

Specialeafhandling

Selvstændig erhvervsdrivende som deltager
i et skattemæssigt transparent selskab?
En retlig analyse af ligningslovens § 4

- Christian Troest Iversen



Indholdsfortegnelse

1.	INDLEDNING	3
1.1.	Introduktion og problemformulering.....	3
1.2.	Afgrænsning.....	3
1.3.	Metodeovervejelser.....	5
1.4.	Struktur	7
2.	DET SKATTEMÆSSIGT TRANSPARENTE SELSKAB	8
2.1.	Afgrænsning mellem skattemæssigt transparente selskaber og selvstændige skattesubjekter	8
2.2.	Selskabsretlige kendetegn for skattemæssigt transparente selskaber	9
2.2.1.	Fælles selskabsretlige kendetegn.....	9
2.2.2.	Særligt om interessentskaber	9
2.2.3.	Særligt om kommanditselskaber	10
2.2.4.	Særligt om partnerselskaber	11
2.3.	Betydning af skattemæssig transparens	11
3.	VURDERING AF OM EN DELTAGER ER SELVSTÆNDIG ERHVERVSDRIVENDE EFTER LL § 4	13
3.1.	Baggrund og tidligere retstilstand.....	13
3.2.	Kriterier der skal lægges vægt på efter L 194.....	14
3.3.	Deltagerens økonomiske risiko.....	16
3.3.1.	Hæftelsen knyttet til deltagerens andel af selskabet	16
3.3.2.	Betydning af ydet (ansvarligt) lån	23
3.3.3.	Betydning af minimumsvederlag og deltagelse i fordeling af underskud	25
3.3.4.	Betydning af risiko for erstatningsansvar og forsikring	27
3.3.5.	Delkonklusion.....	29
3.4.	Deltagerens indflydelse.....	30
3.4.1.	Indflydelse på overordnede beslutninger.....	30
3.4.2.	Betydning af et stort deltagerantal	33
3.4.3.	Underlagt instruktionsbeføjelse	36
3.4.4.	Delkonklusion.....	40
3.5.	Samspelet mellem deltagerens økonomiske risiko og indflydelse	40
4.	SKATTERETLIGE KONSEKVENSER HVIS EN DELTAGER ANSES SOM SELVSTÆNDIG ERHVERVSDRIVENDE	43
4.1.	Anvendelse af virksomhedsordningen	43

4.2.	Deltagelse gennem kapitalselskab	43
4.3.	Delkonklusion	44
5.	SKATTERETLIGE KONSEKVENSER HVIS EN DELTAGER ANSES SOM LØNMODTAGER	45
5.1.	Afkast af investeringen.....	45
5.1.1.	Den skattemæssige behandling af afkastet	45
5.1.2.	Fordeling mellem lønindkomst og afkast	49
5.2.	Udtrædelse af virksomhedsordningen	50
5.3.	Deltagelse via kapitalselskab – rette indkomstmodtager	51
5.4.	Delkonklusion	52
6.	KONKLUSION.....	54
7.	PERSPEKTIVERING.....	57
8.	LITTERATURLISTE.....	58

1. Indledning

1.1. Introduktion og problemformulering

Erhvervsdrivende virksomheder er af afgørende betydning for samfundet, idet de bidrager til effektiv ressourceudnyttelse og øget velstand.¹ Der er ca. 23.650 interessentskaber, kommanditselskaber og partnerselskaber i Danmark, og de udgør således en ikke ubetydelig andel af de erhvervsdrivende virksomheder.² Hertil skal det særligt bemærkes, at antallet af partnerselskaber i de seneste år er steget. I år 2000 var der kun 23 partnerselskaber, og i år 2010 var dette antal steget til 285.³ I dag er tallet steget til hele 1.729.⁴ Partnerselskaber er særligt populære i liberale erhverv, herunder særligt i revisions- og advokatbranchen.⁵ Det er derfor væsentligt at kende de vilkår – herunder skattemæssige – som gælder for disse selskabsformer.

De nævnte selskabsformer er skattemæssigt transparente,⁶ og historisk har den klare hovedregel været, at den blotte deltagelse i et sådant selskab har medført, at en deltagers indkomst herfra, har kunne betragtes som indkomst fra selvstændig erhvervsvirksomhed.⁷ Med indførelsen af ligningslovens (herefter ”LL”) § 4,⁸ der har virkning fra indkomståret der påbegyndes den 1. januar 2018 eller senere,⁹ er dette historiske udgangspunkt imidlertid ændret, således at deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at anse indkomsten

fra selskabet, som indkomst fra selvstændig erhvervsvirksomhed.

Indførelsen af LL § 4 har skabt usikkerhed om den skattemæssige stilling for deltagere i skattemæssigt transparente selskaber.¹⁰ Det kan for det første ikke udledes af bestemmelsens ordlyd, hvilke betingelser der skal opfyldes for, at en deltager kan kvalificeres som selvstændig erhvervsdrivende. For det andet rejser bestemmelsen spørgsmål om, hvad de skattemæssige konsekvenser er, hvis en deltager ikke (længere) kan anses som selvstændig erhvervsdrivende, men i stedet anses som lønmodtager. På den baggrund vil afhandlingens formål være at besvare følgende problemformulering:

”Afhandlingen har til formål at analysere og vurdere betingelserne for, hvornår en deltager i et skattemæssigt transparent selskab kan kvalificeres som selvstændig erhvervsdrivende i medfør af ligningslovens § 4, og vurdere hvilke skattemæssige konsekvenser det har for deltageren, hvis vedkommende kvalificeres som selvstændig erhvervsdrivende eller lønmodtager.”

1.2. Afgrænsning

Afhandlingen tager for det første sigte på at analysere og vurdere betingelserne for, hvornår en deltager kan anses som selvstændig erhvervsdrivende i medfør af LL § 4. Her sondres der over for, hvornår

(herefter ”Skattestyrelsens notat om bidrag til gennemgang af ligningslovens § 4”), s. 14, at rådgivningsbranchen tegner sig for ca. 25 % af de registrerede partnerselskaber.

¹ Jf. afsnit 2.1.

² Jf. afsnit 3.1.

³ Bestemmelsen blev indført ved lov nr. 684 af den 8. juni 2017 om ændring af ligningsloven (kvalifikation af selvstændig erhvervsvirksomhed ved deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab).

⁴ Jf. § 2, stk. 2 i lov nr. 684 af den 8. juni 2017.

⁵ Jf. Inge Langhave Jeppesen, Deltagelse i skattemæssigt transparent selskab – selvstændigt erhvervsdrivende eller lønmodtager?, trykt i SR.2019.72 (herefter ”SR.2019.72”) og Liselotte Madsen, Ligningslovens § 4 – lønmodtager og selvstændigt erhvervsdrivende i samme transparente selskab, trykt i SR.2021.17 (herefter ”SR.2021.17”).

¹ Jf. Jesper Lau Hansen, Introduktion til selskabsretten og kapitalmarkedsretten. 3. udgave, 2023, DJØF Forlag A/S (herefter ”Introduktion til selskabsretten og kapitalmarkedsretten”), s. 217.

² Jf. dataudtræk fra CVR-registret den 1. december 2023.

³ Jf. lovforslag L 194 fremsat den 26. april 2017 om forslag til lov om ændring af ligningsloven (kvalifikation af selvstændig erhvervsvirksomhed ved deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab), s. 5.

⁴ Jf. dataudtræk fra CVR-registret den 1. december 2023.

⁵ Jf. Jan Schans Christensen, Kapitalselskaber - Aktie- og anpartsselskabsret, 6. udgave, 2021, Karnov Group Denmark A/S (herefter ”Kapitalselskaber”), s. 66 og Jan Børjesson, Martin Chr. Kruhl og Ole B. Sørensen, Partnerselskaber, 2. udgave, 2017, Karnov Group Denmark A/S (herefter ”Partnerselskaber”), s. 29. Det fremgår af Skattestyrelsens notat om bidrag til gennemgang af ligningslovens § 4 af den 13. januar 2021, overleveret til Folketingets Skatteudvalg, 2020-21, SAU Alm. del - Bilag 119

en deltager kan anses som lønmodtager. Det er ikke efter bestemmelsens ordlyd givet, at det alene er denne sondring, der kan foretages, og der kan således også sondres mellem selvstændige erhvervsdrivende og hobbyvirksomhed og honorarmodtagere som følge af bestemmelsen, men dette falder uden for afhandlingens rammer. Det kan yderligere bemærkes, at det ikke er den generelle skattemæssige sondring mellem selvstændige erhvervsdrivende og lønmodtagere som afhandlingen søger at foretage men alene sondringen set i lyset af LL § 4.

Endvidere er en relevant problemstilling i lyset af bestemmelsen, hvornår man kan anses som deltager¹¹ i et skattemæssigt transparent selskab. Denne problemstilling vil dog heller ikke være genstand for behandling i afhandlingen.¹² Afhandlingen er endvidere begrænset til at omhandle deltagere, der er fysiske personer samt deltagere, der er kapitalselskaber, men som er 100 % ejet af én fysisk person, som således deltager i det skattemæssigt transparente selskab gennem det pågældende kapitalselskab. Det vil sige, at afhandlingen ikke behandler evt. følger af LL § 4 for øvrige selskaber og sammenslutninger, som deltager i et skattemæssigt transparent selskab.

Den skatteretlige definition af, hvornår der foreligger et skattemæssigt transparent selskab, er behandlet i afsnit 2.1. Afhandlingen behandler ikke europæiske firmagrupper (EØFG),¹³ partrederier¹⁴ og lignende øvrige skattemæssigt transparente selskaber, idet der ikke er nogle offentliggjorte administrative afgørelser om LL § 4, der omhandler disse selskabsformer, hvorfor den praktiske relevans derfor vurderes at være yderst begrænset. Af samme årsag vil

udenlandske selskabsformer, der efter dansk skatteret vil kunne anses for skattemæssigt transparente, heller ikke være genstand for nærmere behandling. De skattemæssigt transparente selskaber, der således er genstand for behandling i afhandlingen, er interessentskaber, kommanditselskaber og partnerselskaber. De skatte- og selskabsretlige krav til, om der gyldigt er stiftet én af disse selskabsformer, vil ikke være genstand for behandling i afhandlingen.

Afhandlingen tager for det andet sigte på at vurdere de skattemæssige konsekvenser af, om en deltager anses som selvstændigt erhvervsdrivende eller lønmodtager. Afhandlingen er begrænset til at behandle visse skattemæssige forskelle herpå, herunder navnlig muligheden for at anvende virksomhedsordningen og mulighed for at deltage i et skattemæssigt transparent selskab gennem et kapitalselskab. Afhandlingen vil kun i begrænset omfang inddrage øvrige skattemæssige særregler om skattemæssige transparente selskaber, herunder anpartsreglerne i personskatteloven (herefter ”PSL”). Afhandlingen vil ikke behandle kapitalafkastordningen, øvrige særregler i virksomhedsskatteloven (herefter ”VSL”), muligheden for at fratække underskud i den personlige indkomst, særlige beregningsregler for ægtefæller og andre forskelle på beskatningen mellem selvstændige erhvervsdrivende og lønmodtagere.

I afsnit 5.1 behandles problemstillingen om fordeling af indkomst fra skattemæssigt transparente selskaber imellem lønindkomst og afkast af investeringen, hvis en deltager anses som lønmodtager. I relation hertil kan det nævnes, at afhandlingen ikke behandler mulighederne for at foretage ordinær eller

denne praksis i Liselotte Madsen, Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 1. udgave, 2003, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, (herefter ”Beskatning ved deltagelse i personselskaber”), s. 66 ff. samt Liselotte Madsen, Den skatteretlige behandling af personselskaber, 1. udgave, 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, (herefter ”Den skatteretlige behandling af personselskaber”) s. 59 ff.

¹³ Europæiske firmagrupper er reguleret i Rådets forordning (EØF) nr. 2137/85 af 25. juli 1985 om indførelse af europæiske økonomiske firmagrupper (EØFG).

¹⁴ Partrederier er reguleret i sølovens kapitel 5.

¹¹ I nærværende afhandling vil ordet ”deltager” anvendes om begrebet ”selskabsdeltager”.

¹² I afhandlingen vil det således blive lagt til grund, at en person er selskabsdeltager, når vedkommende har medejerskab til et skattemæssigt transparent selskab. Hertil bemærkes det dog, at et sådant krav i skatteretlig praksis ikke antages at gælde for komplementarer, jf. TfS 1998, 742 DEP og SKM 2002.112.LR og Liselotte Madsen i Jane Bolander, Liselotte Madsen, Anders Nørgaard Laurson, og Inge Langhave, Lærebog om indkomstskat, 20. udgave, 2023, DJØF Forlag A/S (herefter ”Lærebog om indkomstskat”), s. 882 ff. samt samme forfatter kritisk om

ekstraordinær ansættelse i medfør af skatteforvaltningslovens (herefter ”SFL”) §§ 26 og 27, eller hvornår en deltager vil kunne opnå omgørelse efter SFL § 29, hvis fordelingen ikke er korrekt. I forlængelse heraf kan det tillige nævnes, at afhandlingen ikke behandler det evt. strafferetlige ansvar, som en deltager efter omstændighederne kan risikere ved en manglende eller forkert fordeling af indkomsten mellem lønindkomst og afkast af investeringen.

Afhandlingen behandler heller ikke de skatteretlige konsekvenser, som vil kunne opstå for det skattemæssigt transparente selskab, hvis en deltager betragtes som lønmodtager, herunder pligten til indeholdelse af (korrekt) A-skat m.v. og evt. strafferetligt ansvar ved manglende eller forkert indeholdelse.

1.3. Metodeovervejelser

Afhandlingens formål er at analysere og vurdere betingelserne for, hvornår en deltager i et skattemæssigt transparent selskab kan anses som selvstændig erhvervsdrivende i medfør af LL § 4, og vurdere de skattemæssige konsekvenser for deltageren, hvis vedkommende kvalificeres som selvstændig erhvervsdrivende eller lønmodtager. Dette formål søges besvaret ved anvendelse af den retsdogmatiske metode (*de lege lata*), der søger at beskrive, analysere og systematisere gældende ret ved afvejning og fortolkning af relevante retskilder.¹⁵

Afhandlingen er ikke en retspolitisk fremstilling om, hvordan retten bør være (*de lege ferenda*).¹⁶ Afhandlingen indeholder således ikke forslag til, hvordan

gældende ret burde have været udformet. Dette er ikke ensbetydende med, at afhandlingen ikke kritisk vil reflektere over administrative afgørelser og juridisk litteratur m.v. Dette vil dog ske for at fastlægge gældende ret, og ikke for at præsentere retspolitiske tiltag til ændringer af gældende ret.

For at fastlægge gældende ret vil afhandlingen anvende anerkendte retskilder, herunder retsforarbejder, lovforarbejder, administrativ praksis og juridisk litteratur.¹⁷ Der foreligger ingen retspraksis om LL § 4, hvorfor retspraksis alene er inddraget i afhandlingen i yderst begrænset omfang, jf. nærmere herom nedenfor.

For så vidt angår retsforarbejder inddrages for det første lovgivning. Dette drejer sig først og fremmest navnlig om LL § 4, men også øvrig skatte- og selskabsretlig lovgivning inddrages i det omfang, det er relevant for at besvare afhandlingens problemformulering. LL § 4 har en sparsom ordlyd, der har karakter har en programmerklæring,¹⁸ og det er derfor nødvendigt at anlægge en subjektiv fortolkning for at fastlægge lovgivers intention med bestemmelsen. Dette betyder, at lovforarbejder, herunder lovforslaget, der ligger til grund for LL § 4, Skatteministeriets svar på høringsvar samt spørgsmål og svar under lovgivningsprocessen, inddrages i stort omfang i fortolkningen af bestemmelsen.¹⁹ Af øvrige retsforarbejder, der anvendes, kan Den juridiske vejledning fremhæves. Den juridiske vejledning har status som cirkulære, og alene er bindende over for Skatteforvaltningen i forbindelse med deres sagsbehandling

¹⁵ Jf. Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 4. udgave, 2020, DJØF Forlag A/S (herefter ”Retssystemet og juridisk metode”), s. 32 f. og s. 176 ff.; Jens Evald, *Juridisk teori, metode og videnskab*, 2. udgave, 2020, DJØF Forlag A/S (herefter ”Juridisk teori, metode og videnskab”), s. 15 og s. 209 f.; Louise Victoria Johansen og Cecilie Brito Cederstrøm, *Ret på tværs – mellem retsdogmatik og andre metoder*, 1. udgave, 2023, DJØF Forlag A/S (herefter ”Ret på tværs”), s. 38; og Peter Blume i Thomas Riis og Jan Trzaskowski (red.), *Skriftlig jura*, 2. udgave, 2020, Ex Tuto Publishing A/S (herefter ”Skriftlig jura”), s. 3. ff. samt Ruth Nielsen samme sted, s. 321.

¹⁶ Jf. Jens Evald i *Skriftlig jura*, s. 139; *Juridisk teori, metode og videnskab*, s. 155; og Sten Schaumburg-Müller og Bjarke Viskum i Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller (red.), *Juraens verden – metoder, retskilder*

og discipliner, 1. udgave, 2020, DJØF Forlag A/S (herefter ”Juraens verden”), s. 325.

¹⁷ Jf. *Retssystemet og juridiske metode*, s. 188 ff.; *Juridisk teori, metode og videnskab*, s. 30 ff.; *Ret på tværs*, s. 39 f.; og Peter Blume i *Skriftlig jura*, s. 13 ff.

¹⁸ Som påpeget i SR.2021.17. I Partnerselskaber, s. 101 benævnes LL § 4 som enkel og intetsigende, og det påpeges, at der ikke er meget hjælp at hente i lovteksten i forhold til afgrænsningen mellem selvstændigt erhvervsdrivende og lønmodtagere for deltagere i skattemæssigt transparente selskaber.

¹⁹ Jf. Jane Bolander i *Lærebog om indkomstskat*, s. 116; Sten Schaumburg-Müller i *Juraens verden*, s. 72; Peter Blume i *Skriftlig jura*, s. 13 f.; og *Retssystemet og juridisk metode*, s. 210 ff.

og afgørelsesvirksomhed.²⁰ Den juridiske vejledning er relevant som retskilde, da den viser hvilke faktorer, som Skatteforvaltningen lægger vægt på i sine afgørelser.

Retspraksis fastslår gældende ret i en given sag. En dom kan anvendes som præjudikat i andre sager, og domstolenes fortolkning af loven er bindende for alle. En doms præjudikatsværdi er større, jo højere en instans, der har afsagt den. En dom fra Højesteret har således i udgangspunktet større præjudikatsværdi end en dom fra byretten. Det har ligeledes betydning for dommes præjudikatsværdi, hvis der er flere og nyere domme.²¹ For så vidt angår LL § 4 foreligger der dog ingen offentliggjorte domme. Jeg har i den anledning søgt aktindsigt hos Skatteministeriet for at få indsigt i ikke-offentliggjorte domme. Skatteministeriet har imidlertid oplyst, at de ikke er part i nogle afsluttede eller verserende retssager om LL § 4.²² Dette er en metodisk udfordring, da domstolene ikke har fastslået hvorledes LL § 4 skal fortolkes, herunder hvilken betydning lovforarbejder og administrativ praksis skal tillægges. På denne baggrund inddrages retspraksis alene i begrænset omfang i afhandlingen, eksempelvis til at beskrive retstillingen i tilstødende områder.

Der foreligger en række offentliggjorte administrative afgørelser om LL § 4 fra både Landsskatteretten²³ og Skatterådet i form af bindende svar. Landsskatteretten er et uafhængigt organ uden for det al-

mindelige administrative hierarki, hvilket giver kendelser afsagt af Landsskatteretten et mere objektivt og autoritativt præg. Skatterådets afgørelser om bindende svar har tillige stor betydning for Skatteforvaltningens praksis, herunder som følge af, at alle Skatterådets afgørelser offentliggøres.²⁴ Administrativ praksis er ikke bindende for domstolene, jf. hertil grundlovens § 63.²⁵ Imidlertid lægger domstolene i praksis betydelig vægt på administrative afgørelser, herunder særligt fra Landsskatteretten, og der ses – især på skatteområdet – en tilbøjelighed hos domstolene til at følge administrativ praksis. Omvendt skal det dog bemærkes, at domstolene ikke kun tilsidesætter administrativ praksis, hvis den er utvivlsomt urigtig, og der findes således flere domme, hvor domstolene har tilsidesat en mangeårig administrativ praksis.²⁶

Samlet medfører dette, at administrativ praksis kan anvendes som retskilde til at fastlægge gældende ret i relation til LL § 4 og afhandlingens nærmere problemstillinger. Dette gælder særligt for Landsskatterettens kendelser – der som nævnt har et mere objektivt og autoritativt præg – men tillige for afgørelser afsagt af Skatterådet. De administrative afgørelser indgår i afhandlingen med større retskildemæssig værdi end almindeligvis som følge af, at der ikke findes retspraksis vedrørende LL § 4. Den retstilling, som de administrative afgørelser er udtryk for, vil derfor indgå med betydelig vægt i fastlæggelsen af gældende ret men vil ikke uden videre blive lagt til grund som udtryk herfor.²⁷

²⁰ Jf. Jane Bolander i Lærebog om indkomstskat, s. 117 og Retssystemet og juridisk metode, s. 224 f.

²¹ Jf. Jane Bolander i Lærebog om indkomstskat, s. 118; Retssystemet og juridiske metode, s. 245 ff.; og Juridisk teori, metode og videnskab, s. 132 ff.

²² Søgsmål som følge af administrative afgørelser i skattesager skal anlægges mod Skatteministeriet, jf. UfR 2011.781 H (TfS 2011, 175 H).

²³ Landsskatteretten har afsagt tre offentliggjorte kendelser om LL § 4 (SKM 2022.335 LSR, SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR). Jeg har anmodet om aktindsigt hos Skatteankestyrelsen i øvrige kendelser fra Landsskatteretten om LL § 4, men jeg har fået oplyst, at der ikke er afsagt yderligere kendelser.

²⁴ Jf. Jane Bolander i Lærebog om indkomstskat, s. 119.

²⁵ Jf. Jane Bolander i Lærebog om indkomstskat, s. 122 og Retssystemet og juridiske metode, s. 247 f.

²⁶ Jf. Jane Bolander i Lærebog om indkomstskat, s. 122 ff. Som eksempel på en sag hvor domstolene tilsidesatte en mangeårig praksis hos skattemyndighederne kan nævnes UfR 1998.1314 H (TfS 1998, 485 H). Højesteret tilsidesatte her skattemyndighedernes mangeårige praksis om det såkaldte substitutionsprincip, da Højesteret fastslog, at operasangeren Aage Haugland kunne drive selvstændig erhvervsvirksomhed gennem et anpartsselskab. Se om dommen hos f.eks. Anders Nørgaard Laursen i Lærebog om indkomstskat, s. 761 med henvisninger samt summarisk i afsnit 3.3.1.2.

²⁷ Det skal påpeges, at det ikke er samtlige af Skatterådets offentliggjorte bindende svar, der inddrages i afhandlingen, men alene dem, jeg har vurderet mest relevante til at fastlægge gældende ret. En samlet oversigt over de offentliggjorte bindende svar findes i Den juridiske vejledning

Afslutningsvist skal det om juridisk litteratur nævnes, at det er omtvistet, om juridisk litteratur udgør en selvstændig retskildetype, da juridiske forfattere ikke som sådan har legitimitet til at påvirke retsforholdene. På den anden side har juridisk litteratur i almindelighed til formål at fastlægge gældende ret, og juridisk litteratur kan på den baggrund indgå i en retlig argumentation som et fortolkningsbidrag.²⁸ I nærværende afhandling indgår juridisk litteratur således til at bidrage til fastlæggelsen af gældende ret.

1.4. Struktur

Afhandlingen er struktureret således, at afsnit 2 tjener som en introduktion til skattemæssigt transparente selskaber. I afsnit 3 analyseres og vurderes det, hvornår en deltager kan anses som selvstændig erhvervsdrivende, når vedkommende deltager i et skattemæssigt transparent selskab. Der ses nærmere på, hvad der ligger i de kriterier, som der efter lovforarbejderne skal lægges særligt vægt på ved vurderingen samt samspelet mellem disse.

I afsnit 4 præsenteres de skatteretlige konsekvenser, hvis en deltager anses som selvstændig erhvervsdrivende, mens det i afsnit 5 vil blive vurderet, hvilke skattemæssige konsekvenser det har, hvis en deltager i stedet anses som lønmodtager. I afsnit 6 fremgår afhandlingens samlede konklusion, og i afsnit 7 perspektiveres konklusionen til betragtninger om lovgivning gennem lovforarbejder.

2023-2 afsnit C.C.1.2.4 Selvstændigt erhvervsdrivende ved deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab.

²⁸ Jf. Retssystemet og juridisk metode, s. 192 f. samt Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 3. udgave, 2022, DJØF Forlag A/S, s. 397 ff.

2. Det skattemæssigt transparente selskab

2.1. Afgrænsning mellem skattemæssigt transparente selskaber og selvstændige skattesubjekter

Der findes i dansk skattelovgivning ikke nogen positiv definition af, hvad der forstås ved et skattemæssigt transparent selskab (også benævnt personselskaber²⁹). Det er derfor nødvendig negativt at afgrænse begrebet over for de selskabstyper, der er selvstændige skattesubjekter.³⁰

Selskabsskattelovens (herefter ”SEL”) § 1, stk. 1³¹ opregner hvilke typer af selskaber og foreninger, der er omfattet af skattepligt i Danmark³² og dermed er selvstændige skattesubjekter. Efter SEL § 1, stk. 1, nr. 1 er indregistrerede aktie- og anpartsselskaber skattepligtige. Hertil kommer en række andre rimeligt klart afgrænsede typer af selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2a – nr. 5d.³³ Selskaber omfattet af disse bestemmelser er dermed ikke skattemæssigt transparente selskaber.

Mere vanskeligt er det at afgrænse de skattemæssigt transparente selskaber over for de selskaber omfattet af opsamlingsbestemmelserne i SEL § 1, stk. 1, nr. 2 og nr. 6. Disse to bestemmelser anvendes således i praksis til at afgrænse skattemæssigt transparente selskaber over for selvstændige skattesubjekter.³⁴

²⁹ Jf. f.eks. Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 981.

³⁰ Jf. hertil Troels Michael Lilja i Christian Skovgaard Hansen og Troels Michael Lilja (red.), Erhvervsbeskatning – med fokus på personselskaber og virksomhedsordningen, 3. udgave, 2023, Djøf Forlag A/S, (herefter ”Erhvervsbeskatning”), s. 371 samt Henrik Dam, Henrik Gam og Jacob Graff Nielsen, Grundlæggende Skatteret 2023, 16. udgave, 2023, Karnov Group Denmark A/S, (herefter ”Grundlæggende Skatteret 2023”), s. 383.

³¹ De fonds- og foreningstyper omfattet af fondsbeskatningslovens § 1 skal der tillige afgrænse over for, men denne afgrænsning falder uden for nærværende fremstillings rammer.

³² Hertil skal det bemærkes, at SEL § 1 alene omfatter selskaber hjemmehørende i Danmark og dermed selskaber, der er fuldt skattepligtige til Danmark. Selskaber der er begrænset skattepligtige til Danmark efter SEL § 2 vil

Af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, 1. led følger det, at skattepligt påhviler andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagerens indskudte kapital i selskabet.³⁵ Som det fremgår, følger der to kumulative betingelser heraf: nemlig, (i) at ingen af deltagerne må hæfte personligt for selskabets forpligtelser; og (ii) at overskuddet fordeles i forhold til deltagerens indskudte kapital i selskabet. Den første betingelse udelukker dermed interessentskaber, kommanditselskaber, partnerselskaber og andre lignende selskaber, idet der i sådanne selskaber er mindst én deltager, der hæfter personligt for selskabets forpligtelser.³⁶ Den anden betingelse afgrænser bestemmelsen over for bl.a. andelsselskaber med begrænset ansvar (a.m.b.a.), hvor overskuddet fordeles efter omsætningen med selskabet og således ikke i forhold til deltagerens indskudte kapital.³⁷ SEL § 1, stk. 1, nr. 2, 1. led er i praksis primært relevant for udenlandske selskaber, hvor ledelsen har sæde i Danmark.³⁸

Herefter må der ses nærmere på SEL § 1, stk. 1, nr. 6, hvoraf det af 1. pkt. fremgår, at skattepligt påhviler andre foreninger, korporationer, stiftelser, legater og selvejende institutioner, der ikke er undtaget efter SEL § 3, for så vidt foreningen mv. ikke er omfattet af fondsbeskatningsloven. Et særligt element ved bestemmelsen er, at det alene er indtægt ved erhvervmæssig virksomhed samt fortjeneste eller tab ved afhændelse, afståelse eller opgivelse af formuegoder,

ikke være genstand for behandling i nærværende fremstilling. Enheder undtaget fra skattepligt efter SEL § 3 vil ligeledes heller ikke blive behandlet.

³³ Jf. Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 878.

³⁴ Jf. Troels Michael Lilja i Erhvervsbeskatning, s. 377; Beskatning ved deltagelse i personselskaber, s. 68 samt Den skatteretlige behandling af personselskaber, s. 69.

³⁵ Af bestemmelsens 2. og 3. led fremgår det videre, at skattepligt påhviler selskaber omfattet af SEL § 2 C og registrerede selskaber med begrænset ansvar. Denne del af bestemmelsen vil ikke være genstand for behandling i nærværende fremstilling.

³⁶ Jf. nærmere herom i afsnit 2.2.1-2.2.4

³⁷ Jf. Troels Michael Lilja i Erhvervsbeskatning, s. 378.

³⁸ Jf. Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 878 f. samt Henrik Peytz, Selskabsskatteloven med kommentarer bind I, 1. udgave, 2019, DJØF Forlag A/S, s. 147 f.

der har eller har haft tilknytning til den erhvervs-mæssige virksomhed, som er omfattet af skattepligten, jf. bestemmelsens 2. pkt.³⁹

Det er fast antaget, at bestemmelsen ikke omfatter interessentskaber, kommanditselskaber og partnerselskaber.⁴⁰ Afgrænsningen, der skal foretages efter SEL § 2, stk. 1, nr. 6, er derfor, om en sammenslutning er omfattet af en af de førnævnte selskabsformer, eller om sammenslutningen i stedet er et selvstændigt skattesubjekt omfattet af SEL § 2, stk. 1, nr. 6.⁴¹ Alle sammenslutningens forhold indgår i en konkret vurdering af, om sammenslutningen er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, eller om der foreligger et skattemæssigt transparent selskab.⁴²

Opsummerende kan det konstateres, at interessentskaber, kommanditselskaber og partnerselskaber, anses som skattemæssigt transparente selskaber i dansk ret.⁴³ Hertil kommer muligheden for, at en sammenslutning konkret kan vurderes til at være et skattemæssigt transparent selskab, hvis sammenslutningen ikke er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2 eller nr. 6.

³⁹ Ved lov nr. 1179 af 8. juni 2021 blev der tilføjet et 3. og 4. pkt. til bestemmelsen. 3. pkt. udvider skattepligten til endvidere at omfatte udbytte som nævnt i SEL § 2, stk. 1, litra c, 1. og 2. pkt., renter som nævnt i SEL § 2, stk. 1, litra d, 1. pkt., royalty som nævnt i SEL § 2, stk. 1, litra g, 1. pkt., og kursgevinster som nævnt i SEL § 2, stk. 1, litra h, 1.-3. pkt. Skattepligten af udbytte som nævnt i 3. pkt. gælder dog ikke foreninger m.v., hvis midler ifølge vedtægter el.lign. udelukkende kan anvendes til almennyttige formål, jf. bestemmelsens 4. pkt.

⁴⁰ Jf. Grundlæggende Skatteret 2023, s. 383 og i samme retning Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 879.

⁴¹ Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 879. I Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.D.1.1.12 Andre foreninger, fremgår en række kriterier, som indgår i denne vurdering.

⁴² Jf. Grundlæggende Skatteret 2023, s. 384 og Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 879.

⁴³ Hertil skal det bemærkes, at hvis der foreligger en generel hæftelsesbegrænsning for deltagerne, vil dette kunne medføre, at sammenslutningen anses som et selvstændigt

2.2. Selskabsretlige kendetegn for skattemæssigt transparente selskaber

2.2.1. Fælles selskabsretlige kendetegn

Det væsentligste fælles kendetegn ved skattemæssigt transparente selskaber er, at mindst én deltager hæfter personligt og uden begrænsning for selskabets forpligtelser.⁴⁴ Den personlige og ubegrænsede hæftelse står i modsætning til kapitalselskaber, hvor selskabets kapitalejere alene hæfter med deres indskud.⁴⁵ Både fysiske personer og juridiske personer, herunder kapitalselskaber, kan være deltagere i personselskaber.⁴⁶

I det følgende vil der blive redegjort for selskabsretlige karakteristika for interessentskaber, kommanditselskaber og partnerselskaber.

2.2.2. Særligt om interessentskaber

I litteraturen er det den almindelige opfattelse, at der ved et interessentskab forstås en aftale om et samvirke mellem mindst to deltagere (interessenter) om fælles drift af erhvervsvirksomhed, hvor deltagerne hæfter personligt og solidarisk for interessentskabets gæld.⁴⁷ Denne opfattelse, er i overensstemmelse med § 2, stk. 1 i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (herefter "LEV"), hvorefter at der ved et interessentskab i LEV forstås en virksomhed, hvor alle

skattesubjekt efter én af bestemmelserne i SEL § 1, stk. 1, jf. Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 884; Beskatning ved deltagelse i personselskaber, s. 70 ff.; Den skatteretlige behandling af personselskaber, s. 70 ff.; og Troels Michael Lilja i Erhvervsbeskatning, s. 381 ff. Spørgsmålet om hæftelsesbegrænsninger vil ikke være genstand for yderligere behandling i nærværende fremstilling.

⁴⁴ Jf. Troels Michael Lilja i Erhvervsbeskatning, s. 285 og Jan Pedersen i Jan Pedersen, Malene Kerzel, Jane Ferniss og Claus Hedegaard Eriksen, Skatteretten 2, 9. udgave, 2021, Karnov Group Denmark A/S (herefter "Skatteretten 2"), s. 290.

⁴⁵ Jf. selskabslovens § 5, nr. 32, jf. § 4.

⁴⁶ Jf. f.eks. Lars Kjærgård Terkilsen i Erhvervsbeskatning s. 42.

⁴⁷ Jf. f.eks. Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 3 – Interessentskaber, 4. udgave, 2022, Karnov Group Denmark A/S (herefter: "Dansk Selskabsret 3"), s. 171. I samme værk findes der på s. 165 ff. en nærmere gennemgang af interessentskabsbegrebet i dansk selskabsretlig litteratur.

deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtelser. Da interessenternes hæftelse er ubegrænset, personlig og solidarisk, er der således intet kapitalkrav i interessentskaber.⁴⁸

Interessentskabets organisering og ledelsesorganer er ikke underlagt lovregulering.⁴⁹ Det deklaratoriske udgangspunkt er, at alle beslutninger i et interessentskab skal træffes ved enighed. Dette betyder, at hver enkelt deltager i udgangspunktet har en veto, som indebærer, at alle interessenter skal have mulighed for at deltage i behandlingen af en beslutning, og at beslutningen kun er gyldig, hvis ingen interessent positivt har stemt imod den.⁵⁰ Et sådant udgangspunkt er dog særdeles vanskeligt at opretholde i praksis, hvorfor det antages, at den enkelte interessent som deklaratorisk regel har visse ledelsesmæssige individualbeføjelser.⁵¹

Interessenterne vil ofte have indgået en interessentskabskontrakt, som bl.a. kan fastlægge selskabsorganer, herunder en direktion og en bestyrelse.⁵² Endvidere kan interessentskabskontrakten bestemme, at

visse beslutninger kan træffes med et simpelt eller kvalificeret flertal blandt interessenterne.⁵³

Over- og underskud fra interessentskabet deles som deklaratorisk udgangspunkt lige mellem interessenterne.⁵⁴ Tilsvarende er det ligeledes udgangspunktet, at interessenterne har lige store ejerandele i interessentskabet.⁵⁵

2.2.3. Særligt om kommanditselskaber

Ved et kommanditselskab forstås en virksomhed, hvor en eller flere deltagere, komplementarerne, hæfter personligt, uden begrænsning, og hvis der er flere, solidarisk for virksomhedens forpligtelser, mens en eller flere deltagere, kommanditisterne, hæfter begrænset for virksomhedens forpligtelser, jf. LEV § 2, stk. 2, 1. pkt. Både komplementarer og kommanditister kan være fysiske eller juridiske personer. I praksis vil komplementaren oftest være et kapitalselskab.⁵⁶

⁴⁸ Jf. Lars Henrik Gam Madsen og Lars Hedegaard Kristensen, *Selskaberne*, 1. udgave, 2022, Djøf Forlag A/S, (herefter ”Selskaberne”) s. 79.

⁴⁹ Jf. *Selskaberne*, s. 57 f.; Noe Munck i Noe Munck og Lars Hedegaard Kristensen, *Selskabsformerne*, 7. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (herefter ”Selskabsformerne”), s. 80 og *Introduktion til selskabsretten og kapitalmarkedsretten* s. 261.

⁵⁰ Jf. *Selskaberne*, s. 71; Noe Munck i *Selskabsformerne*, s. 104; *Dansk Selskabsret 3*, s. 405 og Erik Hørlyck, *Interessentskaber og konsortier*, 2. udgave, 1996, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (herefter ”*Interessentskaber og konsortier*”), s. 151.

⁵¹ Dette indebærer for det første, at en interessent kan foretage dispositioner af ringe betydning. For det andet vil en interessent kunne foretage dispositioner på vegne af selskabet for at afværge skade på selskabet eller træffe dispositioner, som er påbudt ved lov, herunder indberette og afregne moms og indeholdte A-skatter. For det tredje kan nævnes, at hver interessent har ret til at disponere på egen hånd, hvis det er i overensstemmelse med en praksis, som har udviklet sig i det pågældende selskab. For det fjerde kan en interessent formentlig foretage sædvanlige dispositioner vedrørende den daglige drift, jf. *Selskaberne*, s. 72 og Noe Munck i *Selskabsformerne* s. 104 ff. *Interessentskaber og konsortier*, s. 152 går ikke lige så langt, da Erik Hørlyck ikke omtaler en ret til at foretage sædvanlige di-

spositioner. Se anderledes og mere vidtgående *Dansk Selskabsret 3*, s. 424 f. hvor det anføres, at udgangspunktet er, at i interessentskaber, hvor der ikke er etableret særlige ledelsesorganer i interessentskabskontrakten, har enhver interessent kompetence til at handle på interessentskabets vegne inden for interessentskabets formål.

⁵² *Selskaberne*, s. 71; Noe Munck i *Selskabsformerne*, s. 102; *Dansk Selskabsret 3*, s. 437 og *Interessentskaber og konsortier*, s. 164.

⁵³ *Selskaberne*, s. 71; Noe Munck i *Selskabsformerne*, s. 101; *Dansk Selskabsret 3*, s. 408 ff. og *Interessentskaber og konsortier*, s. 158 ff.

⁵⁴ Jf. *Selskaberne*, s. 75; Noe Munck i *Selskabsformerne*, s. 95 f.; *Dansk Selskabsret*, s. 667 f. og 685 og *Interessentskaber og konsortier*, s. 113 ff. og 121 f.

⁵⁵ Jf. UfR 2002.765 H; *Selskaberne*, s. 78; Noe Munck i *Selskabsformerne*, s. 91; og *Dansk Selskabsret 3*, s. 641. Dette udgangspunkt kan dog også aftales fra veget, eksempelvis hvis interessenterne har indskudt forskellige værdier i selskabet. Imidlertid behøver dette forhold ikke at medføre, at interessenternes ejerandele skal være forskellige, da en løsning i stedet kan være, at interessenternes individuelle indskud kan godskrives på deres kapitalkonto, som der samtidig kan forrentes på et acceptabelt niveau, jf. Noe Munck i *Selskabsformerne*, s. 99.

⁵⁶ Jf. *Selskaberne*, s. 124 og Lars Hedegaard Kristensen i *Selskabsformerne*, s. 174.

Kommanditselskabets organisering er ikke underlagt lovregulering,⁵⁷ men det følger af LEV § 2, stk. 2, 2. pkt., at i kommanditselskaber, der er stiftet efter den 1. juni 1996, skal komplementarerne have forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser. Der stilles dog i praksis beskedne krav hertil.⁵⁸

Det deklaratoriske udgangspunkt er, at komplementaren indtager en dominerende stilling i ledelsen af selskabet, som følge af vedkommendes hæftelse. I udgangspunktet har komplementaren de beføjelser, som i et aktieselskab tilkommer bestyrelsen og direktionen.⁵⁹ Det vil sige beføjelser vedrørende den overordnede og strategiske ledelse af selskabet, som tilkommer en bestyrelse i et aktieselskab, og den daglige ledelse, som tilkommer direktionen, jf. selskabslovens (herefter ”SL”) § 111, stk. 1, nr. 1. Kommanditisterne har efter det deklaratoriske udgangspunkt alene indflydelse på beslutninger, der er meget væsentlige og indgribende, og dermed går ud over vedtægernes eller parternes forudsætninger.⁶⁰

For så vidt angår de økonomiske forhold kan det for det første nævnes, at der ikke gælder nogle krav om minimumskapital.⁶¹ En kommanditist skal dog have foretaget et indskud, der dog ikke behøver at være indbetalt.⁶² Over- og underskud deles som deklaratorisk regel mellem kommanditisterne efter størrelsen af deres indskud.⁶³

2.2.4. Særligt om partnerselskaber

Det følger af SL § 5, nr. 23, at ved et partnerselskab forstås der et kommanditselskab, hvor kommanditisterne i selskabet har indskudt en bestemt kapital,

som er fordelt på aktier, jf. SL kapitel 21. I et partnerselskab skal der derfor også være mindst én komplementar og én kommanditist, der både kan være fysiske og juridiske personer.⁶⁴

Af SL § 358 følger det, at SLs regler om aktieselskaber med de fornødne tilpasninger finder anvendelse på partnerselskaber. Dette indebærer bl.a., at partnerselskabets ledelse skal følge én af de i SL § 111, stk. 1 nævnte strukturer. Typisk vil ledelsesstrukturen være den SL § 111, stk. 1, nr. 1 foreskrevne, dvs., at selskabet ledes af en bestyrelse, der varetager den overordnede og strategiske ledelse, og en direktion til at forestå den daglige ledelse.⁶⁵ Komplementaren skal have forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser, jf. LEV § 2, stk. 2, 2. pkt., men der stilles ikke store krav hertil i praksis.⁶⁶

For så vidt angår økonomiske forhold kan det særligt fremhæves, at selskabskapitalen som minimum skal udgøre 400.000 kr., jf. SL § 4, stk. 2. Det deklaratoriske udgangspunkt for deling af over- og underskud er, at deling sker efter størrelsen på kapitalejernes indskud.⁶⁷

2.3. Betydning af skattemæssig transparens

I dansk skatteret gælder der som udgangspunkt et princip om total transparens for skattemæssigt transparente selskaber. Dette indebærer, at selskabet ikke eksisterer i skattemæssig henseende, og alene har til opgave at fastlægge deltagerens respektive andele af indtægter og udgifter samt aktiver og passiver.⁶⁸

⁵⁷ Jf. Selskaberne, s. 124, Lars Hedegaard Kristensen i Selskabsformerne, s. 174 og Erik Werlauff, Valg af virksomhedsform, 3. udgave, 2019, WERLAUFF Publishing A/S (herefter ”Valg af virksomhedsform”), s. 132.

⁵⁸ Jf. Selskaberne, s. 134 og Lars Hedegaard Kristensen i Selskabsformerne, s. 182.

⁵⁹ Jf. Ibid., s. 129 henholdsvis s. 179.

⁶⁰ Jf. Ibid., s. 129 f. henholdsvis s. 179. Hertil skal det dog erindres, at der alene er tale om et deklaratorisk udgangspunkt, der kan fraviges ved parternes aftale herom.

⁶¹ Jf. Valg af virksomhedsform, s. 132.

⁶² Jf. Selskaberne, s. 123 og Lars Hedegaard Kristensen i Selskabsformerne, s. 173.

⁶³ Jf. Ibid., s. 136 henholdsvis s. 184.

⁶⁴ Jf. Noe Munch i Selskabsformerne, s. 379 og Kapital-selskaber, s. 65.

⁶⁵ Jf. Partnerselskaber, s. 123. Flertallet af bestyrelsens medlemmer skal vælges af kapitalejerne (kommanditisterne) på generalforsamlingen, jf. SL § 120, stk. 1.

⁶⁶ Jf. Partnerselskaber, s. 53 og Noe Munch i Selskabsformerne s. 380.

⁶⁷ Jf. Noe Munch i Selskabsformerne s. 382.

⁶⁸ Jf. Beskatning ved deltagelse i personselskaber, s. 93 ff.; Den skatteretlige behandling af personselskaber, s. 87 ff.; og Christian Skovgaard Hansen i Erhvervsbeskatning, s. 387 ff. Se samme sted om sondringen mellem begrænset og total transparens, der tager udgangspunkt i Jean-

Transparensprincippet medfører, at indtægter og udgifter fra det skattemæssigt transparente selskab fordeles til beskatning hos deltagerne i forhold til deres resultatandel. Beskatningen afhænger af den enkelte deltagers egne skatteforhold, herunder om deltageren er en fysisk eller juridisk person.⁶⁹

Hertil kommer, at den enkelte deltager skattemæssigt anses for at eje en bruttoanpart (ideel anpart) af det skattemæssigt transparente selskabs aktiver og passiver.⁷⁰ En deltagers ideelle anpart anvendes bl.a. til at fastlægge fordelingen af skattemæssige afskrivninger på selskabets aktiver, ligesom det er nødvendigt i forbindelse med anvendelse af avancebeskatningsregler ved stiftelse, udtræden og opløsning af selskabet.⁷¹

Pierre Le Galls definitioner i nationalrapporten, Cahiers de Droit Fiscal International Volume LXXXa, 1995.

⁶⁹ Jf. Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 21. udgave, 2019, Karnov Group Denmark A/S (herefter ”Selskabsskatteret”), s. 190 f.; Christian Skovgaard Hansen i Erhvervsbeskatning, s. 389 ff.; og Jan Pedersen i Skatteretten 2, s.

290; og Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 994.

⁷⁰ Jf. Malene Kerzel i Skatteretten 2, s. 886.

⁷¹ Jf. Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 989 og Malene Kerzel i Skatteretten 2, s. 889 og s. 907 ff.

3. Vurdering af om en deltager er selvstændig erhvervsdrivende efter LL § 4

3.1. Baggrund og tidligere retstilstand

LL § 4 har følgende ordlyd:

”Deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab er ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at deltagerens indkomst fra det skattemæssigt transparente selskab kan anses for indkomst ved selvstændig erhvervsvirksomhed.”

Lovforslag L 194 af den 26. april 2017 (herefter ”L 194”) blev fremsat med den begrundelse, at det ikke skulle være muligt at anvende virksomhedsordningen, hvis man ikke reelt var selvstændigt erhvervsdrivende, således at indkomst der reelt var lønindkomst ikke blev beskattet som erhvervsindkomst.⁷² Bestemmelsen har karakter af en værnsregel.⁷³

Lovforslaget var en følge af en henvendelse fra Skatterådet til skatteministeren,⁷⁴ hvor Skatterådet beskrev den – efter deres opfattelse – udfordring, der forelå i, at man som deltager i et partnerselskab blev betragtet som selvstændig erhvervsdrivende ved at erhverve en meget lille kapitalandel i det pågældende partnerselskab uden at bære en reel økonomisk risiko og uden reelt at have større indflydelse end en lønmodtager ville have. Efter Skatterådets opfattelse, var det ikke muligt at løse udfordringen ved hjælp af fortolkning af loven eller praksis, og en ændring af skattelovgivningen var derfor nødvendig.⁷⁵ Baggrunden for Skatterådets henvendelse til skatteministeren var Skatterådets egen afgørelse i SKM 2015.729 SR.

SKM 2015.729 SR drejede sig om et partnerselskab med ca. 100 deltagere, der hver havde kapitalandele for ca. 4 mio. kr. Partnerselskabet overvejede at gennemføre en ændring af ejerstrukturen, således at der kunne optages ca. 100 nye deltagere, der primært ville være ledende medarbejdere, som var ansat i partnerselskabet og hvis ansættelsesforhold ville opføre ved overgangen til deltager. De nye deltagere, skulle have mulighed for at erhverve kapitalandele for 400.000 kr. svarende til 1/10 af det beløb som de eksisterende deltagere havde investeret, hvilket betød, at stemmeandelen for de nye deltagere ca. ville være 1/1000 af de samlede stemmer.⁷⁶ Dette ville også betyde, at de nye deltageres stemmeret ville være 1/10 af de eksisterende deltageres stemmeret. Partnerselskabet ønskede at få bekræftet, at de nye deltagere ville blive anset som selvstændig erhvervsdrivende således, at de kunne anvende virksomhedsordningen.

I SKATs indstilling til begrundelse til Skatterådet blev det fremhævet, at det var hovedreglen, at udbetalinger fra skattemæssigt transparente selskaber skulle behandles som overskudsandele og ikke som løn. Hertil anførte SKAT videre, at der efter deres opfattelse kan være kapitalejere i partnerselskaber, som ejer en så minimal kapitalandel, at de skal behandles som lønmodtagere. I bedømmelsen heraf skulle der bl.a. ses på størrelsen af kapitalandelen samt kapitalejerens indflydelse og kompetence i partnerselskabet. I den konkrete sag lagde SKAT bl.a. vægt på, at de nye deltagere ville have en minimal kapitalandel, og at deres stemmeandel endvidere kun ville være 1/10 af de oprindelige deltageres. På den baggrund indstillede SKAT til Skatterådet, at de nye deltageres udbetaling fra partnerselskabet ikke kunne indgå i virksomhedsordningen.

⁷² Jf. L 194, s. 2.

⁷³ Jf. Ibid., s. 5. Liselotte Madsen omtaler i Lærebog om indkomstskat, s. 986 bestemmelsen som ”en slags programmerklæring”.

⁷⁴ Skatterådets henvendelse til skatteministeren af den 22. september 2015, offentliggjort som bilag 6 til L 194 (herefter ”Skatterådets henvendelse til skatteministeren”).

⁷⁵ Skatterådet påpegede i sin henvendelse, at det var magtpålgende for dem at understrege, at et evt. lovindgreb

ikke måtte ramme for bredt. Det kan konstateres, at LL § 4 omfatter alle typer af skattemæssigt transparente selskaber, navnlig partnerselskaber, kommanditselskaber og interessentskaber, jf. L 194 s. 8.

⁷⁶ Jf. John Bygholm i Torben Bagge og Leo Jantzen (red.), Skat med omtanke – Festskrift til advokat Tommy V. Christiansen, 1. udgave, 2019, Ex Tuto A/S (herefter ”Skat med omtanke – Festskrift til advokat Tommy V. Christiansen”), s. 137.

Skatterådet valgte dog ikke at følge SKATs indstilling, og fandt efter en samlet konkret vurdering, at de nye deltagere ville kunne anses som selvstændige erhvervsdrivende og dermed også ville kunne benytte sig af virksomhedsordningen.

Før ikrafttrædelsen af LL § 4 var det klare udgangspunkt, at udbetalingen fra skattemæssigt transparente selskaber til dets deltagere skulle behandles som udbetaling af overskudsandele og dermed anses som indtægt fra selvstændig erhvervsvirksomhed.⁷⁷

I den juridiske litteratur var der nogen støtte for SKATs synspunkt om, at dette udgangspunkt ikke var ufravigeligt, og at der var en bagatelgrænse for, hvor lille en ejerandel og indflydelse, som en deltager i et skattemæssigt transparent selskab skulle have for at vedkommende kunne betragtes som selvstændig erhvervsdrivende. Liselotte Madsen har om en sådan bagatelgrænse anført:

*"[I personselskaber] kan [der] være deltagere, som pga. begrænset ejerandel og begrænset indflydelse på personselskabsbeslutninger reelt er i lønmodtagerforhold og derfor skattemæssigt skal behandles sådan. Derfor må der eksistere en bagatelgrænse, der gør, at selvom man principielt er deltager i et personselskab, kan man i visse situationer betragtes som lønmodtager."*⁷⁸

Det må på baggrund af SKM 2015.729 SR og Skatterådets efterfølgende henvendelse til skatteministeren imidlertid antages, at der før indførelsen af LL § 4

næppe var en bagatelgrænse for, hvor lille en ejerandel og hvor lidt indflydelse en deltager i et skattemæssigt transparent selskab skulle have, for at den pågældende kunne blive betragtet som selvstændig erhvervsdrivende. Den blotte erhvervelse af en ejerandel var tilstrækkelig til, at man kunne anses som selvstændig erhvervsdrivende.⁷⁹

3.2. Kriterier der skal lægges vægt på efter L 194

Det fremgår af L 194, at efter indførelsen af LL § 4 skal vurderingen af, om en deltager i et skattemæssigt transparent selskab er selvstændig erhvervsdrivende eller lønmodtager foretages ud fra en samlet konkret vurdering af alle forhold, som gælder for den pågældende.⁸⁰ Endvidere fremgår det, at de sædvanlige kriterier, der indgår i vurderingen af, om man kan anses som selvstændigt erhvervsdrivende, bør være afgørende i vurderingen.⁸¹

Selvstændig erhvervsvirksomhed er kendetegnet ved, at en person for sin egen regning og risiko udøver virksomhed af økonomisk karakter med det formål at opnå et overskud.⁸² Der findes dog ikke nogen definition i skattelovgivningen på, hvad der skal forstås ved selvstændigt erhvervsdrivende eller lønmodtagere. Definitionen er udviklet i praksis, og Højesterets har i UfR 1996.1027 H (TfS 1996, 449 H)⁸³ bekræftet, at afgrænsningen mellem selvstændige erhvervsdrivende og lønmodtagere inden for skattelovgivningens område skal ske efter de kriterier, som er angivet i pkt. B. 3.1.1. i cirkulære nr. 129 af den 4.

⁷⁷ Jf. F.eks. Marlene Kerzel i Skatteretten 2, s. 890; Beskatning ved deltagelse i personselskaber, s. 221; Den skatteretlige behandling af personselskaber, s. 199; Dansk Selskabsret 3, s. 140; og Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Introduktion til dansk selskabsret II, 4. udgave, 2020, Karnov Group Denmark A/S (herefter "Introduktion til dansk selskabsret II"), s. 31.

⁷⁸ Jf. Beskatning ved deltagelse i personselskaber, s. 227 f. og tilsvarende Den skatteretlige behandling af personselskaber, s. 204. På linje hermed er det anført af Niels Winther Sørensen, at selskabsdeltagelsen kan være af så ringe betydning, at det må antages, at de betalinger, som deltageren modtager fra det skattemæssigt transparente selskab, skal kvalificeres som om, der havde været tale om betalinger fra et selvstændigt skattesubjekt, jf. Niels

Winther Sørensen, Beskatning af International Erhvervsindkomst, 1. udgave, 2000, Forlaget Thomson A/S, s. 168.

⁷⁹ Det fremgår således også af Skatterådets henvendelse til skatteministeren, at der ikke efter deres opfattelse var nogen nævneværdig grænse for, hvor lille en ejerandel i et partnerselskab man kunne erhverve, for at blive betragtet som selvstændig erhvervsdrivende, jf. Skatterådets henvendelse til skatteministeren, s. 2.

⁸⁰ Jf. L 194, s. 2.

⁸¹ Jf. L 194, s. 5.

⁸² Jf. Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.C.1.2.1 Selvstændig erhvervsvirksomhed, afgrænsning over for lønmodtagere samt f.eks. Inge Langhave i Lærebog om indkomstskat, s. 221.

⁸³ Den såkaldte Tupperware-dom.

juli 1994 om personskatteloven (herefter ”personskattelovscirkulæret”).⁸⁴

Som det således fremgår af Højesterets præmisser, er det den samme afgrænsning mellem selvstændige erhvervsdrivende og lønmodtagere, der skal foretages inden for hele skatteområdet. I L 194 er det derfor også kriterierne for selvstændig erhvervsdrivende, som følger af personskattelovscirkulæret, der som udgangspunkt nævnes som de relevante kriterier, der skal indgå i afgrænsningen af om en deltager i et skattemæssigt transparent selskab er selvstændig erhvervsdrivende eller lønmodtager.⁸⁵

I høringsfasen blev det imidlertid kritiseret fra flere sider, at det alene var de sædvanlige kriterier for afgrænsningen mellem selvstændigt erhvervsdrivende og lønmodtagere, der skulle anvendes i vurderingen efter LL § 4.⁸⁶

FSR – danske revisorer anførte, at det efter LL § 4 burde være afgørende (i) hvem der bærer den økonomiske risiko for arbejdets udførelse og (ii) om ejeren reelt har indflydelse og instruktionsbeføjelse.⁸⁷

Af Skatteministeriets kommentarer til høringssvarene kan det udledes, at Skatteministeriet anerkendte, at det ikke var tilstrækkeligt blot at henvise til de sædvanlige kriterier for afgrænsningen mellem selvstændigt erhvervsdrivende og lønmodtagere i personskattecirkulæret. Det fremgår således af kommentarerne til høringssvarene, at bemærkningerne til L 194 er udbygget, herunder i relation til – efter

Skatteministeriets ord – centrale kriterier om risiko og indflydelse.⁸⁸

Af bemærkningerne til L 194 fremgår det derfor også, at de sædvanlige kriterier ikke nødvendigvis er velgenet til vurderingen af, om en deltager i et skattemæssigt transparent selskab kan anses som selvstændigt erhvervsdrivende, da det normalt i et sådant selskab vil forholde sig således, (i) at personalet vil være ansat af det skattemæssigt transparente selskab og ikke hos den enkelte deltager; (ii) at det driftsmateriel, der anvendes ved arbejdets udførelse, tilhører selskabet og ikke den enkelte deltager; (iii) at det er selskabet, der ejer eller lejer de lokaler, hvorfra virksomhedens udøves; (iv) at annoncering sker i virksomhedens navn; og (v) at det er selskabet og ikke den enkelte deltager, der er momsregistreret.⁸⁹

På den baggrund anføres det i bemærkningerne, at vurderingen af om den enkelte deltager i et skattemæssigt transparent selskab er selvstændig erhvervsdrivende i særlig grad skal koncentreres om to forhold: (i) omfanget af den økonomiske risiko, som den enkelte deltagers ejerskab indebærer, herunder den pågældendes vederlagsform, og (ii) omfanget af den enkelte deltagers indflydelse i det skattemæssigt transparente selskab.⁹⁰ Kriterierne vil i de følgende afsnit analyseret og vurderet for at fastlægge, hvornår en deltager kan betragtes som selvstændig erhvervsdrivende efter LL § 4.

⁸⁴ Se hertil f.eks. Inge Langhave i Lærebog om indkomstskat, s. 220 f.; Karina Kim Egholm Elgaard, Håndbog om beskatning af lønindkomst- og lønmodtagerfradrag, 1. udgave, 2011, Magnus Informatik A/S, s. 27 ff.; og Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.C.1.2.1 Selvstændig erhvervsvirksomhed, afgrænsning over for lønmodtagere.

⁸⁵ Jf. L 194, s. 7.

⁸⁶ Dansk Erhverv anførte, at lovbemærkningerne burde præciseres så det mere klart fremgik, at en ”lang række af de krav og forudsætninger, som man [normalt] lægger ned i sin vurdering, [...] ikke bør have nogen vægt, når man vurderer om en deltager i et P/S er selvstændigt erhvervsdrivende eller ej.”, jf. Bilag 1 til L 194, Høringssvar, s. 5 f. Se i samme retning høringssvar fra FSR – danske revisorer og Landbrug & Fødevarer i høringssvarene s. 10 f. henholdsvis 16 f.

⁸⁷ Jf. Bilag 1 til L 194, Høringssvar, s. 10.

⁸⁸ Jf. Bilag 1 til L 194, Høringsskema, s. 4 og s. 9 f.

⁸⁹ Jf. L 194, s. 7 og Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.C.1.2.4 Selvstændigt erhvervsdrivende ved deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab.

⁹⁰ Jf. L 194, s. 7; og f.eks. Jens Pedersen, Underskudsbe-grænsningsregler for fysiske personer – en status, trykt i SR.2019.167; Jane Ferniss i Skatteretten 2, s. 45 f. og Marlene Kerzel samme sted side 890 f.; Lars Kjærgård Terkilsen i Erhvervsbeskatning, s. 47; Henrik Peytz, Ligningsloven med kommentarer – bind I, 3. udgave, 2021, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (herefter: ”Ligningsloven med kommentarer”), s. 333; Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 987; Partnerselskaber, s. 101.

3.3. Deltagerens økonomiske risiko

Der er flere problemstillinger, som rejser sig i forbindelse med at fastlægge hvad omfanget af en deltagers økonomiske risiko skal være for, at vedkommende kan anses for at have en reel økonomisk risiko. Indledningsvist vil betydningen og rækkevidden af deltagerens hæftelse knyttet til vedkommende andel af selskabet blive behandlet i afsnit 3.3.1, mens betydningen af et ydet (ansvarligt) lån vil blive behandlet i afsnit 3.3.2. Herefter vil det i afsnit 3.3.3 blive undersøgt, hvornår der antages at foreligge et minimumsvederlag, og hvilken betydning dette samt deltagelse i fordeling af underskud har. Afslutningsvist vil betydningen af risikoen for erstatningsansvar og forsikring herfor blive behandlet i afsnit 3.3.4.

3.3.1. Hæftelsen knyttet til deltagerens andel af selskabet

Deltagernes hæftelse er forskellig for kommanditselskaber og partnerselskaber i forhold til interessentskaber.⁹¹ Af denne årsag vil betydningen af deltagerens hæftelse blive behandlet særskilt for kommanditselskaber og partnerselskaber henholdsvis interessentskaber.

3.3.1.1. Særligt om partnerselskaber og kommanditselskaber

I kommanditselskaber og partnerselskaber hæfter kommanditisterne alene med deres indskud, mens komplementarer hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtelser, jf. LEV § 2, stk. 2, 1. pkt. henholdsvis SL § 5, nr. 23, jf. LEV § 2, stk. 2, 1. pkt.⁹² For komplementarer må retsstillingen antages at være den samme som for interessenter,⁹³ idet deres hæftelsesform er identisk.

⁹¹ Som beskrevet i afsnit 2.2.2 - 2.2.4.

⁹² Se beskrevet i afsnit 2.2.3-2.2.4.

⁹³ Som er behandlet i afsnit 3.3.1.2.

⁹⁴ Jf. Partnerselskaber, s. 36 og L 194, s. 3.

⁹⁵ Det fremgår ikke af bemærkninger, at dette alene er gældende for kommanditister, men dette må antages at være det tilsigtede, da vurderingen af en komplementars hæftelse, som nævnt, må antages at være identisk med vurderingen for interessenter, da hæftelsesformen er identisk for disse.

⁹⁶ Jf. L 194, s. 8.

⁹⁷ Se også om afgørelsen i afsnit 3.3.2, afsnit 3.4.2 og afsnit 3.5. Her behandles tillige afgørelsen SKM 2018.

Hertil kommer, at komplementaren i praksis ofte blot vil være et kapitalselskab, som kommanditisterne er kapitalejere i.⁹⁴ Det i praksis relevante er derfor navnlig at fastlægge, hvor stort et indskud en kommanditist skal have foretaget for, at vedkommende kan anses for at have en reel økonomisk risiko. Dette vil derfor være nærværende afsnits sigte at vurdere.

Efter bemærkningerne til L 194 udgør hæftelsen i partnerselskaber og kommanditselskaber som udgangspunkt den pågældende deltagers egenkapitalindskud tillagt evt. skyldigt indskud.⁹⁵ Hæftelsen skal have et væsentligt omfang, herunder i forhold til deltagerens løbende vederlag fra selskabet.⁹⁶

I nærværende afsnit vil det blive vurderet, om der kan fastlægges en nedre grænse for, hvilket indskud en kommanditist som minimum skal have foretaget for at kunne anses for at have en reel økonomisk risiko. Dette vil ske ved en analyse af afgørelserne SKM 2018.579 SR og SKM 2022.309 SR.

I SKM 2018.579 SR⁹⁷ forventede spørgeren at indtræde som kapitalejer i selskabet G1 P/S. Spørgerens investering var i størrelsesordenen 266.000-385.000 kr.⁹⁸

I Skattestyrelsens indstilling til begrundelse, som Skatterådet tiltrådte, blev der foretaget en direkte sammenligning med de nye deltagers risiko i SKM 2015.729 SR,⁹⁹ hvor indskuddet var 400.000 kr., og det blev herefter konstateret, at indskuddet i den aktuelle sag var lavere. Efter en samlet vurdering, hvor spørgerens økonomiske risiko blev sammenholdt

580.SR, der omhandler samme skattemæssigt transparente selskab.

⁹⁸ Spørgeren var forpligtet til inden tre år at yde et ansvarligt lån til G1 P/S. Beløbet forventede at udgøre mindst 3-5 mio. kr. Da spørgeren ikke havde indbetalt det ansvarlige lån til G1 P/S på tidspunktet for afgivelsen af det bindende svar, og G1 P/S i særlige tilfælde kunne dispensere fra kravet, vurderede Skatterådet, at spørgerens økonomiske risiko alene bestod i hæftelsen knyttet til spørgerens ejerandel i G1 P/S. Se nærmere herom i afsnit 3.3.2.

⁹⁹ Afgørelsen var baggrunden for indførslen af LL § 4 og er nærmere behandlet i afsnit 3.1.

med vedkommendes indflydelse, fandt Skatterådet derfor, at spørgeren skulle anses som lønmodtager.

Afgørelsen peger således i retning af, at det er størrelsen på hæftelsen i SKM 2015.729 SR, som skal anvendes som målestok i fastlæggelsen af, hvad hæftelsen minimum skal være for en kommanditist. Af afgørelsen kan det dog ikke fastlægges, om 400.000 kr. i indskud nødvendigvis er den nedre grænse for, hvad en kommanditist som minimum skal hæfte for.¹⁰⁰ I SKM 2022.309 SR ville deltagerens hæftelse udgøre mellem 41.667 kr. og 55.556 kr., men Skatterådet fandt på trods heraf, at de skulle anses som selvstændige erhvervsdrivende.

Baggrunden for sagen var, at spørgerne ville etablere et partnerselskab, hvor deltagerne hver især selv skulle afholde udgifter til bil, eventuelle ansatte, computerudstyr, forsikringer, telefon m.v., mens selskabet også ville afholde visse begrænsede udgifter.

SKM 2022.309 SR kan næppe ses som en blåstempling fra Skatterådets til, at en kommanditist blot skal have en hæftelse på omkring 50.000 kr., for at vedkommende kan anses for at have en reel økono-

misk risiko.¹⁰¹ Som det fremgår, var selskabets organisering således ganske særlig i forhold til andre sager, der har været forelagt Skatterådet angående LL § 4, hvor alle udgifter normalt afholdes af det skattemæssigt transparente selskab, ligesom aktiverne typisk også ejes af dette.¹⁰² Skatterådet udtalte også i afgørelsen, at hæftelsen var yderst begrænset og væsentligt mindre end øvrige sager, der havde været forelagt Skatterådet. Afgørelsen viser dog, at vurderingen af, hvor stort et indskud en kommanditist skal have foretaget, afgøres ud fra en konkret vurdering.

Det er min vurdering, at hvis der er tale om en ”normal” organisering,¹⁰³ vil en kommanditist formentlig skulle hæfte for væsentligt mere end 400.000 kr., for at den pågældende kan anses for at have en reel økonomisk risiko, navnlig hvis deltagerens løbende vederlag forventes at udgøre et beløb, der væsentligt overstiger det investerede beløb.¹⁰⁴ Årsagen hertil er navnlig, at i bemærkningerne til L 194 fremgår det, at hæftelsen i SKM 2015.729 SR på 400.000 kr. alene udgjorde erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang.¹⁰⁵ Det må derfor i almindelighed kræves, at hæftelsen er væsentligt højere end 400.000 kr., for at man kan anse den pågældende for

¹⁰⁰ Som også bemærket i SR.2019.72 samt samme forfatter (Inge Langhave Jeppesen) i Kommentarer til udvalgte afgørelser, trykt i SR.2020.277 (herefter ”SR.2020.277”).

¹⁰¹ Jf. hertil Daniel Bergstein, Thomas Præstgaard og Hans Henrik Bonde Eriksen, Kommentarer til udvalgte afgørelser -Ligningslovens § 4 Deltagelse i skattetransparent enhed & kriterier for selvstændig erhvervsdrift – principielle afgørelser anno 2022, trykt i RR.SM.2022.12 (herefter ”RR.SM.2022.12”).

¹⁰² Se hertil bemærkningerne til L 194, s. 7 og Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.C.1.2.4 Selvstændigt erhvervsdrivende ved deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab, hvor det fremgår, at det normalt vil forholde sig sådan, (i) at personalet vil være ansat af det skattemæssigt transparente selskab og ikke hos den enkelte deltager; (ii) at det driftsmateriel, der anvendes ved arbejdets udførelse, tilhører selskabet; (iii) at det er selskabet, der ejer eller lejer de lokaler, hvorfra virksomhedens udøves; (iv) at annoncering sker i virksomhedens navn; og (v) at det er, der er momsregistreret.

¹⁰³ Det vil sige, hvor organiseringen er som beskrevet i den ovenstående fodnote.

¹⁰⁴ Efter bemærkningerne kræves det således, at hæftelsen skal have et væsentligt omfang, herunder i forhold til deltagerens løbende vederlag fra selskabet, jf. L 194, s. 8 og

Carsten Fode, Noe Munck og Mads Reinholdt Sørensen, Valg af selskabsform – omstrukturering af selskaber, 5. udgave, 2022, Karnov Group Denmark A/S (herefter ”Valg af selskabsform – omstrukturering af selskaber”), s. 320. Se hertil Partnerselskaber, s. 101 f. hvor det fremgår, at der ikke er nogen klare indikationer i lovbemærkningerne på, hvornår den økonomiske risiko må anses for tilstrækkelig. Ifølge forfatterne må det antages, at en økonomisk hæftelse svarende til et års partnervederlag vil være tilstrækkeligt, mens en økonomisk risiko svarende til en måneds vederlag vil være utilstrækkeligt. Det må tiltrædes, at hvis det løbende vederlag udgør et årligt millionbeløb, vil en hæftelse på få hundredetusinde kroner næppe kunne anses for at udgøre en hæftelse, der udgør en reel økonomisk risiko. Se dog SKM 2021.139.SR hvor en hæftelse på henholdsvis ca. 200.000 kr. og 400.000 kr. var tilstrækkelig til, at spørgerne kunne anses for selvstændig erhvervsdrivende. I sagen lagde Skatterådet dog særligt vægt på, at deltagerne havde en betydelig indflydelse på overordnede beslutninger i selskabet. Se nærmere om samspillet mellem kriterierne i afsnit 3.5.

¹⁰⁵ Jf. L 194, s. 8.

at have en reel økonomisk risiko, medmindre deltageren derudover selv afholder væsentlige udgifter i forbindelse med erhvervsdriften.

Som nævnt skal der dog anlægges en samlet konkret vurdering, hvor alle spørgerens forhold inddrages.¹⁰⁶ Det kan dermed ikke opstilles som fast regel, at en deltager skal have en hæftelse på væsentligt mere end 400.000 kr., for at vedkommende kan anses for at have en reel økonomisk risiko. En sådan fast grænse ville efter omstændighederne kunne anses som at sætte ”skøn under regel”, hvilket ville være i strid med grundlæggende forvaltningsretlige principper.¹⁰⁷

3.3.1.2. Særligt om interessentskaber

I nærværende afsnit vil det blive analyseret og vurderet, hvilken betydning hæftelsesformen i interessentskaber har, for vurderingen af deltagerens økonomiske risiko samt om det er nødvendigt for, at der er tale om reel økonomisk risiko, at deltagerne har foretaget et indskud. Landsskatteretten har afsagt én kendelse¹⁰⁸ om spørgsmålet, hvorfor denne afgørelse er central for vurderingen. Dernæst vil det blive vurderet, hvilken betydning deltagelse i et interessentskab gennem et kapitalselskab har, idet en interessent på denne måde reelt kan begrænse sin økonomiske risiko. Her vil Skatterådets afgørelser i SKM 2020.411 SR og SKM 2021.333 SR blive analyseret.

Deltagerne i et interessentskab hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtelser, jf. hertil LEV § 2, stk. 1.¹⁰⁹ Efter bemærkningerne til L 194 taler dette for, at deltagere i interessentskaber i højere grad end deltagere i partnerselskaber eller kommanditselskaber bærer en økonomisk risiko, og at de derfor lettere vil kunne

anses for at opfylde de sædvanlige kriterier for at kunne anses som selvstændigt erhvervsdrivende.¹¹⁰

Spørgsmålet er herefter, hvilken betydning hæftelsesformen har og om det er nødvendigt, for at der er tale om reel økonomisk risiko, at deltagerne har foretaget et indskud.

Som nævnt, har Landsskatteretten afsagt én kendelse om LL § 4, hvori der var tale om et interessentskab.¹¹¹ Baggrund for sagen var, at A og B (herefter ”Tandlægeinteressenterne”) havde overdraget deres tandlægevirksomhed H2 I/S til G2 A/S, der var en professionel tandlægekæde (herefter ”Hovedinteressenten”). Til den fremtidige drift af virksomheden havde parterne etableret et interessentskab, G1 I/S. Tandlægeinteressenterne havde bl.a. anmodet om bindende svar på, om de kunne anses for selvstændige erhvervsdrivende vedrørende den indkomst, som de ville modtage fra G1 I/S.

Af Skattestyrelsens indstilling til begrundelse, som blev tiltrådt af Skatterådet, fremgår det, at Tandlægeinteressenternes personlige, ubegrænsede og solidariske hæftelse var et moment, der talte for, at de havde en reel økonomisk risiko.

Ifølge indstillingen talte det dog imod økonomisk risiko, (i) at Tandlægeinteressenterne ikke havde foretaget noget kapitalindskud i interessentskab; (ii) at det var Hovedinteressenten, som stillede driftsaktiver til rådighed for dem; og (iii) at Tandlægeinteressenterne ikke ville hæfte for eventuelle manglende opfyldelse af aftaler, som Hovedinteressenten måtte indgå med særkreditorer om driftsaktiver m.v. Endvidere blev det fremhævet, at risikoen for Hovedinteressentens konkurs og den dertilhørende risiko for

¹⁰⁶ Som også antaget i SR.2020.277.

¹⁰⁷ Som også bemærket i RR.SM.2022.12 og anført af Skattestyrelsen i deres indstilling til begrundelse i SKM 2020.290 SR og SKM 2020.291 SR. Se nærmere om det pligtmæssige skøn i f.eks. Sten Bønsing, Almindelig forvaltningsret, 5. udgave, 2023, DJØF Forlag A/S, s. 351 ff. og Jens Garde, Karsten Revsbech og Søren Højgaard Mørup m.fl., Forvaltningsret, 7. udgave, 2022, DJØF Forlag A/S, s. 268 ff.

¹⁰⁸ SKM 2022.335 LSR.

¹⁰⁹ Se yderligere herom i afsnit 2.2.2.

¹¹⁰ Jf. L 194, s. 5., og som også bemærket i Bodil Christensen og Tommy V. Christensen, Partnerselskaber og interessentskaber - Er deltagerne lønansat eller selvstændige erhvervsdrivende?, trykt i RR.4.2018.68 (herefter ”RR.4.2018.68”); SR.2021.17, fodnote 2; Introduktion til dansk selskabsret II, s. 32 og Dansk Selskabsret 3, s. 141.
¹¹¹ SKM 2022.335 LSR. Skatterådet havde tidligere truffet afgørelse i sagen, der er offentliggjort som SKM 2019.462.SR. Afgørelsen er tillige behandlet i afsnit 3.3.3, afsnit 3.4.1 og afsnit 3.4.3.

Tandlægeinteressenterne til at hæfte solidarisk for interessentskabets forpligtelser ikke i sig selv medførte, at Tandlægeinteressenterne skulle betragtes som selvstændigt erhvervsdrivende.

Efter en samlet vurdering, hvor Tandlægeinteressenternes vederlagsform og indflydelse tillige indgik, fandt Skatterådet, at Tandlægeinteressenterne ikke skulle anses for selvstændige erhvervsdrivende.

Tandlægeinteressenterne påklagede afgørelsen til Landsskatteretten. I sin afgørelse lagde Landsskatteretten vægt på, at det var G1 I/S, som afholdte udgifterne for de daglige indkøb af materialer m.v. samt investeringer, der ikke oversteg 10.000 kr. pr. måned. Endvidere fremhævede Landsskatteretten, at Tandlægeinteressenterne investerede et beløb i tandlægekæden i forbindelse med overdragelsen af H2 I/S. Landsskatteretten bemærkede også, at Tandlægeinteressenterne hæftede personligt med hele deres formue for interessentskabets forpligtelser. Efter en konkret vurdering, hvor Tandlægeinteressenternes vederlagsform og indflydelse tillige indgik, fandt Landsskatteretten, at Tandlægeinteressenterne kunne anses for selvstændigt erhvervsdrivende. Landsskatteretten ændrede dermed Skatterådets afgørelse.

For det første kan det om afgørelsen fremhæves, at Landsskatteretten og Skatterådet var enige om, at det skulle tillægges betydning, at Tandlægeinteressenterne hæftede personligt, uden begrænsning og solidarisk for G1 I/S' forpligtelser. Dette er således på linje med, hvad der er forudsat i bemærkningerne til L 194.

¹¹² Sml. med Skatterådets afgørelse i SKM 2020.414 SR, hvor en kapitalejers investering på et tocifret millionbeløb i overordnede selskaber i en concern alene blev tillagt betydning ved vurderingen af vedkommendes økonomiske risiko ved deltagelse i et dansk partnerselskab, i det omfang medejerskab i de overordnede selskaber indirekte øgede vedkommendes ejerandel i det danske partnerselskab.

¹¹³ Jf. afsnit 2.2.2.

¹¹⁴ Jf. i samme retning RR.SM.2022.12 og Bodil Christensen og Tommy V. Christiansen, Ny afgørelse om be-

For det andet kan det fremhæves, at Skatterådet i sin afgørelse lagde vægt på, at Tandlægeinteressenterne ikke havde foretaget noget kapitalindskud i G1 I/S. Af Landskatterettens afgørelse fremgår det, at Tandlægeinteressenterne havde investeret et ikke offentliggjort beløb i Hovedinteressenten i forbindelse med overdragelsen af tandlægevirksomheden. Det kan ikke udelukkes, at Landskatteretten ved denne henvisning til Tandlægeinteressenternes investering i tandlægekæden fandt, at Tandlægeinteressenterne rent faktisk havde lavet en art kapitalindskud.¹¹² Det må dog vurderes, at dette næppe har været afgørende for vurderingen, da interessenterne uafhængigt af, om der er foretaget et kapitalindskud eller ej, vil hæfte personligt, ubegrænset og solidarisk for interessentskabets forpligtelser. Baggrunden for, at der ikke kræves et kapitalindskud ved stiftelse af interessentskab, er netop interessenternes hæftelsesform.¹¹³ Landskatteretten fremhævede således også i sin afgørelse, at Tandlægeinteressenterne hæftede personligt med hele deres formue for interessentskabets forpligtelser, og deres hæftelse ikke var begrænset til et evt. indskud.

Det er min opfattelse, at en deltager i et interessentskab ikke behøver at have foretaget et indskud for, at vedkommende kan anses for at have en reel økonomisk risiko, idet det afgørende er, at vedkommende hæfter personligt, ubegrænset og solidarisk for interessentskabets forpligtelser.¹¹⁴ Dette medfører – på linje med hvad der var forudsat i bemærkningerne til L 194 – at deltagere i et interessentskab lettere vil kunne anses som selvstændigt erhvervsdrivende, idet det ikke, i modsætning til hvad der gælder i kommanditselskaber og partnerselskaber,¹¹⁵ ikke kræves, at deltageren har foretaget et indskud.¹¹⁶

skatning af personer, der deltager i partnerselskaber, interessentskaber og kommanditselskaber, offentliggjort den 4. december 2021 på <https://v.dk/artikel/ny-afgoerelse-om-beskatning-af-personer-der-deltager-i-partnerselskaber-interessentskaber-og-kommanditselskaber/?pdf-viewer>, s. 8.

¹¹⁵ Som er behandlet i afsnit 3.3.1.1.

¹¹⁶ Malene Kerzel anfører mere vidtgående i Skatteretten 2, s. 891, at deltagere i et interessentskab normalt vil blive anset som selvstændige erhvervsdrivende som følge af den ubegrænsede hæftelse. Hertil skal det bemærkes, at der indgår øvrige elementer i vurderingen af deltagerens

Hertil må det for det tredje fremhæves, at Landskatteretten tillagde det betydning, at G1 I/S rent faktisk havde økonomiske forpligtelser, idet der direkte blev henvist til, at det var G1 I/S, som afholdte udgifterne for de daglige indkøb af materialer m.v. samt investeringer, der ikke oversteg 10.000 kr. pr. måned. Dette mener jeg er et udtryk for, at Landskatteretten retteligt fastslår, at hæftelsen i et interessentskab skal være reel. Hvis et interessentskab ikke har nogle forpligtelser i relation til virksomhedens drift, må den økonomiske risiko for interessenterne anses som illusorisk. Det samme vil være tilfældet, hvis interessentskabet eksempelvis alene har lånearrangementer på non-recourse vilkår¹¹⁷ og ingen øvrige forpligtelser. I sådanne tilfælde vil interessenternes hæftelse ikke kunne anses for personlig, ubegrænset og solidarisk men alene begrænset til deres indskud.

Opsummerende vurderes det dermed, at det ikke er nødvendigt, at en deltager har foretaget et indskud i et interessentskab, da deltagerens personlige, ubegrænsede og solidariske hæftelse for interessentskabets forpligtelser er det afgørende i vurderingen. Denne hæftelse taler afgørende for, at en deltager har en reel økonomisk risiko, medmindre interessentskabet ikke har reelle økonomiske forpligtelser, eller deltageren ikke reelt hæfter for interessentskabets forpligtelser.

Et relateret spørgsmål er, hvilken betydning det har, hvis en fysisk person deltager i et interessentskab gennem et kapitalselskab og på denne måde begrænser sin hæftelse. Det er fast antaget, at en selvstændigt erhvervsdrivende kan vælge at drive erhvervsvirksomhed gennem et kapitalselskab i stedet for

økonomiske risiko, jf. særligt afsnit 3.3.3, ligesom deltagerens indflydelse på overordnede beslutninger tillige indgår, jf. afsnit 3.4, hvorfor Malene Kerzels udsagn ikke kan tiltrædes fuldt ud.

¹¹⁷ Hvorved forstås et lån, hvor långiveren alene kan søge sig fyldestgjort i den stillede sikkerhed, og ikke mod låntager personligt, jf. f.eks. Jane Bolander i Lærebog om indkomstskat, s. 601.

¹¹⁸ Den såkaldte Aage Haugland-dom.

¹¹⁹ Jf. f.eks. Ligningsloven med kommentarer, s. 329 f.; Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 986 f.; RR.4.2018.68; L 194, s. 4 og Bodil Christiansen og

gennem en personligt ejet virksomhed, jf. hertil UfR 1998.1314 H (TfS 1998, 485 H).¹¹⁸ Dette gælder til lige for selvstændigt erhvervsdrivende, som driver erhvervsvirksomhed gennem et skattemæssigt transparent selskab, herunder et interessentskab, jf. TfS 1999, 646 ØL.^{119 120}

I relation til LL § 4 har det været et spørgsmål i to afgørelser fra Skatterådet,¹²¹ hvilken betydning deltagelse i et interessentskab gennem et kapitalselskab har. Afgørelserne gennemgås særskilt i det følgende, og de vil efterfølgende blive sammenfattet fælles.

I Skatterådets afgørelse SKM 2020.411 SR ønskede spørgeren at få bekræftet, at det holdingselskab, vedkommende deltog i et interessentskab gennem, skulle anses som rette indkomstmottager af resultatandele fra interessentskabet, og dermed indirekte, at spørgeren kunne anses som selvstændigt erhvervsdrivende i lyset af LL § 4.

I vurderingen af spørgerens økonomiske risiko, anførte Skattestyrelsen i sin indstilling til begrundelse, som Skatterådet fulgte, at da et interessentskabs kreditorer ikke kan søge sig fyldestgjort hos en fysisk person, som ejer sin andel af et interessentskab gennem et kapitalselskab, skal hæftelsen ikke vurderes til at være personlig, ubegrænset og solidarisk men alene begrænset til værdien af det deltagende kapitalselskab.

Skatterådet lagde herefter til grund, at spørgerens økonomiske risiko i sagen udgjorde 600.000 kr., hvilket var en reel økonomisk risiko. Efter en samlet vurdering af spørgerens forhold, fandt Skatterådet, at

Tommy V. Christiansen, Når deltagere i transparente selskaber sætter sig selv på aktier, offentliggjort den 24. august 2021 på <https://v.dk/artikel/naar-deltagere-i-transparente-selskaber-saetter-sig-selv-paa-aktier/?pdf-viewer> (herefter "Når deltagere i transparente selskaber sætter sig selv på aktier"), s. 1.

¹²⁰ En lønmodtager har, modsat selvstændige erhvervsdrivende, ikke mulighed for at få sin løn udbetalt til et kapitalselskab, hvorfor der kan opstå risiko for trippelbeskatning, hvis skattemyndighederne anser en selvstændigt erhvervsdrivende som lønmodtager i medfør af LL § 4. Se nærmere om denne problemstilling i afsnit 5.3.

¹²¹ SKM 2020.411 SR og SKM 2021.333 SR.

spørgeren skulle anses for at være selvstændigt erhvervsdrivende.

I denne afgørelse fandt Skatterådet dermed, at deltagelse gennem et kapitalselskab medfører, at deltagerens hæftelse skal anses som begrænset til værdien af det deltagende kapitalselskab.

I den senere afgørelse SKM 2021.333 SR ønskede spørgeren bl.a. at få bekræftet, at et kapitalselskab (H2), ejet af den fysiske person B, kunne anses for rette indkomstmotager af indkomsten fra et interessentskab og dermed indirekte, at B kunne anses som selvstændigt erhvervsdrivende.

I sin indstilling til begrundelse til Skatterådet blev det anført af Skattestyrelsen, at deltagelse gennem et kapitalselskab vil begrænse risikoen for den pågældende fysiske person til værdien af det deltagende kapitalselskab. Skattestyrelsen vurderede dog konkret ud fra regnskabsoplysningerne om kapitalselskabet H2, at deltagelse gennem det pågældende kapitalselskab ikke væsentligt ville begrænse den risiko, som B havde ved deltagelse i interessentskabet, da selskabet havde en egenkapital på et ikke offentliggjort millionbeløb.

Skatterådet valgte at følge Skattestyrelsens indstilling men ikke begrundelsen om denne del af spørgsmålet. Skatterådet udtalte, at der ikke efter deres opfattelse er den fornødne hjemmel i LL § 4 til at stille krav til kapitalforholdene i et kapitalselskab i en situation, hvor en deltager i et interessentskab, som anses for selvstændigt erhvervsdrivende, vælger at deltage gennem et kapitalselskab. Efter Skatterådets opfattelse kunne der således ikke i den konkrete sag stilles krav til kapitalforholdene i selskabet H2, idet B blev anset som selvstændigt erhvervsdrivende.

Skatterådets afgørelser i SKM 2020.411 SR og SKM 2021.333 SR er forskellige for så vidt angår betyd-

ningen af, at en fysisk person deltager i et interessentskab gennem et kapitalselskab. I SKM 2020.411 SR fandt Skatterådet, at den økonomiske risiko i den pågældende situation ikke skulle bedømmes til at være en personlig, ubegrænset og solidarisk hæftelse men alene til at være begrænset til værdien af det deltagende kapitalselskab. Skattestyrelsens indstilling i SKM 2021.333 SR er på linje hermed, da den økonomiske risiko ifølge Skattestyrelsen var begrænset til værdien af det deltagende kapitalselskab. Dette var Skatterådet, som nævnt, ikke enig i, da der efter deres opfattelse således ikke er hjemmel i LL § 4 til at stille krav til kapitalforholdene i et kapitalselskab, som en selvstændigt erhvervsdrivende deltager i et interessentskab igennem.

På den ene side kan man argumentere for, at Skatterådets afgørelse i SKM 2020.411 SR og Skattestyrelsens indstilling til begrundelse i SKM 2021.333 SR må følges, da en helt ubetydelig egenkapital i et deltagende kapitalselskab reelt vil gøre deltagerens personlige, ubegrænsede og solidariske risiko illusorisk, sml. med den ovenfor analyserede SKM 2022.335 LSR, hvor Landskatteretten bl.a. lagde vægt på, at interessentskabet havde reelle økonomiske forpligtelser. Hertil kommer, at deltagelse gennem et kapitalselskab efter omstændighederne må kunne sidestilles med deltagelse som kommanditist i et kommanditselskab eller partnerselskab, hvor hæftelsen er begrænset til deltagerens indskud. En person vil principielt kunne deltage i et interessentskab uden at have foretaget et indskud eller alene et indskud af begrænset størrelse og samtidig begrænse sin hæftelse væsentligt ved at deltage gennem et kapitalselskab, der alene lever op til det i SL påkrævede minimumskapitalkrav.¹²² Man kan argumentere for, om det i denne situation ikke vil stemme bedst overens med lovgivers intention med LL § 4 at anse deltagerens hæftelse som begrænset til kapitalselskabets egenkapital, hvorefter vurderingen af deltagerens økonomiske risiko skal foretages på linje med

¹²² Det vil således sige en selskabskapital på mindst 40.000 kr. for anpartsselskaber og 400.000 kr. for aktieselskaber, jf. SL § 4, stk. 2. Det skal dog i denne sammenhæng bemærkes, at kapitalselskabets ledelse skal sikre, at selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt,

herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde selskabets forpligtelser, efterhånden som de forfalder, og til enhver tid vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt, jf. SL §§ 115, nr. 5 og 118, stk. 2.

vurderingen for deltagere i kommanditselskaber og partnerselskaber.¹²³

På den anden side kan det anføres, at den nævnte situation ikke er direkte sammenlignelig med hæftelsen i et kommanditselskab eller partnerselskab. Hæftelsen vil være begrænset til indskuddet i kapital-selskabet, tillagt evt. yderligere egenkapital, og ikke indskuddet i det skattemæssigt transparente selskab, der vil være tilfældet ved deltagelse i kommanditselskab eller partnerselskab som kommanditist. Hvis der er andre aktiver i kapital-selskabet end medejerskabet til interessentskabet, vil en interessentskabskreditor (fælleskreditor) således også kunne fyldestgøre sig i disse øvrige aktiver, såfremt interessentskabet ikke opfylder sine forpligtelser.¹²⁴

I SKM 2022.335 LSR ønskede den ene Tandlægeinteressent (A) at få bekræftet, at vedkommende kunne deltage i G1 I/S gennem et kapital-selskab. Lands-skatte retten vurderede, som nævnt ovenfor, at Tandlægeinteressenterne kunne anses som selvstændigt erhvervsdrivende og bekræftede tillige, at H1 ApS kunne anses som rette indkomstmodtager af indkomst fra G1 I/S. Landsskatte retten udtalte sig ikke om, hvorvidt kapitalforholdene i H1 ApS skulle tillægges betydning i vurderingen af, om A kunne anses for selvstændigt erhvervsdrivende og udtalte alene, at når A kunne anses som selvstændigt erhvervsdrivende, kunne indkomsten fra interessentskabet tilgå H1 ApS.¹²⁵ Dette taler tillige for, at kapitalforholdene i det deltagende kapital-selskab ikke skal tillægges betydning.

Forholdet er ikke behandlet i bemærkningerne til L 194 eller øvrige lovforarbejder.¹²⁶ I bemærkningerne til L 194 nævnes det dog, at selvstændigt erhvervsdrivende har mulighed for at drive selvstændigt erhvervs virksomhed gennem et kapital-selskab.¹²⁷ Adgangen til at drive selvstændigt erhvervs virksomhed

gennem et kapital-selskab følger af fast retspraksis, herunder fra Højesteret i Aage Haugland-dommen.¹²⁸ Skattedepartementet har i TfS 1998, 137 DEP udtalt sig om kravene til hjemmel i skattelovgivning:

”Den væsentligste hovedkonklusion er, at Højesteret synes at have indskærpet kravet om klar hjemmel til beskatning i lovgivningen. Synspunktet er formentlig, at er der tvivl om hjemmelsgrundlaget, er dette ubetinget myndighedernes problem. Heri ligger ikke blot, at der ikke kan fortolkes i skærpande retning, ud over hvad lovens tekst - og eventuelt klare lov-motiver - berettiger til; men tillige, at usikkerhed om rækkevidden af en hjemmel trækker i retning af en udvidende fortolkning, hvor dette er til gunst for skatteyderen.”

Begrænsninger i adgangen for en deltagers mulighed for at drive erhvervs virksomhed gennem et kapital-selskab må således, med skattemyndighederne egne ord, kræve sikker hjemmel i lovens tekst eller lovforarbejder. Da en sådan sikker hjemmel ikke foreligger i ordlyden af LL § 4 eller dennes forarbejder, må Skatterådets udtalelse i SKM 2021.333 SR anses for at være udtryk for gældende ret. Herefter kan det ikke tillægges betydning i vurderingen af en deltagers økonomiske risiko, hvis den pågældende deltager i et interessentskab gennem et kapital-selskab og på denne måde begrænser sin hæftelse. At man kan forestille sig, at lovgivers intention muligvis har været anderledes, kan ikke ændre herved, da forholdet i så fald skulle være direkte behandlet i lovforarbejderne, hvilket, som nævnt, ikke er tilfældet.

Sammenfattende kan det om den personlige, ubegrænsede og solidariske hæftelse i interessentskaber vurderes, at denne taler afgørende for, at en deltager har en reel økonomisk risiko, medmindre interessentskabet ikke har reelle økonomiske forpligtelser,

forholdene i H1 ApS skulle tillægges betydning ved vurderingen af A's hæftelse. Det kan derfor ikke udelukkes, at Landsskatte retten har overset problemstillingen.

¹²⁶ Jf. også artiklen ”Når deltagere i transparente selskaber sætter sig selv på aktier”, s. 5.

¹²⁷ Jf. L 194, s. 4.

¹²⁸ UfR 1998.1314 H (TfS 1998, 485 H).

¹²³ Se om denne vurdering i afsnit 3.3.1.1.

¹²⁴ Se i samme retning artiklen ”Når deltagere i transparente selskaber sætter sig selv på aktier”, s. 9.

¹²⁵ Hertil skal det dog bemærkes, at Skattestyrelsen ikke under sagens behandling havde gjort gældende, at kapital-

eller deltageren ikke reelt hæfter for interessentskabets forpligtelser, jf. SKM 2022.335 LSR. Det er ikke nødvendigt, at interessenten har foretaget et indskud i interessentskabet, da hæftelsesformen er det afgørende parameter i vurderingen, og denne indebærer, at en deltager vil hæfte for mere end blot et evt. indskud. Hvis interessenten deltager gennem et kapital selskab, anses hæftelsen fortsat at være personlig, ubegrænset og solidarisk og ikke begrænset til egenkapitalen i det deltagende kapital selskab, da LL § 4 ikke giver hjemmel til at begrænse muligheden for at drive erhvervs virksomhed gennem et kapital selskab, jf. SKM 2021.333 SR. Samlet medfører dette, at deltagere i et interessentskab lettere vil kunne anses som selvstændigt erhvervsdrivende end deltagere i kommanditselskaber og partnerselskaber, da der ikke kræves, at deltageren har foretaget et indskud.

3.3.2. Betydning af ydet (ansvarligt) lån

Efter bemærkningerne til L 194 er det som udgangspunkt alene deltagerens hæftelse tilknyttet den pågældendes andel af det skattemæssigt transparente selskab, som skal indgå i vurderingen af deltagerens økonomiske risiko. Det fremgår således eksplicit af bemærkningerne, at hvis en deltager har foretaget udlån til selskabet, så kan den pågældendes tilgodehavende som udgangspunkt ikke medtages, når vedkommendes økonomiske risiko skal opgøres.^{129 130} Det vil i det følgende blive vurderet, om dette udgangspunkt er ufravigeligt, eller om et ansvarligt lån kan medregnes til den pågældendes økonomiske risiko.¹³¹ Dette vil ske ved en analyse af Skatterådets

afgørelser i SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR.

En særlig form for udlån er et såkaldt ansvarligt lån. Ved et ansvarligt lån forstås et lån, hvor långiverens krav på tilbagebetaling af lånet er efterstillet (stort set) alle andre former for krav mod låntageren. Et ansvarligt lån er en mellemform mellem egen- og fremmedfinansiering, idet lånet ved låntagerens konkurs fyldestgøres efter anden fremmedkapital men inden egenkapitalen.¹³² Et ansvarligt lån indebærer dermed en større risiko for långiver end et almindeligt lån.

SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR¹³³ omhandler investering i det samme selskab, G1 P/S. Kapitalejerne var forpligtet til at yde et ansvarligt lån til G1 P/S, som skulle beregnes til 70 % af den pågældendes forventede andel af selskabets resultat, fratrukket de beløb, den pågældende og dennes holdingselskab i forvejen havde investeret i form af kapitalandele.

I SKM 2020.580 SR havde kapitalejeren, ud over det påkrævede ydet ansvarlige lån, tillige ydet frivillige ansvarlige lån til G1 P/S via sit kapital selskab, som spørgeren deltog i partnerselskabet igennem. Samlet set var de ydede ansvarlige lån på mellem 7-10 mio. kr.¹³⁴

Skattestyrelsen anførte i sin indstilling til begrundelse, som Skatterådet tiltrådte, at udgangspunktet i bemærkningerne til L 194 om, at udlån ikke skal medregnes til den økonomiske risiko ikke nødvendigvis

solidarisk, og dermed for mere end et evt. indskud og et evt. ydet (ansvarligt) lån.

¹²⁹ Jf. Henrik Kure, Finansieringsret, 3. udgave, 2021, Karnov Group Denmark A/S, s. 438.

¹³⁰ Se også om afgørelsen SKM 2018.579 SR i afsnit 3.3.1.1 om begge afgørelser i afsnit 3.4.2 og afsnit 3.5.

¹³¹ Den påkrævede del af det ansvarlige lån kunne opsiges af kapitalejeren med 12 måneders varsel, men ejeraftalen ville i så fald kræve, at der blev bundet nye 70 %, hvilket reelt havde den betydning, at lånet var uopsigeligt så længe vedkommende var kapitalejer. For så vidt angår de frivillige ydet ansvarlige lån var de uopsigelige i ét eller to år og forfaldt ikke ved vedkommendes evt. fratreden som kapitalejer.

¹²⁹ L 194, s. 8.

¹³⁰ Det fremgår samme sted, at det ikke skal medregnes til den økonomiske risiko, hvis en deltager har ladet en del af sit overskud blive stående i selskabet. I SKM 2019.519 SR og SKM 2019.520 SR fulgte Skatterådet denne linje. Dette må anses som korrekt, da risikoen for ikke at få udbetalt optjent overskud må anses som en risiko for ikke at få vederlag for sit arbejde, hvilket ikke er tilstrækkeligt til, at en deltager kan anses for at have en reel økonomisk risiko, jf. L 194, s. 8.

¹³¹ Dette er alene relevant for deltagelse i kommanditselskaber og partnerselskaber, da analysen i afsnit 3.3.1.2 viser, at det for deltagere i interessentskaber ikke er afgørende, om de har foretaget et indskud, da hæftelsesformen indebærer, at en deltager hæfter personligt, ubegrænset og

er undtagelsesfri. Dette skete med en henvisning til, at hensynet bag dette udgangspunkt måtte være, at det er forbundet med en større økonomisk risiko at indskyde egenkapital end fremmedkapital, idet egenkapitalen i tilfælde af selskabets konkurs først fyldestgøres efter, at selskabets kreditorer har fået fyldestgjort deres tilgodehavender.

På den baggrund fandt Skatterådet, at hvis et lån skal medregnes til en deltagers økonomiske risiko, skal lånet konkret være forbundet med en økonomisk risiko, der kan sammenlignes med den økonomiske risiko, der følger af at indskyde selskabskapital.

For så vidt angår den konkrete sag fandt Skatterådet, at idet kapitalejeren havde indskudt et betydeligt beløb som ansvarlig lånekapital, så kunne disse ydede ansvarlige lån medregnes til kapitalejerens økonomiske risiko.

Som nævnt omhandlende SKM 2018.579 SR det samme partnerselskab. Imidlertid er det en afgørende forskel fra SKM 2018.580 SR, at spørgeren i SKM 2018.579 SR endnu ikke var tiltrådt som kapitalejer. Dette betød, at vedkommende endnu ikke havde indbetalt det påkrævede ansvarlige lån. Beløbet skulle indbetales til G1 P/S inden tre år og udgjorde forventeligvis 3-5 mio. kr. G1 P/S kunne efter ansøgning i særlige tilfælde dispensere fra kravet om indbetaling inden tre år.

Skatterådet udtalte i denne henseende, at da det var muligt for G1 P/S at dispensere for kravet om, at spørgeren skulle yde det ansvarlige lån inden tre år, og at der derudover var en risiko for, at spørgeren ikke kunne opfylde sin fremtidige forpligtelse til at yde det ansvarlige lån grundet tidshorisonten på tre år, kunne denne forpligtelse ikke medtages i vurderingen af spørgerens økonomiske risiko. Efter Skatterådets opfattelse var det alene den ansvarlige lånekapital, der aktuelt og reelt var indbetalt, som ville kunne medregnes til spørgerens økonomiske risiko.

Skatterådets afgørelser i SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR viser, at hvis en deltager har ydet et ansvarligt lån til det skattemæssigt transparente selskab, så kan lånet indgå i vurderingen af, om vedkommende har en tilstrækkelig økonomisk risiko. Afgørelserne viser modsætningsvist, at et ydet lån, der ikke er et ansvarligt lån, ikke kan indgå i vurderingen af en deltagers økonomiske risiko.¹³⁵ ¹³⁶ Dette må anses som korrekt, da et ansvarligt lån, således indebærer en øget risiko i forhold til et almindeligt lån, og antages at udgøre en mellemform mellem egen- og fremmedkapital.

Det er efter Skatterådets opfattelse i SKM 2018.579 SR et krav, at det ansvarlige lån aktuelt og reelt skal være indbetalt. Det er dog min opfattelse, at dette synspunkt ikke synes at stemme overens med det faktum, at den økonomiske risiko ved et ansvarligt lån kan sammenlignes med den økonomiske risiko, der følger af at indskyde selskabskapital. Hvis denne tankerække skulle følges stringent, ville man ikke kunne stille krav om, at et ansvarligt lån aktuelt og reelt skal være indbetalt. Dette beror på, at efter bemærkninger til L 194, skal skyldig selskabskapital også medregnes til en deltagers hæftelse.¹³⁷ Det er svært at se, hvorfor det skulle forholde sig anderledes med et ikke indbetalt ansvarligt lån. Uanset om et selskab har skyldig selskabskapital eller et ansvarligt lån til gode hos en deltager, vil der være en risiko for, at deltageren i fremtiden ikke har midler til at betale det pågældende beløb.

Endvidere ses argumentet om, at G1 P/S i den konkrete sag havde mulighed for at dispensere fra kravet om indbetaling af det ansvarlige lån, ikke at være gangbart. For det første vil en låntager i almindelighed have mulighed for at indgå en aftale, der giver modparten en bedre retstilling end parternes oprindelige aftale. En klausul om, at låntager i særlige – og ikke definerede – tilfælde kan dispensere fra en indgået låneaftale, ses ikke afgørende at give låntageren en bedre retstilling. Hertil kommer, at et selskab principielt, efter omstændighederne, vil kunne

¹³⁵ Denne linje er efterfølgende fuldt i afgørelserne SKM 2019.234 SR, SKM 2019.355 SR, SKM 2020.411 SR, SKM 2020.486 SR og SKM 2021.210 SR.

¹³⁶ Jf. også John Bygholm i Skat med omtanke – Festschrift til advokat Tommy V. Christiansen, s. 149.

¹³⁷ Jf. L 194, s. 8.

fravige et krav på ikke-indbetalt selskabskapital mod en deltager, eksempelvis ved at vente med at kræve den ikke-indbetalte kapital indbetalt¹³⁸ eller ved lave en rettet kapitalnedsættelse.¹³⁹ Risikoen herfor kan næppe anses for mindre end risikoen for, at et selskab vil dispensere fra et krav om indbetaling af et ansvarligt lån.

Samlet set er jeg af den opfattelse, at det er særdeles tvivlsomt, om den retsstilling, som Skatterådet med SKM 2018.579 SR har fastlagt, er korrekt, og om denne retsstilling vil blive fastholdt ved en evt. indbringelse af et lignende spørgsmål for Landsskatte retten og/eller domstolene. Efter min opfattelse, kan der således ikke stilles krav om, at det ansvarlige lån er indbetalt til det skattemæssigt transparente selskab, hvis der blot foreligger en reel forpligtelse til at yde lånet til selskabet.

3.3.3. Betydning af minimumsvederlag og deltagelse i fordeling af underskud

Efter bemærkningerne til L 194 skal det indgå i vurderingen af en deltagers økonomiske risiko, hvorvidt vederlaget til den pågældende afhænger af overskuddet i selskabet, og om den pågældende deltager i fordeling af et evt. underskud. Det fremgår videre, at hvis en deltager er garanteret et minimumsvederlag, vil vedkommende normalt ikke kunne anses som selvstændig erhvervsdrivende.¹⁴⁰ Spørgsmålet er her efter, hvornår der antages at foreligge et minimumsvederlag. Dette vil blive søgt besvaret ved en analyse af Skatterådets afgørelse i SKM 2019.410 SR og Landsskatterettens afgørelse i SKM 2022.335 LSR.

I SKM 2019.410 SR¹⁴¹ påtænkte kapitalejerne af selskabet G1 A/S at omdanne selskabet til et partnerselskab, G2 P/S. I den forbindelse ønskede spørgeren at få bekræftet, at vedkommendes kapitalselskab ville være rette indkomstmottager af overskudsandele og dermed indirekte, om spørgeren kunne anses for selvstændig erhvervsdrivende.

Et internationalt selskab (via G5 ApS) var majoritetsaktionær i G1 A/S med en ejerandel på 70 %. De resterende 30 % var ejet af 13 kapitalejere, der ejede henholdsvis 1,72 % eller 3,25 % af selskabet, som spørgeren var én af.

For så vidt angår spørgerens vederlag ville vedkommende efter omdannelsen modtage et fast og et variabelt beløb fra G2 P/S. Denne udbetaling ville ske forlods og ville ikke være afhængig af, om G2 P/S generede et over- eller underskud. Hvis G2 P/S generede et underskud, ville dette skulle fordeles mellem kapitalejerne efter deres ejerandel, hvilket ville medføre, at G5 ApS ville bære 70 % af underskuddet.

Efter Skatterådets opfattelse var vederlagsformen et udtryk for en form for garanteret minimumsvederlag, idet G5 ApS ville dække 70 % af underskuddet, mens spørgeren alene ville skulle tilbagebetale 3,25 % af det samlede underskud til G2 P/S. Efter en samlet vurdering af de øvrige forhold, fandt Skatterådet, at spørgeren ikke kunne anses som selvstændig erhvervsdrivende.¹⁴²

Skatterådet må dermed antages at være af den opfattelse, at hvis en deltager modtager vederlag fra et skattemæssigt transparent selskab, uanset at det pågældende selskab genererer et underskud, vil der

¹³⁸ For partnerselskaber kan der henvises til SL § 33, stk. 2, 1. pkt., hvorefter ikke indbetalt selskabskapital kan kræves indbetalt på anfordring af kapitalselskabets centrale ledelsesorgan. Det er dermed op det centrale ledelsesorgan at vurdere, om ikke indbetalt selskabskapital skal kræves indbetalt. For interessentskaber og kommanditselskaber gælder ingen lovregulering herom, hvorfor det vil være aftaler mellem deltagerne, herunder vedtægter, som sætter rammerne herfor.

¹³⁹ Se nærmere om mulighed for nedsættelse af selskabskapitalen i kapitalselskaber (og dermed også partnerselskaber) i f.eks. Kapitalselskaber, s. 381-386. For interessentskaber og kommanditselskaber gælder ingen lovregulering herom, hvorfor det alene vil være selskabets vedtægter og evt. aftaler mellem deltagerne som sætter rammerne herfor.

¹⁴⁰ Jf. L 194, s. 8.

¹⁴¹ Afgørelsen er tillige behandlet i afsnit 3.4.3.

¹⁴² Det kan nævnes, at spørgeren havde en hæftelse på mere end 10 mio. kr.

være tale om et garanteret minimumsvederlag, hvis selskabets ejerskabsfordeling medfører, at én eller flere deltagere bærer størstedelen af dette underskud. Dette medfører også, at det ikke i sig selv er tilstrækkeligt, at deltage i fordelingen af et evt. underskud efter sin ejerandel, hvis vedkommende er garanteret et minimumsvederlag.

Skatterådets opfattelse må tiltrædes, da en ejerskabsfordeling, hvor én eller flere deltagere bærer størstedelen af et underskud, som (delvist) fremkommer grundet udbetaling af vederlag til visse deltagere, reelt får samme resultat som i en situation, hvor en deltager modtager vederlag, uanset om det skattemæssigt transparente selskab genererer et over- eller underskud, og den pågældende ikke deltager i underskudsfordelingen. At deltagerens ejerskabsandel medfører, at vedkommende skal tilbagebetale en del af sit vederlag, ses ikke at ændre herved, da deltageren uanset vil modtage en vis del af sit vederlag.

En anden særlig form for vederlagsmodel foreligger eksempelvis, hvis nogle deltagere modtager vederlag før andre deltagere. I SKM 2022.335 LSR¹⁴³ ville overskuddet blive fordelt således, at Tandlægeinteressenterne forlods ville modtage 39,5 % af deres respektive realiserede nettoomsætning.¹⁴⁴ Hovedinteressenten ville modtage den resterende del af det årlige overskud. Hvis interessentskabet generede et underskud, ville dette skulle deles efter parternes ejerskabsandel.

Skatterådet fandt i sin afgørelse,¹⁴⁵ at Tandlægeinteressenternes vederlæggelsesform væsentlig svarede til den, som var gældende for privatansatte og provisionsaflynnede tandlæger. Det blev yderligere tillagt

¹⁴³ Afgørelsen er tillige behandlet i afsnit 3.3.1.2, afsnit 3.4.1 og afsnit 3.4.3.

¹⁴⁴ Nettoomsætning forstås i sagen som omsætning fratrukket omkostninger til teknik og tab på debitorer. 36 måneder efter etableringen af interessentskabet ville Tandlægeinteressenterne yderligere modtage en resultatbaseret overskudsandel, som skulle beregnes på følgende måde: (a) ved første resultatopgørelse efter 36 måneder fra etableringen ville Tandlægeinteressenterne modtage et beløb svarende til 75 % af den samlede værdi af væksten i interessentskabets indtjening i perioden fra etablering til

vægt, at Tandlægeinteressenterne ville modtage vederlæggelse før Hovedinteressenten.

Landsskatteretten fandt modsat, at eftersom (i) det var en forudsætning, at interessentskabet præsterede et overskud af en vis størrelse, før Tandlægeinteressenterne ville modtage deres forlods overskudsandel; og (ii) Tandlægeinteressenterne deltog i et evt. underskud i forhold til deres ejerandel, så var Tandlægeinteressenterne ikke garanteret et minimumsvederlag.

Efter Landskatterettens opfattelse, foreligger der dermed ikke et garanteret minimumsvederlag, hvis deltageren alene modtager vederlag, hvis selskabet generer et overskud, og den pågældende deltager i fordelingen af et evt. underskud efter sin ejerskabsandel, uanset at den pågældende modtager vederlag før andre deltagere.

Landsskatterettens opfattelse må tiltrædes, da en deltager i en sådan situation ikke er garanteret et minimumsvederlag, men alene vil modtage et vederlag, hvis selskabet præsterer et overskud. Hvis selskabet generer et underskud, vil deltageren ikke modtage noget vederlag men vil deltage i fordelingen af underskuddet efter sin ejerandel. At en deltager kan modtage vederlag før andre deltagere kan ikke anses som et minimumsvederlag, da det således er muligt at aftale andre former for overskudsdeling end lige-¹⁴⁶ eller efter ejerskabsandel.¹⁴⁷

Skatterådets afgørelse i SKM 2019.410 SR er ikke udtryk for en anden retstilstand end Landsskatterettens kendelse i SKM 2022.335 LSR, da deltagerne i førstnævnte sag ville modtage vederlag uafhængigt af, om selskabet præsterede et over- eller underskud,

opgørelsestidspunktet (i forhold til et normalt resultat for samme periode), (b) efter dette tidspunkt ville Tandlægeinteressenterne modtage en betinget overskudsandel udregnet efter principper, der fremgik af et bilag til interessentskabskontrakten.

¹⁴⁵ SKM 2019.462 SR.

¹⁴⁶ Som det deklaratoriske udgangspunkt er i interessentskaber, jf. afsnit 2.2.2.

¹⁴⁷ Som det deklaratoriske udgangspunkt er i kommandit-selskaber og partnerselskaber, jf. afsnit 2.2.3-2.2.4.

og selskabets ejerskabsfordeling endvidere medførte, at én deltager reelt ville bære størstedelen af et evt. underskud, som (delvist) skyldes, at visse deltagere havde fået udbetalt vederlag.

Sammenfattende vurderes det, at der foreligger et minimumsvederlag, som taler afgørende imod, at en deltager har en reel økonomisk risiko, hvis (i) deltageren modtager vederlag uafhængigt af, om det skattemæssigt transparente selskab generer et over- eller underskud, og deltageren ikke deltager i fordelingen af underskuddet eller (ii) deltageren modtager vederlag uafhængigt af, om det skattemæssigt transparente selskab generer et over- eller underskud, og vedkommende deltager i fordelingen af underskuddet, men selskabets ejerskabsfordeling medfører, at én eller flere deltagere bærer størstedelen af dette underskud, og fordelingen alene medfører, at vedkommende skal tilbagebetale en del af sit vederlag, jf. SKM 2019.410 SR. Deltagelse i fordelingen af underskud efter en deltagers ejerandel, er dermed ikke i sig selv tilstrækkelig til, at der foreligger reel økonomisk risiko, hvidt vedkommende uanset dette, er garanteret et minimumsvederlag. Der foreligger på den anden side ikke et minimumsvederlag, hvis deltageren alene modtager et vederlag, hvis selskabet præsterer et overskud, selvom den pågældende modtager vederlag før andre deltagere, jf. SKM 2022.335 LSR.

3.3.4. Betydning af risiko for erstatningsansvar og forsikring

Et andet parameter som kan overvejes, om skal tale for, at en deltager har reel økonomiske risiko, er risikoen for at blive mødt med et erstatningsansvar. Hertil kan det på den anden side overvejes, om en forsikring mod et sådant ansvar kan tale imod, at deltageren har reel økonomisk risiko. Nærværende afsnit vil behandle disse forhold.

For så vidt angår risikoen for erstatningsansvar, anførte Gorrissen Federspiel Advokatpartnerselskab i sit høringssvar til LL § 4, at spørgerne i SKM 2015.729 SR havde en reel økonomisk risiko, bl.a. fordi virksomhedsdriften var forbundet med en risiko for betydelige erstatningskrav.¹⁴⁸

Heroverfor anførte Skatteministeriet, at:

”Den enkelte deltagers hæftelse i f.eks. et partnerselskab er ofte mindre end en forholdsmæssig andel af det erstatningsansvar, som selskabet kan blive mødt med.

*Store potentielle erstatningskrav kan således normalt ikke anvendes som udtryk for den enkelte parters risiko.”*¹⁴⁹

Det er korrekt, at i partnerselskaber (og kommanditelskaber) er kommanditisternes hæftelse begrænset til deres indskud.¹⁵⁰ Det har den følge, at selvom selskabet bliver mødt med erstatningskrav, der overstiger deltagernes indskud, forøges deltagernes indskud ikke som følge heraf, og derfor kan deltagerenes økonomiske risiko heller ikke anses for at blive forøget som følge heraf.¹⁵¹

Bodil Christiansen og Tommy V. Christiansen har dog anført, at de af Skatteministeriet anførte betragtninger ikke gælder for eksempelvis advokater og revisorer, der har et personligt ansvar for egne fejl, der rækker ud over den begrænsende hæftelse i et partnerselskab.¹⁵²

De af forfatterne anførte betragtninger er ikke behandlet i lovforarbejderne til LL § 4 eller den efterfølgende administrative praksis. Det kan imidlertid bemærkes, at begge de nævnte faggrupper er forpligtet til at tegne ansvarsforsikringer.¹⁵³ Der er dog ri-

ningsansvar øger således ikke interessenternes økonomiske risiko, da denne risiko er indlejret i hæftelsesformen. Det er derfor ikke relevant, at diskutere, om en interessant økonomiske risiko øges som følge af risikoen for erstatningsansvar.

¹⁴⁸ Jf. RR.4.2018.68.

¹⁴⁸ Jf. Bilag 1 til L 194, Høringssvar, s. 14.

¹⁴⁹ Jf. Bilag 1 til L 194, Høringsskema, s. 14.

¹⁵⁰ Jf. nærmere afsnit 2.2.3-2.2.4.

¹⁵¹ For interessentskaber gælder anderledes, at hæftelsen er personlig, ubegrænset og solidarisk, jf. afsnit 2.2.2. Dette taler afgørende for, at interessenterne har en reel økonomisk risiko, jf. afsnit 3.3.1.2. Risikoen for erstat-

¹⁵³ For så vidt angår advokater følger denne pligt af §§ 61 og 62 i Advokatsamfundets vedtægt, der udspringer af

siko for, at et erstatningskrav overstiger forsikringssummen eller ikke er dækket af forsikring, f.eks. fordi den erstatningspådragende handling er udført med grov uagtsomhed eller forsæt.

Det må dog anses som betænkeligt, hvis det skulle medregnes til en advokat eller revisors økonomiske risiko ved deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab, at vedkommende evt. ville kunne få et personligt erstatningsansvar, hvis den pågældende handler groft uagtsomt eller forsætligt. Sådanne betæneligheder gælder ikke ved at medregne en risiko for at blive mødt med erstatningskrav, som overstiger forsikringssummen, men hvis deltageren ikke kan pege på konkrete holdepunkter til at bestyrke, at der foreligger en risiko for dette, må en sådan risiko dog ses at være så relativ fjern, at dette næppe kan medregnes til deltagerens økonomiske risiko. Som følge heraf, kan det af Bodil Christiansen og Tommy V. Christiansen anførte ikke tiltrædes.

Dette betyder, at det formentlig ikke for nogen faggruppers vedkommende skal medregnes til deltagerens økonomiske risiko, at deltagerne personligt risikerer at blive mødt med et erstatningsansvar, medmindre der er konkrete holdepunkter, der bestyrker denne risiko.

For så vidt angår spørgsmålet, om en ansvarsforsikring kan tale imod, at deltageren har reel økonomisk risiko, kan det indledningsvist nævnes, at der ikke ses at være administrative afgørelser, som behandler forholdet.¹⁵⁴

I Skatterådets henvendelse til skatteministeren blev det fremhævet, at deltagere i partnerselskaber ofte har tegnet forsikringer, som yderligere begrænser

deltagernes risiko.¹⁵⁵ I forlængelse heraf kan man argumentere for, at hvis et skattemæssigt transparent selskab (og/eller dets deltagere) har tegnet ansvarsforsikring, som betragteligt minimerer risikoen for at lide tab i forbindelse med fejl ved udførelse af selskabets erhvervsmæssige aktiviteter, så bør dette tale imod, at deltageren har reel økonomisk risiko.

På den anden side kan der argumenteres for, at et selskab ofte vil pådrage sig økonomiske forpligtelser i en flerhed af henseender, herunder eksempelvis ved at pådrage sig gæld til leverandører og banker eller ved at indgå løbende kontraktforhold, eksempelvis leje af fast ejendom. Sådanne forpligtelser vil antageligt falde uden for en ansvarsforsikrings dækningsområde. Hertil kommer at det ikke er sikkert, at en forsikring dækker alle ansvarspådragende forhold, idet et erstatningskrav eksempelvis kan overstige forsikringssummen.

Det er min vurdering, at en ansvarsforsikring næppe skal tillægges betydning i vurderingen af en deltageres økonomiske risiko, særligt henset til at et selskab ofte vil pådrage sig forpligtelser, som ikke vil være omfattet af en ansvarsforsikrings dækningsområde, og deltageren vil således fortsat have en økonomisk risiko, som følge af sådanne øvrige forpligtelser.

Samlet vurderes det dermed, at det ikke skal medregnes til deltagerens økonomiske risiko, at vedkommende personligt risikerer at blive mødt med et erstatningsansvar, medmindre der er konkrete holdepunkter, der bestyrker denne risiko. Endvidere skal en ansvarsforsikring næppe tillægges betydning i vurderingen af en deltageres økonomiske risiko, da selskabet ofte vil pådrage sig forpligtelser, som ikke

retsplejelovens § 127. Vedtægten er godkendt af Justitsministeren, jf. bekendtgørelse nr. 1131 af den 18. november 2008 om godkendelse af vedtægt for Det Danske Advokatsamfund som senest ændret ved bekendtgørelse nr. 1411 af den 4. oktober 2022. Se nærmere om advokaters pligt til at tegne forsikring i bl.a. Søren Halling-Overgaard og Arvid Andersen, Advokaters erstatningsansvar, 4. udgave, 2022, Djøf Forlag A/S, s. 530 ff. For revisorer følger pligten til at tegne ansvarsforsikring af bekendtgørelse

nr. 1536 af den 9. december 2015 om godkendte revisorers garantistillelse og ansvarsforsikring, der har hjemmel i revisorlovens (herefter "RL") § 3, stk. 4. Det skal bemærkes, at revisorers pligt til at tegne ansvarsforsikring kun gælder for godkendte revisorer, og alene for opgaver, der falder inden for RLs anvendelsesområde, jf. RL § 1, stk. 2 og stk. 3.

¹⁵⁴ Som også bemærket i Skattestyrelsens notat om bidrag til gennemgang af ligningslovens § 4, s. 15.

¹⁵⁵ Jf. Skatterådets henvendelse til skatteministeren, s. 2.

er omfattet af en ansvarsforsikrings dækningsområde.

3.3.5. Delkonklusion

Sammenfattende kan det konkluderes, at der er flere forhold, der indgår i vurderingen af om en person har en reel økonomisk risiko, når vedkommende er deltager i et skattemæssigt transparent selskab.

For det første ses der på den pågældende deltagers hæftelse knyttet til deltagerens andel af selskabet. Hvis der er tale om en deltager i et partnerselskab eller kommanditselskab, kan det konkluderes, at hæftelsen i almindelighed væsentligt skal overstige 400.000 kr. for, at den pågældende kan anses for at have en reel økonomisk risiko, navnlig hvis deltagerens løbende vederlag forventes at udgøre et beløb, der væsentligt overstiger det investerede beløb, jf. SKM 2018.579 SR. En mindre hæftelse kan dog være tilstrækkelig, hvis deltageren derudover selv afholder væsentlige udgifter i forbindelse med erhvervsdriften, jf. SKM 2022.309 SR. Der kan således ikke opstilles en fast regel om, at en deltager skal have en hæftelse på væsentligt mere end 400.000 kr., for at vedkommende kan anses for at have en reel økonomisk risiko. Hvis selskabet er et interessentskab, taler en deltagers personlige, ubegrænsede og solidariske hæftelse afgørende for reel økonomisk risiko, medmindre interessentskabet ikke har reelle økonomiske forpligtelser, eller deltageren ikke reelt hæfter for interessentskabets forpligtelser. Det er ikke nødvendigt, at deltageren har foretaget et indskud i interessentskabet, idet hæftelsen er det afgørende i vurderingen, jf. SKM 2022.335 LSR. Hvis interessenten deltager gennem et kapitalselskab, anses hæftelsen fortsat at være personlig, ubegrænset og solidarisk og ikke begrænset til egenkapitalen i det deltagende kapitalselskab, jf. SKM 2021.333 SR.

For det andet indgår det i vurderingen, hvis en deltager har ydet et ansvarligt lån til det skattemæssigt transparente selskab. Et sådant ydet ansvarligt lån kan indgå i vurderingen af, om den pågældende deltager har en reel økonomisk risiko, da den økonomiske risiko ved et ansvarligt lån kan sammenlignes

med den økonomiske risiko, der følger af at indskyde selskabskapital, jf. SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR. Der kan næppe opstilles et krav om, at det ansvarlige lån aktuelt og reelt skal være indbetalt, som Skatterådet opstillede i SKM 2018.579 SR.

For det tredje kan det konkluderes, at hvis en deltager modtager et minimumsvederlag, taler det afgørende imod, at den pågældende kan anses for at have en reel økonomisk risiko. Deltagelse i fordelingen af underskud efter en deltagers ejerandel er ikke i sig selv tilstrækkelig til, at der foreligger reel økonomisk risiko, hvis vedkommende uanset dette, er garanteret et minimumsvederlag. Der foreligger et minimumsvederlag hvis (i) en deltager modtager vederlag, selvom det skattemæssigt transparente selskab generer underskud, og deltageren ikke deltager i fordelingen af underskuddet; eller (ii) deltageren modtager vederlag, selvom selskabet generer et underskud, og vedkommende deltager i fordelingen af underskuddet, men selskabets ejerskabsfordeling medfører, at én eller flere deltagere bærer størstedelen af dette underskud, og fordelingen alene medfører, at vedkommende skal tilbagebetale en del af sit vederlag, jf. SKM 2019.410 SR. Der foreligger på den anden side ikke et minimumsvederlag, hvis deltageren alene modtager et vederlag, hvis selskabet præsterer et overskud, selvom den pågældende modtager vederlag før andre deltagere, jf. SKM 2022.335 LSR.

For det fjerde konkluderes det, at det ikke skal medregnes til deltagernes økonomiske risiko, at vedkommende personligt risikerer at blive mødt med et erstatningsansvar, medmindre der er konkrete holdpunkter, der bestyrker denne risiko. Hertil kommer at en ansvarsforsikring næppe skal tillægges betydning i vurderingen af en deltagers økonomiske risiko, da selskabet ofte vil pådrage sig forpligtelser, som ikke er omfattet af en ansvarsforsikrings dækningsområde.

3.4. Deltagerens indflydelse

Det vil i det følgende blive analyseret og vurderet, hvad der nærmere ligger i betingelsen om, at en deltager skal have indflydelse på overordnede beslutninger. I afsnit 3.4.1 vil det blive analyseret, hvilke forhold, der kan påvirke vurderingen af, om en deltager har indflydelse på overordnede beslutninger. I afsnit 3.4.2 vil betydningen af et højt deltagerantal blive belyst, mens det i afsnit 3.4.3 vil blive analyseret, hvornår en deltager kan siges at være underlagt instruktionsbeføjelse, og hvilken betydning dette har.

3.4.1. Indflydelse på overordnede beslutninger

Efter bemærkningerne til L 194 skal deltageren indtage en position i det skattemæssigt transparente selskab, som indebærer at vedkommende har en reel indflydelse på selskabets overordnede beslutninger. Det er efter bemærkningerne ikke tilstrækkeligt at se på deltagerens stemmeret, selvom deltageren forholdsmæssigt har samme stemmeret som de øvrige deltagere, men dette indgår dog som moment i vurderingen.¹⁵⁶

I nærværende afsnit vil det for det første blive vurderet, hvilken betydning det har, hvis deltageren er en del af selskabets ledelse. Dette vil ske med inddragelse af afgørelsen SKM 2019.234 SR. Herefter vil SKM 2020.182 SR blive analyseret, for at vurdere, hvilken betydning en deltagers vetorettigheder har for om en deltager kan anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger. Afslutningsvist vil det blive vurderet i hvilket omfang en deltagers vetorettigheder kan påvirke de øvrige deltagers indflydelse på overordnede beslutninger. Dette vil ske med analyse af Landskatterettens kendelser SKM 2022.335 LSR, SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR.

For så vidt angår betydningen af medlemskab af selskabets ledelse er afgørelsen SKM 2019.234 SR illustrativ. Spørgeren ønskede bekræftet, at vedkommendes 100 % ejet kapitalselskab skulle anses som

rette indkomstmodtager af de overskudsandele, som vedkommende ville modtage af H1 P/S og dermed indirekte, at vedkommende skulle anses som selvstændigt erhvervsdrivende.

Kapitalandelene i H1 P/S var ligeligt fordelt mellem 20-25 kapitalejere, og ledelsen bestod, som foreskrevet i SL § 111, stk. 1, nr. 1, af en bestyrelse og direktion. Spørgeren var medlem af selskabets bestyrelse sammen med 5-10 øvrige kapitalejere.

Skatterådet fandt, at spørgeren havde væsentlig indflydelse på driften og de overordnede beslutninger i H1 P/S henset til vedkommendes medlemskab af bestyrelsen og sin stemmeandel på generalforsamlingen. Da Skatterådet fandt, at spørgeren havde reel økonomisk risiko, blev vedkommende anset som selvstændig erhvervsdrivende, og vedkommendes kapitalselskab som rette indkomstmodtager.

Eftersom bestyrelsen varetager den overordnede og strategiske ledelse af et selskab, jf. SL § 115, stk. 1, må medlemskab af en sådan selvsagt tale for, at man har indflydelse på overordnede beslutninger. Dette må gælde, uanset at en bestyrelse kan træffe beslutninger med simpelt flertal, jf. SL § 124, stk. 3, 1. pkt., og at et medlem ikke behøver at stemme for et forslag for at det kan vedtages. Alle medlemmer af bestyrelsen har således som hovedregel mulighed for at påvirke beslutningen, da en beslutning ikke kan træffes uden så vidt muligt, at samtlige medlemmer har haft mulighed for at deltage i sagens behandling, jf. SL § 124, stk. 1, 2. pkt.

Det må ligeledes vurderes, at medlemskab af et selskabs direktion, der varetager den daglige ledelse, jf. SL § 117, stk. 1, 1. pkt., vil være et moment, som taler for, at den pågældende deltager har reel indflydelse på selskabets overordnede beslutninger.¹⁵⁷ Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at det alene er

¹⁵⁶ L 194, s. 8.

¹⁵⁷ Jf. hertil Valg af Selskabsform – omstrukturering af selskaber, s. 320. Se hertil eksempelvis SKM 2019.410 SR og SKM 2020.414 SR.

partnerselskaber, der er underlagt SLs bestemmelser.¹⁵⁸ For andre typer af skattemæssigt transparente selskaber vil medlemskab af ledelsesorganer med tilsvarende eller lignende rettigheder og pligter, som de i SL foreskrevne for bestyrelsen og direktionen, selvsagt ligeledes være et moment, som taler for, at deltageren har indflydelse på selskabets overordnede beslutninger.

For så vidt angår betydningen af vetorettigheder, må det i første omgang analyseres, hvilken betydning en deltagers vetorettigheder har på vurderingen af vedkommendes egen indflydelse, hvortil afgørelsen SKM 2020.182 SR er illustrativ.

I SKM 2020.182 SR overvejede spørgeren at erhverve 10 % af et interessentskab, hvor de øvrige to interessenter ville eje 45 % hver især. Spørgeren ønskede at få bekræftet, at vedkommendes anpartsselskab ville blive anset som rette indkomstmodtager, og dermed indirekte at spørgeren var selvstændig erhvervsdrivende.

Efter parternes interessentskabskontrakt skulle den daglige ledelse tilstræbes afklaret ved enighed mellem parterne. Hver interessent kunne træffe sædvanlige beslutninger vedrørende den daglige drift. Væsentlige beslutninger skulle drøftes mellem parterne, og hvis der ikke kunne opnås enighed, skulle der træffes beslutning i forhold til parternes ejerandele. Visse særlige beslutninger, herunder om evt. kreditgivning eller låneoptagelse af udsædvanlig størrelse, krævede enighed mellem parterne.

I Skattestyrelsens indstilling til begrundelse, som Skatterådet tiltrådte, blev det fremhævet, at spørgeren ville have indflydelse på beslutninger om interessentskabets overordnede drift, da der alene var to yderligere interessenter, hvoraf ingen af dem alene havde stemmeflertal. Hertil kom at spørgeren havde vetoret for visse særlige beslutninger, som yderligere talte for, at spørgeren havde reel indflydelse. Da spørgeren tillige havde en reel økonomisk risiko

fandt Skatterådet, at vedkommende kunne anses som selvstændigt erhvervsdrivende.

Det er min vurdering, at en deltagers vetorettigheder til visse væsentlige beslutninger er et moment, der skal tillægges betydelig vægt i vurderingen af, om den pågældende har indflydelse på selskabets overordnede beslutninger. Dette er tilfældet, da en deltager – uanset størrelsen på vedkommendes ejerandel – kan blokere for en beslutning.

Herefter må det beslægtede spørgsmål, om i hvilket omfang en deltagers vetorettigheder kan påvirke vurderingen af de øvrige deltagers indflydelse, analyseres. Landskatterettens kendelse SKM 2022.335 LSR vil først blive analyseret, hvorefter SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR, der omhandler samme selskab, vil blive behandlet samlet.

I SKM 2022.335 LSR¹⁵⁹ havde Tandlægeinteressenterne ansvaret for den daglige ledelse af interessentskabet. Hovedinteressenten havde ret til at træffe visse beslutninger alene, hvis der ikke kunne opnås enighed blandt interessenterne. Disse beslutninger indbefattede bl.a. ændring af interessentskabets forretningsplan og strategi samt anskaffelse af nye driftsaktiver til en værdi over 10.000. Visse fundamentale beslutninger skulle dog træffes ved enighed, herunder salg af hele eller væsentlige dele af virksomheden; optagelse af nye interessenter; og væsentlige ændringer af interessentskabets aktiviteter.

Skatterådet fandt i sin afgørelse,¹⁶⁰ at Tandlægeinteressenterne ikke kunne anses for at have reel indflydelse på de overordnede beslutninger, da Hovedinteressenten i tilfælde af uenighed mellem parterne ville kunne træffe væsentlige beslutninger alene.

Landskatteretten fremhævede i sin afgørelse, at Tandlægeinteressenterne havde ansvaret for den daglige ledelse af interessentskabet, og at visse fundamentale beslutninger skulle træffes ved enighed mellem parterne. Landskatteretten fandt ikke, at de

¹⁵⁸ Som nævnt i afsnit 2.2.4.

¹⁵⁹ Afgørelsen er tillige behandlet i afsnit 3.3.1.2, afsnit 3.3.3 og afsnit 3.4.3.

¹⁶⁰ SKM 2019.462 SR.

beslutninger, som Hovedinteressenten ville kunne træffe på egen hånd, medførte, at Tandlægeinteressenterne ikke havde indflydelse på driften. Tandlægeinteressenterne havde således betydelig og reel indflydelse på de overordnede beslutninger.

Landskatteretten anlagde en vurdering, hvorefter det ikke i sig selv medfører, at en deltager ikke kan anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger, at en anden deltager har vetoret til visse beslutninger. Dette må anses som korrekt, idet der således konkret må ses på hvilke beslutninger, som vetoretten vedrører. Dette må endvidere ses i lyset af, at de øvrige deltagere havde ansvaret for den daglige ledelse og i øvrigt selv havde vetoret til fundamentale beslutninger.

Landskatteretten har i afgørelserne SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR¹⁶¹ endvidere taget stilling til betydningen af én deltagers vetorettigheder for så vidt angår de øvrige deltagers indflydelse. Afgørelserne vedrører det samme selskab som Skatterådets afgørelse i SKM 2020.292 SR.¹⁶²

I partnerselskabet havde to Managing Partnere tilsammen 52,2 % af stemmerne og efter en ejerftale kunne en række overordnede beslutninger alene træffes, hvis de begge stemte for. Det drejede sig bl.a. om beslutning om opkøb og salg af virksomhed samt optagelse af nye partnere.

I Skattestyrelsens indstilling til begrundelse i afgørelserne¹⁶³ vedrørende de øvrige partnere, som Skatterådet tiltrådte, blev det anført, at spørgernes indflydelse var begrænset, idet de to Managing partnere

havde bestemmende indflydelse på væsentlige beslutninger henset til, at de tilsammen havde stemmeflertal, og at en række væsentlige beslutninger alene kunne træffes, hvis de tilsluttede sig.

Skatterådet fandt dertil, at den begrænsede indflydelse ikke i sig selv medførte, at spørgerne ikke kunne anses som selvstændigt erhvervsdrivende, hvis andre forhold talte væsentligt herfor, hvilket dog ikke konkret fandtes at være tilfældet, hvorfor de ikke kunne anses som selvstændigt erhvervsdrivende.

Spørgerne påklagede afgørelserne til Landsskatteretten, som fandt, efter bl.a. at have refereret til Managing Partnerses særlige vetorettigheder, at karakteren af spørgernes indflydelse i partnerselskabet ikke var af en sådan art og omfang, som er sædvanlig ved selvstændig erhvervsvirksomhed, og spørgerne havde således ikke en position, der indebar, at de havde reel indflydelse på selskabets overordnede beslutninger. Landskatteretten fandt samtidig, at spørgernes økonomiske risiko ikke var reel, hvorefter at spørgerne ikke blev anset som selvstændigt erhvervsdrivende.¹⁶⁴

I denne sag fandt Landskatteretten dermed, at bl.a. som følge af Managing Partnerses særlige vetorettigheder, kunne de øvrige partnere ikke anses for at have reel indflydelse på selskabets overordnede beslutninger. Forskellen på udfaldet af SKM 2022.335 LSR og disse sager skyldes formentlig bl.a. karakteren af vetorettighederne.¹⁶⁵ I SKM 2022.335 LSR bestod Hovedinteressentens vetorettigheder bl.a. i, at vedkommende kunne træffe beslutning om ændring af interessentskabets forretningsplan og strategi og

¹⁶¹ Afgørelserne er også behandlet i afsnit 3.4.3 og afsnit 3.5.

¹⁶² Skatterådet fandt i denne afgørelse, at de to Managing Partnere kunne anses som selvstændige erhvervsdrivende.

¹⁶³ SKM 2020.290 SR og SKM 2020.291 SR.

¹⁶⁴ Landskatteretten henviste i øvrigt til, at flere forhold i ejerftalen var sædvanlige for lønmodtagerforhold og ganske usædvanlige for selvstændigt erhvervsdrivende. Det drejede sig bl.a. om, at spørgeren var forpligtet til at vie deres fulde arbejdstid og opmærksomhed på partnerselskabet; at de var uberettiget til at påtage sig anden form

for lønnet eller ulønnet arbejde uden samtykke; at partnerselskabet stillede det nødvendigt udstyr såsom computer, smartphone m.v. til rådighed.

¹⁶⁵ Hertil må det dog bemærkes, at forskellen i udfaldet mellem disse sager og SKM 2022.335 LSR formentlig tilfældigt skyldes, at Hovedinteressenten i SKM 2022.335 LSR ikke havde et flertal af stemmerne, mens de to Managing Partnere i SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR sammenlagt havde stemmeflertal og således kunne træffe beslutninger på generalforsamlingen uden de øvrige deltagere, forudsat der var tale om beslutninger, der kunne træffes med almindeligt stemmeflertal.

anskaffelse af nye driftsaktiver til en værdi over 10.000 kr., mens Managing Partnere i SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR havde vetoret i forhold til beslutning om bl.a. opkøb og salg af virksomhed samt optagelse af nye partnere. I SKM 2022.335 LSR havde alle interessenter vetoret for bl.a. sådanne beslutninger.

På den baggrund kan det vurderes, at karakteren af visse (og ikke alle) deltagers vetorettigheder kan tale imod, at de øvrige deltagere anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger. Vetorettigheder til visse deltagere, der f.eks. indebærer, at beslutning om opkøb og salg af virksomhed og optagelse af nye deltagere alene kan ske med deres samtykke, vil tale imod indflydelse på overordnede beslutninger for de øvrige deltagere.

Samlet kan det anføres, at der ud over deltagers stemmeret kan indgå flere øvrige parametre i vurderingen af om en deltager har indflydelse på overordnede beslutninger. Det taler for overordnet indflydelse, hvis deltageren er medlem af selskabets ledelse, jf. SKM 2019.234 SR. Hertil kommer at en deltagers vetorettigheder til visse væsentlige beslutninger er et moment, der indgår med betydelig vægt i vurderingen, jf. SKM 2020.182 SR. Modsat kan karakteren af visse (og ikke alle) deltagers vetorettigheder tale imod de øvrige deltagers indflydelse på overordnede beslutninger, jf. SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR smh. med SKM 2022.335 LSR.

¹⁶⁶ Jf. L 194, s. 8.

¹⁶⁷ FSR – danske revisorer anførte bl.a., at større virksomhedssammenslutninger organiserer sig således, at ledelsesmæssige opgaver fordeles blandt forskellige personer, men at det ikke betyder, at en person, der ikke er udpeget til en specifik ledelsesfunktion, ikke har reel indflydelse. En deltager vil efter FSR – danske revisorer opfattelse have reel indflydelse, hvis den pågældende ikke har en ubetydelig stemmeret sammenlignet med de øvrige deltagere, jf. Bilag 1 til L 194, Høringssvar, s. 10. Dansk Industri anførte i samme retning, at det ikke bør føre til en anden beskatning, at et større antal partnere ejer én virksomhed, jf. Bilag 1 til L 194, Høringssvar, s. 8. Gorrissen Federspiel anførte, at det efter deres opfattelse er en tendens i liberale erhverv, at virksomheder samler i større og større virksomheder, for at forbedre konkurrenceevnen. Videre blev det anført, at flere virksomheder antages, at

3.4.2. Betydning af et stort deltagerantal

Efter bemærkninger til L 194 har antallet af deltagere betydning for vurderingen af den enkelte deltagers indflydelse, hvorefter en deltagers indflydelse i en virksomhed med mange ejere kan være så lille, at den ikke kan tillægges tilstrækkelig vægt, medmindre individuelle forhold tilsiger andet.¹⁶⁶

I høringsfasen blev der af flere interessenter påpeget udfordringer ved LL § 4 for større virksomheder.¹⁶⁷ Som kommentarer hertil blev det af Skatteministeriet bl.a. anført, at det generelt vil være lettere for en deltager at opfylde kravet om reel indflydelse på virksomhedens overordnede beslutninger, når virksomheden har færre ejere, og at der må gælde en formodning for, at kriteriet er vanskeligere at opfylde i en virksomhed med mange ejere.¹⁶⁸ Skatteministeriet udtalte videre, at i en virksomhed med flere tusinde partnere, må det efter deres opfattelse være udgangspunktet, at de fleste deltagere ikke vil være at betragte som selvstændige erhvervsdrivende.¹⁶⁹ Det blev dog understreget af Skatteministeriet, at en virksomheds størrelse ikke i sig selv er diskvalificerende for, at en deltager kan blive anset som selvstændigt erhvervsdrivende.¹⁷⁰ Hvis en deltager konkret har væsentlig indflydelse på virksomhedens drift (og i øvrigt har en reel økonomisk risiko), vil den pågældende således beholde sin status som selvstændigt erhvervsdrivende, selvom den pågældende deltager i en virksomhed med mange deltagere.¹⁷¹

ville blive en del af internationale partnerselskaber, hvor den enkeltes indflydelse vil være begrænset, som følge af, at der kan være flere tusinde partnere. Efter Gorrissen Federspiels opfattelse medfører dette dog ikke, at den enkelte partner ikke kan være mere succesfuld og tjene mere end en erhvervsdrivende, som driver virksomhed alene, jf. Bilag 1 til L 194, Høringssvar, s. 14. Se i samme retning Bilag 3 til L 194, henvendelse fra Dansk Industri af den 3. maj 2017, s. 1.

¹⁶⁸ Jf. Bilag 1 til L 194, Høringsskema, s. 10.

¹⁶⁹ Jf. Ibid., s. 15.

¹⁷⁰ Jf. Ibid., s. 7.

¹⁷¹ Jf. Skatteministerens svar på spørgsmål 1 til L 194 – spørgsmål om kommentar til henvendelse fra Dansk Industri til Folketingets Skatteudvalg af den 3. maj 2017; L 194, s. 8; og som bemærket i SR.2021.17.

Efter lovforarbejderne skal det således være vanskeligere for deltagere i skattemæssigt transparente selskaber med et højt deltagerantal at blive anset for at have indflydelse på overordnede beslutninger.¹⁷² I det følgende vil Skatterådets afgørelser SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR først blive analyseret, hvorefter afgørelserne SKM 2019.519 SR og SKM 2019.520 SR vil blive analyseret med henblik på at vurdere, hvornår deltagere i skattemæssigt transparente selskaber med mange deltagere kan anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger i selskabet.

SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR¹⁷³ omhandler deltagelse i det samme selskab, G1 P/S, der havde 60-90 kapitalejere, som alle havde en lige stor ejerandel og stemmeret. Ingen af spørgerne var medlem af ledelsen.

Spørgerne var hver især bl.a. ansvarlige for tilrettelæggelse af det daglige arbejde, planlægning af udførelse af kundeopgaver samt kvalitetssikring af udførelse af arbejdet, hvilket også indebar, at de havde instruktionsbeføjelse over for medarbejdere. Det var endvidere oplyst, at spørgerne ikke var underlagt instruktionsbeføjelser i forhold til ledelsesmedlemmer og andre kapitalejere.

I sin indstilling til begrundelse anførte Skattestyrelsen, som blev tiltrådt af Skatterådet, at det på den ene side talte for, at spørgerne havde en vis indflydelse, at de havde samme stemmeret, som de øvrige kapitalejere, og at de havde instruktionsbeføjelse over for medarbejdere. På den anden side talte det imod, at der var forholdsvis mange deltagere og, at de ikke var en del af ledelsen.

Efter en samlet afvejning fandt Skatterådet, at spørgerne måtte anses for at have en vis indflydelse i G1 P/S, og at dette ikke i sig selv var diskvalificerende

for, at spørgerne kunne anses som selvstændige erhvervsdrivende, hvis andre forhold talte mere klart for dette resultat.¹⁷⁴

Efter disse afgørelser må Skatterådet antages at mene, at deltagere i et selskab kan anses for at have en vis indflydelse på overordnede beslutninger, når selskabet har 60-90 deltagere med lige store ejerandele, og at denne visse indflydelse ikke i sig selv medfører, at deltagerne ikke kan anses som selvstændigt erhvervsdrivende forudsat, at de har en reel økonomisk risiko.¹⁷⁵

SKM 2019.519 SR og SKM 2019.520 SR drejede sig om et partnerselskab med 200-250 kapitalejere, hvor spørgerne ejede henholdsvis 1-2 % og 2-3 % af kapitalandelene. Ingen af spørgerne var en del af ledelsen. Spørgerne havde dog tiltrådt en ejerftale, hvorefter de bl.a. hver især havde instruktionsbeføjelse over for medarbejdere og var ansvarlige for planlægning med, udførelse af og kontrol med kundeopgaver.

I Skattestyrelsens indstilling til begrundelse, som blev tiltrådt af Skatterådet, anføres det, at det talte imod, at spørgerne havde reel indflydelse på overordnede beslutninger, at der var mange deltagere og at spørgerne ikke var en del af ledelsen. På den anden side anførte Skattestyrelsen, at det talte for en vis indflydelse, at de havde instruktionsbeføjelse over for ansatte og at spørgerne havde henholdsvis 1-2 % og 2-3 % af stemmerettighederne.

Skattestyrelsen foretog herefter en sammenligning med de ovenfor analyserede afgørelser SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR. Skattestyrelsen påpegede, at deltagerne i disse afgørelser havde lige store ejer- og stemmeandele, hvilket ikke var tilfældet i de aktuelle sager. Hertil kom at der også var markant flere kapitalejere i de aktuelle sager (200-250 kontra

økonomiske risiko forskelligt. Se SKM 2019.653 SR for en lignende sag, hvor spørgeren, på trods af en begrænset indflydelse, blev anset for at være selvstændigt erhvervsdrivende.

¹⁷⁵ Jf. nærmere om reel økonomisk risiko i afsnit 3.3.

¹⁷² Jf. også Marlene Kerzel i Skatteretten 2, s. 891; Valg af selskabsform – omstrukturering af selskaber, s. 320 og RR.SM.2022.12.

¹⁷³ Se også om afgørelsen SKM 2018.579 SR i afsnit 3.3.1.1 og om begge afgørelser i afsnit 3.3.2 og afsnit 3.5.

¹⁷⁴ Som nærmere beskrevet i afsnit 3.3.2 var udfaldet af de to sager forskellig, idet man vurderede deltagerens

60-90). Disse forhold talte imod deltagerens indflydelse.

I SKM 2019.519 SR blev det herefter anført, at spørgeren procentvis havde omkring samme andel af stemmerettighederne som deltagerne i de førnævnte sager (1-2 %), og at der ikke var én deltager eller flere deltagere på samme ejerskabsniveau, som havde den bestemmende indflydelse i G1 P/S.¹⁷⁶

På den baggrund fandt Skatterådet, at det var bedst overensstemmende med SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR, at spørgeren alene skulle anses for at have en vis indflydelse på de overordnede beslutninger, men dette ikke i sig selv var diskvalificerende for, at spørgeren kunne anses for selvstændigt erhvervsdrivende, såfremt andre forhold talte klart herfor. Da spørgerens økonomiske risiko blev anset for at have et væsentligt omfang, fandt Skatterådet, at det var mest nærliggende at anse vedkommende som selvstændig erhvervsdrivende.

I SKM 2019.520 SR fandt Skatterådet, at spørgeren havde en større andel af stemmerettighederne (2-3 %), end hvad der var tilfældet for spørgerne i SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR. Spørgeren blev derfor anset for at have en reel indflydelse i G1 P/S. Sammenholdt med spørgerens økonomiske risiko, fandt Skatterådet herefter, at spørgeren skulle anses for selvstændig erhvervsdrivende.

Som det ses, foretog Skatterådet en direkte sammenligning med afgørelserne SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR, og lagde vægt på de samme forhold i vurderingen af deltagerens indflydelse. Skatterådet mener således på den ene side, at det taler for indflydelse, (i) hvis deltageren har instruktionsbeføjelse over for ansatte; (ii) hvis deltageren er en del af ledelsen; og (iii) hvis deltageren har samme eller højere stemmeret i forhold til øvrige deltagere. Mens et højt deltagerantal i sig selv ifølge Skatterådet taler

imod indflydelse – umiddelbart med samme vægt, uanset om deltagerantallet er 60-90 eller 200-250.

Efter Skatterådets opfattelse medfører en ejerandel og stemmerettigheder på 1-2 % af det skattemæssigt transparente selskab, at deltageren kan anses for at have en vis indflydelse på de overordnede beslutninger. At der alene foreligger en vis indflydelse kræver efter Skatterådets opfattelse, at andre forhold taler klart for, at vedkommende anses som selvstændigt erhvervsdrivende, herunder navnlig en stor økonomisk risiko. Efter Skatterådets opfattelse medfører en ejerandel og stemmerettigheder på 2-3 %, at deltageren har reel indflydelse på overordnede beslutninger. Herefter kræver det ikke, – efter Skatterådets opfattelse – at andre parametre taler klart for, at vedkommende kan anses for selvstændig erhvervsdrivende.

Skatterådets sondring mellem ”en vis” og ”reel” indflydelse, alt efter om en deltager har en ejerandel på 1-2 % eller 2-3 % kan ikke anses for at have hjemmel i lovforarbejderne til LL § 4 eller i øvrigt være korrekt. Det er dog korrekt, når Skatterådet anfører, at det taler imod indflydelse, at der er mange deltagere, da dette, som beskrevet, klart fremgår af forarbejderne.¹⁷⁷

Når alle deltagere har en ca. lige stor eller om man vil, lige lille, ejerandel, er spørgsmålet, om de alle skal anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger eller om de alle skal anses for ikke at have en sådan indflydelse. I SKM 2015.729 SR,¹⁷⁸ ville de nye deltagere have en ejerandel på ca. 0,1 % sammenlignet med de eksisterende deltageres ejerandel på ca. 1 %. Det var næppe ejerandelen på 0,1 % i sig selv, der efter Skatterådets opfattelse var problemet, men nærmere, at nogle deltagere havde en ejerandel, der var 10 gange så stor. Når alle deltagere modsat har en ejerandel på ca. samme størrelse, forholder det sig ikke på samme måde.¹⁷⁹ Der er således ikke

¹⁷⁶ Se nærmere om betydningen af majoritetsejere i afsnit 3.4.3.

¹⁷⁷ Endvidere er det korrekt, at deltagelse i ledelsen (jf. afsnit 3.4.1) samt at have instruktionsbeføjelse over medarbejdere (jf. afsnit 3.4.3) taler for indflydelse.

¹⁷⁸ Der var baggrunden for indførelsen af LL § 4. Se nærmere om afgørelsen i afsnit 3.1.

¹⁷⁹ I Valg af selskabsform – omstrukturering af selskaber, s. 320 fremgår det, at lige stemmeret for deltagerne er et moment, der taler for indflydelse. Se hertil eksempelvis Skattestyrelsen indstilling til begrundelse i SKM

nogen af deltagerne, som har en indflydelse, der er markant mindre end de øvriges. Hvis deltagerne derudover har en betydelig reel økonomisk risiko og instruktionsbeføjelse over for ansatte, og ingen deltager har særlige vetorettigheder eller lignende, er det svært at se, hvorfor sådanne kapitalejere ikke skulle kunne anses som selvstændigt erhvervsdrivende.¹⁸⁰ Dette må i øvrigt gælde uanset om deltagerens ejerandele er 1-2 % eller 0,1 %, idet forskellen må vurderes at være yderst begrænset og reelt uden betydning, da vedtagelse af beslutninger på generalforsamlingen i begge situationer kræver tilslutning fra et betydeligt antal deltagere.

På denne baggrund må det vurderes, at deltagere i et skattemæssigt transparent selskab med flere hundrede deltagere vil kunne anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger, hvis deltagerne har nogenlunde samme ejerandel og stemmerettigheder.¹⁸¹

3.4.3. Underlagt instruktionsbeføjelse

Det følger af bemærkningerne til L 194, at hvis en deltager har instruktionsbeføjelse over for medarbejdere, vil det tale for, at vedkommende har indflydelse på overordnede beslutninger. Modsat følger det, at hvis en deltager er underlagt instruktion og tilsyn fra et højere ledelseslag eller fra selskabets fælles ledelsesorgan taler det afgørende imod, at vedkommende kan anses for selvstændigt erhvervsdrivende. Dette begrundes med, at deltageren i dette tilfælde anses for at være underlagt instruktionsbeføjelse, selvom der ikke formelt foreligger et ansættelsesforhold.¹⁸²

2020.513 SR, som Skatterådet tiltrådte, hvor det blev fremhævet, at en ejerandel på en lavere procentdel anses for at give en større indflydelse i et selskab, hvor alle deltagerne har en ejerandel af denne størrelse, end en ejerandel på en lavere procentdel i et selskab, hvor en eller to af deltagerne har en væsentlig større ejerandel.

¹⁸⁰ Jf. i samme retning Partnerselskaber, s. 27 f., hvor det anføres, at der er fortolkningsbidrag, der tilsiger, at der ikke skal gøres indgreb i forhold til sædvanlige partnerselskaber, der er karakteriseret ved ligeværdighed hvad angår ejerandel, indflydelse m.v. – uanset om der er et stort antal deltagere i selskabet, så længe disse ikke er opdelt i

Spørgsmålet er herefter, hvornår, en deltager kan anses for at være underlagt instruktionsbeføjelse, hvilket vil være nærværende afsnits sigte at vurdere. Dette vil først ske ved en vurdering af, hvornår der almindeligvis foreligger instruktionsbeføjelse. Herefter vil jeg betydningen af tilstedeværelsen af en majoritets ejer blive vurderet, herunder ved analyse af Skatterådets afgørelser i SKM 2019.410 SR og SKM 2020.414 SR. Afslutningsvist vil det blive analyseret og vurderet, om nogle deltageres mulighed for at opsigte andre deltagere kan anses for at være udtryk for instruktionsbeføjelse. I denne del vil Landsskatterettens kendelser i SKM 2022.335 LSR, SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR være genstand for analysen.

Ansættelsesretligt forstås der almindeligvis ved instruktionsbeføjelse, at en arbejdsgiver har en ledelsesret, der bl.a. indebærer en ret til at tilrettelægge arbejdet samt instruere og føre kontrol med lønmodtageren. Arbejdsgiveren skal således have adgang til at fastsætte generelle rammer for udførelsen af arbejdet.¹⁸³ Hvis en deltager dermed modtager instruktioner fra en eller flere øvrige deltagere om, hvorledes vedkommende skal udføre arbejdet, og arbejdet løbende bliver kontrolleret, vil en deltager være underlagt instruktionsbeføjelse. Det må tiltrædes, at hvis en deltager er underlagt en sådan instruktionsbeføjelse, vil det være et moment, der afgørende taler imod, at vedkommende kan anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger,¹⁸⁴ da den selvstændige arbejdstilrettelæggelse og retten til at lede, fordele og føre tilsyn med arbejdet må anses som et centralt punkt i at være selvstændigt erhvervsdrivende, jf. hertil personskatte Lovbekendtgørelses pkt. B

ledelseslag, og en deltager ikke er underlagt instruktionsbeføjelse i sit daglige virke.

¹⁸¹ Se i samme retning Skattestyrelsens notat om bidrag til gennemgang af ligningslovens § 4, s. 12 og SR.2019.72.

¹⁸² Jf. L 194, s. 8.

¹⁸³ Jf. bl.a. Jens Kristensen, Ansættelsesret, 2. udgave, 2023, DJØF Forlag A/S, s. 32 og Ole Hasselbalch og Natalie Videbæk Munkholm, Lærebog i Ansættelsesret og Personalejura, 6. udgave, 2019, DJØF Forlag A/S, s. 34.

¹⁸⁴ Jf. f.eks. også Valg af Selskabsform – omstrukturering af selskaber, s. 320.

3.1.1.2, litra a) smh. med pkt. B 3.1.1.1, litra a).¹⁸⁵ Endvidere må det på samme baggrund tiltrædes, at hvis en deltager har instruktionsbeføjelse over for medarbejdere, taler det for, at vedkommende kan anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger.

For så vidt angår tilstedeværelsen af en majoritets-ejer vil Skatterådets afgørelse SKM 2019.410 SR¹⁸⁶ først blive analyseret. I sagen ville et internationalt selskab (via G5 ApS) få en ejerandel på 70 % i det påtænkt stiftede partnerselskab, mens de resterende 30 % skulle ejes af 13 deltagere, som havde en ejerandel på 1,72 % eller 3,25 %.¹⁸⁷

Efter ejeraftalen krævede visse beslutninger tilslutning fra 75 % af stemmerne. Dette drejede sig bl.a. om beslutning om salg af alle eller en væsentlig del af selskabets aktiver samt væsentlige ændring af virksomhedens forretningsområde. Dette betød, at sådanne beslutninger ikke kunne træffes af G5 ApS alene men krævede tilslutning fra 2-3 yderligere kapitalejere. Efter ejeraftalen skulle tre af selskabets fem bestyrelsesmedlemmer udpeges af G5 ApS mens de resterende to skulle udpeges af de øvrige deltagere. Spørgeren var en del af partnerselskabets direktion og varetog den daglige instruktion af nogle medarbejdere.

I Skattestyrelsens indstilling til begrundelse, som blev tiltrådt af Skatterådet, blev det på den ene side fremhævet, at det talte for, at spørgeren havde indflydelse på overordnede beslutninger, at vedkommende var medlem af direktionen og havde instruktionsbeføjelse over for medarbejdere. På den anden side blev det anført, at partnerselskabet primært var ledet af G5 ApS henset til selskabets ejerandel, og at selskabet udpegede et flertal af bestyrelsesmedlemmerne. Skatterådet fandt endvidere bl.a., at spørgeren var underlagt bestyrelsens og generalforsamlingens overordnede instruktion. Samlet fandt Skatterå-

det, at spørgerens indflydelse i det påtænkte partnerselskab ville være meget begrænset og efter en samlet vurdering, herunder af spørgerens økonomiske risiko, fandt Skatterådet, at spørgeren ikke kunne anses som selvstændig erhvervsdrivende.

Efter Skatterådets opfattelse var spørgeren underlagt instruktionsbeføjelse fra både generalforsamlingen og bestyrelsen. Som nævnt, fremgår det også af bemærkningerne til L 194, at instruktion fra et højere ledelseslag eller fra selskabets fælles ledelsesorgan vil kunne statuere instruktionsbeføjelse. Som kommentar til et høringssvar fra FSR – danske revisorer, anførte Skatteministeriet nærmere at, en deltager kunne være underlagt instruktion fra selskabets bestyrelse.¹⁸⁸

Skatterådets afgørelse må anses som en naturlig følge af disse betragtninger i lovforarbejderne. Hertil skal det dog bemærkes, at der kan stilles spørgsmålstegn ved, om der i denne situation kan siges at foreligge hvad der ansættelsesretligt forstås ved instruktionsbeføjelse. På den ene side kan man argumentere for, at en ret til at tilrettelægge arbejdet og instruere ansatte/øvrige deltagere ikke kan antages at ligge inden for rammerne af hverken generalforsamlingens eller bestyrelsens opgaver. Generalforsamlingen kan give konkrete instrukser til bestyrelsen (og således indirekte til direktion via påvirkning af bestyrelsens medlemmer) i et vist omfang men ikke i et sådant omfang, at generalforsamlingen overtager ledelsen af selskabet, som der efter SL § 111, stk. 1, nr. 1 skal ledes af bestyrelsen og direktionen.¹⁸⁹ Bestyrelsen har til opgave at varetage den overordnede og strategiske ledelse af selskabet, jf. SL § 115. Det er dog direktionen, der varetager den daglige ledelse, og selvom bestyrelsen kan give konkrete instrukser, må det heller ikke ske i et omfang, så bestyrelsen reelt overtager den daglige ledelse.¹⁹⁰

Bodil Christiansen og Tommy V. Christiansen har anført, at Skatteministeriets bemærkning om, at en

¹⁸⁵ Se hertil endvidere Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.C.1.2 Selvstændigt erhvervsdrivende i modsætning til lønmodtager og honorarmodtager.

¹⁸⁶ Afgørelsen er tillige behandlet i afsnit 3.3.3.

¹⁸⁷ Se hertil SKM 2020.486 SR for en lignende sag.

¹⁸⁸ Jf. Bilag 1 til L 194, Høringsskema, s. 10 f.

¹⁸⁹ Jf. Kapitalselskaber, s. 503.

¹⁹⁰ Jf. Ibid., s. 445.

deltager også kan være underlagt instruktion fra en bestyrelse skal fortolkes indskrænkende, hvorefter at hvis bestyrelsen alene tager beslutninger, der ligger inden for rammerne af det i SL fastsatte, så vil det ikke automatisk betyde, at øvrige deltagere er underlagt en instruktionsbeføjelse. Hvis der antages at foreligge instruktionsbeføjelse, når et partnerselskab har en bestyrelse, ville alle deltagere i et sådant selskab være underlagt instruktionsbeføjelse, da der (næsten) altid vil være en bestyrelse, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1.¹⁹¹ Det må tiltrædes, at den blotte eksistens af en bestyrelse, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til, at en deltager kan anses for underlagt instruktionsbeføjelse.

På den anden side kan der argumenteres for, at generalforsamlingen skal vælge flertallet af medlemmerne til bestyrelsen, jf. SL § 120, stk. 1, og det er bestyrelsen, der ansætter direktionen, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1, 2. pkt. På denne måde har en majoritetsejer mulighed for at vælge personer til bestyrelsen og dermed indirekte direktionen, gennem påvirkning fra de udpegede bestyrelsesmedlemmer. Dette indebærer, at den overordnede, strategiske samt daglige ledelse af selskabet kan tilrettelægges på den måde, som majoritetsejeren ønsker.

Det er undertegnendes opfattelse, at der næppe foreligger et forhold, som man ansættelsesretligt almindeligvis forstår ved instruktionsbeføjelse. Det er dog indiskutabelt, at en majoritetsejer har særdeles stor indflydelse på både den overordnede, strategiske og daglige ledelse af selskabet. Selvom der ikke foreligger instruktionsbeføjelse i klassisk forstand, må forholdet dog betegnes instruktionslignende.

Det faktum, at én deltager ejer majoriteten af det skattemæssigt transparente selskab, medfører dog næppe, at de øvrige deltagere altid kan anses for at være underlagt et instruktionslignende forhold.

I SKM 2020.414 SR var spørgeren således medejer af en international koncern, som vedkommende ultimativt ejede ca. 1 % af. Koncernen påtænkte at lave

en omstrukturering, hvorefter den danske del af selskabet skulle drives som partnerselskabet Dansk P/S. Efter omstruktureringen ville spørgeren og én anden deltager hver især eje 10 % af Dansk P/S, mens den internationale koncern ville eje 80 %. Spørgeren ville være bestyrelsesmedlem og medlem af direktionen.

Skatterådet tiltrådte Skattestyrelsens indstilling til begrundelse, hvoraf det fremgår, at da den internationale koncern ville eje 80 %, ville spørgerens indflydelse via sin ejerandel være begrænset, da den internationale koncern ville kunne træffe beslutninger alene. På den anden side talte det for en vis indflydelse, at vedkommende ville være medlem af både bestyrelsen og direktionen, og at vedkommendes via sin deltagelse i den internationale koncern, tillige ville have en indflydelse på den overordnede strategiske ledelse i koncernen.

På den baggrund fandt Skatterådet, at spørgeren havde en reel indflydelse på den overordnede drift i partnerselskabet, dels via medejerskabet til den internationale koncern og dels da vedkommende var en del af ledelsen af det danske partnerselskab. Da spørgeren i øvrigt havde en reel økonomisk risiko, blev vedkommende anset som selvstændig erhvervsdrivende.

Forskellen i udfaldet på de to sager skyldes formentlig, at spørgeren i SKM 2020.414 SR havde indflydelse på de overordnede beslutninger, der blev truffet i majoritetsejeren i modsætning til, hvad der efter det oplyste var tilfældet for spørgerne i SKM 2019.410 SR. Denne linje må tiltrædes, idet det vil være vanskeligt at skulle anse en deltager som underlagt instruktionsbeføjelse, hvis den pågældende har medindflydelse på de beslutninger som majoritetsejeren træffer. Hvis den pågældende samtidig i øvrigt indtager en ledende rolle i det skattemæssigt transparente selskab, vil vedkommende næppe anses for underlagt en instruktionsbeføjelse.

Samlet kan det herefter vurderes, at en deltager kan anses for at være underlagt en instruktionslignende

¹⁹¹ Jf. RR.4.2018.68 og afsnit 2.2.4.

beføjelse, når en anden deltager i selskabet har en majoritet af ejer- og stemmeandelene.¹⁹² Hvis deltageren dog har indflydelse på de beslutninger, som træffes af majoritetsejeren, fordi den pågældende er medejer af majoritetsejeren, kan dette instruktionslignende forhold næppe anses for at foreligge.

Det må herefter undersøges, om nogle deltagers mulighed for at opsig andre deltagere kan anses for at være udtryk for instruktionsbeføjelse.

I SKM 2022.335 LSR¹⁹³ fremgik det af parternes interessentskabskontrakt, at hvis patient- eller medarbejdertilfredsheden eller omsætningen lå under et vist gennemsnitligt niveau for tandlægekæden, ville Hovedinteressenten ultimativt kunne opsig interessentskabet.¹⁹⁴

Skatterådet fandt i sin afgørelse,¹⁹⁵ at de ultimative muligheder, som Hovedinteressenten havde for at opsig interessentskabet, medførte, at Tandlægeinteressenterne skulle anses for at være underlagt Hovedinteressentens instruktionsbeføjelse.

Landsskatteretten forholdte sig ikke til forholdet i sin kendelse, hvor Landsskatteretten i øvrigt fandt, at Tandlægeinteressenterne skulle anses som selvstændigt erhvervsdrivende. Det, at Landsskatteretten ikke behandler forholdet, må anses som klart udtryk for, at Landsskatteretten ikke var enig i Skatterådets opfattelse af, at Tandlægeinteressenterne var underlagt Hovedinteressentens instruktionsbeføjelse.

Hvis en eller flere deltagere har mulighed for at opsig en anden deltager, og der foreligger en saglig begrundelse herfor, må Landsskatteretten antages at

være af den opfattelse, at der ikke foreligger instruktionsbeføjelse. Dette må tiltrædes, da en sådan kontraktuel beføjelse ikke kan anses som udtryk for at nogle deltagere er underlagt en instruktionsbeføjelse.

I SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR¹⁹⁶ krævede det dog ikke en saglig begrundelse for, at de to Managing Partnere kunne beslutte at opsig én af de øvrige partnere. Skatterådet fandt i sine afgørelser,¹⁹⁷ at de øvrige partnere, var underlagt Managing Partnerenes instruktionsbeføjelse som følge heraf.

Landskatterettens fremhævede bl.a. opsigelsesmuligheden i sin begrundelse for, at spørgernes indflydelse i partnerselskabet ikke var af en sådan art og et sådant omfang, som er sædvanlig ved selvstændig erhvervsvirksomhed.¹⁹⁸

Efter min opfattelse foreligger der i en sådan situation heller ikke instruktionsbeføjelse, som man forstår i ansættelsesretlig forstand, da opsigelsesadgangen ikke i sig selv indebærer retten til at instruere arbejdets udførsel og føre kontrol hermed. Det må dog antages at være normerende for en deltagers adfærd, at vedkommende risikerer at blive opsagt af en anden deltager. På den baggrund vurderes det, at der også i dette tilfælde er tale om instruktionslignende beføjelser,¹⁹⁹ som er endnu tættere på et klassisk instruktionsforhold end i den ovenfor beskrevne situation, hvor der er en majoritetsejer.

Sammenfattende vurderes det, at hvis en deltager har instruktionsbeføjelse over for medarbejdere, taler det for, at vedkommende har indflydelse på overordnede beslutninger. Hvis en deltager er underlagt instruktionsbeføjelse vil det modsat være et moment,

ikke blev bragt i orden, ville Hovedinteressenten kunne opsig interessentskabet.

¹⁹² SKM 2019.462 SR

¹⁹³ Afgørelserne er også behandlet i afsnit 3.4.1 og afsnit 3.5.

¹⁹⁴ SKM 2020.290 SR og SKM 2020.291 SR.

¹⁹⁵ Se hertil Skatterådets afgørelser i SKM 2020.512 SR og SKM 2020.513 SR om en lignende situation.

¹⁹⁶ Dette begreb er tillige anvendt til at beskrive dette forhold i Skattestyrelsens notat om bidrag til gennemgang af ligningslovens § 4, s. 14.

¹⁹² I Valg af Selskabsform – omstrukturering af selskaber, s. 320 nævnes det som et moment, der taler imod, at en deltager kan anses som selvstændigt erhvervsdrivende, hvis der er en dominerende deltager i selskabet.

¹⁹³ Afgørelsen er tillige behandlet i afsnit 3.3.1.2, afsnit 3.3.3 og afsnit 3.4.1.

¹⁹⁴ Dette ville kunne ske efter, at Hovedinteressenten havde indkaldt Tandlægeinteressenterne til et møde for at drøfte og anviser løsninger. Hvis Tandlægeinteressenterne ikke fulgte anvisningerne, ville Hovedinteressenten kunne give dem en skriftlig henstilling. Hvis forholdene herefter

der taler afgørende imod, at vedkommende har indflydelse på overordnede beslutninger. Det kan endvidere nævnes, at hvis én deltager ejer majoriteten af det skattemæssigt transparente selskab, kan de øvrige deltagere anses for at være underlagt en instruktionslignende beføjelse, som taler imod, at vedkommende kan anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger, jf. SKM 2019.410 SR. Hvis deltageren dog har indflydelse på de beslutninger, som træffes af majoritetsejeren, fordi den pågældende er medejer af selskabet, kan dette instruktionslignende forhold næppe anses for at foreligge, jf. SKM 2020.414 SR.

Afslutningsvist kan det fremhæves, at der tillige foreligger en instruktionslignende beføjelse, hvis visse deltagere har mulighed for at opsig øvrige deltagere uden saglig begrundelse herfor, jf. SKM 2022.335 LSR smh. med SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.172 LSR. Det vil tillige tale imod, at vedkommende kan anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger.

3.4.4. Delkonklusion

Det kan konkluderes at udover en deltagers stemmeret, indgår der flere momenter i vurderingen af, om en deltager anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger i et skattemæssigt transparent selskab.

Det taler for indflydelse på overordnede beslutninger, hvis deltageren er en del af det skattemæssigt transparente selskabs ledelse, jf. SKM 2019.234 SR. Endvidere taler det for indflydelse, hvis en deltager har vetoret til visse væsentligt beslutninger, jf. SKM 2020.182 SR. På den anden side taler det imod indflydelse, hvis en eller flere andre deltagere har vetoet til visse væsentlige beslutninger, jf. SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR smh. med SKM 2022.335 LSR.

Det kan endvidere konkluderes, at i et skattemæssigt transparent selskab med mange hundrede deltagere vil deltagerne formentlig kunne anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger, hvis de har nogenlunde samme ejerandel og stemmerettigheder, jf. SKM 2018.579 SR, SKM 2018.580 SR, SKM 2019.519 SR og SKM 2019.520 SR.

Det kan afslutningsvist konkluderes, at hvis en deltager har instruktionsbeføjelse over for medarbejdere, taler det for, at vedkommende har indflydelse på overordnede beslutninger. Hvis en deltager modsat er underlagt instruktionsbeføjelse vil det være et moment, der taler afgørende imod, at vedkommende kan anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger. Deltagelse af en majoritetsejer kan indebære, at de øvrige deltagere anses for at være underlagt en instruktionslignende beføjelse, hvis de øvrige deltagere ikke er medejere af majoritetsejeren, jf. SKM 2019.410 SR smh. med SKM 2020.414 SR. Afslutningsvist kan det fremhæves, at der tillige foreligger en instruktionslignende beføjelse, hvis nogle deltagere har mulighed for at opsig øvrige deltagere uden saglig begrundelse herfor, jf. SKM 2022.335 LSR smh. med SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR. Hvis en deltager er underlagt en instruktionslignende beføjelse, vil det tale imod, at vedkommende har indflydelse på overordnede beslutninger.

3.5. Samspillet mellem deltagerens økonomiske risiko og indflydelse

Af bemærkningerne til L 194 fremgår det, at der skal foretages en samlet, konkret vurdering af alle forhold, når det skal afgøres, om en deltager kan anses som selvstændigt erhvervsdrivende.²⁰⁰ Dette har i praksis udspillet sig ved, at Skatterådet ved flere lejligheder har udtalt, at hvis en deltagers reelle indflydelse er begrænset, kan dette opvejes ved en stor økonomisk risiko og vice versa.²⁰¹

²⁰⁰ Jf. L 194, s. 2 og 5.

²⁰¹ Som også bemærket i SR.2019.72, SR.2020.277 og af John Bygholm i Skat med omtanke – Festskrift til advokat Tommy V. Christiansen, s. 152. John Bygholm anfører, at

det er uafklaret i hvilket omfang ét parameter kan opveje for et andet, men er af den opfattelse, at det kan ske ”i et vist omfang”.

Dette er bl.a. kommet til udtryk i SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR,²⁰² hvor det af Skattestyrelsens indstilling til begrundelse, som Skatterådet tiltrådte, fremgår:

*”Skattestyrelsen finder efter en samlet konkret vurdering, at spørger mest nærliggende må anses for kun at have en vis indflydelse i G1 P/S, men at dette kriterium ikke i sig selv er diskvalificerende for, at spørger kan anses for selvstændigt erhvervsdrivende, såfremt andre kriterier mere klart taler for dette resultat.”*²⁰³

Inge Langhave Jeppesen har kritiseret SKM 2018.579 SR,²⁰⁴ da hun anfører, at Skatterådet først foretog en afvejning af kriterierne, der faldt til spørgers ulempe, da der blev krævet en højere økonomisk risiko, grundet spørgerens begrænsede indflydelse, hvorefter Skatterådet så på trods heraf fandt, at spørgerens økonomiske risiko blot skulle være på samme niveau som de øvrige kapitalejeres.²⁰⁵

Inge Langhave Jeppesen må antages at mene hermed, at afvejningen reelt burde være, at når en deltager har en begrænset indflydelse på overordnede beslutninger, så bør deltagerens økonomiske risiko værre større end de deltagere, som har større indflydelse. Der kan dog argumenteres for, at det ikke er sådan Skatterådets udtalelse skal fortolkes.

En anden – og efter min opfattelse mere nærliggende – fortolkning af Skatterådets udtalelse er, at Skatte-

rådet mener, at den økonomiske risiko ikke nødvendigvis skal være større end de øvrige deltageres, men den skal blot være af en betydelig størrelse i absolute tal.²⁰⁶

I SKM 2020.290 SR og SKM 2020.291 SR²⁰⁷ afgav Skatterådet lignende udtalelser, men her var det efter Skatterådets opfattelse ikke tilstrækkeligt til at kompensere for den manglende reelle indflydelse, at spørgerne havde en økonomisk risiko på henholdsvis 2 og 1 mio. kr.

Det er bemærkelsesværdigt, når Skatterådet i én afgørelse²⁰⁸ antager, at en hæftelse på 3-5 mio. kr. var tilstrækkeligt til at kompensere for en manglende reel indflydelse, mens en hæftelse på 2 mio. kr. i en anden sag²⁰⁹ ikke var tilstrækkelig. Spørgerens indflydelse var forskellig i de pågældende sager,²¹⁰ men når Skatterådet på trods af dette anvender den samme argumentation om, at en manglende indflydelse ikke i sig selv er diskvalificerende, så bør standarden for, hvad kravene til disse andre kriterier (som navnlig er deltagerens økonomiske risiko) være mere ensartet.

Landskatteretten har ikke direkte udtalt sig om, hvorvidt en lav grad af indflydelse på overordnede beslutninger vil kun opvejes af en stor økonomisk risiko og vice versa. Landskatteretten anlagde dog en samlet vurdering af den økonomiske risiko samt indflydelse i SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR. Det må på denne baggrund formentlig antages,

²⁰² SKM 2018.579 SR er behandlet i afsnit 3.3.1.1, og begge afgørelser er behandlet afsnit 3.3.2 og afsnit 3.4.2. Som beskrevet i afsnit 3.3.3 var udfaldet af de to sager forskelligt, idet spørgeren i SKM 2018.579 SR ikke havde indbetalt et ansvarligt lån, mens dette var tilfældet i SKM 2018.580 SR.

²⁰³ Se også SKM 2020.290 SR og SKM 2020.291 SR og hvor Skatterådet afgav lignende udtalelser samt Skattestyrelsens notat om bidrag til gennemgang af ligningslovens § 4, s. 2 og s. 9, der tillige omtaler, at dette skulle være retsstillingen. I SKM 2021.139 SR var deltagerens hæftelse forholdsvis lav (henholdsvis ca. 200.000 kr. og 400.000 kr.), men spørgerne blev alligevel anset som selvstændig erhvervsdrivende, idet Skatterådet lagde særligt vægt på, at deltagerne havde en betydelig indflydelse på overordnede beslutninger.

²⁰⁴ Og dermed også indirekte i SKM 2018.580 SR, da samme argumentation anvendes af Skatterådet her.

²⁰⁵ Jf. SR.2019.72.

²⁰⁶ I SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR var den økonomiske hæftelse på henholdsvis mellem 3-5 mio. kr. (når et ansvarligt lån var indbetalt) og 7-10 mio. kr.

²⁰⁷ Afgørelserne, herunder Landsskatterens afgørelser SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR, er også behandlet i afsnit 3.4.1 afsnit 3.4.3.

²⁰⁸ SKM 2018.579 SR.

²⁰⁹ SKM 2020.290 SR.

²¹⁰ Om indflydelsen i SKM 2020.290 SR se afsnit 3.4.1 og afsnit 3.4.3. Om indflydelsen i SKM 2018.579 SR se afsnit 3.4.2.

at hvis ét af kriterierne taler betydeligt for, at en deltager kan anses for selvstændigt erhvervsdrivende, må det kunne opveje for, hvis det andet kriterie taler imod. Det står dog med Landsskatterettens kendelser klart, at en hæftelse på 1-2 mio. kr. ikke er tilstrækkeligt til at anse en deltager som selvstændig erhvervsdrivende, hvis deltagerens indflydelse på overordnede beslutninger er yderst begrænset. Det er tvivlsomt, om en større hæftelse ville have ændret udfaldet, da spørgernes indflydelse var så begrænset, at en stor hæftelse næppe ville kunne opveje herfor.

4. Skatteretlige konsekvenser hvis en deltager anses som selvstændig erhvervsdrivende

Når en deltager anses som selvstændig erhvervsdrivende, medfører dette, at indkomsten fra det skattemæssigt transparente selskab anses som indkomst fra selvstændig erhvervsvirksomhed. Dette indebærer en række muligheder for at optimere beskatningen. Det drejer sig navnlig om muligheden for at anvende virksomhedsordningen samt muligheden for at deltage i det skattemæssigt transparente selskab gennem et kapitalselskab.²¹¹ I de følgende afsnit vil de skattemæssige fordele herved blive beskrevet.

4.1. Anvendelse af virksomhedsordningen

Det følger af VSL § 1, stk. 1, 1. pkt., at skattepligtige personer, der driver selvstændig erhvervsvirksomhed, kan anvende virksomhedsordningen.²¹² Dette gælder tillige for personer, der anses for selvstændige erhvervsdrivende i et skattemæssigt transparent selskab.²¹³

Virksomhedsordningen indebærer, at den del af overskuddet, som der ikke haves af deltageren, men indestår på kontoen for opsparet overskud, beskattes foreløbigt i indkomståret med en virksomhedsskat, der følger den procentsats, som der gælder for kapitalselskaber m.v., jf. VSL § 10, stk. 2. For nuværende udgør denne 22 %, jf. SEL § 17, stk. 1. Først i

det år hvor indkomsten overføres til deltagerens privatøkonomi, indgår indkomsten i den pågældendes personlige indkomst, hvoraf der bl.a. beregnes evt. topskat efter PSL § 7, jf. VSL § 10, stk. 3, 1. pkt. Den svarede virksomhedsskat fradrages i den skattepligtiges slutskat, jf. VSL 10, stk. 3, 2. pkt.

Dette giver således bl.a. mulighed for at optimere beskatningen ved alene at hæve et beløb fra ordningen, som er under topskattegrænsen.²¹⁴ Dette medfører også en mulighed for at konsolidere virksomheden og dels at udjævne beskatningen mellem gode og dårlige år.²¹⁵ Denne foreløbige lave beskatning giver også mulighed for at investere de foreløbige beskattede midler i visse typer af aktiver, hvor afkastet tillige vil indgå i virksomhedsordningen.²¹⁶

Af yderligere fordele kan nævnes muligheden for at beregne og beskatte et kapitalafkast, som der beskattes som kapitalindkomst, medmindre det helt eller delvist vælges opsparet i virksomheden, jf. VSL § 23 a og PSL § 4, stk. 1, nr. 3.²¹⁷

4.2. Deltagelse gennem kapitalselskab

Som et alternativ til at anvende virksomhedsordningen har en deltager mulighed for at

deltage i et skattemæssigt transparent selskab gennem et kapitalselskab. Dette står i modsætning til

²¹¹ Ud over de nævnte fordele kan det f.eks. endvidere påpeges, at en selvstændig erhvervsdrivende har mulighed for at foretage skattemæssige afskrivninger på sin bruttoandel af aktiverne, som det skattemæssigt transparente selskab ejer, jf. nærmere herom hos f.eks. Inge Langhave i Lærebog om indkomstskat, s. 346 f.

²¹² Af 2. pkt., følger det bl.a., at hvis indkomsten er kapitalindkomst efter PSL § 4, stk. 1, nr. 9 eller 11, kan den ikke indgå i virksomhedsordningen. Se nærmere om disse bestemmelser i afsnit 5.1.1.

²¹³ Jf. Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 1006.

²¹⁴ Jf. f.eks. Niels Jørgen Kristensen i Erhvervsbeskatning, s. 224. Topskattegrænsen udgør i 2023 568.900 kr. efter AM-bidrag er fratrukket. I 2024 udgør beløbet 588.900 kr., jf. <https://skat.dk/hjaelp/satser>.

²¹⁵ Jf. Inge Langhave i Lærebog om indkomstskat, s. 263.

²¹⁶ Følgende aktiver kan f.eks. indgå i virksomhedsordningen: (i) konvertible obligationer omfattet af aktieavancebeskatningsloven (herefter ”ABL”); (ii) fordringer omfattet af ejendomsavancebeskatningslovens § 6 D, stk. 1; (iii) andele i foreninger omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3 og 4; (iv) obligationer, der beskattes efter reglerne for finansielle kontrakter; samt (v) aktier og investeringsbeviser m.v., når aktier og investeringsbeviser m.v. er udstedt af et investeringselskab, jf. ABL § 19, jf. VSL § 1, stk. 2, 2. pkt. Hertil kommer, at udlejning af fast ejendom som udgangspunkt anses for selvstændig erhvervsvirksomhed, jf. Jane Bolander i Lærebog om indkomstskat, s. 245. Aktier m.v. omfattet af ABL, uforrentede obligationer og præmieobligationer, kan ikke indgå i virksomhedsordningen, medmindre den skattepligtige driver næring med sådanne aktiver, jf. VSL § 2, stk. 1, 1. pkt.

²¹⁷ Jf. nærmere herom i bl.a. Inge Langhave i Lærebog om indkomstskat, s. 262 f. og Niels Jørgen Kristensen i Erhvervsbeskatning, s. 219 f.

lønmodtagere, som ikke har mulighed for at få sin løn udbetalt til et kapitalselskab.²¹⁸

Deltagelse gennem et kapitalselskab medfører, at vederlaget beskattes i kapitalselskabet efter SEL, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1, hvilket i udgangspunktet medfører en beskatning på 22 % af virksomhedens overskud, jf. SEL § 17, stk. 1. Når ejeren ønsker at hæve midlerne fra selskabet, kan det ske som løn, der beskattes som personlig indkomst efter PSL § 3, eller som udbytte, der beskattes som aktieindkomst, jf. PSL § 4 a, stk. 1, nr. 1.²¹⁹ En ejer kan dermed til en vis grad tillige optimere og udjævne sin indkomst for at undgå topskat. Hertil kommer muligheden for, at midler, som er placeret i et kapitalselskab, kan investeres i aktier og andre værdipapirer samt andre former for investeringsprojekter.²²⁰

Yderligere kan det nævnes, at hvis deltageren er interessent i et interessentskab eller deltager som komplementar i et kommanditselskab eller partnerselskab, vil vedkommende hæfte personligt, uden begrænsning og solidarisk for selskabets forpligtelser.²²¹ Når deltagelsen sker gennem et kapitalselskab, begrænses hæftelsen til kapitalselskabets egenkapital.²²²

4.3. Delkonklusion

Det kan konkluderes, at der en række skattemæssige fordele ved at blive kvalificeret som selvstændig erhvervsdrivende i skattemæssig henseende. Man kan vælge at anvende virksomhedsordningen, som bl.a. betyder, at opsparet overskud alene beskattes med en foreløbig virksomhedsskat på 22 %. Hertil kan nævnes muligheden for at deltage gennem et kapitalselskab, der tillige indebærer, at vederlaget beskattes med 22 %, indtil deltageren vælger at udbetale det til sig selv personligt. Endvidere vil deltagelse gennem

et kapitalselskab begrænse deltagerens økonomiske risiko til selskabets egenkapital, i det tilfælde hvor deltageren er interessent eller komplementar.

²¹⁸ Se nærmere om baggrunden herfor i afsnit 3.3.1.2. Se endvidere f.eks. Ligningsloven med kommentarer, s. 329 f.; Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 986 f.; RR.4.2018.68 og L 194, s. 4.

²¹⁹ Det har tidligere være en særdeles relevant problemstilling, om udbytte forsøgte skjult som løn. Problemet er ikke længere særlig relevant, da udbytte og løn ikke længere beskattes med samme skatteprocent hos modtageren. Se nærmere om problemstillingen i bl.a. Jane Bolander i

Lærebog om indkomstskat, s. 1077 ff. Problemstillingen vil ikke blive behandlet yderligere i denne fremstilling.

²²⁰ Der gælder en række særlige regler om beskatning af udbytte og afståelse af aktier m.v. for kapitalselskaber. Se bl.a. herom hos Liselotte Madsen i Lærebog om indkomstskat, s. 630 ff.

²²¹ jf. nærmere herom i afsnit 2.2.2-2.2.3.

²²² Jf. nærmere herom i afsnit 3.3.1.2.

5. Skatteretlige konsekvenser hvis en deltager anses som lønmodtager

Hvis en deltager i et skattemæssigt transparent selskab ikke (længere) kan kvalificeres som selvstændig erhvervsdrivende, opstår der en række skatteretlige konsekvenser.

For det første medfører dette, at der skal ske en opdeling af deltagerens indkomst fra det skattemæssigt transparente selskab i henholdsvis løn og afkast. Problemstillingen behandles i afsnit 5.1. Hvis en deltager har anvendt virksomhedsordningen, kan der opstå spørgsmål omkring den fortsatte anvendelse heraf, som vil blive behandlet i afsnit 5.2. Hvis deltageren i stedet har deltaget gennem et kapital-selskab, kan der være en risiko for trippelbeskatning af indkomsten. Denne problemstilling vil blive behandlet i afsnit 5.3.

5.1. Afkast af investeringen

Det fremgår af bemærkningerne til L 194, at hvis en deltager ikke kan betegnes som selvstændig erhvervsdrivende, så vil vedkommendes løn blive beskattet som lønindkomst,²²³ mens selve afkastet af vedkommendes investering vil blive beskattet som afkast, som således anses som indkomst fra selvstændig erhvervsvirksomhed.²²⁴ ²²⁵ Den del af indkomsten, der beskattes som lønindkomst, vil blive anset som personlig indkomst, hvor der bl.a. vil ske påligning af evt. topskat efter PSL § 7.

Opdeling af den samlede indkomst mellem lønindkomst og afkast giver anledning til flere skattemæssige problemstillinger. For det første er det nødvendigt at afgøre, hvordan afkastet skattemæssigt skal

behandles, herunder om virksomhedsordningen kan anvendes. For det andet skal det undersøges, hvorledes fordelingen mellem lønindkomst og afkast skal foretages. Disse problemstillinger vil blive behandlet særskilt i det følgende.

5.1.1. Den skattemæssige behandling af afkastet

Som nævnt opstår der spørgsmål om, hvorledes afkastet af investeringen skattemæssigt skal behandles, herunder om virksomhedsordningen kan anvendes. Der kan stilles spørgsmålstejn ved, om virksomhedsordningen kan anvendes, idet det skal afgøres, (i) om afkastet kan anses som personlig indkomst, der efter omstændighederne vil kunne indgå i ordningen, eller om afkastet skal behandles som kapitalindkomst eller aktieindkomst; og (ii) hvis afkastet anses som personlig indkomst, skal det afgøres, om virksomhedsandelen udgør erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang og dermed alligevel ikke vil kunne beskattes i virksomhedsordningen.²²⁶ Skatterådets afgørelse i SKM 2020.310 SR ses at være den eneste offentliggjorte administrative afgørelse, der tager stilling til disse spørgsmål, hvorfor den vil blive inddraget i den følgende vurdering.

Først skal spørgsmål (i) om kvalificeringen af afkastet som enten personlig indkomst, kapitalindkomst eller aktieindkomst behandles. Sondringen er for det første væsentlig, idet kapitalindkomst efter PSL § 4, stk. 1, nr. 9 eller 11 og aktieindkomst ikke kan indgå i virksomhedsordningen, jf. VSL § 1, stk. 1, 2. pkt. henholdsvis stk. 2, 1. pkt., i modsætning til personlig indkomst fra selvstændig erhvervsvirksomhed. For det andet er den væsentlig, idet de forskellige indkomsttyper er underlagt forskellige niveauer af be-

²²³ Hvor virksomhedsskatteordningen ikke kan anvendes, jf. Christian Skovgaard Hansen i Erhvervsbeskatning, s. 394 og Dansk Selskabsret 3, s. 142.

²²⁴ Jf. L 194, s. 8; RR.4.2018.68; RR.SM.2022.12; Inge Langhave i Lærebog om indkomstskat, s. 244 og Liselotte Madsen samme sted, s. 997.

²²⁵ Denne opdeling af en persons indkomst fra et skattemæssigt transparent selskab i henholdsvis lønindkomst og afkast er en nyskabelse, da den almindelige opfattelse har været, at man enten betragtes som selvstændig erhvervs-

drivende eller lønmodtager. Man kan stille store spørgsmålstejn ved hensigtsmæssigheden i, at en sådan nyskabelse alene er sket i lovbemærkningerne og ikke direkte fremgår af lovtæksten til LL § 4. Se kritisk herom i SR.2021.17.

²²⁶ Om de skattemæssige fordele ved anvendelse af virksomhedsordning se nærmere i afsnit 4.1. Se endvidere afsnit 5.2 om konsekvenserne ved, at en deltagers virksomhedsandel anses for erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang og derfor ikke vil kunne beskattes i virksomhedsordningen.

skatning efter PSL, hvor personlig indkomst er dyrest, derefter følger kapitalindkomst og endelig aktieindkomst.²²⁷ Det fremgår af bemærkninger til L 194, at nettoafkastet almindeligvis vil skulle kvalificeres som personlig indkomst, medmindre afkastet anses for kapitalindkomst eller aktieindkomst.²²⁸

Hvis afkastet kvalificeres som kapitalindkomst efter PSL § 4, stk. 1, nr. 9 eller 11, vil indkomsten ikke kunne indgå i virksomhedsordningen, jf. VSL § 1, stk. 1, 2. pkt. Af PSL § 4, stk. 1, nr. 9, 1. led følger det, at nettoindkomst fra selvstændig erhvervsvirksomhed, når antallet af ejere er større end 10 og den skattepligtige ikke deltager i virksomhedens drift i væsentligt omfang, skal beskattes som kapitalindkomst.²²⁹ Af PSL § 4, stk. 1, nr. 11 følger det videre, at kapitalindkomst omfatter det samlede nettobeløb af indkomst fra udlejning af afskrivningsberettigede driftsmidler og skibe uanset antal ejere, når den skattepligtige ikke deltager i virksomhedens drift i væsentligt omfang.

Som det fremgår, lægges der vægt på, om den skattepligtige har deltaget i virksomhedens drift i væsentligt omfang. Dette kriterium blev introduceret ved lov nr. 388 af 7. juni 1989 på baggrund af betænkning nr. 1169/1989 fra udvalget vedrørende anparter (det såkaldte anpartsindgreb).²³⁰

Det fremgår af betænkning nr. 1169/1989, at vurderingen af, om arbejdsindsatsen i virksomheden er væsentligt, bør være konkret, men at der som vejledende norm kan kræves en personlig arbejdsindsats på mindst 50 timer månedligt.²³¹ Af personskatte-

lovscirkulærets pkt. K. 20.1.1.1.3. fremgår det tillige, at denne norm tilsvarende skal gælde for reglerne indført ved anpartsindgrebet.²³²

Hvis en deltager anses som lønmodtager, opstår spørgsmålet, om den pågældende kan an-

ses for at opfylde arbejdstidskravet i PSL § 4, stk. 1, nr. 9 og 11. Bodil Christiansen og Tommy V. Christiansen har anført, at en deltager i dette tilfælde ikke kan antages at opfylde kravet, idet arbejdsindsatsen skal ydes som selvstændigt erhvervsdrivende og ikke som lønmodtager.²³³

Spørgsmålet blev behandlet i SKM 2020.310 SR, hvor spørgeren antog, at vedkommende var lønmodtager men bl.a. ønskede bekræftet, at afkastet fra investeringen i det skattemæssigt transparente selskab kunne indgå i virksomhedsordningen. Skattestyrelsen anførte i sin indstilling til begrundelse for afgørelsen, at det var deres opfattelse, at arbejdstidskravet i PSL § 4, stk. 1, nr. 9 var opfyldt, selvom deltageren i virksomheden skete som lønmodtager. Skatterådet tiltrådte denne begrundelse.

Både Inge Langhave Jeppesen²³⁴ og Liselotte Madsen²³⁵ har fundet denne vurdering overraskende. Inge Langhave Jeppesen har anført, at LL § 4 bygger på en forudsætning om, at drift og ejerskab skal adskilles, når deltageren ikke har tilstrækkelig økonomisk risiko og/eller reel indflydelse til, at den pågældende kan anses som selvstændig erhvervsdrivende, men at denne adskillelse synes at blive udvasket med SKM 2020.310 SR.²³⁶ Liselotte Madsen har anført, at det er problematisk når en deltagers arbejdsindsats som

²²⁷ Jf. Selskabsskatteret, s. 22.

²²⁸ Jf. L 194, s. 8 og som også bemærket i RR.4.2018.68.

²²⁹ Af bestemmelsens 2. led følger det videre, at indkomst ved selvstændig erhvervsvirksomhed efter LL § 8 K, stk. 2 tillige er kapitalindkomst, når antallet af personlige ejere er større end 2 og den skattepligtige ikke deltager i virksomhedens drift i væsentligt omfang. LL § 8 K, stk. 2 omfatter udgifter til plantning af træer, der er bestemt til erhvervmæssig anvendelse som juletræer eller pyntegrønt i kort omdrift, samt frugttræer og frugtbuske.

²³⁰ Inspiration til kriteriet stammer fra den dagældende investeringsfondslov, hvor en tilsvarende betingelse var gældende. Se hertil betænkning nr. 1169/1989, s. 93 samt

cirkulære nr. 166 af den 29. oktober 1984 til investeringsfondsloven, pkt. 33.

²³¹ Jf. betænkning nr. 1169/1989, s. 95.

²³² Se hertil bemærkningerne til L 245 af den 12. maj 1989 om forslag til lov om ændring af forskellige skatte-love (Anparter), jf. Folketingstidende 1988-89, tillæg A, spalte 5811 samt f.eks. Marlene Kerzel i Skatteretten 2, s. 895, note 26.

²³³ Jf. RR.4.2018.68.

²³⁴ Jf. SR.2020.277.

²³⁵ Jf. SR.2021.17.

²³⁶ Jf. SR.2020.277.

lønmodtager anvendes til at vurdere, om vedkommende har deltaget i det skattemæssigt transparente selskab i væsentligt omfang i forhold til at være selvstændig erhvervsdrivende, da der her sker en sammenblanding af begreberne ”selvstændig erhvervsdrivende” og ”lønmodtager”. Efter hendes opfattelse (som er på linje med den af Bodil Christiansen og Tommy V. Christiansen antagne), bør det være deltagerens arbejdsindsats som ejer af virksomheden, der skal være afgørende.²³⁷

Man kan stille sig selv det spørgsmål, hvilke arbejdsopgaver, som ville kunne kvalificere sig som en ejers arbejdsindsats, hvis vedkommende i øvrigt i medfør af LL § 4 betragtes som lønmodtager. En vurdering af om den pågældende arbejdsindsats kan kvalificeres som en arbejdsindsats, som er udført i en deltagers egenskab som ejer eller i vedkommende rolle som lønmodtager, må anses som ganske besværlig endelige umuligt at foretage. En sådan vurdering havde derfor næppe ført til en mere klar retstilstand.

Konsekvensen ved at følge Bodil Christiansens, Tommy V. Christiansens, Inge Langhave Jeppesens og Liselotte Madsens argumentation må derfor være, at en deltager i praksis aldrig vil kunne antages at kunne opfylde arbejdstidskravet i PSL § 4, stk. 1, nr. 9 og 11, hvis vedkommende i medfør af LL § 4 anses som lønmodtager. Dette vil have den følge, at en deltager, der betragtes som lønmodtager i et selskab med mere end 10 deltagere, ikke vil kunne anvende virksomhedsordningen til det afkast, som vedkommende vil få for sin investering.²³⁸

²³⁷ Jf. SR.2021.17.

²³⁸ Endvidere vil negativt afkast være kildeartsbegrænset, og vil dermed ikke kunne fratrækkes i den skattepligtiges øvrige skattepligtige indkomst, men ville i stedet skulle fremføres til modregning i positiv skattepligtig indkomst i et senere indkomstår fra samme virksomhed, jf. PSL § 13, stk. 6, 1. pkt. Det samme vil være tilfældet for underskud ved deltagelse i skattemæssigt transparente selskaber med maksimalt 10 deltagere, jf. nærmere PSL § 13, stk. 7.

Problemstillingen omkring arbejdstidskravet i PSL § 4, stk. 1, nr. 9 og 11 er ikke behandlet i lovforarbejderne, om end den retsstilling, som de førnævnte forfattere argumenterer for, næppe har været tilsigtet, idet Skatteministeriet i et svar på en henvendelse fra FSR – danske revisorer anførte, at afkastet som udgangspunkt vil kunne indgå i en deltagers virksomhedsordning.²³⁹

Det er på den baggrund min vurdering, at det i SKM 2020.310 SR anførte er i tråd med lovgivers ønske og i øvrigt er korrekt. Konkret anser jeg retstillingen således, at arbejdstidskravet i PSL § 4, stk. 1, nr. 9 og 11 kan anses for opfyldt, selvom arbejdsindsatsen i selskabet er sket som lønmodtager. Dette medfører, at afkast fra skattemæssigt transparente selskaber med mere end 10 deltagere, hvor deltageren opfylder arbejdstidskravet, ikke vil være udelukket fra virksomhedsordningen i medfør af VSL § 1, stk. 1, 2. pkt.

Som nævnt, fremgår det tillige af bemærkninger til L 194, at indkomst fra det skattemæssigt transparente selskab kan være aktieindkomst. Aktieindkomst kan ikke indgå i virksomhedsordningen, jf. VSL 1, stk. 2, 1. pkt. Det fremgår af PSL § 4 a, stk. 1, nr. 1, at aktieindkomst bl.a. omfatter aktieudbytte efter LL § 16 A. Efter denne bestemmelse er det udgangspunktet, at der til udbytte henregnes alt, hvad der af et selskab udloddes til aktuelle aktionærer eller andels-havere, jf. LL § 16 A, stk. 2, nr. 1. Indkomst fra et skattemæssigt transparent selskab vil dog ikke i sig selv være aktieindkomst, da selskabet ikke er et selvstændigt skattesubjekt, hvorfor selskabsindkomsten fordeles til beskatning hos deltagerne som følge af transparensprincippet.^{240 241}

²³⁹ Jf. Skatteministerens svar på spørgsmål 2 til L 194 – spørgsmål om kommentar til henvendelse fra FSR – danske revisorer til Folketingets Skatteudvalg af den 9. maj 2017, s. 2.

²⁴⁰ Der henvises nærmere til afsnit 2.3 om transparensprincippet.

²⁴¹ Dette er også antaget af Skattestyrelsen i ikke-offentliggjort bindende svar af den 6. april 2022, hvor Skattestyrelsen ikke kunne bekræfte, at overskudsandele fra et advokatpartnerselskab kunne anses som aktieindkomst. Der forelå ikke oplysninger om, at en overskudsandel in-

I SKM 2020.310 SR fremgår det af Skattestyrelsens indstilling til begrundelse, at evt. udbytte fra partnerselskabets datterselskab (som var et kapital-selskab) beskattes som aktieindkomst. Denne opfattelse må tiltrædes, da dette også må anses som en følge af transparensprincippet.²⁴²

Når afkastet fra det skattemæssigt transparente selskab ikke vil være kapital- eller aktieindkomst, vil der være tale om personlig indkomst, jf. PSL § 3, stk. 1.²⁴³

Dette er i overensstemmelse med det anførte udgangspunkt i bemærkningerne til L 194. Personlig indkomst vil i udgangspunktet kunne indgå i virksomhedsordningen, når indkomsten hidrører fra selvstændig erhvervsvirksomhed, jf. VSL § 1, stk. 1. 1. pkt.

Herefter må spørgsmål (ii) behandles, hvorfor det skal vurderes, hvornår en deltagers virksomhedsandel kan anses som værende af meget begrænset omfang og dermed alligevel ikke vil kunne beskattes i virksomhedsordningen.

Af bemærkningerne til L 194 fremgår det, at hvis deltagerens virksomhedsandel udgør erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang, vil afkastet ikke kunne indgå i virksomhedsordningen. Det fremgår videre, at virksomhedsandelen for de nye deltagere i SKM 2015.729 SR²⁴⁴ efter Skatteministeriets opfattelse var af så begrænset omfang, at den ikke ville have kunne indgå i virksomhedsordningen.²⁴⁵ Investeringen for de nye deltagere var på ca. 400.000 kr.

deholdte udbytter fra aktiebesiddelser, hvorfor Skattestyrelsen lagde til grund, at der var tale om overskud af drift af advokatvirksomheden, som der ikke kunne kvalificeres som aktieindkomst men derimod skulle kvalificeres som personlig indkomst.

²⁴² Hvis det skattemæssigt transparente selskab har kapitalindkomst, vil denne del af indkomsten skulle beskattes som sådan hos de enkelte deltagere, som følge af transparensprincippet.

²⁴³ Jf. f.eks. Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.A.2.2.1 Personlig indkomst samt Jane Bolander i Lærebog om indkomstskat, s. 193 f.

I SKM 2020.310 SR var spørgeren deltager i et partnerselskab med ca. 250 øvrige kapitalejere. Vedkommende havde en ejerandel på 1/670 del og havde investeret ca. 1,1 mio. kr. Skattestyrelsen anførte i sin indstilling, at investeringen og ejerandelen væsentligt oversteg de tilsvarende tal i SKM 2015.729 SR, hvorfor de var af den opfattelse, at spørgerens afkast fra investering i partnerselskabet kunne indgå i virksomhedsordning og således ikke var erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang. Skatterådet tiltrådte Skattestyrelsens indstilling til begrundelse.

Det kan bemærkes, at Skatterådet ikke foretog en individuel vurdering af, om spørgerens investering var erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang men blot lavede en sammenligning med afgørelsen i SKM 2015.729 SR.²⁴⁶ Ejerandelen i SKM 2020.310 SR var således ca. halvanden gang større end i SKM 2015.729 SR, mens investeringen var ca. tre gange større.

Både Inge Langhave Jeppesen og Liselotte Madsen har kritiseret, at Skatterådet ikke foretog en konkret vurdering i SKM 2020.310 SR men alene umiddelbart foretog en sammenligning med forholdene i SKM 2015.729 SR, fordi denne sag var nævnt som eksempel i bemærkningerne til L 194. Begge forfattere har anført, at det ikke kan udelukkes, at en større ejerandel og investering vil kunne rubriceres som erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang.²⁴⁷ Endvidere har Liselotte Madsen anført, at det heller ikke kan udelukkes, at en mindre ejerandel og investering *ikke* vil kunne anses for at være en virksomhed af meget begrænset omfang.²⁴⁸

²⁴⁴ Se nærmere om afgørelsen, der var baggrund for indførslen af LL § 4, i afsnit 3.1.

²⁴⁵ Jf. L 194, s. 8. Skatteministeriet bekræftede videre i et svar til en henvendelse fra FSR – danske revisorer, at afkastet som udgangspunkt ville kunne indgå i en deltagers virksomhedsordning, medmindre den udgjorde erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang, jf. Skatteministerens svar på spørgsmål 2 til L 194 – spørgsmål om kommentar til henvendelse fra FSR – danske revisorer til Folketingets Skatteudvalg af den 9. maj 2017, s. 2.

²⁴⁶ Som også bemærket i SR.2020.277 og SR.2021.17.

²⁴⁷ Jf. SR.2020.277 og SR.2021.17.

²⁴⁸ Jf. SR.2021.17.

Forfatternes kritik af SKM 2020.310 SR for så vidt angår vurderingen af, om der er tale om erhvervs-virksomhed af meget begrænset omfang, må tiltrædes. Den pågældende vurdering skal næppe alene foretages ved en direkte sammenligning med tallene i SKM 2015.729 SR men må ske ud fra en konkret vurdering på linje med den konkrete vurdering, der foretages i afgørelsen af, om en deltager er selvstændig erhvervsdrivende efter LL § 4, herunder bl.a. med inddragelse af hvor stort deltagerens årlige samlede vederlag forventes at være i forhold til den pågældende investering.

Det må på den baggrund anses som særdeles tvivlsomt, at SKM 2020.310 SR er udtryk for gældende ret på dette punkt, og det vurderes ikke at være muligt at opstille faste krav til, hvor stor en ejerandel og investering en deltager skal foretage, sig for at denne ikke anses som erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang. Det kan dog næppe i sig selv anses som tilstrækkeligt, at investeringen og ejerandelen er større end i SKM 2015.729 SR.

Sammenfattende kan det bemærkes, at afkast fra investeringen som udgangspunkt skal anses som personlig indkomst, der kan indgå i virksomhedsordningen. Hvis det skattemæssigt transparente selskab har kapital- eller aktieindkomst, vil denne indkomst, som følge af transparensprincippet, skattemæssigt skulle behandles som sådan hos deltagerne i hvert fald for den del af vedkommendes indkomst, der anses som afkast. Endvidere kan det anføres, at der

skal foretages en konkret vurdering af, om en deltagers virksomhedsandel skal anses som værende erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang, hvor der ikke alene kan foretages en direkte sammenligning med forholdene i SKM 2015.729 SR. Der kan næppe opstilles faste grænser for, hvor stor en investering og ejerandel skal være, for at den ikke kan anses som erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang.

5.1.2. Fordeling mellem lønindkomst og afkast

Herefter må det undersøges, hvordan fordelingen af lønindkomst og afkast skal foretages. Forholdet er behandlet i lovforarbejderne samt i SKM 2020.310 SR.

I bemærkningerne til L 194 fremgår det, at ved fordelingen skal der dels ses på, (i) hvilken løn deltageren ville have fået, hvis vedkommende ikke havde været deltager, herunder ved at sammenligne med lønniveau hos tilsvarende lønmodtagergrupper;²⁴⁹ (ii) hvilket afkast man normalt kan opnå af en tilsvarende investering med en tilsvarende risikoprofil; og (iii) hvor meget der er udloddet som udbytte efter civilretlige regler (f.eks. efter SL).²⁵⁰ Dog skal der foretages en konkret vurdering af om dette kan anses som et retvisende sammenligningsgrundlag i det pågældende tilfælde.²⁵¹ Som det fremgår, kan man ikke af disse momenter konkret udlede, hvordan fordelingen skal foretages,²⁵² og retstilstanden må betragtes som særdeles uklar.

²⁴⁹ Liselotte Madsen har i SR.2021.17 påpeget, at der er en række uklarheder ved denne formulering. Det er således ikke klart, hvilken konsekvens det har, hvis overskuddet ikke er stort nok til at betale en løn, som den pågældende ville kunne have oppebåret, hvis deltageren ikke havde været ejer.

²⁵⁰ I Partnerselskaber, s. 103 omtales kriterie (iii) som "ikke gennemtænkt", da der ikke tages højde for, at beskattningen af deltagerne indtræder, uanset om overskuddet udloddes eller ej (som følge af transparensprincippet), og det i praksis er op til deltagerene at fordele overskuddet på partnervederlag, der udgiftsføres, opspares i selskabet eller udloddes som udbytte. Efter min opfattelse, må kriteriet dog alene anses for at forsøge at sikre, at en deltager ikke anser en større del af vedkommendes vederlag som afkast end den del, som deltagerne rent faktisk har

besluttet at udlodde. Dette skal sikre, at en del af vederlaget, der klart er løn, ikke behandles som afkast. Kritikken kan således ikke tiltrædes fuldt ud, men det må dog tiltrædes, at kriteriets rækkevide ikke klart kan udledes af ordlyden.

²⁵¹ Jf. L 194, s. 8 f.; Skatteministerens svar på spørgsmål 2 til L 194 – spørgsmål om kommentar til henvendelse fra FSR – danske revisorer til Folketingets Skatteudvalg af den 9. maj 2017, s. 3; Bilag 1 til L 194, Høringsskema, s. 19; Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.C.1.2.4 Selvstændigt erhvervsdrivende ved deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab; og som bemærket i bl.a. RR.4.2018.68; Partnerselskaber, s. 103; og Christian Skovgaard Hansen i Erhvervsbeskatning, s. 394.

²⁵² Som også bemærket i SR.2021.17.

I SKM 2020.310 SR ønskede spørgeren at få bekræftet, at vedkommende kunne anvende Capital Asset Pricing-modellen (herefter "CAPM") til at beregne afkastet for sin investering i det skattemæssigt transparente selskab H1 P/S.²⁵³ Spørgerens løn udgjorde i 2018 ca. 1,5 mio. kr., mens vedkommendes beregnede afkast udgjorde 125.000 kr.

I Skattestyrelsens indstilling til begrundelse, som blev tiltrådt af Skatterådet, blev det hertil indledningsvist anført, at fordelingen mellem lønindkomst og afkast skal ske ud fra en samlet vurdering af de tre under (i)-(iii) nævnte forhold. I begrundelsen blev det tillige anført, at der efter Skattestyrelsens opfattelse ikke alene kan foretages en beregning af afkastet på investeringen, hvorefter at den resterende indkomst uden yderligere antages at være lønindkomst.

Herefter blev det anført, at forskellen mellem den samlede indkomst fra H1 P/S og det beregnede afkast efter CAPM ikke konkret ansås for at afvige væsentligt fra lønniveauet hos tilsvarende lønmodtagergrupper, ligesom det blev lagt til grund, at det beregnede afkast ikke oversteg, hvor meget der efter civilretlige regler var udloddet som udbytte. CAPM kunne derfor i den konkrete sag anvendes til at fastlægge afkastet på spørgerens investering i H1 P/S.

Det kan heraf udledes, at CAPM efter omstændighederne vil kunne anvendes til at beregne en deltagers afkast. Dog er det nødvendigt at foretage en konkret, samlet vurdering, hvor der navnlig skal ses på, om lønindkomsten væsentligt afviger fra lønniveauet hos tilsvarende lønmodtagergrupper, samt om det beregnede afkast overstiger, hvor meget der efter civilretlige regler er udloddet som udbytte.

Afgørelsen kan derfor næppe anses som en generel anerkendelse af, at CAPM altid vil kunne anvendes

til beregningen af afkastet, hvilket også skal ses i lyset af muligheden for variation af de inputparametre, som anvendes i modellen.²⁵⁴

Samlet set kan det således vurderes, at være forbundet med særdeles stor usikkerhed, hvordan fordelingen mellem lønindkomst og afkast konkret skal foretages. Det må dog vurderes, at en skatteyder har en vis margin, hvor skattemyndighederne vil anerkende en opdelingen indenfor, så længe opdelingen ikke medfører, at lønindkomsten væsentligt afviger fra lønniveauet hos tilsvarende lønmodtagergrupper, samt at afkastet ikke overstiger, hvor meget der efter civilretlige regler er udloddet som udbytte.

5.2. Udtrædelse af virksomhedsordningen

Hvis en deltager ikke længere kan anses som selvstændig erhvervsdrivende, og vedkommende har anvendt virksomhedsordningen, kan der opstå skattemæssige udfordringer omkring den fortsatte anvendelse af virksomhedsordningen.

Det følger således af VSL § 15 stk. 1, 1. pkt., at hvis den skattepligtige ophører med at drive selvstændig erhvervsvirksomhed, medregnes indestående på kontoen for opsparat overskud med tillæg af den hertil svarende virksomhedsskat til den personlige indkomst i samme indkomstår.

I bemærkningerne til L 194 fremgår det, at VSL § 15 finder anvendelse i det tilfælde, hvor en deltager ikke længere anses som selvstændig erhvervsdrivende, hvilket havde den konsekvens, at pr. den 1. januar 2018 udtrådte sådanne deltagere af virksomhedsordningen, hvis de ikke havde anden selvstændig erhvervsvirksomhed.²⁵⁵ Dette vil i øvrigt tillige være konsekvensen for deltagere, som senere omkvalificeres fra selvstændig erhvervsdrivende til lønmodtager.²⁵⁶

²⁵³ Efter CAPM fastsættes en investors afkast på egenkapitalen til et risikofrit afkast plus et risikotillæg, der bestemmes ved en markedsrisikopræmie og virksomhedens systematiske risiko (betaværdi). Se nærmere om værdiansættelsesmetoden i Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.J.3.1.2.2 Egenkapitalomkostninger/ejernes afkastkrav.

²⁵⁴ Som også bemærket i SR2020.277.

²⁵⁵ Jf. L 194, s. 9.

²⁵⁶ En sådan skattemæssig omkvalificering kan foretages af Skatteforvaltningen i medfør af SFL §§ 26-27 om ordi-nær og ekstraordinær ansættelse.

Skatteministeriet har bekræftet, at spørgsmål om udtræden af virksomhedsordningen alene er relevant, hvis deltageren ikke har anden erhvervsvirksomhed,²⁵⁷ og (i) deltagerens virksomhedsandel i det skattemæssigt transparente selskab udgør erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang;²⁵⁸ eller (ii) der slet ikke er foretaget noget indskud, der kan regnes et afkast af.²⁵⁹

Følgen, af at virksomhedsordningen ikke længere kan anvendes, er, at det opsparede overskud med tillæg af den hertil svarende virksomhedsskat medregnes til den personlige indkomst i samme indkomstår, jf. VSL § 15 stk. 1, 1. pkt.²⁶⁰ Dette betyder således, at det opsparede overskud ikke længere kan indestå i virksomhedsordningen med den foreløbige beskatning på 22 %, men derimod kommer det opsparet overskud til beskatning i den pågældendes personlige indkomst, herunder med påligning af evt. top-skat, jf. PSL § 7.

Hertil skal dog bemærkes, at deltageren har mulighed for at overtage eller påbegynde anden virksomhed inden udløbet af det efterfølgende indkomstår,

²⁵⁷ Hvis en skattepligtig driver anden erhvervsvirksomhed, vil det ikke have nogle umiddelbare konsekvenser for den fortsatte anvendelse af virksomhedsordningen, at den pågældende ikke anses som selvstændig erhvervsdrivende ved deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab, idet der alene vil være tale om et delvist ophør af drift af erhvervsvirksomhed. Se f.eks. herom hos Niels Jørgen Kristensen i Erhvervsbeskatning, s. 248.

²⁵⁸ Se herom i afsnit 5.1.1.

²⁵⁹ Jf. Skatteministerens svar på spørgsmål 2 til L 194 – spørgsmål om kommentar til henvendelse fra FSR – danske revisorer til Folketingets Skatteudvalg af den 9. maj 2017, s. 4.

²⁶⁰ Af bestemmelsens 2.-4. pkt. følger det dog, at hvis der opretholdes en regnskabsmæssig opdeling af den skattepligtiges samlede økonomi i en virksomhedsøkonomi og en privatøkonomi efter i hele det indkomstår, hvor ophøret finder sted, kan virksomhedsordningen anvendes til og med udløbet af indkomståret. I dette tilfælde indgår salgs-summen i virksomhedsordningen. Indestående på kontoen for opsparet overskud ved indkomstårets udløb med tillæg af den hertil svarende virksomhedsskat medregnes til den personlige indkomst i det efterfølgende indkomstår.

²⁶¹ Dette forudsætter, at den regnskabsmæssige opdeling af den skattepligtiges samlede økonomi i en virksomhedsøkonomi og en privatøkonomi efter § 2, stk. 1, opretholdes i hele perioden, jf. VSL § 15, stk. 2, 2. pkt.

uden at anvendelsen af virksomhedsordningen anses som ophørt, jf. VSL § 15, stk. 2, 1. pkt.²⁶¹

5.3. Deltagelse via kapitalselskab – rette indkomstmodtager

Hvis en deltager har været medejer af et skattemæssigt transparent selskab gennem et kapitalselskab, hvorefter vedkommende er blevet omkvalificeret til lønmodtager, vil udbetalt vederlag til deltagerens kapitalselskab ikke være udbetalt til rette indkomstmodtager, da en lønmodtager ikke kan modtage sin løn i et kapitalselskab.²⁶²

Følgen heraf vil være, at indkomsten reelt kan blive trippelbeskattet.²⁶³ Dette er tilfældet, da (i) indkomsten i første omgang anses for at have passeret ejerens økonomi og hermed skal beskattes som personlig indkomst;²⁶⁴ (ii) indkomsten anses som overdraget til kapitalselskabet, som vil blive beskattet af vederlaget som et skattepligtigt tilskud;^{265 266} og (iii) vederlaget vil blive udbyttebeskattet som aktieindkomst, når ejeren ønsker at hæve midlerne,²⁶⁷ jf. PSL § 4 a, stk. 1, nr. 1, jf. LL § 16 A.²⁶⁸

²⁶² Jf. L 194, s. 8; Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.C.1.2.4 Selvstændigt erhvervsdrivende ved deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab; og Introduktion til dansk selskabsret II, s. 32, fodnote 19. Se nærmere herom i afsnit 3.3.1.2.

²⁶³ Denne risiko for trippelbeskatning er også bemærket af FSR – danske revisorer i deres henvendelse af den 9. maj 2017 til Folketingets Skatteudvalg, som er offentliggjort som bilag 5 til L 194; RR.4.2018.68; og Partnerselskaber, s. 26 og s. 103. Ifølge forfatterne i sidstnævnte kan denne trippelbeskatning i værste fald medfører en beskatning på ca. 110 %.

²⁶⁴ Jf. f.eks. Anders Nørgaard Laursen i Lærebog om indkomstskat, s. 762.

²⁶⁵ Jf. f.eks. Anders Nørgaard Laursen i Lærebog om indkomstskat, s. 762 og Jane Bolander samme sted, s. 1070.

²⁶⁶ Det bemærkes, at der ikke vil være tale om et skattefrit tilskud i medfør af SEL § 31 D, da et sådant tilskud ikke vil kunne rubriceres som et tilskud fra concernforbundne selskaber eller foreninger m.v. omfattet af SEL § 31 C.

²⁶⁷ Eller efter omstændighederne som lønindkomst, jf. afsnit 4.2.

²⁶⁸ Hertil skal det dog bemærkes, at Skatteministeriet har anført, at der efter omstændighederne vil kunne ske omgørelse efter SFL § 29 i de første år efter lovens vedtagelse, hvis opdelingen, som viser sig at være forkert, ikke

Skatteministeriet har som et svar på en henvendelse fra FSR – danske revisorer anført, at der også i situationer, hvor en deltager via et kapitalselskab deltager i et skattemæssigt transparent selskab, skal ske en opdeling af indkomsten mellem lønindkomst og afkast med den følge, at kapitalselskabet er rette indkomstmodtager af afkastet.^{269 270}

Dette må anses som den naturlige følge af, at afkast fra investeringen anses som erhvervsindkomst, som der således kan erhverves gennem et kapitalselskab. Dog skaber denne følge yderligere usikkerheder, idet der kan opstå spørgsmål om, hvad konsekvensen vil være, hvis en deltager, som løn, modtager afkast af investeringen, som vedkommendes kapitalselskab rettelig er rette indkomstmodtager af. I princippet kan der tillige ske trippelbeskatning i dette tilfælde, da afkastdelen af deltageren indkomst efter omstændighederne må kunne kvalificeres som maskeret udbytte²⁷¹ fra den pågældendes kapitalselskab, da det vil føre til manglende indtægter – og beskatning heraf – for selskabet.

I realiteten vil der dog formentlig ikke ske en sådan omkvalificering af en del af en deltagers lønindkomst til selskabsindkomst, såfremt lønniveauet ikke væsentligt afviger fra lønindkomsten hos tilsvarende lønmodtagergrupper og indkomsten i øvrigt ikke civilretligt er kvalificeret som udbytte hos det skattemæssigt transparente selskab, jf. Skattestyrelsen argumentation, som blev tiltrådt af Skatterådet, i SKM 2020.310 SR om fordeling mellem afkast og lønindkomst.²⁷²

Sammenfattende kan det anføres, at hvis en deltager har deltaget gennem et kapitalselskab i et skattemæssigt transparent selskab, og vedkommende anses

nødvendigvis er sket med henblik på at spare eller udskyde skatter men er sket for at efterleve lovens krav om en korrekt fordeling af indkomsten, jf. Skatteministerens svar på spørgsmål 2 til L 194 – spørgsmål om kommentar til henvendelse fra FSR – danske revisorer til Folketingets Skatteudvalg af den 9. maj 2017, s. 5.

²⁶⁹ Jf. Skatteministerens svar på spørgsmål 2 til L 194 – spørgsmål om kommentar til henvendelse fra FSR – danske revisorer til Folketingets Skatteudvalg af den 9. maj 2017, s. 5.

som lønmodtager, er det alene afkastet af investeringen, som kapitalselskabet anses for rette indkomstmodtager af. Hvis kapitalselskabet modtager lønindkomsten, vil der ske trippelbeskatning heraf. Det samme vil formentlig være tilfældet, hvis deltageren personligt modtager afkastet af investeringen.

5.4. Delkonklusion

Samlet set kan det konkluderes, at det har væsentlige skattemæssige konsekvenser, hvis en deltager i et skattemæssigt transparent selskab kvalificeres som lønmodtager.

For det første skal der foretages en opdeling af deltagerens indkomst i henholdsvis løn og afkast på investeringen. Den skattemæssige stilling af afkastet hos deltageren afhænger, som følge af transparensprincippet, af hvilken type af indkomst, som det skattemæssigt transparente selskab har. I udgangspunktet vil indkomsten være personlig indkomst.

Afkastet anses som indkomst fra selvstændig erhvervsvirksomhed, hvorfor det i udgangspunktet vil kunne indgå i virksomhedsordningen, medmindre virksomhedsandelen anses som værende erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang. Det er en konkret vurdering, hvornår dette er tilfældet, hvor der næppe alene kan lægges vægt på, om investeringen og ejerandelen er større end i SKM 2015.729 SR.

For så vidt angår fordelingen af indkomsten i lønindkomst og afkast af investeringen, skal der ligeledes foretages en konkret vurdering, hvori det indgår: (i) hvilken løn deltageren ville have fået, hvis vedkommende ikke havde været deltager; (ii) hvilket afkast man normalt kan opnå af en tilsvarende investering; og (iii) hvor meget der er udloddet som udbytte efter

²⁷⁰ I SKM 2022.42 SR ønskede spørgeren bekræftet, at det selskab, som vedkommende deltog i et partnerselskab igennem, skulle anses som rette indkomstmodtager af afkastet af investeringen. Dette bekræftede Skatterådet.

²⁷¹ Se om begrebet hos f.eks. Jane Bolander i Lærebog om indkomstskat, s. 1075 ff.

²⁷² Se nærmere om afgørelsen i afsnit 5.1.2, der dog ikke omhandlede en situation, hvor deltagelse skete gennem et kapitalselskab.

civilretlige regler. Det er i praksis særdeles vanskeligt at foretage denne opdeling, som har store skattemæssige følger.

I SKM 2020.310 SR anerkendte Skatterådet, at CAPM kunne anvendes til at beregne deltagerens afkast. Dette kan dog ikke anses som en generel anerkendelse af metoden, da vurderingen skal inddrage alle de nævnte parametre. Samlet kan det konkluderes, at opdelingen formentlig dog kan ske inden for en vis margin, således at skattemyndighederne vil anerkende opdelingen, hvis den ikke medfører, at lønindkomsten væsentligt afviger fra lønniveauet hos tilsvarende lønmodtagergrupper, samt at afkastet ikke overstiger, hvor meget der efter civilretlige regler er udloddet som udbytte.

Det kan endvidere konkluderes, at en deltager, som ikke længere kan anses som selvstændig erhvervsdrivende, og som ikke har anden selvstændig erhvervsvirksomhed, ikke længere kan anvende virksomhedsordningen, hvis afkastet af vedkommendes investering anses for erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang, eller der slet ikke er foretaget noget indskud at beregne afkast af. Dette medfører, at det opsparede overskud med tillæg af den hertil svarende virksomhedsskat medregnes til den personlige indkomst, herunder med påligning af evt. topskat, jf. VSL § 15 stk. 1.

Afslutningsvist kan det konkluderes, at hvis en deltager, der anses som lønmodtager, deltager i et skattemæssigt transparent selskab gennem et kapitalselskab, vil udbetalt vederlag til kapitalselskabet alene være udbetalt til rette indkomstmodtager i det omfang, der er tale om afkast af investeringen. Hvis lønindkomst er udbetalt til kapitalselskabet, vil indkomsten blive trippelbeskattet. En tilsvarende trippelbeskatning vil kunne opstå, hvis en deltager modtager afkastet som lønindkomst, idet vedkommendes kapitalselskab, er rette indkomstmodtager heraf.

6. Konklusion

Afhandlingen har haft til formål at analysere og vurdere betingelserne for, hvornår en deltager i et skattemæssigt transparent selskab kan kvalificeres som selvstændig erhvervsdrivende i medfør af LL § 4, og vurdere hvilke skattemæssige konsekvenser det har for deltageren, hvis vedkommende kvalificeres som selvstændig erhvervsdrivende eller lønmodtager.

Overordnet kan det om kvalifikationen som selvstændig erhvervsdrivende konkluderes, at der skal foretages en samlet vurdering af alle relevante forhold, men at vurderingen navnlig centrerer sig om følgende to betingelser: (i) hvorvidt deltageren har en reel økonomisk risiko; og (ii) om deltageren har indflydelse på overordnede beslutninger i selskabet.

For så vidt angår vurderingen af, om en deltager har reel økonomisk risiko, konkluderes det, at vurderingen koncentrerer sig om, (i) deltagerens hæftelse; og (ii) om den pågældende er garanteret et minimumsvederlag og deltager i fordelingen af evt. underskud.

Angående en deltagers hæftelse, er det nødvendigt at sondre mellem hvilken selskabstype, der er tale om. Hvis deltageren er kommanditist i et kommanditselskab eller partnerselskab, og således alene hæfter begrænset for selskabets forpligtelser, skal vedkommendes indskud i almindelighed væsentligt overstige 400.000 kr., for at den pågældende kan anses for at have en reel økonomisk risiko, jf. SKM 2018.579 SR. Dette vil særligt være tilfældet, hvis deltagerens løbende vederlag forventes at udgøre et beløb, der væsentligt overstiger det investerede beløb. En mindre hæftelse kan dog være tilstrækkelig, hvis deltageren derudover selv afholder væsentlige udgifter i forbindelse med erhvervsdriften, jf. SKM 2022.309 SR. Ud over deltagerens indskud, vil et ydet ansvarligt lån til det skattemæssigt transparente selskab tilige indgå i vurderingen af det beløb, som deltageren hæfter med, jf. SKM 2018.579 SR og SKM 2018.580 SR. Der kan næppe opstilles et krav om, at det ansvarlige lån aktuelt og reelt skal være indbetalt, når deltageren er forpligtet til at yde lånet.

Hvis deltageren er interessent i et interessentskab (eller komplementar i et kommanditselskab eller partnerselskab) konkluderes det, at det ikke er nødvendigt, at deltageren har foretaget et indskud, da den personlige, ubegrænsede og solidariske hæftelse taler afgørende for reel økonomisk risiko, jf. SKM 2022.335 LSR. Hvis hæftelsen dog er illusorisk, navnlig i tilfælde af, at interessentskabet ikke har reelle økonomiske forpligtelser; eller deltageren ikke reelt hæfter for interessentskabets forpligtelser, vil hæftelsen alene kunne anses som begrænset til deltagerens evt. indskud. Såfremt interessenten deltager gennem et kapitalselskab, anses hæftelsen uagtet for at være personlig, ubegrænset og solidarisk og ikke begrænset til kapitalselskabets egenkapital, jf. SKM 2021.333 SR. Dette medfører samlet, at en deltager i et interessentskab lettere kan anses for at have en reel økonomisk risiko, end en deltager i et kommanditselskab eller partnerselskab.

Det kan endvidere konkluderes, at hvis en deltager modtager et minimumsvederlag, taler det afgørende imod, at vedkommende kan anses for at have en reel økonomisk risiko. Deltagelse i fordelingen af underskud efter en deltagers ejerandel ændrer ikke herved. Der foreligger et minimumsvederlag, hvis (i) en deltager modtager vederlag, selvom selskabet generer underskud, og deltageren ikke deltager i fordelingen af underskuddet; eller (ii) deltageren modtager vederlag selvom selskabet generer et underskud, og vedkommende deltager i fordelingen af underskuddet, men selskabets ejerskabsfordeling medfører, at én eller flere deltagere bærer størstedelen af dette underskud, og vedkommende således alene skal tilbagebetale en del af sit vederlag, jf. SKM 2019.410 SR. Modsat kan det konkluderes, at der ikke er tale om et minimumsvederlag, hvis deltageren alene modtager vederlag, hvis selskabet har overskud, selvom vedkommende modtager vederlag før andre deltagere, jf. SKM 2022.335 LSR.

På den anden side konkluderes det, at det ikke skal medregnes til en deltagers økonomiske risiko, at vedkommende personligt risikerer at blive mødt med et erstatningsansvar, medmindre der er konkrete hol-

depunkter, der bestyrker denne risiko. Hertil kommer at en ansvarsforsikring næppe skal tillægges betydning i vurderingen af en deltagers økonomiske risiko, da et selskab ofte vil pådrage sig forpligtelser, som ikke er omfattet af en ansvarsforsikrings dækningsområde.

For så vidt angår vurderingen af, om en deltager har indflydelse på overordnede beslutninger, konkluderes det, at deltagerens stemmeret alene er ét moment i vurderingen. Hvis deltageren er en del af selskabets ledelse eller har vetoret til visse væsentligt beslutninger, taler det for indflydelse, jf. henholdsvis SKM 2019.234 SR og SKM 2020.182 SR. Modsat taler det imod indflydelse på overordnede beslutninger, hvis en eller flere af de øvrige deltagere har vetoret til visse væsentlige beslutninger, jf. SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR smh. med SKM 2022.335 LSR. Hvis selskabet har mange hundrede deltagere vil det også tale imod indflydelse på overordnede beslutninger, men medfører dog ikke i sig selv, at deltagerne ikke kan anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger. Hvis deltagerne således har nogenlunde samme ejerandel og stemmerettigheder, vil de alle formentlig kunne anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger, jf. SKM 2018.579 SR, SKM 2018.580 SR, SKM 2019.519 SR og SKM 2019.520 SR.

Hvis en deltager har instruktionsbeføjelse over for ansatte, kan det konkluderes, at det vil tale for, at vedkommende har indflydelse på overordnede beslutninger. Hvis en deltager i modsætning hertil selv er underlagt instruktionsbeføjelse, konkluderes det, at det vil være et moment, der taler afgørende imod, at vedkommende kan anses for at have indflydelse på overordnede beslutninger. Det vil ligeledes være et moment, der taler imod indflydelse på overordnede beslutninger, hvis deltageren er underlagt en instruktionslignende beføjelse. Dette vil navnlig kunne være tilfældet, hvis (i) én deltager ejer majoriteten af det skattemæssigt transparente selskab, og de øvrige deltagere ikke er medejere af majoritets-ejeren, jf. SKM 2019.410 SR smh. med SKM 2020.414 SR; eller (ii) nogle deltagere har mulighed for at

opsige øvrige deltagere uden saglig begrundelse herfor, jf. SKM 2022.335 LSR smh. med SKM 2023.172 LSR og SKM 2023.173 LSR.

Det konkluderes endvidere, at idet der anlægges en samlet vurdering, vil en meget stor økonomisk risiko eller betydelig indflydelse på overordnede beslutninger kunne opveje for, at det andet kriterie taler imod, at en deltager skal anses som selvstændig erhvervsdrivende. Hvis ét af kriterierne dog slet ikke er opfyldt, vil deltageren ikke kunne anses som selvstændig erhvervsdrivende.

For så vidt angår problemformuleringens anden del, om de skattemæssige konsekvenser ved kvalifikationen som selvstændig erhvervsdrivende eller lønmodtager, konkluderes det, at der er en række skattemæssige fordele ved at blive kvalificeret som selvstændig erhvervsdrivende. En deltager har således bl.a. mulighed for, at anvende virksomhedsordningen samt at deltage i det skattemæssigt transparente selskab gennem et kapitalselskab.

Hvis deltageren i stedet anses som lønmodtager, kan det konkluderes, at dette medfører en række skattemæssige udfordringer. For det første medfører kvalifikationen, at der skal foretages en opdeling af deltagerens indkomst i henholdsvis løn og afkast på investeringen. Den samlede indkomst vil i udgangspunktet anses som personlig indkomst, men afkastet vil kunne indgå i virksomhedsordningen, da det anses som indkomst fra selvstændig erhvervsvirksomhed. Hvis deltagerens virksomhedsandel dog anses som værende erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang, kan virksomhedsordningen ikke anvendes.

Når der skal foretages en fordeling af indkomsten i lønindkomst og afkast af investeringen, foretages der en konkret vurdering, hvor der navnlig lægges vægt på, (i) hvilken løn deltageren ville have fået, hvis vedkommende ikke havde været deltager; (ii) hvilket afkast man normalt kan opnå af en tilsvarende investering; og (iii) hvor meget der er udloppet som udbytte efter civile regler. Det må vurderes, at det i praksis er særdeles vanskeligt at foretage denne opdeling, som har store skattemæssige følger. Opdelingen kan dog formentlig ske inden for en vis margin

således, at skattemyndighederne vil anerkende opdelingen, hvis den ikke medfører, at lønindkomsten væsentligt afviger fra lønniveauet hos tilsvarende lønmodtagergrupper, samt at afkastet ikke overstiger, hvor meget der efter civile regler er udloddet som udbytte.

Det kan endvidere konkluderes, at en deltager som ikke længere kan anses som selvstændig erhvervsdrivende, og som ikke har anden selvstændig erhvervsvirksomhed, ikke længere kan anvende virksomhedsordningen, hvis afkastet af vedkommendes investering anses for erhvervsvirksomhed af meget begrænset omfang, eller der slet ikke er foretaget noget indskud at beregne afkast af. Dette medfører, at det opsparede overskud med tillæg af den hertil svarende virksomhedsskat medregnes til den personlige indkomst, herunder med påligning af evt. topskat, jf. VSL § 15 stk. 1.

Afslutningsvist konkluderes det, at en deltagers vederlag kan blive trippelbeskattet, hvis vedkommende anses som lønmodtager og har deltaget i det skattemæssigt transparente selskab gennem et kapitalsselskab, idet udbetalt vederlag til kapitalsselskabet alene vil være udbetalt til rette indkomstmodtager i det omfang, der er tale om afkast af investeringen. En tilsvarende trippelbeskatning vil kunne opstå, hvis en deltager modtager afkastet af investeringen som lønindkomst, idet kapitalsselskabet vil være rette indkomstmodtager heraf.

7. Perspektivering

Afhandlingen har foretaget en analyse og vurdering af betingelserne for, hvornår en deltager i et skattemæssigt transparent selskab kan anses som selvstændig erhvervsdrivende i medfør af LL § 4, og vurderet hvilke skattemæssige konsekvenser det har for deltageren, hvis vedkommende kvalificeres som selvstændig erhvervsdrivende eller lønmodtager. Som det fremgår af afhandlingen, kan svaret på disse udfordringer ikke findes i LL § 4's sparsomme ordlyd, ligesom lovforarbejderne heller ikke giver klare svar i alle tilfælde.

Dette fører til overvejelser om udfordringerne ved at lovgive gennem lovforarbejder. Som bekendt tillægges lovforarbejder, herunder særligt bemærkningerne til lovforslag, generelt betydelig retskildemæssig værdi, idet lovforarbejderne medvirker til forståelsen af lovgivers intention med lovgivningen.²⁷³

Det er imidlertid klart, at der også er flere udfordringer ved lovgivning gennem lovforarbejder. Det kan således være problematisk, hvis bemærkningerne indeholder regler og/eller fortolkninger, som ikke kan udledes af lovens tekst. Peter Blume har f.eks. anført herom, at en sådan type lovgivning i lovbemærkningerne er uønskeligt, da formålet med bemærkningerne er at bidrage til forståelsen af lovgivers intention.²⁷⁴

Hvis lovgiver vælger at introducere grundlæggende nyskabelser inden for et retsområde, kan der således argumenteres for, at dette bør fremgå klart af lovens ordlyd og ikke alene af bemærkningerne til lovforslaget. Som eksempel herpå kan opdelingen af en deltagers vederlag i lønindkomst og afkast, hvis vedkommende kvalificeres som lønmodtager, i medfør af LL § 4, nævnes.²⁷⁵

Endvidere kan det fremhæves, at nærværende afhandlings konklusioner har illustreret, at der er et generelt behov for, at bemærkninger til lovforslag udtrykker klarhed. Som det fremgår under pkt. 2 i vejledning nr. 9964 af den 23. november 2023 om lov-kvalitet, bør både selve lovteksten og bemærkningerne i lovforslaget affattes klart, systematisk, let læseligt og pædagogisk for at sikre forudsigelighed og ensartet retsanvendelse og dermed skabe større retssikkerhed. I vejledningen fremhæves det, at dette særligt gælder, hvor loven giver myndighederne mulighed for at foretage indgreb over for borgere, herunder ved opkrævning af skatter og afgifter.

Afslutningsvist kan det påpeges, at der ikke i samme omfang som tidligere laves grundige forundersøgelser og analyse af flere forskellige løsningsmodeller, herunder eksempelvis ved kommissionsbetænkninger i det lovforberedende arbejde.²⁷⁶ En grundighed i lovforarbejdet må særligt anses for væsentligt inden for skatteområdet, idet lovgivningen kan have væsentlig indvirkning på borgerne.

²⁷³ Jf. Jane Bolander i Lærebog om indkomstskat, s. 116; Sten Schaumburg-Müller i Juraens verden, s. 72; Peter Blume i Skriftlig jura, s. 13 f.; og Retssystemet og juridisk metode, s. 210 ff.

²⁷⁴ Retssystemet og juridisk metode, s. 212.

²⁷⁵ Som også bemærket i SR.2021.17.

²⁷⁶ Jf. Rasmus Grønved Nielsen, »Hastelovgivning«, forarbejders retskildeværdi og magtfordeling – essay til retskildelæren, trykt i Juristen, årgang 2023, nr. 3, s. 73 f.

8. Litteraturliste

Retsforskrifter

EU lovgivning

Rådets forordning (EØF) nr. 2137/85 af 25. juli 1985 om indførelse af europæiske økonomiske firmagrupper (EØFG).

Dansk lovgivning

Aktieavancebeskatningsloven – lovbekendtgørelse nr. 172 af den 29. januar 2021 om den skattemæssige behandling af gevinster og tab ved afståelse af aktier m.v. (aktieavancebeskatningsloven).

Ejendomsavancebeskatningsloven – lovbekendtgørelse nr. 132 af den 25. januar 2019 om beskatning af fortjeneste ved afståelse af fast ejendom (ejendomsavancebeskatningsloven).

Fondsbeskatningsloven – lovbekendtgørelse nr. 700 af den 20. april 2021 om beskatning af fonde og visse foreninger (fondsbeskatningsloven).

Grundloven – lov nr. 169 af den 5. juni 1953.

Investeringsfondsloven (dagældende) – lovbekendtgørelse nr. 1152 af den 7. oktober 2014 om investeringsfonds.

Ligningsloven – lovbekendtgørelse nr. 42 af den 13. januar 2023 om påligningen af indkomstskat til staten (ligningsloven).

Lov nr. 388 af den 7. juni 1989 om ændring af forskellige skattelove (Anparter).

Lov nr. 684 af den 8. juni 2017 om ændring af ligningsloven (Kvalifikation af selvstændig erhvervsvirksomhed ved deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab).

Lov nr. 1179 af den 8. juni 2021 om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre love (EU-retlig tilpasning af foreningsbeskatningen, diverse justeringer af investeringsinstitutters beskatning, skattefrigørelse af selvejende plejehjem og plejeboliger, forhøjelse af det skattefrie bundfradrag for ydelser fra sociale fonde m.v., indberetning af udbytter af aktier

m.v. registreret i en dansk værdipapircentral og kontoført af en udenlandsk kontofører og ændringer som følge af det midlertidige forbud mod hold af mink m.v.).

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder – lovbekendtgørelse nr. 249 af den 1. februar 2021 om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Persoonskatteloven – lovbekendtgørelse nr. 1284 af den 14. juni 2021 om indkomstskat for personer m.v. (persoonskatteloven).

Retsplejeloven – lovbekendtgørelse nr. 1655 af den 25. december 2022.

Revisorloven – lovbekendtgørelse nr. 1219 af den 31. august 2022 om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder (revisorloven).

Selskabsloven – lovbekendtgørelse nr. 1168 af den 1. september 2023 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven).

Selskabsskatteloven – lovbekendtgørelse nr. 1241 af den 22. august 2022.

Skatteforvaltningsloven – lovbekendtgørelse nr. 835 af den 3. juni 2022.

Søloven – lovbekendtgørelse nr. 1013 af den 29. juni 2023.

Virksomhedsskatteloven – lovbekendtgørelse nr. 1836 af den 16. september 2021 om indkomstbeskatning af selvstændige erhvervsdrivende (virksomhedsskatteloven).

Bekendtgørelser

Bekendtgørelse nr. 1131 af den 18. november 2008 om godkendelse af vedtægt for Det Danske Advokatsamfund som senest ændret ved bekendtgørelse nr. 1411 af den 4. oktober 2022.

Bekendtgørelse nr. 1536 af den 9. december 2015 om godkendte revisorerers garantistillelse og ansvarsforsikring.

Cirkulærer

Cirkulære nr. 129 af den 4. juli 1994 om personskatteloven.

Cirkulære nr. 166 af den 29. oktober 1984 til investeringsfondsloven.

Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.A.2.2.1
Personlig indkomst.

Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.C.1.2.1
Selvstændig erhvervsvirksomhed, afgrænsning over for lønmodtagere.

Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.C.1.2.4
Selvstændigt erhvervsdrivende ved deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab.

Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.D.1.1.12
Andre foreninger.

Den juridiske vejledning 2023-2 afsnit C.J.3.1.2.2
Egenkapitalomkostninger/ejernes afkastkrav.

Vejledninger

Vejledning nr. 9964 af den 23. november 2023 om lovkvalitet.

Privatretlige vedtægter

Vedtægt for Det Danske Advokatsamfund.

Lovforarbejder

Lovforslag L 194 fremsat den 26. april 2017 om forslag til lov om ændring af ligningsloven (Kvalifikation af selvstændig erhvervsvirksomhed ved deltagelse i et skattemæssigt transparent selskab).

Bilag 1 til L 194, Høringssvar.

Bilag 1 til L 194, Høringsskema.

Bilag 3 til L 194, henvendelse fra Dansk Industri af den 3. maj 2017.

Bilag 5 til L 194, FSR – danske revisorers henvendelse af den 9. maj 2017 til Folketingets Skatteudvalg.

Bilag 6 til L 194, Skatterådets henvendelse til skatteministeren af den 22. september 2015.

Skatteministerens svar på spørgsmål 1 til L 194 – spørgsmål om kommentar til henvendelse fra Dansk Industri til Folketingets Skatteudvalg af den 3. maj 2017.

Skatteministerens svar på spørgsmål 2 til L 194 – spørgsmål om kommentar til henvendelse fra FSR – danske revisorer til Folketingets Skatteudvalg af den 9. maj 2017.

Betænkning nr. 1169/1989 fra udvalget vedrørende anparter.

Lovforslag L 245 fremsat den 12. maj 1989 om forslag til lov om ændring af forskellige skattelove (Anparter).

Skattestyrelsens notat om bidrag til gennemgang af ligningslovens § 4 af den 13. januar 2021, overleveret til Folketingets Skatteudvalg, 2020-21, SAU Alm. del - Bilag 119.

Domme

TfS 1999, 646 ØL.

UfR 1996.1027 H (TfS 1996, 449 H).

UfR 1998.1314 H (TfS 1998, 485 H).

UfR 2002.765 H.

UfR 2011.781 H (TfS 2011, 175 H).

Administrative afgørelser

SKM 2023.172 LSR (Skatterådets afgørelse SKM 2020.290 SR).

SKM 2023.173 LSR (Skatterådets afgørelse SKM 2020.291 SR).

SKM 2022.335 LSR (Skatterådets afgørelse SKM 2019.462 SR).

SKM 2022.309 SR.

SKM 2022.42 SR.

SKM 2021.333 SR.

SKM 2021.210 SR.

SKM 2021.139 SR.

SKM 2020.513 SR.

SKM 2020.512 SR.

SKM 2020.486 SR.

SKM 2020.414 SR.

SKM 2020.411 SR.

SKM 2020.310 SR.

SKM 2020.292 SR.

SKM 2020.182 SR.

SKM 2019.653 SR.

SKM 2019.520 SR.

SKM 2019.519 SR.

SKM 2019.410 SR.

SKM 2019.355 SR.

SKM 2019.234 SR.

SKM 2018.580 SR.

SKM 2018.579 SR.

SKM 2015.729 SR.

SKM 2002.112.LR.

TfS 1998, 137 DEP.

TfS 1998, 742 DEP.

Ikke offentliggjort bindende svar af den 6. april 2022 afgivet af Skattestyrelsen.

Bøger

Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller (red.), Juraens verden – metoder, retskilder og discipliner, 1. udgave, 2020, DJØF Forlag A/S.

Carsten Fode, Noe Munck og Mads Reinholdt Sørensen, Valg af selskabsform – omstrukturering af selskaber, 5. udgave, 2022, Karnov Group Denmark A/S.

Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 3. udgave, 2022, DJØF Forlag A/S.

Christian Skovgaard Hansen og Troels Michael Lilja (red.), Erhvervsbeskatning – med fokus på personselskaber og virksomhedsordningen, 3. udgave, 2023, Djøf Forlag A/S.

Erik Hørlyck, Interessentskaber og konsortier, 2. udgave, 1996, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 21. udgave, 2019, Karnov Group Denmark A/S.

Erik Werlauff, Valg af virksomhedsform, 3. udgave, 2019, WERLAUFF Publishing A/S.

Henrik Dam, Henrik Gam og Jacob Graff Nielsen, Grundlæggende Skatteret 2023, 16. udgave, 2023, Karnov Group Denmark A/S.

Henrik Kure, Finansieringsret, 3. udgave, 2021, Karnov Group Denmark A/S.

Henrik Peytz, Ligningsloven med kommentarer – bind I, 3. udgave, 2021, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Henrik Peytz, Selskabsskatteloven med kommentarer – bind I, 1. udgave, 2019, DJØF Forlag A/S.

Jan Børjesson, Martin Chr. Kruhl og Ole B. Sørensen, Partnerselskaber, 2. udgave, 2017, Karnov Group Denmark A/S.

Jan Pedersen, Malene Kerzel, Jane Ferniss og Claus Hedegaard Eriksen, Skatteretten 2, 9. udgave, 2021, Karnov Group Denmark A/S.

- Jan Schans Christensen, Kapitalselskaber - Aktie- og anpartsselskabsret, 6. udgave, 2021, Karnov Group Denmark A/S.
- Jane Bolander, Liselotte Madsen, Anders Nørgaard Laursen, og Inge Langhave, Lærebog om indkomstskat, 20. udgave, 2023, DJØF Forlag A/S.
- Jens Evald, Juridisk teori, metode og videnskab, 2. udgave, 2020, DJØF Forlag A/S.
- Jens Garde, Karsten Revsbech og Søren Højgaard Mørup m.fl., Forvaltningsret, 7. udgave, 2022, DJØF Forlag A/S.
- Jens Kristensen, Ansættelsesret, 2. udgave, 2023, DJØF Forlag A/S.
- Jesper Lau Hansen, Introduktion til selskabsretten og kapitalmarkedsretten. 3. udgave, 2023, DJØF Forlag A/S.
- Karina Kim Egholm Elgaard, Håndbog om beskatning af lønindkomst- og lønmodtagerfradrag, 1. udgave, 2011, Magnus Informatik A/S.
- Lars Henrik Gam Madsen og Lars Hedegaard Kristensen, Selskaberne, 1. udgave, 2022, Djøf Forlag A/S.
- Liselotte Madsen, Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 1. udgave, 2003, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Liselotte Madsen, Den skatteretlige behandling af personselskaber, 1. udgave, 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Louise Victoria Johansen og Cecilie Brito Cederstrøm, Ret på tværs – mellem retsdogmatik og andre metoder, 1. udgave, 2023, DJØF Forlag A/S.
- Niels Winther Sørensen, Beskatning af International Erhvervsindkomst, 1. udgave, 2000, Forlaget Thomson A/S.
- Noe Munck og Lars Hedegaard Kristensen, Selskabsformerne, 7. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Ole Hasselbalch og Natalie Videbæk Munkholm, Lærebog i Ansættelsesret og Personalejura, 6. udgave, 2019, DJØF Forlag A/S.
- Peter Blume, Retssystemet og juridisk metode, 4. udgave, 2020, DJØF Forlag A/S.
- Sten Bønsing, Almindelig forvaltningsret, 5. udgave, 2023, DJØF Forlag A/S.
- Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 3 – Interessentskaber, 4. udgave, 2022, Karnov Group Denmark A/S.
- Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Introduktion til dansk selskabsret II, 4. udgave, 2020, Karnov Group Denmark A/S.
- Søren Halling-Overgaard og Arvid Andersen, Advokaters erstatningsansvar, 4. udgave, 2022, Djøf Forlag A/S.
- Thomas Riis og Jan Trzaskowski (red.), Skriftlig jura, 2. udgave, 2020, Ex Tuto Publishing A/S (herafter ”Skriftlig jura”).
- Torben Bagge og Leo Jantzen (red.), Skat med omtanke – Festskrift til advokat Tommy V. Christiansen, 1. udgave, 2019, Ex Tuto A/S.
- Artikler**
- Bodil Christiansen og Tommy V. Christiansen, Når deltagere i transparente selskaber sætter sig selv på aktier, offentliggjort den 24. august 2021 på <https://v.dk/artikel/naar-deltagere-i-transparente-selskaber-saetter-sig-selv-paa-aktier/?pdf-viewer>.
- Bodil Christiansen og Tommy V. Christiansen, Partnerselskaber og interessentskaber - Er deltagerne lønansat eller selvstændige erhvervsdrivende?, trykt i RR.4.2018.68.
- Bodil Christiansen og Tommy V. Christiansen, Ny afgørelse om beskatning af personer, der deltagere i

partnerselskaber, interessentskaber og kommanditselskaber, offentliggjort den 4. december 2021 på <https://v.dk/artikel/ny-afgoerelse-om-beskatning-af-personer-der-deltager-i-partnerselskaber-interessentskaber-og-kommanditselskaber/?pdf-viewer>.

Daniel Bergstein, Thomas Præstgaard og Hans Henrik Bonde Eriksen, Kommentarer til udvalgte afgørelser -Ligningslovens § 4 Deltagelse i skattemæssigt transparent enhed & kriterier for selvstændig erhvervsdrift – principielle afgørelser anno 2022, trykt i RR.SM.2022.12.

Inge Langhave Jeppesen, Deltagelse i skattemæssigt transparentselskab – selvstændigt erhvervsdrivende eller lønmodtager?, trykt i SR.2019.72.

Inge Langhave Jeppesen, Kommentarer til udvalgte afgørelser, trykt i SR.2020.277.

Jean-Pierre Le Galls, Cahiers de Droit Fiscal International Volume LXXXa, 1995.

Jens Pedersen, Underskudsbegrænsningsregler for fysiske personer – en status, trykt i SR.2019.167.

Liselotte Madsen, Ligningslovens § 4 – lønmodtager og selvstændigt erhvervsdrivende i samme transparente selskab, trykt i SR.2021.17.

Rasmus Grønved Nielsen, »Hastelovgivning«, forarbejders retskildeværdi og magtfordeling – essay til retskildelæren, trykt i Juristen, årgang 2023, nr. 3.

Hjemmesider

Erhvervsstyrelsen, Dataudtræk fra CVR-registret, der viser antallet af interessentskaber, kommanditselskaber og partnerselskaber <https://datacvr.virk.dk/soegeresultater?sideIndex=0&virksomhedsform=30%252C70%252C40&virksomhedsstatus=aktive&size=10> (besøgt den 1. december 2023).

Erhvervsstyrelsen, Dataudtræk fra CVR-registret, der viser antallet af partnerselskaber <https://datacvr.virk.dk/soegeresultater?sideIndex=0&virksomhedsform=70&virksomhedsstatus=aktive&size=10> (besøgt den 1. december 2023).

Skatteministeriet, oversigt over skattesatser, skatteprocenter og beløbsgrænser for 2023 og 2024 <https://skat.dk/hjaelp/satser> (besøgt den 21. november 2023).

