutory provision clearly states that the income should be allocated to the rightful recipient based on an analysis of functions performed by the persons or entities liable to taxation in relation to the income-generating activity. It is also proposed that the analysis of motive be dropped and the rules arranged so that the total income may be distributed on two or more persons or entities subject to taxation. Further, it is proposed that the rules on fixation of income be modified and clarified in accordance with particularly the UK and US transfer pricing legislation. In connection with this, it is proposed that it be clarified which standards are to be used, and that these standards should be clearly stated in the legislation. Finally, it is proposed that the rules on allocation and fixation of income be combined in a single set of rules due to the interaction that in many cases naturally exists between these sets of rules in determining the rightful recipient of income.

Litteraturfortegnelse

A

Andersen, Eigil Lego: R&R 1989, 7, 14 (Beskatning af rentefri lån)

Andersen, Jørgen Juul & Rasmussen, Laila: SU 2003, 49 (Transfer pricing og skattekontrol)

Andersen, Kim Wind: TfS 2001, 300 (Nye regler om genoptagelse af tidligere års skatteansættelser)

Andersen, Lennart Lynge: Fra stiftelse til fond, 2002

Andersen, Paul Krüger: Aktie- og anpartsselskabsret, 6. udg., 2000

Andersen, Peter S. & Skipper-Pedersen, Rikke: SU 1998, 43 (Månedens land – Storbritannien)

Andersen, Peter S.: R&R 2003, 9, 12 (Transfer pricing – Ny Vejledning om dokumentationspligten fra Told- og Skat)

Askholt, Steen: SR-Skat 1994, 162 (Fikseret rente – afklaring på vej?)

B

Bachmann, Christian: TfS 1997, 750 (Objektive lejeværdistørrelser i relation til statsskattelovens § 4)

Bernsen, Jonathan: SU 2003, 55 (Transfer pricing – praktiske aspekter af databaseundersøgelser)

Bertelsen, Sune Hein: TfS 2002, 267 (Indtægtsførelse af bestyrelseshonorarer i virksomhedsselskab)

Bjørn, Ole: R&R 1975, 277 (Beskatning af fikserede vederlag)

Bjørn, Ole: SpO 1992, 334 (På sporet efter den tabte tid – fikseret rente i selskabsforhold)

Bjørn, Ole: SpO 1999, 54 (Fikseret vederlag – et forsøg på at gøre status)

Bjørn, Ole: SR-Skat 1990, 204 (Udvalgte afgørelser fra Domstolene, Landskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)

Bjørn, Ole: SR-Skat 1990, 59 (Udvalgte afgørelser fra Domstolene, Landsskatteretten, Skattedepartementet og Told- og Skattestyrelsen)

Bjørn, Ole: SR-Skat 1991, 196 (Udvalgte afgørelser fra Domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)

Bjørn, Ole: SR-Skat 1993, 131 (Udvalgte afgørelser fra Domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)

Bjørn, Ole: SR-Skat 1993, 316 (Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og skattestyrelsen)
Bjørn, Ole: SR-Skat 1994, 137 (Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)
Bjørn, Ole: SR-Skat, 1995, 14 (Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)
Bjørn, Ole: SR-Skat 1995, 90 (Udvalgte afgørelser fra Domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)
Bjørn, Ole: SR-Skat 1995, 364 (Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)
Bjørn, Ole: SR-Skat 1996, 6 (Udvalgte afgørelser fra Domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)
Bjørn, Ole: SR-Skat 1997, 331 (Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)
Bjørn, Ole: SR-Skat 1997, 61 (Dramaet med de mange akter – rente- og vederlagsfiksering)
Bjørn, Ole: SR-Skat 1998, 141 (Rentefiksering – Højesteretsdommen i TfS 1998, 199)
Bjørn, Ole: SR-Skat 1998, 208 (Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)
Bjørn, Ole: SR-Skat 2000, 257 (Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)
Bjørn, Ole: SR-Skat 2000, 388 (Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)
Bjørn, Ole: SR-Skat 2001, 311 (Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)
Bjørn, Ole: SR-Skat 2002, 249 (Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)
Bjørn, Ole: SR-Skat 2003, 7 (Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen)
Bolander, Jane: SpO 2002, 295 (Udvalgte kendelser og afgørelser – Meddelelser fra Told- og Skattestyrelsen)
Bostrup, Poul: SpO 1997, 146 (Fikserede renter – Området for beskatning af fikserede renter efter statsskattelovens § 4 i hovedaktionær- og koncernforhold efter de tre frifindende domme)
Bostrup, Poul: SpO 1998, 193 (Højesterets dom i Aage Haugland-sagen om kunstnerisk virksomhed i selskabsform / TfS 1998, 485)
Bundgaard Jakob & Wittendorff, Jens: Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, 2001
Bundgaard, Jakob: R&R 2003, 3, 45 (Sekundære korrektioner)
Bundgaard, Jakob: Skatterettens koncernbegreb i Festskrift til Ole Bjørn, 2004

Bundgaard, Jakob: SR-Skat 2003, 43 (Vilkårskorrektion og omgørelse)
Bundgaard, Jakob: TfS 2000, 736 (Transfer pricing-systematik – Bemærkninger foranlediget af TfS 2000, 253)
Bundgaard, Jakob: TfS 2003, 299 (Den skatteretlige behandling af transaktioner foretaget i skattebesparelsesøjemed – del I)
Bundgaard, Jakob: TfS 2003, 316 (Den skatteretlige behandling af transaktioner foretaget i skattebesparelsesøjemed – del II)
Bygholm, John: SpO 1994, 57 (Tripelbeskatning – i ny udgave)

C

Christensen, Erna, Hansen, Erik M. og Dalgaard, Alex: Selskabsbeskatning, 22. udg., 2002
Christensen, Jan Schans: Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret, 2003
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 1998, 13 (Ugens kommentar – Rentefiksering)
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 1998, 27 (Ugens kommentar – Kunstnervirksomhed drevet i selskabsform)
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 2000, 2 (Ugens kommentar – Dispositioner mellem interesseforbundne parter)
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 2000, 12 (Ugens kommentar – Ligningslovens § 2)
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 2000, 48 (Ugens kommentar – Fikseret leje mellem ægtefæller)
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 2001, 24 (Ugens kommentar – Fikserede renter – omgørelse – TSSCIR 2001-15 af 14.05.2001)
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 2001, 44 (Ugens kommentar – Rette indkomstmodtager – ligningslovens § 2 stk. 4 – TfS 2001, 770 LSR)
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 2002, 13 (Ugens kommentar – Koncernforhold)
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 2002, 26 (Ugens kommentar – Fikseret rente af mellemregningskonto mellem hovedanpartshaver og selskab – ligningslovens § 2 – TfS 2002, 494 LSR)
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 2002, 28 (Ugens kommentar – Omgørelse – Rentefiksering – manglende retsevne – ændring af privatretlig disposition – tiltrædelse af berørte parter)
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 2002, 46 (Ugens kommentar – Fikseret leje i familieforhold)
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 2003, 14 (Ugens kommentar – Ligningslovens § 2)
Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 2003, 25 (Ugens kommentar – Ligningslovens § 2)

Christiansen, advokatfirmaet Tommy V.: JUS 2003, 46 (Ugens kommentar – Værdiansættelse – fast ejendom – likvidationsudlodning)

D

Dam, Henrik, Hemmingsen, Kjeld og Taksøe-Jensen, Finn: Skatteret – Almen del, 2004

Dam, Henrik, Hemmingsen, Kjeld og Taksøe-Jensen, Finn: Skatteret – Speciel del, 2004

Damgaard, Jens Otto & Rasmussen, Michael Winther: R&R 2003, 5, 6 (Oplysninger om nærtstående parter i årsrapporten)

Delredegørelsen af 19/10 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg (TfS 1996, 37)

Demski, Joel S.: R&R 1995, 6, 40 (The Changing Landscape of Academic Accounting)

E

Engelsted, Claus: SR-Skat 1994, 465 (Transfer pricing i USA – øget dansk aktualitet)

Eriksen, Hans Henrik Bonde & Hansen, Kurt: Betalingskorrektion, omgørelse og skatteforbehold, 2003

Andersen, John Peter, Bolander, Jane, Eriksen, Malene Sloth & Pedersen, Jan: Skattesystemet – en elementær fremstilling, 1997

F

Falk, Ria & Sørensen, Michael: R&R 1997, 6, 9 (Fornyet fokus på transfer pricing)

Falk, Ria & Sørensen, Michael: R&R 1998, 4, 7 (Ny dansk transfer pricing lovgivning – Praktisk udarbejdelse af dokumentation)

Falkenberg, Mikkel & Pedersen, Anders Endicott: TfS 2001, 888 (Vilkårskorrektioner efter ligningslovens § 2 – Skattemæssige korrektion af aftaler mellem interesseforbundne parter)

Fleischer-Michaelsen, Ulrik: SU 1996, 348 (Skattepligt og dobbeltbeskatning – Nye OECD-retningslinier om immaterielle rettigheder)

Flesicher-Michaelsen, Ulrik & Nygaard, Jan: SU 1996, 1 (Nye transfer pricing Guidelines fra OECD – Kan en skærpelse af dansk praksis forventes?)

Foighel, Isi: R&R 1990, 5, 60 (Skatteudnyttelse – Betydningsfuld disputats på skatteområdet)

G

Gam, Henrik, Hansen, Jens Holger Helbo & Kriegbaum, Knud Erik: International beskatning – en introduktion, 2000

Gjems-Onstad, Ole: Norsk bedriftsskatterett
Gomard, Bernhard: Aktieselskaber & anpartsselskaber, 4. udg., 2000
Goos, Carl: Forelæsninger over den almindelige Retslære, 2. del, 1900
Graff, Troels: R&R 2000, 10, 18 (Den skattemæssige behandling af internetbaserede virksomheder)

H

Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: Generationsskifte, 2002
Hansen, Jan & Buxbom, Dan: SU 1999, 298 (Transfer pricing – nye OECD-guidelines for APAs)
Hansen, Anders Oreby, Børjesson, Jan & Peytz, Henrik: Kursgevinstloven med kommentarer, 1998
Hansen, Niels: R&R 1996, 12, SM 429 (Skattemæssige meddelelser – Kommentarer til udvalgte afgørelser)
Hansen, Oyvind & Nilsson, Inge: TfS 2003, 326 (Realitetsgrundsætningen – Kommentar til TfS 2002, 720)
Hansen, Søren Friis & Krenchel, Jens Valdemar: Lærebog i selskabsret I, 1999
Hansen, Søren Friis & Krenchel, Jens Valdemar: Lærebog i selskabsret II, 2000
Hansen, Søren Friis & Krenchel, Jens Valdemar: Dansk selskabsret 3, 2004
Heegaard, Flemming: SU 1993, 359 (Skattepligt og dobbeltbeskatning – Transfer pricing – virksomheders afregning af koncernmæssige ydelser)
Hendriksen, Flemming Kelder: TfS 1998, 19 (Retssikkerhedsovervejelser – Principper og praksis)
Hinze, Jan: SpO 1975, 186 (Beskatning af fikseret rente)
Hjermind, Lene & Svensson, Kristine R.: R&R 1998, 9, 6 (Pinsepakken 1998)
Holm, Svend Erik: R&R 1993, 8, SM 211(Skattemæssige meddelelser – Kommentarer til udvalgte afgørelser)
Holm, Svend Erik: R&R 1996, 3, SM 79 (Kommentarer til udvalgte afgørelser)
Holm, Svend Erik: R&R 1996, 7, SM 235 (Kommentarer til udvalgte afgørelser)
Holm, Svend Erik: R&R 1996, 11, SM 397 (Kommentarer til udvalgte afgørelser)
Holm, Svend Erik: R&R 2001, 12, SM 372 (Kommentarer til udvalgte afgørelser – Lovhjemmel – lejefiksering)
Holm, Svend Erik: R&R 2002, 4, SM 105 (Kommentarer til udvalgte afgørelser – Goodwill – Parcelhusreglen – Bestyrelseshonorarer)
Homilius, Christian: SpO 2000, 333 (Rette indkomstmodtager, ligningslovens § 2, realitetsgrundsætning, lighed etc.)
Homilius, Christian: TfS 1999, 810 (Betalingskorrektion, skatteforbehold og omgørelse)

J

Jacobsen, Jens Olav Engholm, Pedersen, Jan, Siggaard, Kurt & Winther-Sørensen, Niels: Skatteretten 1, 3. udg., 1999

Jacobsen, Jens Olav Engholm, Pedersen, Jan, Siggaard, Kurt & Winther-Sørensen, Niels: Skatteretten 2, 3. udg., 2000

Jacobsen, Jens Olav Engholm, Pedersen, Jan, Siggaard, Kurt & Winther-Sørensen, Niels: Skatteretten 1, 3. udg., 2000

Jacobsen, J.O. Engholm: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997

Jacobsen, J.O. Engholm: TfS 1989, 528 (Rentefrie og lavt forrentede lån)

Jakobsen, N. Mou: R&R 1998, 4, SM 121 (Kommentarer til udvalgte afgørelser)

Jakobsen, N. Mou: R&R 2001, 11, SM 336 (Kommentarer til udvalgte afgørelser – Betalingskorrektion i hovedaktionærforhold)

Jensen, Sv. Allan & Christensen, Erna: SU 1992, 73 (Nyt fra udlandet – Transfer pricing – praksis og erfaringer)

Jensen, Søren Næsborg: SU 1995, 90 (Nyt fra EU – EU's voldgiftskonvention)

Josephsen, Niels: SU 1999, 190 (CFC – et udvalg af praktiske problemstillinger)

K

Karlsen, Michael: TfS 2000, 665 (Transfer pricing-korrektioner – Kommentar til TfS 2000, 420)

Kertelzen, Henrik: TfS 1987, 400 (Lov om beskatning af urealiseret aktiekursavance ved fraflytning – en kommentar)

Kjær, Ole: TfS 1987, 113 (Oliedommene – rækkevidden af selskabsskattelovens § 12)

Klingsteen, Mette & Peytz, Henrik: Ligningsloven med kommentarer, 2000

Knudsen, Flemming Heden: R&R 1990, 6, SM 99 (Skattemæssige meddelelser – Kommentarer til udvalgte afgørelser – Koncernbidrag)

Kruse, Frederik Vinding: Ejendomsretten, 1. bind, 3. udg., 1951

L

Lauesen, Niels: SpO 1996, 291 (Konvertering af uhjemlet skat til provenu)

Lowell, Cym H., Burge, Marianne & Briger, Peter L.: 1999 WL 257440 (W.G.&.L.)

M

Madsen, Liselotte Hedetoft: Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003

Michelsen, Aage: International skatteret, 3. udg., 2003

Michelsen, Aage, Askholt, Steen, Bolander, Jane & Engsig, John: Lærebog om indkomstskat, 10. udg., 2003

Michelsen, Aage: R&R 1991, 7, SM 143 (Skattemæssige meddelelser – Kom-

mentarer til udvalgte afgørelser – Den skatteretlige betydning af sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital)
Michelsen, Aage: R&R 1995, 2, SM 33 (Kommentarer til udvalgte afgørelser – Skattemyndighedernes korrektionsmuligheder over for rentefrie lån)
Michelsen, Aage: R&R 1996, 7, 15 (Voldgiftskonventionen og interne afregningspriser)
Michelsen, Aage: R&R 1997, 2, SM 47 (Kommentarer til udvalgte afgørelser)
Michelsen, Aage: R&R 1998, 2, SM 41 (Kommentarer til udvalgte afgørelser)
Michelsen, Aage: R&R 1999, 10, SM 276 (Kommentarer til udvalgte afgørelser)
Michelsen, Aage: R&R 2001, 9, SM 264 (Kommentarer til udvalgte afgørelser – Korrektion af samhandelsvilkår mellem selskaber – aktionærbeskatning)
Michelsen, Aage: R&R 2003, 1, SM 2 (Kommentarer til udvalgte afgørelser – Fiksering af leje i familieforhold og fortsat uklarhed om hjemmelen til beskatning af fikserede indtægter)
Michelsen, Aage: SpO 1984, 96 (Er der behov for en generel omgåelsesklausul i skatteretten?)
Michelsen, Aage: TfS 2003, 777 (Højesterets betydning for skatteretten i de seneste 10 år)

N

Nielsen, Michael Kirkegaard & Ludvigsen, Sara Stentz: SU 2003, 384 (EU-skatteret i Danmark)
Nielsen, Michael Kirkegaard: TfS 1989, 119 (Rentefrie lån og fondsbeskatning)
Nielsen, Michael Kirkegaard: TfS 1992, 266 (Strider centrale dele af den danske selskabsskatteret mod EF-regler?)
Nielsen, Robert Koch: UfR 1971B.103 (Omgåelse og pro forma. Begrebernes betydning og afgrænsning i skatteretten)
Nielsen, Thøger: Den evige udfordring, Dansk Skattevidenskabelig forening, 1965-1990
Nielsen, Thøger: Indkomstbeskatning II, 1972
Nielsen, Thøger: TfR 1963, 383 (Beregningsgrundlag og ligningsgrundlag)
Nielsen, Thøger: UfR 1972B.201 (Beskatning af indtægtsmuligheder)

O

Olsen, Aksel H: TfS 2000, 420 (Transfer pricing-korrektioner – ny praksis)
Oreby Hansen, Anders: SU 1996, 347 (Skattepligt og dobbeltbeskatning – Nye OECD-retningslinier om den skattemæssige behandling af koncerninterne tjenesteydelser)
Oreby Hansen, Anders: SU 1999, 6 (Tynd kapitalisering – herunder reglernes betydning for filialer)

Overgaard, Erik: SU 1993, 195 (Skattepligt og dobbeltbeskatning – Rudingrapporten – set ud fra en dansk synsvinkel)
Overgaard, Erik: TfS 1998, 207 (Hjemmel eller mangel heraf til rentefiksering – Kommentar til Højesterets dom TfS 1998, 199)

P

Palsgaard, Carsten: SpO 2000, 339 (Fiksering af indkomst i danske skatteret)
Pedersen, B. Munch: TfS 1989, 651 (Betingelsesløs credit vedrørende non-treaty lande?)
Pedersen, Jan: Personlig virksomhed i selskabsform i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 2003
Pedersen, Jan: R&R 1995, 5, SM 139 (Kommentarer til udvalgte afgørelser)
Pedersen, Jan: R&R 1996, 1, SM 3 (Kommentarer til udvalgte afgørelser)
Pedersen, Jan: R&R 1996, 10, SM 327 (Kommentarer til udvalgte afgørelser – Skatteretligt interessefællesskab)
Pedersen, Jan: R&R 1998, 9, SM 305 (Kommentarer til udvalgte afgørelser)
Pedersen, Jan: R&R 2000, 10, SM 284 (Kommentarer til udvalgte afgørelser – Koncerninterne overdragelser – transfer pricing korrektion eller tilskudsbeskatning)
Pedersen, Jan: R&R 2000, 2, SM 32 (Kommentarer til udvalgte afgørelser – Transfer pricing og dispositionskorrektion)
Pedersen, Jan: R&R 2003, 1, 6 (Transfer pricing – Status og perspektiver)
Pedersen, Jan: R&R 2003, 2, SM 26 (Kommentarer til udvalgte afgørelser – Fradrag for »tab« ved udstedelse af medarbejderaktier – Fikserede driftsomkostninger – Coloplast-dommen)
Pedersen, Jan: Skatteudnyttelse, 1991
Pedersen, Jan: SU 1993, 278 (Skattepligt og dobbeltbeskatning – Transfer Pricing – den internationale udvikling især i USA)
Pedersen, Jan: SU 2002, 368 (Transfer pricing – En komparativ vurdering af dansk lovgivning og administration)
Pedersen, Jan: TfS 1995, 81 (Rentefrie lån – endnu engang)
Pedersen, Jan: TfS 2000, 142 (Realitetsgrundsætningen i ti år)
Pedersen, Jan: TfS 2001, 284 (Den – såkaldte – lære om rette indkomstmodtager)
Pedersen, Jan: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998
Pedersen, Jan: UfR 2000B.510 (Beskatning af international erhvervsindkomst)
Pedersen, Susanne & Okholm, Klaus: SU 1999, 94 (Lån og garantistillelser mellem koncernforbundne selskaber)
Personskatteudvalgets rapport fra 1992 (Rapport fra Udvalget om Personbeskatning II)

Petersen, Kirsten Høpner: SR-Skat 1989, 328 (Selskabsindkomst eller personindkomst)
Petri, Jens: TfS 1996, 851 (Tilgodehavende opstået ved apportindskud fra hovedanpartshaver ved stiftelse af det af hovedanpartshaveren ejede selskab – Fikseret rente, hjemmelsgrundlag)
Poulsen, Henrik: TfS 1999, 909 (Er der hjemmel til fiksering af leje i familieforhold m.v.)
Poulsen, Henrik: TfS 2001, 991 (Huslejefiksering – endnu engang)
Poulsen, Jesper Skovhus: SU 2001, 306 (Transfer pricing – hvor er vi?)
Poulsen, Preben Underbjerg & Rasmussen, Søren: Aktieavancebeskatning, 1995

R

Rabe, Gunnar & Bojs, Johan: Det svenska skattesystemet, 17. udg., 2004
Ramskov, Bent: R&R 2003, 1, 16 (Transfer pricing – Anvendelsesområdet for LL § 2)
Ramskov, Bent: SR-Skat 2003, 220 (Fikseret vederlag – hjemmelsmæssig afklaring)
Ramskov, Bent: SR-Skat 2003, 364 (Lejefiksering ved overdragelse af bolig berigtiget med livsvarig bopælsret)
Ramskov, Bent: TfS 1998, 319 (Rentefiksering hos långiver – manglende lovhjemmel – en kommentar til UfR 1996, s. 1328 H og TfS 1998, 199)
Ramskov, Bent: TfS 2000, 834 (Fikseret vederlag – fortsat hjemmelsmæssige problemer – Gennemgang af nyeste praksis inden for fikseret vederlag – jfr. TfS 2000, 511 og TfS 2000, 524)
Rasmussen, Lisbeth: SpO 2000, 182 (Transfer Pricing – oplysningspligten)
Rasmussen, Søren: SR-Skat 1998, 252 (Armslængde og tynd kapitalisering)
Redaktionel artikel i SpO 1973, 229 (Landsskatteretten om afkald på direktørgage)
Redaktionel artikel i SpO 1989, 14 (Rentefri lån mellem samhørende)
Redaktionel artikel i SpO 1996, 56 (Fikserede renter i hovedaktionærforhold)
Redaktionel artikel i SpO 1997, 111 (Overdragelse af unoterede aktier)
Redaktionel artikel i SpO 2001, 301 (Besynderlige tal for transfer pricing)

S

Serup, Michael: R&R 1990, 7, 29 (Skattemyndighedernes korrektionsadgang)
Skat, juli 2000
Skouby, Gitte, Hjorth, Jytte & Nellemann, Peter: Kursgevinstloven med kommentarer, 2000
Skouby, Gitte: R&R 1991, 6, 52 (Selskabsindkomst eller personlig indkomst – Skal virksomhedens kommende medarbejder være funktionær eller et konsulentselskab?)

Skouby, Gitte: R&R 1998, 10, 30 (Kan man sætte sig selv på aktier?)
Skouby, Gitte: TfS 1998, 549 (Kunstner – Selskabsform – Kommentarer til TfS 1998, 485 – Aage Haugland)
Solgaard, Jesper: SU 2003, 50 (Supply Chain Management og Transfer Pricing)
Spang-Hanssen, Aage: TfS 1989, 604 (Fast driftssted og forældelse)
Spleth, P.: UfR 1966B.133 (Kommentarer til danske højesteretsdomme afsagt i tiden august-november 1965)
Stokholm, Jeppe Rune: SpO 2004, 157 (Beskatning ved fraflytning i strid med EU-retten)
Strobel, I.A.: R&R 1990, 8, SM 145 (Koncernbidrag – En kommentar til kommentarartikel i Revision & Regnskabsvæsen nr. 6 – 1990)
Strobel, I.A.: SPO 1992, 146 (Hvornår identificeres selskab og aktionærer?)
Strobel, I.A.: SR-Skat 1991, 377 (Forholdet mellem skatteret og privatret – Med nogle afsluttende bemærkninger om forholdet mellem skatteret og skatteret)
Strobel, I.A.: TfS 1988, 314 (Afgørelsen på sytten års strid om SEL § 12)
Strobel, I.A.: TfS 1990, 212 (En principiel dom om koncerntilskud og om forventningsprincippet)
Strobel, I.A.: TfS 1992, 432 (Er skønsmæssige forhøjelser for årene til og med 1989 gyldige, når de er foretaget efter 3-års-fristen?)
Svanholm, Michael & Hansen, Anders Oreby: TfS 1995, 869 (Renteberegning af lån i koncernforhold)
Svanholm, Michael & Hansen, Anders Oreby: TfS 1996, 661 (Mere om renteberegning af lån i koncernforhold og rentefrie lån fra hovedaktionærer til selskaber)
Svanholm, Michael: TfS 1998, 249 (Rentefrie lån fra hovedaktionær til selskaber og i koncernforhold – Kommentar til TfS 1996, 642 /TfS 1998, 238 /TfS 1998, 199)
Svolgaard, Jens Chr. G.: SR-Skat 1998, 102 (Transfer pricing – Dokumentations- og oplysningspligt)
Sørensen, Michael & Falk, Ria: TfS 1993, 254 (Clintonomics – Nyt fra USA)
Sørensen, Michael: R&R 1998, 9, 30 (Nye regler om international selskabsbeskatning)
Sørensen, Michael: SpO 1995, 270 (Nye Transfer Pricing Guidelines fra OECD)
Sørensen, Michael: SpO 2001, 114 (Praktiske erfaringer med transfer pricing dokumentation)
Sørensen, Michael: SR-Skat 2003, 276 (Om forrentning af koncerninterne mellemværender)

T

Torp, Carl: Dansk Tingsret ved L. A. Grundtvig, 2. udg., 1916

Trolle, Eskil: TfS 1995, 228 (Fondslån – ændring og afklaring af rentekorrektionen)
Tvarnø, Christina D.: Skattemæssigt underskud i selskaber i EU – En komparativ retsøkonomisk analyse

V

Villadsen, Lars & Andersen, Kim Wind: TfS 2000, 713 (Koncernbegrebet samme aktionærkreds – begrebsforvirring)
Vinther, Nikolaj & Bønsing, Sten: TfS 2002, 955 (Om korrekt hjemmelsgrundlag og vejledning – en kommentar til TfS 2002, 824 LSR)

W

Weizman, Leif: SpO 1992, 194 (Transfer pricing: Dystre udsigter for multinationale selskaber)
Weizman, Leif: SU 1993, 295 (Nyt fra udlandet – USA's skattereform af 1993)
Willmann, Bertil: Prissättning inom multinationella koncerner – Amerikanske skatteregler i svensk belysning, 1987
Willumsen, Anders: TfS 1987, 380 (Lov om aktieavancebeskatning ved fraflytning m.v.)
Winther-Sørensen, Niels: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000
Winther-Sørensen, Niels: SU 2002, 248 (E-handel og indkomstskat)
Winther-Sørensen, Niels: SU 2003, 250 (Selskabs- og aktionærbeskatning)
Winther-Sørensen, Niels & Wittendorff, Jens: SR-Skat 1997, 298 (International skatteret)
Wittendorff, Jens & Campos, Guillermo: SU 1995, 129 (Nyt fra udlandet – amerikanske transfer pricing-regler)
Wittendorff, Jens & Campos, Guillermo: SpO 1993, 163 (Præsident Clinton's skatteforslag – Virkningerne for danske virksomheders investeringer i USA)
Wittendorff, Jens: SR-Skat 1999, 75 (International skatteret)
Wittendorff, Jens: SR-Skat 2003, 57 (Transfer pricing – vejledning om dokumentationspligt)
Wittendorff, Jens: SU 2003, 53 (Skatteplanlægning og transfer pricing)
Wittendorff, Jens: TfS 2002, 1047 (Transfer pricing og aktieløn – En kommentar til L 67)

Z

Zeimer, Ove Lykke: TfS 1994, 345 (Debat og ny litteratur – Strafbeskatning ved fiksering af renter i koncerner)
Zimmer, Frederik: Lærebok i skatterett, 4. udg., 2001

Ø

Ørsted, Anders Sandøe: Haandbog over den Danske og Norske Lovkyndighed, 3. bind, 1828

Østergaard, Hanne: TfS 1999, 740 (Omgørelse – To lovhjemler – ligningslovens § 2 og skattestyrelseslovens § 37 C)

Å

Aagesen, Ole, Bech, Chr., Gam, Henrik og Jeppesen, Leif Normann: Skatteret, 30. udg., 2003

Domsregister

C-120/78, Cassis de Dijon *45*
C-250/95, Futura Participants og Singer *45*
C-118/96, Jessica Safir *45*
C-264/96, ICI *45*
C-336/96, Gilly *46*
C-212/97, Centros *45*
C-254/97, Baxter *45*
C-307/97, Saint Gobain *46*
C-397/98 *45*
C-410/98, Metallgesellschaft & Hoechst *45*
C-324/00, Lankhorst-Hohorst *45*
C-436/00 *45*
C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant *45, 46*

LSRM 1941, 92 *170, 573*
LSRM 1946, 175 *507*
LSRM 1952, 6 *568*
LSRM 1953, 8 *568*
LSRM 1958, 191 *168*
LSRM 1961, 17 *167*
LSRM 1962, 97 *165, 428*
LSRM 1967, 7 *167, 348*
LSRM 1968, 22 *176*
LSRM 1969, 39 *368*
LSRM 1969, 90 *585*
LSRM 1970, 95 *585*
LSRM 1971, 71 *168*
LSRM 1972, 6 *507*
LSRM 1972, 10 *170, 566*
LSRM 1972, 71 *168*
LSRM 1973, 157 *176*
LSRM 1974, 29 *167*
LSRM 1974, 161 *170, 489, 504*
LSRM 1975, 35 *22, 170, 550, 553*
LSRM 1975, 36 *22, 170, 550, 553*
LSRM 1975, 39 *22, 170, 550, 553*
LSRM 1975, 45 *368*
LSRM 1976, 3 *585*
LSRM 1976, 28 *170*
LSRM 1978, 61 *161, 367, 369, 407*
LSRM 1978, 62 *168, 367, 369, 370, 407*
LSRM 1978, 63 *161, 368, 375, 376, 377, 408*
LSRM 1978, 64 *368, 375, 408*
LSRM 1979, 118 *585*
LSRM 1979, 191 *638, 707*
LSRM 1980, 62 *161, 368, 375, 377, 408*
LSRM 1980, 63 *161, 368, 376, 408*
LSRM 1980, 98 *176*
LSRM 1980, 183 *168*
LSRM 1981, 14 *641, 713*
LSRM 1981, 132 *585*
LSRM 1982, 161 *161, 367, 369, 370, 407, 411*
LSRM 1982, 162 *161, 367, 369, 370, 371, 407*
LSRM 1983, 5 *638, 708*
LSRM 1983, 90 *640*
LSRM 1983, 121 *698*
LSRM 1984, 133 *429*
LSRM 1985, 6 *547*
LSRM 1985, 13 *566*
LSRM 1986, 44 *384*

R&R 1968, SM 52 *711*
R&R 1968, SM 89 *22, 169, 550, 551*
R&R 1971, SM 5 *22, 169, 507, 537*
R&R 1976, SM 14 *579*
R&R 1977, SM 213 *168*
R&R 1981, SM 147 *385, 420, 421, 423*

SKDM 1974, 55 *168*
SKDM 1980.345 V *176*

SKM 2004.30 V *582, 584*
SKM 2004.125 LSR *555*

SpO 1969, 42 *168*
SpO 1974, 204 V *173, 508, 509, 518, 519, 522, 525, 537, 538, 540*
SpO 1974, 204 *540*
SpO 1975, 175 *420, 423*
SpO 1975, 176 *377*
SpO 1976, 84 *167*
SpO 1976, 123 LSR *391*
SpO 1981, 343 SD *368, 387, 388*
SpO 1981, 343 *409, 779*
SpO 1983, 124 *289*

TfS 1984, 13 LSR *172, 546, 547, 549, 792*
TfS 1984, 46 SD *240*
TfS 1984, 51 V *176*
TfS 1984, 53 H *516*
TfS 1984, 61 LSR *89*
TfS 1984, 176 LSR *579*
TfS 1984, 204 *642*
TfS 1984, 209 *642*
TfS 1984, 261 LSR *582*
TfS 1984, 272 H *172, 555, 557, 563, 564, 565, 566, 736*
TfS 1984, 275 LSR *161, 428, 429*
TfS 1984, 426 Ø *176*
TfS 1984, 499 H *368*
TfS 1985, 5 Ø *585*
TfS 1985, 101 LSR *566*
TfS 1985, 142 LSR *567*
TfS 1985, 228 LSR *475*
TfS 1985, 269 SD *478*
TfS 1985, 439 Ø *92, 172, 488, 489, 490, 493, 495, 498, 499, 504, 505, 516, 700*
TfS 1985, 477 LSR *480*
TfS 1985, 563 LSR *480*
TfS 1985, 572 LSR *161, 368, 384*
TfS 1986, 46 SD *239*
TfS 1986, 125 H *585*
TfS 1986, 135 LSR *480*
TfS 1986, 146 LSR *96, 172, 573*
TfS 1986, 156 LSR *172, 486, 487, 488, 504, 730*
TfS 1986, 222 LSR *478*
TfS 1986, 301 LSR *479*
TfS 1986, 303 LSR *161, 368, 384*
TfS 1986, 402 V *169, 505, 579*
TfS 1986, 410 LSR *176*
TfS 1986, 421 LSR *472*
TfS 1986, 441 LSR *172, 493, 494, 495, 499, 504, 505, 700*
TfS 1986, 473 LR *169, 490, 493, 495, 496, 499, 504, 505*
TfS 1986, 473 LSR *505, 700*
TfS 1986, 475 LR *169, 497, 500, 505, 782*
TfS 1986, 475 LSR *505*
TfS 1986, 503 DEP *368, 384*
TfS 1987, 34 H *368*
TfS 1987, 60 Ø *641, 702, 709, 712, 787*

TfS 1987, 61 Ø *709*
TfS 1987, 177 LSR *709*
TfS 1987, 395 LSR *585*
TfS 1987, 434 V *582*
TfS 1987, 457 Ø *162, 368, 388, 391, 403, 404, 410, 550, 553, 555, 776*
TfS 1987, 574 LSR *550*
TfS 1988, 67 LSR *480*
TfS 1988, 234 DEP *384*
TfS 1988, 288 V *480*
TfS 1988, 292 H *638, 702, 709, 787*
TfS 1988, 363 LSR *480*
TfS 1988, 421 LSR *479*
TfS 1988, 468 LSR *479*
TfS 1988, 524 LSR *639, 714*
TfS 1988, 553 LR *169, 500, 505*
TfS 1988, 555 LR *176*
TfS 1989, 20 LSR *161, 368, 386*
TfS 1989, 68 H *161, 420, 422, 429*
TfS 1989, 170 H *37*
TfS 1989, 173 V *480*
TfS 1989, 428 V *480*
TfS 1989, 459 SD *368, 376, 408*
TfS 1989, 588 H *167*
TfS 1989, 605 H *162, 163, 412, 417, 419, 776*
TfS 1990, 83 LSR *169, 505, 509, 510, 512, 513, 516, 520, 526, 527, 537, 538, 539, 541, 782*
TfS 1990, 214 H *99, 527, 571, 572*
TfS 1990, 240 LSR *730*
TfS 1990, 276 LSR *172, 546, 547, 549*
TfS 1990, 293 H *168, 728*
TfS 1990, 298 LSR *579*
TfS 1990, 319 LSR *169, 497, 498, 500, 505, 782*
TfS 1990, 367 Ø *175, 582, 584*
TfS 1990, 405 LSR *161, 368, 386*
TfS 1990, 505 LSR *176*
TfS 1991, 101 Ø *161*
TfS 1991, 135 SKM *94*
TfS 1991, 137 V *368*
TfS 1991, 179 LSR *176*
TfS 1991, 240 LSR *169, 499, 505, 539*
TfS 1991, 477 TSS *161*
TfS 1991, 477 TS *368, 377, 408*
TfS 1991, 538 Ø *176*
TfS 1992, 99 SKM *193*
TfS 1992, 103 LR *700*
TfS 1992, 106 LR *172, 508, 513, 515, 519, 537, 538, 539, 700*
TfS 1992, 106 LSR *509*
TfS 1992, 107 LR *169, 505, 512, 513, 516, 519, 537, 538, 539, 540, 541, 782*
TfS 1992, 107 LSR *509*
TfS 1992, 200 LR *241*
TfS 1992, 261 LSR *505*
TfS 1992, 278 LSR *489, 493, 499, 504, 505*
TfS 1992, 296 TS *239, 240*
TfS 1992, 395 H *579*
TfS 1992, 440 LSR *161, 368, 391, 397, 410*
TfS 1992, 514 V *176*
TfS 1992, 550 LSR *164, 368, 387, 388, 409, 420, 421, 423, 779*
TfS 1992, 563 Ø *201*
TfS 1993, 81 *176*
TfS 1993, 103 LR *505, 508, 509, 513, 515, 526, 527, 537, 538, 539, 540, 541*
TfS 1993, 236 Ø *92, 174, 493, 496, 499, 504, 505, 700, 782*

TfS 1993, 249 LSR *170, 509, 511, 514, 516, 537, 538, 539*
TfS 1993, 261 LSR *170, 172, 499, 505, 509, 521, 537, 538, 726*
TfS 1993, 264 LR *239, 240*
TfS 1993, 274 LSR *566, 567*
TfS 1993, 291 LSR *412, 449*
TfS 1993, 321 LSR *96, 160, 417, 419, 425, 779*
TfS 1993, 324 LR *239, 240*
TfS 1993, 362 V *420*
TfS 1994, 83 LSR *565*
TfS 1994, 131 V *166, 412, 418, 419*
TfS 1994, 136 LSR *170, 509, 519, 520, 525, 537, 538, 539*
TfS 1994, 162 LSR *490*
TfS 1994, 190 LR *348*
TfS 1994, 191 LR *175, 508, 509, 511, 514, 516, 517, 537, 538 , 539*
TfS 1994, 207 H *168*
TfS 1994, 318 Ø *507, 522*
TfS 1994, 410 LSR *169 , 508, 509, 510, 511, 512, 514, 516, 526, 527, 537, 538, 539, 541, 782*
TfS 1994, 478 LR *582*
TfS 1994, 710 Ø *161, 368, 391, 399, 410*
TfS 1994, 810 Ø *399*
TfS 1994, 813 Ø *531*
TfS 1994, 834 LR *239*
TfS 1994, 880 Ø *46, 498*
TfS 1994, 882 LSR *582*
TfS 1994, 884 LSR *170, 508, 509, 518, 519, 520, 525, 537, 539, 540*
TfS 1995, 114 Ø *167*
TfS 1995, 180 Ø *175, 522, 539*
TfS 1995, 210 V *502*
TfS 1995, 226 LSR *168*
TfS 1995, 270 Ø *163, 368, 391, 399, 400, 410*
TfS 1995, 273 LSR *176, 792*
TfS 1995, 368 LSR *268*
TfS 1995, 528 LSR *169, 493, 495, 496, 499, 504, 505, 700*
TfS 1995, 685 LR *169, 507, 508, 509, 513, 514, 516, 517, 526, 527, 538, 539, 541*
TfS 1995, 685 LSR *508, 537*
TfS 1995, 800 V *529*
TfS 1996, 37 *46*
TfS 1996, 69 LSR *173, 491*
TfS 1996, 145 LSR *176, 501, 792*
TfS 1996, 256 LSR *698*
TfS 1996, 282 Ø *170, 492, 504*
TfS 1996, 337 TS *162, 368, 378, 379, 381*
TfS 1996, 462 H *725*
TfS 1996, 496 H *143*
TfS 1996, 497 H *143*
TfS 1996, 512 LSR *582*
TfS 1996, 604 Ø *367, 369, 374*
TfS 1996, 642 H *170, 503, 522, 523, 525, 526, 527, 528, 531, 533, 536, 537, 540, 542, 543, 548, 698, 700, 705, 725, 726, 730, 782*
TfS 1996, 730 EU *46*
TfS 1996, 750 LSR *170, 508, 509, 519, 520, 522, 537, 538, 539, 550, 553, 554, 555, 733*

TfS 1996, 921 LSR *166, 168, 347, 354*
TfS 1997, 69 V *163, 368, 391, 397, 410, 779*
TfS 1997, 102 Ø *170, 490, 502, 504, 505*
TfS 1997, 125 LSR *164, 428, 429*
TfS 1997, 184 LR *364*
TfS 1997, 184 LSR *160, 347, 355, 357, 365, 779*
TfS 1997, 225 Ø *147*
TfS 1997, 305 Ø *166, 347, 348, 351, 352, 364, 365*
TfS 1997, 329 V *170, 523, 527, 530, 533, 537, 540, 542, 543, 548, 698*
TfS 1997, 392 H *96, 174, 573, 575, 577*
TfS 1997, 473 H *371*
TfS 1997, 506 H *506, 549*
TfS 1997, 517 LSR *162, 368, 376, 408*
TfS 1997, 599 TS *472*
TfS 1997, 613 V *176*
TfS 1997, 644 LSR *176*
TfS 1997, 653 LR *239*
TfS 1997, 653 LSR *240*
TfS 1997, 665 V *99, 173, 523, 526, 527, 528, 530, 533, 536, 540, 542, 543, 572, 698*
TfS 1997, 752 H *170, 523, 529, 540*
TfS 1997, 862 LSR *170, 573, 577*
TfS 1997, 862 *96*
TfS 1997, 921 LSR *426, 427, 430*
TfS 1998, 70 H *373*
TfS 1998, 114 H *167, 368, 391, 392, 394, 397, 404, 410, 452*
TfS 1998, 199 H *22, 79, 94, 171, 485, 531, 534, 535, 536, 541, 542, 543, 544, 547, 548, 549, 559, 564, 590, 696, 697, 698, 699, 700, 705, 724, 725, 726, 727, 728, 730, 734, 738, 742, 745, 761, 774*
TfS 1998, 238 H *170, 486, 502, 503, 543, 547, 564, 727, 734*
TfS 1998, 312 Ø *161, 368, 377, 391, 406, 407, 408, 410, 411*
TfS 1998, 410 Ø *173, 535, 541, 542, 543*
TfS 1998, 485 H *21, 162, 346, 368, 386, 387, 388, 393, 406, 409, 421, 434, 437, 440, 442, 454, 779*
TfS 1998, 534 LSR *233*
TfS 1998, 655 LR *161, 368, 386*
TfS 1998, 713 H *143*
TfS 1998, 790 V *168*
TfS 1998, 791 V *162, 163, 347, 348, 353, 364, 365*
TfS 1998, 824 LSR *233*
TfS 1999, 89 LSR *246*
TfS 1999, 101 Ø *368, 391, 399, 401, 404, 410*
TfS 1999, 110 LSR *162, 368, 391, 406, 410, 411*
TfS 1999, 376 H *368*
TfS 1999, 485 H *390*
TfS 1999, 489 V *368*
TfS 1999, 516 LSR *170, 547, 549*
TfS 1999, 541 Ø *368, 390, 409, 419, 420, 421, 423*

TfS 1999, 604 Ø *161, 407*
TfS 1999, 646 Ø *100, 162, 347, 355, 358, 359, 360, 364, 365, 377, 408*
TfS 1999, 660 LSR *705*
TfS 1999, 950 H *38, 579*
TfS 1999, 976 LR *197, 242*
TfS 2000, 193 LSR *562, 563*
TfS 2000, 197 LR *206*
TfS 2000, 494 V *560*
TfS 2000, 511 LSR *170, 555, 559, 563, 564, 565, 566, 736*
TfS 2000, 524 Ø *170, 535, 536, 541, 543, 545, 725*
TfS 2000, 532 LR *206*
TfS 2000, 685 LSR *472*
TfS 2000, 799 LSR *100*
TfS 2000, 850 LR *562, 563*
TfS 2000, 861 V *582*
TfS 2000, 862 V *582*
TfS 2000, 936 V *176, 738*
TfS 2000, 955 V *161, 420, 422, 423, 425*
TfS 2001, 80 Ø *582*
TfS 2001, 115 LR *582*
TfS 2001, 169 H *166, 347, 348, 361, 362, 363, 364, 365, 452*
TfS 2001, 176 LSR *56, 601*
TfS 2001, 291 H *368, 410*
TfS 2001, 450 LR *201, 202*
TfS 2001, 510 LSR *354*
TfS 2001, 573 LR *165, 347, 355, 358, 359, 364, 365, 377, 408*
TfS 2001, 745 V *356*
TfS 2001, 769 LSR *601, 604, 606*
TfS 2001, 807 LSR *100, 102*
TfS 2001, 824 *362*
TfS 2001, 826 LSR *478*
TfS 2001, 829 LSR *601, 604, 606*
TfS 2001, 870 V *161, 162, 367, 369, 371, 373, 407, 428, 430*
TfS 2001, 886 LSR *176*
TfS 2001, 930 Ø *167, 368, 391, 403, 410*
TfS 2001, 944 LR *201*
TfS 2002, 84 Ø *162, 411, 428, 430*
TfS 2002, 153 LSR *96*
TfS 2002, 162 LSR *174, 555, 560*
TfS 2002, 262 LR *162, 368, 378, 379, 381*
TfS 2002, 306 V *474*
TfS 2002, 317 LR *347, 348, 361, 363, 364*
TfS 2002, 336 V *579*
TfS 2002, 437 Ø *585*
TfS 2002, 494 LSR *604, 638, 696, 699*
TfS 2002, 519 H *161, 367, 369, 371, 372, 374, 375, 380, 382, 407, 452*
TfS 2002, 620 V *347, 348, 352, 364, 365*
TfS 2002, 777 Ø *383*
TfS 2002, 821 LSR *582*
TfS 2002, 824 LSR *604, 638, 696, 699*
TfS 2002, 825 LSR *579*
TfS 2002, 967 H *23, 79, 176, 562, 563, 702, 722, 724, 737, 738, 739, 740, 787*
TfS 2002, 1036 H *38*
TfS 2003, 44 LSR *165, 201, 202*
TfS 2003, 48 LR *206*
TfS 2003, 253 LR *582*
TfS 2003, 290 LSR *638, 696, 699, 701*
TfS 2003, 363 V *162, 163, 426*
TfS 2003, 500 LSR *174, 202, 241, 242, 547, 549*

TfS 2003, 584 LSR *232, 638, 696, 697, 699*
TfS 2003, 602 H *172, 587*
TfS 2003, 603 H *585*
TfS 2003, 646 H *582*
TfS 2003, 802 H *161, 162, 163, 347, 355, 356, 357, 364, 365, 368, 391, 399, 402, 410, 780*
TfS 2003, 842 LSR *638, 702, 787*
TfS 2003, 845 LSR *582, 583*
TfS 2003, 847 LR *367, 369, 407*
TfS 2003, 957 LR *161, 368, 378, 379, 380*
TfS 2003, 1007 LSR *160, 417, 426*
TfS 2004, 83 LSR *169, 555, 560, 563, 564, 565, 736*
TfS 2004, 97 Ø *561, 605, 607, 638, 706*
TfS 2004, 125 LSR *566*
TfS 2004, 126 LR *245, 716, 717*
TfS 2004, 140 V *175*
TfS 2004, 166 LSR *188, 696, 697, 699*
TfS 2004, 197 LR *717*
TfS 2004, 238 Ø *161, 368, 391, 392, 396*
TfS 2004, 262 LR *165, 378, 379*
TfS 2004, 314 LSR *561*

UfR 1955.117 H *348, 368*
UfR 1958.903 H *348*
UfR 1960.535 H *21, 49, 94, 189, 346, 347, 348, 351, 352, 364, 365, 452, 454*
UfR 1963.111 H *251*
UfR 1963.880 Ø *172, 486, 487, 488, 502, 504, 507*
UfR 1964.264 H *359*
UfR 1965.802 Ø *585*
UfR 1965.927 Ø *170, 582*
UfR 1966.65 H *582*
UfR 1968.183 Ø *176*
UfR 1968.766 H *188*
UfR 1969.412 H *582*
UfR 1969.419 H *582*
UfR 1971.354 Ø *168*
UfR 1973.408 Ø *585*
UfR 1976.60 H *89*
UfR 1977.405 Ø *471*
UfR 1977.964 H *585*
UfR 1978.660 H *582*
UfR 1980.341 *176*
UfR 1982.703 Ø *368*
UfR 1982.738 Ø *368*
UfR 1982.1002 H *539*
UfR 1983.16 H *22, 171, 555, 556, 559, 560, 563, 564, 565, 736, 755*
UfR 1983.521 H *585*
UfR 1983.699 H *92, 161, 368, 391, 392, 394, 397, 404, 410, 516*
UfR 1983.705 H *422*
UfR 1984.160 H *89*
UfR 1984.534 H *557*
UfR 1988.527 H *709*
UfR 1994.234 H *189*
UfR 1998.756 V *707*
UfR 2000.1164 H *707*
UfR 2003.2477 H *456*

Stikordsregister

afkald *98 f.*
aktieavancebeskatningsloven *269, 425, 471*
aktiebesiddelse *312*
aktieselskabslovens *381 f.*
aktieudbytte *115*
aktionærkreds *230 f., 238, 241*
aktionæroverenskomst *191*
amtskommuneskatteloven *337*
anpartsselskabsloven *381 f.*
ansvarlig lånekapital *241*
ansvarsregel *378*
arbejdsmarkedsfondsloven *337*
armslængde-betaling *601*
armslængde-intervallet *688 f.*
armslængde-priser *587, 614, 664, 703 f., 730, 735, 741 f., 743 f., 790*
armslængde-transaktioner *590*
armslængde-vilkår *45 f., 79, 367, 388, 409, 418, 493, 499, 506, 514, 549 ff., 557, 570, 573 f., 576 f., 593, 612, 631, 633 ff., 643, 646 f., 655, 660, 675, 680, 682, 699 f., 715, 723, 732, 736 f., 749, 762, 778 ff.*
armslængde-vurdering *730, 741, 743, 751, 785*
arv *471 ff.*
arveforskud *471 ff., 481*
avancefordelingsmetoden *575, 629 f., 673, 680, 685 ff., 693*

begunstigede *127 ff.*
Best Method *620, 640*
bestemmende indflydelse *249 f., 288, 302*
bestyrelseshonorar *379*
bestyrelsesmedlemmer *377*
bidragsanalysen *640*
body corporate *303*
boudlæg *265*
bruttoavance-metoden *713*
bundfradrag *108*

CFC-indkomst *338, 342*
CFC-skat *266*
civilretlig *375 ff., 379, 390 f., 408 f., 437, 500*
civilretlige dispositioner *140 f., 135, 434, 438*
collateral adjustments *691*
copyright *592*
correlative allocations *691*
CP-metoden *670*
CPM-metoden *641, 672, 674, 680 f.*
cross holding *666*
CUP-metoden *92, 673*
CUT-metoden *673*

datterselskab *145 f., 150 f.*
direkte kontrol *154 f., 160, 169, 201 ff., 260 f.*
dispositionskorrektion *92 f.*
dobbeltbeskatning *87, 414 ff.*
dominerende position *249*
driftstilskud *551*
dødsboer *263 ff., 277, 282*
dødsboskatteloven *337, 473, 719, 731 f.*

efterlevende *333*
ejendomsavancebeskatningsloven *333, 425, 471*
ejendomsværdiskatteloven *739 f.*
ejerlejlighedsbeskatningsloven *333, 471*

ejerskab *186 f., 226, 231, 250, 253, 277*
engangsvederlag *678*
enterprise *304*

fast driftssted *595, 607, 610*
finansieringspolitiske hensyn *123*
fonde *287 f., 290 ff., 294 ff.*
fondsbeskatningsloven *338*
foreninger *230*
forfordelte *129, 646*
formueafkast *335 ff., 341, 343, 412 f., 417, 420, 422, 447 f., 450*
forvridning *443, 538*
fremmed ret *302*
funktionærloven *405*
fusionsskatteloven *338*
fælles ledelse *249, 270, 312*

gave *471 ff., 481*
generationsskifte *286 f., 535*
goodwill *427 f., 717*
grænseoverskridende *183, 198, 242, 591, 786*
gyldighed *375*

handelsfortjeneste *468*
hjemmel *78, 389, 432, 460, 463, 465, 480 ff., 498, 514, 520, 524, 532, 541, 574, 718, 721, 729, 731, 735*
horisontalt indskudte *236*
hovedaktionærbeskatningen *271*
husdyrbeskatningsloven *335*
husdyrbesætning *472*

indirekte horisontal kontrol *194, 229 ff., 263, 282, 287, 288*
indirekte kontrol *154 ff., 208, 261*
indirekte vertikal kontrol *171, 194 f., 205 ff., 212, 215, 226, 236, 240, 279, 282, 319, 403*
indkomstallokering *21, 53, 62, 90, 94, 105, 133, 160, 325, 327, 344, 432 f., 450 f., 484, 780*
indkomstbegreb *57 f., 140, 432, 759 ff.*
indkomstfiksering *21, 53, 71 ff., 94, 105, 133, 160, 169 f., 344, 459 ff., 480 ff., 484, 581, 718, 721, 724, 746, 754, 759 ff.*
indkomstforskydning *84, 542*
indkomstforvridning *506, 508 f., 513, 516, 521, 546, 554*
indkomstgrundlag *345*
indkomstskabende aktivitet *348 ff.*
integration *380*
interessefællesskab *48, 133, 142, 154, 159 ff., 243, 293, 296, 354, 361, 396, 459*
interessenterne *243*
interessentskab *198 f.*
interessesingularitet *139, 142*
investeringsforeninger *335*

kapitalafkast *330*
kapitalandele *179, 182, 191, 195, 201 ff., 212, 213, 219 f., 223, 226, 231, 257, 265, 278, 292 ff., 529, 559, 766*
kapitalgevinster *329, 332, 343 f., 425 ff., 449 f., 471, 580, 583, 716, 719, 743*
kapitalindskud *114*
kapitalselskab *361 ff.*
kapitaltilførsel *571*
kildeskatteloven *339, 720, 731 f.*
kommanditselskab *361 ff.*
kommuneskatteloven *340*
komplementar *348*
koncern *119, 145, 148*
koncernforbindelse *237, 245, 255*
koncernforbundne *156, 162, 172, 180, 182, 183 ff., 190, 195, 229 ff., 236, 240, 244 f., 250, 256, 261, 278, 282, 317 ff., 426*
konforme justeringer *692*
konkursskatteloven *340*
konsolidering *552, 554*
korresponderende korrektioner *80 ff., 645, 691 f.*

kostpris plus avance-metoden *670, 684*
kulbrinteskatteloven *340, 354*
kundegrundlaget *356*
kursgevinstloven *334, 425, 471, 476*

legalitetskrav *481*
lejefiksering *460*
lejeværdien *335*
ligevægt *252 ff.*
ligningsloven *334, 341*
løbende omkostninger *356*
løbende overførsel *392*
lønafkald *551*
lønmodtageren *135*

marginaleffekt *106 ff., 367, 553*
markedsleje *558, 562, 706*
markedspris-metode *576, 579, 666 ff., 673, 676, 711, 716*
markedsrenten *493, 499, 521, 590, 730*
markedsvilkår *585*
maskeret udbytte *430, 507, 547, 562, 566, 583*
mellemselskaber *155, 208 f., 227, 245, 253, 255, 320*
mindstebeskatning *466*
moderselskab *145 f., 150*
modregninger *691, 692*
motivmetode *105*

navneaktier *192*
nettoavancemetode *486, 575, 641, 693*
nettorente *418*
nærstående *183, 184, 246, 263, 267 ff., 275 f., 282, 283, 391*

OECD *32, 615 ff., 635, 680, 693, 698, 706, 715, 789*
omgåelse *502, 532, 542, 725, 727, 731, 734, 751*
ophør af skattepligt *474*
overdragelse *100 ff., 347, 355*
ownership *300*

pantsætning *188*
parallelt indskudte *210, 217, 219, 223, 225 ff.*
participant *303 ff.*
partnership *303*
patent *592*
pensionsafkastbeskatningsloven *336*
periodisering *37*
personer *264*
personkreds *247 f.*
personlig stifter *294*
personlige selskabsdeltagere *263, 277 f.*
personskatteloven *342 f.*
primære korrektioner *82 f.*
profitniveauindikatorer *680 ff.*
provision *418*
PS-metoden *672, 674, 680, 685*

realitetsgrundsætning *40 f., 350, 362, 395, 451 f., 456, 543, 725, 726, 754*
realøkonomiske *455*
rentefiksering *460, 530*
rentefrihed *495 f.*
rentefrit *515, 527, 545*
renteindtægter *485 ff.*
residualanalysen *640*
retserhvervelse *104*
royalty *384, 420, 485, 568 ff., 579, 678, 708, 715, 722, 741 f.*
RPM-metoden *668*
rådighed *186 ff., 208 ff., 213, 235, 258*

sammenblandet ejerskab *212 f., 217*
sekundære korrektioner *80, 87, 792*
selskabsform *118, 377, 379, 393, 411*
selskabsskatteloven *338, 476*
selvangivelse *337*
serielt indskudte *209, 212, 219, 221, 223, 224*
settoffs *691*
skatteberegning *109*
skatteevneprincip *122*
skattepligtig *263*
skatteprocent *108*

skattesubjekt *127, 243 ff., 333, 411, 416 f., 432, 443, 448, 450, 462, 643, 718 ff.*
skiftebehandling *265*
skifteretlig *264*
stemmeloft *191*
stemmerettigheder *179, 182, 188, 191 ff., 200, 203 ff., 209, 212, 213, 219, 221, 225, 229, 235, 258, 265, 278, 292 ff., 766*
stiftelsen *288*
substitutionsprincip *370, 383, 386 ff., 389, 409, 421, 439, 441*
succession *340*
søskende *270*
søsterselskab *145 f., 152 f.*

transfer pricing *120, 159, 178, 297, 307, 588, 609, 634, 643, 694, 708, 774, 789*
transparens *197, 199*
truste *287 f., 290 ff., 298 ff.*
tvungen sambeskatning *338, 341*

udbytte *430*
udskillelse *348 f., 355*
underskud *352, 354, 356*
uundværlig forretningsforbindelse *249*

vedtægtsbestemmelse *249, 270*
videresalgspris-metoden *576, 668 f., 684*
vilkårskorrektion *92 f., 578*
virksomhedsomdannelsesloven *334*
virksomhedsskatteloven *342*
værdiansættelse *78 f.*
værdipapirer *585*
værnsreglen *271*

ægtefæller *265, 285 ff.*