

Skattekartotektet

1 Transfer Pricing

1.1 Transfer pricing problemet

Den forøgede internationale samhandel gennem et stigende antal internationale koncerner samt eksistensen af staternes forskellige beskatningsniveauer har aktualiseret det såkaldte transfer pricing problem.¹ Herved forstås det problemkompleks, som opstår, når internationale koncerner anvender fordrejede priser i deres indbyrdes samhandel (kontrollerede transaktioner). Armslængdeprincippet fungerer som den internationale skatterets målestok for acceptable priser i kontrollerede transaktioner og har desuden fundet vej til intern skattelovgivning i de fleste lande, herunder Danmark, jf. LL § 2. Ifølge armslængdeprincippet skal en kontrolleret transaktion afregnes til den pris, som de koncernforbundne selskaber ville have aftalt, hvis de i stedet havde afsluttet en sammenlignelig markedstransaktion.

De skatteretlige problemer affødt af transfer pricing relaterer sig for det første til det forhold, at der skal opgøres en skattepligtig indkomst for hvert enkelt koncernselskab. Indkomstallokering mellem interesseforbundne parter er en traditionel skatteretlig problemstilling. Lovgiver tolererer sædvanligvis ikke vilkårligheder ved indkomstallokeringen. Korrektionsregler, der indeholder dikta-ter for interne priser, indebærer dermed en indgriben i den partsau-tonomi, der som udgangspunkt respekteres i skatteretten.²

For det andet anskues transfer pricing i høj grad som et spørgsmål om den mellemfolkelige indkomstallokering. Omfanget af den interne handel i internationale koncerner indebærer, at en systematisk forvridding af interne priser kan have en væsentlig samfundsøkonomisk betydning. Den mellemfolkelige dimension blev oprindeligt behandlet som en konflikt mellem *industri- og udviklingslande*. FN's transfer pricing manual fra 2012 vidner om, at udviklingslan-dene i de seneste år har udviklet en række særstandpunkter om transfer pricing, der har til formål at sikre dem en større andel af skatteprovenu- et fra internationale koncerner.³ En skærpelse af den amerikanske regulering i 1994 blev af omverdenen opfattet som et signal om, at USA søgte at tiltage sig en større andel af skatteprove-nuet fra internationale koncerner. Dette var startskuddet til en mellemfolkelig konkurrence om internationale koncerners skatte-provenu, hvor konflikten også står mellem *industrilande indbyrdes*. I overensstemmelse hermed fremgik det af forarbejderne til SKL § 3 B, at loven skulle sikre, at udenlandske skattemyndigheders skærpede kontrol af interne priser ikke medførte tab af skatteprove-nu, der rettelig tilkom Danmark.⁴ International skatteflugt kan også anskues som en dimension af den mellemfolkelige indkomstalloke-ring, hvor konflikten står mellem *høj- og lavskattelande*.⁵ Baggrun-den for denne konflikt er den betydelige forskel i selskabsbeskat-

ningen på tværs af landegrænser. Denne problemstilling fødes af den fortsatte eksistens af skattelylande, som søger at tiltrække in-ternationale koncerner, og som ikke kan afgrænses til lande uden for det internationale netværk af dobbeltbeskatningsoverenskomster. I Europa kan f.eks. Irland, Luxembourg og Schweiz karakteriseres som skattelylande for internationale koncerner. Internationale koncerner har et skattemæssigt incitament til at fastsætte interne priser således, at den samlede koncernbeskatning minimeres. En minimering af skatteudgiften inden for lovens rammer betragtes som en legitim handling i de fleste retssystemer, herunder det danske retssystem.⁶ I Danmark blev transfer pricing genstand for politisk debat i begyndelsen af 1970'erne, hvor der blev indledt undersøgelser af de internationale olieselskabers danske dattersel-skaber, jf. TfS 1988, 292 H. En rapport fra Det Økonomiske Råd udløste i 2001 på ny debat om emnet, idet det blev skønnet, at Danmark mistede et årligt skatteprovenu på 7-14 mia. kr., som kunne skyldes internationale koncerners indkomstflytning fra Danmark til udlandet.⁷ Dette skøn blev dog senere imødegået af Skatteministeriet.⁸ Formålet med OECD's BEPS-projekt har været at hindre, at multinationale koncerner flytter indkomst fra høj- til lavskattelande. Projektet blev i det store og hele afsluttet i 2015 og har afstedkommet væsentlige ændringer til OECD's Transfer Pricing Guidelines.⁹

En tredje problemstilling forbundet med transfer pricing udsprin-ger af de skærpede oplysnings- og dokumentationskrav. Denne udvikling blev også igangsat af amerikanske regler, der blev gen-nemført i 1990'erne. I Danmark har dette som omtalt udmøntet sig i SKL § 3 B fra 1998. Dokumentationskravene påfører koncernfor-bundne selskaber høje *efterlevelsedomkostninger*, som uafhængige selskaber er fritaget for at afholde. I en meddelelse fra Kommissionen er dokumentationskrav betragtet som en hindring for realiserin-gen af det indre marked.¹⁰ Samtidig medfører armslængdeprincippet store *kontrolomkostninger* for skattemyndighederne, idet en effektiv ligning er tidskrævende og kan fordrer særlige faglige kompetencer.

En fjerde problemstilling udspringer af en mere intensiv skatte-kontrol og flere skattesager, som øger risikoen for *dobbeltbeskat-ning*. Dette skal ses i lyset af, at de markedstransaktioner, som skal tjene som målestok for kontrollerede transaktioner, ofte ikke eksis-terer. Kontrollerede transaktioner omfatter således i betydelig grad produkter, som enten ikke omsættes i markedstransaktioner, eller omsættes under omstændigheder, som ikke er sammenlignelige med kontrollerede transaktioner. Det er således hævdet, at eksisten-sen af et sammenligningsgrundlag bygger på en illusion om et åbent marked.¹¹ Retsanvendelsen må derfor ofte baseres på skønsmæssige overvejelser frem for oplysninger og beviser, hvilket skaber grobund for konflikter. Det kan derfor være vanskeligt at sondre mellem

- 1 Jf. Jan Pedersen: Transfer Pricing - i international skatteretlig betydning, p. 2 ff., og Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 32 ff.
- 2 Jf. Jakob Bundgaard: Skatteret & civilret, p. 421 ff.
- 3 Jf. Jens Wittendorff, Tax Notes International, vol. 69, 5. november 2012, p. 569.
- 4 Jf. de almindelige bemærkninger til L 84, 1997/98.
- 5 Jf. pkt. 47-49 i Issues in International Taxation No. 1 - International Tax Avoidance and Evasion, OECD, 1987.
- 6 Jf. Jørgen Nørgaard, Juristen, 2001, p. 65 ff.
- 7 Jf. Det Økonomiske Råd: Dansk Økonomi foråret 2001, kapitel II.7.
- 8 Jf. Skat, december 2001, Skatteministeriet.
- 9 Jf. Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10: 2015 Final Reports (Paris: OECD, 2015). Se Jens Wittendorff, SU 2016, 34, og id., Tax Notes International, vol. 81, 25. januar 2016, p. 331 ff.
- 10 Jf. pkt. 4 i KOM(2001) 582 endelig af 23. oktober 2001 og pkt. 5.6 i SEC(2001) 1681 endelig af 23. oktober 2001.
- 11 Jf. Jan Pedersen: Skatteudnyttelse, p. 322 f.

lovlige og ulovlige interne priser. Problemstillingen er derfor ikke forbeholdt koncerner, som bevidst søger skatteminimering gennem interne priser.

1.2 Introduktion om transfer pricing

1.2.1 Skatteretlige problemstillinger i transfer pricing sager

En skattesag om transfer pricing vil normalt give anledning til flere skatteretlige problemstillinger, hvoraf kun nogle i egentlig forstand har transfer pricing karakter, dvs. vedrører værdiansættelse. En transfer pricing sag vil ofte kunne opdeles i følgende elementer: 1) præjudiciel afgrænsning af den kontrollerede transaktion, 2) transfer pricing analyse og 3) indkomstbeskatning.

Den kontrollerede transaktion skal først afgrænses, hvilket bl.a. indebærer en stillingtagen til, om der overhovedet findes et skatteobjekt, hvem der ejer dette skatteobjekt, om skatteobjektet er overdraget i en kontrolleret transaktion, hvem der i givet fald er transaktionens parter og hvornår transaktionen har fundet sted. I dansk ret kan der som eksempel herpå nævnes sager, hvor et centralt stridspunkt har været, hvorvidt en hovedaktionær har haft dispositionsret over en fast ejendom ejet af selskabet, og dermed om der overhovedet har foreligget en kontrolleret transaktion.¹² En korrektion af rette indkomstmodtager er endvidere præjudiciel i forhold til en priskorrektion, idet en priskorrektion må foretages i forhold til rette indkomstmodtager.¹³ Armslængdeprincippet berører ikke disse spørgsmål, der må besvares på grundlag af skattelovgivningens almindelige regler. Spørgsmålet har stor relevans, idet OECD i de senere år har søgt at udvide anvendelsesområdet for armslængdeprincippet til at omfatte sådanne præjudicielle problemstillinger. Dette er senest sket med vedtagelsen af BEPS Actions 8-10 i 2015, hvorefter en kontraktuel risikoallokering i sig selv skal iagttage armslængdeprincippet. Armslængdeprincippet er herved begrebsmæssigt ændret fra at være en ren prisbaseret norm til at være en bredere funderet koncernskatteretlig omgængelsesklausul, hvorefter både prisen og visse andre aspekter af den kontrollerede transaktion skal leve op til armslængdeprincippet.¹⁴

Hvis der foreligger en kontrolleret transaktion, må det undersøges, om prisen i den kontrollerede transaktion iagttager armslængdeprincippet. Dette udgør den egentlige transfer pricing analyse, hvor OECD Transfer Pricing Guidelines anvendes.

Hvis prisen i den kontrollerede transaktion afviger fra armslængdeprincippet, må det afgøres, om der findes hjemmel til korrektion, og hvordan korrektionen i givet fald skal behandles efter den materielle skattelovgivning. Hvis en korrektion f.eks. relaterer sig til et salg af datterselskabsaktier, der er skattefri efter ABL § 8, vil en korrektion ikke umiddelbart udløse nogen beskatning.

1.2.2 Den skatteretlige regulering af transfer pricing

Den skatteretlige regulering af transfer pricing kan rubriceres i regler om: 1) allokeringsnormen, 2) håndhævelse og 3) konfliktløsning. De forskellige dimensioner af transfer pricing overlapper til dels hinanden, idet f.eks. armslængdeprincippet i sig selv udgør det væsentligste middel til konfliktløsning.

Den første kategori omfatter *materielle* regler om allokeringen af indkomst mellem koncernforbundne selskaber. Armslængdeprin-

cippet er internationalt anerkendt som allokeringsnorm i både intern lovgivning og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. USA har været den internationale normgiver på dette område siden 1968, hvor det første omfattende regelsæt om transfer pricing blev udsendt. Da problemstillingen i sin natur er af global karakter, er det væsentligt med en *harmonisering* af reglerne på tværs af landegrænser. Den internationale udbredelse af armslængdeprincippet er sket gennem OECD, der udsendte sin første rapport om emnet i 1979.¹⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines fra 1995 har dannet grundlag for den materielle skatteretlige regulering af transfer pricing på både internationalt og nationalt plan. OECD's guidelines er ajourført i 2010 og 2016.¹⁶ Næste alle dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholder således en artikel svarende til OECD's modeloverenskomst art. 9, ligesom mange lande i de senere år indført korrektionsregler, der er baseret på OECD Transfer Pricing Guidelines. FN har i 2012 udarbejdet en transfer pricing manual, der i det væsentlige er konform med OECD Transfer Pricing Guidelines.¹⁷ De materielle transfer pricing regler gennemgås nedenfor i kapitel 1.4.

Den anden kategori omfatter *formelle* regler, der skal forbedre skattemyndighedernes mulighed for at håndhæve - og anspore skatteyderne til at efterleve - armslængdeprincippet. Omfattet af denne kategori er regler i *intern lovgivning* om f.eks. oplysnings- og dokumentationspligt, bødestraf, bevisbyrde og ansættelsesfrister, jf. nedenfor i kapitel 1.5. Der findes desuden et internationalt kontrolsamarbejde mellem skattemyndighederne på tværs af landegrænser, der bl.a. har til formål at forbedre mulighederne for at kontrollere efterlevelsen af armslængdeprincippet.

Den tredje kategori omfatter *formelle* regler, der skal modvirke og løse konflikter om dobbeltbeskatning, som udspringer af anvendelsen af armslængdeprincippet. Omfattet heraf er regler om bindende forhåndsbesked, korresponderende korrektion, gensidige aftaleprocedurer og voldgiftsprocedurer, jf. nærmere nedenfor i kapitel 1.6.

1.2.3 Allokeringsnorm

Der kan anvendes forskellige normer til allokering af den samlede indkomst mellem de enkelte selskaber i en koncern. I en international kontekst har valget stået mellem en direkte metode og en indirekte metode.

Efter den *direkte metode* (method of separate accounting) opgøres indkomsten på grundlag af regnskabet for det enkelte koncernselskab. Dette indebærer som udgangspunkt en skatteretlig anerkendelse af selskabets transaktioner med både uafhængige og koncernforbundne selskaber. Priser i kontrollerede transaktioner påvirker dermed indkomstallokeringen mellem koncernselskaber efter den direkte metode. Armslængdeprincippet *supplerer* imidlertid den direkte metode til vurdering af rimeligheden af priser og vilkår for kontrollerede transaktioner, jf. nedenfor i kapitel 1.4.

Efter den *indirekte metode* opgøres indkomsten derimod for koncernen under ét, og effekten af kontrollerede transaktioner elimineres ved indkomstopgørelsen. Den samlede koncernindkomst allokeres herefter mellem de enkelte selskaber på grundlag af én eller flere faktorer som f.eks. omsætning, antal ansatte og aktivmasse

¹² Jf. SKM2013.616.BR, SKM2009.558.HR, SKM2009.459.LSR, SKM2008.950.VLR og SKM2008.824.HR.

¹³ Jf. SKM2015.659.HR.

¹⁴ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 179 ff, og id., SU 2016, 34.

¹⁵ Jf. Report on Transfer Pricing and Multinational Enterprises, OECD, 1979.

¹⁶ Den seneste ajourføring af OECD's guidelines blev offentliggjort den 5. oktober 2015 i Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10: 2015 Final Reports (Paris: OECD, 2015).

¹⁷ Jf. Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, United Nations, 2012.

(global formulary apportionment).¹⁸ Hvor den direkte metode kun kan udvirke en omfordeling af koncernindkomst fra kontrollerede transaktioner, kan den indirekte metode omfordele koncernindkomst fra både uafhængige og kontrollerede transaktioner.

Den direkte metode har siden 1933 fungeret som den overordnede folkeretlig allokeringsnorm for internationale koncerner og har desuden fundet vej til intern lovgivning i de fleste lande. OECD er således afvisende over for den indirekte metode.¹⁹ Den indirekte metode anvendes dog internretligt til allokering af koncernindkomst mellem delstaterne i USA og Canada. Herudover fremkom Kommissionen i 2011 med et direktivforslag om en fælles konsolideret selskabsskattebase, der er baseret på den indirekte metode.²⁰

1.2.4 Priskorrektion

1.2.4.1 Fiksering og beskæring

En priskorrektion kan gennemføres ved at *fikse* yderligere indtægter eller udgifter hos de berørte skatteydere. En fiksering er relevant, hvis den aftalte pris er *lavere* end armslængdeprisen. Der vil i givet fald blive lagt et større pengebeløb til grund for beskattningen end det aftalte, dvs. en højere indtægt for sælger og en højere udgift for køber. En priskorrektion kan også ske ved at *beskære* indtægter og udgifter hos skatteyderne. En beskæring er relevant, hvis den aftalte pris er *højere* end armslængdeprisen. Der vil i så fald blive lagt et mindre pengebeløb til grund for beskattningen end det aftalte, dvs. en lavere indtægt for sælger og en lavere udgift for køber. Den samlede nettopriskorrektion hos de involverede skatteydere vil være nul, uanset om der foretages en fiksering eller beskæring. En priskorrektion indebærer dermed alene en *omfordeling* af indkomst mellem skatteyderne.

1.2.4.2 Primær og korresponderende korrektion

En priskorrektion kan opdeles i en primær korrektion og korresponderende korrektion.²¹ En *primær* korrektion foretages hos den skatteyder, som har solgt en vare mv. for en lavere pris end armslængdeprisen, eller som har købt en vare mv. for en højere pris end armslængdeprisen. Korrektionen vil derfor forhøje skatteyderens afståelsessum eller reducere skatteyderens anskaffelsessum. I begge tilfælde vil korrektionen have karakter af en *indkomstforhøjelse*. En *korresponderende* korrektion foretages hos modparten og vil følgelig reducere skatteyderens afståelsessum eller forhøje skatteyderens anskaffelsessum. I begge tilfælde vil korrektionen have karakter af en *indkomstnedsættelse*. En primær og korresponderende korrektion skal i princippet modsvare hinanden, hvorved indkomsten for skatteyderne under ét hverken forhøjes eller reduceres. Opdelingen i en primær og korresponderende korrektion følger af art. 9, stk. 1 og 2, i OECD's modeloverenskomst.

1.2.4.3 Sekundær korrektion

På baggrund af en primær og korresponderende korrektion vil en kontrolleret transaktion skatteretligt være behandlet, som om prisen faktisk iagttagt armslængdeprincippet. En priskorrektion ændrer imidlertid ikke ved det faktum, at den kontrollerede transaktion har medført en overførsel af en formuefordel mellem skatteyderne

(sekundær transaktion). En sekundær transaktion kan udløse en *sekundær korrektion*.²² Den skatteretlige kvalifikation af en sekundær transaktion kan kompliceres i internationale transaktioner, hvis indkomsten ifølge lovgivningen i det ene land, begge lande og/eller ét eller flere tredjelande anses for at passere en eller flere andre skatteydere.²³ En formuefordel, som overføres mellem søsterselskaber hjemmehørende i forskellige lande, kan f.eks. anses for skatteretligt at have passeret et moderselskab hjemmehørende i et tredjeland eller for at være overført direkte mellem søsterselskaberne.

Den skatteretlige kvalifikation og behandling af en sekundær transaktion må udledes af skattelovgivningens almindelige regler. Hvis et dansk moderselskab f.eks. har solgt varer til et datterselskab til overpris, vil en sekundær transaktion efter dansk skatteret normalt blive behandlet som et udbytte, der kan være skattefrit efter skattelovgivningens almindelige regler, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2.²⁴ Hvis et dansk moderselskab derimod har solgt varer til et datterselskab til underpris, vil en sekundær transaktion efter dansk skatteret normalt blive behandlet som et tilskud, der kan være skattepligtigt efter SL § 4 eller skattefrit efter SEL § 31 D. En sekundær korrektion kan undgås, hvis betingelserne i LL § 2, stk. 5, om betalingskorrektion er opfyldt,²⁵ eller betingelserne i SFL § 29 om omgørelse er opfyldt.

1.2.5 Armslængdetest

En armslængdetest består i en prøvelse af, om prisen i en kontrolleret transaktion iagttagt armslængdeprincippet. Der kan grundlæggende sondres mellem en *empirisk* armslængdetest og en *hypotetisk* armslængdetest. En *empirisk* armslængdetest er baseret på priser i transaktioner mellem uafhængige parter, som er forekommet virkelig. En *hypotetisk* armslængdetest er derimod baseret på priser, som uafhængige parter formodes at ville have aftalt i en transaktion, som ikke er forekommet virkelig.

Armslængdeprincippet i art. 9, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst indeholder ikke en præference for én af de to former for armslængdetest. OECD Transfer Pricing Guidelines er i vidt omfang funderet på en empirisk armslængdetest. Den mangel på sammenlignelige uafhængige transaktioner, der udgør den *praktiske defekt* ved armslængdeprincippet, har imidlertid betydet, at hypotetiske armslængdetest har vundet frem i de senere år. Dette gælder ikke mindst i forhold til værdiansættelsen af immaterielle aktiver, der normalt er unikke, hvorfor det nærmest pr. definition er umuligt at finde oplysninger om priser i sammenlignelige uafhængige transaktioner. Efter indkomstbaserede metoder erstattes *faktiske* priser i sammenlignelige transaktioner med *antagelser* om den fremtidige indkomst knyttet til udnyttelsen af det immaterielle aktiv, der er genstand for en overdragelse.

1.2.6 Bevisbyrde

Transfer pricing sager giver normalt anledning til to centrale bevisemaer, dels vedrørende faktum, herunder indholdet af den kontrollerede transaktion, dels vedrørende retsfaktum, herunder

¹⁸ Den indirekte metode kunne tidligere anvendes ved indkomstopgørelsen for faste driftssteder, jf. artikel 7, stk. 4, i 2008-versionen af OECD's modeloverenskomst.

¹⁹ Jf. pkt. 1.32 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁰ Jf. forslag til Rådets direktiv om et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag KOM(2011) 121 endelig. Kommissionen forventes i 2016 at fremsætte et revideret forslag herom.

²¹ Jf. pkt. 4.32-4.39 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²² Jf. pkt. 4.67-4.77 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²³ Jf. pkt. 4.71 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁴ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 394 ff.

²⁵ Jf. nedenfor i kapitel 1.3.2.6.4.

armslængdeprisen for den kontrollerede transaktion. I LL § 2 og SKL § 3 B er der ikke fastsat særlige bevisregler. SKL § 3 B indeholder således ikke et beviskrav for skatteyderne, kun en dokumentations- og oplysningspligt.²⁶ I forarbejderne til SKL § 3 B blev det præciseret, at bestemmelsen ikke ændrede på de gældende bevisregler.²⁷

Bevisbyrden for faktum vedrørende kontrollerede transaktioner påhviler normalt skatteyderne. Dette accentueres af dokumentationspligten i SKL § 3 B, stk. 5. Hvis indholdet af en kontrolleret transaktion ikke er klart dokumenteret, eller skatteyderne undlader at medvirke ved sagsoplysningen, kan dette tillægges skatteyderen processuel skadevirkning, jf. RPL § 344, stk. 2.

Bevisbyrden for rets faktum i LL § 2 påhviler som udgangspunkt skattemyndighederne. Der skal derfor bl.a. føres bevis for, at prisen for en kontrolleret transaktion afviger fra armslængdeprisen, og at skatteyderen er omfattet af LL § 2. I dansk skatteret gælder der således ikke en almindelig regel om omvendt bevisbyrde i transfer pricing sager.²⁸ Hvis en skatteyder ikke har iagttaget dokumentationspligten, er skattemyndighederne imidlertid berettigede til ansætte den skattepligtige indkomst skønsmæssigt for så vidt angår de kontrollerede transaktioner, hvilket reelt indebærer en omvendt bevisbyrde, jf. SKL §§ 3 B, stk. 9, og 5, stk. 3. Domstolene kan kun tilsidesætte et skatteskøn, hvis skatteyderen godtgør, at der ikke foreligger bevisnød, at skønnet hviler på et forkert eller mangelfuldt grundlag, og at det dette er egnet til at påvirke værdiansættelsen, eller at værdiansættelsen må anses for åbenbart urimelig.²⁹ Landsskatteretten kan derimod foretage en tilbundsående prøvelse af skattemyndighedernes skatteskøn efter SKL §§ 3 B, stk. 9 og 5, stk. 3.³⁰ Betingelserne for at foretage en skønsmæssig skatteansættelse er ikke opfyldt, blot fordi der er strid om, hvorvidt armslængdeprincippet er iagttaget. En strid om metodevalget berettiger f.eks. ikke skattemyndighederne til at foretage en skønsmæssig ansættelse. Hvis dokumentationen er udarbejdet, må skattemyndighederne derfor godtgøre, at den er utilstrækkelig eller fejlbehæftet og derfor ikke godtgør, at der er handlet på armslængdevilkår.³¹

1.3 Retsgrundlaget for armslængdeprincippet

Retsgrundlaget for armslængdeprincippet i OECD's modeloverenskomst og intern dansk skatteret gennemgås i det følgende. FN's modeloverenskomst art. 9, stk. 1, og EF-voldgiftskonventionens art. 4, stk. 1, indeholder også armslængdeprincipper, der er formuleret konformt med art. 9, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst.

1.3.1 OECD's modeloverenskomst art. 9

De danske dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholder normalt en artikel om transfer pricing svarende til art. 9 i OECD's modeloverenskomsts, der lyder således:

“Artikel 9

FORBUNDNE FORETAGENDER

1. I tilfælde, hvor

a. et foretagende i en kontraherende stat direkte eller indirekte har del i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i et foretagende i den anden kontraherende stat, eller

b. samme personer direkte eller indirekte har del i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i såvel et foretagende i en kontraherende stat som et foretagende i den anden kontraherende stat,

og der i nogle af disse tilfælde mellem de to foretagender er aftalt eller fastsat vilkår vedrørende deres kommercielle eller finansielle forbindelser, der afviger fra de vilkår, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender, kan enhver fortjeneste, som, hvis disse vilkår ikke havde foreligget, ville være tilfaldet et af disse foretagender, men som på grund af disse vilkår ikke er tilfaldet dette, medregnes til dette foretagendes fortjeneste og beskattes i overensstemmelse hermed.

2. I tilfælde hvor en kontraherende stat til fortjenesten for et foretagende i denne stat medregner – og i overensstemmelse hermed beskatter – fortjeneste, som et foretagende i den anden kontraherende stat er blevet beskattet af i denne anden stat, og de således medregnede fortjenester er fortjenester, som ville være tilfaldet foretagendet i den førstnævnte stat, hvis vilkårene mellem de to foretagender havde været de samme, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender, skal denne anden stat foretage en dertil svarende regulering af det skattebeløb, som er beregnet af disse fortjenester. Ved reguleringen skal der tages hensyn til de øvrige bestemmelser i denne aftale, og de kontraherende staters kompetente myndigheder skal om nødvendigt rådføre sig med hinanden.”

Art. 9, stk. 1, indeholder den *autoritative definition* af armslængdeprincippet i international skatteret. Det nærmere indhold af armslængdeprincippet er udfyldt af OECD Transfer Pricing Guidelines, der udgør en integreret del af OECD's kommentarer til art. 9.³²

Retsfølgen af art. 9, stk. 1, består i, at bestemmelsen *begrænser* de kontraherende staters adgang til at foretage korrektion efter intern skatteret, der beløbsmæssigt overstiger en korrektion efter armslængdeprincippet.³³ Formålet med bestemmelsen er således at *forhindre dobbeltbeskatning*. Den *restriktive* karakter af art. 9, stk. 1, gælder kun for transaktioner omfattet af bestemmelsen, jf. straks nedenfor. Uden for anvendelsesområdet for art. 9, stk. 1, kan de kontraherende stater derfor anvende andre allokeringssnormer end armslængdeprincippet. Art. 9, stk. 1, indeholder *ikke* selvstændig hjemmel til korrektion (“den gyldne regel”).³⁴

På overenskomstniveau *supplerer* art. 9, stk. 1, de egentlige fordelingsbestemmelser, herunder særligt art. 7, stk. 1, og art. 8.³⁵ Alle disse tre bestemmelser regulerer beskatningen af forretningsmæssig fortjeneste. Art. 9, stk. 1, fastsætter størrelsen af den forretningsmæssige fortjeneste, der hidrører fra kontrollerede transaktioner, hvortil de kontraherende stater er tillagt beskatningsret efter art. 7, stk. 1, og art. 8.

- 26 Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 301 ff, og Jan Pedersen: Transfer Pricing - i international skatteretlig belysning, p. 72 f.
- 27 Jf. SAU 1997/98 (1. samling), L 84, bilag 6, og SAU 2011/12, L 173, bilag 32, p. 34.
- 28 I betænkning 1060/1985, p. 217 f og p. 250 f, blev der foreslået en regel om omvendt bevisbyrde. Forslaget indgik i L 76 af 15. november 1985, som ikke blev vedtaget.
- 29 Jf. SKM2015.615.HR. Se Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 309 ff.
- 30 Jf. Skatteretsrådets notat af 2. juni 2005 om domstolenes henvisning af skattesager til ligningsmyndighederne.
- 31 Jf. Landsskatterettens afgørelse af 16. december 2015, sagsnr. 11-0301604.
- 32 Jf. pkt. 1 i kommentarerne til art. 9 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen).
- 33 Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 207 ff.
- 34 Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 204 ff.
- 35 Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 190 ff.

Art. 9, stk. 1, finder anvendelse på “kommercielle eller finansielle forbindelser”. Modeloverenskomsten indeholder *ingen definition* af dette udtryk, som må læses i sammenhæng med art. 7 og 8, jf. ovenfor. Som omtalt er der således sammenfald mellem indkomst omfattet af art. 7, 8 og 9. Udtrykkene “foretagende” og “forretningsvirksomhed”, der er fastsat i art. 3, stk. 1, litra c og h, skal fortolkes på baggrund af intern skatteret.³⁶ Det følger således af både *konteksten* for art. 7, stk. 1, og *art. 3, stk. 2*, at udtrykket “fortjeneste ved forretningsvirksomhed” i art. 7, stk. 1, skal fortolkes internretligt.³⁷ Da “fortjeneste ved forretningsvirksomhed” i art. 7, stk. 1, i relation til forbundne foretagender er resultatet af “kommercielle og finansielle forbindelser”, må konteksten og art. 3, stk. 2, også kræve, at dette udtryk fortolkes på baggrund af *intern skatteret*. Eksistensen, formen og indholdet af en kontrolleret transaktion efter art. 9, stk. 1, skal med andre ord fastsættes på baggrund af intern skatteret. *Objektqualifikationen* må derfor foretages *før* anvendelsen af armslængdeprincippet i art. 9, stk. 1.³⁸

Art. 9, stk. 1, finder anvendelse på “forbundne foretagender”. Heri ligger for det første, at bestemmelsen *kun* finder anvendelse på transaktioner mellem personer (fysiske og juridiske), som efter intern skatteret anses for at udøve forretningsvirksomhed, og som er hjemmehørende i en af de kontraherende stater, jf. art. 3, stk. 1, litra d. Herudover kræves der, at de pågældende personer udgør *forbundne foretagender*, dvs. moder-/datterselskaber og søsterselskaber.³⁹

1.3.2 LL § 2

1.3.2.1 Generelt

Den centrale korrektionsregel i dansk skatteret er LL § 2, der knæsetter armslængdeprincippet som allokeringensnorm for kontrollerede transaktioner. Ved behandlingen af forslag til SKL § 3 B om oplysnings- og dokumentationspligt forudsatte lovgiver, at der i SL §§ 4-6 var hjemmel til priskorrektion uden for anvendelsesområdet for den dagældende korrektionsregel i SEL § 12.⁴⁰ Højesterets dom i TfS 1998, 199 H om rentefiksering afstedkom en sådan tvivl herom, at skatteministeren fandt det påkrævet at skabe klar hjemmel til priskorrektion. Resultatet blev LL § 2, der blev vedtaget i 1998.⁴¹

1.3.2.2 Dispositionerne

LL § 2 finder anvendelse på “handelsmæssige og økonomiske transaktioner”. Dette udtryk er ikke defineret i loven, men ifølge forarbejderne finder LL § 2 anvendelse på alle forbindelser mellem parterne såsom levering af tjenesteydelser, låneforhold, overførsel

af aktiver, immaterielle aktiver, der stilles til rådighed mv.⁴² Der er tale om en eksemplifikation, og bestemmelsen må antages at omfatte alle ydelser af indkomstskabende karakter.⁴³ Udtrykket “handelsmæssige eller økonomiske transaktioner” er således en samlebetegnelse for de forbindelser, der kan gøres til genstand for en armslængdetest efter LL § 2.

Hvis der ikke er præsteret en ydelse af indkomstskabende karakter - men alene en pengeydelse - vil LL § 2 derimod ikke finde anvendelse. F.eks. findes LL § 2 ikke anvendelse på sager om rette indkomstmottager.⁴⁴ Bestemmelsen kan endvidere ikke anvendes på en selskabsretlig beslutning om udlodning af udbytte i penge.⁴⁵ En udlodning in natura må derimod antages at være omfattet af LL § 2, når der foreligger en ydelse af indkomstskabende karakter.⁴⁶ På tilsvarende vis må et apportindskud antages at være omfattet af LL § 2.⁴⁷

Indplaceringen af en disposition i en skatteydere økonomi har ingen betydning for anvendelsen af LL § 2. Ifølge administrativ praksis sker der dog som udgangspunkt ikke *fiksering* af lønindkomst,⁴⁸ mens der fortsat foretages *beskæring* af lønindkomst.⁴⁹

Ifølge Skatterådet kan LL § 2 ikke finde anvendelse på en køberetsaftale, idet interessefællesskabet anses for at eliminere det suspensive element i en sådan aftale, hvorved armslængdeprincippet antages ikke at kunne efterleves.⁵⁰ Denne retsopfattelse må bestrides, idet LL § 2 må anses for at finde anvendelse på både *handlinger* og *undladelser* af indkomstskabende karakter.⁵¹

1.3.2.3 Allokeringensnormen

Ifølge LL § 2, stk. 1, skal der anvendes priser og vilkår for kontrollerede transaktioner i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter. Allokeringensnormen er ikke eksplicit beskrevet som armslængdeprincippet. På grundlag af lovens forarbejder er der dog ingen tvivl om, at LL § 2 er baseret på et armslængdeprincip, og at dette armslængdeprincip skal fortolkes på grundlag af artikel 9, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst, sådan som dette er udfyldt af OECD Transfer Pricing Guidelines.

1.3.2.4 Retssubjekterne

Det subjektive anvendelsesområde for LL § 2 er summarisk beskrevet som “skattepligtige”. Det fremgår af lovens forarbejder, at bestemmelsen omfatter fysiske personer, selskaber, fonde, dødsboer, faste driftssteder mv., og at LL § 2 har samme subjektive anvendelse

³⁶ Jf. pkt. 4 og 10.2 i kommentarerne til art. 3 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen).

³⁷ Jf. Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, p. 130 ff.

³⁸ Jf. Jens Wittendorff, International Transfer Pricing Journal, vol. 17, (2010), p. 200 ff.

³⁹ Jf. pkt. 1 i kommentarerne til art. 9 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen).

⁴⁰ Jf. de almindelige bemærkninger til L 84 af 14. november 1997.

⁴¹ LL § 2 trådte i kraft med virkning fra den 28. juni 1998, jf. § 4, stk. 2, i lov nr. 432 af 26. juni 1998.

⁴² Jf. bemærkningerne til § 1 i L 101 af 2. juni 1998.

⁴³ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 372 ff.

⁴⁴ Jf. TfS 2015, 930 H/SKM2015.717.

⁴⁵ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 378, Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, p. 74, Lisbeth Rasmussen, SpO, 2000, p. 182 ff, Malene Kerzel: Hovedaktionærdispositioner i skatteretlig belysning, p. 152, og Karin Skov Nilausen: Løsning af internationale skattetvister, p. 60. Se endvidere pkt. 9.1.1 i cirkulære nr. 72 af 17. april 1996.

⁴⁶ Jf. SKM2013.129.SR.

⁴⁷ Jf. TfS 2015, 316 LSR/SKM2015.76, SKM2013.129.SR, TfS 2011, 657 SR/SKM2011.443 (spørgsmål 2) og TfS 2004, 126 LR/SKM2004.8.

⁴⁸ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.B.3.7, TfS 2010, 666 SR/SKM2010.431 og TfS 2010, 258 SR/SKM2009.829.

⁴⁹ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 384 ff, og TfS 2009, 865 BR/SKM2009.435.

⁵⁰ Jf. TfS 2009, 488 SR/SKM2009.118.

⁵¹ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 378 ff.

sesområde som SKL § 3 B.⁵² LL § 2 kræver kun et grænseoverskridende element i relation til faste driftssteder og kulbrinteaktiviteter.

Udtrykket “skattepligtige” tilsiger, at LL § 2 som udgangspunkt finder anvendelse på alle personer mv., som efter dansk ret har selvstændig skattesubjektivitet. På baggrund heraf omfatter LL § 2 den personkreds, som er opregnet i KSL § 1, SEL § 1, FBL § 1 og DBL § 2. Loven finder derimod ikke anvendelse på skattemæssigt transparente personselskaber såsom interessentskaber, partnerselskaber og kommanditselskaber, medmindre de kvalificerer som selvstændige skattesubjekter efter SEL § 2 C.

Loven finder anvendelse på både fysiske og juridiske personer. For juridiske personer fremgår der ingen krav til beskatningsformen, hvorfor loven finder anvendelse, uanset om en juridisk person er undergivet aktieselskabs-, andels-, institutions- eller fonds- og foreningsbeskatning.⁵³ LL § 2 finder også anvendelse for indkomst undergivet kulbrinte- og tonnagebeskatning.

For selvstændige retssubjekter, der ikke har selvstændig skattesubjektivitet, finder LL § 2 ikke anvendelse. Dette har betydning i forhold til staten og dens institutioner, der er ubetinget og fuldstændigt undtaget fra selskabsskat efter SEL § 3, stk. 1, nr. 1, og dermed ikke har selvstændig skattesubjektivitet.⁵⁴ Det er mere tvivlsomt, om juridiske personer med selvstændig skattesubjektivitet, som er skattefritaget efter SEL § 3 eller KKSL § 2, er omfattet af LL § 2. På den ene side er der tale om selvstændige skattesubjekter, hvorfor de må anse for at være “skattepligtige” efter LL § 2. På den anden side skal disse enheder ikke opføre en “skatte- eller udlovningspligtig indkomst”. Dette må antages at udgøre en selvstændig (yderligere) betingelse for at være omfattet af LL § 2. I overensstemmelse hermed fremgik det af oplysningsvejledningen, at SKL § 3 B ikke omfattede “skattefrie fonde”.⁵⁵ Skatteministeren har endvidere udtalt, at tværgående pensionskasser og arbejdsmarkedsrelaterede livsforsikringselskaber, der er skattefritaget efter SEL § 3, stk. 1, nr. 9 hhv. 18, ikke omfattet af SKL § 3 B, stk. 1 og 5.⁵⁶ Det forhold, at en enhed ikke kvalificerer som en “skattepligtig” efter LL § 2, er ikke nødvendigvis ensbetydende med, at enheden ikke udgør en “juridisk person” efter bestemmelsen, jf. nedenfor i kapitel 1.3.2.5.4.

1.3.2.5 Interesséfællesskabet

1.3.2.5.1 Generelt

I LL § 2, stk. 1, nr. 1-6, defineres følgende seks kategorier af lovbestemte interesséfællesskaber:

- 1) Skattepligtige, hvorover fysiske og juridiske personer udøver en bestemmende indflydelse.
- 2) Skattepligtige, der udøver en bestemmende indflydelse over en juridisk person.
- 3) Skattepligtige, der er koncernforbundet med en juridisk person.
- 4) Skattepligtige, der har et fast driftssted beliggende i udlandet.
- 5) Skattepligtige, der er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med fast driftssted i Danmark.
- 6) Skattepligtige, der er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med kulbrintetilknyttet virksomhed omfattet af kulbrintebeskatningslovens § 21, stk. 1 eller 4

Loven finder *kun* anvendelse på dispositioner mellem personer inden for disse interesséfællesskaber. Lovens systematik kan illustreres med en disposition mellem et moderselskab og datterselskab. Moderselskabet vil være omfattet af LL § 2, stk. 1, nr. 2, og datterselskabet vil være omfattet af LL § 2, stk. 1, nr. 1.

Lovens centrale begreber er “bestemmende indflydelse”, der anvendes i nr. 1 og 2, “koncernforbundne selskaber”, der anvendes i nr. 3, og “juridisk person”, der anvendes i alle seks kategorier. Indholdet af disse tre begreber behandles nedenfor.

Fast driftssted-begrebet i nr. 4 og 5 må antages at skulle fortolkes på baggrund af de tilsvarende begreber i SEL § 2, stk. 1, litra a, og KSL § 2, stk. 1, nr. 4.⁵⁷ I relation til faste driftssteder stilles der ikke krav om en bestemt ejerandel mv. Hvis f.eks. et udenlandsk selskab deltager med en ejerandel på 1 % i et interessentskab med fast driftssted i Danmark, vil transaktioner mellem det udenlandske selskab og interessentskabet være omfattet af LL § 2, idet deltagelsen i interessentskabet medfører fast driftssted for det udenlandske selskab. Hvorvidt en person har kulbrintetilknyttet virksomhed som nævnt i nr. 6 skal afgøres efter kulbrinteskatteloven.

1.3.2.5.2 Bestemmende indflydelse

Ved “bestemmende indflydelse” i LL § 2, stk. 1, nr. 1 og 2, forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 % af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 % af stemmerne, jf. LL § 2, stk. 2, 1. pkt. Denne del af LL § 2 er baseret på *de jure-kontrol*, da det afgørende moment er, om en skattepligtig har *ret til* at udøve en bestemmende indflydelse. Anvendelsen af loven er ikke betinget af, at den skattepligtige faktisk udøver en bestemmende indflydelse.

Ved opgørelsen af stemmer skal der bortses fra stemmer, der er *retligt suspenderet* som f.eks. stemmer knyttet til egne aktier. Hvis en person har *fuldmagt* til frit at råde over stemmer, som indehaves af en anden person, må de medregnes hos fuldmagtshaveren. En ret til at udpege bestyrelsesmedlemmer kvalificerer ikke som “stemmer”.⁵⁸ På tilsvarende vis må der formentlig bortses fra aktiekapital, der ikke giver grundlag for et økonomisk interesséfællesskab med selskabet som f.eks. et selskabs beholdning af egne aktier. Indholdet af lovgivning, vedtægter og aktionæroverenskomster skal således inddrages ved vurderingen af rådigheden over stemmeretter. I det omfang der findes retlige hindringer for at udnytte stemmerettigheder, skal de ikke medregnes.

Ved vurderingen af, om en skattepligtig har bestemmende indflydelse over en juridisk person, skal der til den skattepligtiges egne aktier og stemmerettigheder *medregnes* kapital/stemmer fra følgende personer: 1) datterselskaber, 2) koncernforbundne selskaber, 3) personlige aktionærer og deres nærtstående, 4) fonde og trusts, 5) nærtstående personer mv. og 6) visse andre selskabsdeltagere, jf. LL § 2, stk. 2. Efter LL § 2, stk. 2, er det i alle tilfælde en betingelse, at den pågældende skattepligtige selv ejer aktier i den juridiske person.⁵⁹ Eksempelvis udøver et selskab ikke bestemmende indflydelse over et andet selskab efter LL § 2, stk. 2, når det ikke selv ejer aktier i det andet selskab, uanset at dets moder- og søsterselskaber måtte eje 100 % af aktierne og stemmerne i det andet sel-

⁵² Jf. bemærkningerne til § 1 i L 101 af 2. juni 1998.

⁵³ Jf. pkt. 2.1 i Transfer pricing; kontrollerede transaktioner; oplysningspligt, Told- og Skattestyrelsen, 1. december 2000, og SKM2010.609.SR.

⁵⁴ Jf. J.O. Engholm Jacobsen: Selskabsskattebogen med kommentarer, p. 136.

⁵⁵ Jf. pkt. 2.1.1.2 i Transfer pricing; kontrollerede transaktioner; oplysningspligt, Told- og Skattestyrelsen, 1. december 2000. Se formentlig tilsvarende pkt. 2.1.1 i dokumentationsvejledningen fra 2006.

⁵⁶ Jf. L 46, 2015-16, bilag 1, svar til Forsikring & Pension.

⁵⁷ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 337 ff.

⁵⁸ Jf. TfS 2005, 913 LSR/SKM2005.442.

⁵⁹ Jf. Henrik Dam: Rette indkomstmødetager – allokering og fiksering, p. 283, og Christian Homilius, TfS 1999, 810.

skab. Dette følger af, at LL § 2, stk. 2, oprindeligt henviste til reglerne om CFC-beskatning i SEL § 32 og LL § 16 H, som i sagens natur kun finder anvendelse for skattepligtige, der ejer aktier i CFC-selskabet. Samme resultat følger endvidere af LL § 2, stk. 2, 3. pkt., der taler om "selskabsdeltageren" og "andre selskabsdeltagere", dvs. det forudsættes, at en skattepligtig kun er omfattet af LL § 2, stk. 2, hvis vedkommende er selskabsdeltager.

Ad datterselskaber

En skattepligtig skal medregne kapital og stemmer, der indehaves af et *datterselskab*, jf. udtrykket "indirekte" i LL § 2, stk. 2, 1. pkt. Reglen finder anvendelse, uanset om den skattepligtige er en fysisk person eller en juridisk person. Det er i LL § 2 ikke fastsat, hvordan kapital og stemmer skal opgøres ved indirekte ejerskab/rådighed. I relation til *kapitalandele* skal der medregnes en forholdsmæssig andel af et datterselskabs ejerandele i den juridiske person, svarende til moderselskabets ejerandel i datterselskabet.⁶⁰ Hvis et moderselskab ejer 75 % af et datterselskab, der ejer 75 % af en juridisk person, skal moderselskabet anses for indirekte at eje 56 % af den juridiske person. I relation til *stemmeandele* skal der i hvert enkelt led i en kæde af selskaber opgøres, om der er rådighed over en stemmemajoritet i næste led i kæden.⁶¹ Hvis dette er tilfældet, skal alle de stemmer, som datterselskabet i kædens næste led har rådighed over, medregnes. I modsat fald skal ingen af stemmerne medregnes. Hvis f.eks. et moderselskab råder over 60 % af stemmerne i et datterselskab, skal 100 % af datterselskabets stemmer i en juridisk person medregnes til moderselskabet. Hvis moderselskabet i stedet kun har 40 % af stemmerne i et datterselskab, skal 0 % af datterselskabets stemmer i en juridisk person medregnes til moderselskabet.

Ad Koncernforbundne selskaber

En skattepligtig skal medregne kapital og stemmer, der indehaves af *koncernforbundne selskaber*, jf. LL § 2, stk. 2, 2. pkt. Reglen finder *kun* anvendelse ved vurderingen af, om et (moder)selskab udøver bestemmende indflydelse over et (datter)selskab. Udtrykket "koncernforbundne selskaber" er defineret i LL § 2, stk. 3 (koncernforbundne juridiske personer), jf. nedenfor i kapitel 1.3.2.5.3.

Ad personlige aktionærer og deres nærtstående

En skattepligtig skal medregne kapital og stemmer, der indehaves af *personlige aktionærer og deres nærtstående*, jf. LL § 2, stk. 2, 2. pkt. Reglen finder *kun* anvendelse ved vurderingen af, om et (moder)selskab udøver bestemmende indflydelse over et (datter)selskab. Dette fremgår ikke klart af loven, mens skyldes, at hele 2. pkt. blev indsat som erstatning for den oprindelige henvisning til SEL § 32, stk. 1, 2.-3. pkt.⁶² Den relevante personkreds består følgelig af "personlige aktionærer og deres nærtstående" i moderselskabet. Denne personkreds er defineret i LL § 16 H, stk. 6. Det er kun kapital og stemmer fra personlige aktionærer mv., som alene eller i fællesskab med nærtstående kontrollerer moderselskabet, som skal medregnes ved afgørelsen af, om moderselskaber har bestemmende indflydelse over datterselskabet.⁶³ Kontrol i denne forbindelse fordrer, at der direkte eller indirekte skal ejes mere end

50 % af kapitalen eller rådes over mere end 50 % af stemmerne i moderselskabet.

Ad fonde og trusts

En skattepligtig skal medregne kapital og stemmer, der indehaves af en *fond eller trust* stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, nærtstående mv. eller af *fonde eller trusts stiftet af disse*, jf. LL § 2, stk. 2, 2. pkt. Reglen finder *kun* anvendelse ved vurderingen af, om et (moder)selskab udøver bestemmende indflydelse over et (datter)selskab.

Ad nærtstående personer

En skattepligtig skal medregne kapital og stemmer, der indehaves af en person omfattet af KSL § 1 eller et dødsbo omfattet af DL § 1, stk. 2, i fællesskab med nærtstående eller i fællesskab med en fond eller trust stiftet af den skattepligtige eller dennes nærtstående eller fonde eller trusts stiftet af disse, jf. LL § 2, stk. 2, 4. pkt. Reglen finder *kun* anvendelse ved vurderingen af, om en fysisk person udøver bestemmende indflydelse over et selskab efter LL § 2, stk. 1, nr. 2.⁶⁴ Udtrykket nærtstående er udtømmende defineret som den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer, jf. i LL § 2, stk. 2, 5. pkt.⁶⁵ Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med oprindeligt slægtskabsforhold, jf. i LL § 2, stk. 2, 6. pkt.

Anvendelsen af udtrykket "i fællesskab med" indebærer, at der kun skal medregnes kapital og stemmer til fysiske personer, som selv ejer aktier eller råder over stemmer i et selskab.⁶⁶ En person, som er nærtstående til indehaveren af 100 % af kapitalen/stemmerne i et selskab, skal derfor *ikke* anses for at udøve bestemmende indflydelse over et selskab efter LL § 2, stk. 1, nr. 2. Dispositioner mellem en sådan nærtstående og selskabet er følgelig ikke omfattet af LL § 2. Hvis den nærtstående person imidlertid ejer blot 1 % af kapitalen eller stemmerne, skal vedkommende medregne de resterende 99 % og vice versa. Betingelsen om, at ejerskabet/rådigheden skal ske "i fællesskab med", hidrører fra LL § 16 H, hvor den forekommer logisk, idet en person ikke skal CFC-beskattes, hvis vedkommende ikke selv ejer aktiekapital i et CFC-selskab. I forhold til LL § 2 giver betingelsen imidlertid mindre mening, idet loven herved ikke finder anvendelse på dispositioner mellem et selskab og en nærtstående til ejeren af selskabet. Som følge af ordlyden af LL § 2 og den klare sammenhæng med LL § 16 H er det imidlertid ikke muligt at bortse herfra. I skattemyndighedernes vejledning om oplysningspligt fra 2000 gives der udtryk for samme retsopfattelse.⁶⁷ I praksis kan der spores en betydelig usikkerhed om dette aspekt af LL § 2, og bestemmelsen er i en række sager fortolket således, at den kan finde anvendelse i forhold til personer, som ikke selv ejer kapital eller stemmer i selskabet.⁶⁸ Spørgsmålet er dog ikke blevet direkte adresseret i nogle af disse sager.

Ad visse andre selskabsdeltagere

En skattepligtig skal medregne kapital og stemmer, der indehaves af andre *selskabsdeltagere*, med hvem selskabsdeltageren har en *aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse*, jf. LL § 2,

⁶⁰ Jf. pkt. 7.2.2.1 i cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997, som afløste pkt. 7.2.2.1 i cirkulære nr. 183 af 11. december 1995.

⁶¹ Jf. pkt. 7.2.2.2 i cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997, som afløste pkt. 7.2.2.2 i cirkulære nr. 183 af 11. december 1995.

⁶² Jf. § 11, nr. 1, i lov nr. 458 af 9. juni 2004.

⁶³ Jf. § 1 nr. 10, i L 118 af 6. december 1995 (lov nr. 487 af 12. juni 1996).

⁶⁴ LL § 2, stk. 2, 4. pkt., har således afløst en henvisning til LL § 16 H, stk. 6, jf. § 11, nr. 1, i lov nr. 458 af 9. juni 2004.

⁶⁵ På baggrund heraf blev to fætre i SKM2014.153.SR ikke anses for at være nærtstående.

⁶⁶ Jf. Jens Wittendorff: Armlængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 361 f, Henrik Dam: Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering, p. 283, og Christian Homilius, TfS 1999, 810.

⁶⁷ Jf. pkt. 2.5.1 (figur 28) i Transfer pricing: kontrollerede transaktioner; oplysningspligt, Told- og Skattestyrelsen, 2000.

⁶⁸ Jf. SKM2016.59.VLR, SKM2015.396.VLR, SKM2014.708.ØLR, TfS 2012, 324 BR/SKM2012.179, TfS 2008, 650 BR/SKM2008.238, TfS 2007, 357 LSR/SKM2007.111 og TfS 2006, 331 LSR/SKM2006.103.

stk. 2, 3. pkt. Reglen finder anvendelse, uanset om den skattepligtige er en fysisk person eller en juridisk person. Med denne regel kan LL § 2 også finde anvendelse i visse tilfælde af *de facto*-kontrol.

En person vil kun kvalificere som *selskabsdeltager*, hvis vedkommende ejer aktier eller råder over stemmerettigheder i selskabet.⁶⁹ Der skal foreligge en aftale mellem selskabsdeltagerne,⁷⁰ og denne aftale skal regulere udøvelsen af fælles bestemmende indflydelse over selskabet. Aftalen kan være mundtlig eller skriftlig. Eksistensen af en selskabsaftale er ikke i sig selv tilstrækkelig til at bringe reglen i anvendelse. Ifølge forarbejderne skal der derimod foretages en konkret vurdering, hvor der bl.a. kan tages hensyn til, om aftalen medfører.⁷¹

“1) Fælles råden over flertallet af stemmerne, 2) fælles udnævnelse eller afsættelse af et flertal af medlemmerne i selskabets øverste ledelsesorgan eller 3) fælles bestemmende indflydelse over selskabets driftsmæssige og finansielle ledelse”.

Ifølge forarbejderne kvalificerer bestemmelser om forkøbsret ved salg og om begrænsninger i pantsætningsadgangen ikke. Ifølge Skatterådet medfører generelle hensigtserklæringer i en aktionæroveenskomst vedrørende udbyttepolitikken, den driftsmæssige/finansielle ledelse og om et eventuelt salg *ikke*, at der foreligger en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse.⁷² Særligt i forhold til kapitalfonde nævner forarbejderne følgende eksempler på aftaleemner, som kan bringe reglen i anvendelse:

“1) Krav til minimumsinvestering/ejerandel og eventuelt om deltagelse i fremtidige kapitalforhøjelser for at finansiere yderligere opkøb, 2) ret til at kunne kræve at sælge på samme vilkår som en sælgende aktionær og pligt til at skulle sælge på samme vilkår som en sælgende aktionær (såkaldt tag along & drag along), 3) enighed om den fælles strategi med investeringen (investeringshorisont, eventuel foretrukken exitmåde), 4) aftale om fælles udpegning af bestyrelsesmedlemmer og bestyrelsens virke (bestemmelser, som typisk forekommer i bestyrelsens forretningsorden om møder, quorum, flertalsregler, krav til kvalificerede flertal i visse beslutninger m.v.), 5) retningslinjer for strategien for den købte virksomhed”.

På grundlag af lovens ordlyd og dens forarbejder vil reglen ikke nødvendigvis finde anvendelse, selv om der foreligger et joint venture eller lignende. En selskabsaftale behøver således ikke at indeholde regler for udøvelsen af fælles bestemmende indflydelse over selskabet. I vedtægterne kan der i stedet være optaget bestemmelser om quorum og majoritet for forskellige typer af beslutninger. Hvis selskabsdeltagerne på grundlag heraf individuelt udnytter deres stemmerettigheder på generalforsamlingen, vil der ikke foreligge en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse.⁷³ Selskabsdeltagerne vil blot udøve den indflydelse, som deres respektive ejer-/stemmeandele afstedkommer. Der kan således ikke sættes lighedstegn mellem situationer, hvor selskabsdeltagere i fællesskab udøver bestemmende indflydelse over et selskab, og

situationer, hvor selskabsdeltagere udøver en fælles bestemmende indflydelse over et selskab.

Bestemmelsen finder kun anvendelse i forhold til interessefællesskaber omfattet af LL § 2, stk. 1, nr. 1 og 2. Den er derfor uden betydning ved vurderingen af, om to selskaber er koncernforbundne, jf. LL § 2, stk. 1, nr. 3.⁷⁴

1.3.2.5.3 Koncernforbundne selskaber

Udtrykket “koncernforbundet” i LL § 2, stk. 1, nr. 3, er defineret i LL § 2, stk. 3, hvorefter selskaber kan være koncernforbundne på to måder. Begrebet har indirekte betydning for LL § 2, stk. 1, nr. 1 og 2, idet et selskab skal medregne kapitel og stemmer fra koncernforbundne selskaber, jf. LL § 2, stk. 2, 2. pkt.

Selskaber er koncernforbundne, hvis *samme kreds af selskabsdeltagere* har *bestemmende indflydelse* i begge selskaber, jf. LL § 2, stk. 3, 1. led. Dette koncernbegreb er identisk med det, der findes i KGL § 4, stk. 2, hvorefter samme aktionærkreds direkte eller indirekte skal eje mere end 50 % af aktiekapitalen eller råde over mere end 50 % af stemmerne i begge selskaber.⁷⁵ Udtrykket “bestemmende indflydelse” i LL § 2, stk. 3, skal derfor *ikke* fortolkes i overensstemmelse med definition af samme udtryk i LL § 2, stk. 2. *Nærtstående personer* behandles som én aktionær efter stk. 3. Et koncernforbundet selskab kan *kun* være *transparent* i relation til LL § 2, stk. 1, nr. 1, jf. LL § 2, stk. 1, 2. pkt.

Selskaber er endvidere koncernforbundne, hvis de har *fælles ledelse*, jf. LL § 2, stk. 2, 2. led. Selskaber kan således være koncernforbundne, uanset at alle kapital- og stemmeandele er ejet af indbyrdes uafhængige personer. Den nærmere afgrænsning af begrebet “fælles ledelse” er usikker.

1.3.2.5.4 Juridisk person

LL § 2, stk. 1, nr. 1 - 3, gælder for kontrollerede transaktioner med “juridiske personer”. I loven og forarbejderne findes der ingen definition af dette udtryk. Et retssubjekt med selvstændig skattesubjektivitet er utvivlsomt omfattet af udtrykket. Dette må være tilfælde, uanset at retssubjektet er skattefritaget efter SEL § 3.⁷⁶ Hvorvidt et retssubjekt uden selvstændig skattesubjektivitet kan kvalificeres som et “juridisk person” er mere tvivlsomt, idet lovgiver har givet udtryk for, at udtrykket kun omfatter selskaber m.v., der udgør et “selvstændigt skattesubjekt”.⁷⁷ Skatterådet har imidlertid afgjort, at en selvejende statsinstitution udgjorde en “juridisk person”, uanset at institutionen formentlig var omfattet af SEL § 3, stk. 1, nr. 1, og dermed uden selvstændig skattesubjektivitet.⁷⁸

For et *skatteretligt transparent personselskab* skal LL § 2 anvendes på deltagniveau.⁷⁹ I relation til LL § 2, stk. 1, nr. 1, og stk. 3, omfatter udtrykket “juridisk person” imidlertid også skattemæssigt transparente personselskaber, hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt, jf. LL § 2, stk. 1, 2. pkt. Formålet hermed er at sikre, at kapitalfonde orga-

⁶⁹ Jf. TfS 2010, 403 SR/SKM2010.240. Afgørelsen er kommenteret af Jens Wittendorff, SR-Skat, 2010, p. 221 ff.

⁷⁰ Jf. SKM2014.657.LSR og SKM2014.153.SR.

⁷¹ Jf. bemærkningerne til § 6, nr. 6, 02, i betænkning afgivet den 22. marts 2006 til L 116 af 14. december 2005.

⁷² Jf. TfS 2009.634 SR/SKM2009.286.

⁷³ Jf. SKM2014.18.SR.

⁷⁴ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 364 f.

⁷⁵ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 365 ff.

⁷⁶ Jf. SKM2015.76.LSR, hvor en kommune blev anset for at være omfattet af udtrykket. Ifølge et bindende ligningssvar var en kommune derimod ikke omfattet af udtrykket “juridisk person” i LL § 2, stk. 1, da kommunen ikke ansås for at være skattepligtig i henhold til SEL §§ 1-3, jf. utrykt bindende ligningssvar af 22. juni 2005 afgivet af ToldSkat Selskabsrevisionen i Aarhus.

⁷⁷ Jf. pkt. 1.A.2 i de almindelige bemærkninger til L 116, 2005/2006.

⁷⁸ Jf. SKM2008.107.SR.

⁷⁹ Jf. TfS 2003, 44 LSR/SKM2002.655 og TfS 1999, 976 LR.

niseret i kommanditselskabsform mv. omfattes af reglerne om transfer pricing, tynd kapitalisering og rentekildeskatt.⁸⁰ Følgende kumulative betingelser skal være opfyldt, for at loven finder anvendelse: 1) eksistensen af et selskab mv., 2) selskabets forhold skal være reguleret af selskabsretlige regler mv., og 3) selskabet skal være transparent efter dansk skatteret. *Retsfølgen* af reglen er for det første, at transaktioner mellem et dansk (datter)selskab og et transparent (moder)personselskab, der udøver en bestemmende indflydelse over det danske selskab, vil være omfattet af LL § 2, stk. 1, nr. 1. Dette betyder *ikke*, at det transparente personselskab som sådan er omfattet af LL § 2, idet pligtsubjektet er det danske selskab. For det andet medfører reglen, at der ved vurderingen af, om et (moder)selskab efter LL § 2, stk. 1, nr. 1, udøver bestemmende indflydelse over et (datter)selskab, skal *medregnes* kapital og stemmer, der indehaves af et koncernforbundet transparent personselskab, jf. LL § 2, stk. 3. Et transparent personselskab kvalificerer derimod *ikke* som en "juridisk person" efter LL § 2, stk. 1, nr. 3.⁸¹

1.3.2.6 Retsfølgen

1.3.2.6.1 Generelt

LL § 2 indeholder *ikke* en beskrivelse af retsfølgen af, at armslængdeprincippet ikke er iagttaget. Retsfølgen kan utvivlsomt bestå i en *priskorrektion*, hvor den faktiske pris erstattes af en armslængdepris. En priskorrektion har virkning for begge aftalparter, forudsat at de er omfattet af LL § 2. I LL § 2, stk. 1, er der kun hjemmel til at foretage korrektion af de skatteyder, som direkte er parter i den kontrollerede transaktion, og som udveksler real- og pengeydelse med hinanden.⁸² Eventuelle aktionærer i selskaber, der har afsluttet en kontrolleret transaktion, anvender således ikke "priser og vilkår" for "handelsmæssige eller økonomiske transaktioner", og kan derfor ikke korrigeres efter LL § 2, stk. 1.

Der skal foretages korrektion, uanset om en kontrolleret transaktion har medført en indkomstreduktion eller -forhøjelse for den enkelte skatteyder.⁸³ Selv om korrektionssystematikken med en primær korrektion (indkomstforhøjelse) og korresponderende korrektion (indkomstnedsættelse) ikke omtales i LL § 2, må en indkomstforhøjelse hos en person derfor modsvares af en indkomstnedsættelse hos en anden person.⁸⁴ En eventuel sambeskatning mellem de involverede skatteyder efter SEL §§ 31 eller 31 A har ingen betydning for anvendelsen af LL § 2.⁸⁵

En korrektion skal efter LL § 2 gennemføres i forhold til prisen for den kontrollerede transaktion og ikke den skattepligtige indkomst. Uanset hvilken metode der er anvendt ved armslængdetesten, skal en korrektion derfor være rettet mod den specifikke indkomst-

komponent, dvs. at en korrektion må orienteres mod en specifik transaktion. LL § 2 fungerer som supplement til den øvrige materielle skattelovgivning, hvorfor de skatteretlige virkninger af en korrektion må udledes heraf. Hvis en kontrolleret transaktion f.eks. består i levering af en tjenesteydelse, vil den ved en korrektion frembragte indkomst derfor være omfattet af SL §§ 4-6. Hvis der er solgt et skatterelevant anlægsaktiv, vil indkomsten i stedet påvirke afståelses- og anskaffelsessummerne. Selv om en priskorrektion principielt alene indebærer en omfordeling af indkomst, kan en korrektion udløse beskatning, hvis indkomsten er skattepligtig for sælger, mens der for køber er tale om en ikke-fradragsberettiget omkostning.

Hvis skattemyndighederne konstaterer, at betingelserne for korrektion er opfyldt, består der en pligt til *ex officio* at foretage korrektion.⁸⁶ På grundlag heraf har skatteyderne i princippet et retskrav på en skatteansættelse baseret på LL § 2.⁸⁷ Skatteyderne kan dog ikke *selv* bringe LL § 2 i anvendelse.⁸⁸ Skatteyderne har således ikke i almindelighed adgang til med skatteretlig virkning at foretage en *bagudrettet justering* af prisen for en kontrolleret transaktion. Hvis der er handlet i strid med armslængdeprincippet, må reglerne om selvangivelsens genoptagelse derfor iagttages, jf. SFL §§ 26 og 27. Hvis dette ikke sker, må en prisjustering foretaget af skatteyderne behandles som en selvstændig transaktion med nye skatteretlige følger. Hvis der imidlertid findes et civilretligt grundlag for at integrere en bagudrettet prisjustering med en tidligere transaktion, kan den behandles som et vilkår for den oprindelige transaktion.⁸⁹

LL § 2 indeholder ikke hjemmel til korrektion efter princippet om rette indkomstmottager.⁹⁰ Princippet om rette indkomstmottager vedrører således spørgsmålet, hvilket skattesubjekt der skal medregne en given indkomst, mens armslængdeprincippet vedrører spørgsmålet om størrelsen af indkomsten. Der kan derfor ikke opstå regelkonflikt mellem LL § 2 og princippet om rette indkomstmottager. Konturerne mellem priskorrektion og korrektion af rette indkomstmottager kan dog til tider være slørede.⁹¹ Som eksempel herpå kan nævnes TfS 2015, 624 V/SKM2015.396.VLR, hvor tredjemand havde leveret vinduer og døre til ægtefællen til en eneanpartshaver i et selskab, mens fakturaren herfor var stilet til og betalt af selskabet. Ifølge byretten forelå der ikke en kontrolleret transaktion, idet den ene part i transaktion var en uafhængig tredjemand. Der var i stedet tale om et tilfælde, der skulle afgøres efter princippet om rette indkomstmottager (omkostningsbærer). Ifølge landsretten forelå der derimod en kontrolleret transaktion mellem selskabet og ægtefællen. Selskabet blev således anset for at have købt materialet fra tredjemand og videresolgt det til ægtefællen.

⁸⁰ Jf. de almindelige bemærkninger til L 116 af 14. december 2005.

⁸¹ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 336 f.

⁸² Jf. SKAT's anbringender for landsretten i TfS 2015, 930 H/SKM2015.717. På baggrund heraf forekommer resultatet af TfS 2008, 296 LSR/SKM2007.903 at være tvivlsomt, idet et selskabs udlejning af en lejlighed til hovedaktionærens datter blev behandlet som en kontrolleret transaktion mellem selskabet og hovedaktionæren. Se tilsvarende Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.B.3.5.3.3.

⁸³ Jf. L 101 af 2. juni 1998 - bilag 8.

⁸⁴ I TfS 2015, 810 BR/SKM2015.578 blev en skatteyder nægtet genoptagelse af selvangivelse med henblik på en korresponderende korrektion, idet skatteyderen ikke havde dokumenteret at have lidt et tab.

⁸⁵ Jf. TfS 2003, 584 LSR/SKM2003.283.

⁸⁶ Jf. FOB 1973.50 i relation til den dagældende SEL § 12.

⁸⁷ Jf. Jan Pedersen: Transfer pricing - i international skatteretlig belysning, p. 278.

⁸⁸ Jf. TfS 2010, 664 V/SKM2010.455. Dommen er kommenteret af Jens Wittendorff, SR-Skat, 2010, p. 228 ff, og Jan Pedersen, RR 2011 SM 10.

⁸⁹ Eigil Lego Andersen: Gavebegrebet, p. 246 ff og 635 ff, Aage Michelsen, RR 1998 SM 339 ff, og Jan Pedersen, RR 2003 SM 312.

⁹⁰ Jf. TfS 2015, 930 H/SKM2015.717, TfS 2007, 47 LSR/SKM2006.667, SKM2006.45.ØLR, TfS 2001, 771 LSR/SKM2001.370, TfS 2001, 770 LSR/SKM2001.371 (delvist ændret ved TfS 2002, 153 LSR/SKM2002.23), TfS 2001, 769 LSR/SKM2001.368 og TfS 2001, 176 LSR/SKM2001.38. Se Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 316 ff og 390 f, med henvisninger. Modsat behandler OECD korrektion af rette indkomstmottager som værende omfattet af armslængdeprincippet, jf. pkt. 6.68 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

⁹¹ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 316 ff.

Landsret overså imidlertid, at der under alle omstændigheder ikke forelå en kontrolleret transaktion, idet ægtefællen ikke selv ejede anparten i selskabet, jf. ovenfor i kapitel 1.3.2.5.2.

LL § 2 må hævdes heller ikke at indeholde hjemmel til dispositionskorrektur, der må foretages præjudicielt forud for en priskorrektur.⁹² I TfS 2012, 151 H/SKM.2012.92 udtalte Højesteret, at der med hjemmel i LL § 2 bl.a. kan foretage korrektur af den "retlige kvalifikation" af en transaktion. Dette udsagn har givet anledning til debat om, hvorvidt LL § 2 giver hjemmel til dispositionskorrektur.⁹³ Skattemyndighederne har dog fortolket dommen sådan, at præmisserne kun omtaler vilkårskorrektur.⁹⁴ Dette resultat er konformt med højesteretspraksis i bl.a. Tyskland⁹⁵ og Finland,⁹⁶ hvor armslængdeprincippet heller ikke anses for at give hjemmel til dispositionskorrektur. Dette skal ses i lyset af, at koncerndannelse normalt sker for at realisere økonomiske fordele ved at internalisere transaktioner, når markeder herfor er imperfekt.⁹⁷ Koncerner kan herved indgå aftaler og udvise en adfærd, der ikke eksisterer mellem uafhængige parter, der er henvist til markedet.⁹⁸ Armslængdeprincippet fordrer generelt ikke, at koncernforbundne selskabers adfærd er sammenlignelig med uafhængige selskabers adfærd, blot at priserne for kontrollerede transaktioner er markedskonforme. På baggrund heraf kan uafhængige selskabers adfærd ikke anvendes som målestok for koncernforbundne selskaber.⁹⁹ Allerede Thøger Nielsen fremførte, at strukturejendommeligheder i koncernforhold normalt måtte anerkendes skatteretligt, således at et selskab efter hele sin tilblivelse og baggrund kunne tjene formål, som ikke uden videre gjorde det helt sammenligneligt med andre virksomheder inden for branchen.¹⁰⁰

1.3.2.6.2 Primær korrektur

Hvis en skatteyder har solgt en vare mv. for en lavere pris end armslængdeprisen, eller købt en vare mv. til en højere pris end armslængdeprisen, kan skattemyndighederne efter LL § 2, stk. 1, foretage en *primær* korrektur i form af en indkomstforhøjelse.¹⁰¹ En primær korrektur forudsætter *ikke*, at der er - eller vil blive - foretaget en korresponderende korrektur. I relation til internationale transaktioner kan den udenlandske skattemyndighed således være uenig i den primære korrektur, hvorved der kan opstå dobbeltbeskatning.

1.3.2.6.3 Korresponderende korrektur

En korresponderende korrektur efter LL § 2, stk. 1, er *betinget af*, at der er foretaget en primær korrektur af modparten, jf. LL § 2, stk. 6, 1. punktum.¹⁰² I loven anvendes noget misvisende udtrykket "korresponderende forhøjelse" frem for "primær korrektur".

Ordlyden af bestemmelsens 1. punktum tilsiger umiddelbart, at betingelsen finder generel anvendelse, dvs. at den gælder for alle former for transaktioner, og uanset om en korresponderende korrektur har karakter af en fiksering eller beskæring.¹⁰³ Ved 2. behandlingen blev bestemmelsen imidlertid tilføjet 2. punktum, hvorefter: "Det er en forudsætning for forhøjelse af anskaffelsessum, at der foretages en korresponderende ansættelse af den anden part". Ifølge betænkningen var 2. punktum udtryk for en *udvidelse* i forhold til 1. punktum.¹⁰⁴ Dette kan kun fortolkes sådan, at 1. punktum *ikke* finder generel anvendelse. Spørgsmålet er herefter, hvilke situationer, der ikke omfattes af 1. punktum. Det kan konstateres, at 2. punktum *kun* finder anvendelse på fikseringer ("forhøjelse") og overdragelser af aktiver og passiver ("anskaffelsessum"). Det følger modsætningsvist heraf, at 1. punktum *ikke* finder anvendelse på fiksering og/eller overdragelser af aktiver/passiver. I forarbejderne til 1. punktum fremgår det klart, at bestemmelsen finder anvendelse i tilfælde af fiksering.¹⁰⁵ På baggrund heraf må det konkluderes, at 1. punktum *ikke* finder anvendelse på overdragelser af aktiver og passiver. Efter LL § 2, stk. 6, må der derfor sondres mellem, om en kontrolleret transaktion omhandler en tjenesteydelse, der reguleres af 1. punktum, eller en overdragelse af et aktiv eller passiv, der reguleres af 2. punktum. Hvor 1. punktum omhandler korresponderende korrektur i form af både fiksering og beskæring, finder 2. punktum *kun* anvendelse i tilfælde af fiksering. Hvis en skatteyder derfor sælger et aktiv til overpris, begrænser LL § 2, stk. 6, ikke muligheden for at opnå en korresponderende korrektur i form af en "nedsættelse af afståelsessummen" til armslængdeprisen.

Bestemmelsen finder anvendelse i forhold til både nationale og internationale transaktioner. Loven må forstås sådan, at der højst kan opnås korresponderende korrektur med et beløb svarende til den primære korrektur. Der er ikke opstillet krav om, at den indkomst, som er genstand for korrektur, undergives samme periodisering eller materielle skattemæssige behandling hos modparten.

For transaktioner med udenlandske personer og faste driftsteder er det endvidere en betingelse, at den "korresponderende indkomst" medregnes ved indkomstopgørelsen i den fremmede stat. Denne betingelse har alene karakter af en *dokumentationsregel*. Ifølge LL § 2, stk. 6, er der derfor *ikke* krav om, at indkomsten er skattepligtig efter udenlandsk lovgivning. Hverken subjektiv eller objektiv skattefrihed for modparten kan derfor have betydning for adgangen til korresponderende korrektur efter LL § 2, stk. 6. Hvis en skattefrihed efter fremmed ret imidlertid fremkommer gennem en adgang til at overdrage aktiver til bogført værdi, er det mere usikkert, om lovens krav om medregning af indkomsten er opfyldt.¹⁰⁶ I praksis

⁹² Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 313 ff og p. 390 f. Se TfS 2001, 829 LSR/SKM2001.407.

⁹³ Jf. Jens Wittendorff, International Transfer Pricing Journal, vol. 19, 2012, p. 217 ff, Jan Pedersen, RR, 2012, SM 146, id., Skatteretten 2 (2015), p. 392, og Aage Michelsen, RR, 2013, SM 2.

⁹⁴ Jf. skattemyndighedernes procedure i TfS 2015, 930 H/SKM2015.717.

⁹⁵ Jf. Bundesfinanzhofs dom af 11. oktober 2012, I R 75/11, Internationales Steuerrecht, 2012, p. 109.

⁹⁶ Jf. Högsta förvaltningsdomstols dom af 3. juli 2014, KHO 2014:119.

⁹⁷ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 52 f.

⁹⁸ Jf. pkt. 1.11 og 1.67 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

⁹⁹ Jf. pkt. 9.163 og 9.171-9-174 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁰⁰ Jf. Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning I, p. 197 ff, og Indkomstbeskatning II, p. 399 ff.

¹⁰¹ En primær korrektur kan fra den 15. august 2011 gennemføres uden en godkendelse fra Kontoret for International Selskabsbeskatning, jf. TfS 2011, 715 SKAT/SKM2011.517.

¹⁰² Betingelsen er gældende for indkomstår, der blev påbegyndt den 1. januar 2007 eller senere, jf. § 16, stk. 6, i lov nr. 343 af 18. april 2007.

¹⁰³ Jf. ovenfor i kapitel 1.2.4.1.

¹⁰⁴ Jf. bemærkningerne til ændringsforslag nr. 22 i betænkning afgivet den 21. marts 2007 til L 110 af 13. december 2006.

¹⁰⁵ Jf. bemærkningerne til § 6, nr. 3, i L 110 af 13. december 2006.

¹⁰⁶ Jf. bemærkningerne til ændringsforslag nr. 22 i betænkning afgivet den 21. marts 2007 til L 110 af 13. december 2006.

behandles anmodninger om korresponderende korrektioner vedrørende internationale transaktioner af Kontoret for International Selskabsbeskatning, uanset at den centrale godkendelsesordning er ophævet.¹⁰⁷

For indkomstår forud for 2007 har skatteyderne et retskrav på korresponderende korrektion, uanset om der er foretaget en primær korrektion eller ej.

1.3.2.6.4 Betalingskorrektion

En korresponderende korrektion efter LL § 2, stk. 1, kan udløse en sekundær korrektion hos skatteyderen, jf. ovenfor i kapitel 1.2.4.3. En skatteyder undgå en sekundær korrektion ved at forpligte sig til *betaling* i overensstemmelse med armslængdeprincippet, jf. LL § 2, stk. 5.¹⁰⁸ Den økonomiske fordel, som den kontrollerede transaktion har tilført skatteyderen, skal således føres tilbage til modparten. Bestemmelsen supplerer reglerne om skatteforbehold og omgørelse, jf. SFL §§ 28 og 29. I koncernforhold er behovet for betalingskorrektion aftaget efter introduktionen af SEL § 31 D om skattefri tilskud, hvorfor bestemmelsen hovedsagligt har betydning i hovedaktionærforhold, hvor maskeret udbytte og tilskud er skattepligtige.

En betalingskorrektion har ifølge lovens ordlyd umiddelbart kun virkning for den skatteyder, som er direkte part i den kontrollerede transaktion ("den skattepligtige"). En priskorrektion kan imidlertid også udløse korrektion hos andre skatteydere, herunder aktionærerne i selskaber, der er parter i en kontrolleret transaktion.¹⁰⁹ Når en betalingskorrektion indebærer, at den økonomiske fordel, som har udløst den sekundære korrektion, tilbagebetales, må en formålsfortolkning af bestemmelsen medføre, at en den også har virkning for aktionærer mv.¹¹⁰

For at undgå en sekundær korrektion skal der ved en *indenlandsk* transaktion være fire betingelser opfyldt, mens der ved en *grænseoverskridende* transaktion skal være fem betingelser opfyldt, jf. nedenfor.

Ad Korrektion efter LL § 2, stk. 1

En betalingskorrektion forudsætter, at der er foretaget en priskorrektion af skatteyderen efter LL § 2, stk. 1.¹¹¹ Begrebsmæssigt kan denne korrektion kun have karakter af en *korresponderende korrektion*, idet en sekundær korrektion foretages hos den part, der har modtaget en økonomisk fordel.¹¹² Hvis der foretages en primær korrektion hos et dansk selskab i forbindelse med en kontrolleret transaktion med et udenlandsk selskab, kan der følgelig ikke foretages betalingskorrektion, idet der ikke korresponderende korrektion efter LL § 2, stk. 1.¹¹³ En priskorrektion foretaget med anden hjemmel end LL § 2, stk. 1, berettiger dog antageligt til betalingskorrektion, forudsat at transaktionen er omfattet af LL § 2, stk. 1.¹¹⁴

Ad Betalingsforpligtelse

Skatteyderen skal påtage sig en *forpligtelse* til betaling i overensstemmelse med armslængdeprincippet, dvs. at den økonomiske fordel skal tilbagebetales.¹¹⁵ Forpligtelsen skal normalt påtages over for modparten i den kontrollerede transaktion.¹¹⁶ Betalingsforpligtelsen skal være uforbeholden og påtages i tilknytning til gennemførelsen af korrektionen efter LL § 2, stk. 1. Forpligtelsen kan dog gøres afhængig af resultatet af klageforløb¹¹⁷ og af, at forpligtelsen accepteres af SKAT.¹¹⁸ Forpligtelsen skal formentlig blot være påtaget senest på tidspunktet for en påklage eller for udløbet af klagefristen til rekursmyndigheden. En påklage af korrektionen udskyder ikke tidspunktet for påtagelsen af betalingsforpligtelsen. Har skattemyndighederne undladt at vejlede skatteyderen om adgangen til betalingskorrektion, suspenderes fristen for påtagelsen heraf.¹¹⁹ Hvis betalingsforpligtelsen er påtaget rettidigt, har skatteyderen krav på at få indkomstansættelsen genoptaget, således at den sekundære korrektion bortfalder.¹²⁰

Ad Armslængdekrav til betalingsforpligtelse

Betalingsforpligtelsen skal iagttage armslængdeprincippet i LL § 2, stk. 1, jf. LL § 2, stk. 5, 2. pkt. Denne betingelse blev indført i

¹⁰⁷ Jf. TfS 2011, 715 SKAT/SKM2011.517.

¹⁰⁸ LL § 2, stk. 5, har virkning for korrektioner, der foretages fra den 28. juni 1998.

¹⁰⁹ Jf. Landsskatterettens afgørelse i TfS 2002, 336 V/SKM2002.194. Se Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 397 ff.

¹¹⁰ I TfS 2008, 296 LSR/SKM2007.903 anerkendte Landsskatteretten, at en hovedaktionær foretog betalingskorrektion vedrørende en kontrolleret transaktion mellem selskabet og hovedaktionærens datter. Transaktionen med selskabet blev dog anset for at være indgået af hovedaktionæren.

¹¹¹ Jf. TfS 2015, 930 H/SKM2015.717 og TfS 2015, 209 V/SKM2014.866.

¹¹² Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.D.11.8. Dette forhold overså Østre Landsret i TfS 2005, 126 V/SKM2005.99 og TfS 2012, 587 Ø/SKM2012.457, hvor betalingskorrektioner blev anset for at være betinget af primære korrektioner efter LL § 2, stk. 1.

¹¹³ Et udenlandsk selskab kan dermed blive behandlet skattemæssigt ugunstigt sammenlignet med et dansk selskab, idet et udenlandsk selskab herved ikke har mulighed for at afværge en dansk tilskuds-/udbyttebeskatning. Hvis det udenlandske selskab er hjemmehørende i en andet EU-medlemsstat, må LL § 2, stk. 5, anses for stride mod etableringsfriheden i TEUF artikel 49.

¹¹⁴ Jf. TfS 2008, 296 LSR/SKM2007.903, hvor skatteyderen blev beskattet med hjemmel i LL § 16 A, stk. 10 (nu: stk. 6), men hvor transaktionen var omfattet af LL § 2, stk. 1 (selskabets indkomst var korrigeret med hjemmel i LL § 2, stk. 1). I sagen blev der indrømmet betalingskorrektion med et beløb op til armslængdeværdien efter LL § 2, stk. 1, mens den overskydende del op til værdien efter LL § 16 A, stk. 10, ikke kunne betalingskorrigeres. Se hertil Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 400 ff. I TfS 2012, 587 Ø/SKM2012.457 blev der nægtet betalingskorrektion, hvilket må ses i lyset af, at der ifølge skattemyndighederne ikke var foretaget priskorrektion. Hovedanpartshaveren havde således udført arbejde for selskabet, hvilket var vederlagt ved, at der var stillet en lystbåd til rådighed. Ifølge skattemyndighederne drejede sagen sig udelukkende om værdiansættelsen af rådigheden over lystbåden. Dommen kan derfor ikke anses for at tilsidesætte TfS 2008, 296 LSR.

¹¹⁵ Jf. TfS 2007, 727 H/SKM2007.465, hvor der ikke var adgang til betalingskorrektion for et mindre beløb end armslængdebeløbet.

¹¹⁶ Jf. SKM2014.694.LSR. I TfS 2009, 889 Ø/SKM2009.506 anerkendte Østre Landsret, at en erklæring fra skatteyderens revisor over for SKAT konstituerede en rettidigt påtaget betalingsforpligtelse.

¹¹⁷ Jf. TfS 2000, 740.

¹¹⁸ Jf. TfS 2009, 889 Ø/SKM2009.506.

¹¹⁹ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.D.11.8, SKAT's afgørelse i TfS 2015, 97 LSR/SKM2014.694, Landsskatterettens afgørelse i TfS 2009, 889 Ø/SKM2009.506 og TfS 2004, 314 LSR/SKM2004.125.

¹²⁰ Jf. TfS 2003, 40 LSR/SKM2002.653.

2012, og kan ikke antages at have været gældende tidligere.¹²¹ I forarbejderne karakteriseres betingelsen godt nok som en præcisering, men der findes intet belæg for denne retsopfattelse.¹²² Betingelsen betyder, at betalingsforpligtelsen skal have *samme værdi* som den sekundære korrektion, som forpligtelsen skal ophæve. Betingelsen vil ikke være opfyldt, hvis debitor er insolvent, hvis der ikke er en reel vilje til at gennemføre betalingen, eller hvis forpligtelsen forrentes med en lavere rente end armslængderenten. Hvis der er tvivl om debtors betalingsevne, vil udgangspunktet være, at betalingsforpligtelsen kun kan anses for at være på armslængdevilkår, hvis der er stillet betryggende sikkerhed for betalingen. I SKM2014.694.LSR var betingelserne for betalingskorrektion ikke opfyldt, idet skattemyndigheden var begæret konkurs, hvorved betalingsforpligtelsen ikke ansås for at indebære en reel retlig forpligtelse.

Betalingsforpligtelsen har virkning fra det oprindelige transaktionsstidspunkt, hvorfor der skal beregnes rente fra dette tidspunkt.¹²³ I forarbejderne til loven er der ikke taget stilling til, hvordan forrentningen skal beregnes, herunder om der skal anvendes en fast rente eller en variabel rente. I praksis for rentefiksering i koncernforhold før LL § 2 blev renten fastsat på grundlag af diskontoen på udlånstidspunktet. Dette taler for, at der skal anvendes en fast rente, da det af forarbejderne til LL § 2 fremgår, at praksis for rentefiksering er tilsigtet opretholdt. Ifølge skattemyndighederne skal rentesatsen derimod reguleres i takt med renteændringerne.¹²⁴ Spørgsmålet må anses for at være uafklaret.¹²⁵ Renten er fradragsberettiget for debitor og skattepligtig for kreditor, hvorfor det vil være nødvendigt at genoptage skatteansættelserne for de tidligere indkomstår.

Der var tidligere ikke krav til tidspunktet for, hvornår betalingen blev effektueret. Det nye krav om, at betalingsforpligtelsen skal være på armslængdevilkår, indebærer ifølge forarbejderne, at beløbet skal betales i rimelig tid efter, at der er truffet endelig afgørelse vedrørende skatteansættelsen. En skattemyndighed kan dog som hidtil afvente udfaldet af et klageforløb. Ifølge forarbejderne skal der foreligge en aftale om afvikling af forpligtelsen.¹²⁶ Hvis skattemyndigheden har foretaget et salg til overpris, antages det, at en afviklingsperiode på 1-3 måneder kan accepteres. Hvis der derimod er købt til underpris, kan afviklingen ske over den periode, som uafhængige parter ville aftale ved overdragelse af aktiver af den pågældende art, hvilket efter omstændighederne kan fordrer en kontant betaling.

Ad Betalingsforpligtelse ikke omfattet af LL § 16 E

Betalingsforpligtelsen må ikke være omfattet af LL § 16 E, hvor efter aktionærlån til, og sikkerhedsstillelse for, fysiske personer med enkelte undtagelser skatteretligt omkvalificeres til en hævning uden tilbagebetalingspligt, hvilket i praksis vil sige til udbytte eller løn, jf. LL § 2, stk. 5, 3. pkt.¹²⁷ Betalingsforpligtelsen er udtryk

for en gæld til modparten. Hvis skattemyndigheden derfor er en fysisk person, kan der ikke foretages betalingskorrektion, medmindre betalingsforpligtelsen er påtaget i forbindelse med samhandel mellem aktionæren og selskabet inden for selskabets sædvanlige forretningsområde, og prisdifferencen ligger inden for den normale skønsusikkerhed, jf. LL § 16 H, stk. 1.¹²⁸ Hvis prisdifferencen ligger uden for den normale skønsusikkerhed, kan der foretages en opdeling heraf, således at der kan foretages betalingskorrektion af den del, der ligger inden for den normale skønsusikkerhed.¹²⁹

Ad Udenlandsk primær korrektion

For grænseoverskridende transaktioner er en betalingskorrektion betinget af, at den udenlandske skattemyndighed også har foretaget en beskatning i overensstemmelse med de priser og vilkår, som lægges til grund for den danske korrektion. I grænseoverskridende situationer har LL § 2, stk. 5, kun relevans, hvis den korresponderende korrektion foretages hos den danske skattemyndighed, jf. ovenfor. Bestemmelsen må antages at indebære, at der højst kan opnås betalingskorrektion for et beløb svarende til den primære korrektion hos den udenlandske modpart. Ifølge skattemyndighederne finder bestemmelse også anvendelse i relation til sambeskattede udenlandske selskaber.¹³⁰

1.3.3 Andre korrektionsregler i intern dansk skatteret

I intern dansk skatteret findes der hjemmel til priskorrektion i andre retsregler end LL § 2. Der kan sondres mellem korrektionsregler, hvor armslængdeprincippet i artikel 9, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst er fastsat som allokationsnorm, og andre korrektionsregler, hvor allokationsnormen er mere diffus. Den første kategori består af de *særlige armslængderegler* i KBL § 6 A og TON § 13, der har til formål at forhindre en udhuling af det danske beskatningsgrundlag og sikre en skattemæssig ligestilling af danskejede og udenlandskejede selskaber.¹³¹ Den anden kategori består af de *generelle korrektionsregler* i SL §§ 4-6, kapitalgevinstbeskatningslovene, AL § 45, stk. 3, og EBL § 4, stk. 6.¹³² Den nærmere rækkevidde af korrektionsadgangen efter SL §§ 4-6 er usikker og omstridt. En regelkonflikt mellem disse regler skal løses til fordel for LL § 2, som udgør den centrale korrektionsregel i intern skatteret.

1.4 Armslængdeprincippet

1.4.1 Begrebsindhold

1.4.1.1 Armslængdeprincippet

Armslængdeprincippet supplerer den direkte metode ved vurderingen af, om prisen i en kontrolleret transaktion skatteretligt skal anerkendes. Den autoritative definition af armslængdeprincippet i international skatteret findes i art. 9, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst, jf. ovenfor i kapitel 9.3.1. Indholdet af armslængdeprin-

¹²¹ Lovændringen har virkning for betalingsforpligtelser, der blev påtaget fra og med den 14. august 2012, jf. § 5, stk. 4, i lov nr. 926 af 18. september 2012 (L 199 af 14. august 2012).

¹²² Jf. de almindelige bemærkninger og bemærkningerne til § 1, nr. 1, i L 199 af 14. august 2012.

¹²³ Jf. bemærkningerne til L 101 af 2. juni 1998 og de almindelige bemærkninger til L 199 af 14. august 2012.

¹²⁴ Jf. TfS 2000, 740.

¹²⁵ Jf. Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, p. 262, og Hans Henrik Bonde Eriksen og Kurt Hansen, Betalingskorrektion, Omgørelse, Skatteforbehold, 1. udg., p. 139 ff.

¹²⁶ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 1, i L 199 af 14. august 2012.

¹²⁷ LL § 2, stk. 5, 3. pkt., har virkning for betalingsforpligtelser, der blev påtaget fra og med den 14. august 2012, jf. § 5, stk. 4, i lov nr. 926 af 18. september 2012 (L 199 af 14. august 2012).

¹²⁸ Jf. de almindelige bemærkninger og bemærkningerne til § 1, nr. 1, i L 199 af 14. august 2012.

¹²⁹ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.B.3.5.3.3

¹³⁰ Jf. TfS 2000, 740 og Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.D.11.8.

¹³¹ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 402 ff.

¹³² Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 410 ff.

cippet kan analyseres ved at opdele normen i følgende elementer: 1) den kontrollerede transaktion, som er genstanden for værdiansættelsen, 2) referencetransaktionen, som er målestokken for værdiansættelsen, og 3) værdiansættelsen, som frembringer resultatet.¹³³

Armslængdeprincippet er kendetegnet ved, at den kontrollerede transaktion skal *anerkendes*, sådan som den faktisk er udformet. Det andet særkende ved armslængdeprincippet er, at målestokken for den kontrollerede transaktion - referencetransaktionen - skal være afsluttet mellem indbyrdes *uafhængige parter*. Det tredje særkende knytter sig også til referencetransaktionen, der skal være *sammenlignelig* med den kontrollerede transaktion for så vidt angår alle prisrelevante faktorer. Det fjerde særkende ved armslængdeprincippet er, at måleattributten er *prisen* i transaktionerne. På baggrund heraf medfører armslængdeprincippet en *subjektiv, virksomhedsspecifik* værdi, der afspejler værdien af den overdragne

genstand for netop parterne i den kontrollerede transaktion.¹³⁴ *Motivet* for en kontrolleret transaktion skal ikke påvirke anvendelsen af armslængdeprincippet.¹³⁵ Værdiansættelsen skal foretages ud fra *begge parter synsvinkel*, idet armlængdeprisen er udtryk for den pris, der vil fremkomme ved en forhandling mellem to uafhængige parter med modsatrettede økonomiske interesser.¹³⁶

Det nærmere indhold af armslængdeprincippet er *udfyldt* af OECD Transfer Pricing Guidelines, der udgør en integreret del af OECD's kommentarer til art. 9 i modeloverenskomsten. Disse retningslinjer har en betydelig retsskabende funktion, idet der ofte henvises hertil i korrektionsregler i intern skatteret, ligesom art. 9, stk. 1, i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne skal fortolkes i lyset heraf. I tabellen vises sammenhængen mellem armslængdeprincippets elementer, særkender og de udfyldende regler i OECD Transfer Pricing Guidelines.

Armslængdeprincippet		OECD Transfer Pricing Guidelines
Element	Særkende	Udfyldende regler
Den kontrollerede transaktion	Anerkendelse	Anerkendelse Samlet analyse Separate analyser Modregning Tidsmæssige aspekt
Referencetransaktionen	Uafhængighedskrav	-
	Sammenlignelighedskrav	Sammenlignelighedsanalyse Statslig prisregulering mv.
Værdiansættelse	Pris-/transaktionsbaseret	Metoder Armslængdeintervaller

1.4.1.2 Armslængdeprincippet i komparativ belysning

Grænseoverskridende kontrollerede transaktioner kan udløse økonomisk dobbeltbeskatning, medmindre der mellem de involverede lande er konsensus om: 1) valg af allokeringsnorm, 2) fortolkningen af normen og 3) den konkrete anvendelse af normen. Der er international konsensus om at anvende den direkte metode og armslængdeprincippet som allokeringsnorm for koncernforbundne selskaber. Armslængdeprincippet fortolkes og anvendes imidlertid af nationale myndigheder og domstole, hvilket indebærer risiko for, at princippet udvikler sig i forskellige retninger i intern skatteret. En gennemgang af retspraksis viser, at dette faktisk udgør et problem, idet armslængdeprincippet ikke undergives en konsistent fortolkning landene imellem.¹³⁷ Der er således *ikke* international konsensus om indholdet af armslængdeprincippet.

Den manglende konsensus skyldes bl.a., at retskildeværdien af OECD Transfer Pricing Guidelines ved fortolkningen af interne

korrektionsregler ikke er lige stærk i alle lande. I den ene ende af spektret findes lande som Australien, Norge og Storbritannien, hvor der i de interne korrektionsregler er en direkte og dynamisk reference til OECD Transfer Pricing Guidelines. I lande som Danmark og Holland findes en indirekte og statisk reference hertil i forarbejderne til de interne korrektionsregler. Dette medfører en mindre stærk retskildeværdi, ligesom denne lovgivningsteknik kan skabe usikkerhed om betydningen af ændringer af OECD Transfer Pricing Guidelines for fortolkningen af de interne regler. I en tredje gruppe af lande, som bl.a. omfatter Sverige, har OECD Transfer Pricing Guidelines ingen formel retskildeværdi, men kan dog være tillagt betydning i retspraksis. Endelig findes der i anden ende af spektret lande som USA, hvor armslængdeprincippet gives en intern retlig fortolkning, som i princippet er løsrevet fra OECD Transfer Pricing Guidelines.

¹³³ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 476.

¹³⁴ Jf. TfS 2015, 316 LSR / SKM2015.76. Det materielle udfald af TfS 2008, 541 BR / SKM2008.300 strider mod armslængdeprincippet i LL § 2. Sagen vedrørte udlejningsværdien af en ubebygget grund, som stødte op til hovedaktionærens privatbolig. En syns- og skønsmand havde ansat en objektiv udlejningsværdi af grunden. Landsskatteretten tilsidesatte denne vurdering, som ikke fandtes at være den "relevante markedsleje". For byretten fremførte skatteyderen, at værdien for hovedanpartshaveren var irrelevant, hvilket blev bestridt af skattemyndighederne. Retten valgte at lægge syns- og skønsvurderingen til grund, idet skattemyndighederne og skatteyderen havde været enige om skønstemaet. Dermed fik sagen et udfald, som må betegnes som værende i strid med LL § 2, hvorefter der skal foretages en subjektiv værdiansættelse, jf. redaktionel kommentar i SO 2008, p. 204 f.

¹³⁵ Jf. pkt. 9.181 og 9.182 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹³⁶ Jf. pkt. 1.122, 1.126, 6.112, 6.113, 6.139, 6.157, 7.29, 7.51, 9.63, 9.72, 9.81, 9.84, 9.91, 9.92 og 9.116 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen) og pkt. 108 og 111 i Annex til Kapitel VI heri.

¹³⁷ Jf. Jens Wittendorff, Tax Notes International, vol. 66, 18. juni 2012, p. 1127 ff. Den manglende internationale konsensus drejer sig bl.a. om, hvorvidt der skal foretages en separat eller samlet armslængdetest af flere kontrollerede transaktioner, hvorvidt en armslængdetest kan dække flere indkomstår, hvorvidt en armslængdepris kan fastsættes alene på baggrund af realistiske alternativer til en kontrolleret transaktion og hvorvidt en armslængdetest skal foretages ud fra begge parter synsvinkel.

Den normative karakter af OECD Transfer Pricing Guidelines skaber endvidere i sig selv grobund for, at armslængdeprincippet udvikler sig i forskellig retning.

1.4.1.3 Armslængdeprincippet og andre værdinormer

Der findes ikke ét entydigt økonomisk værdibegreb, og armslængdeprincippet udgør blot én af flere værdinormer. I transfer pricing sager er det derfor vigtigt at holde sig for øje, at der gøres brug af armslængdeprincippet og ikke en anden værdinorm.

Armslængdeprincippet resulterer som omtalt i en *subjektive, virksomhedsspecifik* værdi. Andre værdinormer medfører en *objektiv* værdi, der afspejler værdien for den *gennemsnitlige markedsaktør*. Dette gælder f.eks. *dagsværdien* (fair value), som anvendes i regnskabsretten, og som er defineret som den pris, der ville blive opnået ved salg af et aktiv eller betalt for at overdrage en forpligtelse i en normal transaktion mellem markedsdeltagere på målingstidspunktet (salgspris).¹³⁸ De to normer minder ved første øjekast om hinanden, idet de begge søger at udfinde den pris, der kan opnås mellem uafhængige parter i en markedstransaktion. En væsensforskel mellem dem er imidlertid, at armslængdeprincippet hviler på et sammenlignelighedskrav, hvorefter markedstransaktionen skal være et perfekt spejlbillede af den kontrollerede transaktion for så vidt angår alle prisrelevante faktorer. Dagsværdien opstiller kun et sammenlignelighedskrav til genstanden for værdiansættelsen, idet normen er baseret på et hypotetisk marked, en hypotetisk transaktion og hypotetiske markedsdeltagere. Som følge heraf skal virksomhedsspecifikke forhold som f.eks. stordriftsfordele, synergieffekter og rettigheder ikke påvirker værdiansættelsen. Der tages herved ikke højde for den relativisering af prisen, der finder sted på markeder kendetegnet ved imperfekt konkurrence. Herudover adskiller de to normer sig bl.a. fra hinanden ved, at dagsværdien forudsætter en økonomisk optimal udnyttelse af aktivet (highest and best use principle). Armslængdeprincippet hviler ikke på et sådant princip.¹³⁹ Hvor armslængdeprincippet indebærer en subjektiv, virksomhedsspecifik værdiansættelse, er dagsværdien følgelig udtryk for en *objektiv, markedsbaseret værdiansættelse*.¹⁴⁰ Armslængdeprincippet og dagsværdien er dermed særskilte værdinormer, som afviger fra hinanden på væsentlige områder. En værdiansættelse baseret på de to normer vil følgelig ikke nødvendigvis medføre samme resultater. Dette gælder navnlig for kommercielle aktiver, hvor værdien har karakter af en brugsværdi, som forventes at materialisere sig over en årrække, og som afhænger af den enkelte virksomheds ressourcer og kompetencer. Til denne kategori hører bl.a. immaterielle aktiver.

I de fleste lande findes der i intern skatteret flere værdinormer, herunder et armslængdeprincip og en objektiv, markedsbaseret værdinorm (f.eks. fair market value).¹⁴¹ I dansk skatteret bliver *handelsværdien* anvendt som værdinorm ved siden af armslængdeprincippet. Dette gælder både i situationer, hvor der sker en overdragelse af aktiver og passiver, og hvor der blot skal foretages en værdiansættelse heraf. Begrebsindholdet af handelsværdien er ikke

defineret i *lovgivningen*. Vurderingsloven og dens forarbejder foreskriver dog visse objektive regler for ansættelsen af handelsværdien af fast ejendom. Værdiansættelsescirkulæret indeholder følgende summariske definition: "Ved værdien i handel og vandel forstås det beløb, som aktivet vil kunne indbringe ved et salg i det åbne marked".¹⁴² Ifølge Retssikkerhedsredegørelsen fra 1994 skal der normalt foretages en objektiv værdiansættelse, som hviler på salg til "en gennemsnitlig tredjemand" på et "normalt marked".¹⁴³ I mangel af et egentligt marked skal der, ifølge redegørelsen, foretages en subjektiv værdiansættelse baseret på brugsværdien for den konkrete køber. I *retspraksis* har der ikke udviklet sig en almengyldig begrebsdefinition, men der foretages som hovedregel en objektiv værdiansættelse. For de enkelte kategorier af aktiver er der dog praksis for i bestemte situationer at ansætte en subjektiv værdi. Handelsværdien må således hævdes at være et *relationsbegreb*, hvis nærmere indhold bl.a. afhænger af karakteren af det overdragne aktiv. Dette støttes af, at Højesteret i TfS 2000, 560 H anførte: "Det forhold, at handelsværdien i andre relationer ansættes uden hensyn til sådanne begrænsninger, tvinger ikke til en anden forståelse". Det kan således konstateres, at der i dansk skatteret findes (mindst) to forskellige værdinormer: armslængdeprincippet og handelsværdien. Forskellen mellem de to normer illustreres af TfS 2011, 171 H/SKM2011.15, hvor *handelsværdien* af en kontrollerende aktiepost i relation til SEL § 11 om tynd kapitalisering blev fastsat på baggrund af kursen for børsnoterede minoritetsaktier, uanset at skatteyderen kort tid før måletidspunktet havde købt aktierne fra en uafhængig part til en væsentlig højere kurs. I denne situation svarede *armslængdeværdien* alt andet lige til købsprisen fra tredjemand.¹⁴⁴

I dansk skatteret er der i øvrigt tradition for at anvende *skematiske* regler ved værdiansættelser. Dette gælder bl.a. for goodwill, aktier, gældsbeholdninger, overdragelse og udlejning af fast ejendomme og rentefiksering. I TfS 2004, 903 H/SKM2005.5 om lejefiksering afgjorde Højesteret, at en korrektion foretaget på baggrund af den såkaldte 8 %-regel var i strid med LL § 2. I forhold til de skematiske regler i LL § 16 om personalegoder kan der opstå den situation, at en hovedaktionær skal beskattes af én værdi opgjort efter LL § 16, mens selskabet skal beskattes af en anden værdi efter LL § 2.¹⁴⁵

1.4.2 Den kontrollerede transaktion

1.4.2.1 Anerkendelsen af den kontrollerede transaktion

Ifølge armslængdeprincippet skal en kontrolleret transaktion *anerkendes*, sådan som den faktisk er udformet. Dette følger bl.a. af ordlyden af art. 9, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst, og af det forhold, at objekt kvalifikationen skal ske efter intern skatteret *for* anvendelsen af armslængdeprincippet, jf. ovenfor i kapitel 1.3.1. I OECD Transfer Pricing Guidelines gives der som udgangspunkt udtryk for samme retsopfattelse.¹⁴⁶

Anerkendelsen af kontrollerede transaktioner indebærer en accept af, at koncernforbundne selskaber foretager transaktioner, som ikke finder sted mellem uafhængige selskaber.¹⁴⁷ Ved armslængdetesten skal der herved bl.a. tages højde for internaliseringsfordele som

¹³⁸ Jf. IFRS 13, Fair value measurement.

¹³⁹ Jf. pkt. 6.15 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2010-versionen).

¹⁴⁰ Jf. Jens Wittendorff, i Malene Kerzel (red.), Festskrift til Jan Pedersen (2011), p. 469 ff.

¹⁴¹ Jf. Jens Wittendorff, Tax Notes International, vol. 62, 18. april 2010, p. 223 ff.

¹⁴² Pkt. A.2 i cirkulære nr. 185 af 17. november 1982. Se tidligere pkt. 7 i cirkulære nr. 144 af 17. juni 1970.

¹⁴³ Skattepolitisk redegørelse, Skatteministeriet, juni 1994, p. 163

¹⁴⁴ I overensstemmelse hermed anfører SKAT i TfS 2011, 657 SR/SKM2011.443, at armslængdeværdien efter LL § 2 af en majoritetsaktiepost kan afvige fra den værdi, som et selskabs aktier i øvrigt er noteret til. Afgørelsen er kommenteret af Jens Wittendorff, SR-Skat, 2011, p. 226 ff.

¹⁴⁵ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 323 f.

¹⁴⁶ Jf. pkt. 1.121 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁴⁷ Jf. pkt. 1.11, 1.122, 9.163 og 9.171-9.174 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

stordriftsfordele og synergieffekter, der udspringer af koncerntil-hørsforholdet.¹⁴⁸ Eksistensen af sådanne fordele kan siges at udvirke en *begrebsmæssig defekt* ved armslængdeprincippet, idet det pr. definition ikke er muligt – på empirisk grundlag – at fremskaffe oplysninger om sammenlignelige uafhængige transaktioner.¹⁴⁹ Armslængdeprincippet giver ikke mulighed for at efterprøve *hensigtsmæssigheden* af en forretningsmæssig disposition. I overensstemmelse hermed har den svenske højesteret betonet, at armslængdetesten ikke kan foretages på baggrund af en hypotetisk transaktion, som erstatter den af parterne faktisk foretagne transaktion.¹⁵⁰ Armslængdetesten af prisen for transport af råolie skulle derfor ske på baggrund af den faktiske fragtrute mv. frem for en af skattemyndighederne udtænkt alternativ fragtrute.

Ifølge OECD Transfer Pricing Guidelines fra 1995 kan den kontrollerede transaktion dog helt eller delvist *tilsidesættes* i to ekstraordinære situationer.¹⁵¹ For det *første* kan den kontrollerede transaktion tilsidesættes, hvis der er modstrid mellem den civilretlige udformning og økonomiske substans (substance-over-form). På baggrund heraf antages armslængdeprincippet at kunne rumme korrektion af bl.a. *tynd kapitalisering*.¹⁵² For det *andet* antages en kontrolleret transaktion at kunne tilsidesættes, hvis vilkårene for transaktionen samlet set afviger fra dem, som ville være aftalt mellem uafhængige foretagender, der udviser en kommerciel rationel adfærd, og hvis de særlige vilkår reelt forhindre skattemyndighederne i at værdiansætte transaktionen. I denne situation behøver der ifølge OECD ikke at være modstrid mellem form og økonomisk substans. På baggrund heraf antages armslængdeprincippet f.eks. at kunne rumme korrektion af betalingsformen for immaterielle aktiver, således at et fastprisvilkår kan erstattes af et prisjusteringsvilkår.

I OECD Transfer Pricing Guidelines fra 2015 er substance-over-form prøvelsen afskaffet, mens prøvelsen af den kommercielle rationalitet af en kontrolleret transaktion er bibeholdt.¹⁵³ Dispositions-korrektion skal kun foretages i ekstraordinære situationer, og aldrig i situationer, hvis der findes tilsvarende transaktion mellem uafhængige parter. Mere væsentligt er det, at OECD Transfer Pricing Guidelines siden 2010 på anden vis i væsentlig grad har givet skattemyndighedernes adgang til at foretage dispositionskorrektion. Det antages således, at en korrektion *andre aftalevilkår* end prisen *ikke* er udtryk for en dispositionskorrektion.¹⁵⁴ På baggrund heraf plæderes der for, at der f.eks. kan foretages korrektion af aftalevilkår

om risikoallokering¹⁵⁵ og opsigelsesvarsel.¹⁵⁶ I 2015 er adgangen til at korrigere en aftalt risikoallokering blev konsolideret.¹⁵⁷ På baggrund heraf har et nyt armslængdeprincip set dagens lys, der både indeholder et priselement og et økonomisk substans element.¹⁵⁸ Det nye armslængdeprincip kræver, at både prisen og visse aspekter af den kontrollerede transaktioner i sig selv skal være armslængde. I TfS 2014, 259 SR/SKM2014.154 fandt Skatterådet, at der efter LL § 2 bl.a. kunne foretages korrektion af betalingsformen for immaterielle aktiver, således at denne blev ændret fra en løbende ydelse til et engangsvederlag. I TfS 2007, 922 LSR/SKM2007.471 tilsidesatte Landsskatteretten endvidere en betalingsform i form af en kursgevinst.¹⁵⁹

Armslængdeprincippet i artikel 9, stk. 1, omhandler ikke dispositionskorrektion, hvorfor den af OECD forfægtede retsopfattelse, hvorfor den kontrollerede transaktion kan tilsidesættes, må bestrides.¹⁶⁰ Konformt hermed har højesteret i bl.a. Tyskland¹⁶¹ og Finland¹⁶² afvist, at armslængdeprincippet giver hjemmel til dispositionskorrektion. I dansk praksis har Højesteret i flere tilfælde anerkendt den kontrollerede transaktion, sådan som den faktisk var udformet, uanset at den var usædvanlig og vanskelig at værdiansættes, jf. f.eks. TfS 2004, 903 H/SKM2005.5. Højesterets dom i TfS 2012, 151 H/SKM2012.92 medfører næppe et andet resultat, jf. ovenfor i kapitel 1.3.2.6.1.

1.4.2.2 Samlet armslængdetest

Armslængdeprincippet er *transaktionsbaseret*, hvorfor der som udgangspunkt skal foretages en prøvelse af hver enkelt kontrolleret transaktion.¹⁶³ Såvel *pålideligheden* af armslængdetesten som *praktiske* hensyn kan imidlertid diktere en afvigelse fra dette udgangspunkt.

Pålideligheden af armslængdetesten kan fordre, at der efter LL § 2 foretages en samlet analyse af flere kontrollerede transaktioner.¹⁶⁴ Dette er tilfældet for transaktioner, der udgør en *forretningsmæssig enhed*, hvorved der i en markedstransaktion ville blive foretaget en *helhedsvurdering* af prisen. Der kan f.eks. være tale om *komplementære varer* som printere og printpatroner, hvor den ene vare sælges til en lav pris for at opnå et eftersalg af den anden vare til en høj pris. Der kan også være tale om, at en producent kræver, at en distributør skal forhandle et *fuldt produktsortiment*, der kan indeholder varer med både en høj og en lav dækningsgrad.¹⁶⁵ Den hollandske højesteret har afgjort, at der i en sag skulle foretages en samlet armslængdetest af et hollandsk datterselskabs import og

¹⁴⁸ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 52 f og 506 ff.

¹⁴⁹ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 900 ff.

¹⁵⁰ Jf. RÅ 1991, ref. 107.

¹⁵¹ Jf. pkt. 1.65 i OECD Transfer Pricing Guidelines (1995-versionen).

¹⁵² Jf. pkt. 3 i kommentarerne til art. 9 i OECD's modeloverenskomst (2010-versionen).

¹⁵³ Jf. Pkt. 1.122 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁵⁴ Jf. pkt. 9.165 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2010-versionen).

¹⁵⁵ Jf. pkt. 9.10-9.47 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2010-versionen).

¹⁵⁶ Jf. pkt. 9.106-9.114 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2010-versionen).

¹⁵⁷ Jf. pkt. 1.56-1.106 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen). Se nedenfor i kapitel 1.4.3.2.3.

¹⁵⁸ Jf. Jens Wittendorff, SU 2016, 34.

¹⁵⁹ Se nærmere nedenfor i kapitel 1.4.3.4.1.

¹⁶⁰ Jf. ovenfor i kapitel 1.3.1 og 1.3.2.6.1. Se Jens Wittendorff, SR-SKAT, 2009, p. 89 ff.

¹⁶¹ Jf. Bundesfinanzhofs dom af 11. oktober 2012, I R 75/11, Internationales Steuerrecht, 2012, p. 109.

¹⁶² Jf. Högsta förvaltningsdomstols dom af 3. juli 2014, KHO 2014:119.

¹⁶³ Jf. pkt. 3.9 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁶⁴ Jf. pkt. 3.9 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁶⁵ Jf. pkt. 3.10 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

distribution af biler og reservedele fra et japansk søsterselskab, hvorved det var underordnet, at datterselskabet gennem en længere periode solgte visse biltyper med underskud, idet det fulde produkt-sortiment levnedde en rimelig avance til selskabet.¹⁶⁶ Endvidere kan to *aftaler forudsætte hinanden*, således at aftalerne i en markedstransaktion ville blive vurderet under ét.¹⁶⁷ En ordning med kontraktproduktion er f.eks. normalt kendetegnet ved, at opgavsgiveren stiller immaterielle aktiver vederlagsfrit til rådighed for producenten, og at opgavsgiveren til gengæld køber varerne relativt billigt fra producenten.¹⁶⁸ Den canadiske højesteret har afgjort, at der i en sag skulle foretages en samlet armslængdetest af en leveringsaftale, der var indgået med et koncernselskab i Schweiz, hvorefter et canadisk datterselskab købte aktive farmaceutiske ingredienser, og en licensaftale, der var indgået med et koncernselskab i Storbritannien, hvorefter datterselskabet bl.a. fik ret til at sælge og markedsføre medicin fremstillet på baggrund af ingredienserne.¹⁶⁹ På lignende vis har Vestre Landsret har anerkendt et dansk moderselskabs fradragsret for et erstatningskrav, der var udløst af et udenlandsk datterselskab, idet der blev lagt vægt på, at datterselskabet var oprettet med det formål at sikre moderselskabets afsætning, at datterselskabets drift var af væsentlig betydning for moderselskabet og at datterselskabet ikke havde mulighed for at oparbejde et større overskud.¹⁷⁰ Det fandtes derfor at være forretningsmæssigt begrundet, at moderselskabet afholdt erstatningsudgiften. Et sidste eksempel er, at det kan være påkrævet at foretage en samlet armslængdetest af separate overdragelser af to *immaterielle aktiver*, der hver for sig måske ikke har nogen synderlig værdi, men som i kombination er yderst værdifulde qua synergieffekter.¹⁷¹ I sådanne situationer må der i markedstransaktioner antages at blive foretaget en helhedsvurdering af de økonomiske konsekvenser af transaktionerne.

Praktiske hensyn kan også diktere en samlet armslængdetest af flere kontrollerede transaktioner. Dette afspejler virkeligheden, hvor det ikke er praktisk muligt at foretage særskilte prøvelser af den samlede interne omsætning i en international koncern, der kan omfatte mange millioner transaktioner. I praksis er det almindeligt at foretage en samlet armslængdetest af et selskabs totale koncerninterne omsætning, hvilket ofte sker ved hjælp af den transaktionsbaserede nettoavancemetoden (TNMM). Ved sådanne aggregerede armslængdetest må *sammenlignelighedskravet* holdes for øje. I TfS 1988, 292 H havde skattemyndighederne foretaget en aggregeret armslængdetest af et dansk datterselskabs samlede køb af olieprodukter fra et engelsk søsterselskab, hvor der blev sammenlignet med andre danske olieselskabers bruttomarginer. På basis heraf havde skattemyndighederne skønsmæssigt fastsat en passende bruttomargin til 15 %. Ifølge datterselskabet blev der herved ikke taget højde for, at selskabernes kontraktvilkår ikke var sammenlignelige, idet datterselskabet foretog ladningssalg på kommissionsbasis, hvilket medførte en lav dækningsgrad. Når der blev justeret for

dette forhold, udviste datterselskabet en bruttomargin på 14,4 %. Denne oplysning blev lagt til grund af Højesterets flertal, som afviste, at der var grundlag for korrektion.

Hvis en helhedsvurdering af flere kontrollerede transaktioner, der udgør en forretningsmæssig enhed, viser, at de samlet set iagttager armslængdeprincippet, kan der *ikke* foretages korrektion efter LL § 2. Der kan ikke desto mindre være påkrævet at vurdere værdien af transaktionerne særskilt i anden skatteretlig henseende, idet den materielle skatteretlige behandling heraf kan være forskellig. Ifølge praksis kan skattemyndighederne ændre fordelingen af den samlede salgssum for en flerhed af aktiver, hvilket kan ses som udtryk for en præjudiciel omkvalifikation af en urigtigt benævnt disposition.¹⁷²

1.4.2.3 Separate armslængdetest

En kontrolleret transaktion kan være udformet som en *pakkeaftale*, der indeholder flere bestanddele.¹⁷³ Der kan f.eks. dreje sig om salg af immaterielle aktiver sammen med andre aktiver eller services.¹⁷⁴ En pakkeaftale skal undergives en *samlet armslængdetest*, idet bestanddelene forudsættes at være forretningsmæssigt forbundne. Det vil imidlertid ofte være umuligt at finde uafhængige transaktioner, der er sammenlignelige med en pakkeaftale. På baggrund heraf kan det være nødvendigt at foretage armslængdetesten efter følgende fremgangsmåde: 1) opdeling af pakkeaftalen i sine bestanddele, 2) separate armslængdetest af de enkelte bestanddele og 3) helhedsvurdering af, om pakkeaftalen iagttager armslængdeprincippet. Ved en sådan opdeling må det vurderes, om der består en sådan synergi mellem de enkelte bestanddele, at en simpel addering af resultaterne af separate armslængdetest vil medføre et upålideligt resultat.¹⁷⁵ Hvis de enkelte bestanddele undergives en forskellig materiel skatteretlig behandling, kan det være nødvendigt at foretage en rimelig fordeling af den samlede pris mellem bestanddelene, jf. ovenfor i kapitel 1.4.2.2.¹⁷⁶

Den svenske højesteret var stillet overfor problemstillingen i en sag, der omhandlede et svensk datterselskab, som havde købt olie af et engelsk søsterselskab på cif-vilkår (sælger betaler transportomkostninger mv.).¹⁷⁷ Ifølge retten fandtes der i sagen ikke oplysninger om priser for salg af olie på cif-vilkår. Retten opdelte derfor transaktionen i et olie-køb på fob-vilkår (køber betaler fragtomkostninger mv.) og en fragtydelse, idet der fandtes prisoplysninger om sådanne transaktioner. På baggrund heraf blev der foretaget separate armslængdetest af disse to bestanddele.

1.4.2.4 Modregning

Ved en *modregning* forstås en beløbsmæssig udjævning af økonomiske fordele og ulemper i to separate transaktioner, som isoleret set ikke iagttager armslængdeprincippet, og som ikke udgør en forretningsmæssig enhed. Hvor en samlet armslængdetest baseret på en *objektiv* forretningsmæssig samhörighed mellem transaktionerne, er en modregning baseret på en *subjektiv* forståelse mellem parterne. Sondringen kan tillægges bevismæssig betydning, således

¹⁶⁶ Jf. BNB 2002/343.

¹⁶⁷ Jf. pkt. 9.86 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁶⁸ Jf. pkt. 2.54 og 9.139-9.141 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁶⁹ Jf. Canada v. GlaxoSmithKline Inc., 2012 SCC 52. Dommen er kommenteret af Jens Wittendorff, Tax Notes International, vol. 69, 14. januar 2013, p. 183 ff.

¹⁷⁰ Jf. TfS 2011, 8 V/SKM2010.649. Dommen er kommenteret af Jens Wittendorff, SR-Skat, 2011, p. 226 ff, og Svend Erik Holm, RR, 2010, SM 452.

¹⁷¹ Jf. pkt. 6.93 og 9.94 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁷² Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 429.

¹⁷³ Jf. pkt. 3.11 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁷⁴ Jf. pkt. 6.98 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁷⁵ Jf. pkt. 6.99 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁷⁶ Jf. pkt. 3.12 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁷⁷ Jf. RÅ 1991, ref. 107.

at der gælder en formodning for en samlet prisfastsættelse af forbundne transaktioner og separate prisfastsættelser af andre transaktioner.

Hvis et selskab i en kontrolleret transaktion har solgt til underpris eller købt til overpris (ulempe), kan en modregning bestå i, at selskabet i en anden kontrolleret transaktion køber til underpris eller sælger til overpris (fordel).¹⁷⁸ De to transaktioner kan være afsluttet mellem samme selskaber eller forskellige selskaber inden for en koncern (koncernmodregning). En modregning kan effektueres straks eller senere afhængig af, om transaktionerne afsluttes samtidigt eller ej.

En modregning er udtryk for en særlig *betalingsform*. Anerkendelsen af den kontrollerede transaktion, sådan som den faktisk er udformet, omfattet også betalingsformen. På baggrund heraf skal en *aftalt* modregning mellem parterne anerkendes (intentional set-off).¹⁷⁹ Hvis der er en tidsmæssig forskydning mellem to transaktioner, som genstand for en modregning, vil ordningen indeholde et finansieringselement, som der må tages højde for ved armslængdetesten.

1.4.2.5 Tidsmæssige aspekt

Det tidsmæssige aspekt af en armslængdetest giver bl.a. anledning til følgende spørgsmål: 1) om der skal foretages en dynamisk eller statisk armslængdetest, 2) hvilke oplysninger, der kan lægges til grund for en armslængdetest og 3) hvornår en armslængdetest skal foretages.¹⁸⁰

1.4.2.5.1 Dynamisk eller statisk armslængdetest

Ved en *dynamisk* armslængdetest foretages en helhedsvurdering af priserne i flere kontrollerede transaktioner over en periode, som kan strække sig ud over det enkelte indkomstår. Ved en *statisk* armslængdetest anses indkomståret derimod for at udgøre en skranke for prøvelsen, således at kontrollerede transaktioner i ét indkomstår ikke kan påvirke armslængdetesten af kontrollerede transaktioner i et andet indkomstår. Som støtte for at en statisk armslængdetest kan der henvises til princippet om *indkomstårets ukrænkelighed*, dvs. at der skal opgøres en skattepligtig indkomst for hvert indkomstår, jf. SL §§ 4-6.

Armslængdeprincippet fordrer en dynamisk armslængdetest, hvis prisen i referencetransaktionerne vurderes ud fra en tidshorisont, der rækker ud over indkomståret, eller hvis dette i øvrigt medfører et mere pålideligt resultat. En armslængdetest skal således foretages ud fra en forretningsmæssig synsvinkel. OECD nævner langtidskontrakter¹⁸¹ og profitmetoder¹⁸² som eksempler på situationer, hvor det kan være påkrævet med en dynamisk armslængdetest. Princippet om indkomstårets ukrænkelighed afskærer ikke muligheden for at foretage en dynamisk armslængdetest efter dansk ret. Der må således sondres mellem, om en prisen i en kontrolleret transaktion i et indkomstår kan korrigeres i selvangivelsen for et senere indkomstår, og om en kontrolleret transaktion i et indkomstår kan påvirke armslængdetesten af prisen i en anden kontrolleret transaktion i et andet indkomstår. I førstnævnte situation udelukker

skattelovgivningen en korrektion, og armslængdeprincippet tilsiger ikke et andet resultat. I sidstnævnte situation er der intet til hinder for, at armslængdetesten påvirkes af omstændigheder i andre indkomstår.

I international retspraksis er der ikke konsensus om muligheden for at foretage en dynamisk armslængdetest.¹⁸³ I dansk ret har Højesteret anerkendt en dynamisk armslængdetest i TfS 1988, 292 H, hvor et dansk selskabs priser for olieprodukter i henhold til en langtidskontrakt i enkelte indkomstår var højere end spotpriserne. Højesterets flertal afviste korrektion, idet der bl.a. blev taget hensyn til virkningen af kontrakten over en periode på fire indkomstår, dvs. at der blev foretaget en dynamisk armslængdetest. Derimod har f.eks. den norske højesteret afgjort, at der skal foretages særskilt prøvelse for hvert enkelt indkomstår, dvs. en statisk armslængdetest.¹⁸⁴

1.4.2.5.2 Hvilke oplysninger kan indgå i armslængdetesten

En armslængdetest skal så vidt muligt foretages på baggrund af oplysninger om referencetransaktioner, der er *samtidige* med den kontrollerede transaktion (contemporaneous transactions). Der må *ikke* anvendes bagklogskab (hindsight) ved armslængdetesten.¹⁸⁵ Hvad der nærmere skal forstås herved afhænger af, om der foretages en empirisk eller hypotetisk armslængdetest.

Ved en *empirisk* armslængdetest skal der anvendes oplysninger om referencetransaktioner, der er indgået på samme tid (periode) som den kontrollerede transaktion. I denne situation indebærer forbuddet mod at bruge bagklogskab, at der ikke kan anvendes oplysninger om transaktioner, der er afsluttet *efter* den kontrollerede transaktion. Derimod er der intet til hinder for at anvende oplysninger, som skatteyderen (endnu) ikke var bekendt med på tidspunktet for den kontrollerede transaktion. Det er f.eks. tilladt, at anvende den transaktionsbaserede nettoavancemetode (TNMM) på grundlag af faktiske resultater for den kontrollerede skatteyder og de uafhængige selskaber.

Ved en *hypotetisk* armslængdetest må der derimod kun anvendes oplysninger, som må antages at have været til rådighed for skatteyderne på tidspunktet for den kontrollerede transaktion. Omfattet heraf er dels historiske oplysninger, dels rimelig antagelser om fremtiden. Eksempelvis udgør antagelser om den fremtidige indkomst et centralt element ved værdiansættelsen af immaterielle aktiver efter indkomstbaserede metoder. I denne situation indebærer forbuddet mod at bruge *bagklogskab* dermed, at der ikke kan anvendes oplysninger, som ikke var til rådighed for skatteyderne på transaktionstidspunktet.

Forbuddet mod at anvende bagklogskab i transfer pricing kan i særlig grad udgøre en hæmsko for skattemyndigheder som følge af den *informationsasymmetri*, der eksisterer over for skatteyderne. Hvis den faktiske indkomst knyttet til udnyttelsen af et immaterielt aktiv viser sig at overstige den forventede indkomst, der blev lagt til grund for en værdiansættelse heraf, kan dette give anledning til tvivl om, hvorvidt diskrepansen skyldes uforudsete omstændigheder

¹⁷⁸ Jf. pkt. 3.13 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁷⁹ Jf. pkt. 3.15 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁸⁰ OECD behandler disse problemstillinger i Draft on timing Issues Relating to Transfer Pricing, OECD, 2012. Se Jens Wittendorff, Tax Notes International, vol. 68, 1. oktober 2012, p. 87 ff.

¹⁸¹ Jf. pkt. 3.9 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁸² Jf. pkt. 3.76 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁸³ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 547 ff.

¹⁸⁴ Jf. Rt 1999/1087.

¹⁸⁵ Jf. pkt. 2.130, 3.73, 3.74, 5.20, 6.188, 8.20, 9.56, 9.57 og 9.88 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

eller en misbrug af informationsasymmetrien. For at adressere den problemstilling er den amerikanske korrektionsregel i section 482 i Internal Revenue Code blevet tilføjet en såkaldt "*commensurate with income*"-standard (CWI-standard), hvorefter prisen for et immaterielt aktiv skal afspejle den faktiske indkomst, der realiseres efter overdragelsen. Værdiansættelsen skal med andre ord baseres på den *faktiske* indkomst frem for den *forventede* indkomst, hvilket bryder mod forbuddet mod at bruge bagklogskab.¹⁸⁶ OECD tog oprindeligt kraft afstand fra denne regel, der med rette fandtes at stride mod armslængdeprincippet. Ikke desto mindre fastsatte OECD i 1995 en regel, der i realiteten har præcist samme resultat. Ifølge denne regel skal *betalingsformen* for immaterielle aktiver være markedsconform, hvis værdiansættelsen er meget usikker på transaktionstidspunktet.¹⁸⁷ Armslængdeprincippet antages således at give adgang til en korrektion, hvorved et fastprisvilkår erstattes med et prisjusteringsvilkår, forudsat at uafhængige parter ville have insisteret på en sådan betalingsform i en markedstransaktion. Herved indfortolker OECD en CWI-norm i armslængdeprincippet. En korrektion af betalingsformen vil være i strid med reglen om, at den kontrollerede transaktion skal anerkendes, sådan som den er udformet. Endvidere anvendes der utvivlsomt bagklogskab. På baggrund heraf må OECD's forsøg på legitimere en CWI-standard afvises som være i strid med armslængdeprincippet.¹⁸⁸

I 2015 har OECD fastsat en bevisbyrde-regel, hvorefter skattemyndighederne som hovedregel kan anvende den faktiske indkomst som *formodning* for rimeligheden af prisen i en kontrolleret transaktion.¹⁸⁹ Reglen finder kun anvendelse for immaterielle aktiver, for hvilke der ikke fandtes sammenlignelige uafhængige transaktioner på transaktionstidspunktet, og hvor der var stor usikkerhed forbundet med den forventede indkomst, der blev lagt til grund for værdiansættelsen ("*hard-to-value intangibles*").¹⁹⁰

1.4.2.5.3 Hvornår skal armslængdetesten foretages

En armslængdetest kan foretages på forskellige tidspunkter, herunder i forbindelse med den kontrollerede transaktion eller i forbindelse med selvangivelsen.

En *fremadrettet* armslængdetest på transaktionstidspunktet vil normalt være baseret på realiserede data for tidligere indkomstår for referencetransaktionerne og budgetdata for den kontrollerede transaktion (*price-setting approach*).¹⁹¹ Denne fremgangsmåde bygger således bl.a. på skatteydernes *subjektive budgetskøn*. Væsentlige afvigelser mellem budgetter og resultater kan medføre tvivl

om, hvorvidt budgetterne skal accepteres som grundlag for armslængdetesten.

En *bagudrettet* armslængdetest på selvangivelsestidspunktet vil normalt være baseret på realiserede data for det aktuelle indkomstår for både referencetransaktionerne og den kontrollerede transaktion (*outcome testing approach*).¹⁹² Denne fremgangsmåde er bl.a. forbundet med det problem, at prøvelsen først foretages *efter* tidspunktet for de kontrollerede transaktioner. På transaktionstidspunktet kan skatteyderne derfor ikke vide, om at de aftalte priser vil iagttage armslængdeprincippet. Skatteyderne bør derfor have adgang til efterfølgende at justere den aftalte pris ("*year-end adjustments*"). USA er et af de få lande, hvis lovgivning eksplicit giver skatteyderne ret til at foretage efterfølgende prisjusteringer. I andre lande – herunder Danmark – må prisjusteringer normalt være baseret på skriftlige aftaler.¹⁹³

De primære forskelle mellem de to fremgangsmåder er, om den kontrollerede transaktion analyseres på grundlag af realiserede data eller budget data, og om referencetransaktionerne analyseres på grundlag historiske eller aktuelle data. En praktisk forskel er, at prisfastsættelsen og armslængdetesten udgør en integreret proces ved en fremadrettet armslængdetest, mens de udgør særskilte processer ved en bagudrettet armslængdetest.

Armslængdeprincippet indeholder ingen præference mellem de to fremgangsmåder. Der må derfor foretages en konkret vurdering af, hvilken fremgangsmåde som vil medføre det mest pålidelige resultat. Skattemyndighederne er ikke bundet af den fremgangsmåde, som skatteyderne har anvendt.

1.4.3 Referencetransaktionen

1.4.3.1 Uafhængighedskravet

En referencetransaktion skal være afsluttet mellem indbyrdes *uafhængige* parter. Oplysninger om priser i transaktioner mellem selskaber i andre koncerner kan ikke anvendes, idet sådanne priser ikke er et resultat af markedskræfterne.¹⁹⁴ Skattemyndighederne iagttog ikke uafhængighedskravet i oliedømmene, hvor armslængdetesten blev foretaget på grundlag af oplysninger om priser og avancer i andre koncernselskaber.¹⁹⁵ Der skal lægges vægt på *de facto*-kontrol ved vurderingen af, om to parter i denne relation er indbyrdes uafhængige.¹⁹⁶ At en transaktion ikke er omfattet af LL § 2, der hviler på *de jure*-kontrol, kan derfor ikke i sig selv tages som udtryk for, at den kvalificerer som referencetransaktion.

¹⁸⁶ Reglen er administrativt gennemført gennem regler om periodiske priskorrekationer, jf. *treas.reg.* § 1.482-4(f)(2). Se Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 796 ff.

¹⁸⁷ Jf. pkt. 3.73, 6.181-6.185, 9.87 og 9.88 samt appendiks til kapitel VI i OECD Transfer Pricing Guidelines (2010-versionen).

¹⁸⁸ For dansk rets vedkommende kan der henvises til Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 811 f, Jan Pedersen: Transfer Pricing – i international skatteretlig belysning, p. 232, id., SU 2002, 368, id. RR, 2003, nr. 1, p. 6 ff, id., Skatteretten 2, 7.udg., p. 402, og Henrik Dam: Rette indkomstmottager – allokering og fiksering, p. 791.

¹⁸⁹ Jf. pkt. 6.186-6.195 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁹⁰ Ifølge SFL § 25, stk. 2, er et bindende svar om et aktivs værdi ikke bindende for skattemyndighederne, hvis det på baggrund af oplysninger ud fra et efterfølgende direkte eller indirekte salg af aktivet eller ud fra størrelsen af det efterfølgende afkast på aktivet kan begrundes, at aktivets værdi på tidspunktet for afgivelsen af det bindende svar afveg mindst 30 % og mindst 1 mio. kr. fra værdien i det bindende svar.

¹⁹¹ Jf. pkt. 3.69 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁹² Jf. pkt. 3.70 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁹³ Ifølge pkt. 5.4.1 i Transfer pricing; kontrollerede transaktioner, Dokumentationspligt, SKAT, 2006, har skatteyderne adgang til selv at ændre priser i kontrollerede transaktioner blot det sker inden selvangivelsen indleveres. Denne udtalelse savner hjemmel i dansk ret, jf. f.eks. TfS 2012, 151 H/SKM2012.92 og TfS 2010, 664 V/SKM2010.455. I TfS 2011, 209 SR/SKM2011.17 fandtes en aftalt prisjusteringsklausul ikke at medføre et armslængderesultat.

¹⁹⁴ Jf. pkt. 3.25 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

¹⁹⁵ Jf. TfS 1988, 292 H og TfS 1987, 60 Ø.

¹⁹⁶ I retspraksis har eksistensen af *de facto*-kontrol bl.a. været til prøvelse i TfS 1997, 392 H, TfS 1992, 395 H og TfS 1994, 207 H.

Hvis der mellem uafhængige parter eksisterer et *konkret interessefællesskab*, som kan medføre afvigelser fra sædvanlige markedsbestemte priser, kan transaktioner mellem parterne også diskvalificere som referencetransaktioner.¹⁹⁷ Der kan eventuelt være tale om en *konstrueret transaktion*, der alene er kommet til eksistens for at tjene som referencetransaktion i en armslængdetest.¹⁹⁸

1.4.3.2 Sammenlignelighedskravet

1.4.3.2.1 Generelt

Armslængdeprincippet hviler på en forudsætning om, at der til enhver økonomisk disposition eksisterer en sammenlignelig disposition af tilsvarende karakter indgået mellem uafhængige parter. Kun herved er det muligt at frembringe det sæt af hypotetiske markedsbestemte vilkår, som i sidste instans er afgørende for armslængdetesten.

Bedømmelsen af, om og i hvilken grad den fornødne sammenlignelighed foreligger, har derfor central betydning for armslængdetesten.¹⁹⁹

Det må erkendes, at der kun yderst sjældent foreligger en direkte sammenlignelighed mellem den konkrete interne disposition og den hypotetiske uafhængige disposition. Selv ved simple omsætninger af råvarer – der måske oven i købet er undergivet en børsnotering – vil der være forskelle på kontraktmængde, kontraktløbetid, transportvilkår, risikofordeling, finansiering etc.²⁰⁰

Det siger sig selv, at en direkte sammenligning så meget desto mindre kan foretages, når omsætningen vedrører højt forarbejdede varer med individuelle særpræg. Angår omsætningen mærkevarer og især immaterielle aktiver som varemærker, patenter, forskningsresultater og ophavsrettigheder, vil det ofte være umuligt overhovedet at fremskaffe noget sammenligningsgrundlag.

En forudsætning for en korrekt stillingtagen til transfer pricing er derfor ikke blot at fremskaffe det fornødne sammenligningsgrundlag, men samtidig foretage en justering af de forskelle, som består i forhold hertil.²⁰¹ Omfatter den interne omsætning meget store partier på langtidskontrakt, kan stykpriser fra denne omsætning ikke umiddelbart sammenlignes med de priser, som samme vare kan erhverves til på det åbne marked. En sådan sammenligning er kun mulig, såfremt der foreligger oplysninger om, hvilken prisdannende effekt disse omstændigheder udløser, og såfremt denne effekt kan værdiansættes.

Armslængdetesten kan baseres på både interne referencetransaktioner (internal comparables) og eksterne referencetransaktioner (external comparables).²⁰² En *intern referencetransaktion* er en transaktion mellem den testede skatteyder og en uafhængig skatte-

yder. En *ekstern referencetransaktion* er en transaktion mellem indbyrdes uafhængige skatteydere, som ikke er parter i den kontrollerede transaktion. OECD giver udtryk for en præference for interne referencetransaktioner, idet informationen herom normalt vil være mere fuldstændig, ligesom kvaliteten og pålideligheden af informationen kan være større.²⁰³ Interne referencetransaktioner er endvidere ofte mere sammenlignelige end eksterne referencetransaktioner. Som følge af manglen på interne referencetransaktioner foretages armslængdetesten imidlertid i praksis ofte på grundlag af eksterne referencetransaktioner, herunder særligt *databaseundersøgelser*.²⁰⁴

Sammenlignelighedskravet gælder for alle omstændigheder ved transaktionerne, som kan påvirke resultatet efter armslængdemetoden.²⁰⁵ OECD opregner fem faktorer, som navnlig har betydning ved afgørelsen af, om der foreligger den fornødne sammenlignelighed:²⁰⁶ 1) art og karakter af de omsatte varer eller tjenesteydelser, 2) indsatsen af funktioner, risici og aktiver, 3) kontraktvilkår, 4) økonomiske omstændigheder og 5) forretningsstrategier. Disse faktorer gennemgås i det følgende.

1.4.3.2.2 Art og karakter af varen mv.

Arten og kvaliteten af realtydelserne har i sagens natur betydning for sammenligneligheden af transaktioner.²⁰⁷ Realtydelserne har størst betydning efter den frie markedsprismetode, hvorefter der sker en direkte prissammenligning. Ifølge OECD Guidelines skyldes prisforskelle ikke nødvendigvis forskelle i realtydelser. Dette er årsagen til, at der også skal tages højde for andre sammenlignelighedsfaktorer.

1.4.3.2.3 Funktionsanalyse

Funktionsanalysen indtager en central placering i OECD Transfer Pricing Guidelines.²⁰⁸ Priser i markedstransaktioner antages således normalt altid at afhænge af parternes værdiskabende bidrag i form af funktioner, risici og aktiver.²⁰⁹ Størstedelen af analysen i 2015 guidelines koncentrerer sig om risici, hvilket ifølge OECD ikke skal tages som udtryk for, at risici er vigtigere end funktioner og aktiver, men blot at der kan være større vanskeligheder forbundet med at analysere risici.²¹⁰

Ad funktioner

Funktionerne udført af parterne i forbindelse med en kontrolleret transaktion antages af OECD at have betydning for sammenligneligheden. Omfanget, karakteren og værdien af parternes funktioner må derfor kortlægges. Funktioner, som kan have betydning for sammenligneligheden, omfatter bl.a. forskning og udvikling, produktdesign og -udvikling, produktion, montage og emballering,

¹⁹⁷ Jf. f.eks. TfS 1996, 496 H, TfS 1996, 497 H og TfS 1993, 236 Ø.

¹⁹⁸ Jf. TfS 1984, 246 H. Se Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 592 f.

¹⁹⁹ Jf. pkt. 1.33-1.118 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁰⁰ Jf. oliedommene i TfS 1988, 292 H og TfS 1987, 60 Ø, hvor skattemyndighederne ikke fik medhold i korrektioner omfattende omsætning af skibsliverancer af råolie. Domstolene fandt ikke, at der forelå tilstrækkelig dokumentation for, at datterselskaberne havde købt olie til forhøjede priser hos udenlandske koncernselskaber, jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 829 ff, og Jan Pedersen: Transfer Pricing - i international skatteretlig belysning, p. 221 f.

²⁰¹ Jf. pkt. 1.39-1.40 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁰² Jf. pkt. 3.24 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁰³ Jf. pkt. 3.27 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁰⁴ Jf. pkt. 3.30 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁰⁵ Jf. pkt. 1.37 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁰⁶ Jf. pkt. 1.36 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁰⁷ Jf. pkt. 1.107-109 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁰⁸ Jf. pkt. 1.51-1.106 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁰⁹ Jf. pkt. 1.51 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²¹⁰ Jf. Pkt. 1.59 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

indkøb, markedsføring, salg, distribution, transport og lagring, finansiering, administration og ledelse. Forskelle i funktioner antages at have størst betydning efter de traditionelle metoder, idet sådanne forskelle antages at modsvares af forskelle i driftsomkostninger efter profitmetoderne.²¹¹ Beslutningstagning er blandt de funktioner, der skal afdækkes, herunder hvilke selskaber der træffer beslutning om koncernens strategi og risici. Hvis funktioner er opdelt på en række selskaber, skal det også klarlægges, hvordan disse funktioner koordineres.²¹²

Ad risici

Risiciene forbundet med en kontrolleret transaktion har betydning for sammenligneligheden, idet der er en sammenhæng mellem risiko og forventet afkast.²¹³ En identifikation, måling og allokering af de økonomiske risici mellem parterne i en kontrolleret transaktion er følgelig central for armslængdetesten. Det kan f.eks. dreje sig om markedsrisici, risici forbundet med forskning og udvikling, valutakursrisici, debitorrisici, produktansvar og risici forbundet med ejendomsretten til anlægsaktiver. TfS 2002, 336 V/SKM2002.194 omhandlede salg af fjerkræprodukter mellem et produktionsselskab og et salgsselskab, hvor salgsselskabet modtog en løbende salgsprovision med tillæg af en årsbonus svarende til 45 % af produktionsselskabets overskud. Produktionsselskabet blev nægtet fradrag for bonussen, der fandtes at medføre en for høj samlet aflønning af salgsselskabet. Vestre Landsret gav imidlertid selskabet fradrag, da salgsfunktionen fandtes at have indebåret en reel forretningsmæssig risiko for salgsselskabet, idet selskabet var forpligtet til at overtage hele produktionsselskabets løbende produktion, der bl.a. baserede sig på langtidskontrakter med uafhængige producenter. I TfS 1999, 950 H tilsidesatte Højesteret derimod udskillelsen af en indkøbsfunktion i et selvstændigt selskab, der modtog en indkøbsprovision på 5 %, bl.a. fordi provisionen medførte en meget betydelig sikker og løbende indkomst, uden at blive modsvaret nogen reel forretningsmæssig risiko.

En kontraktbestemt risikoallokering må – ligesom alle andre aspekter af en kontrolleret transaktion bortset fra prisen – *anerkendes* efter armslængdeprincippet. Risikoallokeringen må afdækkes efter de almindelige bevisregler, herunder på baggrund af skriftlige aftaler. Det kan komme på tale at *tilsidesætte* en kontraktuel risikoallokering, hvis den strider mod parternes faktiske handlemåde,²¹⁴ eller hvis den er indgået efter udfaldet af risikoen er kendt (ex post), jf. nedenfor.

I 2010-versionen af OECD Transfer Pricing Guidelines om omstruktureringer ("business restructurings") skal en kontraktbestemt risikoallokering som noget nyt *kun* anerkendes, hvis den i sig selv er på *armslængdevilkår*. Prøvelsen heraf skal som udgangspunkt ske på baggrund af oplysninger om faktiske markedstransaktioner.²¹⁵ I mangel af empirisk belæg for tilsvarende risikoallokeringer, skal der foretages en hypotetisk armslængdetest, hvor de afgørende kriterier er parternes *kontrol* over risikoen og deres *finansielle kapacitet* til at bære tabet ved en aktualisering af risikoen.²¹⁶ Ifølge OECD skal det således *ikke* anerkendes, at en given risiko forbundet

med en kontrolleret transaktion allokeres til det selskab, der har den mindste kontrol over risikoen, og som ikke kan bære et eventuelt tab foranlediget af risikoen.

I 2015-versionen er denne analyse af kontraktbestemte risikoallokeringer konsolideret og udvidet til at gælde for alle transaktioner. Kardinalpunktet for den hypotetiske test er selskabernes faktiske handlemåde ("the actual conduct of the parties"). Som nævnt ovenfor er parternes "faktiske handlemåde" ét blandt flere bevismidler, der kan anvendes til at afdække de reelle aftalevilkår. Hvis det mellem selskab A og selskab B er skriftligt aftalt, at selskab A skal bære risikoen ved en transaktion, men selskab B i praksis afholder udgiften ved en materialisering af risikoen, kan dette forhold indgå i vurderingen af, hvad der reelt er aftalt. I TfS 1988.292 H lagde Højesteret f.eks. vægt på, at parterne havde iagttaget en skriftlig fastprisaf tale, uanset om den i det enkelte år var til fordel eller ulempe for det danske datterselskab. Nyskabelsen består i, at OECD har ændret betydningen af udtrykket den "faktiske handlemåde", hvorved der er indarbejdet en økonomisk substanstest i armslængdeprincippet. Den "faktiske handlemåde" skal som nævnt afgøres på baggrund af følgende to kriterier:²¹⁷

- Kontrollen over risikoen, og
- Den finansielle kapacitet til at bære risikoen.

I analysen gøres der brug af tre centrale begrebet: (i) risikostyring ("risk management"), (ii) finansiell kapacitet til at bære en risiko og (iii) kontrol over en risiko.

Risikostyring er opdelt i følgende tre kategori af aktiviteter:²¹⁸

- Kompetencen til at træffe beslutning om at acceptere, afslutte eller afvise en risikofyldt forretningsmulighed og den faktiske udøvelse af denne beslutningstagning,
- Kompetencen til at træffe beslutning om, hvorvidt og hvordan risikoen forbundet med forretningsmuligheden skal håndteres og den faktiske udøvelse af denne beslutningstagning, og
- Kompetencen til at begrænse risikoen ("risk mitigation"), dvs. kompetencen til at træffe foranstaltninger, der påvirker udfaldet af risikoen og den faktiske udøvelse af en sådan risikobegrænsning.

Kontrol over en risiko kræver, at et selskabs medarbejdere er kompetente til og faktiske udøver beslutningstagningen vedrørende de to førstnævnte elementer i risikostyringen.²¹⁹ En risikobegrænsning kan udliciteres, forudsat at selskabets medarbejdere er kompetente til at fastsætte kriterierne herfor, udvælge en tjenesteyder, overvåger aktiviteten, beslutte om udliciteringen skal ændres eller ophøre og den faktiske beslutningstagning herom. Udpegningen af den person eller det organ, som i en multinational koncern med mange ledelsesniveauer, skal anses for at besidde den fornødne kompetence, vil være forbundet med stor usikkerhed. Der er ikke fastsat andre retningslinjer herom, end at det normalt ikke er topledelsens beslutninger, der er afgørende.²²⁰

Finansiell kapacitet til at bære en risiko kræver, at et selskab:²²¹

²¹¹ Jf. pkt. 2.62 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²¹² Jf. pkt. 1.55 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²¹³ Jf. pkt. 1.56 og 9.10 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²¹⁴ I TfS 1994, 207 H var parternes faktiske handlemåde ikke konform med en kontraktuel risikoallokering.

²¹⁵ Jf. pkt. 9.18 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²¹⁶ Jf. pkt. 9.20 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²¹⁷ Jf. pkt. 1.45 og 1.98 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²¹⁸ Jf. pkt. 1.61 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²¹⁹ Jf. Pkt. 1.65 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²²⁰ Jf. pkt. 1.66 og 1.76 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²²¹ Jf. pkt. 1.64 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

- Har adgang til den finansiering, der er nødvendig for at påtage sig eller ophører med risikoen,
- Betaler for risikobegrænsning, og
- Bærer de økonomiske konsekvenser, hvis risikoen materialiseres.

Prøvelsen af et selskabs finansielle kapacitet skal foretages ud fra en antagelse om, at selskabet er uafhængigt af koncernen.

Ifølge OECD skal der foretages en sekstrins-analyse af risici.²²²

1. Identifikation af økonomisk væsentlige risici,
2. Den kontraktuelle risikoallokering af risiciene,
3. Funktionsanalyse af selskabernes accept og styring af risiciene, herunder hvilke selskaber der kontrollerer og foretager risikoafdækning af risiciene, hvilke selskaber der påvirkes af udfaldet af risiciene og hvilke selskaber der har finansiell kapacitet til at bære risiciene,
4. Er den kontraktuelle risiko allokering konform med parternes faktiske handlemåde, dvs. om respekterer den kontraktuelle risikoallokering, og om den part, der kontraktuelt bærer en given risiko udøver kontrol over risikoen og har finansiell kapacitet til at bære risikoen,
5. Hvis den kontraktuelle risikobærer ikke udøver kontrol over risikoen eller ikke har finansiell kapacitet til at bære risikoen, skal risiciene omfordes, og
6. Den kontrollerede transaktion skal herefter prifsættes under hensyn til den risikoallokering, der er anerkendt i de forudgående trin.

Formålet med de nye regler om risikoallokering er at modvirke *skatteplanlægning*, hvor risici placeres hos koncernselskaber i lavskattelande. Med reglen *tilsidesætter* OECD kravet om, at den kontrollerede transaktion skal anerkendes, sådan som den faktisk er udformet. Reglen bør derfor ikke tillægges betydning ved fortolkningen af armslængdeprincippet. Problemstillingen blev berørt i TfS 1999, 730 V, hvor Vestre Landsret *anerkendte* en kontraktbestemt risikoallokering, uanset at risikotageren var den af aftaleparterne, der havde *mindst* kontrol over risikoen.

Ad aktiver

Aktiver anvendt i forbindelse med en kontrolleret transaktion har betydning for sammenligneligheden, idet der er en sammenhæng mellem investeret kapital og forventet afkast. Afkastkravet er forskelligt for forskellige typer af aktiver. Der må derfor tages højde for aktivernes art (driftsmidler, fast ejendom, immaterielle aktiver, etc.) og karakteristika (alder, markedsværdi, beliggenhed, retlig beskyttelse, etc.).²²³ Identifikation og måling af de indsatte aktiver kan være et problem, herunder navnlig for unikke immaterielle aktiver. I TfS 1988, 524 LSR blev det tillagt stor betydning for værdiansættelsen af kontrollerede transaktioner, at et dansk datterselskab havde afstået samtlige patenter og andre rettigheder til et udenlandsk moderselskab, da dette reducerede afkastkravet til datterselskabet.

Definitionen af et aktiv må foretages efter skattelovgivningens almindelige regler *før* anvendelsen af armslængdeprincippet. Hvorvidt en distributørs aktiviteter f.eks. indebærer, at der er skabt

et særligt skatteretligt aktiv i form af et *marketingaktiv*, må afgøres efter skattelovgivningens almindelige regler. På tilsvarende vis må det afgøres efter skattelovgivningens almindelige regler, hvem der skal anses for at være *ejer* af et aktiv. Disse forhold reguleres ikke af armslængdeprincippet i art. 9, stk. 1.²²⁴

1.4.3.2.4 Kontraktvilkår

Kontraktvilkårene for en kontrolleret transaktion har betydning for armslængdetesten af følgende årsager: 1) kontraktvilkår kan direkte påvirke prisdannelsen, 2) kontraktvilkår kan beskrive fordelingen af funktioner, risici og aktiver og 3) kontraktvilkår kan kvalificere som immaterielle aktiver.²²⁵

En analyse af kontraktvilkår skal omfatte rettigheder og forpligtelser ved kontraktens indgåelse, opfyldelse og opsigelse.²²⁶ Relevante kontraktvilkår kan bl.a. omfatte betalingsformen, volumen, garantivilkår, ret til modifikationer og forbedringer, løbetiden, opsigelses-/genforhandlingsret, betalings- og kreditvilkår og andre løbende forretningsforbindelser mellem parterne. TfS 1996, 282 Ø omhandlede bl.a. spørgsmålet om, hvorvidt der kunne ske rentefiksering af et dansk moderselskab, der havde ydet dets datterselskaber rentefri kredittid, der oversteg kredittiden for uafhængige kunder. Landsskatteretten fandt, at den forlængede kredittid var forretningsmæssigt begrundet i det forhold, at moderselskabet forestod lagerstyringen hos datterselskaberne og dermed bestemte, hvilke varer der skulle hjemtages, hvornår dette skulle ske og i hvilke mængder. Moderselskabets ulempe ved den lange kredittid blev således modsvaret af andre fordele for selskabet. I TfS 2008, 1341 BR/SKM2008.785 kunne skatteyderen ikke godtgøre, at et søsterselskab også indrømmede uafhængige parter en rabat på 25 %, hvorfor en priskorrektion blev stadfæstet.

Der er efter dansk skatteret ikke krav om skriftlige aftaler.²²⁷ Bevisbyrden for faktum vedrørende kontrollerede transaktioner påhviler dog normalt skatteyderne.²²⁸ I mangel af skriftlige aftaler må vilkårene for en kontrolleret transaktion udledes af parternes faktiske handlemåde.²²⁹

Kontraktvilkår skal som udgangspunkt *anerkendes* ved anvendelsen af armslængdeprincippet. En tilsidesættelse heraf må ske på baggrund af skattelovgivningens almindelige regler. I TfS 1988, 292 H anerkendte Højesterets flertal kontraktvilkår om olie køb, som blev efterlevet af parterne, uanset at priserne afveg fra spotpriserne på det åbne marked. I TfS 2004, 903 H/SKM2005.5 havde et selskab stillet et sommerhus til rådighed for hovedaktionæren på helårsbasis. Ifølge Højesteret skulle den kontrollerede transaktion anerkendes, uanset at helårsudlejning på privat basis fandtes at være usædvanlig og vanskeliggjorde værdiansættelsen efter LL § 2. I TfS 2008, 135 H havde en hovedanpartshaver meddelt sit insolvente selskab rentehenstand, hvilket udløste rentefiksering. Østre Landsret fandt ikke grundlag for at sondre mellem rentehenstand og rentefrihed og stadfæstede afgørelsen. Højesteret fastholdt derimod, at der alene var indrømmet henstand med rentebetalingen. Anerkendelsen af den kontrollerede transaktion indebar, at der ikke var grundlag for korrektion, idet henstanden i øvrigt fandtes at være forretningsmæssigt begrundet.

²²² Jf. pkt. 1.60 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²²³ Jf. pkt. 1.54 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²²⁴ I strid hermed har OECD i 2015 fastsat en definition af begrebet et immaterielt aktiv, jf. pkt. 6.6 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen). Se nedenfor i kap. 1.4.3.3.1.

²²⁵ Jf. pkt. 1.42 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²²⁶ Jf. pkt. 9.107 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²²⁷ Jf. TfS 2010, 147 H/SKM2010.26.

²²⁸ Jf. f.eks. TfS 2004, 903 H/SKM2005.5 og TfS 2003, 716 V/SKM2003.364.

²²⁹ Jf. pkt. 1.49 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

I 2010 og 2015-versionerne af OECD Transfer Pricing Guidelines er der introduceret en ny fortolkning, hvorefter *andre prisrelevante vilkår* end prisen også kan korrigeres efter armslængdeprincippet. Som omtalt ovenfor antages der således at kunne foretages korrektion af en kontraktbestemt risikoallokering, ligesom der kan foretages korrektion af opsigelsesvilkår²³⁰ og betalingsformen for immaterielle aktiver.²³¹ En kontraktuel risikoallokering skal bl.a. kun anerkendes, hvis den er konform med parternes faktiske handlemåde, sådan som dette udtryk nu defineres, jf. ovenfor i kapitel 1.4.3.2.3. Som allerede anført må denne ny fortolkning anses for at være strid med armslængdeprincippet.

1.4.3.2.5 Økonomiske omstændigheder

De økonomiske omstændigheder for en kontrolleret transaktion påvirker sammenligneligheden. OECD nævner følgende eksempler på relevante omstændigheder:²³² 1) det geografiske marked, 2) markedsstørrelsen, 3) indplacering i værdikæden, 4) markedsandel, 5) omkostningsniveau, 6) konkurrencesituation, 7) konjunkturerne, 8) tidspunktet for transaktionerne og 9) parternes realistiske alternativer.²³³

På baggrund af disse faktorer må det bl.a. undersøges, om markederne for den kontrollerede transaktioner og referencetransaktionerne er sammenlignelige. I nogle brancher findes der flere markeder og prisforskelle inden for samme land, mens der i andre brancher findes ét globalt marked med ens priser. Den australske appeldomstol har i en sag anerkendt, at der fandtes et globalt marked for salg af bestemte kemiske produkter, hvorved et fransk moderselskabs varesalg til dets datterselskab i Australien kunne sammenlignes med moderselskabets varesalg til uafhængige kunder andre steder i verdenen.²³⁴

Sammenligneligheden af de økonomiske omstændigheder blev berørt i TfS 1997, 392 H, hvor et dansk moderselskab ejede et dansk datterselskab, der fremstillede bøsninger mv. I Danmark blev produkterne solgt af datterselskabet, mens de i Norden blev solgt gennem moderselskabet, der videresolgte til uafhængige nordiske distributører. Salget til de nordiske distributører skete til priser, som var ca. 50 % lavere end priserne til de danske kunder. Salg til kunder i Holland og Tyskland skete gennem et interesseforbundet firma i Liechtenstein, som opnåede en bruttomargin på ca. 50 %. Skattemyndighederne og Landsskatteretten fandt, at produkterne var solgt til underpris til firmaet i Liechtenstein, hvilket bl.a. var baseret på en sammenligning med priserne til de danske kunder. Landsretten fandt derimod, at priserne til firmaet ikke afveg væsentligt fra priserne ved salg til andre udenlandske aftagere. Højesterets flertal lagde til grund, at firmaet i Liechtenstein faktisk drev virksomhed i form af videresalg, og at salget fra moderselskabet var sket til priser, der ikke afveg væsentligt fra de priser, der blev an-

vendt i forhold til andre udenlandske aftagere, der også var mellemhandlere. På baggrund heraf fandtes salget til firmaet ikke at være sket på sådanne vilkår, at der forelå en overførsel af indkomst, der rettelig tilkom moderselskabet.²³⁵ Som referencetransaktioner for salget til firmaet i Liechtenstein blev der således anvendt salg til de nordiske distributører frem for til de danske kunder. Sammenligningen skete dermed med kunder i samme led i værdikæden. De kontrollerede transaktioner og referencetransaktionerne fandt imidlertid sted på forskellige geografiske markeder. Dette forhold var ikke inddraget under parternes procedure, hvorfor dommen ikke kan tages som udtryk for Højesterets stillingtagen hertil. Det skal dog bemærkes, at der ifølge Højesterets flertal ikke var fremlagt oplysninger om mellemhandlernes videresalgspriser. Dette indikerer, at det ifølge retten kunne have været relevant at inddrage mellemhandlernes bruttomarginer, og at sagen dermed kunne have fået et andet udfald, hvis den havde været afgjort på grundlag af videresalgsprismetoden frem for den frie markedsprismetode.

Landsskatteretten har også afgjort en sag, hvor markedsforskelle indtog en central rolle.²³⁶ Sagen omhandlede et dansk datterselskab, der fremstillede olieprodukter, der primært blev solgt til koncernforbundne og uafhængige kunder i Norden. I tilfælde af overproduktion var et engelsk søsterselskab forpligtet til at aftage den overskydende produktion. Datterselskabets bruttomarginer ved salg i Norden var for visse produktgrupper væsentlig højere end ved salg til det engelske søsterselskab. Ifølge skatteyderen var dette bl.a. begrundet i særlige kunde krav, miljøregler og afgiftsregler på det nordiske marked. Ifølge retten havde skatteyderen ikke i tilstrækkelig grad dokumenteret, at forskellene i bruttomarginer kunne forklares med markedsforskellen mellem Norden og resten af verdenen.

1.4.3.2.6 Forretningsstrategier

En koncerns forretningsstrategier kan betyde, at kontrollerede transaktioner ikke er sammenlignelige med uafhængige transaktioner. OECD anerkender bl.a. forretningsstrategier om etablering, udvidelse og forsvar af markedsandele.²³⁷ Det kan f.eks. dreje sig om en produktlancering på et nyt marked, hvor der i en periode sælges til reducerede priser eller afholdes ekstraordinært store markedsføringsomkostninger. En sådan strategi kan midlertidigt påvirke priser og profit for ét eller flere selskaber i en koncern, således at disse afviger fra de generelle priser og profit i markedet. Ifølge OECD kan der ved armslængdetesten af en forretningsstrategi undersøges, om parternes faktiske handlemåde er konform med strategien, om relationen mellem parterne er konform med fordelingen af de afledte omkostninger og om det er sandsynligt, at strategien i løbet af en periode vil medføre et rimeligt afkast.²³⁸ Den tyske højesteret har i sag om lancering af dansk snaps på det

²³⁰ Jf. pkt. 9.106-9.114 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²³¹ Jf. pkt. 3.73, 6.181-6-185 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²³² Jf. pkt. 1.110-1.113 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²³³ Flere af disse faktorer indgår i Michael E. Porter's branchestrukturmodel, hvor følgende fem konkurrencemæssige kræfter antages at have en afgørende indflydelse på konkurrenceintensiteten og lønsomheden i en branche: 1) leverandørernes forhandlingsstyrke, 2) købernes forhandlingsstyrke, 3) indgangsbarrierer, 4) truslen fra substituerende varer og 5) konkurrenternes interne rivalisering.

²³⁴ Jf. SNF (Australia) Pty Ltd v. Commissioner, Federal Court of Australia 74 (2011).

²³⁵ Højesterets mindretal fandt det derimod ikke godtgjort, at der var udført salgsarbejde mv., der kunne begrunde salg via firmaet i Liechtenstein, hvorfor videresalgssavancen med rette fandtes at være medregnet hos moderselskabet.

²³⁶ Jf. Landsskatterettens afgørelse af 9. september 2008, j. nr. 04-03830. Afgørelsen er kommenteret af Jens Wittendorff, Ugeskrift for Skat, 2009, p. 1117 ff.

²³⁷ Jf. pkt. 1.115 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen). Den norske højesteret har i en sag *ikke* anerkendt en forretningsstrategi, der havde til formål at *forsvare* en markedsandel, idet den lave pris i denne situation svarede til markedsprisen, jf. Rt 1999/1087. Dette svarer til retstilstanden i amerikansk skatteret, jf. Preamble, Explanation of Provision, Section 1.482-1(d)(4) i TD 8552 (IRB 1994-31).

²³⁸ Jf. pkt. 1.117 og 1.118 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

tyske marked afgjort, at der normalt kun kan accepteres underskud i en introduktionsfase på højst tre år.²³⁹

1.4.4 Værdiansættelsen

1.4.4.1 Armslængdemetoder

1.4.4.1.1 Generelt

Armslængdemetoder anvendes til at *efterprøve*, om kontrollerede transaktioner iagttagelse armslængdeprincippet.²⁴⁰ Metoderne skal derfor ikke nødvendigvis anvendes ved *prisfastsættelsen*, som i øvrigt ikke forventes at ske i form af egentlige prisforhandlinger. Dette forhold blev bekræftet af Østre Landsret i TfS 1987, 60: "Det samme gælder den måde, på hvilken ændringerne blev gennemført i form af ensidige instrukser fra TOE. Denne form er en naturlig følge af, at sagsøgte ejes og kontrolleres af TOE."

Metoderne indebærer en økonomisk måling af den kontrollerede transaktion og referencetransaktionen. Transaktionerne måles ved deres priser, brutto- eller nettomarginer. Hvis der på grundlag heraf ingen forskelle er mellem transaktionerne, tages dette som en indikation af, at armslængdeprincippet er iagttaget og vice versa.²⁴¹

I OECD Transfer Pricing Guidelines beskrives følgende metoder:

- 1) Den frie markedsprismetode ("comparable uncontrolled price method" eller CUP).
- 2) Videresalgspismetoden ("resale price method").
- 3) Kostplusmetoden ("cost plus method").
- 4) Den transaktionsbestemte nettoavancemetode ("transactional net margin method" eller TNMM).
- 5) Avancefordelingsmetoden ("profit split method").

De første tre metoder omtales som de "traditionelle metoder", mens de to sidste metoder omtales som "profitmetoder".²⁴² Skattemyterne kan anvende andre metoder end dem, som OECD har beskrevet.²⁴³

1.4.4.1.2 Metodevalg

En korrekt anvendelse af metoderne vil i teorien medføre samme resultat, hvis de kontrollerede transaktioner afsluttes på et marked med perfekt konkurrence. I praksis er idealet om perfekt konkurrence sjældent opfyldt, hvorfor resultatet af armslængdetesten kan afhænge af den anvendte metode. Metodevalget har derfor stor betydning for retsanvendelsen.

Ifølge OECD findes der ikke én metode, som kan anvendes i alle situationer.²⁴⁴ Der anses ikke for at være krav om, at der anvendes

mere end én metode.²⁴⁵ Det anses heller ikke for at være nødvendigt at dokumentere, at andre metoder *ikke* kan anvendes. I de fleste tilfælde antages det imidlertid at være muligt at udpege en bestemt metode, som vil medføre det bedste estimat af en armslængdepris. Ifølge OECD skal der således anvendes den metode, der konkret må anses for at være bedst (best method rule).²⁴⁶ Metodevalget skal ske efter følgende kriterier: 1) styrkerne og svaghederne ved metoderne, 2) hensigtsmæssigheden af metoden i lyset af karakteren af den kontrollerede transaktion, 3) tilgængeligheden af pålidelige oplysninger om uafhængige transaktioner til brug for metoden og 4) graden af sammenlignelighed mellem den kontrollerede transaktion og uafhængige transaktioner. På baggrund af disse kriterier må *den relative pålidelighed* af de enkelte metoder vurderes over for hinanden. I overensstemmelse hermed må metoderne betragtes som hjælpemidler ved den frie bevisførelse.²⁴⁷

Der findes ikke et formelt hierarki mellem metoderne, men OECD Transfer Pricing Guidelines hviler på en klar præference for de traditionelle metoder.²⁴⁸ De traditionelle metoder må således ikke forkastes som følge af en streng sammenlignelighedsnorm.²⁴⁹ Ifølge OECD består den mest direkte armslængdetest i en sammenligning af prisen i den kontrollerede transaktion og referencetransaktionen. Blandt de traditionelle metoder har CUP dermed forrang frem for videresalgspismetoden og kostplusmetoden.²⁵⁰ Ved valget mellem sidstnævnte to metoder skal det ifølge OECD Guidelines have for øje, at videresalgspismetoden normalt anvendes i relation til salgsselskaber, og at kostplusmetoden normalt anvendes i relation til produktions- og serviceselskaber.²⁵¹ Ifølge 1995-versionen af OECD Transfer Pricing Guidelines kunne profitmetoderne kun anvendes som *en sidste udvej* i de ekstraordinære situationer, hvor de traditionelle metoder ikke kunne anvendes alene eller undtagelsesvist slet ikke kunne anvendes.²⁵² Den afvisende holdning over for profitmetoderne er begrundet med, at nettoavancen kan være forårsaget af myriader af andre omstændigheder end netop interne priser. En rekursmyndighed i Australien har udtrykket dette som følger: "One of the problems of profit based methodology is that, when applied to transfer pricing, it inevitably attributes any loss to the pricing. Where operating expenses are higher these may place some of the emphasis of the cause of the loss on the wrong area. After all, it is certainly true that there are companies which make losses for reasons other than the prices for which they acquire their stock. The Australian operations of multinational companies are

²³⁹ Jf. Bundesfinanzhof's dom af 17. februar 1993, I R 3/92 (BStBl II 1993 457). Retten har senere præciseret, at denne 3-årsregel alene har karakter af en afkræftelig formodning, jf. Bundesfinanzhof's dom af 17. oktober 2001, I R 103/00 (BStBl II 2004 171).

²⁴⁰ Jf. pkt. 2.1 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁴¹ Jf. pkt. 2.13 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁴² Jf. pkt. 2.1 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁴³ Jf. pkt. 2.9 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁴⁴ Jf. pkt. 2.2 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁴⁵ Jf. pkt. 2.11 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁴⁶ Jf. pkt. 2.2 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁴⁷ Jf. J.O. Engholm Jacobsen, Selskabsskatteloven med kommentarer (1997), p. 230.

²⁴⁸ Jf. pkt. 2.3 og 2.10 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁴⁹ Jf. pkt. 2.10 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁵⁰ Jf. pkt. 2.3 og 2.14 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁵¹ Jf. pkt. 2.21 og 2.39 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁵² Jf. pkt. 2.49, 3.1-3.2, 3.49, 3.50 og 3.54 i OECD Transfer Pricing Guidelines (1995-versionen).

not necessarily excluded from this".²⁵³ I forarbejderne til den danske transfer pricing lovgivning er dette forbehold over for profitmetoderne gentaget.²⁵⁴ I 2015-versionen af OECD Transfer Pricing Guidelines er forbeholdet over for profitmetoderne mindre udtalt, men præferencen for de traditionelle metoder er opretholdt.²⁵⁵ Det betones ikke mindst, at sammenlignelighedskravet gælder med samme styrke for de traditionelle metoder og profitmetoderne,²⁵⁶ og at anvendelsen af profitmetoderne ikke må resultere i en overbeskatning.²⁵⁷ Landsskatteretten har i en sag afvist en korrektion foretaget af skattemyndighederne, fordi den af skattemynderen anvendte kostplusmetode fandtes at medføre et mere pålideligt resultat end den transaktionsbestemte nettoavancemetode, der var anvendt af skattemyndighederne.²⁵⁸

1.4.4.1.3 Den frie markedsprismetode (CUP)

Den frie markedsprismetode indebærer en direkte sammenligning af prisen i den kontrollerede transaktion og referencetransaktionerne.²⁵⁹ Armslængdeprisen skal dermed ikke beregnes, men fremkommer direkte ved sammenligningen. Det økonomiske fundament for metoden er en antagelse om, at udbud og efterspørgsel skaber en bestemt markedspris (ligevægt på produktmarkedet). Ifølge økonomisk teori vil der dannes en sådan markedspris, hvis produktmarkedet befinder sig i en langsigtet ligevægtssituation. Under imperfekt konkurrence kan samme produkt derimod handles til forskellige priser, og forskellige produkter kan handles til samme pris.

Ved sammenlignelighedstesten antages de vigtigste faktorer at være realydelserne, kontraktvilkårene og de økonomiske omstændigheder. I TfS 2008, 990 BR/SKM2008.633 afviste retten, at en priskorrektion var berettiget, idet den var foretaget på et ufuldstændigt sammenligningsgrundlag. Den frie markedsprismetode udgør den klassiske metode til frembringelse af armslængdepriser. I praksis er det imidlertid sjældent muligt at anvende metoden som følge af manglen på tilstrækkeligt sammenlignelige referencetransaktioner.²⁶⁰ Metoden kan dog efter omstændighederne anvendes i forhold til omsætning af børsnoterede råvarer som olie, kaffe, aktier mv.²⁶¹ I 2015-versionen har OECD uddybet anvendelsen af den frie markedsprismetode i relation til kontrollerede transaktioner omfattende råvarer.²⁶²

1.4.4.1.4 Videresalgsprismetoden (resale price method)

Videresalgsprismetoden indebærer en sammenligning af *bruttomarginen* i den kontrollerede transaktion og referencetransaktionerne.²⁶³ Metoden anvendes på det *købende selskab* i en kontrolleret transaktion, der normalt udfører en distributionsfunktion. Bruttomarginen skal kompensere selskabet for omkostningerne forbundet med distributionsfunktionen og efterlade en profit, som afspejler dets risici og den investerede kapital. Det økonomiske fundament for metoden er en antagelse om, at selskaber på samme produktmarkeder opnår samme betaling (bruttomargin) for at udføre samme funktion (ligevægt på produktmarkedet).²⁶⁴

Ved sammenlignelighedstesten antages de vigtigste faktorer at være funktionerne, risiciene og kontraktvilkårene.²⁶⁵ Metoden anses for at være mere tolerant over for produktforskelle end den frie markedsprismetode.²⁶⁶ Referencetransaktionerne skal dog så vidt muligt vedrøre samme produktgruppe. Metoden kan også være mindre følsom end den frie markedsprismetode over for geografiske markedsforskelle. Ved brug af uafhængige selskaber som sammenligningsgrundlag må det sikres, at selskaberne regnskabspraksis er konsistent.²⁶⁷

1.4.4.1.5 Kostplusmetoden (cost plus method)

Kostplusmetoden indebærer en sammenligning af *kostplus-marginen* i den kontrollerede transaktion og referencetransaktionerne.²⁶⁸

Metoden anvendes på det *sælgende selskab* i en kontrolleret transaktion, der normalt udfører produktion eller tjenesteydelser. Kostplus-marginen skal kompensere selskabet for dets produktionsomkostninger og efterlade en profit, som afspejler dets risici og den investerede kapital. Det økonomiske fundament for metoden er en antagelse om, at selskaber på samme produktmarkeder opnår samme betaling (kostplus-margin) for at udføre samme funktion (ligevægt på produktmarkeder).

Metoden er i vidt omfang sammenlignelig med videresalgsprismetoden, idet begge metoder tager udgangspunkt i bruttofortjenesten, jf. ovenfor. Der skal anvendes en sammenlignelig omkostningsbase i den kontrollerede transaktion og referencetransaktionerne.

1.4.4.1.6 Den transaktionsbaserede nettoavancemetode (TNMM)

Den transaktionsbaserede nettoavancemetode indebærer en sammenligning af nettoresultatet i den kontrollerede transaktion og referencetransaktionerne.²⁶⁹ Nettoresultatet skal forstås som regnskabsposten *resultat af primær drift*. Sammenligningen sker ved hjælp af økonomiske nøgletal baseret på nettoresultatet, jf. nedenfor.

²⁵³ Jf. Roche Products Pty. Ltd. v. Commissioner, Administrative Appeals Tribunal 639 (2008), pkt. 185.

²⁵⁴ Jf. L 84 af 14. november 1997, almindelige bemærkninger (Kapitel II og III).

²⁵⁵ Jf. pkt. 2.4 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁵⁶ Jf. pkt. 2.5, 2.6 og 2.68 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁵⁷ Jf. pkt. 2.7 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁵⁸ Jf. Landsskatterettens afgørelse af 16. december 2015, sags nr. 11-0301604.

²⁵⁹ Jf. pkt. 2.13 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁶⁰ Den frie markedsprismetode blev anvendt i bl.a. TfS 1997, 392 H.

²⁶¹ Jf. TfS 2013, 91 SR/SKM2013.9, TfS 1988, 292 H og TfS 1987, 60 Ø.

²⁶² Jf. pkt. 2.16A-2.16E i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁶³ Jf. pkt. 2.21 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁶⁴ Jf. pkt. 2.24 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁶⁵ Jf. pkt. 2.24 og 2.28 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁶⁶ Jf. pkt. 2.23 og 2.25 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁶⁷ Jf. pkt. 2.35 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁶⁸ Jf. pkt. 2.39 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen). Kostplus-marginen opgøres som bruttofortjenesten i procent af produktionsomkostningerne.

²⁶⁹ Jf. pkt. 2.58 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

Metoden fungerer på samme måde som videresalgsprismetoden og kostplussmetoden, når der bortses fra, at flere omkostningskategorier medregnes efter TNMM. Metoden kan efter omstændighederne anvendes på det *købende* eller *sælgende* selskab i den kontrollerede transaktion. Som testet selskab skal vælges det selskab, hvis nettoresultat fra den kontrollerede transaktion kan verificeres ved hjælp af de mest pålidelige oplysninger og de færreste og mest pålidelige justeringer, og for hvilket der kan identificeres pålidelige referencetransaktioner.²⁷⁰ Det testede selskab bør normalt ikke eje værdifulde immaterielle aktiver eller lignende ressourcer, da det i så fald vil være vanskeligt at finde sammenlignelige uafhængige selskaber.²⁷¹

Det økonomiske fundament for metoden er neoklassisk økonomisk teori om markeder i en fri konkurrence-økonomi, hvor udbud og efterspørgsel modsvarer hinanden ved en markedspris svarende til selskabernes marginale omkostninger. Når markedet har nået en langsigtet ligevægt, vil et konkurrencedygtigt selskabs indkomst modsvare et markedsbestemt afkast af selskabets produktionsfaktorer. Hvor fokus for de traditionelle metoder er på de priser, som selskaberne kan opnå i markedet (ligevægt på produktmarkedet), er fokus for profitmetoderne de produktionsfaktorer, som selskaberne anvender, og den aflønning, som disse faktorer kan opnå i markedet (ligevægt på faktormarkedet). I en langsigtet ligevægtssituation antages selskaberne at opnå et normalafkast af den investerede kapital. Under imperfekt konkurrence har risikoen forbundet med en investering stor betydning for kapitalomkostningen. Investorenes afkastkrav afspejler således risikoen forbundet med en investering.

Sammenlignelighedskravet tillægges stor betydning af OECD, hvorfor der bl.a. ikke kan anvendes gennemsnitlige brancheafkast.²⁷² I TfS 2009, 760 BR/SKM2009.344 havde skattemyndighederne foretaget en priskorrektion af en administrationsaftale, hvilket var sket på baggrund af oplysninger om tre unavngivne virksomheder, der havde realiseret overskudsgrader i intervallet 20-61 %. Ifølge retten var dette sammenligningsgrundlag alt for spinkelt til med rimelighed at kunne anvendes. Landsskatteretten har afvist en priskorrektion foretaget på baggrund af TNMM, idet de kontrollerede transaktioner omfattede en international konsulentvirksomheds udveksling af højspecialiserede arbejdskraft, der var sammenlignet med almindelige vikarbureauer.²⁷³ Disse bureauer kunne ifølge retten ikke danne grundlag for en sammenligning med de kontrollerede transaktioner. Ifølge OECD skal sammenligneligheden prø-

ves efter samme retningslinjer som for videresalgsprismetoden og kostplussmetoden.²⁷⁴ Sammenligneligheden mellem produkterne og de udførte funktioner antages generelt at have mindre betydning efter TNMM.²⁷⁵ Forskelle i funktioner antages således at afspejles i forskellige distributions- og administrationsomkostninger, således at nettoresultatet er det samme. Aktiverne og risiciene har derfor størst betydning, idet nettoresultatet repræsenterer et risikovægtet afkast. Metodens akilleshæl er som omtalt tanken om, at der kan justeres for den myriade af andre faktorer end interne priser, som kan påvirke nettoresultatet. Metoden har ikke desto mindre udviklet sig til at være den mest anvendte. Metoden anvendes normalt på baggrund af databaseundersøgelser, men kan naturligvis også anvendes på baggrund af konkrete virksomheder, der er sammenlignelige med det testede selskab. Dette skete i TfS 2002, 336 V/SKM2002.194, hvor Vestre Landsret bl.a. lagde vægt på overskudsgraden for fire uafhængige selskaber.

OECD beskriver følgende nøgletal, der kan anvendes efter TNMM: 1) overskudsgraden,²⁷⁶ 2) net kostplus-marginen,²⁷⁷ 3) afkastningsgraden²⁷⁸ og 4) berry ratio.²⁷⁹ Det må vurderes konkret, hvilket nøgletal som vil medføre det mest pålidelige resultat, hvilket skal ske efter samme kriterier som metodevalget.²⁸⁰ I praksis anvendes overskudsgraden normalt for salgsselskaber, net kostplus-marginen anvendes for produktions- og serviceselskaber, afkastningsgraden anvendes for kapitalintensive produktionsselskaber og berry ratio kan anvendes for visse salgsaktiviteter.

1.4.4.1.7 Avancefordelingsmetoden (profit split method)

Avancefordelingsmetoden indebærer en sammenligning af koncernselskabernes samlede nettoresultat af en kontrolleret transaktion med den relative værdi af selskabernes bidrag til transaktionen.²⁸¹ Den relative værdi kan estimeres efter forskellige metoder baseret på selskabernes funktioner, risici og aktiver samt så vidt muligt eksterne markedsdata.²⁸² Det økonomiske fundament for metoden er en antagelse om, at der under perfekt konkurrence dannes en langsigtet ligevægt på markederne for produktionsfaktorer (ligevægt på faktormarkedet), jf. ovenfor om TNMM. Ifølge OECD skal allokeringen af nettoresultatet afspejle den allokering, som ville være foretaget mellem uafhængige selskaber i en markedstransaktion.²⁸³ Metoden kan i princippet anvendes uden oplysninger om markedsdata. En erstatning af objektive markedsdata med subjektive skøn indeholder dog i sagens natur kimen til konflikt.

²⁷⁰ Jf. pkt. 2.59, 3.18 og 3.19 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁷¹ Jf. pkt. 2.59 og 2.60 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁷² Jf. pkt. 2.5, 2.6, 2.68, 2.74, 2.75 og 2.146 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁷³ Jf. Landsskatterettens afgørelse af 16. december 2015, sags nr. 11-0301604.

²⁷⁴ Jf. pkt. 2.58 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁷⁵ Jf. pkt. 2.62 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁷⁶ Jf. pkt. 2.90 og 2.91 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen). Overskudsgraden beregnes som nettoresultatet i procent af nettoomsætningen.

²⁷⁷ Jf. pkt. 2.92-2.96 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen). Net kostplus-marginen beregnes som nettoresultatet i procent af produktions-, distributions- og administrationsomkostningerne.

²⁷⁸ Jf. pkt. 2.97 og 2.98 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen). Afkastningsgraden beregnes som nettoresultatet i procent af driftsaktiverne.

²⁷⁹ Jf. pkt. 2.100-2.102 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen). Berry ratio beregnes som bruttofortjenesten i procent af distributions- og administrationsomkostningerne.

²⁸⁰ Jf. pkt. 2.76 og 2.86-2.102 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen). Se Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 853 ff.

²⁸¹ Jf. pkt. 2.108 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁸² Jf. pkt. 2.116 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁸³ Jf. pkt. 2.108 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

Metoden kan anvendes, når begge parter bidrager med værdifulde immaterielle aktiver mv. til en kontrolleret transaktion.²⁸⁴ Endvidere kan metoden anvendes, når flere kontrollerede transaktioner er så indbyrdes forbundne, at der ikke kan foretages pålidelige separate armslængdetest heraf. Det kan f.eks. dreje sig om bankers handel med værdipapirer i døgndrift i flere lande (global trading).

Allokeringen af det samlede nettoresultat mellem selskaberne kan ske efter forskellige metoder. OECD omtaler residualmetoden (residual profit split method), bidragsmetoden (contribution analysis) og sammenligningsmetoden (comparable profit split).²⁸⁵ Andre metoder kan også anvendes, hvis de medfører en allokering svarende til den, som ville være sket i en markedstransaktion.

Efter residualmetoden allokeres det totale nettoresultat af en kontrolleret transaktion i to trin.²⁸⁶ I første trin tilskrives selskaberne først et armslængdeafkast af deres rutinemæssige bidrag til den kontrollerede transaktion. Dette kan f.eks. være en salgs- eller produktionsfunktion, for hvilken der findes markedsdata om armslængdeafkastet. Rutineafkastet fastsættes ved hjælp af en anden metode. I andet trin allokeres restresultatet, hvilket f.eks. kan ske i forhold til værdien de immaterielle aktiver, som selskaberne anvender i forbindelse med den kontrollerede transaktion.²⁸⁷

Efter bidragsmetoden allokeres det totale nettoresultat af en kontrolleret transaktion på baggrund af den relative værdi af selskabernes funktioner mv.²⁸⁸ Allokeringen skal så vidt muligt ske på grundlag af markedsdata om, hvordan uafhængige parter ville allokere nettoresultatet. I mangel af oplysninger herom må metoden anvendes på grundlag af interne data. Pålideligheden af resultaterne af bidragsmetoden vil dermed afhænge af kvaliteten af de interne data og pålideligheden af forudsætningerne. Metoden er udviklet til brug for armslængdetesten af global handel med værdipapirer mv.

Efter sammenligningsmetoden allokeres det samlede nettoresultat af en kontrolleret transaktion på baggrund af oplysninger om allokeringen af nettoresultatet i referencetransaktioner.²⁸⁹ Metoden kan kun sjældent anvendes i praksis, idet der normalt ikke vil være adgang til oplysninger om sammenlignelige referencetransaktioner. I TfS 2002, 336 V/SKM2002.194 var det dog lykkedes skatteyderen at indhente oplysninger om, hvordan det samlede nettoresultat blev allokeret i en sammenlignelig referencetransaktion.

1.4.4.2 Armslængdeintervaller

Armslængdeprincippet kan siges at være baseret på et markedsideal om perfekt konkurrence, hvor der kun findes én armslængdepris, og metoderne medfører samme resultat. Hvis markedet frembringer forskellige priser, kan der ikke drages entydige konklusioner fra armslængdeprincippet. I praksis er markedsidealet normalt ikke opfyldt, hvorfor der findes *flere* armslængdepriser. Ved en ordnet opstilling af sådanne priser dannes et *armslængdeinterval*.²⁹⁰

Ifølge OECD kan brugen af statistiske metoder efter omstændighederne forøge pålideligheden af en armslængdetest. Dette anses for at være tilfældet, når et armslængdeinterval består af et *stort antal* referencetransaktioner, som *ikke* fuldt ud er sammenlignelige med den kontrollerede transaktion.²⁹¹

Hvis resultatet af en kontrolleret transaktion befinder sig *inden for* et armslængdeinterval, kan der ikke foretages korrektion.²⁹² OECD begrænser ikke en skatteydernes mulighed for at placere sig inden for et armslængdeinterval. Hvis resultatet falder *uden for* intervallet, skal dette ikke automatisk udløse en korrektion. Skatteyderen skal således gives mulighed for at godtgøre, at den kontrollerede transaktion iagttager armslængdeprincippet. Hvis dette ikke godtgøres, kan der foretages korrektion, hvorved resultatet bringes inden for intervallet. Hvis intervallet består af sammenlignelige referencetransaktioner, vil alle punkter i intervallet iagttage armslængdeprincippet.²⁹³ I denne situation kan der på baggrund af det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip argumenteres for, at en korrektion skal ske til det for skatteyderen mindst byrdefulde punkt.²⁹⁴ Hvis referencetransaktionerne derimod ikke fuldt ud er sammenlignelige med referencetransaktionen, kan det ifølge OECD komme på tale at foretage en korrektion til medianen eller gennemsnittet i intervallet.

1.4.5 Særlige armslængderegler

1.4.5.1 Tjenesteydelser

1.4.5.1.1 Definition

En tjenesteydelse *defineres* ifølge OECD ved, at der udført en aktivitet, og at der er udsigt til en nytteværdi.²⁹⁵ For at konstatere, om der foreligger en tjenesteydelse, må der følgelig udføres en *aktivitetstest* hos yderen, og en *nyttéværditest* hos modtageren. OECD har ikke fastsat nærmere regler om aktivitetstesten,²⁹⁶ mens nytte-

²⁸⁴ Jf. pkt. 2.59 og 2.109 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁸⁵ Jf. pkt. 2.118 og 2.133 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁸⁶ Jf. pkt. 2.121-2.123 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁸⁷ Jf. pkt. 2.137 og 2.138 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁸⁸ Jf. pkt. 2.119 og 2.120 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁸⁹ Jf. pkt. 2.133 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁹⁰ Jf. pkt. 3.54 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁹¹ Jf. pkt. 3.57 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁹² Jf. pkt. 3.60 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁹³ Jf. pkt. 3.62 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁹⁴ Dette blev udfaldet af den tyske Bundesfinanzhof's dom af 17. oktober 2001, I R 103/00 (BStBl II 2004 171), jf. Jens Wittendorff, Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 605 ff. I TfS 2007, 727 H/SKM2007.465 var en fast ejendom handlet til underpris i en kontrolleret transaktion. Skattemyndighederne havde foretaget priskorrektion til ejendomsvurderingen. Skatteyderen fremførte, at en korrektion kun kunne ske til en værdi svarende til den kontante ejendomsværdi $\pm 15\%$, jf. pkt. 6 i cirkulære nr. 185 af 17. november 1982. Højesteret stadfæstede landsrettens dom, hvorefter afgørelsen ikke kunne anses for at være forkert eller for at føre til et for skatteyderen åbenbart urimeligt resultat. Dommen kan ikke tages til indtægt for Højesterets stillingtagen til armslængdeintervaller, idet intervallet $\pm 15\%$ af ejendomsvurderingen ikke er udtryk for et armslængdeinterval. Dommen er kommenteret af Jan Pedersen, RR, 2008, SM 46 ff.

²⁹⁵ Jf. pkt. 7.6 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁹⁶ I TfS 1996, 282 Ø fandt landsretten det ikke for tilstrækkeligt godtgjort, at tilskud til udenlandske datterselskaber var modsvaret af en særlig indsats fra datterselskabernes side til fremme af markedsføring af et dansk moderselskabs produkter, hvorfor moderselskabet blev nægtet fradrag for tilskuddene. Dommen er kommenteret af Sven Erik Holm, RR, 1996, SM 235.

værditesten er udførligt behandlet. OECD's regler herom kan anvendes *udfyldende* efter dansk skatteret.

Nytteværditesten er opfyldt, hvis en aktivitet resulterer i en økonomisk eller kommerciel værdi for modtageren, der forbedre dennes kommercielle stilling.²⁹⁷ OECD baserer sig på en *specifik* nytteværditest, som skal foretages ud fra *modtagerens* synsvinkel. Nytteværditesten kan være opfyldt, selv om den forventede nytteværdi ikke realiseres.²⁹⁸ Nytteværditesten fordrer en direkte forbindelse mellem aktiviteten og nytteværdien.²⁹⁹ Nytteværditesten antages generelt at være opfyldt, hvis en uafhængig skatteyder i en sammenlignelig situation ville have været villig til at betale tredjemand for at udføre aktiviteten eller selv ville have udført aktiviteten.³⁰⁰

Ifølge OECD er nytteværditesten ikke opfyldt for: 1) aktionæraktiviteter, 2) duplikative aktiviteter, 3) aktiviteter, der kun medfører en indirekte eller fjern nytteværdi og 4) en nytteværdi, som udspringer af koncerntilhørsforholdet.³⁰¹ En *aktionæraktivitet* er en aktivitet, der udføres af eller på vegne af et moderselskab alene på grund af dets status som aktionær i et datterselskab.³⁰² Eksempler herpå omfatter afholdelse af moderselskabets generalforsamling og opfyldelse af moderselskabets rapporteringskrav.³⁰³ En *duplikativ aktivitet* er en aktivitet udført af et koncernselskab, som tilsvarende udføres af modtageren selv eller af tredjemand for modtagerens regning. En aktivitet, der kun har en *fjern eller indirekte nytteværdi* for modtageren, kan f.eks. være en analyse vedrørende en omstrukturering, et virksomhedskøb eller en lukning af en division. Ifølge OECD kan sådanne analyser konstituere tjenesteydelser for de direkte involverede selskaber, men kan samtidig medføre en fjern nytteværdi for andre selskaber. En nytteværdi, der alene udspringer af *koncerntilhørsforholdet* kvalificerer ikke som en tjenesteydelse. Et selskab anses f.eks. ikke for at have modtaget en tjenesteydelse, når en højere kreditvurdering *alene* skyldes tilknytningen til en bestemt koncern. Den canadiske appeldomstol har anerkendt, at et datterselskab ikke modtog en tjenesteydelse fra dets moderselskab, i det omfang dets kreditvurdering alene skyldtes koncerntilknytningen.³⁰⁴

1.4.5.1.2 Betalingsform

OECD behandler udførligt *betalingsformen* for tjenesteydelser.³⁰⁵ Armslængdeprincippet er imidlertid rettet mod prisen i kontrollerede transaktioner, hvorfor der *ikke* kan foretages priskorrektion alene fordi betalingsformen er usædvanlig.³⁰⁶ En given afregningsform kan dog være mere eller mindre egnet til at frembringe et armslængderesultat.³⁰⁷ OECD sonderer mellem følgende betalingsformer for tjenesteydelser: 1) direkte afregning for specifikke tjenesteydelser, 2) indirekte afregning gennem en omkostningsfordeling og 3) indirekte afregning gennem en pakkeaftale.³⁰⁸ Der er en præference for en *direkte afregning* for ydelser, der hører til yderens kerneforretning, når der leveres til både koncernselskaber og uafhængige selskaber.³⁰⁹ En *indirekte afregning* anses som en egnet betalingsform for tjenesteydelser, der efter deres art ikke kan afregnes direkte som f.eks. en global markedsføringskampagne, eller der efter deres karakter ville medføre uforholdsmæssigt store administrative byrder at afregne direkte.³¹⁰ En indirekte afregning skal medføre en fordeling af omkostningerne i forhold til den forventede nytteværdi for deltagerne.³¹¹ Som allokeringnøgler kan der f.eks. anvendes omsætning, antal medarbejdere eller lignende kriterier.³¹² Betalingen for tjenesteydelser kan også ske indirekte gennem prisen for en *pakkeaftale*. Som eksempel herpå nævnes, at licensafgiften for et patent kan inkludere en betaling for teknisk assistance.³¹³

1.4.5.1.3 Værdiansættelse

En tjenesteydelse skal værdiansættes efter de generelle armslængderegler og -metoder.³¹⁴ Den *frie markedsprismetode* anses normalt for at kunne anvendes for tjenesteydelser, som også udbydes af tredjemand, eller som koncernselskabet også sælger til tredjemand. *Kostplusmetoden* og den *transaktionsbaserede nettoavancemetode* kan anvendes for koncernspecifikke tjenesteydelser. Hvis begge parter i en kontrolleret transaktion anvender unikke, værdifulde immaterielle aktiver, kan *avancefordelingsmetoden* være den bedste metode.³¹⁵ Værdiansættelsen skal ske ud fra begge parters synsvin-

²⁹⁷ Jf. pkt. 7.6 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁹⁸ Jf. pkt. 7.32 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

²⁹⁹ Jf. pkt. 7.12 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁰⁰ Jf. pkt. 7.6 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁰¹ Jf. pkt. 7.9-7.13 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁰² I mindretallets votum i TfS 2011, 986 H/SKM2012.12 blev der refereret til begrebet aktionæraktivitet i OECD Transfer Pricing Guidelines.

³⁰³ Kommissionen har udarbejdet en detaljeret liste med typiske aktionæraktiviteter, jf. bilag II til Retningslinjer vedrørende koncerninterne tjenesteydelser med lav merværdi, der er optrykt som bilag I til KOM(2011) 16 endelig af 25. januar 2011.

³⁰⁴ Jf. General Electric Capital Canada Inc. v. the Queen, Federal Court of Appeal, FCA 344 (2010).

³⁰⁵ Jf. pkt. 7.15 og 7.20-7.28 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁰⁶ En usædvanlig betalingsform, der medførte en armslængdepris, er anerkendt i TfS 2006, 634 Ø, TfS 2002, 825/SKM2002.434, TfS 1990, 298, TfS 1987, 177 LSR og LSRM 1983.90.

³⁰⁷ Jf. TfS 2010, 1016 B/SKM2010.550.

³⁰⁸ Jf. pkt. 7.21, 7.23 og 7.27 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁰⁹ Jf. pkt. 7.22 og 7.23 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³¹⁰ Jf. pkt. 7.24 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³¹¹ Jf. pkt. 7.23 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³¹² Jf. pkt. 7.25 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen). Kommissionen har udarbejdet en liste med forslag til fordelingsnøgler for forskellige typer af ydelser, jf. pkt. 53 i Retningslinjer vedrørende koncerninterne tjenesteydelser med lav merværdi, der er optrykt som bilag I til KOM(2011) 16 endelig af 25. januar 2011.

³¹³ Jf. pkt. 7.27 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³¹⁴ Jf. pkt. 7.31 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³¹⁵ Jf. pkt. 9.160 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

kel, hvorved der skal tages højde for sælgers minimumpris og købers maksimumpris.³¹⁶

Armslængdeprincippet er baseret på et ideal om *profitmaksimering*, hvorfor betalingen i en kontrolleret transaktion alt andet lige skal indeholde en *profit*.³¹⁷ I overensstemmelse hermed afgjorde Østre Landsrets i TFS 2007, 701 Ø/SKM2007.355, at et ejendoms-selskab, der som hovedentreprenør havde opført et hus for hovedaktionærer, skulle afregne for dets ydelse inklusive en profit. OECD omtaler tre situationer, hvor der efter omstændighederne kan anvendes *kostpriser*.³¹⁸ For det første kan en tjenesteydelse, der isoleret set er tabsgivende, bidrage positivt til sælgers samlede resultat.³¹⁹ Som eksempel herpå nævnes det, at en tjenesteydelse kan være komplementær til sælgers øvrige forretningsaktiviteter. For det andet vil markedsværdien af en tjenesteydelse ikke altid overstige kostprisen.³²⁰ OECD nævner som eksempel herpå tilfælde, hvor en tjenesteydelse ikke udgør en ordinær eller tilbagevendende aktivitet for sælger, men alene tilbydes lejlighedsvis til koncernforbundne selskaber. For det tredje kan skattemyndighederne ifølge OECD undlade at foretage korrektion af tjenesteydelser afregnet til kostpris, uanset at armslængdeprincippet måtte tilsige en profit for sælger.³²¹ En cost/benefit-analyse kan således indikere, at skatteprovenu fra en korrektion ikke står mål med ressourcerne forbundet med at fastlægge armslængdeprisen. Der antages dog normalt at skulle anvendes armslængdepriser i følgende tilfælde: 1) tjenesteydelsen hører til sælgers kerneforretning, 2) profitten er relativ stor eller 3) en direkte afregning er praktisk mulig.

1.4.5.1.4 Tjenesteydelser med lav merværdi

OECD har i 2015 indført en simplificeret metode for tjenesteydelser med en lav merværdi. USA og EU indførte regler herom i 2009³²² henholdsvis 2011.³²³ Begge disse regelsæt opstiller en liste af tjenesteydelser, som ifølge de amerikanske regler kan faktureres på en omkostningsdækkende basis, mens de efter EU's regler kan faktureres med et avancetillæg på 3-10 %, normalt 5 %.

OECD's regler afgrænser generelt en tjenesteydelse med en lav merværdi som følger:³²⁴

- Er af hjælpende karakter,
- Tilhører ikke kernevirksomheden for koncernen,
- Kræver ikke brug af unikke immaterielle aktiver eller resultater i skabelsen af sådanne aktiver, og
- Medfører ikke påtagelse af, kontrol over eller skabelsen af væsentlige risici

Følgende tjenesteydelser anses normalt for at medføre en lav merværdi:³²⁵

- Regnskab og revision,
- Håndtering af debitorer og kreditorer,
- HR
- Overvågning og indsamling af oplysninger om helbred, sikkerhed, miljø mv.,
- IT services uden for kernevirksomheden,
- Interne og eksterne kommunikation og public relation,
- Juridiske ydelser,
- Skatteydelser,
- Generel administration og kontorarbejde.

Tjenesteydelser med lav merværdi omfatter ikke ydelser, der også leveres til uafhængige kunder af koncernen.³²⁶ Ydelserne kan dog godt tilhører kernevirksomheden for tjenesteyderen, når de blot ikke tilhører kernevirksomheden for koncernen.

Følgende tjenesteydelser kvalificerer ikke som ydelser med lav merværdi:³²⁷

- Ydelser, der tilhører kernevirksomheden for koncernen,
- Forskning og udvikling,
- Produktion,
- Indkøb af råvarer eller andre materialer til brug for produktion,
- Salg, markedsføring og distribution,
- Finansielle transaktioner,
- Efterforskning, udvinding og bearbejdning af naturressourcer,
- Forsikring og genforsikring, og
- Topledelse.

Der skal anvendes samme avancetillæg til omkostningsbasen for alle kategorier af tjenesteydelser, og tillægget skal være 5 %.³²⁸ Det er ikke nødvendigt at udarbejde en dokumentation for dette avancetillæg. Gennemfaktureringsomkostninger ("pass-through costs") skal ikke tillægges et avancetillæg.

Anvendelsen af den simplificerede metode for tjenesteydelser kræver, at der udarbejdes en særlig dokumentation.³²⁹

1.4.3.2 Omkostningsfordeling

1.4.3.2.1 Definition

Omkostningsfordeling (cost contribution arrangement) er en *samarbejdsform*, hvor deltagerne for fælles regning og risiko udfører en aktivitet og opnår en ejendoms- eller brugsret til resultaterne.³³⁰ En sådan ordning kan anvendes som retlig ramme for forsknings-

³¹⁶ Jf. pkt. 7.29 og 7.30 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³¹⁷ Jf. pkt. 7.35 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³¹⁸ Se tilsvarende pkt. 64 i Retningslinjer vedrørende koncerninterne tjenesteydelser med lav merværdi, der er optrykt i KOM(2011) 16 endelig.

³¹⁹ Jf. pkt. 7.35 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³²⁰ Jf. pkt. 7.36 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³²¹ Jf. pkt. 7.37 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen). I pkt. 253 i del I af Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, OECD, 2008, lægges der afstand til disse undtagelser.

³²² Jf. T.D. 9456.

³²³ Jf. KOM(2011) 16 endelig.

³²⁴ Jf. pkt. 7.45 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³²⁵ Jf. pkt. 7.49 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³²⁶ Jf. pkt. 7.46 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³²⁷ Jf. pkt. 7.47 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³²⁸ Jf. pkt. 7.61 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³²⁹ Jf. pkt. 7.64 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³³⁰ Jf. pkt. 8.3 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

projekter, hvor deltagerne udnytter de frembragte immaterielle aktiver individuelt til at generere indtægter ved salg af varer og tjenesteydelser.³³¹ Omkostningsfordeling anvendes også til at centralisere stabsfunktioner for at opnå stordriftsfordele og synergieffekter.

Ifølge OECD gælder der følgende *materielle krav* til en aftale om omkostningsfordeling: 1) den enkelte deltagers andel af de samlede bidrag skal modsvare deltagerens andel af de forventede fordele af ordningen, og 2) deltagerne skal opnå en ret til at udnytte deres andele i resultaterne uden betaling herfor.³³²

1.4.3.2.2 Deltagerne

Et selskab kvalificerer kun som deltager, hvis det kan forvente at opnå fordele ved at udnytte resultaterne.³³³ Resultaterne af samarbejdet skal anvendes af hver enkelt deltager selv frem for af deltagerne i fællesskab. Deltagerne behøver ikke at udøve aktiv erhvervsvirksomhed eller at udnytte resultaterne på en bestemt måde. Et selskab kan derfor kvalificere som deltager, uanset at det ikke har andre aktiviteter, og at det vil udnytte resultaterne gennem licensering. Hvorvidt deltagerne faktisk realiserer de forventede resultater, er ikke afgørende for anerkendelsen. Hvis den fælles aktivitet udføres af et selskab, som ikke vil udnytte resultaterne, kan det ikke kvalificere som deltager.³³⁴ Selskabet skal i så fald modtage en armslængdebetaling for at udføre aktiviteten. I 2015 er der indført krav om, at en deltager skal udøve kontrol over de risici, som påhviler deltageren ifølge omkostningsfordelingsaftalen og have finansiell kapacitet til at bære de pågældende risici.³³⁵ På baggrund heraf anses selskaber uden nævneværdige funktioner mv. (cash box companies) ikke længere for at kvalificere som deltagere.

1.4.3.2.3 Bidrag

Deltagerne kan bidrage til en aftale om omkostningsfordeling på forskellig vis, herunder med penge, aktiver og tjenesteydelser. Et *bidrag* skal værdiansættes efter de generelle armslængderegler og -metoder.³³⁶ Værdiansættelsen af bidrag i form af kontrol og styring af udvikling af immaterielle aktiver antages ofte at skulle værdiansættes efter reglerne om immaterielle aktiver.³³⁷

I 1995-versionen af OECD Transfer Pricing Guidelines var der ikke taget direkte stilling til, om armslængdeprincippet medfører, at værdien skal opgøres til kost- eller markedspris. OECD har dog peget på nogle væsentlige forhold, som skal inddrages ved

armslængdetesten. For det første skal der tages højde for, at aktiviteten udføres for fælles regning og risiko.³³⁸ Hvis et bidrag er risikofrit, vil værdien alt andet lige være beskedent. For det andet anses en sådan ordning at adskille sig fra andre transaktioner ved, at afkastet helt eller delvist forventes at bestå i fordelene ved at sammenlægge ressourcer og færdigheder.³³⁹ En deltager kan derfor opnå fordele i form af stordriftsfordele mv., uanset at den pågældende deltager bidrager med tjenesteydelser, som værdiansættes til kostpris. I overensstemmelse hermed følger det af kommentarerne til artikel 7, stk. 3, i OECD's modeloverenskomst (2008), at der kan forekomme tilfælde, hvor uafhængige foretagender enes om en afregning til kostpris.³⁴⁰ Dette antages f.eks. at være tilfældet, når en udgift fra begyndelsen er afholdt i forbindelse med udøvelsen af en virksomhed, hvis primære formål er at nedsætte foretagendets samlede omkostninger eller generelt at forøge dets salg.³⁴¹ OECD har således givet udtryk for, at armslængdeprisen for bidrag til en sådan ordning efter omstændighederne svarer til kostprisen.³⁴² Kommissionen har anbefalet, at bidrag til en omkostningsfordelingsaftale vedrørende tjenesteydelser værdiansættes til kostpris.³⁴³ I 2015-versionen gives der mulighed for at bruge kostpriser for løbende bidrag af samme art, når der ikke er stor forskel på armslængdepris og kostpris.³⁴⁴ For ordninger med udvikling af immaterielle aktiver anses det dog for at være udelukket at anvende kostpriser. Eksisterende bidrag (f.eks. immaterielle aktiver) kan værdiansættes ud fra en offeromkostningsbetragtning.³⁴⁵

1.4.3.2.3 Fordelingsmetode

Omkostningerne skal ifølge OECD *fordeles* sådan, at den enkelte deltagers andel af de samlede bidrag til ordningen modsvarer den pågældende deltagers andel af de samlede forventede fordele.³⁴⁶ De forventede fordele kan opgøres direkte ved at estimere de yderligere indtægter eller omkostningsbesparelser for deltagerne.³⁴⁷ Der kan også anvendes en indirekte opgørelse baseret på fordelingsnøgler.³⁴⁸ Som fordelingsnøgle kan der ifølge OECD f.eks. anvendes nettoomsætning, enheder, som forbruges, fremstilles eller sælges, brutto- eller nettofortjeneste, antal medarbejdere eller kapitalbinding. Valg af fordelingsnøgle må ske på grundlag af karakteren af den fælles aktivitet og sammenhængen mellem fordelingsnøglen og de forventede fordele. Hvis en omkostningsfordeling omfatter

³³¹ Jf. pkt. 8.10 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³³² Jf. pkt. 8.5 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³³³ Jf. pkt. 8.13 og 8.14 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³³⁴ Jf. pkt. 8.14 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³³⁵ Jf. pkt. 8.15 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³³⁶ Jf. pkt. 8.25 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³³⁷ Jf. pkt. 8.31 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³³⁸ Jf. pkt. 8.12 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³³⁹ Jf. pkt. 8.12, 8.13 og 8.25 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁴⁰ Jf. pkt. 31 i kommentarerne til artikel 7 i OECD's modeloverenskomst (2008-versionen).

³⁴¹ Jf. pkt. 32 i kommentarerne til artikel 7 i OECD's modeloverenskomst (2008-versionen).

³⁴² Der er ikke international konsensus om dette spørgsmål. I f.eks. amerikansk, tysk og australsk skatteret skal der anvendes kostpriser. De danske og hollandske skattemyndigheder har derimod indtaget det standpunkt, at der normalt skal anvendes markedspriser.

³⁴³ Jf. pkt. 34 i Rapport om omkostningsbidragsordninger vedrørende tjenesteydelser, der ikke afføder immaterielle rettigheder, der er optrykt som bilag II til KOM(2012) 516 endelig af 19. september 2012.

³⁴⁴ Jf. pkt. 8.28 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁴⁵ Jf. pkt. 8.27 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁴⁶ Jf. pkt. 8.5 og 8.23 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁴⁷ Jf. pkt. 8.19 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁴⁸ Jf. pkt. 8.19 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

forskellige aktiviteter, kan det være relevant at anvende forskellige fordelingsnøgler for de enkelte aktiviteter.³⁴⁹

En omkostningsfordeling (og en indirekte afregning for tjenesteydelser) sætter *nytteværditesten* under pres, idet sammenhængen mellem modtagne ydelser og betaling *sløres*. Den svenske højesteret har bedømt en sag om denne problemstilling.³⁵⁰ Sagen vedrørte et svensk datterselskab i en amerikansk koncern, som i lighed med andre europæiske datterselskaber havde indgået serviceaftaler med et koncerninternt serviceselskab i Schweiz. Aftalerne dækkede markedsføring, produktion, administration og personaleforhold. I forhold til de to førstnævnte aftaler havde skattemyndighederne skønsmæssigt beskåret selskabets fradragsret, idet allokeringssnøglen ikke fandtes at være rimelig. Som begrundelse herfor blev det fremført, at kun 200 ud af koncernens 2000 produkter blev forhandlet i Sverige. I forhold til de to sidstnævnte aftaler fandtes selskabet ikke at have dokumenteret, at alle udgifterne efter deres art var fradragsberettigede efter svensk skatteret. Endelig var selskabet nægtet fradrag for den del af betalingen, som dækkede over en profit på 10 %. Som begrundelse herfor var der henvist til, at selskabet fik dækning for alle dets omkostninger, at selskabet ikke var påført risici, at det svenske selskab ingen frihed havde ved valg af leverandør og at formålet med serviceselskabet var at udvirke omkostningsbesparelser for koncernen. Højesteret lagde til grund, at selskabet savnede egne ressourcer inden for de pågældende områder, og at ydelserne var nødvendige for selskabets virksomhed. Retten gav selskabet fuldt fradrag for betalingerne, uanset at nytteværdien af de enkelte tjenesteydelser varierede, og at skattemyndighederne havde påpeget svagheder i ordningen. Retten lagde bl.a. vægt på, at formålet med ordningen var at sænke omkostningsniveauet for koncernselskaberne. En centralisering af tjenesteydelser, der medfører omkostningsbesparelser, skaber således rum for en vis usikkerhed om omkostningsfordelingen. Et koncernselskab kan dermed være økonomisk bedre stillet efter en aftale om omkostningsfordeling, uanset at fordelingen ikke præcist modsvarer af nytteværdien, hvis ordningen medfører stordriftsfordele. Herudover lagde retten vægt på, at selskabet udnyttede de enkelte ydelser i varierende grad, og at behovet for de enkelte ydelser var forskelligt i de enkelte indkomstår (dynamisk armslængdetest). En indirekte afregning blev anset for at være en acceptabel ordning som følge af det store antal tjenesteydelser. Retten fandt ingen grundlag for, at ydelserne skulle faktureres uden profit.

1.4.3.2.4 Ændringer af ordningen

Ved *ind- og udtræden* af en aftale om omkostningsfordeling skal der fastsættes en betaling for overdragelser af andele i resultaterne (buy-in payment henholdsvis buy-out payment).³⁵¹ Armslængdeværdien kan være nul, hvis ordningen f.eks. omhandler koncernspecifikke tjenesteydelser.³⁵² Ved *ophør* af en omkostningsfordelsaftale skal deltagerne opnå en ret til at udnytte resultaterne svarende til deres andel af bidragene gennem hele løbetiden.³⁵³

1.4.3.3 Immaterielle aktiver

Immaterielle aktiver står i dag i centrum for værdiskabelsen. Placeringen af ejendomsretten til immaterielle aktiver inden for en koncern påvirker følgelig allokeringen af den samlede koncernindkomst mellem selskaberne og dermed de nationale skatteprovenuer. Koncernernes håndtering af immaterielle aktiver påkalder sig derfor stor skatteretlig og fiskal interesse.

1.4.3.3.1 Definition

Immaterielle aktiver har efter armslængdeprincippet betydning i to situationer:³⁵⁴ 1) ved en overdragelse af immaterielle aktiver, og 2) ved en løbende samhandel, hvor immaterielle aktiver udnyttes.

I relation til en *overdragelse* af et immaterielt aktiv i en kontrolleret transaktion, må definitionen heraf ske efter skattelovgivningens almindelige regler. I overensstemmelse hermed indeholdt OECD Transfer Pricing Guidelines tidligere alene en eksemplifikation af typiske immaterielle aktiver.³⁵⁵ I relation til en *udnyttelse* af et immaterielt aktiv som led i en løbende samhandel, må definitionen derimod foretages efter armslængdeprincippet. I denne relation vedrører begrebsafgrænsningen således reelt værdiansættelsen af genstanden for samhandlen, hvilket udgør kerneområdet for armslængdeprincippet. Her supplerer OECD de traditionelle immaterielle fænomener med begreber fra økonomisk teori, hvor f.eks. human- og organisationskapital anerkendes som immaterielle aktiver. En markedsføringsorganisation kan således ifølge OECD kvalificere som et immaterielt aktiv.³⁵⁶ Det er dermed muligt at lægge en bred begrebsafgrænsning til grund for en løbende samhandel.

I 2015-versionen er der indarbejdet en selvstændig definition af immaterielle aktiver, der både finder anvendelse i relation til en overdragelse og udnyttelse af immaterielle aktiver. Ifølge denne definition er et immaterielt aktiv kendetegnet ved:³⁵⁷ 1) at der ikke er tale om et fysisk eller finansielt aktiv, 2) at det kan ejes eller kontrolleres, 3) at det anvendes kommercielt og 4) at der ville blive ydet betaling for brugen eller overdragelsen i en transaktion mellem uafhængige parter under sammenlignelige omstændigheder. Afgrænsningen af et immaterielt aktiv er løsrevet fra den definition, der anvendes i juridisk, regnskabsmæssige og anden skattemæssig henseende. Ifølge OECD kvalificerer koncernsynergi,³⁵⁸ markeds-specifikke karakteristika³⁵⁹ og en samlet arbejdsstyrke³⁶⁰ ikke som immaterielle aktiver. Det må hævdes, at der intet retsgrundlag findes for OECD's nye definition, da objekt kvalifikationen efter art. 9 i OECD's modeloverenskomst skal foretages efter intern ret forud for anvendelsen af armslængdeprincippet, jf. ovenfor i kapitel 1.3.1.

1.4.3.3.2 Ejendomsret

Ejendomsretten til immaterielle aktiver må placeres efter skattelovgivningens almindelige regler forud for anvendelsen af armslængdeprincippet. Ejendomsretten til et immaterielt aktiv vil ofte blive allokeret til ét selskab i en koncern. Flere koncernselskaber kan dog også eje et immaterielt aktiv i sameje, hvilket f.eks. kan være

³⁴⁹ Jf. pkt. 8.21 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁵⁰ Jf. RÅ 2006, ref. 37. Dommen er kommenteret af Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 656 f.

³⁵¹ Jf. pkt. 8.44 og 8.46 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁵² Jf. pkt. 8.47 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁵³ Jf. pkt. 8.49 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁵⁴ Jf. pkt. 6.87 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁵⁵ Jf. pkt. 6.2 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2010-versionen).

³⁵⁶ Jf. pkt. 2.32 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁵⁷ Jf. pkt. 6.6 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁵⁸ Jf. pkt. 6.30 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁵⁹ Jf. pkt. 6.31 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁶⁰ Jf. pkt. 1.152-1.156 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

relevant for et immaterielt aktiv udviklet som led i en aftale om omkostningsfordeling. I intern skatteret kan der anvendes forskellige kriterier til placering af ejendomsretten, herunder juridiske, økonomiske og kontrol kriterier. Hvis de involverede lande anvender forskellige kriterier, kan ejendomsretten til samme immaterielle aktiv blive placeret hos forskellige selskaber, hvilket kan udløse en vanskelig dobbeltbeskatningskonflikt, der principielt ikke kan løses efter armslængdeprincippet. Dette er navnlig relevant, når immaterielle aktiver skabes, udvikles og vedligeholdes i et samarbejde mellem flere koncernselskaber, jf. nedenfor i kapitel 1.4.3.3.3. Et eksempel på denne problemstilling er den hidtil største transfer pricing sag (GlaxoSmithKline), som efter fire års forhandlinger mellem de amerikanske og engelske skattemyndigheder forblev uløst.³⁶¹ Problemstillingen i sagen var bl.a., at de to lande anvendte forskellige kriterier for den skatteretlige ejendomsret til immaterielle aktiv, der var centrale for koncernens indtjening på det amerikanske marked.

I dansk skatteret er der ikke fastsat udtrykkelige regler om ejendomsretten til immaterielle aktiver. Den civilretlige ejendomsret til immaterielle aktiver er derfor normalt udslagsgivende i skatteretlig henseende. For lov- og kontraktbestemte aktiver som f.eks. patenter, varemærker og designs er det sædvanligvis ikke vanskeligt at identificere den civilretlige indehaver af ejendomsretten, som ofte vil være stiftet ved registrering. For denne type aktiver er det derfor normalt uproblematisk at placere ejerskabet efter dansk skatteret. For ikke-lovbestemte immaterielle aktiver som f.eks. goodwill og knowhow kan det være mere vanskeligt med sikkerhed at placere den civilretlige ejendomsret. Det kan derfor volde problemer at fastslå, hvilket selskab i en koncern som skatteretligt har ejendomsretten til et immaterielt aktiv. Dette gælder ikke mindst i tilfælde, hvor flere selskaber har medvirket til at skabe, vedligeholde og videreudvikle et immaterielt aktiv, og selskaberne ikke har dokumenteret ejendomsretten. Retspraksis kan tages til indtægt for, at ejendomsretten til goodwill tilkommer det selskab, som faktisk kontrollerer og civilretligt kan disponere over kundekredsen.³⁶² Grundlaget for kontrollen kan være de underliggende fænomener, som betinger kundetiltrækningen. På baggrund heraf er den skatteretlige ejendomsret til goodwill i forholdet mellem leverandør og distributør som hovedregel henført til leverandøren. Dette kriterium kan formentlig også anvendes på andre immaterielle aktiver, der ikke er lov- eller kontraktbestemte, som f.eks. knowhow.

Ifølge 2015-versionen af OECD Transfer Pricing Guidelines skal den juridiske ejer af et immaterielt aktiv også anerkendes som ejeren i relation til transfer pricing.³⁶³ Andre koncernselskaber som har bidraget til værdien af et immaterielt aktiv skal imidlertid modtage et vederlag herfor på armslængdevilkår, jf. straks nedenfor.

1.4.3.3.3 Fællesudvikling

Ved *fællesudvikling* af et immaterielt aktiv, hvor et selskab bidrager til værdien af et koncernforbundet selskabs immaterielle aktiv, må det afgøres, hvordan selskabet skal aflønnes for denne aktivitet. I international skatteret formuleres dette til tider som et spørgsmål om, hvorvidt bidragsyderen har krav på en andel af afkastet af det

immaterielle aktiv. Denne fremstilling er cirkulær, når afkastet af et immaterielt aktiv opgøres som det samlede afkast af en transaktion, hvor det immaterielle aktiv udnyttes, fratrasket et afkast til aflønning af andre produktionsfaktorer, dvs. som en residualpost. Herudover fremstår problemstillingen som et spørgsmål om indkomstallokering efter et princip om rette indkomstmodtager. Problemets kerne er derimod, om det selskab, som bidrager til værdien af et koncernforbundet selskabs immaterielle aktiv, oppebærer et afkast for denne ydelse, som er konformt med armslængdeprincippet.³⁶⁴ Det fulde afkast af det immaterielle aktiv må også i denne situation allokeres til den skatteretlige ejer. Aflønningen af bidrag til udviklingen af det immaterielle aktiv må fastsættes på baggrund af en sædvanlig armslængdetest. Problemstillingen eksisterer i princippet for alle transaktionsformer, som direkte eller indirekte involverer immaterielle aktiver. Der kan f.eks. være tale om kontraktforskning, licensaftaler eller samhandel med mærkevarer. Skatteretligt er fokus særligt rettet mod immaterielle marketingaktiver, som udvikles i et samarbejde mellem producent og distributør. En distributørs markedsføringsaktiviteter medfører således ikke kun afsætning af producentens varer, men bidrager rutinemæssigt også til værdien af marketingaktiver, som ejes af producenten.³⁶⁵

I TfS 1989, 605 H anerkendte Landsskatteretten, at licensindtægter fuldt ud blev allokeret til et schweizisk selskab, som var civilretlig indehaver af licensrettighederne, uanset at et interesseforbundet dansk selskab bidrog til at vedligeholde og videreudvikle aktiverne. Dette spørgsmål blev ikke bedømt af domstolene. Der kan også henvises til TfS 2003, 363 V/SKM2003.146, hvor skattemyndighederne havde anset et tysk salgsselskab - ikke det danske produktionsselskab - for at være rette indkomstmodtager af en betaling fra tredjemand for goodwill vedrørende det tyske marked, der var oparbejdet af det tyske selskab. Landsskatteretten afgjorde, at det danske selskab som producent var rette indkomstmodtager af beløbet. Det tyske søsterselskab havde således ikke skatteretligt krav på at oppebære en andel af afkastet, uanset at det havde bidraget til udviklingen. Hvis en distributør bærer omkostninger og risici ved markedsudviklingen, må der tages højde herfor ved armslængdetesten af den løbende samhandel. Selv om en distributør har afholdt udviklingsomkostninger, kan der alligevel være grundlag for at opkræve en licensafgift for brugsretten til et varemærke mv., jf. TfS 2002, 825 LSR/SKM2002.434.

I 2015 har OECD fastsat nye regler om opgørelsen af armslængdeværdien af bidrag til værdien af immaterielle aktiver. Det nye armslængdeprincip anvender en to-trins test til allokering af afkastet af immaterielle aktiver:

- Ejendomsretstest, og
- Armslængdetest.

Afkastet af et immaterielt aktiv skal principielt fuldt ud allokeres til det selskab, der har den juridiske ejendomsret til aktivet (ejendomsretstest). Koncernforbundne selskaber, der har bidraget til værdien af det immaterielle aktiv, skal imidlertid honoreres for deres funktioner, risici og aktiver (armslængdetest).³⁶⁶

³⁶¹ Sagen er kommenteret af Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 766 ff.

³⁶² Jf. TfS 2002, 563 H/SKM2002.359 og TfS 2001, 231 H/SKM2001.185. Administrativ praksis har indrettet sig efter disse domme, jf. TfS 2008, 369 LSR og TfS 2004, 342 LR. Praksis er analyseret af Jens Wittendorff, RR, 2004, nr. 11, p. 40 ff, og id., SU 2007, 292, og Claus Hedegaard Eriksen: Beskatning af immaterielle aktiver, p. 56.

³⁶³ Jf. pkt. 6.40 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁶⁴ Jf. pkt. 6.45 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁶⁵ Jf. pkt. 6.76-6.78 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁶⁶ Jf. pkt. 6.48 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

Hvis den juridiske ejer har udført alle “vigtige funktioner” (“important functions”), er selskabet berettiget til at beholde hele afkastet, idet koncernforbundne selskaber dog skal honoreres for deres produktions- og distributionsaktiviteter mv.³⁶⁷

Modsat, hvis den juridiske ejer ikke har bidraget med relevante funktioner, risici eller aktiver, idet selskabet i så fald ikke er berettiget til nogen andel i afkastet af det immaterielle aktiv.³⁶⁸

Ejeren af et immaterielt aktiv kan således være berettiget til alt mellem 0-100 % af afkastet.³⁶⁹ Ejendomsretten til et immaterielt aktiv tillægges således ikke i sig selv nogen betydning for allokeringen af afkastet. Den juridiske ejer fungerer i princippet kun som omfordelingscentral for afkastet. Afkastet af immaterielle aktiver skal allokere på baggrund af selskabernes funktioner, risici og aktiver.

Det nye begreb “vigtige funktioner” spiller en afgørende rolle for allokeringen.³⁷⁰ “Vigtige funktioner” kan relatere sig til udvikling, forbedring, vedligeholdelse, forsvar og udnyttelse af det immaterielle aktiv. Vigtige funktioner kan f.eks. omfatte:³⁷¹

- Design af og kontrol med forsknings- og markedsføringsprogrammer,
- Overordnede beslutninger om grundforskning,
- Kontrol med strategiske beslutninger vedrørende forskningsprojekter,
- Styring og kontrol af budgetter,
- Beslutninger om forsvar og beskyttelse af immaterielle aktiver, og
- Kvalitetskontrol af funktioner udført af andre parter, som i væsentlig grad kan påvirke værdien af det immaterielle aktiv.

Ifølge 2015 guidelines bidrager “vigtige funktioner” normalt væsentligt til værdien af immaterielle aktiver.³⁷² Hvis “vigtige funktioner” er udliciteret til koncernforbundne selskaber, skal udførelsen af disse funktioner aflønnes med en rimelig andel af afkastet af det immaterielle aktiv. Hvis der ikke findes sammenlignelige uafhængige transaktioner svarende til de udliciterede funktioner, kan profit split-metoden eller indkomstmetoden være bedste metoder.³⁷³ Der skal normalt ikke allokere nogen nævneværdig andel af afkastet af immaterielle aktiver til den juridiske ejer, hvis hovedparten af de “vigtige funktioner” er udliciteret. Ensidige metoder som TNMM bør normalt ikke anvendes på selskaber, der udfører “vigtige funktioner”.³⁷⁴

Der skal foretages en faktuel allokering af risici, jf. ovenfor i afsnit 3.1.³⁷⁵ En kontraktuel risikoallokering skal derfor ikke anerkendes, hvis denne ikke er konform med parternes “faktiske handlemåde”.

Koncernforbundne selskaber skal aflønnes for indsatsen af alle former for aktiver, der bidrager til værdien af immaterielle akti-

ver.³⁷⁶ I 2015 guidelines er fokus på et investorselskab, der bidrager med kapital til udvikling, køb mv. af et immaterielt aktiv. Afgørende for aflønningen af et sådant selskab er, om det:³⁷⁷

- Udfører og kontrollerer “vigtige funktioner” relateret til finansieringen, og
- Kontrollerer væsentlige risici relateret til finansieringen.

Der sondres desuden mellem:³⁷⁸

- Finansielle risici forbundet med finansieringen, og
- Driftsmæssige risici forbundet med den drift, der finansieres.

Hvis et investorselskab kontrollerer “vigtige funktioner” og risici relateret til både de finansielle risici og de driftsmæssige risici, kan det være berettiget til 100 pct. af afkastet af det immaterielle aktiv. Hvis selskabet kontrollerer de finansielle risici, uden at kontrollere de driftsmæssige risici, er selskabet (kun) berettiget til et risikojusteret afkast. Hvis investoren heller ikke kontrollerer de finansielle risici, er det alene berettiget til et risikofrit afkast, der for tiden kan være 0.³⁷⁹

OECD's nye tottrins-modellen for allokeringen af afkastet af immaterielle aktiver er i princippet konform med det traditionelle armslængdeprincip. Den afgørende forskel er dog for det første, at “vigtige funktioner” *hævdes* at have en sådan værdi, at de berettiget til størstedelen af afkastet. Dette er i strid med 1995 guidelines og økonomisk teori, hvorefter funktioner ikke berettiger til et afkast udover de afholdte omkostninger. For det andet foretages der en faktuel risikoallokering, hvorved en investor i det højeste er berettiget til et risikojusteret eller risikofrit afkast. Kombinationen af disse to forhold medfører en bevidst forvridning af indkomsten sammenlignet med fordelingen heraf i markedstransaktioner, hvor kapital og kontraktuel risikoallokering er afgørende.

1.4.3.3.4 Værdiansættelse

En *værdiansættelse* af et immaterielt aktiv må som udgangspunkt ske efter de generelle armslængderegler og -metoder. Dette gælder bl.a. kravet om, at værdiansættelsen skal ske ud fra begge parter synsvinkel.³⁸⁰ Ved værdiansættelsen må det haves for øje, at immaterielle aktiver kan udnyttes som grundlag for indkomstskabende aktiviteter i form af: 1) produktion og salg af varer og tjenesteydelser, 2) udvikling af nye immaterielle aktiver og 3) overdragelse af ejendoms- eller brugsretten.

Værdiansættelsen af immaterielle aktiver accentuerer flere generelle problemstillinger. For det første er det sjældent muligt at identificere *sammenlignelige* transaktioner mellem uafhængige parter, idet immaterielle aktiver normalt er unikke. For det andet har værdien af et immaterielt aktiv normalt karakter af en *brugsværdi*, der udstrækker sig over en længere årrække, og som afhænger

³⁶⁷ Jf. pkt. 6.49 og 6.51 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁶⁸ Jf. pkt. 6.42, 6.47 og 6.54 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁶⁹ Jf. pkt. 6.42 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁷⁰ Jf. pkt. 6.56 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁷¹ Jf. pkt. 6.56 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁷² Jf. pkt. 6.56 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁷³ Jf. pkt. 6.57 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁷⁴ Jf. pkt. 6.58 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁷⁵ Jf. pkt. 6.66 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁷⁶ Jf. pkt. 6.59 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁷⁷ Jf. pkt. 6.63 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁷⁸ Jf. pkt. 6.61 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁷⁹ Jf. pkt. 1.103 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁸⁰ Jf. pkt. 1.122, 1.126, 6.112, 6.113, 6.139, 6.157, 7.29, 7.51, 9.63, 9.72, 9.81, 9.84, 9.91, 9.92 og 9.116 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen) og pkt. 108 og 111 i Annex til Kap. VI heri.

af den enkelte virksomheds ressourcer og kompetencer. For det tredje giver disse forhold anledning til *informationsasymmetri* mellem skatteyder og skattemyndighed.

I international skatteret har metoderne til værdiansættelse af immaterielle aktiver udviklet sig i tre faser.³⁸¹ Først blev den frie markedsprismetode fastsat i de amerikanske transfer pricing regler fra 1968 og OECD's regler fra 1979 og 1995. Dernæst blev profit-metoderne fastsat i de amerikanske regler fra 1994, hvilket særligt skete med henblik på værdiansættelsen af immaterielle aktiver. OECD's regler fra 1995 anerkender disse metoder, men indeholder ikke en egentlig vejledning om brugen heraf i relation til immaterielle aktiver. I amerikansk og tysk skatteret er der i 2008 fastsat nye indkomstbaserede metoder. I kølvandet herpå har også de danske skattemyndigheder i 2009 udsendt en vejledning om indkomstbaserede metoder.³⁸² I 2015 har OECD også fastsat regler anvendelsen af indkomstbaserede metoder. De nye indkomstbaserede metoder adresserer problemet med manglen på sammenlignelige transaktioner, og det forhold, at værdien af et immaterielt aktiv normalt er en brugsværdi. Til gengæld må problemet med informationsasymmetri hævdes at blive forøget, idet værdiansættelsen baserer sig på den *forventede* fremtidige indkomst.

Den frie markedsprismetode (CUP) kan i teorien anvendes til at fastsætte armslængdeværdien af ejendoms- og brugsretten til et immaterielt aktiv, hvis der findes sammenlignelige uafhængige transaktioner.³⁸³ I lighed med de nye regler i amerikansk og tysk skatteret betones sammenlignelighedskravet i OECD's nye regler.³⁸⁴ Der lægges dermed op til en mere begrænset brug af denne metode.

Den transaktionsbaserede nettoavancemethode (TNMM) kan anvendes til at værdiansætte et immaterielt aktiv, hvor erhververen ikke anvender egne værdifulde immaterielle aktiver mv.³⁸⁵ Betalingen fastsættes som et residualbeløb, der opgøres som erhververens indkomst før betalingen fratrukket et afkast for erhververens rutinemæssige bidrag til den kontrollerede transaktion. Metoden er baseret på oplysninger om den faktiske indkomst for uafhængige sammenlignelige selskaber. Hvis f.eks. et produktionselskab, der har licenseret et patent fra et koncernforbundet selskab, har en indkomst før licensafgift på 100, og markedsafkastet af dets produktionsaktivitet er 80, fastsættes licensafgiften til 20.

Avancefordelingsmetoden (profit split) kan anvendes, når begge parter i en transaktion anvender værdifulde immaterielle aktiver i transaktioner, hvor det immaterielle aktiv udnyttes.³⁸⁶

De nye indkomstbaserede metoder kan anvendes til at værdiansætte ejendomsretten til immaterielle aktiver.³⁸⁷ Sådanne metoder er

baseret på en tilbagediskontering af den forventede fremtidige indkomst ved at udnytte det immaterielle aktiv. I OECD's nye regler fremhæves sådanne indkomstbaserede metoder, der anses for at være velegnede til at værdiansætte immaterielle aktiver.³⁸⁸ I TfS 2015, 316 LSR/SKM2015.76 blev der anvendt en indkomst-baseret metode ved en værdiansættelse efter LL § 2.

1.4.3.4 Finansiering

1.4.3.4.1 Lån

I dansk skatteret har behandlingen af rentefri og lavtforrentede lån gennem tiden medført en righoldig praksis og givet anledning til betydelig debat. Det var da også en rentefikseringssag, som i 1998 blev den direkte årsag til introduktionen af LL § 2, jf. TfS 1998, 199 H.³⁸⁹

Et kontrolleret lån må normalt *anerkendes* ved anvendelsen af LL § 2, uanset at der måtte ligge et skattebesparelsesmotiv til grund for lånet.³⁹⁰ *Betalingsformen* må også anerkendes, hvad enten den har karakter af en rente eller kursgevinst.³⁹¹ Anerkendelsen af den kontrollerede transaktion indebærer endvidere, at der skal tages højde for *internaliseringsfordele*, som kan opstå ved udlån mellem koncernforbundne selskaber. Det kan f.eks. dreje sig om en de facto-sikkerhed, informationsasymmetri og transaktionsomkostningsbesparelser. Armslængderenten for et kontrolleret lån kan derfor være lavere end markedsrenten for et i øvrigt sammenligneligt lån. Dette er anerkendt i retspraksis i flere lande, ligesom der findes støtte herfor i en OECD-rapport.³⁹² Den svenske højesteret kom f.eks. til dette resultat i en dom, hvor et lån fra et moderselskab til dets datterselskab af retten blev anset for at adskille sig fra et markedslån, idet moderselskabets kontrol over datterselskabet – og den heraf afledte sikkerhed – medførte, at armslængderenten var lavere end markedsrenten. Dansk retspraksis er kommet til samme resultat i relation til værdiansættelsen af usikrede gældsbreve, som ikke er bestemt til eller faktisk omsættes på et åbent marked.³⁹³ Dette er sket i tilfælde, hvor kreditor arbejder i debitorselskabet, og hvor kreditor har en bestemmende indflydelse i debitorselskabet eller på vilkårene for gældsrevet. I disse tilfælde er der foretaget en subjektiv værdiansættelse, der har været orienteret mod gældsrevet værdi for den konkrete kreditor. Ved skønnet over den subjektive værdi er der foruden gældsrevsvilkårene taget hensyn til, at kreditor havde et indgående kendskab til og indflydelse på debitorselskabets forhold. Sådanne forhold kan indebære en de facto-sik-

³⁸¹ Jf. Jens Wittendorff, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 17, 2010, p. 327 f.

³⁸² Jf. *Transfer Pricing; Kontrollerede transaktioner; værdiansættelse*, SKAT, 21. august 2009.

³⁸³ Jf. pkt. 6.146-6.147 i OECD *Transfer Pricing Guidelines* (2016-versionen).

³⁸⁴ Jf. pkt. 6.116-6.130 og pkt. 6.138 i OECD *Transfer Pricing Guidelines* (2016-versionen).

³⁸⁵ Jf. pkt. 6.141 i OECD *Transfer Pricing Guidelines* (2016-versionen).

³⁸⁶ Jf. pkt. 6.148-6.152 i OECD *Transfer Pricing Guidelines* (2016-versionen).

³⁸⁷ Jf. pkt. 6.155-6.178 i OECD *Transfer Pricing Guidelines* (2016-versionen).

³⁸⁸ Jf. pkt. 6.153 i OECD *Transfer Pricing Guidelines* (2016-versionen).

³⁸⁹ Jf. Jens Wittendorff: *Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret*, p. 275 ff, og Henrik Dam: *Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering*, p. 485 ff.

³⁹⁰ Jf. TfS 2003, 889 H/SKM2003.482, TfS 1997, 862 LSR og TfS 1997, 506 H. Om afgrænsningen mellem lån og tilskud i dansk skatteret kan der henvises til Jakob Bundgaard: *Skatteret & Civilret*, p. 997 ff.

³⁹¹ Jf. TfS 2013, 119 LSR/SKM2013.63, TfS 2011, 114 SR/SKM2010.864. Landsskatte retten kom til et andet resultat i TfS 2007, 922 LSR/SKM2007.471, hvor en betaling i form af en kursgevinst ikke blev anerkendt. Afgørelsen er kommenteret af Jens Wittendorff: *Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret*, p. 511 f. Højesteret har også tilsidesat en aftale om betaling i form af en kursgevinst, hvilket dog formentlig var begrundet i, at aftalen herom blev indgået med tilbagevirkende kraft, jf. TfS 2012, 151 H/SKM2012.92.

³⁹² Jf. Jens Wittendorff, *Tax Notes International*, vol. 62, 18. april 2011, p. 223, 243.

³⁹³ Jf. U 1974.698 H, TfS 1984, 246 H, TfS 1984, 582 H, TfS 1984, 586 H, TfS 1985, 211 V, TfS 1986, 143 V, TfS 1993, 402 V, TfS 1993, 521 Ø, TfS 1998, 396 H, TfS 2000, 96 H og TfS 2003, 732 V/SKM2003.370.

kerhed for kreditor, som ifølge retspraksis påvirker kursfastsættelsen.³⁹⁴ På baggrund heraf er det inkonsistent, når der i dansk praksis om rentefiksering ikke er taget højde for internaliseringsfordele affødt af interessefællesskabet mellem kreditor og debitor. Der anvendes med andre ord forskellige allokeringsnormer afhængigt af, om vederlaget for et lån består i en kursgevinst eller en rente.

OECD har ikke fastsat særlige regler om lån, hvorfor armslængdetesten heraf må ske efter de generelle regler og metoder. Dette betyder bl.a., at der skal tages højde for både kreditors og debtors synsvinkel. Ifølge en ældre OECD-rapport skal sammenlignelighedstesten bl.a. inddrage følgende faktorer: 1) lånets størrelse og løbetid, 2) karakteren eller formålet med lånet, 3) lånevalutaen, 4) valutarisikoen, 5) sikkerhedsstillelse og 6) debtors kreditværdighed.³⁹⁵

Den frie markedsprismetode kan anvendes ved armslængdetesten.³⁹⁶ Metoden kan anvendes på baggrund af oplysninger om koncernselskabernes lån hos uafhængige parter eller lån mellem uafhængige parter. Armslængderenten kan også estimeres ved, at der først foretages en kreditvurdering af debitor, hvorefter den effektive forrentning af obligationer udstedt af virksomheder med samme kreditvurdering undersøges. Ifølge skattemyndighederne er denne fremgangsmåde ikke egnede til mindre lån, hvilket er tiltrådt af Østre Landsret.³⁹⁷ Landsskatteretten har anerkendt, at der ved et lån til et dansk holdingselskab fra dets moderselskab, og ved holdingselskabets videreudlån af provenuet til dets datterselskab, skulle anvendes samme rente for begge lån.³⁹⁸ Endvidere har Landsskatteretten stadfæstet en afgørelse, hvor skattemyndighederne havde foretaget en samlet armslængdetest af ind- og udlån i en cash pool-ordning, hvilket resulterede i en indkomstforhøjelse for et dansk datterselskab.³⁹⁹ For så vidt angår lån fra ordningen blev der lagt vægt på, at modparten i tilfælde af datterselskabets konkurs ville have modregningsret i selskabets indskud i ordningen, der oversteg lånet, hvorfor der i det højeste ville være en meget begrænset risiko forbundet med lånet.

Ifølge forarbejderne til LL § 2 kan der på retsfølge-siden af bestemmelsen anvendes en normalrente svarende til nationalbankens diskonto + 4 % som en afkræftelig formodning for armlængderenten.⁴⁰⁰ Landsskatterettens praksis for rentefiksering efter LL § 2 er baseret på normalrenten.⁴⁰¹ Ifølge ligningsvejledningen fra 2001 og senere versioner heraf samt et ministersvar skal der imidlertid foretages en individuel rentefastsættelse på baggrund af de konkrete omstændigheder, således at normalrenten kun anvendes undtagelsesvist.⁴⁰² Højesteret har bekræftet, at en rentefiksering kunne ske på baggrund af normalrenten.⁴⁰³ Senere har Østre Landsret anerkendt, at normalrenten var anvendt som udgangspunkt for en rentefiksering, men fandt at afgørelsen var fejlbehæftet, idet der efter ligningsvejledningen skulle foretages en individuel rentefastsættelse.⁴⁰⁴ Afgørelsen blev dog stadfæstet, idet der ikke var fremlagt oplysninger om sammenlignelige lån. En rentefiksering baseret på normalrenten er efterfølgende anerkendt af landsretterne, idet oplysningerne i de pågældende sager ikke fandtes at give skattemyndighederne mulighed for at foretage en individuel rentefastsættelse.⁴⁰⁵

Ifølge praksis kan der efter omstændighederne ikke foretages rentefiksering af en åbenlyst insolvent debitor, når det er forretningsmæssigt begrundet at indrømmes henstand med rentebetalingen.⁴⁰⁶

1.4.3.4.2 Sikkerhedsstillelse

OECD har ikke fastsat særlige regler om sikkerhedsstillelse, hvorfor armslængdetesten heraf må ske efter de generelle regler og metoder. OECD behandler sikkerhedsstillelse som en tjenesteydelse, hvorfor reglerne herom også er relevante.⁴⁰⁷

Den frie markedsprismetode kan anvendes ved armslængdetesten af en finansiell garanti, hvis det er muligt at finde sammenlignelige transaktioner mellem uafhængige parter. I mangel af oplysninger herom kan en armslængdebetalning estimeres på baggrund af: (1) debtors *nyttевærdi* af garantien i form af lavere låneomkostninger,⁴⁰⁸ og (2) kautionistens *forventede omkostning* i tilfælde af debtors misligholdelse. Fordelen for debitor kan estimeres som forskellen mellem låneomkostningen med og uden garantien. Den

³⁹⁴ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.C.2.4.1.3.1.

³⁹⁵ Jf. pkt. 199 i Report on Transfer Pricing and Multinational Enterprises, OECD, 1979.

³⁹⁶ Jf. pkt. 1.9 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

³⁹⁷ Jf. TfS 2009, 232 Ø/SKM2009.28 og TfS 2011, 29 Ø/SKM2010.607.

³⁹⁸ Jf. TfS 2013, 119 LSR/SKM2013.63. Se tilsvarende TfS 1992, 107 LR, TfS 1990, 83 LSR og TfS 1986, 475 LR.

³⁹⁹ TfS 2014, 211 LSR/SKM2014.53.

⁴⁰⁰ Jf. Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 381 ff.

⁴⁰¹ Jf. TfS 2007, 922 LSR/SKM2007.471, TfS 2004, 166 LSR/SKM2004.48, TfS 2003, 584 LSR/SKM2003.283, TfS 2003, 290 LSR/SKM2003.109 og TfS 2002, 494 LSR/SKM2002.246.

⁴⁰² Jf. LV 2001 S.I.1.3.2 (nu: Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.D.11.2.6.2) og SAU alm.del – spm. 356 (2005/06).

⁴⁰³ Jf. TfS 2007, 942 H/SKM2007.635.

⁴⁰⁴ Jf. TfS 2009, 232 Ø/SKM2009.28. Dommen er kommenteret af Poul Bostrup, Ugeskrift for Skatteret, 2009, 1. Som eksempel på en sag, hvor der blev fastsat en individuel rente, kan nævnes TfS 2008, 518 SR/SKM2008.250.

⁴⁰⁵ Jf. TfS 2011, 29 Ø/SKM2010.607 og TfS 2009, 963 V/SKM2009.567.

⁴⁰⁶ Jf. TfS 2015, 57 BR/SKM2014.798, TfS 2014, 604 BR/SKM2014.295, TfS 2011, 29 Ø/SKM2010.607, TfS 2009, 774 BR/SKM.2009.427, TfS 2008, 135 H/SKM2008.9, TfS 2008, 69 Ø/SKM2007.548, TfS 2007, 942 H/SKM2007.635 og TfS 2005, 682 V/SKM. Fra tiden før LL § 2 kan der henvises til TfS 1997, 665 V, TfS 1995, 685 LR, TfS 1994, 191 LR og TfS 1993, 249 LSR.

⁴⁰⁷ Jf. pkt. 7.13 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2010-versionen).

⁴⁰⁸ Jf. om nytteværditesten ovenfor i kap. 1.4.5.1.1.

forventede omkostning for kautionisten kan estimeres på grundlag af information om debtors kreditværdighed og misligholdelsesrisikoen for uafhængige debitorer med samme kreditværdighed som debitor. Hvis kautionisten har udsigt til selv at høste økonomiske fordele af en garanti, kan der ved opgørelsen af den forventede omkostninger foretages fradrag herfor.⁴⁰⁹ På grundlag af debtors nytteværdi og kautionistens forventede omkostning kan der opstilles et *armslængdeinterval* for garantiprovisionen.⁴¹⁰

Ifølge OECD skal et selskab ikke anses for at have modtaget en tjenesteydelse, hvis en højere kreditvurdering *alene* skyldes dets tilknytning til koncernen.⁴¹¹ En sådan højere kreditvurdering kan skyldes, at kapitalmarkederne har en forventning om, at et moderselskab vil komme dets datterselskab til undsætning i tilfælde af finansielle problemer (implicit støtte), uanset at der ikke måtte være udstedt en garanti mv., hvorved koncernforbindelsen tillægges en de facto-sikkerhed. Et eksempel herpå findes i TfS 2000, 243 H, hvor det af Højesteret blev tillagt stor betydning, at en række pengeinstitutter ville lide økonomiske tab ved ikke at opfylde forpligtelserne for et fælles leasingselskab, selv om der alene var afgivet et uforpligtende "letter of awareness" over for kreditor. Problemstillingen er behandlet i en canadisk sag, hvor et amerikansk moderselskab havde garanteret dets canadiske datterselskabs udstedelse af virksomhedsobligationer mod betaling af garantiprovision på 1 %. Moderselskabet havde en kreditværdighed på AAA, mens datterselskabets kreditværdighed isoleret set var i intervallet B+/BB-. De canadiske skattemyndigheder nægtede datterselskabet fradrag for provisionen, idet det blev hævdet, at koncernforbindelsen medførte, at moder- og datterselskabet reelt havde samme kreditværdighed, hvorfor garantien ikke medførte nogen nytteværdi for datterselskabet. Underretten anerkendte, at der ved armslængdetesten af garantiprovisionen skulle tages højde for implicit støtte, som dog kun fandtes at hæve datterselskabets kreditværdighed til et punkt i intervallet BB+/BBB-.⁴¹² På baggrund heraf blev rentefordelen for datterselskabet af garantien estimeret til 183 basispoint, hvilket var væsentligt højere end garantiprovisionen på 100 basispoint, hvorfor korrektionen blev afvist. Appeldomstolen stadfæstede dommen.⁴¹³ Skattemyndighederne i en række lande deler tilsyneladende den retsopfattelse, der ligger til grund for dommen, at implicit støtte skal påvirke armslængdetesten af en eksplicit garanti mellem moder- og datterselskab. Rigtigheden heraf er tvivlsom, hvilket bl.a. skyldes, at sammenlignelighedskravet ikke er opfyldt. I den kontrollerede transaktion, dvs. garantistillelsen, eksisterer der således pr. definition *ikke* implicit støtte, idet moderselskabet ikke kan drage fordel af sin egen støtte. Implicit støtte er således et

særkende for *uafhængige* transaktioner. Da referencetransaktionen skal være et perfekt spejlbillede af den kontrollerede transaktion for så vidt angår alle prisrelevante faktorer, må der ved armslængdetesten nødvendigvis bortses fra implicit støtte.⁴¹⁴

1.5 Håndhævelse

1.5.1 Generelt

Anvendelsen af den direkte metode og armslængdeprincippet som grundlag for allokeringen af indkomst mellem koncernforbundne selskaber er forbundet med den *ulempe*, at retshåndhævelsen er særdeles kompliceret. I den formelle skatteret er der derfor fastsat regler, der skal forbedre skattemyndighedernes mulighed for at *håndhæve* og ansøre skatteyderne til at *efterleve* armslængdeprincippet. Siden slutningen af 1990'erne er der i Danmark og andre lande indført omfattende dokumentationskrav til internationale koncerner, der medfører høje *efterlevelsedomkostninger*. De danske regler herom findes navnlig i SKL § 3 B, der blev vedtaget i 1998.⁴¹⁵ Anvendelsesområdet for SKL § 3 B og LL § 2 er identisk. SKL § 3 B fandt oprindeligt kun anvendelse for grænseoverskridende transaktioner, men blev i 2005 udvidet til at omfatte nationale transaktioner for at sikre den EU-retlige konformitet.⁴¹⁶ Samtidig blev skattemyndighederne bemyndiget til i en bekendtgørelse at fastsætte nærmere regler om dokumentationspligten, jf. SKL § 3 B, stk. 5.⁴¹⁷ I 2015 er blevet indført regler om land-for-land rapportering for større koncerner, jf. SKL § 3 B, stk. 10 og 11.⁴¹⁸

1.5.2 Oplysningspligt

1.5.2.1 Pligt

Ifølge SKL § 3 B, stk. 1, skal skattepligtige i selvangivelsen give oplysninger om *art og omfang* af kontrollerede transaktioner. For selskabsskattepligtige skatteydere bortset fra andelsselskaber og kulbrinteskattepligtige kan oplysningerne gives digitalt via TastSelv Selskabsskat. For andre skatteydere kan oplysningerne gives ved hjælp af blanket 05.021 (05.022 på engelsk). Formålet med oplysningspligten er at orientere skattemyndighederne om, at der foreligger kontrollerede transaktioner omfattet af LL § 2, således at en skattekontrol eventuelt kan indledes. Opfyldelse af oplysningspligten er en obligatorisk del af selvangivelsespligten.

1.5.2.2 Sanktion

Skattemyndighederne kan ved hjælp af skattetillæg og daglige bøder tilskynde skatteyderne til at opfylde oplysningspligten, jf. SKL § 5, stk. 1 og 2.⁴¹⁹

⁴⁰⁹ Jf. pkt. 7.33 og 7.34 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2010-versionen). Der findes en righoldig dansk praksis om, hvorvidt en garanti i relation til SL § 6, stk. 1, litra a, kan anses for at være afgivet i kautionistens egen forretningsmæssige interesse. I praksis er der givet fradrag for tab på kaution påtaget overfor leverandører og kunder, når formålet med kautionen har været at sikre kautionistens hidtidige leverancer eller afsætningsmuligheder og dermed den løbende indkomst. Se Bent Ramskov: Internselskabsomstrukturering, p. 370 ff.

⁴¹⁰ Jf. pkt. 2.122 og 7.29 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen). I en utrykt bindende forhåndsbesked fra den 21. november 2000 blev armslængdebetalingen derimod fastsat til nytteværdien for debitor. Afgørelsen er kommenteret af Jakob Bundgaard, SR-Skat, 2001, p. 83 ff. Landsskatteretten kom til samme resultat i TfS 2005, 563 LSR/SKM2005.253.

⁴¹¹ Jf. pkt. 7.13 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

⁴¹² Jf. General Electric Capital Canada Inv. v. the Queen, 2009 TCC 563 (2009).

⁴¹³ Jf. General Electric Capital Canada Inv. v. the Queen, Federal Court of Appeal, FCA 344 (2010).

⁴¹⁴ Jf. Jens Wittendorff, Tax Notes International, vol.62, 18. april 2011, p. 223, 247 ff.

⁴¹⁵ Jf. lov nr. 131 af 25. februar 1998 (L 84 af 14. november 1997).

⁴¹⁶ Jf. lov nr. 408 af 1. juni 2005 (L 120 af 2. marts 2005).

⁴¹⁷ Jf. bekendtgørelse nr. 42 af 24. januar 2006.

⁴¹⁸ Jf. lov nr. 1884 af 29. december 2015 (L 46 af 10. november 2015).

⁴¹⁹ Jf. TfS 2000, 569 TSS. Ordlyden af SKL § 14, stk. 1, synes også at kunne rumme bødestraf ved en overtrædelse af oplysningspligten. Denne sanktion fremgår imidlertid ikke af TfS 2000, 569 TSS eller af forarbejderne til L 173 af 25. april 2012 (lov nr. 591 af 18. juni 2012). Derimod er bødestraf nu nævnt i Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.D.11.3.4.

1.5.3 Dokumentationspligt

1.5.3.1 Pligt

Den danske lovgivning er konform med OECD's tredelte dokumentationskrav: 1) master file, 2) local file og 3) country-by-country report.⁴²⁰ Kravet om udarbejdelse af master file og local file følger af SKL § 3 B, stk. 5, mens kravet om country-by-country report følger af SKL § 3 B, stk. 10 og 11.

Skattepligtige skal udfærdige og opbevare skriftlig dokumentation for, hvordan priser og vilkår er fastsat for kontrollerede transaktioner, jf. SKL § 3 B, stk. 5. Dokumentationen skal udleveres til skattemyndighederne efter begæring herom, hvilket skal ske inden for en frist på 60 dage, jf. § 2, stk. 4, i bekendtgørelse nr. 401 af 28. april 2016.⁴²¹ Der gælder herudover ikke en selvstændig dokumentationsfrist.⁴²²

SKL § 3 B, stk. 5 indeholder ingen detaljeret beskrivelse af dokumentationspligtens omfang udover, at dokumentationen skal beskrive, *hvordan* priser og vilkår for kontrollerede transaktioner er fastsat, og at den skal være af en sådan art, at den kan danne grundlag for en vurdering af, *om armslængdeprincippet er iagttaget*. Ifølge loven skal der ikke udarbejdes dokumentation for transaktioner, der i omfang og hyppighed er *uvæsentlige*. Det er endvidere bestemt, at der kun skal udarbejdes en *databaseundersøgelse*, hvis skattemyndighederne anmoder herom, og i givet fald med en frist på 60 dage. Den nærmere udstrækning af dokumentationspligten fremgår af bekendtgørelse nr. 401 af 28. april 2016, der udstedt med hjemmel i SKL § 3 B, stk. 5.⁴²³ Bekendtgørelsen har virkning for kontrollerede transaktioner foretaget i indkomstår, der påbegyndes den 1. januar 2016 eller senere. For indkomstår, der påbegyndes til og med den 31. december 2016, kan dokumentationen dog også udarbejdes efter bekendtgørelse nr. 42 af 24. januar 2016. Ifølge bekendtgørelsen skal der udarbejdes en fællesdokumentation (§ 4) og en landespecifik dokumentation (§ 5).

For *små og mellemstore virksomheder* er dokumentationspligten begrænset, jf. SKL § 3 B, stk. 6 og 7. Undtagelsen gælder for skatteydere, der alene, eller sammen med koncernforbundne virksomheder, har under 250 medarbejdere, og enten har en årlig samlet balance på under 125 mio. kr. eller en årlig omsætning på under 250 mio. kr. For disse skatteydere er dokumentationspligten begrænset til at gælde for kontrollerede transaktioner med: 1) fysiske og juridiske personer, der hjemmehørende i lande, hvormed Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og som ikke er medlem af EU eller EØS, 2) et fast driftssted, der er beliggende i lande, hvormed Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og som ikke er medlem af EU eller EØS og 3) et fast driftssted, der er beliggende i Danmark, når skatteyderen er hjemmehørende i et land, hvormed Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og som ikke er medlem af EU eller EØS.

Multinationale koncerner skal desuden udarbejde en land-for-land rapport, jf. SKL § 3 B, stk. 10 og 11.⁴²⁴ Den danske lovgivning er i det store og hele konform med OECD's modellovgivning herom.⁴²⁵ Følgende kategorier af selskaber skal indgive en land-for-land rapport til de danske skattemyndigheder:

1. Ultimative moderselskaber, som er skattemæssigt hjemmehørende i Danmark efter SEL § 1 eller FBL § 1, hvis koncernen har en konsolideret omsætning på mindst 5,6 mia. kr. i regnskabsåret forud for det indkomstår, der skal rapporteres for, og
2. Koncernselskaber, som er skattemæssigt hjemmehørende i Danmark efter SEL § 1, og som ikke er ultimative moderselskaber, hvis en eller flere af følgende betingelser er opfyldt:
 - Koncernens ultimative moderselskab er ikke forpligtet til at indgive land for land-rapporten i det land, hvor det er hjemmehørende,
 - der sker ikke automatisk udveksling af land for land-rapporterne, som følge af at der ikke eksisterer en aftale mellem de kompetente myndigheder i Danmark og den jurisdiktion, hvor det ultimative moderselskab er hjemmehørende, selv om der er en international aftale om udveksling af skatteoplysninger, eller
 - der er en systematisk fejl vedrørende den jurisdiktion, hvor det ultimative moderselskab har skattemæssigt hjemsted, og skattemyndighederne har meddelt koncernselskabet dette.

Et dansk koncernselskab (kategori 2) er ikke forpligtet til at indgive en land-for-land rapport, hvis koncernen indgiver en sådan rapport for det pågældende indkomstår gennem et stedfortrædende moderselskab (surrogat parent company) til den skattemyndighed, hvor det stedfortrædende moderselskab er hjemmehørende, og følgende yderligere betingelser er opfyldt, jf. SKL § 3 B, stk. 13:

- Den jurisdiktion, hvor det stedfortrædende moderselskab er skattemæssigt hjemmehørende, kræver indgivelse af land for land-rapportering.
- Den jurisdiktion, hvor det stedfortrædende moderselskab er skattemæssigt hjemmehørende, har en international aftale om udveksling af oplysninger med Danmark, og der sker automatisk udveksling af land for land-rapporter i henhold til en aftale mellem de kompetente myndigheder.
- Der er ikke en systematisk fejl vedrørende den jurisdiktion, hvor det stedfortrædende moderselskab er skattemæssigt hjemmehørende, eller skattemyndighederne har undladt at meddele en systematisk fejl til koncernselskabet.
- Den jurisdiktion, hvor det stedfortrædende moderselskab er skattemæssigt hjemmehørende, har modtaget en meddelelse, jf. stk. 14, 1. pkt., fra et koncernselskab, som er skattemæssigt hjemmehørende i samme jurisdiktion som det stedfortrædende moderselskab om, at koncernselskabet skal betragtes som det stedfortrædende moderselskab.
- En meddelelse er blevet givet til skattemyndighederne om, hvilket koncernselskab der er forpligtet til at indgive land-for-land rapport, og hvor dette selskab er hjemmehørende.

Ved en koncern forstås en gruppe af virksomheder, der er forbundet med hinanden gennem ejerskab eller kontrol, således at de skal udarbejde et konsolideret koncernregnskab efter de årsregnskabsregler, der anvendes af koncernen, eller skulle have udarbejdet et sådant, hvis et eller flere af selskaberne var børsnoterede, jf. SKL

⁴²⁰ Jf. pkt. 16 i kap. V i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

⁴²¹ Tidligere fremgik 60-dages fristen af § 2, stk. 4, i bekendtgørelse nr. 42 af 24. januar 2006.

⁴²² Jf. Jens Wittendorff, TfS 2013, 240.

⁴²³ Tidligere fremgik reglerne af bekendtgørelse nr. 42 af 24. januar 2006.

⁴²⁴ For ultimative moderselskaber, der er hjemmehørende i Danmark gælder reglen for indkomstår, der påbegyndes den 1. januar 2016 eller senere. For koncernselskaber, der er hjemmehørende i Danmark gælder reglerne for indkomstår, der påbegyndes den 1. januar 2017 eller senere.

⁴²⁵ Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting: Action 13: 2015 Final Report (Paris: OECD, 2015).

§ 3 B, stk. 15, nr. 1. Kontrolbegrebet i SKL § 3 B, stk. 10 og 11, er således anderledes end i SKL § 3 B, stk. 1.

Et ultimativt moderselskab eller et dansk stedfortrædende moderselskab skal senest inden udgangen af det indkomstsår, for hvilket land for land-rapporten skal indgives, meddele skattemyndighederne, at det er forpligtet til at indgive rapporten. Er koncernselskabet ikke det ultimative moderselskab eller det stedfortrædende moderselskab, skal koncernselskabet senest inden udgangen af det indkomstsår, for hvilket rapporten skal indgives, meddele skattemyndighederne, hvilket koncernselskab der er forpligtet til at indgive rapporten, og hvor dette koncernselskab er skattemæssigt hjemmehørende, jf. SKL § 3 B, stk. 14. Land for land-rapporten skal indgives senest 12 måneder efter den sidste dag i det indkomstsår, som rapporten skal indgives for, jf. SKL § 3 B, stk. 10.

Skatteministeren er bemyndiget til at fastsætte nærmere regler om indholdet af land-for-land rapporten, jf. SKL § 3 B, stk. 16. Rapporteringspligten opfyldes ved at udfylde tre tabeller, der svarer til dem, der fremgår af OECD's modellovgivning:

- Tabel 1: Oversigt over fordelingen af indkomst, skatter og erhvervsmæssig aktivitet pr. land
- Tabel 2: Liste over koncernselskaber i koncernen inkluderet i sammenlægningen pr. land
- Tabel 3: Yderligere information

Regler om land-for-land rapportering kan give problemer for danske selskaber og fonde, der kontrollerer flere børsnoterede selskaber. Disse selskaber og fonde er således forpligtet til at indgive én rapport for to eller flere børsnoterede selskaber, der i øvrigt er uafhængige af hinanden. Informationen i sådanne rapporter vil formentlig være ubrugelig, fordi der vil være tale om en sammenblanding af fakta vedrørende forskellige koncerner. Endvidere kan opfyldelsen af rapporteringskravet komme i karambolage med de børsretlige regler om videregivelse af intern viden til tredjemand.

1.5.3.2 Sanktion

Hvis en skatteyder ikke opfylder dokumentationspligten efter SKL § 3 B, stk. 5, kan skattemyndighederne fastsætte indkomsten for de kontrollerede transaktioner *skønsmæssigt* efter SKL § 5, stk. 3, jf. SKL § 3 B, stk. 9.⁴²⁶ Skattemyndighederne skal herved *ikke* bevise, at priserne for de kontrollerede transaktioner afviger fra armslængdeprincippet. Skønnet er dog af en bunden natur, da det skal udøves på baggrund af OECD Transfer Pricing Guidelines.⁴²⁷ De nærmere betingelser for adgangen til en foretage en skønsmæssig ansættelse fremgår ikke af SKL § 3 B. Det må være en forudsætning, at dokumentationspligten er groft tilsidesat. Der kan således ikke foretages en skønsmæssig ansættelse, blot fordi skattemyndighederne er uenige i, at armslængdeprincippet er iagttaget.⁴²⁸

Der er fastsat bødestraf for den, der *forsætligt* eller *groft uagtsomt* undlader at opfylde pligten til at udarbejde dokumentation efter SKL § 3 B, stk. 5, 6, 10 og 11, jf. SKL § 17, stk. 3. Reglerne herom

blev indført i 2005⁴²⁹ og ændret i 2012⁴³⁰ og i 2015.⁴³¹ Ifølge forarbejderne kan en bødestraf komme på tale, hvis der overhovedet ikke foreligger nogen dokumentation, eller denne er så mangelfuld, at den helt må tilsidesættes. Ved bedømmelsen må der anlægges en helhedsvurdering og foretages en proportionalitetsbetragtning, således at alene væsentlige mangler kan medføre strafansvar.⁴³² Bøden udgør et fast beløb på 250.000 kr. med tillæg af et variabelt beløb svarende til 10 % af en indkomstforhøjelse.⁴³³ Rettes der efterfølgende op på den mangelfulde dokumentation, nedsættes det faste beløb til 125.000 kr. Bøden kan pålægges i følgende situationer: 1) skatteyderen indsender ikke dokumentationen efter anmodning herom, 2) skatteyderen indsender ikke supplerende oplysninger, som skattemyndighederne har indfordret, 3) skatteyderen indsender ikke en databaseundersøgelse efter anmodning herom og 4) skatteyderen indsender ikke en revisorerklæring, jf. nedenfor i kapitel 1.5.5. Bøden pålægges særskilt for hver skatteyder og hvert indkomstsår. Bøden pålægges først, når sagen er endeligt afgjort. En påklage til Landsskatteretten eller domstolene udskyder derfor tidspunkt for, hvornår der kan pålægges en bøde.⁴³⁴ En iværksættelse af den gensidige aftaleprocedure efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller EF-voldgiftskonventionen udskyder derimod ikke en bøde.⁴³⁵

Ligeledes hjemler SKL § 14, stk. 3, bødestraf for den, der *forsætligt* eller *af grov uagtsomhed* afgiver urigtige eller vildledende oplysninger om, hvorvidt den skattepligtige er underlagt den begrænsede dokumentationspligt i SKL § 3 B, stk. 6. Ved bødeudmålingen tages der udgangspunkt i virksomhedens omsætning og antal medarbejdere, jf. SKL § 14, stk. 6. Bøden udgør det største af følgende to beløb:⁴³⁶

0,5 % af omsætningen op til en omsætning på 500 mio. kr., 0,1 % af den overskydende del af omsætningen op til 1.000 mio. kr. og 0,05 % af omsætningen herudover, og

1,5 mio. kr. for 250-299 medarbejdere, 1,75 mio. kr. for 300-349 medarbejdere, 2 mio. kr. for 350 medarbejdere eller derover.

Hvis antallet af medarbejdere er under 250, skal bødeudmålingen foretages i forhold til omsætningen. Omsætningen i et udenlandsk fast driftssted af et dansk selskab skal ikke medregnes. En medarbejder skal ikke medregnes, hvis vedkommende ikke er skattepligtig til Danmark, eller er ansat af et udenlandsk fast driftssted af et dansk selskab.⁴³⁷ I forhold til en udenlandsk fysisk eller juridisk person med fast driftssted i Danmark, er det kun omsætning og medarbejdere for det danske faste driftssted, der skal medregnes. Bøden pålægges særskilt for hver skatteyder og hvert indkomstsår. Bøden kan forhøjes med op til 50 %, hvis der foreligger en systematisk overtrædelse af loven, jf. SKL § 14, stk. 6.

SKL §§ 14, stk. 3, og 17, stk. 3, indebærer en kriminalisering af den manglende opfyldelse af dokumentationspligterne i forbindelse med transfer pricing. Disse straffebestemmelser forhindrer dog næppe, at der – i graverende tilfælde af urigtige eller vildledende

⁴²⁶ Jf. TfS 2014, 211 LSR/SKM2014.53, TfS 2010, 219 V/SKM2010.46 og Landsskatterettens afgørelse af 24. august 2010, j.nr. 09-01550.

⁴²⁷ Jf. bemærkningerne til § 1 i L 84 af 14. november 1997.

⁴²⁸ Jf. Landsskatterettens afgørelse af 16. december 2015, sags nr. 11-0301604.

⁴²⁹ Jf. lov nr. 408 af 1. juni 2005 (L 120 af 2. marts 2005). Bødereglene har virkning for indkomstsår, der er påbegyndt den 2. april 2006 eller senere, jf. § 12 i bekendtgørelse nr. 42 af 24. januar 2006.

⁴³⁰ Jf. lov nr. 591 af 18. juni 2012 (L 173 af 25. april 2012). De nye regler trådte i kraft den 1. januar 2013.

⁴³¹ Jf. lov nr. 1884 af 29. december 2015 (L 46 af 10. november 2015).

⁴³² Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.D.11.4.11.

⁴³³ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.D.11.4.11, og pkt. 3.3.2 i de almindelige bemærkninger til L 173 af 25. april 2012.

⁴³⁴ Jf. pkt. 3.3.2 i bemærkningerne til L 173 af 25. april 2012.

⁴³⁵ Jf. bilag 23 til L 173 af 25. april 2012.

⁴³⁶ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, A.C.3.5.3.8.

⁴³⁷ Jf. bilag 32 til L 173 af 25. april 2012.

oplysninger i dokumentationen – aktualiseres et strafansvar for skattesvig efter SKL § 13 eller groft skattesvig efter Strfl. § 289.

1.5.4 Indsendelsespligt

1.5.4.1 Pligt

En erhvervsdrivende skal på skattemyndighedernes begæring indsende sit regnskabsmateriale og anden dokumentation, der kan have betydning for skatteligningen, jf. SKL § 6. Bestemmelsen omfatter i første omgang virksomhedernes regnskabsmateriale med bilag. Bestemmelsen omfatter endvidere andre autentiske dokumenter, der kan have betydning for skatteligningen. Dette kan være kontrakter, korrespondance, revisionsbemærkninger, aktionærfortegnelser, aktionæroverenskomster og kalkulationer.⁴³⁸ SKL § 6 pålægger ikke skatteyderne at udarbejde og indsende særlige oversigter, redegørelser eller beskrivelser af regnskabsmaterialet. Indsendelsespligten gælder kun regnskabsmateriale mv., der vedrører og tilhører den konkrete virksomhed. Omfattet heraf er materiale vedrørende udenlandske filialer af danske virksomheder og udenlandske virksomheder med filial i Danmark. I modsætning hertil gælder indsendelsespligten ikke materiale vedrørende udenlandske koncernselskaber, jf. TfS 2014, 537 LSR/SKM2014.216. Regnskabsmateriale mv., der er i *tredjemands* lovlige besiddelse, f.eks. advokat eller revisor, er også omfattet af indsendelsespligten, jf. SKL § 6, stk. 3. Tredjemand skal på begæring udlevere virksomhedens regnskabsmateriale, uanset om tredjemand har tilbageholdelsesret over materialet eller ej. Indsendelsespligten omfatter ikke tredjemands eget materiale som f.eks. interne arbejdsoplysninger.

Indsendelsespligten efter SKL § 6 suppleres af § 6 i bekendtgørelse nr. 401 af 28. april 2016, hvorefter skattemyndighederne i løbet af en skattekontrol kan anmode om supplerende oplysninger og materiale, herunder at der udarbejdes supplerende materiale.⁴³⁹ Der kan kun anmodes om oplysninger og materiale, som må anses som relevant for armlængdetesten. I modsætning til SKL § 6 er det i § 9 bestemt, at skatteyderne er forpligtede til udarbejde supplerende materiale. Ifølge skattemyndighederne kan der med hjemmel i bekendtgørelsen anmodes om oplysninger udover hvad der følger af SKL § 6.⁴⁴⁰

1.5.4.2 Sanktion

Den primære sanktion mod virksomheder eller tredjemænd, der ikke efterlever indsendelsespligten efter SKL § 6, er dagbøder efter SKL § 9 og bødestraf efter SKL § 14. Hvis en skatteyder undlader at indsende supplerende oplysninger, som skattemyndigheder har anmodet med hjemmel i § 9 i bekendtgørelse nr. 42 af 24. januar 2006, kan skattemyndighederne være bemyndiget til at fastsætte indkomsten skønsmæssigt efter SKL § 5, stk. 3, og at pålægge bøder efter SKL § 17, stk. 3, jf. ovenfor i kapitel 1.5.3.2.

1.5.5 Revisorerklæring

1.5.5.1 Pligt

Skattemyndighederne kan pålægge en skatteyder at indsende en *revisorerklæring* om dokumentationen, jf. SKL § 3 B, stk. 8.⁴⁴¹ Ifølge forarbejderne er det hensigten, at skattemyndighederne kun i få tilfælde skal pålægge en skatteyder at indsende en revisorerklæring, og at det kun skal ske i tilfælde, hvor skattemyndighederne har en overvejende formodning om, at dokumentationen er utilstrækkelig. En revisorerklæring er ikke bindende for skattemyndighederne.⁴⁴²

Betingelserne for et erklæringspålæg er: 1) at skatteyderen er omfattet af SKL § 3 B, stk. 1 eller 6, 2) at skatteyderen har udarbejdet og indsendt dokumentationen, 3) at skatteyderen har haft kontrollerede transaktioner med fysiske eller juridiske personer i lande uden for EU eller EØS, som ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark (lavskattelande), *eller* at skatteyderen samlet set har haft underskud i 4 på hinanden følgende indkomstår, hvoraf det seneste er det indkomstår, for hvilket erklæringspålægget gives,⁴⁴³ og 4) at det for kontrollen af virksomhedens skattemæssige forhold er hensigtsmæssigt og relevant at indhente erklæringen. Betingelserne skal vurderes særskilt for hvert selskab, uanset at det måtte være omfattet af en sambeskatning. Afgørelsen af, om en skatteyder har haft underskud i 4 indkomstår, kan inddrage indkomstår, der er forældede, men et erklæringspålæg kan kun gives for indkomstår, der ikke er forældede. Betingelsen om, at det skal være hensigtsmæssigt og relevant at indhente en revisorerklæring, vil normalt ikke være opfyldt for et selskab inden for biotekbranchen, idet der i denne branche er kutyme for at selskaber har underskud i mange år, inden der oppebæres positiv indkomst.⁴⁴⁴

Skattemyndighederne kan fra sag til sag fastsætte *indholdet* af en revisorerklæring. Et erklæringspålæg kan omfatte et enkelt indkomstår, flere indkomstår eller alle åbne indkomstår. Genstanden for et erklæringspålæg kan være en enkel kontrolleret transaktion,⁴⁴⁵ flere kontrollerede transaktioner eller alle kontrollerede transaktioner. Hvis et selskab omfattes af reglerne, fordi det har kontrollerede transaktioner med et selskab i et lavskattelands, kan et erklæringspålæg også omfatte selskabets kontrollerede transaktioner med selskaber i højskattelands. Skattemyndighederne er bemyndigede til at fastsætte kravene til det nærmere indhold af en revisorerklæring, jf. SKL § 3 B, stk. 8. Ifølge forarbejderne kan en revisorerklæring tage stilling til følgende spørgsmål: 1) om dokumentationen giver et retvisende billede, 2) om dokumentationspligten er opfyldt og 3) om de interne priser iagttager armlængdeprincippet.⁴⁴⁶ Der kan også indhentes en revisorerklæring om supplerende oplysninger, som skattemyndighederne har indfordret fra en skatteyder.⁴⁴⁷ SKAT har udnyttet bemyndigelsen til at udsende bekendtgørelse nr. 162 af 8. februar 2013, der trådte i kraft fra den 1. marts 2013. Ifølge

⁴³⁸ Jf. TfS 2007, 541 SKAT/SKM2007.277 og Skatteretsrådets notat af 30. september 2005 om skattekontrollovens § 6, stk. 1 – erhvervsdrivendes/juridiske personers pligt til udlevering af regnskabsmateriale m.v. til skattemyndighederne. Se Jan Pedersen, SR-Skat, 2012, p. 94 ff, og Anders Orebø Hansen, TfS 1998, 108.

⁴³⁹ Tidligere fremgik reglen af § 9 i bekendtgørelse nr. 42 af 24. januar 2006.

⁴⁴⁰ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.d.11.4.7. Se kritisk hertil Katrine Ernest Haunstrup i SU 2014, 310.

⁴⁴¹ Reglen har virkning fra den 1. januar 2013, jf. § 10, stk. 9, i lov nr. 591 af 18. juni 2012. Et erklæringspålæg kan imidlertid udstedes for alle indkomstår, der efter den 1. januar 2013 ikke er forældede.

⁴⁴² Jf. pkt. 3.2.2 i bemærkningerne til L 173 af 25. april 2012.

⁴⁴³ Hvorvidt der er underskud skal måles på baggrund af regnskabsposten resultat af primær drift før finansiering, ekstraordinære poster og skat. For forsikringsvirksomheder anvendes i stedet det forsikringstekniske resultat. For øvrige finansielle virksomheder anvendes resultat før skat.

⁴⁴⁴ Jf. pkt. 3.2.2.3 i bemærkningerne til L 173 af 25. april 2012.

⁴⁴⁵ Jf. bilag 1 til L 173 af 25. april 2012, kommentarer til Danske Advokater.

⁴⁴⁶ Jf. pkt. 3.2.2 i bemærkningerne til L 173 af 25. april 2012.

⁴⁴⁷ Jf. bemærkningerne til § 8 i L 173 af 25. april 2012.

bekendtgørelsens § 2 skal der afgives erklæring om, hvorvidt revisor ved det udførte arbejde er blevet opmærksom på forhold, der giver anledning til at konkludere, at den transfer pricing dokumentation, som er indsendt til SKAT, ikke giver et retvisende billede af virksomhedens fastsættelse af priser og vilkår for koncerninterne transaktioner i overensstemmelse med: 1) LL § 2, 2) SKL § 3 B, 3) bekendtgørelse nr. 42 af 24. januar 2006 og 4) OECD Transfer Pricing Guidelines.

Revisorerklæringen skal udarbejdes i overensstemmelse med revisorlovens § 1, stk. 2, der omhandler erklæringer afgivet med sikkerhed, der ikke udelukkende er bestemt til hvervgiverens eget brug. Det er hensigten, at en revisorerklæring skal afgives med en begrænset grad af sikkerhed.⁴⁴⁸ Revisorerklæringen skal afgives af en statsautoriseret revisor, registreret revisor eller godkendt revisor. På grund af revisorlovens uafhængighedsregler vil det som udgangspunkt ikke være muligt for virksomhedens egen eksterne revisor, som har revideret regnskabet, at afgive erklæringen. Dette gælder undtagelsesfrit, hvis der er tale om en virksomhed af interesse for offentligheden, jf. §§ 21, stk. 3, og 24, stk. 4, i revisorloven. For andre virksomheder gælder forbuddet, hvis revisor selv eller medlemmer af revisionsteamet har udarbejdet dokumentationen. I denne situation kan revisorerklæringen imidlertid udarbejdes af en anden revisor fra samme firma, eller af revisor selv, hvis revisor træffer sikkerhedsforanstaltninger efter § 24, stk. 3, i revisorloven, og hvis dokumentationen ikke er udarbejdet af et medlem af revisionsteamet. I alle tilfælde gælder der, at hvis dokumentationen ikke er udarbejdet af den eksterne revisors firma eller netværk, så kan den eksterne revisor udarbejde revisorerklæringen.

Et erklæringspålæg kan tidligst gives 7 dage efter modtagelsen af dokumentationen. Skatteyderen skal gives en frist på mindst 90 dage til at indsende erklæringen.

Skattemyndighederne skal *begrunde* et erklæringspålæg, jf. forvaltningslovens § 24.⁴⁴⁹ En afgørelse om at indhente en revisorerklæring kan ikke påklages administrativt. Hvis skattemyndighederne imidlertid vælger at henlægge sagen, uden at der foretages en indkomstforhøjelse, kan erklæringspålægget påklages til Landsskatte retten. Endvidere kan afgørelsen prøves i forbindelse med en klage over en indkomstforhøjelse. Hvis Landsskatte retten eller en domstol afgør, at betingelserne for et erklæringspålæg ikke var opfyldte, vil rettens afgørelse eventuelt kunne danne grundlag for en godtgørelse af virksomhedens udgifter til revisorerklæringen ud fra erstatningsretlige betragtninger.⁴⁵⁰

1.5.5.2 Sanktion

En overtrædelse af et erklæringspålæg sanktioneres ved, at skattemyndighederne kan foretage skatteansættelsen vedrørende de kontrollerede transaktioner skønsmæssigt efter SKL § 5, stk. 3, jf. SKL § 3 B, stk. 9. Endvidere kan der pålægges bøder efter SKL § 17, stk. 3, jf. ovenfor i kapitel 9.5.3.2.

1.5.6 Ansættelses- og forældelsesfrister

Tidsfristerne for skattemyndighedernes og skatteyderens adgang til at genoptage selvangivelsen for tidligere indkomstår er *forlænget*

med to år i transfer pricing sager. Dette er sket i erkendelse af, at sådanne sager er komplicerede og tidskrævende, hvorfor forlængelsen skal sætte skattemyndighederne i stand til at gennemføre en grundig kontrol. Den *ordinære* genoptagelse af skatteansættelsen for tidligere indkomstår skal således ske senest den 1. maj i det 6. år efter udløbet af det pågældende indkomstår for skattepligtige omfattet af SKL § 3 B for så vidt angår de kontrollerede transaktioner, jf. SFL § 26, stk. 5. Den forlængede ansættelsesfrist gælder for alle typer af korrektioner af kontrollerede transaktioner, herunder pris- og dispositionskorrektioner og korrektion af rette indkomstmodtager.⁴⁵¹ Omfattet heraf er også tilfælde af, at en hovedaktionær har undladt at indtægtsføre værdien af fri bil,⁴⁵² at værdien af fri bil er indtægtsført med en for lav værdi⁴⁵³ og at der foretages en ændret fordeling af mellem en erhvervsmæssig og privat del af en ejendom.⁴⁵⁴ Der kan foretages en *ekstraordinær* genoptagelse af skatteansættelsen uden tidsfrist for at opnå en korresponderende korrektion som følge af en udenlandsk skattemyndigheds primære korrektion, jf. SFL § 27, stk. 1, nr. 4. Hvis skattemyndighederne foretager korrektion med hjemmel i LL § 2, indebærer dette en ændring i det privatretlige grundlag, der giver adgang til genoptagelse efter SFL § 27, stk. 1, nr. 1.⁴⁵⁵

Forældelsesfristen på tre år i forældelseslovens § 3, stk. 1, er forlænget med to år for skattekrav afledt af kontrollerede transaktioner omfattet af SFL § 26, stk. 5, jf. SFL § 34 a, stk. 3.

En overtrædelse af SKL § 17, stk. 3, sker på det tidspunkt, hvor skatteyderen ikke fremsender dokumentationen inden den frist, som er angivet i skattemyndighedernes anmodning om dokumentationen. En overtrædelse af skattelovgivning, der alene kan straffes med bøder forældes som udgangspunkt efter to år, jf. Strfl. § 93, stk. 1, nr. 1. Hvis der opnås eller kan opnås uberettiget vinding, gælder der imidlertid en femårig forældelsesfrist, jf. Strfl. § 93, stk. 2, nr. 2.⁴⁵⁶ En sigtelse vil afbryde forældelsen, og det vil også umiddelbart være muligt at sigte skatteyderen for overtrædelsen. Ifølge Strfl. § 94, stk. 6, afbrydes forældelsesfristen ikke, hvis straffesagen ligger stille i ubestemt tid. Da straffesagens afslutning med en bøderegning helt afhænger af, hvornår der foreligger en endelig ansættelse, kan en straffesag ligge stille i hele den periode, hvor der verserer en civilretlig behandling af ansættelsesspørgsmålet. Det er derfor nødvendigt at præcisere, at der foreligger en så snæver sammenhæng mellem straffesagen og den civile sag, at der ikke er tale om, at den strafferetlige forfølgning er standset på ubestemt tid.

1.6 Løsning af internationale dobbeltbeskatningskonflikter

Konflikter om international dobbeltbeskatning kan søges afværget eller løst efter reglerne i *national* skattelovgivning, herunder regler om påklage til Landskatte retten og domstolene, genoptagelse af skatteansættelsen, betalingskorrektion, omgørelse af dispositioner mv. I nærværende kapitel behandles det *folkeretlige* retsgrundlag for at afværge eller løse konflikter om dobbeltbeskatning mv. Et af disse retsmidler består i den gensidige aftaleprocedure, der er

⁴⁴⁸ Jf. § 14, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 668 af 26. juni 2008.

⁴⁴⁹ Jf. bilag 32 til L 173 af 25. april 2012.

⁴⁵⁰ Jf. pkt. 3.2.2.9.2 i L 173 af 25. april 2012, og bilag 32 til L 173.

⁴⁵¹ Jf. TfS 2012, 305 H/SKM2012.221 og TfS 2012, 151 H/SKM2012.92. Dommene er kommenteret af Jan Pedersen, RR, 2012, SM 146 ff, og Jens Wittendorff, International Transfer Pricing Journal, vol. 19, 2012, p. 217.

⁴⁵² Jf. TfS 2014, 568 H/SKM2014.504.

⁴⁵³ Jf. TfS 2015, 685 LSR/SKM2015.464.

⁴⁵⁴ Jf. TfS 2015, 664 BR/SKM2015.441.

⁴⁵⁵ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, A.A.8.2.2.2.2.1.

⁴⁵⁶ Jf. pkt. 3.3.2 i de almindelige bemærkninger til L 173 af 25. april 2012.

fastsat i overenskomstbestemmelser svarende til art. 25, stk. 1-4, i OECD's modeloverenskomst, jf. nedenfor i kapitel 1.6.1. Forhåndsprisaftaler kan anvendes til at afværgе transfer pricing sager, jf. nedenfor i kapitel 1.6.2. Korresponderende korrektion efter overenskomstbestemmelser svarende til art. 9, stk. 2, i OECD's modeloverenskomst anvendes til at løse eksisterende transfer pricing sager, jf. nedenfor i kapitel 1.6.3. Et fjerde retsmiddel er regler om voldgift efter overenskomstbestemmelser svarende til art. 25, stk. 5, i OECD's modeloverenskomst og EF-voldgiftskonventionen (90/436/EØF), jf. nedenfor i kapitel 1.6.4.

1.6.1 Den gensidige aftaleprocedure (MAP)

Ifølge art. 25, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst kan en person indbringe en sag for den kompetente myndighed i domicillandet, hvis han mener, at der i en af overenskomststaterne er gennemført en beskatning, som er i strid med overenskomsten. Den gensidige aftaleprocedure finder anvendelse på enhver form for uberettiget beskatning efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Danmark har indgået særlige overenskomster med en række lavskattelande om gensidig aftaleprocedurer, der er formuleret som art. 25, stk. 1 og 2.⁴⁵⁷ I praksis har det vist sig, at de danske skattemyndigheder i de fleste sager når frem til et resultat, som løser det opståede dobbeltbeskatningsproblem.⁴⁵⁸ OECD har udsendt en rapport om anvendelsen af den gensidige aftaleprocedure.⁴⁵⁹

1.6.1.1 Betingelser

En skatteyder skal ifølge art. 25, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst opfylde tre betingelser for at få en konkret sag realitetsbehandlet af den kompetente myndighed.

Der skal være truffet foranstaltninger af en eller begge overenskomststater, som vil medføre en beskatning i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Den gensidige aftaleprocedure kan f.eks. indledes for at løse en transfer pricing sag, idet økonomisk dobbeltbeskatning vil være i strid med art. 9, stk. 2.⁴⁶⁰ Den kompetente myndighed kan kontaktes, så snart en skatteyder bliver opmærksom på, at skattemyndighederne *påtænker* at træffe en foranstaltning, som kan medføre en uberettiget beskatning.⁴⁶¹ En agterskrivelse eller et bindende svar kan være tilstrækkeligt grundlag for at indlede den gensidige aftaleprocedure.⁴⁶² I dansk ret gælder

der ikke særlige *formkrav* for henvendelsen til den kompetente myndighed.⁴⁶³

Sagen skal indbringes for den kompetente myndighed i den stat, hvori skatteyderen er hjemmehørende.⁴⁶⁴ Dette gælder også, selv om det er en foranstaltning truffet af skattemyndighederne i den anden overenskomststat, der er skyld i den uberettigede beskatning. En transfer pricing sag omfattet af art. 9 kan dog indbringes i begge kontraherende stater, idet de involverede selskaber forudsætningsvis vil være hjemmehørende i hver sin kontraherende stat. I Danmark er den kompetente myndighed i transfer pricing sager SKAT, Store Selskaber, Kontoret for International Selskabsbeskatning.⁴⁶⁵

Anmodningen skal indgives *inden for tre år* efter den første meddelelse om de foranstaltninger, der resulterer i den uberettigede beskatning.⁴⁶⁶ Fristen skal fortolkes på den for skatteyderen mest *gunstige* måde, hvilket vil sige fra det senest mulige tidspunkt.⁴⁶⁷ I overensstemmelse hermed regnes frist i Danmark fra tidspunktet for *afgørelsen*.⁴⁶⁸ Hvis den uberettigede beskatning skyldes en kombination af afgørelser eller foranstaltninger truffet i *begge* kontraherende stater, skal fristen regnes fra den første meddelelse i den seneste afgørelse eller foranstaltning. De fleste danske dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholder en *indbringelsesfrist* på tre år. Hvis en overenskomst ikke indeholder en indbringelsesfrist, kan der ikke indfortolkes en sådan frist,⁴⁶⁹ og fristreglerne i skatteforvaltningsloven kan formentlig heller ikke supplere overenskomstens bestemmelser ved anvendelsen heraf.⁴⁷⁰

En anmodning om gensidig forhandling kan indgives sideløbende med, at skatteyderen har indbragt sagen for en højere administrativ myndighed eller for domstolene i den ene eller evt. begge kontraherende stater.⁴⁷¹ Der er ikke i OECD's modeloverenskomst nogen bestemmelse om, at en domstolsafgørelse i den ene stat vedrørende overenskomstens fordeling af beskatningsretten også har virkning i den anden stat (selv om det selvfølgelig bør tilstræbes at nå frem til samme løsning). Det vil derfor i nogle tilfælde kunne være hensigtsmæssigt at indbringe samme spørgsmål for domstolene i begge de kontraherende stater samtidigt. Hvis en sag samtidig er indbragt for Landsskatteretten, er det sædvanligt, at retten anmodes om at lade sagen berostille indtil den gensidige aftaleprocedure er tilendebragt.⁴⁷²

⁴⁵⁷ Jf. f.eks. overenskomsten med Isle of Man, bekendtgørelse nr. 32 af 1. oktober 2008.

⁴⁵⁸ Jf. undersøgelsen af praksis i årene 1994-1999 hos Karin Skov Nilausen: Løsning af internationale skattetvister, p. 85 ff.

⁴⁵⁹ Jf. Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP), OECD, 2007.

⁴⁶⁰ Jf. pkt. 10-12 i kommentarerne til art. 25 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen).

⁴⁶¹ Jf. pkt. 14 i kommentarerne til art. 25 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen).

⁴⁶² Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.F.8.2.2.25.2.

⁴⁶³ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.F.8.2.2.25.2.

⁴⁶⁴ En statsborger i en af overenskomststaterne, som påberåber sig diskriminationsforbuddet i art. 24, stk. 1, skal dog indgive anmodningen til den kompetente myndighed i den stat, i hvilken han er statsborger, jf. pkt. 18 i kommentarerne til art. 25 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen).

⁴⁶⁵ Jf. § 1 i bekendtgørelse nr. 1029 af 25. oktober 2005; Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.F.8.2.2.25.2.

⁴⁶⁶ Se om beregningen af fristen, pkt. 21 ff i kommentarerne til art. 25 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen).

⁴⁶⁷ Jf. pkt. 21 i kommentarerne til art. 25 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen).

⁴⁶⁸ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.F.8.2.2.25.2.

⁴⁶⁹ Jf. betænkning nr. 1426/2003, p. 55 ff; Karin Skov Nilausen: Løsning af internationale skattetvister, p. p. 120. De danske dobbeltbeskatningsoverenskomster med følgende lande indeholder ikke en indbringelsesfrist: Brasilien, Canada, Grønland, Japan, Malaysia, Norden, Schweiz, Storbritannien, Sydkorea, Trinidad og Tobago, USA og Zambia.

⁴⁷⁰ Jf. Karin Skov Nilausen: Løsning af internationale skattetvister, p. 117 ff.

⁴⁷¹ Jf. pkt. 34 i kommentarerne til art. 25 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen). Det urigtige beskatningskrav behøver end ikke være afkrævet den pågældende person, før han fremsender anmodningen; det er tilstrækkeligt, at der er en sandsynlig risiko for, at der vil blive fremsat et sådant skattekrav, jf. pkt. 14 i kommentarerne til art. 25 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen). Omvendt medfører en endeligt afsagt dom ikke, at en gensidig aftaleprocedure er udelukket.

⁴⁷² Jf. Philip Noes, SU 2012, 142.

1.6.1.2 Sagsbehandlingen

Den første fase af den gensidige aftaleprocedure foregår mellem skattemynderen og den kompetente myndighed, som skal overveje, om sagen synes at være *“begrundet”*, jf. art. 25, stk. 1. Det skal således kunne sandsynliggøres, at der er sket en beskatning i strid med overenskomsten. Hvis anmodningen er begrundet, skal den pågældende myndighed genoverveje sagen.

Hvis problemet ikke er løst herved, skal domicillandets kompetente myndighed indlede anden fase ved at tage kontakt til den kompetente myndighed i den anden kontraherende stat med henblik på at optage forhandling, jf. art. 25, stk. 2. Der er ikke fastsat tidsfrister for, hvornår de kompetente myndigheders forhandlinger skal være afsluttede.

Ved forhandlingen skal de kompetente myndigheder søge at nå frem til en løsning, hvorved der undgås beskatning i strid med overenskomsten. Det er i art. 25 forudsat, at de kompetente myndigheder gør *et alvorligt ment forsøg* på at løse den opståede konflikt. Bestemmelsens svaghed er imidlertid, at der ikke er *pligt* til at nå frem til et resultat.⁴⁷³

Forhandlingerne mellem de kompetente myndigheder er forhandlinger mellem stater, og den pågældende person er derfor *ikke direkte part* i forhandlingerne. Hvis en i Danmark bosiddende person har anmodet de danske skattemyndigheder om at indlede en gensidig forhandling med de kompetente myndigheder i den anden overenskomststat, må han derfor i den sammenhæng håbe på, at de danske skattemyndigheder (også) varetager hans interesser. Skattemynderen vil dog have partsstatus i sagen efter forvaltningsloven, herunder i den del af sagen, som angår forhandlingerne mellem de kompetente myndigheder.⁴⁷⁴ Skattemynderen vil derfor være tillagt forvaltningslovens sædvanlige partsbeføjelser som aktindsigt og høringspligt.⁴⁷⁵ Skattemynderen har dog krav på at deltage i selve forhandlingerne.

1.6.1.3 Indholdet af en gensidig aftale

Indholdet af en aftale mellem de kompetente myndigheder skal være konformt med overenskomstens bestemmelser sammenholdt med intern skattelovgivning. Myndighederne er derfor ikke frit stillet med hensyn til forhandlingsresultatet. I en transfer pricing sag skal indholdet af aftalen f.eks. være i overensstemmelse med armslængdeprincippet, jf. art. 9, stk. 1 og LL § 2, stk. 1.

Art. 25, stk. 1 og 2, forpligter de kompetente myndigheder til at søge at løse opståede problemer gennem en gensidig aftale, men det er som omtalt ikke ganske klart, hvilken grad af frihed skattemyndighederne efter intern dansk ret har til at indgå sådanne aftaler. Det kan indledningsvis slås fast, at der *ikke* er hjemmel til, at en gensidig aftale med en anden stats kompetente myndighed kan føre til en *skærpet beskatning* i forhold til den beskatning, der følger af de interne danske regler sammenholdt med den pågældende overenskomst. Den beskyttelse, som en dobbeltbeskatningsove-

renskomst giver den enkelte borger, kan således ikke beskæres ved en konkret gensidig aftale, hvilket da så vidt vides heller ikke på noget tidspunkt er gjort gældende.

Omvendt er der næppe hjemmelsproblemer i Danmark, hvor en gensidig aftale alene begrænser *den anden overenskomststats beskatningskrav*, eller hvor nye oplysninger i forbindelse med gensidige forhandlinger overbeviser skattemyndighederne om, at Danmark *fejlagtigt* har gennemført en beskatning i strid med overenskomsten eller evt. i strid med interne danske regler. Når en gensidig aftale mellem de kompetente myndigheder fører til et resultat, som er til gavn for den konkrete skatteyder, og som samtidigt er i overensstemmelse med gældende dansk skatteret, herunder indgåede overenskomster, kan der vanskeligt fremføres argumenter mod, at en sådan aftale kan indgås, jf. herved at Folketingets samtykke normalt ikke skal indhentes til indgåelse af mellemfolkelige aftaler, som kan gennemføres administrativt. Tilsvarende resultat er blevet begrundet med en henvisning til, at de enkelte dobbeltbeskatningsoverenskomster (art. 25), der er blevet en bestanddel af dansk skatteret, indeholder hjemmel herfor.⁴⁷⁶

De hjemmelsmæssige problemer knytter sig alene til den situation, hvor skattemyndighederne finder det *rimeligt* at løse den opståede konflikt ved at yde lempelse i videre omfang end det, der følger af overenskomstens almindelige regler sammenholdt med interne danske skatteregler.⁴⁷⁷ En sådan *ekstraordinær* lempelse kan som følge af legalitetsprincippet ikke ske uden særlig *hjemmel*. På baggrund af formuleringen af art. 25, stk. 1 og 2, som ikke forudsætter lempelse i videre omfang, end hvad der følger af overenskomstens øvrige bestemmelser, kan det næppe antages, at fornøden hjemmel til ekstraordinær lempelse kan findes i sådanne overenskomstbestemmelser sammenholdt med de love, der har gennemført de konkrete overenskomster.⁴⁷⁸ Derimod må det antages, at fornøden hjemmel til at yde ekstraordinær lempelse findes i inddrivelseslovens § 13, stk. 6. Denne bestemmelse forudsætter imidlertid, at der er en gæld til det offentlige.⁴⁷⁹ Hvis den danske beskatning er fastlagt af Landsskatteretten eller domstolene, må det under alle omstændigheder forventes, at skattemyndighederne i praksis er tilbageholdende med at acceptere en lempeligere beskatning.⁴⁸⁰

1.6.1.4 Gennemførelsen af gensidige aftale

En aftale mellem de kompetente myndigheder kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.⁴⁸¹ Derimod kan en afgørelse i princippet påklages til domstolene, jf. SFL § 48, stk. 3. I Danmark anmodes skattemynderen imidlertid om at bekræfte, at vedkommende er indforstået med sagens resultat, og at der ikke vil blive gjort brug af andre klagemuligheder.⁴⁸²

Ansættelsesfrister i intern lovgivning kan forhindre, at resultatet af en gensidig aftaleprocedure gennemføres. Ifølge OECD's modeloverenskomsts art. 25, stk. 2, 2. pkt., skal resultatet af en gensidig

⁴⁷³ Jf. pkt. 37 i kommentarerne til art. 25 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen), og TfS 1994, 536 TS.

⁴⁷⁴ Jf. TfS 1993, 503 (FOB 1992, p. 238 ff). Se Karin Skov Nilausen: Løsning af internationale skattetvister, p. 134 ff; og Jan Pedersen, TfS 2012, 273.

⁴⁷⁵ Jf. Aage Michelsen: International Skatteret, p. 442.

⁴⁷⁶ Jf. Isi Foighel, Juristen, 1982, p. 16, særligt p. 22 f.

⁴⁷⁷ Ifølge pkt. 38 i kommentarerne til art. 25 i OECD's modeloverenskomst kan de kompetente myndigheder sekundært basere indholdet af en gensidig aftale på rimelighedsbetragtninger.

⁴⁷⁸ Jf. Karin Skov Nilausen: Løsning af internationale skattetvister, p. 140, Aage Michelsen: International skatteret, p. 437 f., Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, p. 103 ff. Se anderledes Jan Pedersen: Transfer pricing - i international skatteretlig belysning, p. 292.

⁴⁷⁹ Inddrivelseslovens § 13, stk. 6, trådte i kraft den 1. januar 2009, og i forbindelse hermed blev KSL § 73 D ændret, så denne bestemmelse ikke længere giver hjemmel til eftergivelse.

⁴⁸⁰ Jf. Jan Pedersen: Transfer Pricing - i international skatteretlig belysning, p. 290; Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.F.8.2.2.25.3.

⁴⁸¹ Jf. § 2 i bekendtgørelse nr. 1029 af 24. oktober 2005.

⁴⁸² Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.F.8.2.2.25.3.

aftaleprocedure gennemføres uden hensyntagen til ansættelsesfrister i intern lovgivning. Denne *suspensionsregel* tilsidesætter både fristreglerne i skatteforvaltningsloven og forældelsesloven. Ifølge SFL § 27, stk. 1, nr. 4, kan der uden tidsfrister gennemføres en ansættelsesændring, hvis en udenlandsk skattemyndighed har truffet en afgørelse, der har betydning for den danske beskatning. En genoptagelsesanmodning skal dog fremsættes inden seks måneder efter, at den skattepligtige er kommet til kundskab om det forhold, der begrundet anmodningen, jf. SFL § 27, stk. 2.

Hvis en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke indeholder en suspensionsregel, kan en aftale indgået mellem de kompetente myndigheder som udgangspunkt ikke gennemføres efter udløbet af fristreglerne i intern lovgivning.⁴⁸³

1.6.2 Forhåndsprisaftaler (APA)

1.6.2.1 Generelt

Genstanden for en forhåndsprisaftale (advance pricing agreement eller APA) er *principperne* for fastsættelsen af priser i kontrollerede transaktioner for en *fremtidig* periode. En APA kan give skatteyderen en høj grad af sikkerhed for den skattemæssige behandling af kontrollerede transaktioner, jf. LL § 2.

Forhåndsprisaftaler blev som retsinstitut lanceret i USA i 1991 for at undgå langvarige retssager. Siden da har mange andre lande indført nationale regler om APAer, dog ikke Danmark. OECD Transfer Pricing Guidelines fra 1995 indeholder et afsnit om APAer og blev i 1999 tilføjet en vejledning om brugen heraf på baggrund af den gensidige aftaleprocedure i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne (MAP APA).⁴⁸⁴ I 2007 fremlagde Kommissionen en vejledning om APAer.⁴⁸⁵

En APA adskiller sig på flere punkter fra en traditionel bindende forhåndsbesked, der normalt fokuserer på lovfortolkningen baseret på et faktum fremlagt af skatteyderen, som ikke undergives en selvstændig prøvelse af skattemyndighederne. En APA vedrører i højere grad sagens faktuelle forhold, som undergives en selvstændig prøvelse, verifikation og vurdering af skattemyndighederne. Endvidere vil en APA ofte omhandle den løbende samhandel, og de involverede skatteydere vil være hjemmehørende i forskellige lande. Som led i en APA foretages der normalt en efterfølgende kontrol af, om kritiske forudsætninger for aftalen er opfyldt i løbetiden. På baggrund af disse forhold er proceduren forbundet med en bindende forhåndsbesked ikke velegnet som grundlag for en APA.

En APA kan omhandle alle kontrollerede transaktioner for en skatteyder, men vil normalt være afgrænset til bestemte typer af transaktioner. En APA er således mest relevant i relation til kontrollerede transaktioner, hvor armslængdetesten er særligt kompliceret eller som er meget omfangsrige. Det kan f.eks. dreje sig om værdiansættelse af unikke immaterielle aktiver. En APA kommer ofte til verden som udløber af en gensidig aftaleprocedure, hvor de kompetente myndigheder har løst en transfer pricing sag for afsluttede indkomstår, og hvor aftalen udstrækkes til at dække fremtidige indkomstår.

En APA er normalt bilateral (eller multilateral) og aftales mellem skatteyderne og de kompetente myndigheder fra to lande. En bilateral vil derfor sædvanligvis være baseret på tre aftaler, én aftale mellem de kompetente myndigheder og én mellem den kompetente myndighed og skatteyderen i hvert af de to lande. En APA kan dog også være unilateral og kun omfatte ét lands skattemyndigheder. OECD anbefaler bi- eller multilaterale APAer, da de udgør det mest sikre værn mod dobbeltbeskatning, og da de anses for at medføre det mest retfærdige resultat for de berørte myndigheder og skatteydere.⁴⁸⁶ Ifølge dansk ret er skatteyderne i en dokumentation efter SKL § 3 B, stk. 5, forpligtet til at oplyse, om der er indgået en APA med skattemyndighederne i andre lande.⁴⁸⁷

1.6.2.2 Retsgrundlag

I intern dansk lovgivning er der ikke hjemmel for skattemyndighederne til at indgå en bilateral APA.⁴⁸⁸ En sådan aftale kan imidlertid komme i stand på baggrund af overenskomstbestemmelser svarende til art. 25 i OECD's modeloverenskomst. På baggrund heraf kan der kun indgås APAer med lande, hvormed Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Ifølge OECD kan art. 25, stk. 3, om generelle aftaler anvendes som grundlag for en APA,⁴⁸⁹ men art. 25, stk. 1 og 2, om konkrete aftaler kan formentlig også anvendes.⁴⁹⁰ Den danske kompetente myndighed kan således indgå en gensidig aftale med den kompetente myndighed i en anden overenskomststat. Art. 25 indeholder derimod ikke hjemmel for de danske skattemyndigheder til at indgå en bindende aftale med skatteyderne.⁴⁹¹ Det danske retsgrundlag for APAer er derfor mangelfuldt.

⁴⁸³ Jf. Karin Skov Nilausen: Løsning af internationale skattetilfælde, p. 151 f. I de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster med bl.a. Canada, Storbritannien og Japan suspenderes de nationale ansættelsesfrister ikke. I en konkret sag har Skatteministeriet, Departementet, afgjort, at der efter omstændighederne kunne indfortolkes en suspensionsregel i dobbeltbeskatningsoverenskomst med USA fra 1948, forudsat at skatteyderen tilsluttede sig dette. Ifølge betænkning nr. 1426/2003, p. 55 ff, finder afgørelsen generel anvendelse, i det omfang de kontraherende stater er enige heri. Hvis overenskomsten heller ikke indeholder en treårsregel, og den stat, som efter den gensidige aftaleprocedure får beskatningsretten, ikke kan udnytte denne på grund af nationale fristregler, vil resultatet blive dobbelt ikke-beskatning. I denne situation kan skattemyndighederne ifølge betænkningen afstå fra at indfortolke en suspensionsfrist i overenskomsten. Det må anses for at være usikkert, om afgørelsen og den i betænkningen anførte fortolkning er korrekt, bl.a. fordi der i almindelighed ikke kan indfortolkes bestemmelser i en konkret overenskomst, og fordi skattemyndighedernes adgang til at eftergive beskatning ud fra rimelighedsbetragtninger er begrænset, jf. ovenfor.

⁴⁸⁴ Jf. pkt. 4.12 - 4.165 og bilaget til kap. IV i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

⁴⁸⁵ Jf. Guidelines for Advance Pricing Agreements (APAs) in the European Union, optrykt i KOM(2007) 71 endelig af 26. februar 2007.

⁴⁸⁶ Jf. pkt. 4.162 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2014-versionen).

⁴⁸⁷ Jf. § 4, stk. 5, nr. 2, i bekendtgørelse nr. 401 af 28. april 2016.

⁴⁸⁸ En unilateral APA kan i princippet opnås efter reglerne om bindende svar, jf. SFL §§ 21 og 22, nr. 3. Se Karin Skov Nilausen: Løsning af internationale skattetilfælde, p. 182 ff. Ifølge SFL § 25, stk. 2, er et bindende svar om et aktivs værdi ikke bindende for skattemyndighederne, hvis det på baggrund af oplysninger ud fra et efterfølgende direkte eller indirekte salg af aktivet eller ud fra størrelsen af det efterfølgende afkast på aktivet kan begrundes, at aktivets værdi på tidspunktet for afgivelsen af det bindende svar afveg mindst 30 % og mindst 1 mio. kr. fra værdien i det bindende svar.

⁴⁸⁹ Jf. pkt. 4.139 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2014-versionen).

⁴⁹⁰ Jf. Karin Skov Nilausen: Løsning af internationale skattetilfælde, p. 176.

⁴⁹¹ Jf. Karin Skov Nilausen: Løsning af internationale skattetilfælde, p. 178 ff; Jan Pedersen: Transfer pricing - i international skatteretlig belysning, p. 304 f.

1.6.2.3 Sagsbehandlingen

Som følge af den manglende lovregulering findes der i Danmark ikke regler om sagsbehandlingen i forbindelse med en APA.⁴⁹² I Kommissionens vejledning opdeles sagsbehandlingen i følgende faser: 1) indledende møde (pre-filing meeting), 2) ansøgning, 3) vurdering og myndighedsforhandling og 4) gensidig aftale mellem de kompetente myndigheder.⁴⁹³ Den kompetente myndighed i Danmark er SKAT, Store Selskaber, Kontoret for International Selskabsbeskatning.⁴⁹⁴

1.6.2.3.1 Indledende møde

Et indledende møde kan bl.a. tjene til at afklare, om skattekdyderens forhold er egnet til en APA, om varigheden af en APA, om sagsbehandlingen, om arten og omfanget af de nødvendige oplysninger og analyser og om der vil kunne opnås enighed om en APA. Skattekdyderen kan have behov for at afklare forhold om offentliggørelse og tavshedspligt i relation til forretningshemmeligheder. Endelig kan forventning og formål med en APA præsenteres. De kompetente myndigheder kan eventuelt konsultere hinanden i den indledende fase, hvilket blandt andet kan ske for at sikre, at begge kompetente myndigheder ønsker at indgå en APA. Det kan være mulighed for at afholde de indledende møder på anonym basis, hvilket bl.a. er tilfældet i Danmark.

På det indledende møde må skattekdyderen præsentere de kompetente myndigheder for overordnede oplysninger om de kontrollerede transaktioner, skattekdyderne, den foretrukne transfer pricing metode, den ønskede varighed af APA'en, de involverede lande og om aftalen også skal anvendes for tidligere indkomstår (rollback). Oplysningerne skal forelægges de kompetente myndigheder i alle de involverede lande.

1.6.2.3.2 Ansøgning

En ansøgning om en APA skal indeholde et detaljeret forslag til indholdet af aftalen. Formålet med ansøgningen er at give de kompetente myndigheder de oplysninger, der er nødvendig for at vurdere forslaget og gennemføre myndighedsforhandlingen. Omfanget af den nødvendige information kan være fastlagt på det indledende møde. Ifølge SKAT vil hovedelementerne i ansøgningen være følgende forhold: 1) en beskrivelse af virksomheden og markedet, 2) en beskrivelse af de kontrollerede transaktioner, 3) en sammenlignelighedsanalyse, 4) en beskrivelse af implementeringen af den foreslåede metode, 5) kritiske forudsætninger og 6) en årlig afrapportering om overholdelse af aftalen.⁴⁹⁵

1.6.2.3.3 Vurdering og forhandling

En ansøgning om en APA vil blive vurderet af de kompetente myndigheder i de involverede lande. I forbindelse med sagsbehandlingen kan det for de kompetente myndigheder være relevant at anmode om supplerende oplysninger. De kompetente myndigheder kan på grundlag af bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster svarende til art. 26 i OECD's modeloverenskomst udveksle oplysninger, jf. nedenfor i kapitel 15.2.

Forhandlingerne indledes normalt med en skriftudveksling (position papers) mellem de kompetente myndigheder. På baggrund heraf vil forhandlingerne finde sted, hvilket f.eks. kan ske på fælles møder. Skattekdyderne er ikke direkte involveret i forhandlingsprocessen. De kompetente myndigheder kan aftale, at virksomheden har adgang til fremlægge sagen mundtligt under et fælles møde i forhandlingsforløbet.

1.6.2.3.4 Gensidig aftale

De kompetente myndigheder udarbejder et udkast til en APA, der normalt sendes til høring hos skattekdyderne. Ifølge Kommissionen bør en APA regulere følgende forhold: 1) varigheden af aftalen, 2) oplysninger om metoden og kritiske forudsætninger, 3) en aftale om at APA'en er bindende for de kompetente myndigheder, 4) en aftale om hvordan overholdelsen af APA skal kontrolleres, 5) en aftale om indsendelse af en årlig rapport mv., der dokumenterer, at APA overholdes, 6) en aftale om en evt. tilbagevirkende kraft (rollback), 7) omstændigheder, der kan forde en ændring af APA'en og 8) omstændigheder, der kan bevirke, at APA'en ikke længere har virkning. Når skattekdyderen har godkendt APA'en, underskrives den af de kompetente myndigheder. Når en aftale mellem de kompetente myndigheder er underskrevet, skal den gennemføres nationalt. Dette kan ske ved, at den kompetente myndighed og skattekdyderen indgår en skriftlig aftale, som er konform med i den gensidige aftale mellem de kompetente myndigheder. I Danmark har SKAT ikke hjemmel til at indgå en sådan aftale med skattekdyderne, jf. ovenfor i kapitel 14.2.2.

1.6.3 Korresponderende korrektion

En dobbeltbeskatning udløst af en primær korrektion efter art. 9, stk. 1, af et foretagende kan normalt ophæves ved, at der foretages en korresponderende korrektion hos det forbundne foretagende. Hovedparten af de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholder en bestemmelse svarende til art. 9, stk. 2, i OECD's modeloverenskomst, hvorefter en primær korrektion i en kontraherende stat skal udløse en korresponderende korrektion i den anden kontraherende stat.⁴⁹⁶

Overenskomstbestemmelser svarende til art. 9, stk. 2, indeholder en folkeretlig forpligtelse for en kontraherende stat til at foretage en korresponderende korrektion.⁴⁹⁷ En kontraherende stat er dog kun forpligtet til at foretage en korresponderende korrektion, hvis den er enig i, at den primære korrektion er korrekt både med hensyn til kvalifikationen og prisen.⁴⁹⁸ Som udgangspunkt skal der således blot foretages en realitetsbehandling af en anmodning om korresponderende korrektion. Hvis den anden kontraherende stat er enig i, at størrelsen af den primære korrektion iagttager armslængdeprincippet, og at de øvrige betingelser i art. 9, stk. 1, er opfyldt, skal der imidlertid gennemføres en korresponderende korrektion. Hvis der er tvist om karakteren eller størrelsen af en korrektion, kan den gensidige aftaleprocedure efter art. 25, stk. 1 og 2, iværksættes, jf. ovenfor i kapitel 14.1.3.⁴⁹⁹ Hvis en kontraherende stat kun delvist er enig i størrelsen af en primær korrektion, vil den være forpligtet til at gennemføre en korresponderende korrektion med det mindre

⁴⁹² Den typiske APA-proces er beskrevet i Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.D.11.7.3.3.

⁴⁹³ Jf. pkt. 20 i Guidelines for Advance Pricing Agreements (APAs) in the European Union.

⁴⁹⁴ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.D.11.7.3.6.

⁴⁹⁵ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.D.11.7.3.5.

⁴⁹⁶ Danmark har indgået en særlig overenskomst med Isle of Man, der indeholder en bestemmelse svarende til art. 9, stk. 1 og 2, i OECD's modeloverenskomst, jf. bekendtgørelse nr. 32 af 1. oktober 2008.

⁴⁹⁷ Jf. pkt. 4 og 11 i kommentarerne til art. 9 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen).

⁴⁹⁸ Jf. pkt. 6 i kommentarerne til art. 9 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen).

⁴⁹⁹ Jf. pkt. 11 i kommentarerne til art. 9 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen).

beløb. I enkelte overenskomster er det bestemt, at de kontraherende stater ikke er forpligtede til at foretage en korresponderende korrektion i tilfælde af svig, forsætlig fejl eller forsømmelse, hvilket svarer til art. 9, stk. 2, i FN's modeloverenskomst.⁵⁰⁰ Danmark vil dog være forpligtet til at foretage en korresponderende korrektion efter LL § 2.

Ifølge OECD har den kontraherende stat, som foretager en primær korrektion, i en gensidig aftaleprocedure bevisbyrden for, at korrektionen er korrekt.⁵⁰¹ Pligten til at foretage en korresponderende korrektion indtræder først, når den primære korrektion er gennemført. Derimod udskydes pligten ikke som følge af en påklage af den primære korrektion. Hvis den primære korrektion nedsættes af klageinstansen, opstår spørgsmålet, om der kan/skal gennemføres en nedsættelse af en tidligere gennemført korresponderende korrektion. Svaret på dette spørgsmål vil afhænge af intern lovgivning i anvenderstaten. Herudover gælder det naturligvis, at den kontraherende stat, som har gennemført en korresponderende korrektion, ikke er bundet af udfaldet af en påklage i den anden kontraherende stat. En nedsættelse af en tidligere gennemført korresponderende korrektion må derfor i princippet forudsætte, at de kompetente myndigheder ændrer holdning til den tidligere foretagne armlængdetest.

En korresponderende korrektion efter art. 9, stk. 2, vil normalt ikke kræve selvstændig hjemmel i intern lovgivning, da bestemmelsen tilstår en lempelse af beskatningen. En overenskomstbestemmelse svarende til art. 9, stk. 2, vil ofte udgøre tilstrækkelig hjemmel. Dette må antages være tilfældet for Danmark, men retstilstanden kan være anderledes i fremmede stater.⁵⁰² På dette punkt kan en korresponderende korrektion følgelig adskille sig fra en primær korrektion, der ikke kan foretages med hjemmel i overenskomstbestemmelser svarende til art. 9, stk. 1. Formelle regler om adgang til at genoptage selvangivelsen for tidligere indkomstår kan afskære et foretagende fra en korresponderende korrektion, jf. nedenfor.

Formålet med en korresponderende korrektion er at forhindre økonomisk dobbeltbeskatning, som udløses af en primær korrektion. Den folkeretlige pligt til at foretage korresponderende korrektion forudsætter identitet af det skatteobjekt, som undergives beskatning hos de forbundne foretagender. Det er kun en effektiv dobbeltbeskatning, som skal afværges efter art. 9, stk. 2. Ifølge ordlyden forudsættes der således en beskatning af fortjenesten hos begge forbundne foretagender. Bestemmelsen finder derfor ikke anvendelse, hvis et af foretagenderne er subjektivt skattefritaget, fortjenesten er objektivt skattefritaget, eller fortjenesten ikke beskattes i en af de kontraherende stater som følge af dobbeltbeskatningslempe eller lignende.⁵⁰³ Der kan næppe stilles betingelse om, at beskatningen er aktualiseret. Det må f.eks. være tilstrækkeligt, at en fortjeneste har reduceret et skattemæssigt underskud, eller at der vil indtræde beskatning ved en senere afståelse af et skatterrelevant aktiv. Det har ingen betydning for anvendelsen af art. 9, stk.

2, om skatten af fortjenesten er betalt, når fortjenesten blot er medregnet ved skatteansættelsen i begge kontraherende stater.

Art. 9, stk. 2, regulerer ikke, hvilken metode som skal anvendes til at gennemføre en korresponderende korrektion. OECD nævner muligheden for at nedsætte indkomsten eller at lempe den skat, som pålignes det forbundne foretagende af den primære korrektion.⁵⁰⁴ Førstnævnte metode er den mest almindelige.⁵⁰⁵ Bestemmelsen regulerer heller ikke, for hvilket indkomstår en korresponderende korrektion skal foretages. OECD anbefaler, at en korresponderende korrektion foretages for transaktionsåret.⁵⁰⁶ Endelig regulerer bestemmelsen ikke den skatteretlige behandling af en korresponderende korrektion, som afhænger af intern lovgivning. Der er derfor ikke nødvendigvis overensstemmelse mellem størrelse og periodisering af fortjenesten i de kontraherende stater.⁵⁰⁷

Hvis der i intern skatteret findes tidsfrister for ansættelsesændringer, kan disse udgøre en hindring for en korresponderende korrektion. Art. 9, stk. 2, regulerer ikke dette forhold, som overlades til intern lovgivning i de kontraherende stater. Ifølge OECD's kommentarer kan de kontraherende stater aftale sådanne frister i dobbeltbeskatningsoverenskomster.⁵⁰⁸

Ifølge et flertal af OECD's medlemsstater eksisterer der en pligt til at realitetsbehandle en anmodning om korresponderende korrektion efter art. 25, uanset at en overenskomst ikke indeholder en bestemmelse svarende til art. 9, stk. 2.⁵⁰⁹ Hvis de kontraherende stater har aftalt en bestemmelse svarende til art. 9, stk. 1, anses dette at indikere, at økonomisk dobbeltbeskatning er omfattet af overenskomsten. På baggrund heraf vil en økonomisk dobbeltbeskatning ikke være i overensstemmelse med ånden i overenskomsten, hvorfor art. 25 finder anvendelse.

1.6.4 Voldgift

1.6.4.1 Generelt

Anvendelsen af den gensidige aftaleprocedure som middel til løsning af internationale skattekonflikter lider ud fra skatteyder synsvinkel af den mangel, at de kompetente myndigheder *ikke* er forpligtede til at nå til et resultat, som ophæver dobbeltbeskatning. Dette problem kan løses ved at supplere den gensidige aftaleprocedure med regler om voldgift. I nyere tid er art. 25, stk. 5, i den amerikansk/tyiske dobbeltbeskatningsoverenskomst fra 1989 det første eksempel på en overenskomstbestemmelse om voldgift. Den 23. juli 1990 underskrev EF's medlemsstater en voldgiftskonvention for at afskaffe dobbeltbeskatning i transfer pricing sager, jf. kapitel 1.6.4.2. Ved 2008-revisionen af OECD's modeloverenskomst blev der endvidere tilføjet et nyt stk. 5 til art. 25, hvorefter en skatteyder vil have mulighed for at få en sag afgjort ved voldgift, såfremt de kompetente myndigheder ikke er nået til enighed inden to år, jf. kapitel 1.6.4.3.

⁵⁰⁰ Jf. overenskomsterne med Argentina, Canada og Egypten.

⁵⁰¹ Jf. pkt. 4.17 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

⁵⁰² Se anderledes Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, p. 276 f.

⁵⁰³ Jf. pkt. 6 i Transfer Pricing, Corresponding Adjustments and The Mutual Agreement Procedure, i Transfer Pricing and Multinational Enterprises, Three Taxation Issues, OECD, 1984.

⁵⁰⁴ Jf. pkt. 7 i kommentarerne til art. 9 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen); pkt. 4.34 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

⁵⁰⁵ Jf. pkt. 4.34 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

⁵⁰⁶ Jf. pkt. 4.36 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

⁵⁰⁷ Jf. pkt. 4.35 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

⁵⁰⁸ Jf. pkt. 10 i kommentarerne til art. 9 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen). Se pkt. 4.43-4.51 i OECD Transfer Pricing Guidelines (2016-versionen).

⁵⁰⁹ Jf. pkt. 11 til art. 25 i OECD's modeloverenskomst (2014-versionen). Se Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, p. 277.

1.6.4.2 EF-voldgiftskonventionen

1.6.4.2.1 Generelt

EF-voldgiftskonventionen har til formål at ophæve dobbeltbeskatning i transfer pricing sager (90/436/EØF). I korthed indebærer konventionen, at en skattemyndighed, som ønsker at gennemføre en priskorrektion, i god tid forinden skal underrette foretagendet herom. Er foretagendet ikke indforstået med den påtænkte korrektion, kan det iværksætte en procedure, der er opdelt i en aftale- og en voldgiftsprocedure. Aftaleproceduren foregår mellem de kompetente myndigheder på samme måde som efter OECD's modeloverenskomst art. 25, stk. 1 og 2. Hvis de kompetente myndigheder ikke har opnået enighed i løbet af to år, indledes en voldgiftsprocedure, hvor et rådgivende udvalg inden seks måneder skal fremkomme med forslag til en løsning. Herefter har de kompetente myndigheder yderligere seks måneder til at ophæve dobbeltbeskatningen. Foretagender er således principielt sikret en løsning af transfer pricing sager inden for en periode på tre år. Konventionen er i praksis effektiv og hyppigt anvendt, idet langt de fleste sager løses uden nedsættelse af et rådgivende udvalg.

Det retlige grundlag for konventionen var EF-traktatens art. 220, hvorefter medlemsstaterne bl.a. skulle indlede forhandlinger om afskaffelse af dobbeltbeskatning. Konventionen har derfor karakter af en almindelig folkeretlig traktat, hvorfor EU-Domstolen ikke har kompetence til at fortolke konventionen, ligesom Kommissionen ikke kan iværksætte en traktatkrænkelssprocedure efter TEUF art. 258.

Voldgiftskonventionen er gennemført i dansk ret ved lov nr. 763 af 27. november 1991. Konventionen fik virkning fra den 1. januar 1995 og ville ophøre med at virke den 1. januar 2000, medmindre de kontraherende stater aftalte en forlængelse. I 1996 blev konventionen udvidet til at omfatte de nye medlemsstater Finland, Østrig og Sverige.⁵¹⁰ De kontraherende stater underskrev den 25. maj 1999 en protokol om forlængelse af voldgiftskonventionen med fem år, således at konventionen for fremtiden automatisk forlænges med fem år ad gangen, medmindre en stat modsætter sig dette.⁵¹¹ Forlængelsen trådte i kraft den 1. november 2004, hvilket skete med virkning fra den 1. januar 2000. I Danmark er konventionen trådt i kraft pr. 18. november 2004 med virkning fra 1. november 2004.⁵¹² Den 8. december 2004 underskrev de 15 hidtidige medlemsstater og 10 nye medlemsstater en konvention, hvorefter voldgiftskonventionen blev udvidet til alle 25 medlemsstater.⁵¹³ Den 23. juni 2008 vedtog Rådet at udvide konventionen til at omfatte de nye medlemsstater Bulgarien og Rumænien, jf. 2008/492/EF og 2008/493/EF. Rådet har i 2009 vedtaget en adfærdskodeks for

anvendelsen af voldgiftskonventionen, der ikke er juridisk bindende.⁵¹⁴

1.6.4.2.2 Anvendelsesområde

Konventionen finder anvendelse på *forbundne foretagender* hjemmehørende i forskellige medlemsstater, dvs. for grænseoverskridende transaktioner, jf. art. 1, stk. 1. Interessesfællesskabet er baseret på de facto-kontrol, jf. art. 4, stk. 1. Et fast driftssted sidestilles med et foretagende, jf. art. 1, stk. 2. Konventionen finder ikke anvendelse på transaktioner med et fast driftssted, der tilhører et foretagende i en tredjestat, og formentlig heller ikke på transaktioner med et fast driftssted i en tredjestat, der ejes af et forbundet foretagende i en medlemsstat.

Hvis priser i kontrollerede transaktioner mellem forbundne foretagender i to medlemsstater helt eller delvist er påvirket af kontrollerede transaktioner med et tredje forbundet foretagende i en tredje medlemsstat, finder konventionen anvendelse på alle EU-transaktionerne (EU-trepartssager).⁵¹⁵ Situationen kan f.eks. være den, at selskab A i stat A har købt varer fra selskab B i stat B, som selskab B har fremstillet på baggrund af råvarer købt af selskab C i stat C. Hvis der foretages en primær korrektion af selskab A, skal sagen umiddelbart løses af de kompetente myndigheder i stat A og B. Hvis priserne for de kontrollerede transaktioner mellem selskab A og B imidlertid er påvirket af priserne for de kontrollerede transaktioner mellem selskab B og C, kan det være relevant at inddrage disse transaktioner, og dermed den kompetente myndighed i stat C, i sagsbehandlingen efter voldgiftskonventionen.

Konventionen finder kun anvendelse på *priskorrektion* af kontrollerede transaktioner. Art. 4, stk. 1, om kontrollerede transaktioner mellem forbundne foretagender er baseret på et armslængdeprincip formuleret som art. 9, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst. Art. 4, stk. 2, om interne transaktioner mellem hovedkontor og fast driftssted er i det væsentlige formuleret som art. 7, stk. 2, i OECD's modeloverenskomst fra 2008 og tidligere versioner heraf, dvs. at bestemmelsen hviler på en begrænset selvstændighedsfiktion. Udeladelsen af en bestemmelse svarende til art. 7, stk. 3, i modeloverenskomsten fra 2008 kan ikke tages som udtryk for, at beskatningen efter voldgiftskonventionen skal ske på grundlag af en ubegrænset selvstændighedsfiktion.⁵¹⁶ Armslængdeprincippet i konventionen skal fortolkes på grundlag af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne mellem medlemsstaterne, som normalt må fortolkes på grundlag af art. 9, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst, jf. art. 3, stk. 2.⁵¹⁷ Som officiel kommentar til art. 9 har OECD Transfer Pricing Guidelines dermed central betydning for fortolkningen af voldgiftskonventionen.⁵¹⁸

⁵¹⁰ Jf. lov nr. 229 af 27. marts 1996.

⁵¹¹ Protokollen er i Danmark ratificeret ved lov nr. 171 af 15. marts 2000.

⁵¹² Jf. bekendtgørelse nr. 1253 af 7. december 2004.

⁵¹³ Ved lov nr. 1407 af 21. december 2005 blev konventionen inkorporeret i dansk ret. Loven er trådt i kraft den 1. maj 2006, jf. bekendtgørelse nr. 40 af 25. januar 2006.

⁵¹⁴ Jf. revideret adfærdskodeks for den faktiske gennemførelse af EF-voldgiftskonventionen (2009/C 322/01). Se Philip Noes, SU 2010, 143.

⁵¹⁵ Jf. pkt. 1.1 i det reviderede adfærdskodeks for den faktiske gennemførelse af EF-voldgiftskonventionen (2009/C 322/01). Se Philip Noes, SU 2011, 64.

⁵¹⁶ Jf. Søren Næsborg Jensen: EU-selskabsskatteret, p. 353, og Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, p. 688.

⁵¹⁷ Det er ikke givet, at der findes overenskomster mellem alle medlemsstater, hvilket kan skabe et fortolkningsmæssigt vakuum. Eksempelvis havde Danmark ikke en overenskomst med Portugal i perioden 1995-2003, ligesom overenskomsterne med Spanien og Frankrig er opsagt med virkning fra den 1. januar 2009. I mangel af en overenskomst skal fortolkningen antagelig ske efter intern lovgivning, jf. Søren Næsborg Jensen: EU-selskabsskatteret, p. 347.

⁵¹⁸ Jf. pkt. 6.1, litra a, i det reviderede adfærdskodeks for den faktiske gennemførelse af EF-voldgiftskonventionen (2009/C 322/01).

Dobbeltbeskatningskonflikter om *tynd kapitalisering* må principielt anses for ikke at være omfattet af konventionen, der i almindelighed ikke omhandler dobbeltbeskatning, der udløses af en forskellig kvalifikation af dispositioner.⁵¹⁹ SKAT anser derimod tynd kapitalisering for at være omfattet af konventionen.⁵²⁰ Ifølge adfærdskodeksen er tynd kapitalisering omfattet af konventionen, men en række medlemsstater har taget forbehold herfor.⁵²¹

Anvendelsen af konventionen kan udelukkes i to situationer. For det *første* kan en medlemsstat i intern lovgivning bestemme, at voldgiftsproceduren ikke kan anvendes til fravigelse af afgørelser truffet af statens domstole, jf. art. 7, stk. 3. Efter dansk lovgivning kan spørgsmål, som er omfattet af konventionen, ikke behandles i et rådgivende udvalg, hvis spørgsmålet indbringes for danske domstole.⁵²² I Danmark kan voldgiftsproceduren iværksættes, uden at tremåneders-fristen for at indbringe sagen for domstolene udløber. Hvis sagen efter iværksættelsen af voldgiftsproceduren indbringes for en dansk domstol, vil voldgiftsproceduren blive afbrudt. Der er ikke noget til hinder for, at sagen indbringes for en domstol i en anden medlemsstat, medmindre den pågældende stat har en lignende bestemmelse. For det *andet* er den kompetente myndighed ikke forpligtet til at indlede en aftale- eller voldgiftsprocedure, hvis de kontrollerede transaktioner kan sanktioneres med alvorlig straf, jf. art. 8. Begrebet afgrænses snævert af Danmark som straf for forsætlig overtrædelse af straffebestemmelser i straffeloven eller i særlovgivningen, hvor straffesagen ikke kan afgøres administrativt. Da transfer pricing sager normalt ikke medfører sådanne konsekvenser, kan de danske myndigheder normalt ikke undlade at anvende konventionen under henvisning til art. 8. Andre medlemsstater har foretaget en bredere afgrænsning af handlinger, som kan sanktioneres med alvorlig straf.

1.6.4.2.3 Sagsbehandlingen

Voldgiftskonventionen foreskriver i art. 6-14 en procedure, der skal følges for at ophæve dobbeltbeskatning. Proceduren består af følgende elementer: 1) underretning af foretagendet, 2) unilateral genoptagelse, 3) gensidig aftaleprocedure, 4) voldgiftsprocedure og 5) ophævelse af dobbeltbeskatning.

1.6.4.2.3.1 Underretning af foretagendet

Hvis myndighederne ønsker at foretage en priskorrektion, skal de i god tid inden underrette foretagendet herom, jf. art. 5. Foretagendet får herved lejlighed til at underrette det forbundne foretagende, som kan underrette myndighederne i den anden medlemsstat. Underretningspligten i konventionen supplerer høringspligten i SFL § 20, stk. 2, hvorefter skatteyderne har en frist på mindst 15 dage til at kommentere en agterskrivelse. I en transfer pricing sag vil en svarfrist på 15 dage normalt ikke være rimelig, idet sådanne sager ofte er komplicerede og indeholder et grænseoverskridende element.

1.6.4.2.3.2 Unilateral genoptagelse

Hvis der gennemføres en priskorrektion, som foretagendet mener ikke iagttager armslængdeprincippet, kan sagen indbringes for den kompetente myndighed i den medlemsstat, hvor foretagendet er hjemmehørende, eller hvor det faste driftssted er beliggende, jf. art. 6, stk. 1.⁵²³ I Danmark er SKAT, Store Selskaber, Kontoret for International Selskabsbeskatning, den kompetente myndighed.⁵²⁴

Sagen kan indbringes af det foretagende, som den primære korrektion er rettet imod, eller af det foretagende, som kan anmode om korresponderende korrektion. Selv om en sag indbringes for den kompetente myndighed, kan den primære korrektion gennemføres og den heraf følgende skat opkræves.

Sagen skal indbringes for den kompetente myndighed *inden tre år* efter den første underretning om den foranstaltning, der har ført til eller formodes at ville føre til dobbeltbeskatning. I Danmark anses "den første underretning" for at bestå i *afgørelsen* i sagen.⁵²⁵ Ifølge SFL § 27, stk. 1, nr. 4, finder der i Danmark ingen tidsfrister for en anmodning om korresponderende korrektion. Ifølge SFL § 27, stk. 2, skal en anmodning dog fremsættes inden seks måneder efter, at foretagendet er kommet til kendskab om foranstaltningen. Den internretlige reaktionsfrist på seks måneder må vige for konventionens reaktionsfrist på tre år. En anmodning om genoptagelse kan fremsættes før der er truffet endelig afgørelse i sagen.

Foretagendet skal underrette den kompetente myndighed om, hvilke andre kontraherende stater der berøres af sagen. På grundlag heraf skal den kompetente myndighed straks underrette de kompetente myndigheder i de øvrige stater.

Hvis den kompetente myndighed finder klagen begrundet, skal sagen undergives en realitetsbehandling. Den kompetente myndighed skal undersøge, om den unilateral kan løse dobbeltbeskatning ved at ophæve den primære korrektion eller ved en korresponderende korrektion.

1.6.4.2.3.3 Gensidig aftaleprocedure

Hvis den kompetente myndighed ikke selv kan ophæve dobbeltbeskatning, skal den søge at løse sagen ved en aftale med de kompetente myndigheder i de øvrige berørte medlemsstater, jf. art. 6, stk. 2.

Hvis de kompetente myndigheder indgår en aftale, som ophæver dobbeltbeskatningen, skal den gennemføres uanset eventuelle tidsfrister i intern lovgivning. Aftaleproceduren kan anvendes, selv om en priskorrektion er pålagt administrativt eller til domstolene.

I tilfælde af en EU-trepartssag skal de kompetente myndigheder indbyde de øvrige kompetente myndigheder til at deltage i aftaleproceduren.⁵²⁶ Der kan i denne situation anvendes én af følgende fremgangsmåder: 1) multilaterale forhandlinger, 2) én bilateral forhandling, hvor de øvrige kompetente myndigheder deltager som

⁵¹⁹ Jf. Luc Hinnekens, EC Tax Review, 1992, p. 90, Dirk Schelpe, EC Tax Review, 1995, p. 76 f, og Aage Michelsen: International Skatteret, p. 448. Se modsat Søren Næsborg Jensen: EU-selskabsskatteret, p. 352 f, Jan Pedersen: Transfer pricing - i international skatteretlig belysning, p. 296, Karin Skov Nilausen: Løsning af internationale skattetilfælde, p. 203, og Detlev J. Piltz, Cahiers de Droit Fiscal International, LXXXIb, p. 137.

⁵²⁰ Jf. TfS 2005, 229 TSS/SKM2005.106.

⁵²¹ Jf. pkt. 1.2 i det reviderede adfærdskodeks for den faktiske gennemførelse af EF-voldgiftskonventionen (2009/C 322/01).

⁵²² Jf. § 2 i BEK nr. 260 af 21. marts 2006. I modsætning hertil kan en sag behandles efter den gensidige aftaleprocedure efter OECD's modeloverenskomst art. 25, uanset om sagen er indbragt for domstolene i Danmark, jf. ovenfor i kap. 1.6.1.1.

⁵²³ For så vidt angår faste driftssteder adskiller voldgiftskonventionen sig fra OECD's modeloverenskomst art. 25, hvorefter sagen kun kan indbringes for den kompetente myndighed i domicilstaten.

⁵²⁴ Jf. § 1 i bekendtgørelse nr. 260 af 21. marts 2006.

⁵²⁵ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.D.11.7.2.3.

⁵²⁶ Jf. pkt. 6.2, litra a, i det reviderede adfærdskodeks for den faktiske gennemførelse af EF-voldgiftskonventionen (2009/C 322/01).

observatører eller 3) flere bilaterale forhandlinger, hvor de øvrige kompetente myndigheder deltager som observatører.⁵²⁷

I voldgiftskonventionen er der ikke fastsat nærmere regler for aftaleproceduren, men i adfærdskodeksen er der regler herom.⁵²⁸ Hvis de danske myndigheder er inddraget i en gensidig aftaleprocedure, vil skatteyderen have partsstatus efter forvaltningsloven.⁵²⁹

1.6.4.2.3.4 Voldgiftsprocedure

Hvis de kompetente myndigheder ikke har indgået en aftale om at ophæve dobbeltbeskatningen inden to år fra den dato, på hvilken sagen første gang blev forelagt en af de kompetente myndigheder, skal de nedsætte et rådgivende udvalg, jf. art. 7, stk. 1. Det rådgivende udvalgs opgave er at fremkomme med forslag til, hvordan dobbeltbeskatningen kan ophæves.

Udvalget skal nedsættes senest seks måneder efter udløbet af toårsfristen.⁵³⁰ Fristen på to år kan efter aftale mellem de kompetente myndigheder og de pågældende foretagender fraviges, jf. art. 7, stk. 4.⁵³¹ Starttidspunktet for den toårige frist er den seneste af følgende datoer: 1) datoen for meddelelsen om skatteansættelsen, eller 2) den dato, hvor den kompetente myndighed har modtaget anmodningen om at iværksætte voldgiftskonventionen og en nærmere specificeret minimuminformation.⁵³²

Nedsættelse af et rådgivende udvalg fratager som udgangspunkt ikke foretagenderne retten til at gøre brug af de almindelige retsmidler i intern lovgivning. Skattemyndighederne kan omvendt indlede eller fortsætte retsforfølgning eller procedurer med henblik på gennemførelse af administrative sanktioner, jf. art. 7, stk. 2. Hvis sagen er indbragt for domstolene, suspenderes toårsfristen indtil det tidspunkt, hvor der falder endelig dom i retssagen.

Det rådgivende udvalg skal normalt bestå af to repræsentanter for hver af de kompetente myndigheder. Der skal desuden være et lige antal uafhængige personer, som vælges på grundlag af en liste, hvortil hver stat har udpeget fem personer, jf. art. 9.⁵³³ Hvis de kompetente myndigheder ikke er enige om personvalget, skal valget ske ved lodtrækning. Efter samme regler udpeges der stedfortrædere for de uafhængige personer. Repræsentanterne og de uafhængige personer vælger en formand for det rådgivende udvalg efter samme liste, hvorfra de uafhængige personer er valgt, jf. art. 9, stk. 5.

Medlemmerne af det rådgivende udvalg har tavshedspligt angående alle forhold, som de bliver bekendt med under proceduren, jf. art. 9, stk. 6. Repræsentanter for de danske myndigheder er undergivet tavshedspligt efter SFL § 17. En overtrædelse af tavshedspligten kan sanktioneres straffeligt for både de uafhængige personer og repræsentanterne for de danske myndigheder.⁵³⁴

Foretagenderne er ikke part i forhandlingerne for det rådgivende udvalg. De har dog ret til at forelægge det rådgivende udvalg alle oplysninger, beviser og dokumenter, der forekommer dem nyttige,

jf. art. 10. Retten til høring er vigtig, da det kan have stor betydning for et foretagende, hvordan dobbeltbeskatningen ophæves. Foretagenderne har endvidere ret og pligt til give møde for det rådgivende udvalg, herunder ved en repræsentant.

Foretagenderne og de kompetente myndigheder har pligt til at besvare enhver anmodning fra det rådgivende udvalg om at få forelagt oplysninger, beviser og dokumenter. Foretagenderne har dog ikke pligt til at tilvejebringe oplysninger, hvis dette ikke følger af intern lovgivning.⁵³⁵ Der er ikke fastsat sanktion, hvis foretagenderne ikke efterkommer en anmodning om oplysninger m.v., men dette kan næppe medføre processuel skadesvirkning.⁵³⁶

De kompetente myndigheder kan ikke pålægges at: 1) udføre forvaltningsakter, der strider mod intern lovgivning eller sædvanlig forvaltningspraksis, 2) meddele oplysninger, der ikke kan opnås ifølge intern lovgivning eller sædvanlig forvaltningspraksis eller 3) meddele oplysninger, som ville røbe kommercielle, industrielle eller faglige hemmeligheder, forretningsmetoder eller oplysninger, hvis meddelelse ville stride mod almene interesser.

Det rådgivende udvalg skal afgive sin udtalelse senest seks måneder fra den dag, sagen er forelagt det, jf. art. 11. Ifølge adfærdskodeksen anses en sag for at være forelagt, når formanden bekræfter, at medlemmerne har modtaget al relevant dokumentation.⁵³⁷ Udvalget vedtager sin udtalelse ved simpelt flertal blandt medlemmerne, medmindre de kompetente myndigheder har vedtaget supplerende procedureregler.

1.6.4.2.3.5 Ophævelse af dobbeltbeskatning

De kompetente myndigheder træffer ved fælles aftale en afgørelse, som under iagttagelse af armslængdeprincippet sikrer, at dobbeltbeskatningen ophæves inden seks måneder fra den dag, hvor det rådgivende udvalg har afgivet sin udtalelse, jf. art. 12, stk. 1. I den forbindelse står det de kompetente myndigheder frit for at aftale et resultat i strid med udvalgets udtalelse, men hvis de ikke kan nå til enighed, bliver det rådgivende udvalgs udtalelse endeligt. Netop herved antager konventionen sin bindende karakter i modsætning til den gensidige aftaleprocedure, hvorved det rådgivende udvalg nærmest antager karakter af en international voldgiftsret.⁵³⁸ Da udtalelsen fra det rådgivende udvalg ofte vil være til fordel for den ene af staterne, må det forventes, at udtalelsen normalt vil blive lagt til grund.

Den kompetente myndighed i Danmark anmoder i praksis foretagendet om at godkende resultatet af en forhandling.⁵³⁹ En gennemførelse af resultatet gøres i praksis betinget af, at evt. igangværende klagesager i rent nationalt regi trækkes tilbage. Afviser foretagendet at anerkende resultatet, opretholdes ansættelsen.

Dobbeltbeskatningen anses efter konventionen som ophævet, hvis overskuddet er medtaget i beregningen af den skattepligtige ind-

⁵²⁷ Jf. pkt. 6.2, litra b, i det reviderede adfærdskodeks for den faktiske gennemførelse af EF-voldgiftskonventionen (2009/C 322/01).

⁵²⁸ Jf. pkt. 6.3 og 6.4, i det reviderede adfærdskodeks for den faktiske gennemførelse af EF-voldgiftskonventionen (2009/C 322/01).

⁵²⁹ Jf. ovenfor i kapitel 1.6.1.2.

⁵³⁰ Jf. pkt. 7.2, litra b, i det reviderede adfærdskodeks for den faktiske gennemførelse af EF-voldgiftskonventionen (2009/C 322/01).

⁵³¹ Jf. pkt. 6.1, litra d, i det reviderede adfærdskodeks for den faktiske gennemførelse af EF-voldgiftskonventionen (2009/C 322/01).

⁵³² Jf. pkt. 5, litra b, i det reviderede adfærdskodeks for den faktiske gennemførelse af EF-voldgiftskonventionen (2009/C 322/01). Minimuminformationen er angivet i pkt. 5, litra a, i adfærdskodeksen.

⁵³³ Jf. TfS 2006, 185/SKM2006.40.

⁵³⁴ Jf. § 1, stk. 3, i lov nr. 111 af 21. februar 2006.

⁵³⁵ Jf. bemærkningerne til L 21 af 3. oktober 1991.

⁵³⁶ Jf. Søren Næsborg Jensen: EU-Selskabsskatteret, p. 358 f.

⁵³⁷ Jf. pkt. 7.3, litra a, i det reviderede adfærdskodeks for den faktiske gennemførelse af EF-voldgiftskonventionen (2009/C 322/01).

⁵³⁸ På baggrund heraf er der argumenteret for, at Danmarks tiltrædelse af voldgiftskonventionen er i strid med grundlovens § 20, jf. Karin Skov Nilausen: Løsning af internationale skattetvister, p. 239.

⁵³⁹ Jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.D.11.7.2.1.

komst i blot én medlemsstat (eksempion), eller hvis den skat, som opkræves af dette overskud i en medlemsstat, nedsættes med et beløb svarende til den skat, som skal svares af det i den anden medlemsstat (credit), jf. art. 14. Eksempionsmetoden er identisk med en korresponderende korrektion, som anvendes i Danmark.

1.6.4.3 Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne

IOECD's modeloverenskomst fra 2008 er der i art. 25, stk. 5, indsat en bestemmelse om bindende voldgift, hvis de kompetente myndigheder ikke inden to år har løst sagen efter den gensidige aftaleprocedure. Ingen af de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholder en sådan voldgiftsklausul.⁵⁴⁰ Ifølge art. 43, stk. 3, i overenskomsten med Tyskland kan de kompetente myndigheder dog i fællesskab pålægge et uafhængigt organ at give en ekspertudtalelse om en sag, som de har forelagt det. En sådan udtalelse er dog ikke bindende for de kompetente myndigheder.

2 Fradragsbegrænsning for selskabers finansieringsudgifter

2.1 Tynd kapitalisering

2.1.1 Begreb mv.

Fænomenet tynd kapitalisering udgør en del af transfer pricing problematikken. Grundproblemet er, at afkastet af fremmedkapital og egenkapital ikke behandles ens i skatteretlig henseende. Udbyttet er ikke fradragsberettigede, mens rentebetalinger er fradragsberettigede.

Begrebet tynd kapitalisering (thin capitalisation) anvendes normalt som betegnelse for, at et selskabs kapitalbehov finansieres gennem en uforholdsmæssig stor gæld i form af udlån mv. fra et moderselskab eller anden kontrollerende ejer.⁵⁴¹ Det er et iboende element, at den uforholdsmæssige fremmedkapitalfinansiering ikke ville blive accepteret mellem uafhængige parter.

Lovgivning om tynd kapitalisering tilsigter at give skattemyndigheder adgang til at forhindre udhuling af det nationale skattegrundlag på grundlag af selskabers finansieringsforhold. Tynd kapitalisering medfører alt andet lige et reduceret nettooverskud for debitor-

selskabet, idet forrentningen af fremmedkapital i modsætning til udbyttebetaling er fradragsberettiget ved opgørelsen af selskabsindkomsten. Omvendt opnår investor en forøget renteindkomst, idet investor typisk ikke har adgang til de lempelsesregler, der oftest gælder ved koncerninterne udbyttebetalinger. Reelt indebærer tynd kapitalisering således en mulighed for en transformering af ikke-fradragsberettigede udbytte til fradragsberettigede renteudgifter.

Hovedmotivet til at lade datterselskaber være tyndt kapitaliserede er således, at koncernens samlede skattebetalinger kan nedbringes ved at lade betalinger til et moderselskab mv. bestå af fradragsberettigede renteudgifter i stedet for udbyttebetalinger. Incitamentet til gældsfinansiering i Danmark (og dermed tynd kapitalisering) stiger i takt med, at selskabsskattesatsen i domicillandet falder. Alt afhængigt af, hvilket opgørelsessystem, der benyttes i domicillandet vedrørende udbytte, der hjemtages fra Danmark, kan incitamentet til gældsfinansiering variere.

Som et led i den såkaldte pinsepakke fra juni 1998 blev der i Danmark indført egentlige regler til modvirkning af tynd kapitalisering i SEL § 11, jf. Lov nr. 432 af 26.6.1998 (L 101). Reglerne gjaldt herefter udelukkende for danske selskaber mv., men ikke for faste driftssteder i Danmark. Med henblik på at opnå neutralitet mellem etableringsformerne blev der dog med Lov nr. 1026 af 23.12.1998 (L 53) indført tilsvarende regler for faste driftssteder. Reglerne i SEL § 11 havde virkning for indkomstår, der påbegyndtes 1. januar 1999 eller senere.

Reglerne om tynd kapitalisering i flere EU-lande blev berørt af EF-Domstolens dom i sag C-324/00 Lankhorst-Hohorst GmbH.⁵⁴² I denne sag tilsidesatte EF-Domstolen de tyske regler om tynd kapitalisering som værende uforenelige med Traktatens regler om etableringsfrihed, jf. TEUF art. 43, jf. art. 48 (nu henholdsvis TEUF art. 49 og art. 54).⁵⁴³ Som følge heraf har flere europæiske lande ændret deres regler om tynd kapitalisering, herunder også Danmark, jf. Lov nr. 321 af 31.3.2004 (L 119). Senest har lande som, Italien, Spanien og Tyskland ophævet deres regler om tynd kapitalisering og erstattet disse med såkaldt EBITDA-baseret rentefradragsbegrænsningsregler, der har stor lighed med selskabsskattelovens § 11 C.

⁵⁴⁰ Art. 23, stk. 5, i den danske overenskomst med Israel fra 2009, og Art. VII i protokollen til den danske overenskomst med Schweiz fra 2009, indeholder bestemmelser om voldgift. Disse bestemmelser har imidlertid først virkning fra det tidspunkt, hvor der måtte blive skabt hjemmel hertil i intern dansk lovgivning, jf. Den Juridiske Vejledning, 2016-1, C.F.8.2.2.25.3.

⁵⁴¹ Jf. eksempelvis bemærkningerne til Lov nr. 432 af 28.6.1998 (L 101).

⁵⁴² Sag C-324/00, Lankhorst-Hohorst GmbH mod Finanzamt Steinfurt.

⁵⁴³ Se om dommen og dennes konsekvenser Otmar Thömmes i Der Betrieb, 2002 p. 2397-2402, Friedrich E.F. Hey i Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, 2003, p. 73-74, Peter Bauschatz i Entscheidungen der Finanzgerichte, 2003 Beilage, p. 5-6, Sascha Amann i European Law Reporter, 2003, p. 3-5, Anno Rainer: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2003, p. 81-82, Jens Blumenberg i Recht der internationalen Wirtschaft, 2003, p. 154-155, Elisabeth Bergmann i Svensk Skattetidning, 2003, p. 76-77, Leif Mutén i Svensk Skattetidning, 2003, p. 78-84, Christoph Spengel & Martin Golücke i Recht der internationalen Wirtschaft, 2003, p. 333-347, Nikolaj Vinther & Erik Werlauff i Skat Udland 2003, 1, også bragt i EC Tax Review 2003, p. 97-106, Jakob Bundgaard & Jeppe Rune Stokholm i Skat Udland 2003, 2, Andreas Körner i Intertax, 2003 p. 162-168, Daniel Gutman & Luc Hinnekens i EC Tax Review, 2003, p. 90-97, Olivier Roumélian i Intertax, 2003, p. 244 ff, Alex Cordewener i European Taxation, 2003, p. 102 ff, Adam Craig, Anno Rainer, Jan Roels, Otmar Thömmes & Eric Thomsett i Tax Notes International, 2002, p. 1163 ff og Heinz-Klaus Kroppen & Lars Refeld i Tax Management Transfer Pricing Report, Vol 11, no. 17, 2003, p. 786 ff. EF-domstolen har siden taget stilling til foreneligheden af nationale skatteregler om tynd kapitalisering i tre tilfælde, jf. Sag C-105/07 Van Cleef, hvor EF-domstolen kom frem til samme resultat som i Lankhorst-Hohorst-sagen for så vidt angik beslægtede belgiske regler om lån fra bestyrelsesmedlemmer til selskabet. Se herom Tom O'Shea i Tax Notes Int'l 2008, p. 837 ff. I Sag C-524/04 Thin Cap Group Litigation byggede EF-domstolen videre på den tidligere Lankhorst-Hohorst sag, idet det blev udtalt (om de dagældende britiske regler om tynd kapitalisering), at sådanne regler som udgangspunkt er i strid med EFT art. 43, medmindre (1) den nationale lovgivning giver mulighed for at inddrage objektive og verificerbare forhold, som konstaterer tilstedeværelsen af kunstige arrangementer indgået med henblik på omgåelse af nationale skatteregler. Samtidig skal det være muligt for skatteyderen i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, at fremlægge bevis for de forretningsmæssige begrundelser bag den pågældende transaktion. (2) For det andet kræves det, at en eventuel omkvalifikation af renter til udbytte eller en rentebeskæring alene finder sted ned til en armslængde rente. Se herom eksempelvis Christiana HJI Panayi i Intertax 2007, p. 298 ff. Der er specifikt taget stilling til forholdet til tredjelande for så vidt angår kapitalens fri bevægelighed, i EFT art. 56, jf. Sag C-492/04 Lasertec, hvor EF-domstolen ikke fandt grundlag for at indrømme traktatbeskyttelse i en situation, hvor art. 43 efter sagens

2.1.2 Selskabsskattelovens § 11

2.1.2.1 Generelt

Der kan udledes en række betingelser for anvendelse af reglerne om tynd kapitalisering af den nuværende rammeagtige bestemmelse i SEL § 11.⁵⁴⁴ Der kan ligeledes udledes en række definitioner mv. Begge elementer vil blive uddybet nedenfor.

2.1.2.2 Kvalifikation af debitor

Det første kriterium, der kan udledes af SEL § 11, er, at debitorselskabet, der er beliggende i Danmark, skal være undergivet selskabsbeskatning efter selskabsskatteloven og dermed have fradragsret for renteudgifter i Danmark. Betingelsen følger direkte af SEL § 11, stk. 1, nr. 1. Nærmere præciseret omhandler dette selskaber eller foreninger, der er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2a, 2d-2i, 3a-5b. Heri ligger, at alle selskaber og foreninger mv., der er fuldt skattepligtige efter SEL § 1, med undtagelse af andelsforeninger omfattet af andelsbeskatningen i SEL § 1, stk. 1, nr. 3, og foreninger mv. omfattet af institutionsbeskatningen i SEL § 1, stk. 1, nr. 6, er omfattet af reglerne om tynd kapitalisering. Fonde omfattet af FBL er ej heller omfattet, hvilket skyldes, at fonde er selvejende, hvorfor de ikke kan være kontrolleret.

Også faste driftssteder i Danmark af udenlandske selskaber er omfattet, jf. SEL § 11, stk. 5. Såfremt lån optages af det udenlandske hovedkontor hos tredjemand til gavn for det faste driftssted i Danmark, vil hovedkontoret anses som debitor i henhold til SEL § 11. Det er en forudsætning for at anvende SEL § 11, at der er fradrag for renteudgifter eller kurstab. Det er ligeledes en forudsætning for anvendelse af reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11, at såvel renter, kurstab som selve lånet kan henføres til det faste driftssted.

Reglerne omfatter også udenlandsk registrerede selskaber, som er fuldt skattepligtige til Danmark pga. at ledelsens sæde er i Danmark, jf. SEL § 1, stk. 6.

Da SEL § 11 blev vedtaget, fremgik det klart af forarbejderne, at reglen skulle finde anvendelse for udenlandske sambeskattede selskaber, da disse i forhold til SEL § 11 anses for omfattet SEL § 1.⁵⁴⁵ Derimod medtog man ikke udenlandske CFC-selskaber efter SEL § 32 under reglens anvendelsesområde. Denne udeladelse er ikke nærmere begrundet.

2.1.2.3 Kontrolleret gæld til juridiske personer

Den næste betingelse for anvendelse af reglerne om tynd kapitalisering består efter SEL § 11, stk. 1, nr. 2, i at debitor, jf. ovenfor, har gæld til juridiske personer som nævnt i LL § 2, stk. 1 (kontrol-

leret gæld). En til SEL § 11 foretaget omskrivning af LL § 2 medfører derfor, at debitor skal have:

- 1) Gæld til juridiske personer, der udøver bestemmende indflydelse over debitor,
- 2) Gæld til juridiske personer, hvorover debitorselskabet udøver bestemmende indflydelse,
- 3) Gæld til juridiske personer, der er koncernforbundet med debitorselskabet,
- 4) Gæld til danske selskabers faste driftssteder i udlandet, eller
- 5) Gæld til udenlandske juridiske personer med fast driftssted i Danmark.

Reglerne om tynd kapitalisering finder anvendelse såvel på nationale som på internationale låneforhold mellem koncernselskaber.

Om end reglerne oprindeligt tog sigte på udlån til danske datterselskaber, fremgår det af ordlyden af SEL § 11, at også udlån fra udenlandske datterselskaber og danske datterselskaber til et dansk moderselskab er omfattet, idet LL § 2, stk. 1, omfatter såvel kontrollerende som kontrollerede kreditorenheder. Derfor kan reglerne om tynd kapitalisering også finde anvendelse, hvor et moderselskab modtager lån fra datterselskaber.

Den kreds af långivere (kreditor), der tages sigte på med SEL § 11, stk. 1, nr. 2, er *juridiske personer*. Den hidtidige udformning af reglerne indebar, at debitor skulle have gæld til udenlandske *fysiske* eller juridiske personer omfattet af SKL § 3 B, stk. 1. Der blev med Lov nr. 321 af 31.3. 2004 foretaget to ændringer heri. Dels blev anvendelsesområdet udvidet til også at omfatte nationale koncernforhold⁵⁴⁶, dels blev anvendelsesområdet indsnævret ved at fritage fysiske personer fra kreditor kredsen.⁵⁴⁷

Ved brugen af begrebet *juridisk person* i SEL § 11, stk. 1, var det tidligere omtvistet hvorvidt I/S- eller K/S-lignende enheder var omfattet af personkredsen i LL § 2, stk. 1, ligesom forskellige typer af konsortiekonstruktioner og firmagrupper gav anledning til tvivl.⁵⁴⁸ Med Lov nr. 308 af 19.4. 2006 (L 119) blev LL § 2 udvidet til at omfatte selskaber og foreninger mv., der efter danske regler ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, eller selskabsaftale eller en foreningsvedtægt.⁵⁴⁹ Modsætningsvis må det antages, at bestemmelsen i andre tilfælde kun omfatter selskaber og foreninger mv., der efter danske regler udgør et selvstændigt skattesubjekt.⁵⁵⁰

2.1.2.4 Kravet om bestemmende indflydelse

Det relevante kontrolbegreb i sager om tynd kapitalisering defineres i LL § 2, stk. 1, jf. SEL § 11, stk. 1, nr. 2. Heraf følger, at der ved bestemmende indflydelse forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte skal ejes

forhold i første række skal anvendes, men konkret ikke kan finde anvendelse grundet det manglende EU-aspekt. Se herom eksempelvis Klaus Eicker & Ralph Obser i International Tax Review July/August 2007, p. 1 f.

⁵⁴⁴ Se nærmere om bestemmelsen, Jakob Bundgaard: Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling, 2000 og samme i SU 2004.207 efter den seneste lovændring. Se også Michael Tell: Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter, 2012.

⁵⁴⁵ "... Udenlandske datterselskaber, der indgår i en dansk sambeskatning efter selskabsskattelovens § 31 (frivillig sambeskatning) (men ikke § 32 (tvungen sambeskatning)) anses i denne sammenhæng som et omfattet datterselskab ...", jf. L 101 vedrørende Lov nr. 432 af 26.6. 1998, ad SEL § 11.

⁵⁴⁶ Dette fremkom ved en ændring af ordlyden af SEL § 11, stk. 1, nr. 2, til følgende: "2) har gæld til juridiske personer som nævnt i ligningslovens § 2, stk. 1 (kontrolleret gæld) og ...". Ændringen består i en henvisning til LL § 2 frem for til SKL § 3 B. I denne formuleringsteknik ligger det simple forhold, at fradragsbegrænsningen fremover kan udløses ved gæld til kreditorselskaber hjemmehørende såvel i Danmark som i udlandet mod tidligere kun i udlandet.

⁵⁴⁷ Anvendelsesområdet for SEL § 11 er indskrænket, idet fysiske personer fremover ikke kan anses for at være kontrollerende kreditorer, jf. ordlyden af SEL § 11, stk. 2. Denne undtagelse skal formentlig tilgodese mindre ejerdrevne selskaber. Selvom fysiske hovedaktionærer undtages fra SEL § 11, kunne man overveje, om sikkerhedsstillelse fra fysiske personer overfor tredjemand fortsat vil medføre, at der er tale om kontrolleret gæld.

⁵⁴⁸ Jf. TfS 1999, 976 LR.

⁵⁴⁹ Se eksempelvis herom Jakob Bundgaard i SU 2006.188.

⁵⁵⁰ Se også TfS 1999, 976, hvorefter et interessentskab ikke ansås for at udgøre en juridisk person.

mere end 50% af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50% af stemmerne. Ved opgørelsen heraf angives direkte en række stemmerettigheder og aktiebesiddelser, der skal medregnes ved vurderingen, herunder ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem selskabsdeltageren har en aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse.⁵⁵¹ Ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, der kontrolleres af samme kreds af aktionærer, eller hvor der er fælles ledelse mellem selskaberne.⁵⁵² Der henvises til kapitel 4.3.1. om begrebet bestemmende indflydelse vedrørende transfer pricing.

2.1.2.5 Solvenskravet

Som den tredje egentlige hovedbetingelse indgår der et solvenskrav, jf. SEL § 11, stk. 1, nr. 3. Herefter er det et krav, at selskabets eller foreningens fremmedkapital (gæld) set i forhold til selskabets egenkapital ved udløbet af indkomståret overstiger forholdet 4:1. Man taler typisk om en debt-to-equity ratio på 4:1.⁵⁵³ Det er væsentligt at være opmærksom på, at det er den samlede gæld i det danske selskab, der sigtes til. Således er både koncernintern og koncernekstern gæld omfattet af solvensopgørelsen.

Forholdet mellem gæld og egenkapital i debitorselskabet skal opgøres ultimo hvert indkomstår, jf. SEL § 11, stk. 1, nr. 3 in fine. Det er udelukkende forholdet mellem gæld og egenkapital ved indkomstårets udløb, der er afgørende ved vurdering af, om selskabet er tyndt kapitaliseret. Som en konsekvens heraf kan blandt andet (kortfristede) lån ydet sidst på året få stor betydning for, om der foretages fradragsbegrænsning eller ej. Er indkomstårene ikke sammenfaldende for flere omfattede koncernselskaber, må den samlede opgørelse efter SEL § 11, stk. 4 (konsolideringsreglen) foretages ved hvert enkelt indkomstårs udløb.

2.1.2.6 Minimumsgrænse

Reglerne om tynd kapitalisering finder alene anvendelse, hvis den kontrollerede gæld overstiger ti mio. kr., jf. SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. Hermed er der indført en minimumsgrænse på den samlede sum af kontrollerede lån. Reglen fungerer ud fra devisen "alt eller intet". Overstiger den kontrollerede gæld således ti mio. kr., bringes koncernen ind under anvendelsesområdet for SEL § 11 med hele den kontrollerede gæld. Måletidspunktet for minimumsgrænsen må antages at være tidspunktet for den almindelige opgørelse, nemlig ved udgangen af indkomståret.

2.1.2.7 Sanktionen – Fradragsbegrænsning

Generelt

Retsfølgen af, at debitorselskaber er tyndt kapitaliseret er, at fradragsretten for renter og kurstab vedrørende den kontrollerede gæld bortfalder. Dette følger af SEL § 11, stk. 1, hvoraf det under kumulativ opfyldelse af de ovenfor nævnte kriterier fremkommer, at *renteudgifter og kurstab*, der vedrører den kontrollerede gæld, ikke kan fradrages. Fradragsbegrænsningen gælder fuldt ud for de omfattede selskaber, uanset hvilken grad af kontrol, der udøves over debitorselskabet.

SEL § 11 forudsætter derfor, at der foreligger en fradragsberettiget renteudgift eller et fradragsberettiget kurstab. Ved også at inkludere kurstab kan visse rentetyper, der ikke omfattes af skatterettens snævre rentebegreb, blive omfattet af SEL § 11. Hertil sigtes eksempelvis til overskudsafhængige renter, der som hovedregel ikke anses for en renteudgift, men et kurstab.⁵⁵⁴ Ligeledes kan medta-

gelse af kurstab under fradragsbegrænsningsreglen formentlig begrundes med det forhold, at man vil skabe neutralitet for debitorselskaberne alt efter, om disse har rentebetalinger eller kurstab, eksempelvis i form af påtagelse af en uforrentet gældsbyrde udbetalt til for eksempel kurs 95, som skal indfries efter en periode til kurs 100.

Fradragsbeskæringen er i udgangspunktet endelig, dog således at fradragsbeskærte kurstab kan fradrages i kursgevinst på samme lån i efterfølgende indkomstår, jf. SEL § 11, stk. 1, 2. pkt. Herved ses det, at der er forskel på, om der er tale om renteudgifter eller kurstab, idet renteudgiften tabes endeligt. Skatteministeren har i forbindelse med behandlingen af Lov nr. 1026 af 23.12. 1998 (L 53) som svar på spørgsmål 8 i bilag 11 udtalt, at hvis fradragsbegrænsningen er mindre end de samlede renteudgifter og kurstab, kan et selskab eller et fast driftssted vælge at lade fradragsbegrænsningen omfatte kurstabet, således at renteudgiften fratrækkes. Dermed bevares muligheden for at modregne kurstabet i en eventuel kursgevinst på samme lån i efterfølgende indkomstår. For kurstab, der ikke senere kan modregnes, fortæbes fradragsretten endeligt.

Der foretages ikke en egentlig omkvalifikation af renteudgifter til udbytte, hvorfor der ikke i tilfælde af grænseoverskridende låneforhold skal indeholdes kildeskat på udbytte omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra C, eller KSL § 2, stk. 1, litra f.

Det fremgår af ordlyden af SEL § 11, at fradragsbeskæringen eller afskæringen er maksimeret til den del af gælden, der overstiger den maksimalt tilladte gæld. Begrænsningen er maksimeret til renter og kurstab vedrørende den overskydende del af den kontrollerede gæld. Det fremgår af bemærkningerne til Lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101), at det på baggrund af forholdet mellem gæld og egenkapital skal afgøres ved udløbet af hvert indkomstår, hvorvidt der er fradragsret for renter og kurstab på koncernintern gæld. Er forholdet mellem gæld og egenkapital ved indkomstårets udløb lig med eller mindre end 4:1, er der fuld fradragsret for renter og kurstab på gælden efter almindelige regler. Overstiger datterselskabets gæld ved indkomstårets udløb derimod 4 x egenkapitalen, er konsekvensen som udgangspunkt, at fradragsretten på koncerninterne lån afskæres eller begrænses, dog kun for så vidt angår den overskydende del af gælden. Som nævnt opgøres det ved hvert indkomstårs udløb, om forholdet mellem gæld og egenkapital i det enkelte år ligger inden for 4:1. Fradragsretten består således i år, hvor forholdet ligger under 4:1, mens der foretages beskæring i år, hvor forholdet er større end 4:1.

Fradragsbegrænsningen sker både i låneåret og i senere indkomstår, hvor forholdet mellem gæld og egenkapital overstiger forholdet 4:1. Gælden og egenkapitalen, der skal indgå ved beregningen af fradragsbeskæringen i et senere indkomstår, er den gæld og egenkapital, der kan konstateres tilstedeværende ved udløbet af det pågældende indkomstår. Renteudgifter og kurstab, der skal medgå i beregningen, er de faktiske renteudgifter og kurstab i det pågældende indkomstår. Det skal således vurderes hvert år, om der er grundlag for at beskære fradragsretten.

Opindeligt fremkom fradragsbeskæringen ved at opgøre den del af de samlede renteudgifter og kurstab, der svarer til forholdet mellem den del af gælden, der overstiger 4 gange egenkapitalen, og den samlede gæld. Dette kan udtrykkes ved følgende formel, jf. bemærkningerne til Lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101):

⁵⁵¹ Se eksempelvis herom Jakob Bundgaard i SU 2006.188.

⁵⁵² Se eksempelvis herom Jakob Bundgaard i SU 2006.188.

⁵⁵³ Af denne betingelse følger, at der skal være en solvensgrad på 20% i selskabet. Solvensgraden beregnes som selskabets samlede gæld x 100 divideret med selskabets samlede aktiver (eller passiver).

⁵⁵⁴ Se hertil TfS 1998, 77 LR kommenteret af Sven Erik Holm i RR 1998 SM 85.

(samlet gæld – $(4 \times \text{egenkapital})$)

$\times$ (samlede renter og kurstab)

Fradragsbeskæring = samlet gæld

Det er praktisk hensigtsmæssigt at beregne den overskydende gæld og herefter undersøge, hvor stor en del af renteudgifter eller kurstab, der begrænses. Er der tale om såvel kontrollerede lån som ikke-kontrollerede lån, kommer begrænsning alene på tale vedrørende den kontrollerede gæld.

Der blev ikke i bemærkningerne til Lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101) taget stilling til, hvorledes der skulle ske fradragsbeskæring i sådanne tilfælde, hvor den opgjorte egenkapital er negativ eller udgør nul, eller om det i sådanne situationer overhovedet er muligt at opnå fradrag for renteudgifter eller kurstab. Anvendelse af ovenstående almindelige beregningsformel medfører, at der ikke indrømmes fradrag for renteudgifter og kurstab af kontrolleret gæld, såfremt et selskabs eller fast driftssteds egenkapital er nul eller negativ.⁵⁵⁵ Hvis derimod debitorselskabet kapitaliseres op til en soliditet på 20%, sker der ikke fradragsbegrænsning.

Det er på denne baggrund SEL § 11, stk. 1, 7. pkt. skal ses. Med denne regel indføres således en eksplicit *maksimering af fradragsbegrænsningen*. Fradragsbegrænsningen omfatter maksimalt renter/kurstab af den del af den kontrollerede gæld, som skulle omkvalificeres til egenkapital for, at fradragsbeskæring kunne være undgået. I bemærkningerne til L 119 anføres det, at dette skal ses som en serviceforanstaltning, hvorved skatteyderen stilles, som om der var foretaget *optimal planlægning* ved indskud af egenkapital (konvertering af gæld), indtil egenkapitalkravet i SEL § 11 nøjagtigt er opfyldt. Hermed behandles selskabet ens, hvad enten der foretages hel eller delvis gældskonvertering af den kontrollerede gæld eller ikke. Denne maksimering kan udtrykkes ved følgende: $EK + X/\text{balancesum} = 0,2$, hvorefter X kan beregnes.

Rangfølge i fradragsbeskæring

I SEL § 11, stk. 1, 7. pkt. gives der den prioriteringsregel, at der først foretages fradragsbegrænsning for kontrolleret koncernintern gæld og herefter for kontrolleret gæld til tredjemand, hvis der findes begge typer af gæld hos debitorselskaber. SEL § 11, stk. 1, 8. pkt. indeholder den regel, at der først foretages fradragsbegrænsning for dansk kontrolleret gæld og dernæst for udenlandsk kontrolleret gæld. Prioriteringen er derfor som følger:

1. Dansk koncernintern kontrolleret gæld
2. Udenlandsk koncernintern kontrolleret gæld
3. Dansk kontrolleret gæld til tredjemand
4. Udenlandsk kontrolleret gæld til tredjemand

Fradragsbegrænsning ej samtidig med kildebeskatning

Der skal ikke ske fradragsbegrænsning samtidig med opkrævning af kildeskat på kontrollerede rentebetalinger efter SEL § 2, stk. 1, litra d, jf. SEL § 11, stk. 1, 10. pkt. Reglen må antages at sigte mod undgåelse af en økonomisk dobbeltbeskatning, hvor effekten ellers ville være en beskatning af såvel moder- som datterselskab af den

samme indtægt. Der er derimod intet til hinder for kildeskat efter SEL § 2, stk. 1, litra h, på kursgevinster og en samtidig fradragsbeskæring.

2.1.2.8 Neutralitet i interne koncernforhold

Der er *neutralitet* i tilfælde af, at kreditor er fuldt eller begrænset skattepligtig til Danmark, jf. SEL § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, samtidig med, at debitor undergives fradragsbegrænsning efter SEL § 11, jf. SEL § 11, stk. 6. Heri angives således, at renter og kursgevinster i de nævnte situationer ikke medregnes ved opgørelsen af kreditors skattepligtige indkomst.⁵⁵⁶ SEL § 11, stk. 6 indeholder således en skattefritagelsesbestemmelse vedrørende rente- og kursgevinstbeskatning, mens beskatningshjemmelen findes i SL § 4 e og KGL.

Skattefritagelsen gælder dog ikke for renter af lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for. Mens garanteret tredjemandsgæld således medregnes til den kontrollerede gæld, fritages tredjemand ikke for beskatning af de modtagne rentebetalinger. Dette må ses som en naturlig følge af formålet med reglerne – nemlig skattneneutralitet i (nationale) koncernforhold. Det er ikke begrundet, hvorfor skattefritagelsen gælder uden undtagelse for kursgevinster.

Neutraliteten kan ligeledes opnås, hvis kreditor udgør et fast driftssted i Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra a. Det må være en forudsætning, at renteindtægten kan knyttes til det faste driftssted.

2.1.2.9 Lån mod sikkerhed mv.

Af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. følger, at lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, anses som kontrolleret gæld. Bestemmelsen er noget uklart formuleret, herunder hvad der forstås ved indirekte sikkerhed.

Det må antages, at ordlyden udelukkende omfatter sikkerhedsstillelse med et civilretligt juridisk forpligtende indhold. Skatteministeren har udtalt, at hensigtserklæringer kan bevirke, at der foreligger kontrolleret gæld.⁵⁵⁷ Det må dog nok fastholdes, at støtteerklæringer mv., der ikke forpligter afgiveren overfor modtageren, ikke bevirker, at der vil være tale om kontrolleret gæld i henhold til SEL § 11. Modsat vil dette være tilfældet, hvor støtteerklæringen mv., moderselskabet har afgivet, udgør et egentligt løfte om at sikre debitorselskabets betalingsevne. Her må forholdet være omfattet som kontrolleret gæld. Det må konkret i forhold til støtteerklæringer vurderes, om der består en juridisk forpligtelse eller ej. Der findes formentlig ikke støtte for generelt at betragte hensigtserklæringer som sikkerhed omfattet af SEL § 11.

Hertil kommer i øvrigt, at der ikke blot skal være tale om sikkerhedsstillelse, men sikkerhed for gælden, hvorved der betinges en direkte eller indirekte sammenhæng med lånet. Derved må direkte

⁵⁵⁵ Problemstillingen blev berørt af spørgeren i bilag 16 til L 53, spørgsmål 16. Forespørgeren anførte, at enhver rimelighed måtte tilsige, at reglerne udformes således, at en del af den kontrollerede gæld skattemæssigt omkvalificeres til egenkapital, indtil denne udgør 20%. Ministeren fandt ikke siden anledning til at svare på denne forespørgsel. Det har derfor hidtil været almindeligt antaget, at fradragsbegrænsningen i selskaber med negativ eller nul i egenkapital udgør en fuld fradragsbegrænsning, jf. Jakob Bundgaard: Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling, 2000, p. 126. Retsopfattelsen bekræftes i bemærkningerne til § 10, nr. 9 i L 119.

⁵⁵⁶ Der skabes ikke neutralitet i den situation, hvor et dansk debitorselskab omfattet af kulbrintebeskatning har gæld til et andet dansk koncernselskab. Tilsvarende er der ikke neutralitet i de situationer, hvor et kreditorselskab er skattefrit, hvilket eksempelvis er tilfældet for PAL-foreninger, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 5a, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 6, eller formuebeskattet. Udloddende investeringsforeninger er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, og er dermed ofte de facto skattefrie. Selvom der gælder et transparensbeskatningsprincip for sådanne foreninger, medfører dette ikke, at de falder uden for anvendelsesområdet for SEL § 11. Det er vigtigt at holde sig for øje, at transparensprincippet for investeringsforeninger alene vedrører investorsiden. Låneforhold mellem en investeringsforening og dennes porteføljeselskaber kan derfor være omfattet af SEL § 11.

⁵⁵⁷ Jf. bilag 9 til Lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101).

og indirekte antages at henvise til sammenhængen med lånet, og ikke indholdet af sikkerhedsstillelsen.⁵⁵⁸

I bemærkningerne til Lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101) anføres det, at indirekte sikkerhedsstillelse omfatter tilfælde, hvor f.eks. moderselskaber har kautioneret eller på anden måde garanteret for lånet. Udtrykket indirekte sikkerhedsstillelse i SEL § 11, stk. 1, 3. pkt., dækker også over back-to-back lån, hvor moderselskaber f.eks. aftaler med tredjemand, at denne skal yde datterselskabet et lån, mod at moderselskabet yder lån til tredjemand. Ligeledes foreligger et back-to-back lån, hvor et moderselskabs bank yder et lån til et datterselskab, samtidig med at moderselskabet indsætter et tilsvarende beløb i den långivende bank. Motivationen til at anvende back-to-back lån er klar, idet det ville være muligt at undgå fradragsbegrænsninger i et ellers tyndt kapitaliseret selskab ved at placere lånene hos uafhængige tredjemænd mod sikkerhedsstillelse. Det er dog formentlig en forudsætning for at tale om sikkerhedsstillelse, at der vedrørende back-to-back-lån foreligger en egentlig civilretlig modregningsadgang. En modsætningsslutning af SEL § 11 medfører herefter, at der ikke vil kunne foretages fradragsbegrænsninger i de givne situationer, hvor der foreligger back-to-back-lån uden modregningsadgang. Lån, der ydes af en reelt uafhængig tredjemand, berøres ikke af bestemmelsen. Tilsvarende gælder for personer eller selskaber, som nok befinder sig i et interessefællesskab med långiver, men hvor kontrolkravet ikke opfyldes.

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

2.1.2.10 Dokumentation

Den formodningsregel, der skabes af SEL § 11 om, at alle lånemellemværender mellem koncernselskaber mv., der bevirker, at solvensen i debitorselskabet falder til under 20% er skattebegrundet, kan afkræftes, såfremt skatteyderen godtgør, at den givne finansiering er på armslængde vilkår. Af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., følger det, at fradragsbeskæringen bortfalder i det omfang, selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter. Dette vil sige, at finansieringen i debitorselskabet skal opfylde en armslængde test. Undgåelse af fradragsbeskæring afhænger af en konkret samlet vurdering, hvor det navnlig er af betydning, om en uafhængig långiver under hensyntagen til låntagers kommercielle og økonomiske situation ville yde selskabet eller filialen et tilsvarende lån på de givne vilkår. Heri ligger tillige, at lånet ville være ydet, uden at der stilles sikkerhed fra de kontrollerende ejere eller øvrige koncernselskaber.

De momenter, der kan indgå i dokumentationen fra skatteyderens side, kan være: Branchesoliditet, konkrete lånetilbud, kreditratings (kreditværdighedsanalyser) og konkrete forhold i låneaftalen.⁵⁵⁹ For filialers vedkommende fremgår det i pkt. 8 i cirkulære nr. 135 af 2.9. 1999, at der kan henses til den gennemsnitlige soliditetsgrad

i branchen, herunder i brancher med særlige kapital og solvenskrav. For filialer af udenlandske kreditinstitutter fremgår det, at forholdet mellem gæld og egenkapital i hovedkontoret accepteres som grundlag for forholdet i den danske filial.⁵⁶⁰

Denne armslængde test skal, i modsætning til det almindelige armslængdeprincip, foretages ved indkomstårets udløb.⁵⁶¹ Dette er i overensstemmelse med de øvrige bestemmelser i SEL § 11, men bevirker samtidig at den reelle armslængde værdi er noget tvivlsom, da der kan være stor forskel på forholdene på gældsstiftelsestidspunktet og forholdene ved udløbet af indkomståret for gældens stiftelse samt senere indkomstår.

2.1.2.11 Gældsbegrebet

Som det fremgår af selskabsskattelovens § 11, stk. 1, er det nødvendigt for at foretage en opgørelse af den eventuelle fradragsbegrænsning, at det defineres, hvad der forstås ved gæld. Dette begreb defineres til brug for reglerne om tynd kapitalisering i selskabsskattelovens § 11, stk. 2. Heraf fremkommer det, at gældsbegrebet dækker over gæld i henhold til alle fordringer omfattet af kursgevinstlovens bestemmelser. Der henvises til Skatteretten 1, Afs. III, kap. 4.2 for en omtale af kursgevinstlovens anvendelsesområde.

Det er relevant at gennemgå posterne i årsregnskabs balance på passivside med henblik på at konstatere, hvorvidt der er afvigelser mellem den skattemæssige definition af gæld, der fremgår af selskabsskattelovens § 11, stk. 2, og den behandling, forskellige poster undergives regnskabsmæssigt. Dette er en konsekvens af, at årsregnskabet er det bedste udgangspunkt for en vurdering af, hvorvidt et selskab er tyndt kapitaliseret. Bliver resultatet efter en præliminær beregning med udgangspunkt i årsregnskabs tal, at et dansk debitorselskab er tyndt kapitaliseret, skal de aktuelle værdier for selskabets aktiver og gæld inddrages. Gældsposteringen i årsregnskabs balance svarer ikke ganske nøje til gældsbegrebet, der følger af kursgevinstloven.

Det følger af ordlyden af SEL § 11, stk. 2 in fine, at gælden skal opgøres som kursværdien ved indkomstårets udløb.

Årsregnskabsloven indeholder ikke specifikke regler vedrørende værdiansættelsen af gældsposterne. Forsigtighedsgrundsætningen medfører, at gældsposter skal være udtryk for den gæld, der skal betales. Ikke realiserede kursgevinster, som følge af foruddiskontering af en ringere pengeværdi på forfaldstidspunktet, kan ikke vises ved en reducere af gældsbeløbet. Kravet om opdeling i kort- og langfristet gæld forudsætter også, at alle gældsbeløb optages uden diskontering af inflationsvirkning mv.

I skattemæssig sammenhæng må værdiansættelsen af den relevante gæld ske ud fra principperne i værdiansættelsescirkulæret, jf. CIR nr. 185 af 17.11. 1982, når ikke andet er anført. Det fastslås heri, jf. pkt. 44, at værdiansættelsen af passiver normalt ikke giver anledning til tvivl, idet de normalt ansættes efter pålydende (pari). Dette antages også at gælde egentlige gældsforpligtelser. I situationer, hvor tynd kapitalisering typisk er aktuelt, vil store dele af gælden bestå af kontant anfordringsgæld, der således umiddelbart kan medregnes til pari ved opgørelsen af den relevante gæld i henhold

⁵⁵⁸ Se Michael Tell: Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter, 2012, p. 74.

⁵⁵⁹ I spm. 6, bilag 15 til L 53 (1998), blev der spurgt om, hvorvidt lånetilbud fra uafhængig bank udgør tilstrækkelig dokumentation. Skatteministeren svarede hertil, at dette afhænger af de konkrete omstændigheder. I et bindende svar af 21/11-00, j.nr. 99/00-4339-00230 har Ligningsrådet dog umiddelbart accepteret, at et eksternt lånetilbud udgjorde tilstrækkelig dokumentation, konkret i sammenhæng med en koncernintern provisionsbetaling for sikkerhedsstillelse til koncernforbundne selskaber. Sagen er analyseret af Jakob Bundgaard i SR-Skat 2001, p. 83 ff. I SKM 2008.171 SR/TIS 2008, 599 SR, går Skatterådet formentlig for langt for at anerkende eksterne lånetilbud som tilstrækkelig dokumentation, idet den blotte mulighed for at optage tilsvarende lånefinansiering er anset for at være tilstrækkeligt, uagtet at vilkårene herfor ikke svarer til de aktuelt forekommende vilkår ved de koncerninterne lån.

⁵⁶⁰ Se for konkret anvendelse af dette udsagn SKM 2008.917 SR.

⁵⁶¹ Se også SKM 2008.917 SR samt Michael Tell: Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter, 2012, p. 122 ff.

til SEL § 11, stk. 2. Dog forekommer der i praksis ofte mere brogede situationer, hvorved enkeltposterne må opgøres til kursværdien.

Da konvertible obligationer og obligationer tillige er omfattet af gældsbegrebet, skal sådanne også værdiansættes.

Såfremt gælden er i fremmed valuta, skal der foretages en omregning til danske kroner, ligeledes ved udløbet af debitorselskabets indkomstår.

2.1.2.12 Egenkapitalbegrebet

Af SEL § 11, stk. 3 følger, at egenkapitalen til brug for beregningen efter reglerne om tynd kapitalisering opgøres ved indkomstårets udløb som værdien af aktiver opgjort til handelsværdi med fradrag af gæld efter stk. 2. Egenkapital indskudt af den udenlandske ejerkreds medregnes kun i det omfang, den forbliver i selskabet i mindst to år. Bestemmelsens første led fastlægger, at egenkapitalen skal opgøres ved indkomstårets udløb som værdien af samtlige aktiver opgjort til handelsværdien med fradrag af gæld, jf. ovenfor om gældsbegrebet.

Der kan opstå visse forskelle mellem skatteretten og regnskabsretten, idet gældsbegrebet indgår ved opgørelsen af den skattemæssige egenkapital, jf. ovenfor. Hertil kommer det forhold, at tillige ikke bogførte aktiver formentlig skal medregnes til brug for denne således skatteretlige egenkapital, idet der i bemærkningerne til SEL § 11, stk. 3, er benyttet ordene *samlede aktiver*. Den relevante egenkapital til brug for SEL § 11 indebærer, som en følge af dette fortolkningsresultat, en medregning af såvel bogførte som ikke bogførte aktiver.

Det defineres ikke i SEL § 11 eller eksisterende fortolkningsbidrag hertil, hvad der skal forstås ved et aktiv, men anføres udelukkende, at samtlige aktiver skal medregnes ved opgørelsen af den skattemæssige egenkapital. Af denne årsag må der være et stort rum for fortolkning af aktivbegrebet. På denne baggrund må det regnskabsmæssige aktivbegreb i bredeste forstand kunne anvendes som udgangspunkt. Der findes dog modifikationer hertil.⁵⁶²

Udgangspunktet i forbindelse med beregning af egenkapitalen er, at de bogførte aktiver plus oparbejdet goodwill skal medregnes. Omkvalificeret gæld i henhold til SEL § 2 B skal tillige medregnes som egenkapital.⁵⁶³

Det må antages at være udgangspunktet i denne forbindelse, at enkeltaktiverne skal værdiansættes, som det er tilfældet på andre af skatterettens områder.

Spørgsmålet, om et selskab er tyndt kapitaliseret, afhænger ofte af værdien af aktier i udenlandske datterselskaber. Værdiansættelsen heraf skal ske til handelsværdi, men det er naturligvis spørgsmålet, hvordan en sådan værdi fastsættes.⁵⁶⁴ Det er særligt et spørgsmål, om udenlandske værdiansættelsesprincipper kan anvendes herunder i forbindelse med værdiansættelsen af goodwill. Det må antages, at en uvildig værdiansættelse i udlandet efter lokalt anerkendte principper også skal lægges til grund for den danske opgørelse vedrørende tynd kapitalisering.

Af SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. fremgår det krav, at egenkapital, der er indskudt af den udenlandske ejerkreds, kun skal medregnes i det omfang, den forbliver i debitorselskabet i mindst to år.⁵⁶⁵ Denne særlige regel er indsat for at modvirke, at ejerkredsen – for at få forholdet mellem gæld og egenkapital ned på eller under 4:1 – umiddelbart før udløbet af datterselskabets indkomstår indskyder egenkapital, som så hjemtages primo det følgende indkomstår.

Reglen i SEL § 11, stk. 3, 2. pkt., om karenperioden giver anledning til visse tvivlsspørgsmål, idet reglen formentlig er formuleret lidt uheldigt.⁵⁶⁶ Reglen i SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. har formentlig fået et videre anvendelsesområde end egentligt tiltænkt, idet flere transaktioner, der er båret af forretningsmæssige hensyn, kan medføre ændringer i egenkapitalen. Målet med bestemmelsen er jo netop at ramme sådanne situationer, hvor der umiddelbart efter en kapitalforhøjelse udloddes udbytte eller foretages en udlodning i forbindelse med en kapitalnedsættelse. Af denne årsag er reglen blevet kritiseret i litteraturen, hvori der tillige er blevet ytret behov for en særlig hensyntagen til forretningsmæssige omstruktureringer mv., eller som et mindstemål, at der ved udarbejdelsen af et cirkulære om reglerne blev beskrevet i hvilke situationer, ændringer af egenkapital medfører, at claw-back reglen finder anvendelse.⁵⁶⁷

2.1.2.13 Konsolideringsreglen

Ordet *konsolidering* introduceres i bemærkningerne til SEL § 11, stk. 4. I dette begreb ligger, at forholdet mellem gæld og egenkapital i henhold til SEL § 11, stk. 1, skal opgøres samlet, hvis der i koncernen findes flere danske selskaber. Det fremgår direkte af bestemmelsen, at der ved opgørelsen af forholdet mellem gæld og egenkapital skal ses bort fra visse poster. Det antages således, at der ved en konsolideret opgørelse skal foretages visse eliminerings for at foretage den samlede opgørelse af forholdet mellem gæld og egenkapital. Dette omfatter: (1) aktiebesiddelser i andre danske selskaber, (2) gæld og fordringer mellem disse danske selskaber, (3) sikkerhedsstillelse mellem parterne, og (4) rente og kurstab, der udspringer af denne gæld. De to førstnævnte udspringer direkte af ordlyden af § 11, stk. 4, mens bortseelsen fra sikkerhedsstillelse følger af administrativ praksis⁵⁶⁸, og slutteligt må det antages, at også renter og kurstab mellem disse selskaber skal elimineres ved en konsolideret opgørelse.⁵⁶⁹

I henhold til bemærkningerne til Lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101) er baggrunden for konsolideringsreglen, at man vil søge at undgå, at der kan ske omgåelse af reglerne i stk. 1-3, idet en koncern ved at indskyde yderligere selskaber kunne udtynde kapitalen, samtidig med at forholdet mellem gæld og egenkapital blev opretholdt i det enkelte datterselskab. Metodikken demonstreres i bemærkningerne til stk. 4. Denne effekt benævnes kaskadeeffekten (the cascade effect).

Den samlede fradragsbeskæring for selskaber omfattet af konsolideringsreglen *fordeles* mellem alle de danske datterselskaber i forhold til hvert datterselskabs andel af de samlede renteudgifter

⁵⁶² Se generelt herom Jakob Bundgaard: Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling, 2000, p. 164 ff.

⁵⁶³ Se kritisk herom Jakob Bundgaard i SU 2007.237.

⁵⁶⁴ Se fra praksis SKM 2007.473 LSR/TfS 2007, 945 LSR (appelleret), hvor Landsskatteretten undlod at lægge en syns- og skønserklæring til grund for værdiansættelse af norske børsnoterede aktier, idet børskursen blev lagt til grund som handelsværdi. Niklas Bjerggaard Andersen forholder sig kritisk til kendelsen i TfS 2007, 947, idet forfatteren ikke anser børskursen for korrekt at afspejle handelsværdien, idet aktierne var ejet af få større aktionærer og derfor kun blev handlet sjældent.

⁵⁶⁵ Se også Michael Tell: Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter, 2012, p. 100 ff.

⁵⁶⁶ Jf. Michael Sørensen i RR 1998/9, p. 32, Lars Cort Hansen i TfS 1998, 569 og Niels Josephsen i SU 1999.7.

⁵⁶⁷ Jf. Niels Josephsen i SU 1999.7 og Lars Cort Hansen i TfS 1998, 569 og i samme retning, men ikke direkte kritisk Michael Sørensen i RR 1998/9, p. 32.

⁵⁶⁸ Se SKM 2010.8 SR.

⁵⁶⁹ Jf. herved Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff i TfS 1999, 36.

og kurstab. Dette indbefatter også selskaber, hvor forholdet mellem egen- og fremmedkapital er mindre end 4:1. Fordelingen skal antageligvis ske efter elimineringen af interne danske renter og kurstab.

Som nævnt er udgangspunktet for fordelingsreglen efter SEL § 11, stk. 4, at fordelingen alene vedrører renteudgifter og kurstab vedrørende den kontrollerede gæld. SEL § 11, stk. 4, bliver dog af skatteministeren fortolket således, at der ikke gælder en maksimering for hvert enkelt selskab, men at denne i stedet gælder for hele den danske del af koncernen.⁵⁷⁰ Således kan hvert enkelt selskab blive begrænset for flere renteudgifter og kurstab, end de selv har afholdt henholdsvis lidt.

Med Lov nr. 321 af 31.3. 2004 er SEL § 11, stk. 4, påtænkt at være ændret således, at konsolideringsreglen kun skal finde anvendelse på danske selskaber, der også uden at inddrage de udenlandske aktionærer eller et eventuelt dansk ultimativt moderselskab kan anses for at være koncernforbundne. Hvis en koncern således driver flere grene af sin virksomhed i Danmark gennem datterselskaber eller faste driftssteder, burde konsolideringsreglen fremover alene finde anvendelse inden for den enkelte koncerngren i Danmark.

Efter vedtagelsen af Lov nr. 331 af 31.3. 2004 (L 119) er der opstået adskillige problemer vedrørende fastlæggelsen af konsolideringsreglens anvendelsesområde. Årsagen til, at man overhovedet kan så tvivl om den juridiske holdbarhed af den nyaffattede SEL § 11, stk. 4, ligger i samspillet med koncernbegrebet i KGL § 4, stk. 2.⁵⁷¹

SEL § 11, stk. 4, sidste pkt. henviser til, at der skal være tale om *koncernforbundne selskaber* enten uden inddragelse af udenlandske aktionærer eller uden inddragelse af ultimative danske moderselskaber. Hvad der skal forstås ved koncernforbundne selskaber, angives direkte i SEL § 11, stk. 4, 1. pkt., idet der utvetydigt henvises til definitionen i KGL § 4, stk. 2.⁵⁷²

SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. indebærer, at der netop skal ses bort fra visse aktionærer ved vurderingen af, om de danske selskaber er koncernforbundne, og dermed for vurderingen af, om der skal ske konsolidering af disse selskaber. Disse aktionærer, som der skal ses bort fra, kan imidlertid udgøre den fælles aktionærkreds. Udenlandsk ejede koncerner skal som følge heraf være koncernforbundne uden inddragelsen af samtlige udenlandske aktionærer. For danske koncerners vedkommende er reglen imidlertid formuleret sådan, at der skal foreligge koncernforbundne selskaber uden inddragelse af et eventuelt ultimativt dansk moderselskab. Dette må betyde, at der er forskel på de situationer, hvor konsolideringsreglen finder anvendelse, afhængigt af om den fælles aktionærkreds er hjemmehørende i Danmark eller i udlandet, idet der skal ses bort fra en bredere kreds af aktionærer ved udenlandske koncerner.

2.1.2.14 Faste driftssteder

I SEL § 11, stk. 5, findes den bestemmelse, der vedrører faste driftssteder. Det følger heraf, at udenlandske fysiske personer, der driver virksomhed i Danmark, gennem et fast driftssted, ikke er omfattet af SEL § 11. Udenlandske selskaber, der driver virksomhed gennem et fast driftssted, er derimod omfattet af bestemmelsen.

Der er ikke i bemærkningerne anført uddybende kommentarer til den nærmere forståelse af reglerne om tynd kapitalisering i relation til faste driftssteder.

Bestemmelsen i SEL § 11, stk. 5, omfatter først og fremmest lån til det faste driftssted fra det udenlandske selskabs hovedaktionær mv. Lån, der er ydet af uafhængige udenlandske fysiske eller juridiske personer til foretagendet som sådant, vil også skulle medregnes som gæld i det omfang, der er tale om gæld, der er stillet direkte eller indirekte sikkerhedsstillelse for af den kontrollerende kreds, såfremt gælden kan henføres til det faste driftssted efter de almindelige kriterier herom. Lån ydet af udenlandske koncernforbundne selskaber til selve foretagendet skal følgelig medregnes til det faste driftsstedes gæld, såfremt gælden kan henføres hertil efter de almindelige kriterier. Omfattet vil også være lån fra tredjemand i Danmark til hovedvirksomheden i udlandet, såfremt der er stillet direkte eller indirekte sikkerhed herfor af det udenlandske moderselskab til hovedvirksomheden. Med lovændringen ved Lov nr. 308 af 19.4. 2006, blev der til SEL § 11, stk. 5 tilføjet, at *lån fra tredjemand anses som kontrolleret gæld, når hovedkontoret hæfter for lånet*. Dette indebærer umiddelbart en væsentlig udvidelse af anvendelsesområdet for bestemmelsen, idet et udenlandsk selskabs hovedkontor typisk vil hæfte automatisk for lån, som optages af et fast driftssted. Også indlån, som bankkunder har i en udenlandsk banks danske filial, må derfor formentlig efter 3. pkt. i SEL § 11, stk. 5, anses for kontrolleret gæld. I skatteministerens bemærkninger til bestemmelsen er alene anført, at der er tale om en præcisering af gældende ret vedrørende tynd kapitalisering af udenlandske selskabers faste driftssteder i Danmark.⁵⁷³

Endelig skal det erindres, at der formentlig også skal ske konsolidering i henhold til SEL § 11, stk. 4, såfremt der er flere faste driftssteder.⁵⁷⁴

Det fremgår ikke udtrykkeligt af hverken ordlyden af SEL § 11, stk. 5, eller forarbejderne hertil, om også interne lån fra en udenlandsk hovedvirksomhed til det faste driftssted i Danmark er omfattet.⁵⁷⁵ Det er i denne forbindelse udelukkende lån, for hvilke der i medfør af selvstændighedsfiktionen skal beregnes fiktive armslængde renter, der anses som kontrolleret gæld. I situationer, hvor der ikke skal beregnes fiktive armslængde renter ved interne lån grundet begrænsningen af fiktionen om det faste driftsstedes selvstændighed, er det afgørende, om der er tale om gæld til selskabets hovedaktionær mv. eller ej.

⁵⁷⁰ Jf. svaret i bilag 19 til Lov nr. 1026 af 23.12. 1999 (L 53) og bemærkningerne til Lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101).

⁵⁷¹ Se herom Jakob Bundgaard i SU 2004.207, Jan Guldmand Hansen i TfS 2005, 153 og Michael Tell: Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter, 2012, p. 134 ff.

⁵⁷² De øvrige dele af SEL § 11 anvender samme begreb qua henvisningen til LL § 2, jf. bemærkningerne til L 101 (Lov nr. 432 af 26.6.1998), der indførte LL § 2, og i bemærkningerne til L 84 (Lov nr. 131 af 25.2.1998), der indførte SKL § 3 B. Heraf følger det, at disse regler også omfatter koncernforbundne selskaber. Det anføres, at der ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, der kontrolleres af samme kreds af aktionærer, jf. tilsvarende principperne i KGL § 4, stk. 2.

⁵⁷³ Dette kritiseres af Pia Konnerup & Niels Winther-Sørensen i SU 2006.245, særligt henset til, at det i den skatteretlige teori var en udbredt opfattelse, at et fast driftsstedes kontrollerede gæld ikke omfattede al gæld til uafhængige långivere, jf. Niels Josephsen i SU 1999.7, Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, p. 434, og Jakob Bundgaard: Tynd Kapitalisering, 2000, p. 202 f.

⁵⁷⁴ Henvisningen i SEL § 11, stk. 4 til KGL § 4, stk. 2, giver ikke mening i alle sammenhænge, men når der henses til formålet med SEL § 11, stk. 5, er der næppe tvivl om, at der også skal ske konsolidering i de nævnte tilfælde.

⁵⁷⁵ Se SKM 2008.917 SR, hvor det bekræftes, at det alene er filialens gæld og egenkapital, der indgår efter SEL § 11, stk. 5, og at gæld til hovedkontoret skal behandles som egenkapital og ikke som gæld.

Lån, som det udenlandske selskabs faste driftssted selv har optaget, og lån, som hovedkontoret har optaget hos en uafhængig tredjemand til gavn for det faste driftssted, må i henhold til SEL § 11 anses for at udgøre ikke-kontrolleret gæld for det faste driftssted, men det fremstår usikkert.

Faste driftssteder har ikke nogen egentlig egenkapital. Af denne årsag udgør det et selvstændigt problem, hvorledes gæld og egenkapital opgøres i henhold til SEL § 11. Det må antages, at det i relation til vurderingen af egenkapitalkravet på 20% alene er det faste driftssteds "egenkapital", der skal tages i betragtning, jf. SEL § 11, stk. 5.⁵⁷⁶

2.1.2.15 Bevisbyrde

Da der med SEL § 11 er blevet indført en objektiv regel, har skattemyndighederne så at sige løftet deres bevisbyrde, ved at debitorselskabets solvens er under 20%. Det følger af ordlyden af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., at fradragsbeskæringen bortfalder i det omfang, selskabet eller foreningen *godtgør*, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter. Herved ses det, at bevisbyrden falder over på skatteyderne i det omfang, debitorselskabet er tyndt kapitaliseret, idet der er skabt en formodningsregel, der indebærer, at gældsfinansiering ud over 80% er skattemotiveret.

2.1.2.16 Er den ønskede EU-konformitet opnået?

Det var genstand for ganske megen debat under behandlingen af Lov nr. 321 af 31.3.2004 (L 119), om forslaget medførte regler, der fortsat er i strid med EU-retten.⁵⁷⁷ Særlig interessant er i denne forbindelse reglen, hvorefter en dansk kreditor fritages for beskatning af renteindtægter, som debitor ikke har haft fradrag for som følge af SEL § 11. Denne regel må siges at udgøre det mest kontroversielle element i den nugældende formulering af reglerne om tynd kapitalisering.

For det første kan man stille det spørgsmål, om en sådan udstrækning til nationale forhold overhovedet er en nødvendighed for at komme i overensstemmelse med EU-retten. Dette spørgsmål er særligt aktuelt i lyset af EF-domstolens dom i Sag C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*.

Dernæst kan man stille det spørgsmål, om EU-retten fortsat krænktes i de tilfælde, hvor der sker en korrektion i Danmark som følge af reglerne om tynd kapitalisering, samtidig med at renteindtægten beskattes i en anden EU-stat.⁵⁷⁸ En rent dansk koncern opnår jo skattefrihed hos kreditor i samme situation.

Skatteministeren affærdiger den EU-retlige indsigelse i bilag 21. Spørgsmålet kan dog formentlig ikke uden videre affærdiges hermed. Det er således et uafklaret spørgsmål, om nationale regler om tynd kapitalisering som følge af proportionalitetsprincippet skal sørge for, at der sker ophævelse af en potentiel økonomisk dobbeltbeskatning. Spørgsmålet er navnlig opstået som følge af Kommissionens argumenter i *Lankhorst-Hohorst* sagen, jf. præmis 35. Domstolen tog dog ikke stilling til dette argument.⁵⁷⁹

I lyset af nyere praksis fra EU-domstolen findes der nu gode argumenter for at anse ophævelsen af dobbeltbeskatning, som følge af en anderledes skatteretlig behandling i andre medlemsstater, for blot at være udslag af manglende harmonisering og derfor ikke udtryk for en diskrimination.⁵⁸⁰

2.2 Fradragsbeskæring efter en renteloftsregel og en EBIT-regel

2.2.1 Generelt

Som led i det massive politiske fokus der i 2007 var på kapitalfondenes fremmedkapitalfinansierede opkøb af danske virksomheder, blev der introduceret en række markante ændringer i dansk skatteret, blandt andet med det formål at reducere den skattemæssige fordel ved finansiering med fremmedkapital, jf. Lov nr. 540 af 6.6. 2007 (L 213). Baggrunden var særligt, at udenlandske selskaber (herunder primært kapitalfonde) havde foretaget mange virksomhedsopkøb i Danmark, hvor omkostningerne blev placeret i Danmark, mens indtægterne blev placeret i udlandet.⁵⁸¹ Der har særligt været fokus på den opkøbsmodel, hvorefter aktiekøb sker gennem lokale holdingselskaber, som optager gæld til opkøbet og som via sambeskatning med targetselskabet kraftigt nedbringer skattebetalingerne i Danmark.⁵⁸² Dette har resulteret i nogle yderst tekniske bestemmelser i SEL § 11 B og SEL § 11 C.⁵⁸³

⁵⁷⁶ Der er ikke i praksis taget stilling hertil, men i SKM 2004.125 LSR/TfS 2004, 314 LR har Ligningsrådet i en konkret sag fundet, at en fordring i et dansk selskab omfattet af SEL § 2 A (og dermed omkvalificeret til et fast driftssted i skatteretlig henseende) hos dettes amerikanske moderselskab ikke kunne anses for at være en fordring i skatteretlig henseende, idet der måtte være tale om en intern ydelse mellem et hovedkontor og dettes faste driftssted. Afgørelsen er kritiseret af Lasse Esbjerg Christensen & Anders Endicott Pedersen har i TfS 2005, 319, men forsvaret at Niels Winther-Sørensen i TfS 2005, 384.

⁵⁷⁷ Se også Michael Tell: *Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter*, 2012, p. 323 ff.

⁵⁷⁸ Et sådant standpunkt forfægter Advokatrådet i sit høringssvar til det første udkast til EU-pakken, FSR i bilag 16 til L 119 og Nikolaj Vinther & Erik Werlauff i SU 2003.354 og TfS 2004, 242.

⁵⁷⁹ Problemstillingen er tillige blevet debatteret i tysk ret. Otmar Thömmes betvivler således, at medlemsstaterne kan opretholde unilaterale regler om tynd kapitalisering uden hensyntagen til beskatningen/behandlingen i kreditorstaten, jf. *Der Betrieb* 2002, p. 2397 ff (p. 2402). Samme konklusion nås af Otmar Thömmes, Robert Stricof & Katja Nakhai i *Intertax* 2004, p. 126 ff (p. 135 ff), hvor det anføres, at Domstolen må forventes at inddrage potentiel dobbeltbeskatning som en restriktion ved fremtidig praksis. Samme konklusion når Wolfgang Kessler i *Der Betrieb* 2003, p. 2507 ff (p. 2512 ff), men fokuserer nedad i koncernen i stedet for den potentielle dobbeltbeskatning som følge af en samtidig beskatning i moderselskabsstaten.

⁵⁸⁰ Se eksempelvis Sag C-513/04 *Keckhaert & Morres*, hvor EF-domstolens anerkendte belgiske regler vedrørende indgående udbytter til fysiske personer i Belgien, hvorefter nationale udbytter blev beskattet med samme sats som udenlandske udbytter uden hensyntagen til udenlandsk kildebeskatning heraf (dvs. uden credit-lempe). I præmis 17 betones særligt, at der ikke forelå en forskelsbehandling i Belgien. Samtidig blev det fremhævet i præmis 19, at der ikke var tale om en forskelsbehandling gennem sammenbeskatning af ikke-sammenlignelige forhold, blot fordi udbytterne hidrørte fra et selskab beliggende i en medlemsstat, som blot udnytter som fiskale suverænitet til at gennemføre kildebeskatning. Særligt principielt er domstolens udtalelse i præmis 20, hvor der fremgår, at de negative konsekvenser der kunne fremkomme som følge af det belgiske skattesystem i sagen er et resultat af den parallelle udøvelse af fiskal suverænitet hos to medlemsstater. Endelig blev det udtalt i præmis 22, at EU-retten ikke på sit nuværende stade ikke indeholder generelle kriterier vedrørende fordeling af beskatningskompetence med henblik på at ophævelse af dobbeltbeskatning.

⁵⁸¹ Jf. de almindelige bemærkninger til Lov nr. 540 af 6.6. 2007 (L 213).

⁵⁸² Jf. bemærkningerne til L 213, pkt. 2.3.

⁵⁸³ Se herom Bjarne Gimsing & Carina Marie Korsgaard i SU 2007.234, Carina Marie Korsgaard i RR 2007/8, p. 42 ff, Claus Bilberg Jensen i RR 2008/6, p. 52 ff og samme i UfS 2008, p. 2579 ff, Kim Wind Andersen i SpO 2007, p. 247 ff, John Bygholm i SR-Skat 2007, p. 203 ff, Lars Lysdahl

Herefter kan selskabers rentefradrag blive begrænset efter tre forskellige regelsæt i nævnte rækkefølge: (1) reglerne om tynd kapitalisering, (2) reglerne om renteløftet (rangfølgen følger af SEL § 11 B, stk. 9) og (3) efter en særlig EBIT-regel (rangfølgen følger af SEL § 11 C, stk. 1). Rækkefølgen betyder blandt andet, at beskårne renteudgifter og kurstab efter SEL § 11 ikke vil indgå ved SEL § 11 B, idet der er tale om ikke fradragsberettigede udgifter.

2.2.2 Renteløftsreglen

2.2.2.1 Hovedtræk

Bestemmelsen i SEL § 11 B har medført et loft over selskabers fradrag for finansieringsudgifter svarende til en standardforrentning af den skattemæssige værdi af driftsaktiverne i selskabet. Finansieringsudgifter herudover anses ikke for at vedrøre den skattepligtige indkomst og fradragsbeskæres derfor. Bestemmelsen finder dog kun anvendelse for selskaber med nettofinansieringsudgifter, der overstiger 21,3 mio. kr. årligt.

Uanset, at indgrebet ofte benævnes "kapitalfondsindgrebet" finder reglerne generelt anvendelse for danske selskaber, hvor renteudgifterne ikke vedrører dansk skattepligtig indkomst.

Renteløftsreglen er udformet som en variant af reglerne om tynd kapitalisering, der fjerner rentefradrag for gæld, som overstiger den skattemæssige værdi af aktiverne. Til forskel fra de hidtidige regler om tynd kapitalisering omfatter rentebeskræringen al gæld, herunder tredjemandsgæld. Aktivernes værdi opgøres på grundlag af skattemæssige værdier af aktiverne, mens aktier som udgangspunkt ikke medregnes, dog med undtagelse af 2,5%% (2016) af værdien af aktierne i udenlandske datterselskaber. Der fastsættes årligt en standardrente (3,4% i 2016).

2.2.2.2 Omfattede selskaber

Renteløftsreglen omfatter alle selskabsbeskattede debitorer, jf. SEL § 11 B, stk. 1.⁵⁸⁴ Dette gælder selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2a, 2d-i, 3a-6, § 2, stk. 1, litra a og b (dvs. faste driftssteder og faste ejendomme) samt kulbrinteskattelovens § 21, stk. 4. Omfattet heraf er også udenlandske selskaber med ledelsens sæde i Danmark, jf. SEL § 1, stk. 6, og udenlandske selskaber undergivet frivillig international sambeskatning, jf. SEL § 31 A. Derimod fremgår det af bemærkningerne, at renteløftet ikke gælder for udenlandske CFC-selskaber, jf. SEL § 32⁵⁸⁵ og udenlandske datterselskaber omfattet af skyggesambeskatning. Kooperationsbeskattede enheder omfattes ikke af renteløftsreglen.

2.2.2.3 Rentefradragsbeskræringen

Rentebeskræringen gennemføres ved, at selskaber m.v. alene kan fradrage nettofinansieringsudgifter i det omfang, de ikke overstiger den skattemæssige værdi af selskabets aktiver ganget med en standardforrentningssats (standardrente), jf. SEL § 11 B, stk. 2.

Hvis der sker fradragsbeskræring af nettofinansieringsudgifter, anses kurstab på gæld og finansielle kontrakter altid for beskåret først, jf. SEL § 11 B, stk. 1. Denne særlige regel skal ses i sammenhæng med den indførte tidsbegrænsede ret til fremførsel af kurstab, jf. SEL § 11 B, stk. 10. Af denne bestemmelse følger således, at beskårne kurstab kan fradrages i kursgevinster i de følgende tre indkomstår. Modregningen skal foretages i de efterfølgende indkomstårs bruttokursgevinster, som således nedbringer fremførsels-saldoen. Ydermere kan beskårne urealiserede kurstab på en renteswap vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom fremføres i hele kontraktens løbetid, og derved potentielt udover tre indkomstår, til fradrag i urealiserede kursgevinster på samme kontrakt og i realiserede kursgevinster på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører. Kurstab fremføres i begge tilfælde samlet hos et eventuelt administrationsselskab i en sambeskatning.

2.2.2.4 Standardrenten

Standardrenten beregnes årligt på grundlag af et simpelt gennemsnit af den af Danmarks Nationalbank opgjorte kassekreditrente for ikke-finansielle selskaber i månederne juli, august og september forud for det til indkomståret svarende kalenderår og opgørelsesmetode følger Den Europæiske Centralbanks forordning (EF) nr. 63/2002 af 20. december 2001 vedrørende statistik over de monetære finansielle institutioners rentesatser på indlån fra og udlån til husholdninger og ikke-finansielle selskaber jf. SEL § 11 B, stk. 2. Standardrenten offentliggøres senest den 15. december forud for det til indkomståret svarende kalenderår. For 2016 udgør standardrenten 3,4%.

2.2.2.5 Grundbeløb

Rentebeskræringen kan i alle tilfælde maksimalt nedbringe indkomstårets fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter til et grundbeløb på 21,3 mio. kr. Hvis et selskab ikke beskattes i hele indkomståret nedsættes grundbeløbet i forhold til, hvor stor en del beskatningsperioden udgør af et kalenderår. Ligeledes forhøjes grundbeløbet, såfremt indkomståret er længere end et kalenderår.

Hvis selskabet opgør indkomsten efter tonnageskatteloven, nedsættes grundbeløbet med den del, som den regnskabsmæssige værdi af egne aktiver tilknyttet tonnagebeskattet rederivirksomhed udgør af den samlede regnskabsmæssige værdi af egne aktiver, jf. SEL § 11 B, stk. 3.

2.2.2.6 Nettofinansieringsudgifter

Begrebet nettofinansieringsudgifter indtager en central rolle i renteløftsreglen. Begrebet er defineret i SEL § 11 B, stk. 4, som den eventuelle negative sum af følgende indtægter og udgifter:⁵⁸⁶

& Søren Sønderholm i SR-Skat 2007, p. 296 ff., Thomas Rønfelt i SpO 2008, p. 65 ff. og en udførlig analyse i Michael Tell: Fradragsbeskræring af finansieringsudgifter, 2012. Se Michael J. Graetz i Bulletin 2008, p. 486 ff., med et forslag om en multilateral løsning på den stigende kompleksitet og skatteudnyttelse forbundet med internationale låneforhold. De danske regler om renteløft er blevet kritiseret ud fra EU-retlige overvejelser, jf. Thomas Rønfelt i SpO 2008, p. 77 ff. og Michael Tell: Fradragsbeskræring af finansieringsudgifter, 2012, p. 333 ff.

584 Livsforsikringselskaber er specifikt undtaget, jf. SEL § 11 B, stk. 11.

585 Jf. L 213, ad § 1, nr. 5. Der er næppe hjemmel til at anse CFC-selskaber for at være omfattet af SEL § 1. Den præcise rækkevidde af udsagnet er uafklaret, herunder om renteløftsreglen finder anvendelse ved vurderingen af om et udenlandsk selskab opfylder CFC-betingelserne. Sara Stenz Zahle & Søren Steenholdt antager i SR-skat 2007, p. 481, at såvel renteløftsreglen som EBIT-reglen finder anvendelse ved opgørelsen af CFC-indkomsten og datterselskabets samlede indkomst.

586 Med definitionen er det tilstræbt, at der ikke vilkårligt kan foretages en omkvalificering af andre indtægter/udgifter til nettofinansieringsudgifter og omvendt, jf. bemærkningerne til § 1, ad stk. 4 i L 214. Hertil kommer, at Skatteministeren samme sted antager, at der gælder en generel adgang til at omkvalificere det aftalte mellem konkret interesseforbundne parter, til hvad der ville være aftalt, hvis der havde været modstående interesser. Det udtales, at der ikke kan ske konvertering af renteudgifter til en højere kontantpris uden renter, og at der ikke kan ske konvertering af andre indtægter til renteindtægter. Dette udsagn læner sig meget tæt op ad en egentlig omgælseslære, og det kan da heller ikke antages at adgangen til omkvalificering

1. Skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter. Renteindtægter fra varedebitorer m.v. og renteudgifter til varekreditorer medregnes dog ikke.
2. Provisioner og lign., der er fradragsberettigede efter LL § 8, stk. 3, og de modsvarende skattepligtige provisioner. Provisioner m.v. vedrørende varegæld m.v. eller varefordringer m.v. indgår dog ikke.
3. Skattepligtige gevinster og fradragsberettigede tab på fordringer, gæld og finansielle kontrakter omfattet af KGL. Følgende medregnes ikke:
 - Gevinst og tab på varekreditorer og varedebitorer.
 - Tab og gevinst for næringsdrivende med køb og salg af fordringer og finansieringsnæring (herunder pengeinstitutter), hvis medkontraenten ikke er koncernforbundet, jf. SEL § 31 C.
 - Tab og gevinst på obligationer udstedt til finansiering af fornævnte næringsdrivendes fordringer samt finansielle kontrakter i tilknytning hertil.
 - Gevinst og tab på terminskontrakter, som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, herunder i sambeskattede selskaber. Som eksempel nævnes i bemærkningerne en kontrakt til sikring mod stigende oliepriser, som ikke anses for at vedrøre selskabet finansiering. Dette forhold modificeres dog, hvis den skattepligtige udøver næring med køb og salg af fordringer og finansielle kontrakter eller driver næringsvirksomhed ved finansiering, eller hvis medkontraenten er koncernforbundet, jf. SEL § 31 C.
 - Urealiserede kursgevinster på en renteswap vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom. Disse fremføres i stedet til modregning i urealiserede kurstab på samme kontrakt og i realiserede kurstab på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører.
4. En beregnet finansieringsomkostning ved finansielle leasingbetalinger medregnes hos leasingtager, mens leasinggiver medregner en beregnet finansieringsindtægt. Bestemmelsen kan sikre mod, at lån blot erstattes af leasing, hvorfor rentedelen af leasingydelse skal medregnes ved beskættelsen af nettofinansieringsudgifterne. Lånerenten fastsættes på samme måde som i de internationale regnskabsstandarder, jf. IAS 17. Lånerenten kan dog efterprøves af SKAT. Leasinggiver og leasingtager skal kunne sandsynliggøre lånerenten. Finansiell leasing som begreb afgrænses tillige i overensstemmelse med IAS 17.
5. Skattepligtig fortjeneste og udnyttede tab ved afståelse af aktier m.v. omfattet af ABL samt skattepligtige udbytter og skattepligtige afståelsessummer omfattet af LL § 16 B.

Denne bestemmelse skal ses i sammenhæng med formålet om at beskære finansieringsudgifter, der finansierer skattefrie indkomster. Såfremt aktierne skaber skattepligtig indkomst nedbringer disse nettofinansieringsudgifterne, og derved en potentiel fradragsbeskæring. En negativ nettosum reducerer ikke nettofinansieringsudgifterne, men fremføres til modregning i nettoaktieindkomst i efterfølgende indkomstår. Uanset nr. 1-5, fremgår det dog af nr. 6, at finansieringsindtægter og -udgifter, der medregnes som følge af CFC-beskatning i SEL § 32 eller som følge af genbeskatning, ikke skal indgå i opgørelsen af nettofinansieringsudgifter.⁵⁸⁷

Med lov nr. 98 af 10.2. 2009 indførtes det, at der ikke sker fradragsbeskæring, i det omfang nettofinansieringsudgifterne består af nettokurstab på fordringer, som overstiger indkomstårets renteindtægter. Denne ændring skal forhindre, at i øvrigt velkonsoliderede koncerner vil miste fradragsretten for kurstab som følge af renteløftet, hvis der opstår kurstab på obligationsbeholdninger ved generelle rentestigninger.⁵⁸⁸ I stedet fremføres disse nettokurstab på fordringer til modregning i nettokursgevinster på fordringer samt renteindtægter i senere indkomstår.

2.2.2.7 Opgørelse af selskabets aktiver

Det fremgår af SEL § 11 B, stk. 5, at renteløftet beregnes på baggrund af den skattemæssige værdi af selskabets aktiver ved indkomstårets udløb.⁵⁸⁹ *Afskrivningsberettigede aktiver* indgår med den nedskrevne værdi.⁵⁹⁰ *Ikke-afskrivningsberettigede aktiver* indgår med anskaffelsessummen tillagt udgifter til forbedringer. FSR forespurgt, under det lovforberedende arbejde, om aktiver i udenlandske filialer og fast ejendom i udlandet skulle medregnes i aktivmassen som *ikke-afskrivningsberettigede aktiver*. Skatteministeren svarede herpå, at aktiver allokert til faste driftssteder i udlandet og fast ejendom i udlandet kun medregnes i aktivopgørelsen, såfremt der er valgt international sambeskatning.⁵⁹¹ Det er dog tvivlsomt, om der er hjemmel til en sådan fortolkning, herunder om en sådan fortolkning er forenelig med etableringsfriheden i EUF-traktaten.⁵⁹²

Der er direkte angivet en række undtagelser, hvorefter visse aktiver ikke anses for at være aktiver i denne henseende. Undtagelsen gælder:

- Aktier, jf. dog nedenfor om udenlandske selskaber.
- Fordringer.
- Finansielle kontrakter omfattet af KGL.
- Præmieobligationer.
- Likvider.
- Aktiver, der er omfattet af beskatning efter tonnageskatte-loven.

Derimod medregnes nettoværdien af igangværende arbejder for fremmed regning, som et aktiv, jf. SEL § 11 B, stk. 5, 5. pkt. Der sigtes her til de situationer, hvor arbejderne er aktiveret, og der ikke

er bredere, end hvad der følger af hidtidig retspraksis om fordelingskorrektioner, jf. herom eksempelvis Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff: *Armslængdeprincippet & Transfer pricing*, 2001, p. 384 ff.

587 Denne bestemmelse er ret beset overflødig for CFC-selskabers vedkommende, idet indkomst fra et CFC-selskab næppe skal opdeles i de enkelte indkomstarter hos datterselskabet, idet hele indkomsten blot anses for at være skattepligtig indkomst hos moderselskabet. Eksempelvis vil en renteindtægt i et CFC-selskab ikke kunne udgøre en renteindtægt for et moderselskab, idet moderselskabet ikke er i besiddelsen af den forudsatte fordring.

588 Jf. pkt. 2.2.1. til L 23 2008-09.

589 Se også generelt Michael Tell: *Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter*, 2012, p. 191 ff.

590 Dette gælder også bygninger og installationer. Afskrivningerne medfører, at rentefradraget begrænses. Baggrunden er, at der kun er behov for at finansiere udgifter, der ikke er trukket fra, jf. bemærkningerne til L 213, ad stk. 5. Det anføres, at den indkomst, der opnås fradrag i som følge af afskrivningen, burde bruges til at afdrage gælden med eller til reinvestering, hvorfor det antages, at gælden ikke længere vedrører driften, hvis ikke dette sker. Anvendelsen af skattemæssige værdier skal forhindre dobbeltfradrag ved afskrivning og rentefradrag.

591 Se bilag 15 og 26 til L 213.

592 Se herom Michael Tell i SU 2012, 272.

er modtaget acontobetaling. Tilsvarende medregnes værdien af igangværende arbejder, næringsaktiver, varelagre og fordringer vedrørende varedebitorer ved aktivopgørelsen i det omfang, hvor med værdien overstiger værdien af gæld opstået ved køb af varer og tjenesteydelser i forbindelse hermed. Med Lov nr. 98 af 10.2.2009 (L 23) er bestemmelsen udvidet til at omfatte fordringer erhvervet ved salg af rene tjenesteydelser som aktiver.

Endvidere indgår fremførbare underskud efter SEL § 12 som et aktiv.⁵⁹³ Endvidere indgår den regnskabsmæssige værdi af finansielt leasede aktiver som et aktiv hos leasingtageren.⁵⁹⁴ Derimod indgår det samme aktiv ikke som et aktiv hos leasinggiveren.

Aktiver, der er indskudt af udenlandske koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 C, medregnes kun som aktiver, i det omfang aktiverne bliver i selskabet i mindst to år. Denne bestemmelse svarer til karensreglen i SEL § 11 om tynd kapitalisering. Hvis der er valgt international sambeskatning medregnes de indskudte aktiver dog altid.

2.2.2.8 Særligt om datterselskabsaktier

En markant modifikation til udgangspunktet om, at aktier ikke udgør aktiver i forhold til renteloftsreglen, findes i SEL § 11 B, stk. 6, hvorefter aktier i koncernforbundne selskaber også i et vist omfang kan medregnes ved opgørelsen af den skattemæssige værdi af selskabets aktiver, der indgår ved beregningen af loftet for rentefradrag. Med denne regel er det muligt i et vist omfang at lånefinansiere opkøb af erhvervsmæssige aktiviteter i udlandet.⁵⁹⁵

Dette udtrykkes i SEL § 11 B, stk. 6, således, at der til den skattemæssige værdi af selskabets aktiver medregnes 2,5% p.a. (2016) af en samlet saldo for anskaffelsessummen for selskabets direkte ejede aktier i koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 C, som ikke indgår i sambeskatning. Hermed ses, at der primært sigtes til udenlandske datterselskaber, som typisk ikke indgår i sambeskatning. Med skattereformen, jf. L 202 som vedtaget 28.5. 2009, er saldoen ophævet og udfases løbende indtil 2017, jf. SEL § 11 B, stk. 12. Aktier i sambeskattede selskaber medregnes ikke, men derimod indgår aktiverne i disse selskaber ved en samlet beregning af renteloftet.

Anskaffelsessummen for aktier, der er erhvervet fra et koncernforbundet selskab eller ved kapitalforhøjelse i et koncernforbundet selskab, tillægges ikke saldoen. Dette fraviges dog, hvis det kan dokumenteres, at en kapitalforhøjelse i et direkte ejet selskab er sket med henblik på indirekte anskaffelse af et selskab uden for koncernen, jf. SEL § 31 C.⁵⁹⁶ I sådanne tilfælde medregnes anskaffelsessummen på tidspunktet for den indirekte anskaffelse, jf. SEL § 11 B, stk. 6, 4. pkt. Der kan i disse tilfælde maksimalt til saldoen medregnes det mindste beløb af fem gange den indskudte kapital og det beløb, der ville skulle medregnes, hvis selskabet var erhvervet direkte af et selskab, der indgår i sambeskatningen.

Der er fastsat en række justeringer af stk. 6-saldoen, som medfører, at saldoen skal nedsættes. Justeringerne skal blandt andet ses i lyset af, at stk. 6-saldoen er udtryk for en fravigelse fra hovedreglen, om at aktier ikke medregnes som aktiver efter renteloftsreglen, og at der derfor består et incitament til at oppuste værdien af datterselskabsaktierne.⁵⁹⁷ Saldoen nedsættes med:

1) Handelsværdien på anskaffelsestidspunktet af aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark, der ejer direkte eller indirekte af det direkte ejede selskab. Baggrunden herfor er, at disse aktiver allerede er medregnet som omfattede aktiver efter renteloftsreglen.

2) Handelsværdien på anskaffelsestidspunktet af selskabets udlejningsejendomme, kontanter, værdipapirer el. lign, jf. ABL § 34, stk. 6.

3) Værdien af efterfølgende direkte eller indirekte anskaffelser af aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark.

4) Afståelsessummen for aktier i det direkte ejede selskab og dette selskabs direkte eller indirekte ejede aktier i koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 C. Dette modificeres dog, for så vidt angår overdragelser til sambeskattede selskaber. Afståelsessummen fratrækkes værdien af det afståede selskabs direkte eller indirekte ejede aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark. Baggrunden herfor er, at der ikke består et finansieringsbehov, hvis der alene er tale om at flytte aktiver rundt indenfor koncernen.

5) Afståelsessummen for virksomhed i det direkte ejede selskab og virksomhed i dette selskabs direkte og indirekte ejede koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 C. Dette modificeres dog, for så vidt angår overdragelser til sambeskattede selskaber. Afståelsessummen for virksomheden fratrækkes værdien af virksomhedens direkte eller indirekte ejede aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark.

6) Udlodninger fra det direkte ejede selskab til sambeskattede selskaber og faste driftssteder, der overstiger kontanter mv. og afståelsessummen, der har nedsat saldoen efter nr. 2, 4 og 5.

7) Udlodninger af udbyttepræferenceaktier i det direkte ejede selskab eller selskaber, hvori dette selskab direkte eller indirekte ejer aktier, til koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 C, der ikke indgår i sambeskatningen, i det omfang de sambeskattede selskaber og faste driftssteder har en mindre direkte eller indirekte ejerandel i det udbyttemodtagende selskab end i det udbytteudloddende selskab.

8) Tilskud fra det direkte ejede selskab eller selskaber, hvori dette selskab direkte eller indirekte ejer aktier, til selskaber og faste driftssteder, der indgår i sambeskatningen, og til koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 C, der ikke indgår i sambeskatningen, i det omfang de sambeskattede selskaber og faste driftssteder har en mindre direkte og indirekte ejerandel i det tilskudsmodtagende selskab end i det tilskudsydende selskab. Rationalet bag denne regel og nedsættelse for så vidt angår udbytter er, at finansieringsbehovet for et selskab må antages at blive reduceret gennem sådanne dispositioner.⁵⁹⁸ Bestemmelserne medfører, at anskaffelsessummen ikke kan fastholdes ved beregningen, selv om værdierne er flyttet fra det pågældende selskab til andre koncernforbundne selskaber.

Hvis et selskab ikke beskattes i hele indkomståret, medregnes aktiver ved opgørelse af selskabets aktiver i forhold til, hvor stor en del beskatningsperioden udgør af et kalenderår, jf. SEL § 11 B, stk. 7.

⁵⁹³ Der medregnes de underskud, der ville være fremførselsberettigede uden fradragsbeskæring efter SEL §§ 11 og 11 C.

⁵⁹⁴ Hvis der er tale om leasing mellem sambeskattede selskaber anvendes den skattemæssige værdi i stedet for den regnskabsmæssige værdi.

⁵⁹⁵ Jf. bemærkningerne til stk. 6 i L 213, p. 43.

⁵⁹⁶ Med lovforslag L 23 af 8.10. 2008 er det foreslået, at denne bestemmelse ændres således, at det for såvel kapitalforhøjelser som direkte aktieerhvervelser er afgørende, at aktierne i targetselskabet købes fra en ikke-koncernforbundet part. Baggrunden for ændringen er hensynet til at modvirke visse utilsigtede uhensigtsmæssigheder, der opstår ved opkøb gennem joint ventures, jf. pkt. 2.2.3.1. i bemærkningerne til L 23 af 8.10. 2008.

⁵⁹⁷ Jf. bemærkningerne til stk. 6 i L 213, p. 44.

⁵⁹⁸ Jf. bemærkningerne til stk. 6 i L 213, p. 43.

2.2.2.9 Sambeskattede selskaber

Når der er tale om sambeskattede selskaber, skal aktiverne beregnes konsolideret som om koncernen var ét selskab, jf. SEL § 11 B, stk. 8. Dette gælder også koncernens nettofinansieringsudgifter. Konsolideringen foretages for danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme. Tilsvarende gælder for udenlandske selskaber, hvis der er valgt international sambeskatning. Der skal foretages delperiodeopgørelser, når der ikke har været koncernforbindelse med et selskab hele indkomståret.

Hvis der i en koncern forekommer særunderskud, der kun kan benyttes af selskabet selv eller af dele af koncernen, skal sådanne underskud indgå i beregningen af aktiverne på lige fod med andre underskud, der kan anvendes af alle selskaberne i sambeskatningen.⁵⁹⁹

Foretages der en eventuel rentebeskræring, skal denne fordeles forholdsmæssigt indenfor koncernen på baggrund af, hvor meget det enkelte selskabs nettofinansieringsudgifter overstiger den skattemæssige værdi af selskabets aktiver efter stk. 5 ganget med standardrenten, jf. SEL § 11 B, stk. 8.

2.2.3 Fradragsbeskræring efter en EBIT-regel

Som det sidste led i rentefradragsbeskrælingsreglerne er indført SEL § 11 C.⁶⁰⁰ Hermed er introduceret en EBIT-regel, hvorefter den *skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter* for selskaber maksimalt kan nedsættes med 80% som følge af nettofinansieringsudgifterne efter en eventuel forudgående beskræring efter SEL § 11 og SEL § 11 B. EBIT betegner "earnings before såkaldt interest and taxes".

EBIT-reglen omfatter den samme kreds af selskaber som omtalt ovenfor vedrørende renteloftsreglen. Nettofinansieringsudgifterne defineres på samme måde som i SEL § 11 B. Endvidere gælder grundbeløbet også under EBIT-reglen, jf. SEL § 11 C, stk. 1.

Er den skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter *negativ*, kan de fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter ikke overstige grundbeløbet på 21,3 mio. kr., jf. SEL § 11 C, stk. 1, 3. pkt.

Mens beskærne renteudgifter efter renteloftsreglen i SEL § 11 B er tabt, er der fastsat en fremførselsadgang til fradrag i efterfølgende indkomstår, jf. SEL § 11 C, stk. 1. Fremførte nettofinansieringsudgifter indgår i beregningen af EBIT-testen for efterfølgende indkomstår.

Sambeskattede selskaber opgør *den skattepligtige indkomst og nettofinansieringsudgifter samlet*, jf. SEL § 11 C, stk. 2. Tilsvarende gælder grundbeløbet samlet for de sambeskattede selskaber. Hvis der foretages fradragsbeskræring fordeles denne beskræring forholdsmæssigt mellem selskaberne på baggrund af andelen af bruttofinansieringsudgifter. For sambeskattede selskaber fremføres beskærne nettofinansieringsudgifter samlet for de sambeskattede selskaber hos administrationsselskabet, jf. SEL § 11 C, stk. 2.

Lignende EBIT-baseret regulering findes i Tyskland, Italien og Spanien.

3 Maskeret udbytte

3.1 Generelt

I det følgende belyses forskellige typeområder vedrørende maskeret udbytte og maskeret indskud. Fremstillingen prætenderer ikke at være udtømmende.

Det må påpeges, at en del af det skatteretlige interessefællesskab er forholdet mellem selskab og selskabsdeltagere. Før det kan anta-

ges, at der overhovedet vil finde maskeret udlodning sted, må en sådan udlodning givetvis være gennemtruffet af en bestemmende aktionær. Det kan endda antages, at det er et generelt krav, at der er tale om dominerende indflydelse ved besiddelse af aktiemajoriteten. Dette er dog også den hyppigst forekommende situation og er den situation, der sigtes til med LL § 2. Dog er der i praksis før og vedrørende tiden før LL § 2 set indgreb over for dispositioner i relation til minoritetsaktionærer under henvisning til samme retsregler.

I almindelighed sammenfattes korrektionsbetingelserne som krav om, (1) at der skal være tale om forretningsmæssigt set unormale dispositioner mellem et selskab og dets (hoved)aktionær. Således kan der ikke korrigeres, såfremt der ikke har fundet indkomstforvridning sted, jf. UfR 1978, 37 H *Jerry Munch* og UfR 1981, 1030 V *Bent Krogh*. (2) Der skal være et interessefællesskab mellem selskabet og (hoved)aktionæren. Som påvist ovenfor, har der ikke i alle sager eksisteret et sådant interessefællesskab, hvilket dog tilsyneladende ikke altid har ført til korrektionsafholdenhed. Ikke desto mindre må udsagnet opretholdes som en nødvendig forudsætning for korrektion. (3) Det skal være aktionærindflydelsen (interessefællesskabet), der har forårsaget anvendelse af de forretningsmæssigt set unormale dispositioner. Også dette krav må anses som værende en nødvendig forudsætning for skattemyndighedernes korrektionsadgang. Såfremt der derimod ikke foreligger generelt eller konkret interessefællesskab, synes der ikke at være noget retligt grundlag for at korrigere parternes indkomstopgørelse.

Hvad angår korrektionshjemlen hos udloddende selskab, findes denne udelukkende i LL § 2. Med de mest gængse former for maskeret udlodning in mente i form af uretmæssigt fratrukkede driftsudgifter eller manglende selskabsindtægt, er en anden mere middelbar indgrebsmulighed at begrænse de for store fradrag ved brug af SL § 6 a. Bestemmelsen i SL § 6 a hjemler således korrektioner af for store fradrag i form af løn, tantieme, pension og lignende. Derimod finder SL § 4 ikke anvendelse i disse situationer, idet selskabet ikke har realiseret en indtægt.

Hjemlen til indgreb over for selskabsdeltageren er i begge nævnte situationer derimod at finde i LL § 16 A, hvorefter det i almindelighed fastslås, at alt der udloddes fra selskab til selskabsdeltager, beskattes hos disse som udbytte i form af aktieindkomst. Når dette sammenholdes med ordlyden af SL § 4, hvor indtægter uanset deres fremtrædelsesform er skattepligtige, således ordene "...bestaaende i Penge eller Formuegoder af Pengeværdi...", forekommer det med rimelig klarhed at kunne konstateres, at skattepligtigt udbytte omfatter andet end deklareret udbytte, men tillige udbytte i enhver anden fremtrædelsesform.

Såfremt der er tale om indkomstoverførsler til hovedaktionærer, opstår der et samspil mellem LL § 16 A og LL § 2. LL § 2 må opfattes som den overordnede retlige ramme for bedømmelse af armslængdemæssigheden af transaktioner mellem selskab og hovedaktionær. I det omfang der ikke er tale om armslængdevilkår, foretages der en primær korrektion, en korresponderende korrektion. Såfremt indkomstoverførslen er sket til fordel for aktionæren, hvilket indebærer, at den primære korrektion sker hos denne, foreskriver LL § 16 A, at forhøjelsen må anses som et maskeret udbytte. LL § 2 har alene betydning for vilkårsbedømmelsen og finder tillige kun anvendelse, når de legale betingelser herfor er opfyldt. Området for maskeret udbytte omfatter imidlertid en række andre begunstigelser af aktionæren samt situationer, der ikke kan benævnes hovedaktionærdispositioner. I sådanne tilfælde foretages den retlige vurdering af aktionærdispositionerne på grundlag af LL § 16 A.

⁵⁹⁹ Jf. bemærkningerne til stk. 5 i L 213.

⁶⁰⁰ Se generelt om bestemmelsen Michael Tell: Fradragsbeskræring af finansieringsudgifter, 2012, p. 277 ff.

3.2 Den skattemæssige korrektion af maskeret udbytte

Når der er konstateret en overførsel mellem selskab og aktionær, der ikke stemmer overens med armslængde princippet, skal der foretages en skattemæssig korrektion. Afhængig af overførsels nærmere karakter må der foretages en forhøjelse af aktionærens eller selskabets indkomst eller eventuelt hos begge.

3.2.1 Korrektion hos aktionær og/eller selskab

I forhold til aktionæren sker forhøjelsen som nævnt med hjemmel i LL § 16 A, stk. 1. Såfremt overførslen ikke er indtægtsført hos aktionæren, må der ske en forhøjelse med yderligere aktieudbytte. Såfremt overførslen derimod allerede er indtægtsført i sin maskerede form, må denne i princippet ophæves og erstattes med yderligere aktieudbytte. I forhold til selskabet må der foretages en korrektion efter LL § 2. LL § 2 anvendes ved vilkårskorrektioner i hovedaktionærforhold. Om en sådan korrektion har umiddelbare følger for opgørelsen afhænger af, om der foreligger dispositioner over et skatterelevant aktiv.

Som nævnt må det antages, at LL § 2 er en udtømmende bestemmelse. Derfor kan SL §§ 4-6 ikke finde anvendelse i tilfælde uden for anvendelsesområdet af LL § 2. I disse situationer er der således udelukkende hjemmel til at korrigerer aktionæren som følge af maskeret udbytte

3.2.2 Tripelbeskatning - beskatning af aktionær, selskab og andre begunstigede

Endelig skal nævnes muligheden for at tripelbeskatning bliver udløst. Terminologien udspringer deraf, at der i visse situationer, hvor et selskab begunstiger personer eller selskaber og foreninger mv., kan udløses beskatning/korrektion hos selskabet henholdsvis aktionær og modtageren af fordelene. Tripelbeskatning har i skatteretten hidtil været brugt udelukkende som betegnelse af det forhold, at skattemæssig tilsidesættelse af en retshandel mellem to personer, der også involverer et af den ene part behersket selskab, medfører korrektion hos såvel de to parter som selskabet. Dog er det af nyere praksis fremstået, at en skærpet beskatning også kan indtræde i situationer, hvor en (hoved)aktionær eller en kreds af personer ejer to eventuelt flere selskaber, og der derfor fra myndighedernes side gribes korrigerende ind over for de kontraherende selskaber, jf. *John Bygholm*, SO 1994, s. 57 ff. Her er det altså på selskabssiden og ikke på aktionærsiden, der optræder to parter. Se om tripelbeskatning *Erik Werlauff* i TfS 2002, 954.

Førstnævnte situation, hvor en person begunstiges af en anden person med indflydelse i det pågældende selskab, kan forekomme i mange varianter, her skal blot nævnes nogle af de mest illustrative. Helt overordnet kan det slås fast, at skattemyndighederne ved overdragelse af aktiver til personer, der er (hoved)aktionærens nærtstående, ikke tillader overdragelser at finde sted under handelsværdien. Såfremt den pågældende begunstigede ikke er aktionær, må forskellen mellem overdragelsessummen og handelsværdien anses som maskeret udlodning til (hoved)aktionæren, som derpå ved gave videretransporterer aktivet til handelsværdi til den pågældende. Tilsvarende gør sig gældende i situationer, hvor personer og fonde løbende modtager ydelser fra selskabet. Som eksempel kan sagen i SKM2008.211.HR fremhæves. Her fastslog Højesteret, at idet køberne af anparterne var eneaktionæren og dennes bror, og idet købet var sket til underpris skulle eneaktionæren beskattes af hele formuefordelen som maskeret udlodning - også den del, der var tilfaldet broderen, idet denne formuefordel blev anset for at have passeret eneaktionærens økonomi.

Et eksempel på begunstiggelse af andre ved hjælp af et selskab er, at aktionæren lader selskabet yde gaver, støtte og lignende, som udelukkende er i vedkommende aktionærs interesse. Den skatte-

mæssige konsekvens er, at selskabet nægtes fradragsret for ydelsen, mens aktionæren beskattes af den heri konstaterede maskering af udlodningen. I en landsskatteretskendelse refereret i RR 1992 SM 134 blev en løbende ydelse afholdt i en anpartshavers interesse til fordel for Indre Mission nægtet fradragsberettiget, mens også anpartshaverens indkomst blev forhøjet som lønaccessorium. Opfattelsen var derfor tidligere, at der nægtedes fradrag for løbende ydelser af denne karakter afholdt i aktionærs/anpartshavers interesse. Kendelsen opnåede imidlertid prøvelse hos Højesteret, jf. TfS 1995, 455 H *Ejnar Kamstrup-Jørgensen ApS*, hvor udfaldet blev det modsatte, nemlig at der godkendtes fradrag for løbende ydelser, jf. LL § 12, stk. 2, og 3. Begrundelsen herfor var, at selskaber tillige har fradragsret for løbende ydelser til religiøse foreninger mv., og at hovedanpartshaverens ideelle interesse for de omhandlede foreninger ikke kunne bevirke, at der gøres undtagelse fra fradragsretten. Tilsvarende synspunkter fremkommer af TfS 1995, 454 H *Ejendomsanpartsselskabet af 3.5.1990*. Dog skal bemærkes, at begge afgørelser var konkret begrundet i LL § 12 og § 8 A.

Der forekommer tillige en variant, hvor den hidtidige aktionær har solgt aktiemajoriteten til en ny hovedaktionær og i den forbindelse eventuelt opretter en konsulent- eller kommitteretaftale eller lignende, dog uden at der reelt erlægges arbejdskraft fra sælgerens side. Konsekvensen er i sådanne situationer ligeledes, at alle involverede parter påvirkes. Selskabet har udbetalt overflødig løn og mister sin fradragsret herfor, mens sælgeren skal have sin afståelsessum forhøjet med nutidsværdien af tilsagnet, og endelig skal erhververen beskattes af maskeret udlodning. Se eksempelvis hertil TfS 1987, 521 V *Andreas Manuel Nielsen* (om konsulenthonorar over 45 måneder, hvor der dog ikke endeligt statueredes maskeret udlodning).

Som det fremgår af ovenstående, er der ikke tvivl om, hvorvidt der er hjemmel til at foretage tripelbeskatning, når der er tale om indtægter, der allerede er realiseret af de implicerede personer og selskaber mv. Et eksempel herpå findes i TfS 1990, 367 Ø *Romobyg ApS*. Samme resultat ses i TfS 1999, 463 H *Jens Moustgaard* samt SKM2012.12.ØLR, der drejede sig om en række forhøjelser af skatteydernes indkomst. Det blev af retten lagt til grund, at den ene skatteyder helt eller delvist ejede selskaberne, mens den anden skatteyder stod for den daglige drift. Regnskaberne led af sådanne mangler, at de ikke kunne danne grundlag for selskabernes indkomstopgørelse, hvorfor omsætningen for selskaberne blev fastsat skønsmæssigt. Da beløbene svarende til den skønsmæssigt fastsatte omsætning ikke var til stede i virksomhederne, fandt retten, at pengene bl.a. var anvendt til henholdsvis maskeret udlodning til den ene skatteyder og til at betale lønninger til den anden skatteyder. Der var endvidere solgt en række aktiver ud af selskabet til skatteyderne. Skattemyndighederne fandt, at dette var sket til underpris og havde derfor forhøjet begge skatteyderes (tripelbeskatning) med differencen mellem de aftalte priser og markedsprisen, som var fastsat på grundlag af oplysninger om efterfølgende salg til tredje-mand.

Derimod er det omtvistet, om der kan gennemføres tripelbeskatning, når berigelsen hos en eller flere af de implicerede skattesubjekter endnu ikke er blevet realiseret. I disse situationer, kan der formentlig sondres mellem situationer hvor der er tale om begunstiggelse af et selskab med en anden aktionærskreds, og situationer, hvor der er tale transaktioner mellem selskaber med samme aktionærskreds. Begunstiggelse af et selskab, der ejes af en aktionær eller en aktionærskreds, der ikke er identisk med det begunstigende skattesubjekt, kan ikke anses for en realiseret indkomst. Der er herved ikke tale om en skattefritagelse, men kun om en udskydelse af beskatningstidspunktet, der vil komme, når selskabet likvideres, eller når aktierne overdrages. Se hertil TfS 1995, 803 LSR, hvor

et aktieselskabs aktionærer, der bestod af medarbejdere i selskabet og moderselskabet samt direktøren, ikke blev anset for indkomstskattepligtige af en værdistigning på deres aktier som følge af en kapitaludvidelse, der alene tegnedes af selskabets moderselskab. Berigelsen var ikke i denne kendelse trukket ud af selskabet.

Ved overdragelse af aktiver mellem selskaber med fælles aktionærkreds til en pris, der afviger fra handelsværdien, bliver det købende selskab beskattet af differencen mellem handelsværdien og købsprisen ud fra en tilskudsbetragtning, men får derved også højere anskaffelsessum og dermed afskrivningsgrundlag, mens det sælgende selskab beskattes af afståelsesavancen i forhold til handelsværdien. Det må derimod betvivles, hvorvidt der yderligere kan finde beskatning sted hos aktionærgruppen eller hovedaktionæren af forskelsbeløbet. Hovedaktionæren opnår ikke nogen fordel ved at flytte en indkomstmulighed fra det ene selskab til det andet, jf. *John Bygholm* i SO 1994, s. 57 ff. Dog har det været skattemyndighedernes synspunkt, at det reelt er aktionæren, der har gennemtvunget dispositionen hvorved der er overført værdier fra et selskab til et andet og derfor har passeret dennes økonomi. Se hertil TfS 1994, 131 V. Det springende punkt må være, om der er realiseret en formuefremgang/besparelse hos aktionæren. Det anføres således, at beskatning efter en maskeret udlodning betragtning ikke bør kunne finde sted, såfremt ingen formuefremgang/besparelse er realiseret. Konklusionen er derfor, at beskatning af aktionærer (aktionærgrupper) i givne tilfælde er uhjemlet. Spørgsmålet har endnu ikke været for Højesteret. Afgørelserne i TfS 1998, 103 (retsfølgende ved Østre Landsret), TfS 1998, 386 V *K. O. Nielsen Totalbyg A/S*, og TfS 1998, 791 V *Handelsselskabet af 1.10.1992 A/S* kan heller ikke tages til indtægt for, at der kan ske beskatning af ikke-realiserede fordele mod støtte i synspunktet om maskeret udlodning. Men modsat TfS 1994, 131 V. Landsskatteretten har dog fastholdt den linie, der blev lagt med TfS 1995, 803 LSR, jf. senest TfS 2000, 325 LSR, som på dette punkt stadfæstet af Vestre landsret i SKM 2002, 194 V og TfS 2001, 510 LSR. Det skal endelig bemærkes, at det er en hovedregel i dansk skatteret, at alene realiserede indkomster er skattepligtige, jf. også forudsætningsvis TfS 1998, 397 H *Kurt Hall Jørgensen* og TfS 1998, 199 H *Bagenkop Gullestrup Nielsen*.

3.3 Hovedkategorier

3.3.1 Løn, tantieme og bestyrelseshonorar

Den nok mest almindelige form for maskeret udlodning sker ved, at selskabet betaler sin hovedaktionær en så høj løn, tantieme eller bestyrelseshonorar, at en del af denne udbetaling i realiteten må anses for at være en maskeret udlodning.

I tilfælde, hvor aktionærens ægtefælle eller børn er ansat i selskabet eller er medlemmer af bestyrelsen i selskabet, vil problemstillingen omkring maskering af udbytte ved forhøjelse af løn, tantieme eller bestyrelseshonorar dog stadig have relevans, hvorfor vi har fundet det nødvendigt at gennemgå retsstillingen på dette område. Ved statuering af maskeret udlodning i sager, hvor børn eller ægtefæller har modtaget for højt honorar i forhold til arbejdsindsats og ansvar, vil vederlaget først ses som maskeret udlodning til hovedaktionæren, der derefter har foræret beløbet til dennes ægtefælle eller børn. Herved ses således et eksempel på tripelbeskatning som beskrevet ovenfor.

Som et eksempel herpå kan nævnes LSRM 1983, 91, hvor en hovedaktionær blev beskattet af for høje bestyrelseshonorarer og for høje lønninger til datter og søn. Hovedaktionæren gjorde i denne sag gældende, at der var tale om en gaveydelse direkte fra selskabet, hvorfor aktionæren påstod, at gaven var hans indkomst-opgørelse uvedkommende. Landsskatteretten var uenig i hovedaktionærens påstand. Retten mente, at ydelserne hidrørte fra hovedak-

tionæren, idet han i kraft af sin dominerende indflydelse i selskabet for egen regning havde disponeret over den del af honorarerne, som måtte anses som gaver.

Der findes på området, to ældre højesteretsdomme, der fortsat har stor præjudikatværdi. Der tænkes i denne forbindelse på UfR 1963, 970 H *A/S Nordisk Plaster* senere kommenteret af højesteretsdommer *Trolle* i UfR 1964 B, s. 143 ff samt UfR 1975, 215 H *A/S Eskofot* med kommentar af højesteretsdommer *Blom-Andersen* i UfR 1975 B, s. 382 ff. I UfR 1963.970 H om A/S Nordisk plaster udgjorde selskabets aktiekapital 250.000 kr., hvoraf den ene direktør ejede nominelt 239.000 kr., mens den anden direktør, førstnævntes søn, ejede nominelt 10.000 kr. Disse to personer havde grundet en forøgelse af arbejdsbyrden fået forhøjet deres samlede tantieme med 40.000 kr. fra 60.000 kr. i 1957 til 100.000 kr. i 1958. Landskatteretten fandt, at ud af den samlede hensættelse til tantieme på 100.000 kr. måtte 30.000 kr. af disse anses som udbytte til aktionærene. Landsretten lagde efterfølgende i sin afgørelse til grund, at der i årene fra 1956 til 1959 var deklareret et udbytte på 6%, hvilket efter Landsrettens opfattelse var en unormalt ringe forrentning af selskabets egenkapital. Derved fandtes skattemyndighederne berettigede til at foretage en skønsmæssig fastsættelse af, hvor stor en del af tantiemen, der var fradragsberettiget for selskabet. I Højesteret blev Landsrettens dom stadfæstet. Retten lagde i sin stadfæstelse til grund, at der ved udbetalingen af en så stor tantieme som den omhandlede er blevet beslagent en væsentlig større del af årets udbytte end normalt i et almindeligt aktieselskab, hvorved skattemyndighederne fandtes berettiget til en skønsmæssig fastsættelse. Der lægges i dommen vægt på, at aktionærer, der ikke havde en bestemmende indflydelse på selskabet, næppe ville have accepteret et udbytte på kun 6%. Det afgørende er ikke, hvad direktørerne ville have fået i et fremmed selskab, og ej heller hvad en fremmed direktør ville oppebære i samme selskab, men derimod hvad de pågældende direktører kunne skønnes at ville modtage i det samme selskab, hvis det ejedes af andre end aktionæren selv. Højesteret formodede i sin afgørelse, at hvis selskabet havde været ejet af andre ville udlodningsprocenten have været højere, og fandt desuden, at den udbetalte tantieme har indeholdt et udbytte af kapitalen. Ud fra denne formodning ville direktørernes tantieme have været lavere i selskabet med en anden ejerkreds, hvorfor Højesteret stadfæstede Landsskatterettens kendelse.

I UfR 1975, 215 H *A/S Eskofot* blev selskabets indkomstansættelse for skatteårene 1969/70 og 1970/71 forhøjet af skattemyndighederne. Myndighederne fandt, at der forelå en maskeret udlodning til hovedaktionæren som tillige var direktør i selskabet. Ved Landsretten fik skattemyndighederne medhold. Retten udtalte, at direktørens løn fandtes at have oversteget, hvad der kunne forventes accepteret i et aktieselskab med en fra direktøren forskellig kapitalejer. Højesteret gav derimod selskabet medhold (dissens). Flertallet antog at direktørens personlige indsats havde været afgørende både for selskabets almindelige udvikling, indtjening og for den i 1968 og 1969 betydelige stigning i varesalget og driftsoverskuddet. Desuden fandtes kapitalinteresserne i selskabet at være tilgodeset tilstrækkeligt. Denne dom må antages at have mindsket skattemyndighedernes muligheder for indgreb i lignende tilfælde, hvis der er tale om virksomheder, hvori direktøren i kraft af specielle kundskaber i forhold til selskabets produktion ikke vil kunne erstattes uden skade for selskabets indtjening på kort og på lang sigt. Se endvidere SKM2009.435.BR, hvor retten fandt det godtgjort, at skatteydere samlede løn og bonus ikke oversteg, hvad der under hensyn til opgavernes karakter og omfang, skatteydere indsats under udstationering samt resultatet heraf kunne betegnes som et rimeligt vederlag. Retten lagde således til grund, at udstationeringen og vilkårene

herfor havde baggrund i saglige og almindelige forretningsmæssige hensyn.

De to ovenfor beskrevne højesteretsdomme har det til fælles, at der i begge ses på lønningernes størrelse set i forhold til selskabernes indtjening og kapitalforhold og førte udbytte- og konsolideringspolitik. For samme synspunkt kan henvises til UfR 1973, 853 V, hvorefter lønudbetalingen til en hovedaktionær ikke efter en samlet vurdering af aktionærens arbejdsindsats og selskabets indtjenings- og udbyttepolitik fandtes at være grundlag for at fastslå, at der var beslaglagt en større del af selskabets udbytte, end hvad der er normalt for andre selskaber. Dommene har stor betydning, idet skattemyndighederne kan inddrage de anførte synspunkter ved en samlet vurdering af om der foreligger maskeret udlodning ved udbetaling af løn, tantieme eller bestyrelseshonorar til en aktionær eller til dennes ægtefælle og børn.

I de seneste år er der blevet mulighed for en udvidet adgang til udmeldelse af syn og skøn til forberedelse af skattesager. Man må derfor formode, at disse syns- og skønssrapporter fra særlige branchekyndige i fremtiden vil supplere eller overskygge de ovenfor nævnte elementer ved en vurdering af, om der foreligger maskeret udlodning.

I TfS 2003, 198 Ø anfægtede skattemyndighederne de samlede vederlag for bestyrelsesmedlemmer og ansatte, der enten var hovedandpartshavere eller nærtstående hertil, således at den ikke godkendte del af vederlaget blev behandlet som maskeret udbytte. Vederlaget udgjorde samlet 455.000 kr. for begge år. Selskabet, hvor egenkapitalen i 1990 udgjorde 8,8 mio. kr., havde hovedsageligt investeret i obligationer med relativt få handler pr. år. Efter indhentelse af syn og skøn tog Skatteministeriet delvist bekræftende til genmæle og anerkendte en forhøjelse af vederlagene fra 95.000 kr. til 150.000 kr., og Landsretten fastsatte herefter vederlagene i overensstemmelse med denne påstand. Landsretten fandt ikke, at en uformaliseret tilkendegivelse, der var afgivet efter de af sagen omfattede indkomstår, i medfør af forventningsprincippet kunne øve indflydelse på ansættelserne for disse år.

3.3.2 Pension

Maskeret udlodning kan også forekomme i tilfælde, hvor selskaber i form af forskellige pensionsordninger betaler en ydelse til en aktionær, der er højere end, hvad vedkommende ville have modtaget i pension i samme selskab med en fremmed ejer. Pensionsordninger til fordel for en i selskabet ansat aktionær kan enten være etableret som afdækket ordning, dvs. at der i et forsikringselskab, pengeinstitut, pensionskasse eller lignende er oprettet en pensionsordning, hvor selskabet indbetaler bidrag til pensionsordningen, eller som uafdækkede ordninger, hvorved forstås, at forsikringsrisikoen påhviler selskabet selv, uden at den er dækket ved en forsikringsaftale.

Pensionsbeskatningsloven indeholder ikke nogen specifik bestemmelse om begrænset fradragsret for pensionspræmier til aktionærer med reel indflydelse. Efter PBL § 23 gælder det, at selskabet kan fradrage bidrag til pensionsordninger for hovedaktionæren efter lovens almindelige regler. Der gælder dog den begrænsning, at aktionærens samlede vederlag inklusiv pensionsbidraget ikke må overstige, hvad der er en rimelig aflønning for den pågældendes indsats i selskabet. Undladelse af en specifik bestemmelse har dog vist sig at være ligegyldig i relation til *afdækkede pensionsordninger*, idet Ligningsdirektoratet, jf. RR 1972 SM 88, har udtalt, at ændringen i forhold til hidtidig ret dog ikke medfører nogen begrænsning i ligningsmyndighedernes beføjelse til ved ligningen af selskabet at udøve et skøn over, hvad der kan anses for et passende samlet vederlag - herunder bidrag til pensionsordninger - til direktører, der behersker vedkommende selskab gennem aktiebesiddelse. Afgørelser fra før 1972 må derfor have en vis præjudikatværdi for

afgørelser frem til i dag. Se fra praksis i øvrigt TfS 1994, 188 BF, TfS 1989, 479 LSR, TfS 1988, 672 LSR og TfS 2001, 826 Ø *BTS Holding ApS*.

Ved *uafdækkede pensionsordninger* må man være opmærksom på LL § 12, der omhandler betingelser for fradragsret til løbende ydelser, som den skattepligtige har forpligtet sig til at udrede. Ofte vil skattemyndighedernes nægtelse af fradrag for pensionsydelser forekomme i situationer, hvor en aktionær dør, hvorefter selskabet ønsker at betale en pension til den efterladte ægtefælle, jf. UfR 1962, 724 Ø *Reeskiærns Jernhandel A/S*.

En sag ligeledes om enkepension i LSR 1979, 192 anerkendte Landsskatteretten fradrag til trods for, at den efterladte ægtefælle blev hovedaktionær. I begrundelsen for afgørelsen nævnes, at kapitalinteresserne var passende tilgodeset i den forløbne periode, og at der i selskabet forefandtes en almindelig livsforsikringsordning for de ansatte i selskabet. Af kendelsen kan blandt andet udledes, at der skal tages hensyn til, om pensionsordningen giver plads til en rimelig forrentning af den indskudte kapital.

I visse situationer vil uafdækkede pensionsydelser anerkendes fratrasket i selskabers skattepligtige indkomst til trods for, at ydelsen tilfalder en aktionær med en reel bestemmende indflydelse, og uden at der i selskabet er oprettet en generel pensionsordning for andre ansatte i selskabet. Selskabet kan i forbindelse med stiftelsen have pådraget sig en pensionsforpligtelse over for hovedaktionæren. Dette finder navnlig sted, når et selskab overtager hovedaktionærens hidtil personligt drevne virksomhed med den indskrænkning, at selskabet skal acceptere forpligtelsen til til sin tid at betale pension eller enkepension. For at skattemyndighederne anser forpligtelsen som et led i stiftelsen, forlanges, at den er anført i stiftelsesoverenskomsten, og at den kapitaliserede værdi heraf er anført i selskabets åbningsstatus. UfR 1973, 18 H drejede sig om anerkendelse af fradrag for en livsvarig forpligtelse over for selskabets to stiftere, respektive ægtefæller og livsarvinger mod, at selskabet overtog den fra stifternes personligt drevne virksomheds goodwill. Forpligtelsen var anført i stiftelsesoverenskomsten, men Højesteret anså, at den livsvarige pensionsforpligtelse stod i misforhold til goodwillen. Kapitalværdien, dvs. den reelle værdi af pensionsforpligtelsen, oversteg værdien af de i selskabet indskudte værdier, hvorfor Højesteret anså at der forelå en maskeret udlodning.

3.3.3 Efterløn

Maskeret udbytte kan forekomme i form af efterløn, dvs. løn efter at en lønmodtager er afgået ved døden eller er fratrådt. Aktionæren kan i disse tilfælde begunstige sig selv eller sin ægtefælle. Udgangspunktet med hensyn til efterløn for lønmodtagere tages i funktionærloven, hvorefter selskabet ved længere tids ansættelse af en lønmodtager er forpligtet til at give opsigelsesvarsel eller til at yde fratrædelsesgodtgørelse. Funktionærlovens bestemmelser tager sit udgangspunkt i, at lønmodtageren bliver ledet til at udføre de i virksomheden nødvendige arbejdsopgaver.

En aktionær, som har været/er direktør i et selskab, kan ved hjælp af sin dominerende indflydelse bestemme, at han skal have en efterløn udbetalt ved fratrædelse eller død. Skattemyndighederne har i visse situationer nægtet fradrag til selskaber, som havde udbetalt efterløn til en aktionær eller dennes ægtefælle.

Generelt kan efterløn sidestilles med en forhøjet pension, således at ligningsmyndighederne ikke kan forventes at ville anerkende fradrag for efterløn til aktionærer, hvor fradrag for pension til de samme personer ville blive nægtet. Efterløn kan også fremkomme i situationer, hvor en aktionær sælger sine aktier til en forhøjet pris, hvorefter mérvederlaget anses for efterløn.

3.3.4 Manglende selskabsindtægter

Ofte stiller et selskab forskellige aktiver til disposition for sine ansatte. Den ansatte vil helt naturligt skulle beskattes af den økonomiske værdi heraf som et frynsegode. Udtrykkelig hjemmel til beskatning af disse ydelser findes blandt andet i LL § 16.

Selskabet vil i denne situation opnå et fradrag, idet der er tale om en driftsudgift, jf. SL § 6a. Hvis der er tale om en aktionær, der tillige er ansat i selskabet, er det klart, at aktionæren, ligesom hvad der gælder for en ansat selskabsfunktionær, skal beskattes af den objektive værdi heraf. Maskeret udlodning kan komme på tale, hvis den samlede vederlæggelse, hvori den objektive værdi af det disponible aktiv er medregnet, overstiger hvad vedkommende aktionær ville få i samme selskab med en fremmed ejerkreds, jf. afsnittet om løn og tantieme.

Der kan opstå visse problemer, når der er tale om en aktionær med bestemmende indflydelse, der ikke er ansat i selskabet. Hvis selskabet stiller fast ejendom, biler, båd eller andre aktiver til rådighed for aktionæren, således at denne ikke skal betale fuldt vederlag herfor, beskattes aktionæren løbende af denne fordel som maskeret udlodning, og der foretages samtidig korrektioner i selskabets skattepligtige indkomst. SKM2007.903.LSR og TfS 1994, 494 Ø *Palle Tillisch* drejede sig om en for lav fastsat husleje for hovedaktionærens datter henholdsvis aktionæren. I begge sager blev der statueret maskeret udlodning hos aktionæren, og selskabet fik forhøjet den skattepligtige indkomst med differencen mellem den objektive leje og den mellem aktionæren og selskabet fastsatte leje.

I SKM2012.66.VLR lagde Landsretten til grund, at den ene af skatteyderne som hovedanpartshaver havde fået stillet en ejendom til fuld rådighed til privat brug i indkomstårene 2002 og 2003. Retten fandt ikke, at skatteyderen havde bevist, at ejendommen i de to indkomstår havde været ubeboelig grundet først et rotteangreb og udbedring heraf samt en i 2003 påbegyndt totalrenovering. Skatteyderen var herefter skattepligtig med værdien af fri helårsbolig. Se endvidere SKM2012.445.BR, hvor der under landsskatteretssagen blev foretaget syn og skøn vedrørende markedsløjen for boligdelen af den af skatteyder lejede ejendom, der var ejet af et selskab hvori skatteyder var hovedanpartshaver. Det fremgår heraf, at markedsløjen mellem 2001 og 2003 pr. måned udgjorde mellem 23.000 kr. og 24.817 kr., mens den faktisk betalte månedlige leje var 11.000 kr. Differencen blev af retten anset for at være maskeret udbytte.

Ved en bedømmelse af lejeværdien for en bolig må der tages hensyn til, om det lejede omfatter lys, varme, rengøring, vedligeholdelse mv. Hvis selskabet stiller bil rådighed for en aktionær, må der ligeledes tages hensyn til, om aktionæren selv betaler benzin, reparationer mv.

Med virkning fra indkomståret 2001 har Folketinget vedtaget nogle ændringer i reglerne for beskatningen af hovedaktionærs personalegoder og udbytter, jf. LL § 16, stk. 4-10 og LL § 16 A, stk. 10.

I SKM2015.676.VLR lykkedes det ikke skatteyder (A) at afkræfte formodningen for, at en firmabil, havde stået til privat rådighed for A og hendes familie. A var direktør og hovedanpartshaver i et selskab (H1), der ejede firmabilen på hvide plader, som var parkeret på H1s og As fælles adresse. A henviste i retten til, at der var fremlagt fraskrivelseserklæringer vedrørende bilen, at A og dennes ægtefælle rådede over andre biler samt at bilen i den overvejende del af ejertiden havde været på værksted grundet en fejl i bilens informationsenhed. Retten lagde i sin afgørelse vægt på, at der i en oversigt over tankninger, som var udarbejdet som dokumentation for bilens faktiske benyttelse, var en række uoverensstemmelser mellem oversigten og det i øvrigt oplyste om bilens anvendelse og ophold på værksted. Der forelå på denne baggrund en sådan usik-

kerhed omkring bilens benyttelse, at A, uanset oplysninger om problemerne med bilens informationssystem, ikke havde afkræftet formodningen om, at bilen havde stået til rådighed for privat benyttelse.

Se ligeledes SKM2015.252.BR, hvor skatteyder (A) som eneanpartshaver i selskabet (H1) blev anset for at have rådigheden over to lejligheder ejet af H1. Retten lagde vægt på, at lejlighederne var beliggende på en kendt feriedestination i Frankrig og var indrettet således, at de var egnet til ferieboliger, samt at lejlighederne ikke havde været udlejet eller forsøgt udlejet i perioden.

Der kan også opstå situationer, hvor selskabet stiller forskellige formuegenstande, såsom malerier og antikviteter, til rådighed for aktionæren. Her må værdien af benyttelsesretten ansættes efter et skøn.

Se dog SKM2014.363.BR, hvor det konkret lykkedes skatteyder at afkræfte formodningen for, at en bog erhvervet af skatteyderens selskab til 1.500.000 kr. plus omkostninger for 300.000 kr., ikke blev anset for at være stillet til rådighed for skatteyder, trods det at bogen blev opbevaret på skatteyers private adresse. Retten indledte med at fastslå, at en disposition, hvorved et gode stilles til rådighed for en aktionær eller andelshaver, kan give anledning til beskatning, uanset i hvilket omfang aktionæren eller andelshaveren rent faktisk udnytter sin mulighed for at disponere over godet. Retten lagde i den konkrete sag vægt på, at der ikke var noget pengeskab på selskabets adresse, og at det derfor var nødvendigt af hensyn til tyveririsikoen at opbevare den hjemme, hvilket endvidere var et krav af den forsikring, der blev tegnet straks efter købet. Endvidere havde en skønsmænd forklaret, at bogen var så skrøbelig, at den stort set ikke kunne håndteres, og at det i givet fald krævede betydelig fagkundskab, hvis ikke bogen skulle lide skade, hvortil kom, at udstilling med lyspåvirkning også blev stærkt frarådet. På denne baggrund fandt retten ikke, at der forelå et gode med en økonomisk værdi, der kunne være genstand for beskatning.

Man kan også forestille sig den omvendte situation, hvor aktionæren til selskabet udlejer en ejendom, forskellige driftsmidler mv. til en forhøjet pris. Efter praksis vil mærløjen dog ofte kunne betragtes som yderligere løn til aktionæren. Se f.eks. LSRM 1980, 100.

I TfS 2004, 314 LSR havde et selskab stillet en ejendom til rådighed for hovedanpartshaverens søn. Der blev fikseret en leje svarende til 8 pct. af ejendomsvurderingen. Forholdet blev anset for omfattet af reglen om betalingskorrektion i LL § 2, stk. 1, idet den manglende lejeopkrævning blev anset for tilgået hovedaktionæren som udlodning.

Se endvidere ovenfor nævnte sag SKM2015. 252BR, hvor retten fastslog, at købet og udlejning af en lejlighed ikke blev anset for at have en forretningsmæssig karakter eller ske i selskabets selvstændige interesse. Den omhandlede lejlighed var erhvervet af skatteyers (A) selskab (H2) i tidsmæssig sammenhæng med As datters behov for en lejlighed og sat til salg i tidsmæssig sammenhæng med datterens fraflytning. Der skete sporadisk udlejning af værelser i lejligheden, men datteren var i længere perioder eneste beboer i lejligheden. Der var ikke grundlag for at fastslå, at lejebetalingerne i øvrigt fast og regelmæssigt tilgik H2. Efter en samlet vurdering fandt retten, at lejligheden skulle anses for at være stillet til datterens rådighed, hvorfor A skulle beskattes af rådigheden. Se endvidere SKM2009.247.VLR, hvor Skatteministeriet fik medhold i, at skatteyder (B) skulle beskattes af maskeret udlodning ved udlejning af lejligheder fra Bs selskab til Bs børn. Udlejningen skete til markedsløjen, men Landsretten fastslog, at værdien af godet skulle ansættes efter beregningsreglerne i LL § 16, stk. 9, og at markedsløjen var uden betydning. Landsretten fandt det ikke sandsynliggjort, at udlejningen ikke var sket som følge af Bs bestemmende indflydelse i selskabet, hvorfor B blev beskattet af

differeancen mellem den beregnede værdi efter ligningslovens regler og den faktisk betalte leje.

Til sidst skal fremhæves den situation, hvor aktionæren udeholder en del af omsætningen i selskabet. Denne situation blev behandlet i SKM2008.85.HR, hvor Højesteret fandt, at skatteyder (A) ikke havde godtgjort, at de udeholdte indtægter ikke var tilgået ham og at købesummerne for de omhandlede biler ikke havde belastet selskabet. A havde stiftet et anpartsselskab, som skulle drive handel med brugte biler. Det var udbestridt, at selskabet udeholdte indtægter hidrørende fra salg af tre biler, men efterfølgende indleverede nyt regnskab hvor indtægter fra salg af bilerne var indeholdt. A havde gjort gældende, at heller ikke købesummerne fra bilerne var med i regnskabet, således var der slet ikke taget højde for bilerne på nogen måde i regnskabet. A blev som eneanpartshaver beskattet af de udeholdte indtægter som maskeret udlodning.

Endvidere kan nævnes SKM2009.161.ØLR, SKM2009.162.ØLR og SKM2012.376.BR, hvor skatteyder i sidstnævnte sag, i en periode havde været eneanpartshaver og direktør i et selskab. SKAT havde ved en gennemgang af selskabets regnskabsmateriale konstateret en række fejl og mangler herunder store nedskrivninger på forskellige varekonti, som der ikke forelå nærmere dokumentation for baggrunden for. Retten fandt, med henvisning til en række konkrete omstændigheder, ikke at der var anledning til at fravige sædvanlig praksis om at anse udeholdte indtægter i selskabet for at være tilgået selskabets direktør og anpartshaver, hvorfor den udeholdte omsætning blev anset for tilgået skatteyderen. Se ligeledes SKM2009.262.VLR, hvor skatteyderen (A) som ejer af et selskab (H1) blev beskattet af et beløb på 4,18 mio. kr., som direktøren af H1 – As tidligere ægtemand – havde oppebåret i H1s navn ved siden af H1s selvangivne omsætning. Byretten fandt, at den udeholdte omsætning i realiteten måtte anses for at have passeret As økonomi, hvorfor hun skulle beskattes i medfør af LL § 16 A, stk. 1. Retten tillagde det vægt, at A som selskabsejer uden kontrol havde overladt dispositionsretten til direktøren, ligesom A ikke havde foretaget sig noget, selv om hun vidste eller burde have vidst, at direktøren udeholdt omsætning fra H1.

Se endvidere SKM2011.409.BR, hvor skatteyder (A) var eneanpartshaver og direktør i selskabet (H1), der blev taget under konkursbehandling og opløst uden aktiver. H1 havde ikke siden stiftelsen indsendt momsregnskaber, virksomhedsregnskaber eller indgivet selvangivelser. I forbindelse med en ransagning konstaterede SKAT, at A havde drevet virksomhed med køb og salg af importerede luksusbiler. På grundlag af det materiale, som SKAT fandt ved ransagningen, der efterfølgende blev forsøgt afstemt med H1s kunder, kontoudtog, samt materiale indhentet fra kurator, udarbejdede SKAT en resultatopgørelse for H1. Denne metode fandt retten ikke, at være i strid med officialprincippet. Grundet det manglende momsregnskab, virksomhedsregnskab og selvangivelse, var det op til A som direktør og eneanpartshaver i H1 at føre et sikkert bevis for, at beløbet på kr. 1.386.341, ikke var tilgået A som maskeret udbyttet. Denne bevisbyrde fandt retten ikke, at sagsøgeren havde løftet, hvorfor det af SKAT beregnede resultat blev anset for maskeret udbytte til A, da midlerne ikke var til stede i H1 på opløsnings tidspunktet.

Heroverfor kan nævnes SKM2011.339.BR, hvor SKAT konstaterede, at et selskab havde indkøbt reservedele til biler, uden at indkøbene resulterede i korresponderende udskrivning af salgsfakturaer. På den baggrund tilsidesatte SKAT regnskaberne og skønnede en yderligere omsætning vedrørende biler. Skønnet blev baseret dels på en kategorisering af indkøbte reservedele til brug for reparation af biler, dels på en omsætningsberegning i forhold til forbrugte reservedele. På baggrund af bevisførelsen, herunder særligt skatteydernes forklaring om reservedelernes anvendelse og selskabets

fokus på bobcats, fandt retten, at både kategorisering af indkøbte reservedele til brug for reparation af biler og den efterfølgende omsætningsberegning var forkerte i en sådan grad, at skønnet skulle tilsidesættes og fastsættelsen af skatteydernes maskerede udbytte blev hjemvist til fornyet behandling.

Endvidere kan nævnes SKM2008.619.ØLR, hvor Landsretten fandt, at en anpartshaver skulle beskattes i forhold til sin ejerandel (50 %) af de indtægter, som den anden anpartshaver uberettiget havde udeholdt fra selskabet, som maskeret udlodning. Landsretten begrundede dette med, at det omhandlede beløb tilkom H1 Murerfirma ApS, men var blevet modtaget uden om selskabet. Endvidere bemærkede retten, at de to anpartshavere havde lige ejerandele i selskabet, og derfor som udgangspunkt hver især erhvervede ret til halvdelen heraf, hvilket der ikke var grundlag for at fravige. Herved lagde Landsretten særligt vægt på, at den afgivne forklaring ikke var understøttet af nogen form for dokumentation, og at der ikke efterfølgende blev rejst noget krav mod den anden anpartshaver.

3.3.5 Udgifter afholdt af et selskab i aktionærers interesse

Hvis en aktionær foranlediger, at selskabet foretager udbetalinger til formål, som udelukkende eller i det væsentlige tilgodeser dennes personlige interesser, mister selskabet fradragsretten ligesom aktionæren kan blive beskattet af de afholdte udgifter som maskeret udlodning. Det er således det generelle udgangspunkt ved vurdering af udgifter afholdt i aktionærers interesse, at aktionæren beskattes af den aktuelle udgift for selskabet ved begunstigheden. Denne fremgangsmåde indebærer en betydelig lettelse af den administrative byrde, idet der ikke længere skal ansættes en nytteværdi af den pågældende ydelse for aktionæren. Tankegangen bag praksis på dette område synes at være, at beløbet reelt har passeret aktionærens økonomi, hvorefter det er blevet betalt videre.

Se f.eks. TfS 1991, 500 H *Stald LeAnn ApS*, hvor Landsretten ikke fandt grundlag for at anse skatteyderens virksomhed i 1982/83 med travhestehold og køb og salg af heste i forbindelse hermed som værende af erhvervsmæssig karakter. Der blev ikke indrømmet fradragsret for den del af underskuddet, der oversteg årets skattepligtige præmieindtægt. I TfS 1996, 139 Ø *Jan Frøhlke* blev udgifter til en galophest anset for at udgøre en maskeret udlodning for hovedaktionæren. Efter en gennemgang af koncernselskabernes aktiviteter konkluderede Landsretten, at selskabets driftsmæssige motiver for at anskaffe hesten var så fjerntliggende, at der måtte være en formodning for, at hesten var anskaffet i hovedaktionærens personlige interesse. Denne formodning havde hovedaktionæren ikke formået af afkræfte. Se endvidere SKM2012.621.ØLR, hvor hovedanpartshaverens (A) selskab (G1) havde anskaffet en dressurhest for ca. 1,8 mio. kr., mens de løbende udgifter vedrørende hesten blev afholdt af A selv. Landsskatteretten havde anset hesten for købt i As interesse, men fandt ikke grundlag for at udlodningsbeskatte A, da han havde afholdt de løbende omkostninger vedrørende hesten, der fortsat var ejet af G1. Landsretten fandt, at hesten var anskaffet i As interesse, og at investeringen i dressurhesten havde haft en betydelig personlig værdi for As datter, og dermed også for A. Landsretten var herefter enig med Skatteministeriet i, at A skulle beskattes af den værdi, han havde haft af at have fået stillet hesten til rådighed af G1. Den omstændighed, at A selv havde afholdt alle yderligere udgifter vedrørende hesten, som fortsat ejes af G1, kunne under de anførte omstændigheder ikke føre til et andet resultat.

TfS 2003, 12 Ø. En skatteyder drev virksomhed i personligt regi og var derudover direktør og hovedaktionær i et selskab, der beskæftigede sig med salg af edb-programmer. Selskabet havde afholdt udgifter til ombygning af en autocamper, og skattemyndighe-

derne havde anset udgifterne for maskeret udlodning til hovedaktionæren. Landsretten tiltrådte, at udgifterne til ombygningen ikke var erhvervsmæssigt begrundede udviklingsomkostninger, men var begrundet i hovedaktionærens private interesse.

Ligeledes var det i TfS 1991, 289 V *Karen Klemetsrud ApS*, hvor Landsretten udtalte, at skatteyderen ikke havde godtgjort, at dennes kennelvirksomhed var drevet erhvervsmæssigt. Skatteministeriet havde principalt gjort gældende, at kennelvirksomheden altid og i en meget lang årrække havde givet underskud. For det andet var der ingen naturlig sammenhæng mellem lægepraksis og kennelvirksomhed, hvis udgifter og indtægter begge blev samlet i Karen Klemetsrud ApS. For det tredje påstod Skatteministeriet, at eneanpartshaveren Karen Klemetsrud ingen faglige kvalifikationer havde i relation til kenneldrift, ligesom der heller ikke i kennelvirksomheden var ansat personer med særlig fagkundskab. Se endvidere SKM2011.327.BR, hvor et selskab (G1) havde foretaget indbetalinger til en fodboldklub mod andel i et eventuelt provenu, hvis to navngivne spillere blev solgt inden for kontraktperioden. G1 drev virksomhed med køb og salg af aktier og obligationer, og G1s eneanpartshaver (A) var formand for bestyrelsen i fodboldklubben. Skatteministeriet fik medhold i, at udgifterne til fodboldklubben ikke var foretaget som led i G1s erhvervsmæssige virksomhed, men derimod var afholdt i As interesse. Udgiften kunne derfor hverken fratrækkes eller afskrives i G1, og A blev beskattet af beløbet som maskeret udlodning.

I SKM2008.106.HR fandt Højesteret, at et selskabs erhvervelse af et fly ikke var sket i selskabets erhvervsmæssige interesse. Retten lagde vægt på selskabet havde et driftsmæssigt underskud vedrørende flyet på 154.913 kr. samt at eneanpartshaveren i selskabet ubestridt havde anvendt flyet i 39% af flyets flyvetimer. Følgelig blev de af selskabet afholdte udgifter til flyet anset for afholdt i eneanpartshaverens private interesse. Selskabet kunne som følge heraf ikke foretage fradrag for udgifterne og afskrivninger. Se endvidere SKM2011.518.BR, der drejede sig om, hvorvidt skatteyderen med rette var blevet udlodningsbeskattet, i anledning af, at et af ham domineret selskab havde afholdt udgifter til landbrugsdrift i Østeuropa. Retten fandt ikke, at skatteyderen havde godtgjort, at landbruget i Østeuropa var blevet drevet erhvervsmæssigt. Herefter skulle de udgifter, som selskabet havde afholdt, som udgangspunkt anses for udlodnet til skatteyderen. Retten fandt imidlertid efter en konkret bevisvurdering, at udgifterne ikke var afholdt i skatteyderens personlige interesse, hvorfor der ikke forelå maskeret udlodning. Endvidere kan nævnes SKM2011.507.BR og SKM 2014.570.BR, hvor sidstnævnte drejede sig om hvorvidt, skatteyder skulle beskattes som maskeret udlodning af en udgift på 500.000 kr. som et selskab, hvori skatteyder var hovedanpartshaver, havde afholdt til køb af en jagtlejeret i Sydafrika. Skatteyderen havde til støtte for sin påstand gjort gældende, at udgiften skulle anses som en driftsomkostning. Heri fik skatteyderen imidlertid ikke medhold, idet Byretten ikke fandt det godtgjort, at selskabet, der drev en mindre entreprenørvirksomhed, havde afholdt udgiften for at påbegynde erhvervsvirksomhed i form af jagtudlejning i Sydafrika.

Maskeret udlodning eller lønaccessorier i ansættelsesforhold kan også opstå derved, at aktionæren lader selskabet afholde repræsentationsudgifter, som helt eller delvis må karakteriseres som hovedaktionærens private udgifter. I TfS 1993, 21 V *Finn Knud Mortensen* fandt retten, at hovedanpartshaverens afholdelse af åbent hus ved sin 40 års fødselsdag måtte anses for et supplerende arbejdsvederlag, idet receptionen ikke havde en klar og entydig karakter af repræsentation i selskabets interesse. Heroverfor kan nævnes SKM2011.646.BR, hvor retten fandt, at skatteyderen havde ret til repræsentationsfradrag for udgifter til mad til en reception afholdt i anledning af skatteyderens 50 års fødselsdag. Fradraget udgjorde

1.350 kr. Se endvidere SKM2012.14.BR, hvor et selskab havde afholdt udgifter til indkøb af bl.a. Louis Vuitton-tasker, Rolex-ure, krystalsæt og billetter til VM i fodbold. Retten udtalte, at der under hensyn til den nærliggende mulighed for misbrug stilles betydelige krav til dokumentationen som forudsætning for godkendelse af fradrag for repræsentationsudgifter. På de fremlagte fakturaer havde selskabet anført navn på gavemodtagerne og anledning, men ikke modtagernes adresse og dato for erlæggelsen af gaven, samt en række generelt formulerede erklæringer, således at gaverne ikke entydigt kunne identificeres. På denne baggrund fandt retten, at selskabet ikke havde godtgjort at have fradragsret for udgifterne, hvorfor det påhvilede hovedanpartshaveren at godtgøre, at de af selskabet indkøbte og bortgivne gaver ikke var tilgået hende eller var afholdt i hendes interesse. Denne bevisbyrde fandtes konkret ikke løftet. Modsat fandt skatterådet SKM2011.95.SR at gave ydet til foreningen Hospitalsklovne Kolding samt en Golfklub af det selskab (G1), hvor skatteyder (A) var hovedaktionær, ikke blev anset for maskeret udlodning til A. Det bemærkes, at ingen af de modtagne foreninger var godkendt efter LL § 8 A. Skatterådet bekræftede endvidere, at da G1 ikke fratrak gaverne i sin skattepligtige indkomst, ville det ikke have skattemæssige konsekvenser for G1. Se endvidere SKM2007.539.ØLR, der drejede sig om hvorvidt en eneanpartshaver skulle beskattes af maskeret udbytte svarende til en gave på 100.000 kr., som hans selskab havde ydet til foreningen G1 Mission. Selskabet, der var meget formuende, havde bl.a. til formål *“... at fremme en ny global bevidsthed, der ser hele planeten som en levende organisme med menneskeheden som en integreret del af sammenhængen...”*. Landsretten udtalte imidlertid, at selskabets adgang til at yde gaver i henhold til selskabslovgivningen ikke er afgørende for, om gaven i skatteretlig henseende kan anses for maskeret udlodning. Da Landsretten lagde til grund, at udbetalingen til foreningen i det væsentlige var ydet for at tilgodese eneanpartshaverens personlige interesser, fandt Landsretten herefter, at gaveløbet måtte anses for maskeret udbytte.

Hvor udgiften har karakter af en løbende ydelse, som udelukkende eller i det væsentlige tilgodeser aktionærens personlige interesse, vil selskabet heller ikke opnå fradrag, jf. CIR nr. 96 af 22. juni 1993, kap. 16.1. Følgende domme modificerer dog dette udsagn. I TfS 1993, 479 Ø blev selskabet nægtet fradrag, idet det løbende bidrag til Indre Mission udelukkende tilgodeså anpartshavers personlige interesse. Denne dom blev anket til Højesteret (TfS 1995, 455 H), hvorefter resultatet blev ændret således at selskabet opnåede fradragsret. Udgangspunktet for dommen var at LL § 12, stk. 2, giver fradragsret for løbende ydelser til religiøse foreninger mv. Da denne bestemmelse ikke begrænser (begrænser) fradragsretten for bidrag, der reelt tilgodeså anpartshavers interesse, måtte Højesteret tillade selskabet fradragsret for bidragene. I TfS 1995, 454 H ses den samme argumentation.

Skatteministeriet besluttede med TfS 1996, 4 at skærpe praksis, for så vidt angår de skattemæssige konsekvenser for en hovedaktionær af hovedaktionærselskabets ydelse af gaver og løbende ydelser. Herefter gælder følgende: For gaver omfattet af LL § 8 A har selskaber fradrag for de første 15.200 kr. (2016), mens beløb, der overstiger 15.200 kr., kan beskattes som maskeret udlodning hos hovedaktionæren, når gaveydelsen må anses at tilgodese hovedaktionærens personlige interesser. For løbende ydelser omfattet af LL § 12 har selskaber fradrag. Fradrag indrømmes dog kun for årlige ydelser, der ikke overstiger 15 pct. af yderens skattepligtige indkomst. Årlige ydelser, der ikke overstiger 15.000 kr., kan dog fradrages fuldt ud uanset forannævnte begrænsning. Se de allerede nævnte domme i TfS 1995, 454 H og 455 H. Departementet har kommenteret de to højesteretsdomme i TfS 1995, 649. Beløb, der overstiger forannævnte beløbsgrænser, kan beskattes som maskeret

udlodning hos hovedaktionæren, når den løbende ydelse må anses at tilgodes hovedaktionærens personlige interesser.

Andre eksempler på, at selskabet nægtes fradrag for ikke-erhvervsrelaterede udgifter, som snarere er i en eller flere aktionærs interesse, er, at selskabet afholder reklameudgifter til hovedaktionærens rideklub, jf. TfS 1985, 401 V *Heriff Wine and Beer Hobby ApS* eller til en ham nærtstående sportsforening mv., jf. TfS 1999, 728 H *Orla Madsen*, eller at selskabet betaler en erhvervsmæssigt helt eller delvis unødvendig studietur eller kursusrejse eller i øvrigt uden grund betaler hovedaktionærens rejseomkostninger, jf. LSRM 1984, 29. Se endvidere SKM2010.369.BR, hvor et selskab havde afholdt udgifter til tøj indkøbt til skatteyderes ægtefælle, der var eneste ansatte i selskabet. Den omstændighed, at tøjet var forsynet med logo kunne ikke anses for et tilstrækkeligt bevis for, at tøjindkøbet var forretningsmæssigt begrundet. Tøjindkøbet måtte endvidere anses for at have passeret skatteyderens økonomi, hvorfor skatteyderen var skattepligtig heraf.

Er en aktionær ansat i selskabet, er det i praksis antaget, at selskabets afholdelse af f.eks. rejseudgifter for aktionæren, som ikke kan anses for en fradragsberettiget driftsomkostning, efterfølgende kan kvalificeres som yderligere løn hos selskabsdeltageren, hvis dette ikke medfører, at der ydes mere i samlet vederlæggelse for arbejdsindsatsen i selskabet, end der efter praksis kan opnås fradrag for, jf. ovenfor under afsnittet om løn, tantieme og bestyrelses honorar. Efter omkvalifikation vil selskabet få fradrag for udgiften, idet der nu er tale om en lønudgift.

Se f.eks. SKM2009.707.BR og TfS 1994, 738 H *Niels Peter Christensen*, hvor sidstnævnte drejede sig om en elinstallatørs deltagelse i et kursus på Mallorca. Landsretten fandt, at rejsen var fagligt velbegrundet, hvorfor udgiften til rejsen måtte anses for at være en driftsudgift. Højesteret fandt, at rejseudgiften havde et turistmæssigt islæt, hvilket blandt andet skyldtes skatteyderens hustru og barns deltagelse. Udgiften kunne derfor ikke umiddelbart betragtes som en fradragsberettiget driftsudgift. Imidlertid omkvalificerede Højesteret udgiften til et løntillæg, hvorved selskabet opnåede fradragsret, men hvor elinstallatørens personlige indkomst forhøjedes tilsvarende.

Såfremt en fælles foranstaltning også er i selskabets interesse, og såfremt det samtidig kan være vanskeligt at fordele nyttevirksomheden på henholdsvis selskab og aktionær, kan det efter omstændighederne udelukke udbyttebeskatning af aktionæren, hvis der fra hans side er betalt et vist vederlag, jf. eksempelvis RR 1993 SM 82 V om selskabets opvarmning af hovedanpartshaverens bolig. Princippet om, at en foranstaltning kan have både nyttevirksomhed for selskab og dets aktionærer, gælder f.eks. i tilfælde af en børsintroduktion. Omfatter denne både nyemitterede aktier og gamle aktier, sker den i både selskabets og aktionærens interesse, og aktionærerne bør i så fald betale en del af omkostningerne, jf. TfS 1990, 385 LSR og TfS 1997, 367 V *Thorild Kristensen A/S*. Udgangspunktet vil antagelig være en forholdsmæssig fordeling efter kursværdier, men der kan sikkert konkret argumenteres for, at selskabet skal betale en større del af de selskabsretlige basisomkostninger. Endvidere så princippet om, at en foranstaltning kan have nyttevirksomhed for både selskab og hovedanpartshaver påberåbt af skatteyder i SKM2011.24.HR. Selskabet, hvori skatteyder var hovedanpartshaver havde delvist betalt sagsomkostninger og retsafgift i sager anlagt af hovedanpartshaveren. Højesteret fandt, at selskabets betaling udgjorde maskeret udlodning, selv om selskabet havde en økonomisk interesse i sagernes udfald. Højesteret lagde ved afgørelsen vægt på, at den første retssag var anlagt, før selskabet havde afgivet tilsagn om økonomisk støtte, og at der var uklarhed om rækkevidden af selskabets tilsagn. Højesteret fandt det under disse omstændigheder ikke godtgjort, at der var tale om sædvanlige forretningsmæs-

sige dispositioner, hvor selskabet ville have været villig til at give støtten til andre end hovedanpartshaveren, der ville føre retssagen.

I TfS 2002, 823 V var spørgsmålet, hvorvidt betaling af aktieafgift udløser statuering af maskeret udbytte. I sagen havde et holdingselskab betalt aktieafgift i forbindelse med sin stiftelse, der skete ved skattefri aktieombytning. Landsretten fandt ikke, at afholdelsen af aktieafgiften i forbindelse med indskud af aktier som apportindskud i tilstrækkelig grad afveg fra, hvad der kunne opnås mellem uafhængige parter, hvorfor der ikke kunne statueres maskeret udbytte.

TfS 2002, 893 V *Brugtjernlageret Skive Gl. Flyveplads ApS*. Selskabet ønskede fradrag for et debitortab. Selskabet havde ved et forlig opgivet et ubestridt tilgodehavende mod et svensk selskab. Baggrunden for forliget fandtes efter bevisførelsen at være den, at det svenske selskab samtidig opgav et mangelkrav mod selskabets direktør i forbindelse med hans personlige salg af guldtråd til det svenske selskab. Direktøren for selskabet var gift med eneaktionæren i selskabet. Landsretten lagde til grund, at selskabets dispositioner var udslag af interessefællesskabet mellem selskabets ejer og dets direktør. Derfor var der med forliget tale om maskeret udbytte, hvorfor der ikke var fradrag for debitortabet. Sagen er udslag af den del af læren om maskeret udbytte, hvorefter selskabet har afholdt en udgift, som ikke vedrører selskabet. Dette skete gennem modregningen.

I SKM2007.153.HR overdrog et selskab, der var ejet af skatteyderen, en ejendom opført af selskabet til As ægtefælle for 1.550.000 kr. svarende til markedsprisen. Ejendommens opførelsesomkostninger var 3.023.223 kr. og huset blev endvidere anvendt som fremvisningshus i forbindelse med salget af byggeprojekter på nabogrundene. Højesteret fandt, at et aktieselskabs afholdelse af udgifter i en aktionærs interesse til opfyldelse af dennes private behov er en skattepligtig udlodning. Højesteret udtalte, at i tilfælde, *hvor et selskab opfører et hus til privat brug for en hovedaktionær under afholdelse af udgifter, som ikke modsvares af en tilsvarende forøgelse af ejendommens markedsværdi, og hvor selskabet i sammenhæng hermed sælger ejendommen til hovedaktionæren for markedsprisen, foreligger der en udlodning, med mindre hovedaktionæren godtgør, at selskabets afholdelse af udgifter, udover hvad et salg på markedsvilkår kan indbringe, er sket i selskabets interesse.*

I SKM2008.384.HR, havde et selskab (G1) lejet en ejendom, der var ejet af hovedaktionæren (A), der tillige var direktør i G1, der drev autolakeringsvirksomhed. Sagen vedrørte, om selskabet kunne afskrive på udgiften til indretning af et såkaldt "slusebad", hvilket der i arbejdsmiljølovgivningen er krav om, at et autolakeringsværksted indretter. Højesterets flertal fandt, at selskabet ikke kunne afskrive på ejendommen, og at værdiforøgelsen ved etablering af slusebadet måtte anses som maskeret udlodning til hovedaktionæren. Flertallet begrundede afgørelsen med, en indhentet syns- og skønserklæring samt det forhold at den ejendom, hvorpå autolakeringsværkstedet var indrettet, allerede var indrettet som sådan ved hovedaktionærens erhvervelse af ejendommen samt, at den omfattende ombygning, hvori slusebadet indgik som en del, der blev foretaget af ejendommen, og som også hovedaktionæren deltog i finansieringen af, skete med henblik på ejendommens fortsatte anvendelse som autolakeringsværksted. Mindretallet var enig med flertallet i, at såvel praksis efter SL § 6 a om afskrivning på udgifter til ombygning af lejede bygninger som den gældende afskrivningslovs § 39, stk. 2, sidste pkt., hvori praksis er videreført, må forstås med forbehold for tilfælde, hvor ombygningen medfører en sådan varig forøgelse af den faste ejendoms værdi, at der foreligger en skattepligtig indkomst for ejeren af ejendommen, typisk i form af maskeret udlodning. Mindretallet fandt imidlertid, at på grund af

den udtrykkelige anerkendte afskrivningsret måtte anvendelsesområdet for dette forbehold begrænses til situationer, hvor der er et sikkert grundlag for at fastholde at en ombygning har medført en varig forøgelse af værdien af ejendommen som sådan, det vil sige ejendommen uafhængig af den virksomhed, som aktuelt drives på ejendommen. Mindretallet fandt ikke, at etableringen af slusebadet havde medført en forøgelse af værdien af ejendommen som sådan.

I SKM2012.293.LSR fandt Landsskatteretten ikke, at der var grundlag for at statuere maskeret udlodning i en situation, der var omfattet af ABL § 28, stk. 1, om nedsættelse af anskaffelsessummen for aktier mv. i forbindelse med kapitalindsud og gældsnedbringelse. Landsskatteretten nedsatte på den baggrund forhøjelsen af maskeret udlodning med 2.800.000 kr. til 0 kr. samt anskaffelsessummen for anparterne i selskabet med 2.800.000 kr.

Endvidere kan nævnes sagen i Tfs 2001, 547 V *Byforbedringsselskabet Århus af 1992 ApS*. Et ejendomsselskab erhvervede 50% af aktiekapitalen (selskabet blev siden omdannet til ApS) i Byforbedringsselskabet. Samtidig erhvervede tre personlige aktionærer de resterende 50%. Cirka tre måneder senere købte Byforbedringsselskabet en fast ejendom. Cirka 4 måneder efter den oprindelige aftale vedtog ejendomsselskabet og de øvrige aktionærer et tillæg til den oprindelige aftale, der indebar, at aktiekøbet i stedet skulle foretages af de tre personlige aktionærer. Samtidig blev det aftalt, at ejendomsselskabet skulle oppebære en formidlingsprovision på 750.000 kr. for formidling af ejendommen, da denne videresolgtes til et I/S, der tilhørte de personlige aktionærer. Landsretten fandt, at den afholdte provisionsudgift ikke var fradragsberettiget. Landsretten nævner det ikke, men det må antages, at begrundelsen herfor var, at udgiften måtte anses som en ikke-fradragsberettiget udlodning til aktionærerne, idet der var tale om vederlag for overdragelsen af 50% af aktierne i selskabet, som rettelig skulle have været betalt af aktionærerne i selskabet. Landsretten tog udelukkende stilling til, hvorvidt der var tale om en fradragsberettiget udgift i henhold til SL § 6 a. Den i sagen procederede tankegang minder dog meget om fikseringstankegangen, som ikke er hjemlet i henhold til SL § 4. Dog må det antages, at de personlige aktionærer i sagen havde realiseret en økonomisk fordel i form af overtagelsen af de resterende 50% af aktiekapitalen. Denne økonomisk fordel kunne beskattes i henhold til LL § 16 A, stk. 1.

I Tfs 2002, 602 H *Nordbornholms murerforretning ApS* lod en 50%-anpartshaver (A) sit helejede selskab (som drev murer forretning) stille sikkerhed for anpartsselskabets (byggekonstium) udlånslån i form af pantsætning af obligationer. Sagen vedrørte udelukkende den ene anpartshaver samt dennes anpartsselskab (H1). Højesteret fandt, at A's deltagelse i byggekonstiumet fra starten blandt andet var begrundet i en forventning om, at murerforretningen kunne opnå entreprisopgaver for byggekonstiumet, at murerforretningen faktisk havde udført arbejde for konstiumet, og at murerforretningen havde fået stillet yderligere arbejdsopgaver i udsigt. På den anførte baggrund fandt Højesteret, at murerforretningens pantsætning af obligationer til sikkerhed for byggekonstiumets udlånslån må anses for sket i murerforretningens egen interesse ud fra sædvanlige forretningsmæssige overvejelser. Pantsætningen og den efterfølgende realisation af obligationerne og anvendelse af provenuet til nedbringelse af udlånslånet kunne derfor ikke medføre, at et beløb svarende til obligationernes realisationsværdi, anses for en maskeret udlodning fra murerforretningen til A, eller at murerforretningen ikke har fradragsret for sit tab på fordringen mod byggekonstiumet for så vidt angår det samme beløb.

I Tfs 2003, 134 H erhvervede et ejendomsselskab erhvervede halvdelen af aktiekapitalen i det sagsøgende selskab. Senere vedtog ejendomsselskabet og de øvrige aktionærer et tillæg til købsaftalen, hvorefter aktierne på trods af den oprindelige aftale ikke skulle er-

hverves af ejendomsselskabet, men af de øvrige aktionærer. Samtidig ville ejendomsselskabet oppebære en provision på 750.000 kr. for formidling af en ejendom, som selskabet havde erhvervet. Højesteret stadfæstede Landsrettens dom og antog, at beløbet måtte anses som vederlag for overdragelse af 50 pct. af aktierne i selskabet, og at beløbet retteligt burde være betalt af aktionærerne.

Se endvidere SKM2014.69.ØLR og SKM2014.29.BR, hvor domstolene i begge sager udtalte, at i tilfælde af interessefællesskab samt når skatteyder ejer og kontrollerer et selskab, påhviler der skatteyder et skærpet beviskrav for, at der ikke er tale om maskeret udlodning. På denne baggrund er der ofte stillet krav om skriftlig dokumentation for udgiftsafholdelsen, se eksempelvis, SKM2014.695.BR samt SKM2010.555.ØLR, hvilket også er blevet fastholdt i tilfælde hvor sådan dokumentation er gået tabt i eksplosion eller som følge af edb-nedbrud, jf. henholdsvis SKM2013.572.VLR og SKM2013.491.ØLR.

I SKM2015.744.BR havde skatteyder i årene 2004 til 2008 været hovedaktionær i et selskab, hvori skatteyderens ægtefælle var direktør og daglig leder. SKAT havde konstateret, at der i selskabet var fratrasket udgifter, der var selskabet uvedkommende. Der var primært tale om skatteydere og ægtefællens private udgifter vedrørende ombygning af en ejendom, parret havde købt i 2002 for 3.500.000 kr., og solgte for 18.525.000 kr. i 2008. På trods af, at det ikke havde været muligt at låne penge til byggeriet i banken eller hos realkreditinstituttet, blandt andet fordi byggeriet i perioder grundet naboklager blev standset af myndighederne, blev der leveret en lang række materialer. Byretten fandt, at det burde have stået klart for skatteyder, at gennemførelsen af en sådan ombygning af deres villa kun kunne finansieres, hvis væsentlige udgifter blev afholdt af selskabet. På denne baggrund stadfæstede Byretten, den af SKAT foretagne indkomstforhøjelse, idet beløbene måtte anses for at have passeret gennem skatteydere økonomi. Se endvidere SKM2010.623.VLR, der vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt skatteyderen med rette var blevet udbyttebeskattet af beløb, som skatteyderens kæreste som direktør havde tilegnet sig i skatteyderens to selskaber. Landsretten fremhævede, at skatteyderen som eneanpartshaver havde overladt hele dispositionsretten i selskaberne uden kontrol til sin kæreste, hvorfor de midler, som tilgik skatteyderens kæreste, måtte anses for at have passeret skatteyderens økonomi som udbytte.

I lighed hermed kan nævnes SKM2008.14.ØLR. Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en hovedaktionær korrekt var blevet beskattet af maskeret udlodning som følge af en overførsel til en bankkonto i Nigeria samt en række hævnninger på en mellemregningskonto. Skatteyder var hovedaktionær i et selskab, der i det væsentlige var kontrolleret af hendes ægtefælle. Skatteyder var derfor ikke vidende om de handler og aktiviteter, som ægtefællen gennemførte. Under sagen gjorde skatteyderen gældende, at bankoverførslen til Nigeria var blevet tilbageført til den danske bankkonto, hvilket Landsretten ikke fandt dokumenteret, hvorfor skatteyder blev beskattet af de overførte beløb.

I SKM 2015.550.BR fandt Byretten, at udgifter afholdt af selskabet, hvori skatteyder (A) var eneanpartshaver, til As privatejede bil skulle anses for maskeret udbytte til trods for, at A havde fremlagt kørselsregnskabsoplysninger om, at bilen alene var anvendt erhvervsmæssigt. Retten lagde vægt på, at der ikke var oprettet en *skriftlig aftale* mellem selskabet og A om leje eller udlån af bilen, og at det af selskabets årsrapport fremgik, at der ikke var aktiver i selskabet, samt at selskabet ikke havde haft lejeudgifter. Retten lagde endvidere vægt på, at de fremlagte værkstedsfakturaer var udstedt til A og ikke til selskabet.

SKM 2016.126.BR havde et selskab (G1) foretaget en række overførsler og udbetalinger, der samlet udgjorde 627.072,66 kr.,

hvortil der kun i ringe grad forelå dokumentation. På den baggrund havde Landsskatteretten vurderet, at udgifterne ikke var afholdt for at erhverve, sikre eller vedligeholde G1s indkomst, men afholdt i skatteyderens (A) interesse. A, der var direktør for og enejer af G1, kunne endvidere ikke overfor retten redegøre for de afholdte udgifter. På den baggrund stadfæstede Byretten Landsskatterettens afgørelse om forhøjelse af G1s skattepligtige indkomst, med 627.072,66 kr. samt tilsvarende forhøjelse As skattepligtige indkomst, der blev anset for maskeret udlodning.

Endvidere kan nævnes SKM2016.166.BR. Her havde skatteyderens (A) helejede selskab (G1) afholdt udgifter til stiftelse af et brasiliansk selskab (G3) samt udgifter til tysk entreprenør for arbejde udført i Norge. Retten fandt ikke, at A havde dokumenteret, at etableringen af G3 var sket i G1s interesse og ikke i As personlige interesse og den omstændighed, at ejerskabet til G3 på et senere tidspunkt var overdraget til et nyoprettet holdingselskab (G2), fandtes ikke at have betydning for beskatningen. Endvidere fandt retten, at A ikke havde dokumenteret, at det arbejde den tyske entreprenør havde udført var sket for G1, eller at de beløb, som skulle være overført til den tyske entreprenør, udgjorde betalinger for arbejde udført for G2. Herefter påhvilede det skatteyderen som eneanpartshaver og direktør i G1 at bevise, at udgifterne ikke var afholdt i hans interesse. Denne bevisbyrde fandt retten ikke løftet og udtalte i den forbindelse, at bevisbyrden herfor ikke kunne løftes *alene* ved G1s partsforklaring.

3.3.6 Køb og salg af aktiver mellem selskab og aktionær

En typesituation, der tillige forekommer i praksis, er tilfælde af aktionærbegunstigelser gennem handel med aktiver. Dette kan ske dels gennem selskabets køb af aktionærens aktiver til overpris dels gennem salg af selskabets aktiver til aktionæren til underpris. Begge situationer er illustrative eksempler på maskeret udlodning og kan tænkes forekommende i stort set enhver tænkelig fysisk fremtrædelsesform. Dog er det følgende begrænset til uddybende behandling af de i praksis nok hyppigst forekommende eksempler.

3.3.6.1 Selskabets køb af aktiver til overpris

Selskabets køb af fast ejendom kan være aktuelt allerede ved et selskabs stiftelse, hvor aktionærens apportindskud (i henhold selskabslovens § 35 stk. 1) kan overvurderes, ligesom dette kan forekomme senere i selskabets livsforløb. Det antages, at handelsværdien på en given ejendom udgør udgangspunktet for den skattemæssige behandling. Når der således overdrages fast ejendom mellem et selskab og aktionær, skal den pris, ejendommen overdrages til, svare til, hvad en uafhængig tredjemand ville have betalt. Det antages, at den offentlige ejendomsvurdering kan lægges til grund i denne forbindelse. Se dog nedenfor om apportindskud. Til illustration kan eksempelvis fremhæves UfR 1966, 65 H (om salg af en arvet ejendom til overpris), UfR 1978, 660 H *Ejendomsselskabet de tre A'er af søften* og TfS 1996, 52 Ø *Edelskov Holdning A/S*, der alle ved vurderingen af, om der foreligger maskeret udlodning, lægger den faste ejendoms handelsværdi til grund.

Gennem en lang årrække har interesseforbundne parter på baggrund af CIR nr. 185 af 17.11. 1982 om værdiansættelse af aktiver og passiver i dødsboer m.m. som udgangspunkt kunnet anvende den kontante ejendomsværdi ved den senest bekendtgjorte offentlige vurdering +/-15 pct. som udtryk for en ejendoms handelsværdi. Værdiansættelse af fast ejendom ved overdragelse mellem interesseforbundne parter, hvor overdragelsen ikke er omfattet af førnævnte cirkulære, skal ske i overensstemmelse med, hvad en uafhængig tredjemand vil betale for ejendommen på det tidspunkt, hvor der indgås en bindende aftale om overdragelse af ejendommen. Det fremgår af den juridiske vejledning C.B.3.5.4.3, at den senest offentliggjorte ejendomsvurdering kun kan anvendes som overdragel-

sespris, hvis den giver et retvisende udtryk for handelsværdien. Dette vil ikke være tilfældet hvis ejendomsvurderingen må antages at være fejlbehæftet på tidspunktet for vurderingen eller hvis der siden ejendomsvurderingen er foretaget ombygning eller modernisering af den pågældende ejendom, som giver sig udtryk i ejendommens handelsværdi.

Hvad der betales ud over handelsværdien skal hos aktionæren beskattes som maskeret udlodning efter LL § 16 A, og selskabet korrigeres på den måde, at anskaffelsessummen og dermed afskrivningsgrundlaget reduceres med overprisen. Se TfS 2001, 80 Ø *Carl Christian Helge von Rosen*, hvor en skatteyder havde solgt en fast ejendom til et selskab, hvori han var hovedaktionær. I sagen blev en syns- og skønsmands vurdering ikke umiddelbart lagt til grund, hvorved forskellen mellem overdragelsessummen og den skønnede handelsværdi blev anset som værende maskeret udbytte, jf. LL § 16 A. Se også TfS 2001, 368 H *Manfred Kellmann*, hvor en skatteyder ved Landsrettens forudgående dom blev anset for skattepligtig af maskeret udbytte svarende til halvdelen af differencen mellem overdragelsessummen og ejendommens kontantværdi.

Maskeret udbytte kan også finde sted ved *selskabets køb af aktionærens driftsmidler*. Driftsmidler kan overdrages ved stiftelsen af et selskab som apportindskud. Såfremt den reelle værdi af apportindskuddet ikke svarer til den forudsatte værdi, kunne der være anledning til at overveje at beskatte aktionæren af forskellen mellem disses størrelser som maskeret udlodning. Dette er dog ikke tilfældet. I TfS 2001, 173 blev indgået et retsforlig ved Vestre landsret. Heraf kan udledes, at LL § 16 A, stk. 1 ikke hjemler udlodningsbeskatning i sådanne situationer, idet der terminologisk ikke vil være tale om udlodninger, idet det manglende apportindskud aldrig er indgået i selskabet og derfor ikke kan udloddes, jf. TfS 2001, 181 SKM. Dog vil der i fremtiden kunne komme udlodningsbeskatning på tale, når reguleringen for overprisen er så stor, at den overstiger aktie- eller anpartskapitalen. Dette vil være tilfældet, hvis korrektionerne medfører, at de gældsposter/forpligtelser, som indskydes i selskabet, overstiger værdien af de indskudte aktiver (negativt indskud). I de tilfælde, hvor der er indskudt et aktiv, der er medregnet til en højere værdi, end det reelt er værd, skal anskaffelsessummen for aktierne/anparterne reguleres ned. Anskaffelsessummen skal dog ikke reguleres ned med et eventuelt beløb, der er beskattet som maskeret udlodning. Ved omdannelse til handelsværdier kan anskaffelsessummen således ikke blive negativ. Det fremgår af kommentaren, at det i relation til maskeret udlodning ikke gør nogen forskel, om der er tale om skattefri virksomhedsomdannelse.

I praksis anvendes armslængde princippet generelt ved overdragelse af driftsmidler til vurderingen af eventuelle forskelle mellem købsprisen og handelsprisen på erhvervelsestidspunktet. Disse synspunkter er gennemgående i LSR af 24/6 1974, her blev forskellen mellem købesummen og handelsværdien betragtet som maskeret udlodning af selskabets midler til aktionæren, og som følge for selskabet var dette herefter ikke berettiget til at foretage afskrivninger på forskelsbeløbet.

Problematikken genfindes tillige ved *selskabets køb af goodwill*, hvilket ligeledes kan finde sted allerede ved stiftelsen af et selskab eller ved omdannelsen af en hidtidig personligt drevet virksomhed til et selskab, hvor eventuelt overført goodwill overvurderes eller blot medregnes i virksomheder, der efter lovgivningen eller praksis ikke kan drives i selskabsform. Før det overhovedet dog kommer på tale at beregne det korrekte beløb for goodwill, må det fastslås, om der reelt foreligger en overdragelse af virksomhed med goodwill til selskabet. Er dette ikke tilfældet, f.eks. fordi aktionæren ikke reelt har givet virksomheden fra sig, kan der ikke anvendes noget tilgodehavende eller nogen betaling for goodwill. Alt, hvad der

udloddet fra selskabet til aktionæren, vil derfor blive klassificeret som maskeret udlodning, jf. TfS 1997, 921 LSR.

Værdiansættelsen kan tage vejledende udgangspunkt i de af Ligningsrådet opstillede beregningsregler. Disse retningslinjer er dog alene vejledende. Ved afståelse af virksomhed mellem uafhængige parter vil der normalt ikke være problemer med værdiansættelsen af goodwill, idet der er modsatte interesser med hensyn til overdragelsessummens størrelse og dennes fordeling mellem goodwill og andre aktiver. Til eksemplifikation skal nævnes LSR 1973, 98, hvor goodwillværdien i et K/S, hvor komplementaren var datterselskab til sælgende selskab, blev nedsat, og afskrivningen blev beskåret i datterselskabet. I TfS 1986, 376 Ø *Registreret revisor Børge Steen* fandtes overdragelse af klienter fra en personligt drevet virksomhed til et selskab behersket af overdrageren ikke at være overdragelse af goodwill, hvorefter vederlaget blev beskattet som maskeret udlodning fra selskabet. Goodwill skal kunne opgøres særskilt og dermed kunne adskilles fra selskabets drift.

Den skattemæssige konsekvens for aktionæren, hvis overdragelsen af goodwill er sket til overpris, er, at skatteyderen vil blive beskattet af en maskeret udlodning svarende til overprisen, mens selskabets afskrivningsgrundlag som nævnt indledningsvis reduceres til overdragerens skattepligtige fortjeneste, jf. AL § 40, stk. 6.

Hvis en person har modtaget en goodwillbetaling ved salg af sin virksomhed, kan beskatning indtræde, når virksomheden og dermed goodwillen reelt antages at have tilhørt hans selskab, så det til ham udbetalte må anses for maskeret udlodning, jf. TfS 2000, 385 H *Kai Grønvold*.

TfS 2002, 891 V *Jens Carl Vestergaard og Runa Fenger Vestergaard*. Skatteyderne havde overdraget deres virksomhed til et selskab. Ved handlen var der overdraget goodwill, der skulle berigtiges dels kontakt og dels ved udstedelse af anparter. Da der ikke til virksomheden var knyttet nogen kundedreds, forretningsforbindelser eller lignende, fandt Landsretten ikke, at der var overdraget goodwill. Vederlaget blev derfor anset for maskeret udbytte.

Ved køb af aktier, obligationer og pantebreve til overpris fra aktionæren er den skattemæssige konsekvens, at aktionæren beskattes af overprisen ved aktieafståelse, idet denne betragtes som en udlodning fra selskabet, mens aktieavancen opgøres på grundlag af handelsværdien. Selskabet kan i denne sammenhæng kun benytte handelsværdien som anskaffelsessum, og ikke den faktisk erlagte købesum.

Se RR 1984 SM 113 LSR, hvor prisen på nogle aktier ved overdragelsen var sat væsentligt over skattekursen. Skattemyndighederne tilsidesatte prisfastsættelsen på aktierne og lod i stedet parikursen udgøre handelsgrundlaget. Vurderingen blev tiltrådt af Landsskatteretten, der ligeledes anerkendte, at overprisen blev anset som maskeret udlodning.

I SKM 2015.541.BR havde skatteyder (A) i 2005 stiftet selskabet (H1) ved indskud af unoterede aktier og børsnoterede aktier. Betalingen herfor var anpartskapitalen i H1 samt et stiftertilgodehavende. Det var ved Byretten ubestridt, at A havde fået en overpris for de unoterede aktier. Herefter fastslog retten, at H1's afdrag på den del af stiftertilgodehavendet, samt rentebetalingerne herfor, som oversteg det skattemæssigt fastsatte tilgodehavende, skulle anses for maskeret udlodning, hvorfor afdragene og renterne skulle kvalificeres som aktieindkomst.

Når en virksomhed overdrages fra en aktionær til selskabet, typisk i forbindelse med dets stiftelse, foreligger der heller ikke det naturlige modsætningsforhold mellem køber og sælger, der gør, at skattemyndighederne føler sig bundet af den fordeling af den samlede købesum mellem ejendom, varelager, driftsmidler og goodwill, som fremgår af overdragelsesaftalen.

Aktionæren kan tillige begunstiges gennem en *overrente på dennes udlån til selskabet*. Rentefiksering kan foretages med hjemmel i LL § 2, såfremt lånet ikke er forrentet i overensstemmelse med armslængde princippet. En lignende situation kan opstå ved kursgevinster, se eksempelvis SKM2007.471.LSR, hvor et familieejt anpartsselskab optog et lån hos hovedanpartshaveren på 2,3 mio. kr., der blev afregnet med 1,5 mio. kr., det vil sige til kurs 65. Der var ikke stillet sikkerhed for lånet, der blev forrentet med 2 %. Der var således tale om, at aktionæren havde konverteret dele af en skattepligtig renteindtægt til en kursgevinst, der efter de dagældende regler, i en situation som den i sagen omhandlede, ikke skulle medregnes i den skattepligtige indkomst. Landsskatteretten ansatte med hjemmel i LL § 2, en fikseret rente på diskonto +4 %. Endvidere skulle hovedanpartshaverens gevinst ved indfrielse beskattes som maskeret udlodning.

Maskeret udlodning kan opstå ved alle aktivoverdragelser. Det må nok på tilsvarende måde som i forbindelse med erhvervelse af allerede behandlede aktivgrupper antages, at aktionæren vil blive beskattet efter en udlodningsbetragtning mens anskaffelsessummen og dermed eventuelt afskrivningsgrundlaget korrigeres hos selskabet. Det skal bemærkes, at alle aktiver kan handles. Se i den sammenhæng SKM2014.228.ØLR, hvor skatteyder i juli 2005 havde købt to malerier for 3.400.000 og i september 2005 havde købt ét maleri til 350.000 kr. I december 2005 solgte skatteyder de tre malerier for samlet 6.450.000 kr. til selskabet (H1), hvori skatteyder var direktør og eneanpartshaver. Der blev i forbindelsen med salget ikke indhentet en vurdering af malerierne til belysning af markedsværdien og skatteydernes bevisførelse herunder forklaringer fra en række vidner kunne ikke overbevise Landsretten om, at markedsprisen for malerierne på salgstidspunktet svarede til den pris, som H1 betalte. Landsretten fandt herefter, at avancen på 2.700.000 kr. skulle anses som maskeret udlodning, der var skattepligtig for skatteyder.

Til slut under denne overskrift skal nævnes *aktionærernes salg af selskabet efter den såkaldte netto- eller differenceafregningsmetode*. Herved er der dog ikke tale om handel mellem selskab og aktionær, men om aktionærens salg til tredjemand. Ved nettoafregning forstås, at et beløb svarende til købesummen overføres fra selskabet til sælgeren, og selskabets resterende midler stilles til disposition for køberen. Ved flere lejligheder har skattemyndighederne anset en sådan afregningsmetode som værende udtryk for maskeret udbytte til aktionærerne. Standpunktet er dog ikke blevet opretholdt ved domstolene. Således har Højesteret i TfS 2000, 582 H og TfS 2001, 90 H *Else og Niels Olsen* anført, at nettometoden hverken civilretligt eller skatteretligt kan anses som en udlodning til sælgeren. Overførelsen må i stedet anses som udtryk for sælgerens modtagelse af købesummen fra køberen. Se om spørgsmålet også TfS 1996, 180 LSR, hvor Landsskatteretten statuerede maskeret udbytte som følge af nettometoden, og TfS 2001, 636 V *Veksø Taulov Holding ApS*.

Ligeledes er der i TfS 2001, 665 V, også vedrørende *Veksø Taulov Holding ApS*, statueret maskeret udlodning hos selskabet som køber af et overskudsselskab efter den såkaldte *bruttometode*. Ved bruttometoden forstås, i modsætning til nettometoden, at sælgeren af et selskab overfører selskabets midler til køberen, der herefter anvender midlerne til at betale købesummen for aktierne/anparterne til sælgeren. I sagen havde Veksø Taulov Holding ApS erhvervet et overskudsselskab som det umiddelbart efter erhvervelsen solgte videre til et af de af selskabstømmeren Bjørn Stiedl ejede selskaber. Der blev ved denne overdragelse betalt kurs 85 for overskudsselskabets skyldige skatter. Landsretten fandt, modsat de af selskabets advokat fremførte argumenter, ikke at der var tale om et aktionærlån ved overførsel af det erhvervede selskabs likvide midler til Veksø

Taulov Holding ApS. Ej heller det korte ejerskab til overskudsselskabet kunne frakende dispositionen skattemæssig realitet. Landsretten lagde til grund, at sælgeren overførte et beløb til Veksø Taulov Holding ApS, svarende til overskudsselskabets likvide midler, inden Veksø Taulov Holding APS afregnede købesummen med størstedelen af dette beløb. Herved konstateredes det, at købesummen for selskabet var afregnet med selskabets egne midler. En sådan disposition over selskabets midler måtte efter Landsrettens vurdering anses som en udlodning af disse, og følgelig skattepligtig i henhold til LL § 16 A, stk. 1.

Særligt om erhvervelse af nødlidende fordringer

Maskeret udlodning kan yderligere fremstå ved at en *aktionær erhverver en fordring på selskabet*, og der i den relation fremkommer en kursgevinst. Dette kan navnlig iagttages ved, at en aktionær i tilknytning til sit køb af aktiemajoriteten i et selskab tillige overtager en fordring på selskabet. Før indførelsen af kursgevinstloven i 1985 blev det antaget, at afdrag på og indfrielse af fordringer skulle beskattes som maskeret udlodning. Kursgevinstloven prætenderer nu udtømmende at regulere beskatningen af kursgevinster og -tab på pengefordringer. Trods dette vil udfaldet af den skitserede typesituation være en statuering af maskeret udlodning, dette uanset om fordringen forrentes med kursgevinstlovens mindsterentekrav, idet der er tale om en maskeret udlodning og ikke en kursgevinst. Aktionæren skal da beskattes efter LL § 16 A.

I TfS 1997, 289 Ø *Speditør Hans Frederiksen* var der tale om en fordring, der ved hovedaktionærens køb af selskabet nærmest var værdiløs, men som, da hovedaktionæren lagde overskudsgivende virksomhed ind i selskabet, skulle indfries til kurs pari. Dette udløste beskatning af maskeret udbytte hos aktionæren. Landsretten lagde i denne forbindelse vægt på:

- At skatteyderen til en lav kurs opkøbte fordringer mod nogle selskaber han kontrollerede.
- At skatteyderen derefter lagde overskudsgivende aktivitet ind i selskaberne.
- At fordringerne som følge heraf senere kunne indfries til pari med en deraf følgende kursgevinst.
- At dispositionen ikke havde en sædvanlig forretningsmæssig begrundelse, men at formålet havde været at frembringe en kursgevinst, der søgtes unddraget beskatning.
- At der ikke var grundlag for at antage, at det skulle være udelukket at beskatte kursgevinster efter principperne om maskeret udbytte, jf. LL § 16 A.

Højesteret nåede et tilsvarende resultat i TfS 1999, 346 H *Preben Alex Christiansen*. Denne dom udgør det væsentligste præjudikat på området. I sagen medførte det således beskatning af maskeret udbytte, at en skatteyder for 1 kr. købte den tidligere hovedaktionærs da værdiløse fordring på selskabet sammen med aktiekapitalen i dette, hvorefter der i de følgende år blev afdraget knap 2,5 mio. kr. til ham. Såvel Landsretten som Højesteret fandt:

- At skatteyderens erhvervelse af fordringer og aktier var gensidigt betinget, således at erhvervelsen af fordringerne var betinget af, at han samtidig blev aktionær.
- At de omtvistede beløb, der som afdrag var blevet udbetalt fra selskabet til skatteyderen kun var blevet tilvejebragt og betalt, fordi skatteyderen var aktionær i selskabet.

Senest har Højesteret bekræftet denne retsopfattelse i TfS 2000, 96 H *Flemming Christensen*. I sagen havde en skatteyder i 1986 samtidig med overtagelsen af samtlige aktier i to selskaber tillige overtaget gældsbreve i selskaberne til kurs 38. Højesteret stadfæstede udbyttebeskatningen også i denne situation, jf. LL § 16 A. Højesteret fandt således:

- At skatteyderens erhvervelse af fordringer og aktier skete som led i en samlet aftale.
- At skatteyderen efter erhvervelsen udviklede overskudsgivende aktiviteter i selskabet.
- At de afdrag som selskaberne betalte til opfyldelse af de erhvervede fordringer, kun blev tilvejebragt fordi skatteyderen var aktionær i selskaberne.

I praksis fremtræder synspunkterne endvidere af TfS 1992, 309 TS, TfS 1993, 544 LSR og TfS 1994, 529 Ø *Takeshi Ogihare*.

Trods den tydelige stadfæstelse af praksis hos domstolene må der holdes fast i udgangspunktet om, at ikke enhver kursgevinst som en hovedaktionær opnår på en fordring mod sit selskab skal beskattes som maskeret udbytte. Der må foretages en individuel bedømmelse på baggrund af de af Højesteret udviklede retningslinjer. Med andre ord er det almindeligt anerkendt, at der skal foretages en *konkret vurdering*, jf. senest Landsskatterettens udtalelse i TfS 2003, 937.

Ud fra denne fremgangsmåde er praksis da også efterfølgende kommet frem til, at beskatning af maskeret udbytte tillige kan forekomme i tilfælde af *konvertering af en aktionærfordring til aktier*, jf. omtalen af en utrykt Landsskatteretskendelse i TfS 2000, 317 H (om rådgiveransvar). Der er ikke endeligt taget stilling til om også udbetalinger i forbindelse med *likvidation* af debitorselskabet kan statuere maskeret udbytte. Spørgsmålet var fremme i TfS 2000, 417 LSR, men Landsskatteretten fandt konkret ikke, at der var tale om en udbyttebetaling. Endelig er det blevet fastslået, at maskeret udbytte også kan statueres i de tilfælde, hvor *aktionæren er et moderselskab*, jf. TfS 1999, 748 LSR. Dette har den følge, at reglen om skattefri datterselskabsudbytter i SEL § 13, stk. 1, nr. 2 finder anvendelse. Se også om dette spørgsmål TfS 2003, 937 LSR, hvor der dog ikke fandtes at være tale om maskeret udbytte, men i stedet om en skattepligtig kursgevinst for moderselskabet.

Af de omtalte domme kan ikke udledes en udtømmende række af kriterier som skal indgå i den konkrete vurdering af, hvorvidt der er tale om maskeret udbytte frem for kursgevinst. Trods dette udgangspunkt kan der identificeres en række fælles omstændigheder som er til stede i samtlige domme. Således ses følgende at udgøre denne fælles kerne:

- At der er tale om betalinger mellem interesseforbundne parter.
- At overtagelse af aktier og gældsbevis er indbyrdes forbundet/gensidigt betingede, i den forstand at den ene disposition forudsætter den anden.
- At der indlægges overskydende aktivitet i debitorselskabet.
- At der er en nær tidsmæssig sammenhæng mellem (1) erhvervelsen af fordringen, (2) indlæggelsen af overskudsgivende aktivitet eller ny kapital i debitorselskabet, og (3) realiseringen af en kursgevinst.
- At der herved skabes en sikker og skattefri kursgevinst for skatteyderen, hvis ikke domstolene ændrer dette forhold.

Ratio decidendi synes at være, at debitorselskabet ikke ville have indfriet fordringen til kurs pari hos en udenforstående kreditor, men derimod ville have søgt at akkordere med ham tidligere i forløbet.

Østre landsret har afsagt en vidtrækkende dom i TfS 2006, 687 Ø, hvor der tages stilling til flere uklarheder i lyset af ovennævnte Højesteretspraksis og hvor der tilføjes praksis et yderligere anvendelsesområde for udbyttebetragtningen. I sagen blev der statueret maskeret udbytte ved provenu som aktionæren ville opnå ved afdrag, indfrielse eller salg af fordringen til en uafhængig tredjemand. Første gang spørgsmålet behandles ses at være i kendelse af 19.12. 2001. I sagen havde klageren i 1981/1982 erhvervet 1/3 af anpart-

skapitalen i et selskab og samtidig hermed 1/3 af en fordring mod selskabet. Prisen for fordringen var 3 kr. I 1992 erhvervede klageren den resterende anpartskapital og den resterende del af fordringen fra de to øvrige anpartshavere. Den 31.3. 1999 indgik klageren aftale om salg af fordringen til en personligt bekendt til kurs 96. Pengene blev indbetalt til sælger 6.4. 1999 og gælds brevet blev opsagt umiddelbart herefter, nemlig 10.4. 1999, til indfrielse 1.5. 1999. Skattemynderen kapitaliserede herefter over flere omgange selskabet, inden den endelige indfrielse af fordringen. Betaling for kreditrisiko i ca. 3 uger var 4%-point. Køber af fordringen blev således betalt for den eventuelle risiko, der var forbundet med at eje gælds brevet i den korte periode.

Landsskatteretten opretholder med kendelsen en udbyttebeskatning af klageren under henvisning til, at gevinst ved fordringen udover selve købesummen ikke kunne anses som afkast af fordringen, men derimod måtte antages at være udslag af klagerens indflydelse som eneanpartshaver. Retten bemærkede endvidere, at *“...Det kan herved ikke gøre nogen forskel at dele af fordringen efterfølgende er erhvervet fra medanpartshavere i forbindelse med disses salg af deres anparter i selskabet, eller at gevinsten blev realiseret ved salg og ikke ved indfrielse...”*.

I TfS 2006, 687 Ø bemærkede Landsretten, at *“...Efter det for landsretten oplyste lægges det til grund, at Kurt Bachs erhvervelse af aktierne i og fordringerne på det underskudsgivende selskab skete som led i en samlet aftale.*

Det lægges endvidere til grund, at fordringen.... reelt var værdiløs på overdragelsestidspunktet. Sagsøgeren indskød i umiddelbar tilknytning hertil sin detailvirksomhed i selskabet, som herefter udviklede sig overskudsgivende.

Under disse omstændigheder finder landsretten, at Kurt Bachs mulighed for at modtage betaling i form af afdrag på eller indfrielse af sagsøgerens fordring på Bach Company A/S kun er tilvejebragt fordi han er aktionær i selskabet... Sådanne betalinger må derfor anses som udbytte af aktier....

Den omstændighed, at afviklingen af gældsforholdet.....blev udskudt... kan under de foreliggende omstændigheder ikke føre til andet resultat.

Landsretten finder endvidere, at den gevinst som Kurt Bach måtte opnå ved afhændelse af fordringen, på tilsvarende vis må antages at have sin baggrund i sagsøgerens bestemmende indflydelse som aktionær i selskabet. Salgssummen skal derfor ud fra de samme hensyn anses som udbytte...

Det må hævdes, at der ikke ved en overdragelse af en aktionærfordring til tredjemand kan ske beskatning af maskeret udbytte. Dette resultat følger allerede af det skatteretlige udbyttebegreb, jf. LL § 16 A. Det følger således af en ordlydsfortolkning af denne bestemmelse, at udbytte udgør betalinger fra et selskab til dets aktionær. Aktionærbegrebet bevirker, at den betaling en aktieejers modtager som udlodning fra selskabet nødvendigvis må klassificeres som udbytte. Tilsvarende kan udelukkende aktionærer modtage udbytte fra selskabet i skatteretlig henseende. Aktionærforholdet er således en forudsætning for udbytteudlodningen. Betalinger fra en uafhængig tredjemand kan ikke sidestilles med betalinger fra hverken aktionær eller selskab i henseende til udbyttebeskatningen. I den skatteretlige teori har navnlig *Jane Bolander* beskæftiget sig med problemstillingen i TfS 2000, 864. Forfatteren gør gældende, at der kan gennemføres udbyttebeskatning ved overdragelse af fordringer til tredjemand. Baggrunden for dette synspunkt er, at begunstigelsen består i selve værdistigningen på fordringen. En sådan fortolkning er dog næppe rigtigt, idet begunstigelsen (den skattepligtige formuefordel) snarere må siges at ligge i *realiseringen* af en værdistigning, som skyldes aktionærinteressen og at *realiseringen*,

grundet udbyttebegrebets natur, kun kan ske ved udbetalinger fra selskabet.

Problemstillingen indgik også i en ny variant i Landsskatterettens kendelse af 30.3. 2006 som omtalt i JUS 2006/32.

Til sidst bør nævnes Højesterets dom i Sag 65/2015 af 18. Maj 2016, der kunne tages til indtægt for en ændret retstilstand med hensyn til, hvorvidt et aktionærforhold er en forudsætning for at statuere udbytte i skatteretlig henseende. Dommen omhandlede spørgsmålet om begrænset skattepligt for udbytte, jf. SEL § 2, stk. 1, c og KSL § 65, stk. 1 i forbindelse med en udlodning i 2006. Udlodningen bestod i, at et dansk selskab havde truffet beslutning om udlodning af udbytte til sit moderselskab (beliggende i Luxembourg) i form af fordringer på moderselskabets moderselskab (beliggende på Cayman Islands). Højesteret lagde til grund, at det danske selskab selv anså beslutningen i 2006 for en udlodning af udbytte. Herefter vurderede Højesteret, om betingelserne for skattefritagelse i SEL § 2, stk. 1, c er opfyldt. En væsentlig betingelse er, at udbytte modtager er et udenlandsk moderselskab, som opfylder kravene i bestemmelsen. Højesteret lagde i denne forbindelse til grund, at selskabet ikke havde godtgjort, at selskabet faktisk havde udloddet udbyttet til Luxembourg-selskabet, men i stedet, at udbyttet faktisk blev ledt udenom dette selskab og direkte videre til Cayman Islands-selskabet. Dermed havde det danske selskab ikke godtgjort, at udbyttet var blevet modtaget af et udenlandsk moderselskab, som opfyldte kravene til at fritage det danske selskab for at indeholde udbytteskat. Det er lidt overraskende, at Højesteret tilsyneladende tillægger selskabets egen benævnelse så stor betydning, at dette tilsyneladende skal være udslagsgivende for bedømmelsen. På trods af dette synes dommen ikke at ændre retstilstanden om, hvorvidt en statuering af udbytte forudsætter et aktionærforhold, men derimod at udgøre en konkret vurdering af om betingelserne for fritagelse for udbytteskat er opfyldt.

Spørgsmålet om maskeret udbytte og overdragelse af fordringer indgik i TfS 2004, 925 Ø *Anette Toni Brangstrup Hansen*. Sagens faktum er komplekst. Skattemynderen var ejer af to selskaber som opererede inden for den finansielle sektor (Futures og Securities). Direktøren i Futures A/S var skattemynderens ægtefælle. Ultimo 1992 overdrog Futures sin aktivitet, medarbejdere og driftsmidler til Securities. Som en del af købesummen blev der indgået en earn out aftale, hvorefter Futures skulle vederlægges løbende med overskudsandele fra Securities. Futures var i finansiell krise på grund af uforudsete hændelser på den internationale scene og en gældsordning var påkrævet. Direktøren erhvervede derfor i 1993 samtlige fordringer med et pålydende på ca. 23,7 mio. kr. mod Futures til ca. 4,7 mio. kr., svarende til kurs 19,97 fra selskabets kreditorer (blandt andet to banker). Securities havde et tilgodehavende hos direktøren som følge af for store provisionsudbetalinger, hvilket var i strid med ASL § 115 (nu selskabslovens § 210). Finansieringen til erhvervelse af fordringerne fremkom ved at Futures fordring mod Securities som følge af earn out aftalen blev modregnet i direktørens gæld til Securities. Direktørens gæld til Securities beløb sig efter det oplyste til omtrent det samme som de omhandlede fordringers pålydende. Som følge heraf blev Futures' gæld til direktøren samtidig indfriet. Herved opnåede direktøren en kursgevinst på fordringerne som var erhvervet til ca. 4,7 mio. kr. Senere (7.12. 1994) erhvervede direktøren (ægtefællen) samtlige aktier i begge selskaber fra skattemynderen for 1 kr.

Ovenstående scenarie havde givet anledning til beskatning af maskeret udbytte hos skattemynderen i medfør af LL § 16 A, stk. 1, hos såvel de lokale skattemyndigheder som ved Landsskatteretten. Landsretten bemærkede indledningsvis, at det ikke var godtgjort, at skattemynderens og dennes ægtefælles interesse i at undgå Futures konkurs, ikke kunne være tilgodeset på anden vis end ved ægtefæl-

lens køb af fordringerne. Herefter bemærkede Landsretten, at købet af fordringerne og earn out aftalen bevirkede, dels at ægtefællens (direktørens) gæld til Securities kunne indfris gennem modregning, dels at ægtefællen fik en betydelig fortjeneste, når der henses til, at han havde betalt 4,7 mio. kr. for fordringerne.

Endelig bemærkede Landsretten, at dispositionerne ikke var foretaget i selskabets interesse (Der må herved menes Futures, idet det af sagen fremgår, at en markedsfølsom disposition ville indebære, at man lod akkorden komme selskabet til gavn – i stedet lod man den komme til ægtefællens gavn) og var af en så usædvanlig karakter, at de alene kunne anses for begrundet i ægtefællernes interessefællesskab og deres beherskelse af begge selskaber. På denne baggrund fandtes kursgevinsten ved fordringernes indfrielse (modregningen) at måtte anses for maskeret udlodning til skatteyderen.

I sit grundbudskab er dommen ikke bemærkelsesværdig. Det må således anses for at være sædvanligt, at en aktionær kan beskattes, hvis der i kraft af aktionærindflydelsen tilføres interesseforbundne parter en værdi, som afholdes af selskabet i strid med selskabets interesse.

3.3.6.2 Salg af selskabets aktiver til underpris

Maskeret udbytte forekommer ved *selskabets salg af fast ejendom til aktionæren til underpris*. Et klart eksempel på denne typesituation er gengivet i UfR 1969, 412 H og kommenteret i UfR 1969 B, s. 245 ff. Mange af ræsonnementerne fra afsnittet om selskabets køb af aktiver fra aktionæren går igen, idet situationen egentlig er den samme blot med modsat fortegn. De nok væsentligste standpunkter, der kan udledes af 1969-dommen, der kort fortalt omhandlede et af et håndværkeraktieselskab opført ejendomskompleks, der blev overdraget til ejerne under markedsværdi, er, at det må påhvile skatteyderne at godtgøre, at det ved overdragelsen fremkomne regnskabsmæssige tab, også i virkeligheden dækker over et lidt tab, når sælger og køber i økonomisk forstand er tilnærmelsesvis identiske. Ligeledes kan nok udledes, at den enkelte skatteyder skal sandsynliggøre, at den opnåede pris svarer til prisen i fri handel, hvorfor dækning for den bogførte værdi ikke er opnåelig.

Armslængde princippet er ofte lagt til grund i praksis, jf. eksempelvis TfS 1987, 434 V *Ejendomsaktieselskabet Birkevænget i likvidation* og UfR 1975, 596 H *Direktør E. Danielsen*. Det må være værdiforholdene på selve aftaletidspunktet, der skal lægges til grund ved vurderingen af, om der eventuelt foreligger maskeret udlodning.

I SKM2007.465.HR havde skattemyndighederne beskattet en hovedaktionær af maskeret udbytte i forbindelse med hovedaktionærens køb af 50 pct. af en ejendom, der var ejet af det af hovedaktionæren kontrollerede selskab. Tanken havde været, at der skulle handles til den senest bekendtgjorte offentlige ejendomsværdi minus 15 pct., men i og med at der i overdragelsesaftalen og skødet var angivet nominelle beløb, medførte kontantomregningen af den overtagne gæld, at ejendommen var overdraget til den offentlige ejendomsvurdering minus ca. 18,5 pct. Skatteyderen anerkendte, at der forelå maskeret udlodning op til den offentlige ejendomsvurdering minus 15 pct., men kunne ikke anerkende at blive beskattet af maskeret udlodning op til den af myndighederne skønnede handelsværdi, der var fastsat til den senest bekendtgjorte ejendomsvurdering. Højesteret fandt, at skattemyndighederne havde været berettiget til at tilsidesætte den aftalte overdragelsessum, der var lavere end den offentlige ejendomsværdi minus 15 pct., og Højesteret tiltrådte endvidere, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte skattemyndighedernes skøn over handelsværdien. Højesteret tiltrådte således den i ligningsvejledningen angivne praksis, hvorefter der i tilfælde, hvor kontantprisen ligger uden for plus/minus 15 pct. af den seneste kontante ejendomsværdi, ikke kun sker beskatning i

det omfang kontantprisen ligger uden for 15 pct.-grænsen men af hele forskelsbeløbet.

Se SKM2009.492.ØLR, der omhandlede et selskab, der havde solgt en ejendom til selskabets hovedanpartshaver. Købesummen var i skødet fastsat til den på overdragelsestidspunktet senest kendte offentlige ejendomsvurdering. Retten gav Skatteministeriet medhold i, at købesummen skulle reduceres med et beløb, selskabet havde afholdt til reparationer på ejendommen efter overdragelsen. Da den reducerede købesum lå mere end 15% under den offentlige ejendomsvurdering, var skattemyndighederne berettigede til at fastsætte handelsværdien skønsmæssigt. Differencen mellem den faktisk betalte købesum og den skønnede handelsværdi blev anset som maskeret udlodning til hovedanpartshaveren.

Se endvidere SKM2012.174.VLR, hvor skatteyderen (A) blev udlodningsbeskattet som følge af, at selskabet (H1) som A var hovedanpartshaver i, havde overdraget en ejendom til As moder vederlagsfrit. Det fremgik af skødet, at købesummen udgjorde 300.000 kr. og at den blev berigtiget ved modregning i et tilgodehavende moderen havde i selskabet, samt at moderen respekterede, uden at overtage, et tinglyst ejerpantebrev på ejendommen på 500.000 kr. A gjorde gældende, at H1, der havde solgt ejendommen til As mor, havde misligholdt aftalen, idet ejerpantebrevet viste sig at være behæftet med en underliggende gæld på 425.000 kr. som moderen var nødt til at indfri for at bevare rådigheden over ejendommen. Som følge heraf gjorde A gældende, at moderen var berettiget til et forholdsmæssigt afslag eller erstatning, og at hun derfor ikke havde modtaget en økonomisk fordel fra H1. Vestre Landsret fandt, at A ikke havde løftet bevisbyrden for, at der ikke var tale om maskeret udlodning fra H1, og at As moder ikke var berettiget til forholdsmæssigt afslag eller erstatning.

I SKM2013.841.HR havde et selskab (H1) i 2002 erhvervet en ejerlejlighed for 1.895.871 kr. med henblik på at udleje lejligheden til eneanpartshaverens (A) sønner. Lejemålet var ikke tidsbestemt og blev indgået med sædvanlige opsigelsesbegrænsninger for udlejer. I 2005 solgte H1 lejligheden til A for 850.000 kr. Lejligheden var på dette tidspunkt fortsat udlejet til sønnerne. Spørgsmålet i sagen var, hvorvidt der ved vurderingen af handelsværdien af lejligheden skulle tages hensyn til lejemålet. I så fald var der enighed om, at værdien udgjorde 850.000 kr. Der var også enighed mellem parterne om, at værdien af lejligheden udgjorde 2.600.000 kr., hvis der ikke skulle tages hensyn til lejemålet. Højesteret fastslog i modsætning til Landsskatteretten og Landsrettens flertal, at udlejningen til sønnerne ikke kunne anses at udgøre en sådan byrde for A, at lejemålet havde betydning for fastsættelsen af lejlighedens handelsværdi ved salget fra H1 til A. Handelsværdien blev derfor fastsat til lejlighedens handelsværdi på salgstidspunktet, når der ses bort fra lejekontrakten. Konsekvensen heraf var, at H1 skulle avancebeskattes og ikke havde lidt et fradragsberettiget tab, mens A skulle beskattes for udlodning af maskeret udbytte.

Det burde således være klart, at der ikke kan statueres maskeret udlodning, hvis ejendommen er overdraget til handelsværdien, men det antages vistnok af nyere administrativ praksis at gælde, at overdragelsen skal ske til den bogførte værdi, såfremt denne er højere end handelsværdien, og hvor selskabet har afholdt udgifter i aktionærens interesse til forbedring eller opførelse af ejendommen. Se hertil f.eks. RR 1994 SM 227, hvor der blev lagt vægt på, at salgssummen for en ejendom ville være under et beløb svarende til selskabets afholdte udgifter, og yderligere blev der lagt vægt på, at dispositionen med at opføre et hus var dikteret af hovedaktionæren med efterfølgende overtagelse for øje.

Som tidligere nævnt, kan den senest offentliggjorte ejendomsvurdering som udgangspunkt udgøre et udtryk for ejendommens handelsværdi. Ejendomsvurderingen vil dog blandt andet ikke kunne

lægges til grund, hvis der siden ejendomsvurderingen er foretaget ombygning eller modernisering af den pågældende ejendom, og ombygningen mv. giver sig udtryk i ejendommens handelsværdi. Se i den forbindelse SKM2012.447.BR, der vedrørte spørgsmålet, om hvorvidt A var skattepligtig af 600.000 kr. som maskeret udlodning i forbindelse med erhvervelse og renovering af en ferieejerlejlighed. Ejerlejlighedens tinglyste ejer var et af A ejet selskab og et selskab ejet af A's bekendte og daværende forretningspartner, B. Prisen udgjorde 400.000 kr. svarende til den senest offentliggjorte ejendomsvurdering. Ved skønnet over handelsværdien kunne der ikke lægges vægt på den offentlige ejendomsvurdering, bl.a. fordi ejerlejligheden var vurderet *under opførelse* og på flere punkter ikke stemte overens med beskrivelsen i købsaftalen. Retten stadfæstede skattemyndighedernes skøn over ejerlejlighedens handelsværdi i renoveret tilstand til 1.000.000 kr. Der blev i skønnet lagt vægt på en af SKAT indhentet vurdering.

Se endvidere i den forbindelse SKM2010.124.ØLR, hvor et selskab (G1) solgte en ejendom til selskabets hovedaktionær (A) til handelsværdien og selvangav på denne baggrund et tab. Spørgsmålet var, om overdragelsessummen i stedet skulle fastsættes til kostprisen, jf. SKM2007.153.HR. A gjorde gældende, at tabet alene skyldtes G1s uheldige køb af ejendommen fra tredjemand, hvilket resulterede i en mangelsag og efterfølgende nedrivning af de oprindelige bygninger og som også forhindrede den planlagte erhvervsmæssige anvendelse. Landsretten fandt på grundlag af en syns- og skønserklæring vedrørende den oprindelige mangelsag, at de udgifter, som G1 havde afholdt til nedrivning af den eksisterende ejendom og opførelse af et nyt hus, var afholdt i As interesse til opfyldelse af dennes private behov. Under henvisning til at ejendommen blev erhvervet med henblik på at tjene som bolig for A, og da den, bortset fra et hjemmekontor, ikke blev anvendt erhvervsmæssigt, anså Landsretten det ikke for godtgjort, at udgifterne var afholdt i G1s interesse.

I SKM2012.456.BR var der ikke ved overdragelse af en ejendom til skatteyder (A), fra det selskab (H1) hvori A var hovedanpartshaver, blevet foretaget en ejendomsmæglervurdering af ejendommen eller fremsendt anmodning om bindende svar vedrørende handelsprisen. Ejendommen blev overdraget til en pris, der lå over den på handelstidspunktet senest offentliggjorte ejendomsvurdering. Imidlertid havde H1 i dets ejertid udført en række forbedringer og moderniseringer af ejendommen til ca. 350.000 kr., hvorfor ejendommen i årsrapporten var medtaget til en kostpris, der oversteg As oprindelige købspris. Ca. et år efter erhvervelsen videresolgte A ejendommen til en uafhængig tredjemand med en positiv avance på 2.500.000 kr. På baggrund af et i forbindelse med sagens behandling ved Landsskatteretten udmeldt syn- og skøn og den efterfølgende afståelse til tredjemand fastsatte retten handelsværdien og differencen på 1.300.000 kr. blev af retten anset for maskeret udbytte.

Med den skærpede beskatning af hovedaktionærers vederlagsfri rådighed over en bolig tilhørende selskabet, jf. LL § 16, er et salg fra selskab til aktionær af ejendommen, der særligt er indrettet til aktionæren, blevet aktuelt i en række tilfælde. I TfS 2001, 115 har Ligningsrådet taget stilling til en sådan situation. Ligningsrådet fandt, at det ikke med TSSCIR 2000-5 var tilsigtet at ændre praksis på dette område, hvorefter en ombygning af en ejendom, som ejes af selskabet, og som kort tid efter solgtes til aktionæren, udløste beskatning hos aktionæren som maskeret udlodning svarende til selskabets kostpris for ombygningen. Da Ligningsrådet videre fandt, at ombygningen og renoveringen i den konkrete sag udelukkende skete i aktionærens interesse, blev der ved den bindende forhåndsbesked tilkendegivet, at ejendommen i stedet for den offentlige ejendomsvurdering på 1,65 mio. kr. skulle værdiansættes

til 5,2 mio. kr. Landsskatteretten kom til et modsat resultat i TfS 1996, 473 grundet den tidsmæssige afstand mellem opførelse og salg af en luksuriøs ejendom.

Endelig kan afståelsessituationen forekomme ved selskabets likvidation, når det nødvendigvis må skille sig af med alle dets aktiver, enten hvis aktiverne sælges til aktionærerne eller indgår i likvidationsprovenuet. Likvidationsprovenuet beskattes efter aktieavancebeskatningsloven, såfremt udlodningen finder sted i opløsningsåret. Maskering af udlodning kan særligt tænkes motiveret af ønsket om at holde selskabets avancebeskatning eller skat af genvundne afskrivninger lav samt at minimere aktionærernes aktieavancebeskatning. Dog skal det for så vidt angår afståelse af goodwill bemærkes, at afståelse af dette oftest forekommer i forbindelse med solvent likvidation med videreførelse af selskabets virksomhed for øje. Her skal en værdiansættelse af goodwillen ske i forbindelse med overtagelsen. Hvis dette undlades vil selskabet blive afståelsesbeskattet ud fra en fikseret værdi af goodwill, og de begunstigede aktionærer vil tilsvarende blive udbyttebeskattet. De skattemæssige konsekvenser ved indgrebet er, at aktionæren beskattes af differencen mellem dennes anskaffelsessværdi og handelsværdien. Selskabet kan eventuelt avancebeskattes, idet afståelsessummen sættes til handelsværdien. Det skal sluttelig nævnes, at visse øvrige problemer kan rejse sig i forbindelse med salg til underpris, f.eks. kan aktionærens skattemæssige anskaffelsessum volde problemer og dermed også afskrivningsgrundlaget.

I TfS 2005, 250 Ø havde en hovedaktionær købt sit selskabs ejendanel på 50 pct. af den ejendom, hun og ægtefællen beboede. De øvrige 50 pct. var ejet af ægtefællen. Den ideelle del af ejendommen blev overdraget til en pris, der lå omkring 19 pct. under den seneste bekendtgjorte offentlige vurdering. Skattemyndighederne havde beskattet hovedaktionæren af maskeret udbytte og ansat handelsværdien til den offentlige ejendomsvurdering. Landsretten fandt, at det var berettiget, at skattemyndighederne havde tilsidesat overdragelsessummen og foretaget et skøn over ejendommens handelsværdi. Da skønnet svarede til ejendomsvurderingen, kunne det ikke anses for forkert eller for at føre til et urimeligt resultat.

Såfremt et selskab sælger driftsmidler til aktionærer til underpris, beskattes forskellen mellem den aftalte pris og handelsprisen hos aktionæren, mens selskabet enten må nægtes fradrag for et tilsvarende tab eller nedskrive den samlede skattemæssige saldo værdi med et tilsvarende beløb, således at selskabet skattemæssigt stilles, som var driftsmidlet solgt til værdien i handel og vandel. Se eksempelvis SKM2010.350.ØLR, hvor syv ud af ti leverancer for i alt 245.630,- kr. ikke fremgik af et selskabs årsrapport. Landsretten, udtalte at det måtte påhvile skatteyder, der var hovedanpartshaver og således havde dominerende indflydelse i selskabet, at godtgøre, at de omhandlede syv vinleverancer, ikke var tilgået ham, eller at udgifterne hertil ikke havde belastet selskabet. Landsretten fandt ikke, at skatteyder havde løftet bevisbyrden og tiltrådte endvidere, at den skønsmæssigt ansatte bruttoavance på 35 %, som var baseret på oplysninger vedrørende engros- og detailsalg inden for branchen og ikke fandtes åbenbar urimelig, hvorfor skatteyder og selskab blev behandlet som var dette der erlagte vederlag.

Salg af goodwill til en aktionær er tillige en art maskeret udlodning af hyppig forekomst. Denne kan skatteansættelsesmæssigt medføre korrektion hos både aktionær og selskab, jf. TfS 1994, 41 V (nu forældet), hvor indkomstansættelsen hos en skatteyder ved overtagelse af en virksomhed, blev forhøjet grundet manglende goodwillbetaling, der ikke kunne begrundes af branchekutymen. Denne dom afspejler ligeledes det i praksis herskende princip om, at interessesammenfald medfører særlige dokumentationskrav for skatteyderen.

Sælges aktier til aktionærer til en lavere pris end handelsværdien, vil aktionæren blive beskattet af forskellen mellem købsprisen og handelsværdien som udlodning, men kan således også benytte handelsværdien ved opgørelse af den skattemæssige avance/tab ved videresalg af aktierne. I erkendelse af, at hovedreglen i LL § 16 A, stk. 1 er meget vidtgående, er der lovhjemmel til at dispensere fra reglen, når det, der udbetales, typisk ikke har karakter af udbytte. Friaktier eller fondsaktier er udtrykkeligt undtaget. Det gælder herved, at vederlagsfri overdragelse af egne aktier fra et selskab til dets aktionærer i samme forhold som aktiekapitalbesiddelsen må sidestilles med skattefri fondsaktieudstedelse. Såfremt overdragelsen skete i ulige forhold, vil der derimod være tale om en maskeret udlodning, som dermed er omfattet af LL § 16 A, stk. 1. Derimod skal selskabet i denne situation medregne avance/tab efter aktieavancebeskatningsloven ved salget opgjort i forhold til handelsværdien.

I TfS 2005, 124 H havde skattemyndighederne forhøjet skatteyderens indkomst med maskeret udlodning vedrørende køb af aktier til underpris. Han havde købt 90 pct. af aktierne i et underskudsselskab for 135.000 kr. og samme dag videresolgt aktierne til 2.702.889 kr. Skatteyderen var reelt hovedaktionær i såvel det købende som det sælgende selskab. Landsretten lagde til grund, at der var tale om interesseforbundne parter, og da skatteyderen ikke havde godtgjort, at aktiernes værdi ved købet udgjorde 150.000 kr., stadfæstede Højesteret Landsrettens dom, hvorefter forskellen mellem skatteyderens andel af henholdsvis handelspris og den aftalte pris blev anset for maskeret udlodning. Som det fremgår af SKM2010.453.ØLR må der, når der er tale om aktieoverdragelser mellem interesseforbundne parter, stilles ikke ubetydelige krav til beviserne for, at de faktiske omstændigheder er anderledes, end dokumenterne angiver. Sagen drejede sig konkret om overdragelsen af et dansk selskabs anpart i et litauisk selskab, til selskabets hovedanpartshaver. Et beløb svarende til differencen mellem overdragelsessummen og markedsprisen blev anset for maskeret udlodning for hovedanpartshaveren. Skatteyderen anførte, at anparterne var tilbageført, da overdragelsen var en nullitet, hvilket skyldtes, at overdragelsen, pga. af manglende iagttagelse af reglerne om forkøbsret, var anfægtet af den litauiske selskabsdeltager. I det danske selskabs årsrapport fremgik det imidlertid, at tilbageførelsen af anparterne var begrundet i uenighed med ligningsmyndighederne om værdiansættelsen. Landsretten lagde til grund, at tilbageførelsen var sket af de i årsrapporten anførte grunde og gav således skattemyndighederne medhold.

Salg af obligationer til underpris til en aktionær i selskabet medfører beskatning af denne ud fra et udlodningssynspunkt, altså beskatning af differencen mellem overdragelsesprisen og eksempelvis børskursen, mens selskabet må beskattes efter de almindelige regler i kursgevinstloven. *Overdragelse af pantebreve* antages ligeledes, at skulle ske til handelsværdi.

Ligeledes må selskabet beskattes af handelsværdien ved *salg af et vareparti til underpris*. Aktionæren skal principielt beskattes af fordelene, men er varerne indkøbt til videresalg, kan aktionæren fratrække samme beløb som yderligere varekøb.

På tilsvarende måde kan *salg af andre aktiver* til en aktionær udløse statuering af maskeret udlodning, ligesom selskabets afståelsessum korrigeres, således at selskabet stilles, som om aktiverne var solgt til handelsværdien. I TfS 1994, 530 V *Erik Torben Laursen* blev det særligt lagt til grund i forbindelse med salg af guldaldermalerier, at dokumentation om, at handlen var foregået på markedsvilkår må foreligge i tilfælde, hvor der er interessefællesskab mellem parterne. Differencen mellem netop handelsværdien og den handlede pris måtte beskattes som udbytte efter LL § 16 A, stk. 1.

Markedsprisen antoges netop at udgøre det beløb, som tredjemand skulle betale inklusive salgsomkostninger og afgifter.

Se endvidere SKM2014.380.ØLR, hvor et selskab (H1) i juni 2008 erhvervede en Audi til 818.657 kr. Herefter var bilen blevet specialindrettet efter hovedanpartshaverens (A) ønske, hvorefter den blev overdraget til A personligt i december 2008 for 500.000 kr. efter der var indhentet vurderinger hos Audi-forhandlere, der havde vurderet værdien til 500.000 kr. Bilen blev videresolgt i marts 2011 for 480.000 kr. Under ankesagen blev der udmeldt syn og skøn, hvor det blev vurderet, at bilen i december 2008 kunne sælges til en forhandler for ca. 625.000 kr. og at forhandleren ville sætte udsalgsprisen til ca. 725.000 kr. På den baggrund fastsatte Landsretten, at As indkomst skulle forhøjes med 200.000 kr. der blev anset for maskeret udbytte.

I TfS 2004, 309 H havde en ejendomsmægler og dennes samarbejdspartner foretaget krydsende og indbyrdes sammenhængende udbetalinger på 500.000 kr. fra deres selskaber. Den ene af udbetalingerne blev udbetalt til ejendomsmæglerens ægtefælles selskab. Højesteret fandt det ikke godtgjort, at der forelå en driftsmæssig begrundelse for betalingen til hustruens selskab, men fandt, at den vilkårlige overførsel var betinget af ejerforhold til det betalende selskab, hvorfor der forelå en skattepligtig udlodning, jf. LL § 16 A, stk. 1.

Endelig skal nævnes den form for maskeret udlodning, der kan ydes i form af *aktionærlån*. Det blev efter 18. juni 1982 forbudt at stifte aktionærlån. Trods dette selskabsretlige forbud, jf. selskabslovens § 210, er aktionærlån alligevel forekommende. Her tænkes ikke på situationer, hvor "lånet" alene er udtryk for almindelig leverandørkredit, men derimod tilfælde, hvor der er tale om et decideret ulovligt aktionær- eller anpartshaverlån. Med vedtagelsen af Lov nr. 926 af 18. september 2012 vedtog Folketinget, at sådanne aktionærlån er skattepligtige efter LL § 16 E. Herefter skal et aktionærlån skattemæssigt behandles efter skattelovgivningens regler om hævninger uden tilbagebetalingspligt. Dette betyder, at et lån omfattet af LL § 16 E ikke i skattemæssig henseende anses for et lån, men i stedet behandles som en overførsel af værdier fra selskabet til aktionæren eller anpartshaveren, hvilket i praksis betyder, at lånet beskattes som løn eller udbytte. Den hidtidige praksis om løn eller udbytte bør derfor også tillægges betydning efter indførelsen af LL § 16 E.

Det fremgår af bestemmelsen, at lånet skal være ydet af et selskab omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, eller tilsvarende selskaber hjemmehørende i udlandet. Endvidere skal personen, der modtager lånet, og det långivende selskab have en forbindelse omfattet af LL § 2. Det fremgår endvidere, at undtaget fra bestemmelsens anvendelsesområde er lån, der er ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, eksempelvis lån, der opstår som led i aktionærens almindelige samhandel med selskabet, der sker på sædvanlige kreditvilkår. Herudover er sædvanlige lån fra pengeinstitutter undtaget fra bestemmelsens anvendelsesområde, således at en aktionær med en bestemmende aktiepost i et pengeinstitut kan optage et sædvanligt banklån i dette pengeinstitut uden, at dette vil blive anset for et aktionærlån. Til sidst er lån til selvfinansiering som nævnt i selskabsloven § 206, stk. 2 undtaget LL § 16 E.

De oftest forekommende aktionærlån forekommer som følge af et egentligt lån ydet af selskabet til dennes hovedaktionær. Også hovedaktionærens brug af et firmakort kan i visse tilfælde udgøre et ulovligt aktionærlån. Endvidere kan hævninger, der ikke bogføres som nedskrivninger af et anfordringstilgodehavende mellem hovedaktionæren og selskabet samt situationer, hvor en hovedaktionær på et tidspunkt har hævet mere end sit tilgodehavende hos selskabet, anses for ulovlige aktionærlån.

Den skattemæssige konsekvens, såfremt der er tale om et ulovligt aktionærlån, vil være, at lånet henregnes til skatteyderens skattepligtige indkomst og beskattes som løn eller udbytte, hvorfor selskabet skal indeholde og indbetale kildeskat. Dette medfører, at selskabet som udgangspunkt får et regreskrav mod den ansatte hovedaktionær for den kildeskat, som selskabet har indbetalt. I tilfælde hvor den ansatte hovedaktionær ikke tilbagebetaler kildeskatten til selskabet inden udløbet af selskabets selvangivelsesfrist for det indkomstår, hvor aktionærlånet blev udbetalt, kan kildeskatten formentlig anses for et nyt, skattepligtigt aktionærlån.

I SKM2014.54.LSR, var skatteyder hovedanpartshaver og direktør i holdingselskabet (H1), der ejede 20% af selskabet (H2), hvori skatteyder var bestyrelsesmedlem. Landsskatteretten fandt på baggrund af sagens oplysninger, herunder oplysninger i årsrapporten for H1 om, at selskabet havde ydet ulovligt lån til selskabets direktion på 158.500 kr., at skatteyderens uberettigede hævning i H2 blev anset som et lån i H1 omfattet af LL § 16 E. Landsskatteretten tillagde det således ikke nogen betydning, at lånet på 158.500 kr. var registreret som gæld i H1, og ikke direkte hos skatteyderen personligt. Det var endvidere ikke godtgjort, at skatteyderen på tidspunktet for hævnningen var i stand til at indfri gælden til selskabet, henset til gældens størrelse i forhold til skatteyderens formue. Endvidere havde skatteyderen ikke tidligere fået udbetalt løn fra H1, hvorfor Landsskatteretten fandt, at det af skatteyderen hævede beløb, 158.500 kr., skulle anse som maskeret udlodning.

4 Maskeret indskud

Ved maskerede indskud (bidrag, tilskud etc.) forstås, at hovedaktionæren stiller kapital, arbejdskraft, driftsmateriel mv. til rådighed for selskabet mod intet eller nedsat vederlag. Maskerede indskud dækker også over sådanne situationer, hvor hovedaktionæren i sin samhandel med selskabet opkøber aktiver til overpris eller sælger aktiver til underpris. I disse angivne situationer tilføres selskabet en økonomisk fordel på bekostning af aktionæren. Der kan i denne forbindelse sondres mellem situationer omfattet af LL § 2 og situationer, der falder uden for anvendelsesområdet af denne bestemmelse.

LL § 2 omfatter situationer, hvor aktionæren stiller likviditet til rådighed for selskabet mod intet eller nedsat vederlag, men omfatter tillige situationen, hvor hovedaktionæren stiller sin arbejdskraft til rådighed for selskabet mod intet eller nedsat vederlag, såvel som den situation, hvor hovedaktionæren udlåner aktiver til selskabet for intet eller nedsat vederlag.

Med vedtagelsen af LL § 2 er der tilvejebragt lovhjemmel for kravet om, at en *låneaftale* mellem et selskab og dets hovedaktionær skal indgås på armslængdevilkår, i det omfang der foreligger kontrol. De aftalte vilkår skal dermed afspejle, hvad uafhængige parter ville have aftalt. LL § 2 vedrører således nu et udtrykkeligt krav om, at den aftalte rente mellem interesseforbundne parter skal afspejle markedrenten. Den praksis, der blev udøvet før indførelsen af LL § 2 vedrørende skattemæssig korrektion af rentefri eller lavtforrentede låneaftaler mellem interesseforbundne parter fortsætter efter indførelsen af LL § 2. I sådanne situationer vil långiver, såfremt betingelserne for anvendelse af LL § 2 er til stede, blive beskattet af en fikseret renteindtægt, mens låntager bliver beskattet af den fordel, der tilgår den pågældende ved ikke at skulle betale rente. Låntager får dog til gengæld et fiktivt rentefradrag, der

modsvares størrelsen af den renteindtægt, der bliver beskattet hos långiveren.

Det er et uafklaret spørgsmål, hvorledes markedrenten for et låneforhold skal fastsættes, og navnlig om den hidtidige praksis vedrørende rentefri lån er brugbar i denne henseende. I denne praksis lå, at den skønnede fikserede rente som udgangspunkt er blevet fastsat til diskontoen plus 4%. Selvom en opretholdelse af denne praksis kan kritiseres, må det antages, at den udgør det eneste holdepunkt og må indtil videre stadig benyttes. Lovgiver har dog formentlig med LL § 2 forudsat, at der skal anvendes samme rentesats for henholdsvis långiver og låntager ved anvendelse af rentefikseringsmodellen.

Såfremt en hovedaktionær stiller sin arbejdskraft til rådighed for sit selskab mod intet eller nedsat vederlag, er der nu hjemmel i LL § 2 til at fikserer et *arbejdsvederlag*, såfremt vilkårene i en arbejdsaftale ikke afspejler armslængdevilkår. Denne fikseringsadgang kan indebære nogle uhensigtsmæssige resultater i situationer, hvor skatteydere vælger at lade deres enkeltmandsejede virksomheder overgå til selskabsform, og hvor selve formålet med selskabsetableringen er dels at undgå den personlige hæftelse, dels at opnå mulighed for at akkumulere indkomst i selskabet til den lavere selskabsbeskatning. En sådan akkumulering af indkomst i selskabet vil være særdeles velbegundet og forretningsmæssigt fornuftig navnlig i selskabets startfase, hvor en konsolidering ofte er nødvendig. Se hertil TfS 1987, 457 Ø *Steen Agger-Nielsen* og TfS 1996, 750 LSR. LL § 2 udelukker dog konsolidering af et selskab, i det omfang dette sker på bekostning af hovedaktionærens arbejdsvederlag. 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.

Ved behandlingen af L 101, der dannede grundlag for LL § 2, har Skatteministeriet i et svar til Advokatrådets Skatteudvalg udtalt, at LL § 2 ikke indeholder noget nyt i forhold til tidligere gældende ret vedrørende spørgsmålet om fiksering af løn. Der blev i denne henseende henvist til den allerede foreliggende praksis vedrørende maskeret udbytte. Der er imidlertid den forskel, at der nu er tilvejebragt hjemmel til fiksering af løn i de situationer, hvor hovedaktionæren stiller sig til rådighed for selskabet mod intet eller nedsat vederlag, og hvor fordelene ved den aftalte disposition således tilgår selskabet. Det kunne derfor muligvis udledes af henvisningen til praksis vedrørende maskeret udbytte, at det mellem hovedaktionæren og selskabet aftalte arbejdsvederlag i praksis som udgangspunkt ikke vil blive anfægtet af ligningsmyndighederne.

Lejeaftaler mellem et selskab og dets hovedaktionær er omfattet af LL § 2 idet omfang der foreligger kontrol. I modsætning til hvad der gælder ved fastlæggelsen af et armslængdearbejdsvederlag, vil der ofte kunne findes et sammenligningsgrundlag ved fastlæggelsen af et armslængdelejevederlag. Der synes på den baggrund ikke at være de samme problemer forbundet med at fastsætte et armslængdelejevederlag. Der foreligger heller ikke nogen praksis om værdiansættelsen i lejeforhold mellem et selskab og en hovedaktionær.

Det kan antages, at det er oplagt at anvende de grænser, der gælder efter LL § 16 til at fastlægge normalværdier ved udlejning af visse aktiver fra selskabet til aktionæren også i den modsatte situation. Se herom i LL § 16, CIR nr. 1 af 2.1. 2001 om fri bil og hovedaktionærer m.fl.'s personalegoder og udbytter.