

Kommentarer til udvalgte afgørelser Overførsel af en gevinstmulighed, beskatning af urealiserede værdistigninger på anparter og A/B-modeller (SKM2019.30.SR)

Af professor, ph.d. Anders Nørgaard Laursen, Juridisk Institut, Aarhus Universitet

1. Indledning

Transaktioner inden for et interessefællesskab hører til blandt de klassiske skatteretlige problemstillinger. Med SKM2019.30.SR er der føjet et nyt kapitel til denne skatteretlige “evergreen”, som endog byder på en sand nyskabelse, nemlig introduktionen af et nyt skatteretligt begreb: overførsel af en “gevinstmulighed”.

Ud over denne nyskabelse er afgørelsen også et fortolkningsbidrag i forhold til forståelsen af, hvornår en urealiseret værdistigning på anparter, som er resultatet af en kapitalforhøjelse inden for et interessefællesskab, skal beskattes hos anpartshaverne som maskeret udbytte og/eller gave.

Endelig har afgørelsen potentielt betydning for den fremtidige behandling af generationsskifter, som sker under anvendelse af de såkaldte A/B-modeller.

2. SKM2019.30.SR

2.1 Faktum

Aktionærerne i et selskab (Selskab A) påtænkte at stifte et fælles investeringsselskab (Selskab B).

Selskab A var stiftet af to fysiske personer (Far A og Far B). Efter en nylig omstrukturering af ejerskabet ejede Far A og Far B direkte hhv. 15,29 pct. og 15,08 pct. af selskab A, og deres respektive hustruer, Mor A og Mor B, ejede tilsvarende direkte hhv. 15,29 pct. og 15,08 pct. af selskab A. Selskab A var endvidere ejet af parternes respektive holdingselskaber, Selskab C og Selskab D. I ejer kredsen af disse holdingselskaber var foruden stifterne og deres respektive ægtefæller ligeledes parrenes i alt seks børn (A1-3 og B1-3). Børnene havde ingen stemmeret i holdingselskaberne, men alene en økonomisk andel i selskaberne.

Det bindende svar angik som nævnt stiftelse af Selskab B, nærmere bestemt de skattemæssige konsekvenser af en kapitalforhøjelse, som skulle gennemføres straks efter stiftelsen.

Dette forhold var i det bindende svar beskrevet i to skridt: “step 1” og “step 2”.

Step 1

Step 1 beskrev ejerforholdene i Selskab B før kapitaludvidelsen. Selskab B ville være ejet af de seks børn samt af Selskab A. Børnene ville eje 89,99 pct. af anparterne, mens de resterende 10,01 pct. var ejet af Selskab A. Anparterne var opdelt i to klasser: A- og B-anparter, hvor A-anparterne havde 1 stemme pr. anpart, mens B-anparterne havde 10 stemmer pr. anpart.

A-anparterne blev tegnet til kurs 100 (pari) af de seks børn, mens B-anparterne blev tegnet til overkurs (200) af A, således at Selskab A ville bevare stemmemajoriteten i B, selvom de øvrige kapitalejere (de seks børn) nominelt havde majoriteten i selskabet. Den betalte overkurs reflekterede B-anparternes stemmepreferencer.

Step 2

Efter etableringen af den ønskede ejerstruktur (Step 1) var det hensigten at gennemføre en kapitalforhøjelse af Selskab B.

Dette skulle ske ved oprettelsen af en ny kapitalklasse, C-anparter, med en nominal værdi af 1 kr., som skulle tegnes til overkurs af

Selskab A til kurs 2.500. I alt ville nyttegningen af C-anparter medføre en kapitalforhøjelse på 19,2 mio. kr.

Det blev om C-anparterne oplyst, at de efter hensigten ville være tillagt en forlods udbyttet svarende til den betalte overkurs plus en forrentning på 6 pct. p.a. Det var spørgers opfattelse, at en forrentning på 6 pct. svarede til, hvad en uafhængig investor ville have krævet for at stille kapital til rådighed, hvormed den aftalte finansiering afspejlede en armslængde rentebetaling. Det var i den forbindelse oplyst, at Selskab A kunne optage lån i samme størrelsesorden til ca. 4 pct. hos en bank.

Når indskuddet plus forrentning var tilbagebetalt i form af forlods udbytte, var det tanken, at de til C-anparterne knyttede stemme- og udbytterettigheder skulle bortfalde, hvorefter anparterne skulle tilbagekøbes af Selskab B og annulleres. Hermed ville den oprindelige ejerstruktur være genetableret.

Det blev oplyst til Skatterådet, at den foreslåede struktur efter spørgers opfattelse var sammenlignelig med et lån på det åbne marked, og at der således ikke skete nogen formueforskydning parterne imellem. Hensigten var alene at tilføre Selskab B en væsentlig startkapital, som det blev kompenseret for via forlods udbytte med en forrentning svarende til, hvad en uafhængig investor ville kræve for en tilsvarende investering.

2.2 Skatterådets afgørelse

Skatterådet blev bedt om at besvare følgende spørgsmål:

1. Kan Skatterådet bekræfte, at den påtænkte kapitaludvidelse ikke resulterer i nogen udbyttebeskatning af Far A, Mor A, Far B og Mor B, som hovedaktionærer i Selskab A og derved indirekte anpartshavere i Selskab B?
2. Kan Skatterådet bekræfte, at den påtænkte kapitaludvidelse ikke medfører udbyttebeskatning af de to holdingselskaber Selskab C og Selskab D som følge af deres indirekte ejerskab i Selskab B?
3. Kan Skatterådet bekræfte, at den påtænkte kapitaludvidelse ikke medfører gaveafgift og udbyttebeskatning af Barn A1, Barn A2, Barn A3, Barn B1, Barn B2 og Barn B3 (herefter samlet Børnene) som anpartshavere i Selskab B?
4. a. Kan Skatterådet bekræfte, at den årlige opskrivning af det forlods udbytte kan fastsættes baseret på de anførte principper?
b. Kan Skatterådet bekræfte om en opskrivning på 6 % p.a. kan accepteres som værende i overensstemmelse med armslængdeprincippet?
5. Kan Skatterådet bekræfte, at overkurs ved tegningen af C-anparter ikke er skattepligtig for Selskab B, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 1?
6. Kan Skatterådet bekræfte, at det ikke vil medføre gaveafgift eller udbytteskat for A- og B-anpartshaverne, når C-anparterne har modtaget det dertil knyttede forlods udbytte, hvorefter de særlige rettigheder bortfalder og anparterne tilbagesælges til udstedende selskab og annulleres?

Skatterådet tiltrådte Skattestyrelsens indstilling vedr. alle spørgsmål og besvarede spørgsmål 1-3 med “nej”, spørgsmål 4a, 4b og 6 med “afvises” og spørgsmål 5 med “ja”.

Afgørelsen er så vidt vides påklaget til Landsskatteretten.

2.3 De centrale forhold – spørgsmål 1-3

De tre centrale spørgsmål i afgørelsen var spørgsmål 1-3, nemlig om de skattemæssige konsekvenser for de implicerede parter som følge af kapitalforhøjelsen. Spørgers indstilling var, at der ikke ville være nogen umiddelbare konsekvenser, hvilket Skatterådet som netop nævnt ikke var enig i. I det følgende skal Skattestyrelsens argumenter for indstillingen til Skatterådet gennemgås.

2.3.1 Anparternes værdi – skøn over handelsværdien

Skattestyrelsen begyndte sin indstilling i sagen med at fokusere på, om C-anparterne var tegnet til handelsværdien. Var dette ikke tilfældet, ville resultatet være en (skattepligtig) formueoverførsel mellem anpartshaverne. Indledningsvis redegjorde Skattestyrelsen for de overordnede principper for værdiansættelse af aktier og anparter efter aktieavanceloven og boafgiftsloven, nemlig at værdien skal fastsættes til handelsværdien, jf. bl.a. ABL §§ 31, 34 og 37, samt BAL §§ 12 og 27. Ved handelsværdien skulle sædvanligvis forstås den værdi, som en uafhængig tredjemand ville betale for anparterne, eller med Højesterets ord værdien “ved et salg på det åbne marked”, jf. SKM2018.41.HR.

Da Skattestyrelsen lagde til grund, at der i den konkrete sag var tale om tegning af anparter inden for et interessefællesskab, måtte værdiansættelsen ske på baggrund af et skøn. Udøvelsen af dette skøn måtte ske under hensyntagen til de rettigheder, der påhvilede anparterne, jf. TfS 2000, 560 H og SKM2012.571.HR.(1) Skattestyrelsen udtalte:

Skattestyrelsen er i den konkrete sag i forbindelse med skønnet over fordelingen af handelsværdien for de enkelte anpartsclasser af den opfattelse, at den i sagen valgte model medfører, at A- og B-anparterne med et indskud erhverver en fordel i form af en gevinstmulighed, der giver adgang til en potentielt stor gevinst ved en relativ lav investering [...]. Det fremgår ikke af det oplyste, at der er sket kompensation for værdien af gevinstmuligheden ved kapitalforhøjelsen med C-anparter.

Det er derfor Skattestyrelsens opfattelse, at fordelene og den merværdi, den repræsenterer, skal indgå i skønnet over handelsværdien, idet en uafhængig tredjemand ville have skulle kompensere sælger for fordelene ved køb på det åbne marked, se Højesterets SKM2018.41.HR.

Det synspunkt, som blev forfægtet af Skattestyrelsen, var således, at A- og B-anpartshaverne (dvs. de seks børn samt selskab A) ved deres (beskedne) indskud alene løb en lille risiko, mens de omvendt potentielt kunne opnå en stor gevinst i medfør af den kapital, som blev indskud ved tegningen af C-anparterne. Den indskudte kapital udgjorde efter Skattestyrelsens opfattelse “en gevinstmulighed”, som – hvis C-anparterne var blevet tegnet af en uafhængig tredjemand – A- og B-anpartshaverne skulle have betalt for.

Det var denne manglende betaling for “gevinstmuligheden”, som medførte en formueoverførsel til anpartshaverne. I en foreløbig indstilling havde Skattestyrelsen anset gevinstmuligheden for at være en option. Dette havde spørger i sit høringssvar tilbagevist bl.a. med henvisning til forarbejderne til KGL § 29(2), hvilket Skattestyrelsen i sin endelige indstilling dog måtte erklære sig enig i. Brugen af begrebet “gevinstmulighed” trådte dermed i stedet for “option”. Ikke desto mindre var tankegangen om, at gevinstmuligheden skulle behandles på samme måde som en option, gennemgående for Skattestyrelsens behandling af sagen, jf. nærmere i det følgende.

2.3.2 Værdiansættelse af “gevinstmuligheden”

Et bærende element i Skattestyrelsens argumentation var, at opsplitningen i anpartsclasser medførte en “asymmetrisk” mulighed for gevinst og tab.

Skattestyrelsen udtalte således, at:

[...] hvis indtjeningen og forventningerne til fremtiden stiger mere end det forudsatte ved fastlæggelse af handelsværdien i dag, så vil det medføre en stor værdiforøgelse hos A- og B-anparterne, idet forlodsudbytterettens størrelse og afkast vil være uændret, da denne er uafhængig af selskabets fremtidige indtjeningsstigning. Og i modsat fald, hvor indtjeningen og forventningerne til fremtiden forværres mere end forudsatte ved fastlæggelse af handelsværdien i dag, vil den relativt beskedne investering i A- og B-anparterne være tabt, men langt den største del af værdiforringelsen vil skulle absorberes i C-anparternes forlodsudbyttet. A- og B-anparterne er ikke forpligtet ud over deres beskedne indskudte kapital.

Dette forhold, at gevinstmuligheden på C-anparterne var begrænset til en forud aftalt rente, mens den hos de øvrige anpartshavere var ubegrænset, sammenholdt med at risikoen på C-anparterne var langt den største, gjorde efter Skattestyrelsens opfattelse, at forholdet “ligner det man kender fra finansielle optioner, og medfører en formueforskydning fra C-anparterne til A- og B-anparterne”.

2.3.3 De skattemæssige konsekvenser

Efter Skattestyrelsen havde identificeret “gevinstmuligheden” som et skatteretligt begreb, der kunne værdiansættes, og som tegneren af C-anparterne skulle kompenseres for, redegjorde Skattestyrelsen efterfølgende for de skattemæssige konsekvenser, som var forbundet med, at det var forudsat i det bindende svar, at der netop ikke skulle betales en kompensation (ud over den aftalte opskrivning af den forlods udbyttet på 6 pct. p.a.).

Dette var efter Skattestyrelsens opfattelse som nævnt ensbetydende med en formueforskydning af værdier fra Selskab A til Selskab B. Denne formueforskydning var kun mulig, fordi Selskab A, som skulle tegne C-anparterne, var kontrolleret af børnenes forældre, Far/Mor A og Far/Mor B.

Disse forhold ville tilsammen medføre en række (for spørger) uheldige konsekvenser.

For det første ville den overførte gevinstmulighed fra Selskab A til Selskab B resultere i et fald i handelsværdien på aktierne i Selskab A. Dette værdifald (som måtte modsvares af en tilsvarende værdistigning på de seks børns anparter i Selskab B), skulle efter Skattestyrelsens opfattelse anses for at være en maskeret udbytteudlodning fra Selskab A til dets direkte og indirekte aktionærer, jf. LL § 16 A, idet formueforskydningen var et resultat af interessesammenfaldet mellem de ultimative aktionærer i Selskab A og anpartshaverne i Selskab B (børnene). Værdien af gevinstmuligheden skulle følgelig beskattes forholdsmæssigt hos de ultimative ejere af Selskab A, dvs. hos forældrene og hos børnene (som indirekte havde en ejerandel i Selskab A gennem de to holdingselskab C og D).

Da gevinstmuligheden i realiteten ikke var tilfaldet forældrene, men børnene, ville den påtænkte transaktion for det andet medføre, at den del af værdien af gevinstmuligheden, som ikke allerede var blevet beskattet hos børnene som maskeret udbytte, skulle anses for overført fra forældrene direkte til børnene som en vederlagsfri formuefordel, dvs. som en gave omfattet af boafgiftsloven. Der ville således potentielt skulle svares gaveafgift heraf, jf. BAL §§ 22 og 23.

Endelig ville den påtænkte transaktion efter Skattestyrelsens opfattelse for det tredje resultere i, at Selskab A og børnenes anparter i Selskab B måtte anses for afstået, idet vedtægtsændringen om opdelingen af Selskab B i 3 anpartsclasser medførte en formueforskydning fra Selskab A til børnene, jf. ABL § 30 og den dertil knyttede praksis, jf. Den juridiske vejledning 2018-2, afsnit C.B.2.1.4.8. For Selskab A var anparterne dog

“datterselskabsaktier”, jf. ABL § 4 A, hvorfor afståelsen ikke ville medføre nogen beskatning, jf. ABL § 8.

For de seks børn ville det gaveafgiftspligtige beløb, som de havde modtaget fra forældrene, skulle tillægges anskaffelsessummen på anparterne ved beregningen af gevinsten på anparterne. Som begrundelse herfor angives i afgørelsen, at “[h]erved undgås, at beløbet både bliver afgiftspligtigt efter boafgiftsloven og beskattet efter aktieavancebeskatningsloven”. Det må i så fald være en forglemmelse fra Skattestyrelsens side, at det ikke fremgår af afgørelsen, at også det beløb, som skulle beskattes hos børnene som udbytte, kunne tillægges anparternes anskaffelsessum.

3. Kommentarer

3.1 Beskatning af en gevinstmulighed

Allerede fordi SKM2019.30.SR introducerer begrebet “gevinstmulighed” som et skatteretligt begreb dækkende over *noget*, der ikke er en option, men som ligner en option i en sådan grad, at den skal værdiansættes på samme måde, er afgørelsen bemærkelsesværdig. Bemærkelsesværdig er også Skatterådets syn på den kompensation, som skal betales for en gevinstmulighed, som overføres fra et selskab til et andet i forbindelse med tegning af anparter til overkurs.

Som nævnt bestod den påtænkte aftale i, at Selskab A skulle tegne C-anparter i Selskab B til en overkurs på 19,2 mio. kr. Som modydelse for overkursen var C-anparterne tillagt en forlods udbytteret svarende til den betalte overkurs plus en opskrivning på 6 pct. p.a. Det var hensigten – i overensstemmelse med praksis på området for de såkaldte A/B-modeller, jf. neden for i afsnit 3.3 – at opskrivningen af det forlods udbytte i henhold til den overkurs, som udgjorde hovedstolen for udbytteberegningen, skulle reflektere, hvad en uafhængig investor ville kræve for en lignende investering. Spørger havde i den forbindelse henvist til, at C-anpartsclassen i den konkrete situation var kendetegnet ved at skulle afspejle vilkårene for et låneforhold. Derfor måtte opskrivningen af forlods udbytteretten på C-anpartsclassen kunne fastsættes til et niveau, der ikke var markant højere end renteniveauet for virksomhedsobligationer. Konkret måtte en markedsrente efter spørgers opfattelse ligge i intervallet 5-8 pct., og valget var som nævnt faldet på 6 pct., hvilket spørger havde bedt Skatterådet om at bekræfte, jf. spørgsmål 4b.

Af Skattestyrelsens indstilling til spørgsmål 1 (som blev tiltrådt af Skatterådet) fremgik imidlertid, at spørgsmålet om niveauet for markedsrenten var uden betydning for sagens afgørelse.⁽³⁾

Skattestyrelsen udtalte således:

Det vil sige, at den reelle værdi af forlodsudbytteretten vil være under den indskudte kapital (C-anparterne), allerede ved aftalens indgåelse, fordi man netop har frasagt sig en eventuel gevinstmulighed, mens man hæfter for størstedelen af et tab med den store indskudte kapital, også selv om man antager, at der er valgt en markedskonform forrentning eller afkast på forlodsudbytteretten, der matcher risikoen i det underliggende aktiv.

Denne udtalelse er opsigtsvækkende.

Det følger således af Skattestyrelsens udtalelse, jf. det netop citerede, at uanset om den aftalte rente var på markedsniveau og dermed afspejlede den reelle risiko på det underliggende aktiv, ville værdien af den forlods udbytteret aldrig kunne afspejle den indskudte værdi. Dette skyldtes, jf. Skattestyrelsens indstilling, at:

[e]n uafhængig investor vil kræve en kompensation for at blive stillet dårligere end hvis man blot havde investeret direkte i anpartskapitalen på lige vilkår, og således også havde mulighed

for et ekstra provenu i tilfælde af aktivet ville blive mere rentabelt end forventet.

Dette ræsonnement synes temmelig vanskeligt at følge.

Skattestyrelsen forfægtede et synspunkt om, at en uafhængig investor ville kræve at blive kompenseret for at tegne anparter, hvis forrentningen var aftalt på forhånd. Tanken er således, at investor skal kræve et ekstra vederlag for ikke at få del i en gevinst, som ligger ud over det niveau, som kunne forudses på tidspunktet for investeringen. Denne kompensation skal – ifølge Skattestyrelsen – beregnes ud over en markedsrente, som tager den reelle risiko på det underliggende aktiv i betragtning.

Der synes at være et ikke uvæsentligt element af selvmodsigelse i synspunktet. Hvis en aftalt rente de facto er udtryk for en markedsrente, hvori risikoen på det underliggende aktiv er taget i betragtning, så er renten vel netop fastsat, så der er taget højde for, at afkastet kan vise sig at være højere end det, der var udsigt til på tidspunktet for aftalens indgåelse. Men da det som bekendt er svært at spå, navnlig om fremtiden, må den aftalte rente (igen forudsat denne er på markedsvilkår) være udtryk for det afkast, som investor på tidspunktet for tegningen af anparterne må anse for at være det bedste bud på den fremtidige udvikling og således et acceptabelt afkast henset til den risiko, han løber.

Med SKM2019.30.SR er der nu imidlertid fastlagt en praksis, hvorefter kompensationen for overførsel af en gevinstmulighed pr. definition ikke kan ske i form af en forud aftalt rentesats – selv ikke hvis renten er på armslængde vilkår og således fastlagt med behørig hensyntagen til risikoen på det underliggende aktiv. Kompensation for overførsel af en gevinstmulighed skal derimod altid ske i form af en umiddelbar betaling. Det fremgår også af afgørelsen, at værdien af kompensationen skal afspejle den gevinstmulighed, som de øvrige aktie- eller anpartsklasser opnår som følge af arrangementet. Som nævnt lignede gevinstmuligheden efter Skattestyrelsens opfattelse en “finansiel option”. I overensstemmelse med denne opfattelse gav Skattestyrelsen i indstillingen da også udtryk for, at værdien af gevinstmuligheden skulle opgøres under anvendelse af beregningsreglerne for værdiansættelse af optioner, fx Black-Scholes-modellen eller binomialmodellen. Der blev dog ikke foretaget en konkret værdiansættelse, hvorfor de faktiske konsekvenser ikke var kendte.

Et spørgsmål, som står tilbage, er, hvad konsekvensen mon ville have været, såfremt de 19,2 mio. kr. var blevet stillet til rådighed for Selskab B som fremmedkapital, dvs. som et lån ydet af Selskab A på markedsvilkår? Denne kapitaltilførsel ville vel også give Selskab B en gevinstmulighed, som potentielt kunne overstige den aftalte rente (selv hvis denne var på markedsvilkår), hvilket så igen kunne give anledning til overvejelser om, at låneforholdet medførte overførsel af en gevinstmulighed, som der skulle betales en kompensation for.

Svaret på dette spørgsmål må – henset til den af Skattestyrelsen anvendte argumentation – være, at et koncerninternt lån på markedsvilkår ikke vil medføre, at en gevinstmulighed overføres fra kreditor til debitor. Hele tankegangen om en formueforskydning til fordel for Selskab B på Selskab As bekostning byggede på, jf. Skattestyrelsens indstilling, at vilkårene aldrig ville være blevet accepteret af en uafhængig investor, hvorfor det modsatte må antages at være tilfældet, såfremt der er tale om en uafhængig långiver.

3.2 De skattemæssige konsekvenser af den manglende kompensation af gevinstmuligheden

Spørger havde i sagen gjort gældende, at der ikke skete nogen formueforskydning til de øvrige anpartsklasser (A- og B-anparterne) i forbindelse med kapitaludvidelsen, idet C-anparterne blev tegnet

på markedsvilkår. Da Skattestyrelsen imidlertid – og i sidste ende også Skatterådet – var af den modsatte opfattelse, var spørgsmålet dernæst den skattemæssige behandling af formueforskydningen.

Spørger havde på sin side hævdet, at selvom konstruktionen skulle anses for at medføre en formueforskydning til fordel for børnene, ville dette ikke have nogle umiddelbare konsekvenser, idet der ikke var realiseret nogen indkomst. En evt. formueforskydning ville blot resultere i en øget værdi af anparterne i Selskab B.

Spørger havde til støtte for sit synspunkt henvist til TfS 1995, 803 LSR og SKM2014.760.SR.

SKM2014.760.SR vedrørte et selskab, som havde behov for at få tilført kapital. Selskabet var ultimativt ejet af to fysiske personer i forholdet 50/50, men kun den ene ejer havde (gennem sit holdingselskab) mulighed for at bibringe den fornødne kapital ved en kapitaludvidelse. Tegningen af aktier i det fælles selskab skulle for den ene parts vedkommende derfor ske til overkurs. Parterne, som havde modsatrettede interesser, ønskede, at den overkurs, der ville opstå, skulle modsvares af en forlods udbytteret på de nytegnede anparter til overkurs. I sagen bekræftede Skatterådet, at transaktionen ikke ville medføre nogen beskatning.

I SKM2019.30.SR afviste Skatterådet, jf. Skattestyrelsens indstilling, at afgørelsen kunne tillægges vægt, idet parterne – i modsætning til den konkrete sag – havde modsatrettede interesser.

TfS 1995, 803 LSR, den såkaldte "kalkunafgørelse", omhandlede en kapitaludvidelse i et datterselskab, som drev virksomhed med kalkunopdræt. Selskabet var nødlidende og havde derfor behov for kapital. Det var hensigten, at kapitalforhøjelsen i datterselskabet skulle ske ved, at moderselskabet tegnede aktier til overkurs, hvorved datterselskabet fik tilført kapital på 150 mio. kr. Problemet var, at aktionærerne i datterselskabet (ud over moderselskabet) var ledende medarbejdere, herunder selskabet direktør, og at direktøren også var hovedaktionær i moderselskabet. Landsskatteretten fandt – i modsætning til Ligningsrådet, jf. TfS 1994, 340 LR(4) – at der ikke var hjemmel til at gennemføre en beskatning af den urealiserede værdistigning hos de pågældende aktionærer.(5) Tilsvarende synspunkt er lagt til grund i efterfølgende administrativ praksis, jf. SKM2004.8.LR og SKM2004.491.LSR.

Imod at tillægge TfS 1995, 803 LSR betydning havde Skattestyrelsens i indstillingen til Skatterådet henvist til SKM2017.554.SR.

SKM2017.554.SR omhandlede en far, som ejede hele anpartskapitalen i selskabet A ApS. Gennem A ApS ejede han andele i to andre selskaber, B og C, med en række underliggende selskaber. Anmodningen om et bindende svar var affødt af, at A ønskede at overdrage en del af sin virksomhed til sin søn, D. Overdragelsen skulle ske ved, at D stiftede et selskab, D ApS, som efterfølgende skulle stifte selskabet E ApS. Begge selskaber skulle tegnes kontant til kurs 100.

A ApS skulle herefter indskyde sine ejerandele i B og C i E ApS mod at modtage nye aktier E ApS. Efter denne kapitalforhøjelse ville den nominelle anpartskapital i E ApS være 125.000 kr., hvoraf A ApS ville eje 55 pct., mens D ApS ville eje 45 pct. Kapitalforhøjelsen ville medføre, at værdien af D ApS' anparter i E ApS ville stige fra 56.250 kr. til 8.541.806 kr. Skatterådet fandt, at den påtænkte disposition medførte, at der blev overført 8.541.806 kr. i form af kapitalandele fra A ApS til ultimativt D's formuesfære. Idet dispositionerne savnede forretningsmæssig begrundelse, og da værdistigningen på D ApS' anparter i E ApS udelukkende skyldtes disse dispositioner, måtte værdien heraf anses for udloddet til A som maskeret udbytte. Endvidere måtte værdistigningen anses for at være ydet D som en afgiftspligtig gave fra A.

I en kommentar til SKM2017.554.SR anser Jane Bolander afgørelsen som udtryk for en praksisændring i forhold til TfS 1995,

803 LSR.(6) Bolander stiller sig imidlertid kritisk over for afgørelsen. I SKATs indstilling til Skatterådet i sagen havde SKAT gjort gældende, at TfS 1995, 803 LSR ikke kunne anses for gældende ret, idet kendelsen ikke var i overensstemmelse med senere praksis, herunder højesteretspraksis, vedr. maskeret udbytte, jf. bl.a. SKM2004.106.HR og SKM2008.384.HR. Jane Bolander påpeger herimod, at de afgørelser, som Skattestyrelsen henviste til som udtryk for en praksisændring, "ikke [synes] at vedrøre spørgsmålet om beskatning af værdistigning på aktier/anparter." Jane Bolander medgiver dog, at SKM2008.384.HR "giver en vis støtte resultatet".

Med SKM2019.30.SR er det klart, at Skattestyrelsen fastholder den praksis, der blev fastlagt med SKM2017.554.SR, hvormed TfS 1995, 830 LSR i vid udstrækning har mistet sin betydning. Det bemærkes i den forbindelse, at SKM2017.554.SR ikke blev påklaget til Landsskatteretten. Da TfS 1995, 803 LSR imidlertid længe har stået som den ledende afgørelse på området, må det være ønskværdigt, om Landsskatteretten fik lejlighed til efterprøve den af Skatterådet etablerede praksis på området. Det bemærkes i den forbindelse, at SKM2019.30. SR så vidt vides er påklaget til Landsskatteretten.

Et andet bemærkelsesværdigt forhold ved Skatterådets afgørelse i SKM2019.30.SR er, at afgørelsen synes vanskelig at forene med praksis vedr. såkaldt "trippelbeskatning".

Skattestyrelsen hævdede som nævnt på sin side, at værdien af tegningen af C-anparterne var en begunstigelse af Selskab B på Selskab A's bekostning, idet der blev overført en gevinstmulighed fra A til B. Denne overførsel skyldtes interessesammenfaldet mellem de kontrollerende aktionærer i Selskab A (forældrene) og børnene (anpartshaverne i Selskab B). Begunstigelsen blev derfor anset for at have passeret økonomien hos de ultimative ejere af Selskab A (dvs. forældrene og – for en mindre andel – børnene), som et maskeret udbytte. Den del af gevinstmuligheden, som ikke var blevet udbyttebeskattet hos børnene i deres egenskab af (indirekte) aktionærer i Selskab A gennem holdingselskaberne C og D, blev efterfølgende anset for overført til børnene som en gave fra forældrene.

Dette resultat synes vanskeligt at forene med landsskatteretskendelsen TfS 2000, 325 LSR.

Sagen omhandlede to selskaber, et produktionsselskab og et salgsselskab, med samme ejerkreds i form af en moder og hendes to sønner. Produktionsselskabet var ejet af moderen med 20,7 pct., mens de to sønner ejede hhv. 40,1 pct. og 39,2 pct. af selskabet. Moderen havde dog den bestemmende indflydelse i selskabet i medfør af stemmerettigheder. Salgsselskabet var ejet af et holdingselskab, og dette holdingselskab var ligeledes ejet af moderen og de to sønner. Moderen ejede 9,7 pct. af holdingselskabet, mens de to sønner ejede hhv. 40,1 pct. og 39,2 pct. Sagen vedrørte en bonusaftale mellem produktions- og salgsselskabet, som af skattemyndighederne blev anset for at savne forretningsmæssig begrundelse. De beløb, som var blevet overført fra produktions- til salgsselskabet i medfør af aftalen, måtte derfor kvalificeres som et skattepligtigt tilskud for salgsselskabet, jf. SL § 4, mens der ikke kunne indrømmes fradrag hos produktionsselskabet, jf. SL § 6.

Et yderligere spørgsmål, som Landsskatteretten skulle tage stilling til, var, om produktionsselskabets begunstigelse af salgsselskabet tillige skulle medføre en beskatning af aktionærerne (moderen og hendes to sønner) med den begrundelse, at den omhandlede bonus havde passeret deres økonomi. Landsskatteretten fandt, at moderen ved aftalen havde begunstiget sine sønner, idet hendes ejerandel var 11 pct. mindre af salgsselskabet (det begunstigede selskab) end af produktionsselskabet (det begunstigende selskab). For hende

måtte 11 pct. af det overførte beløb (bonusen) derfor anses for et maskeret udbytte. Skattemyndighederne havde ligeledes anset sønnerne for at have modtaget et maskeret udbytte svarende til deres ejerandel af salgsselskabet. Landsskatteretten fandt dog ikke, at der var grundlag for at beskatte sønnerne, idet moderen ikke havde begunstiget sønnerne direkte, men derimod salgsselskabet. Sønerne havde dermed ikke realiseret nogen økonomisk fordel.

Selvom forholdene i TfS 2000, 325 LSR og SKM2019.30.SR ikke er identiske, forekommer det nærliggende at sammenligne de to sager. I 2000-kendelsen var der således tale om et selskabs begunstigelse af sit søsterselskab med samme ejerkreds, dog i forskellige forhold. I 2019-afgørelsen var der tale om et moderselskabs begunstigelse af et datterselskab, som ligeledes var ejet af samme kreds af anpartshavere, dog i forskellige forhold.

Sammenholdes TfS 2000, 325 LSR med SKM2019.30.SR kan der findes støtte til Skattestyrelsens synspunkt om, at begunstigelsen af Selskab B på Selskab A's bekostning skal anses for at have passeret forældrenes økonomi med udbyttebeskatning hos dem til følge.

Der synes derimod ingen støtte til synspunktet om beskatning (eller gaveafgiftspligt) hos børnene.

Idet børnene ikke kunne yde nogen indflydelse på beslutningen om at begunstige Selskab B (børnene var aktionærer uden stemmeret i de to holdingselskaber C og D, hvorigennem børnenes aktier i Selskab A var ejet), synes der ikke at være grundlag for at statuere maskeret udbytte hos børnene. Ligeledes synes der ej heller grundlag for at lade den del, som var blevet beskattet hos forældrene som maskeret udbytte, flyde videre til børnene som en (potentielt afgiftspligtig) gave, jf. BAL §§ 22 og 23. Ganske om i TfS 2000, 325 LSR ville formueforskydningen i form af "gevinstmuligheden" blot påvirke værdien af børnenes anparter i Selskab B. De ville derved ikke have realiseret nogen indkomst, hvormed der ikke er hjemmel til beskatning. Endvidere kunne det vel hævdes, at idet formueforskydningen netop alene bestod i en gevinstmulighed, ville en indkomst så meget desto mindre være realiseret, al den stund der måtte eksistere en reel risiko for, at de investerede midler ikke ville give et afkast, som oversteg 6 pct.

Det skal bemærkes, at TfS 2000, 325 LSR blev indbragt for Vestre Landsret, jf. SKM2002.194.VLR. Vestre Landsret (dissens 2-1) ændrede Landsskatterettens kendelse, således at der ikke fandtes at være noget tilskud fra produktions- til salgsselskabet. Herefter var der ikke længere anledning til at overveje en evt. beskatning af et maskeret udbytte hos aktionærerne. Da Landsskatterettens kendelse således blev ændret, er TfS 2000, 325 LSR ikke noget klart præjudikat. Idet Vestre Landsret dog alene ændrede vurderingen af, om bonusaftalen var forretningsmæssigt begrundet, synes der ingen grund til helt at underkende betydningen af den forudgående landsskatteretskendelse, hvorefter aktionærer i et begunstiget selskab ikke skal anses for at have realiseret en indkomst. Beskatning af begunstigelsen som maskeret udbytte sker derimod alene hos den aktionær, som har foranlediget begunstigelsen. Denne systematik er også fuldt i efterfølgende praksis,(7) ligesom den anerkendes i teorien.(8)

Da SKM2019.30.SR således også på dette punkt synes at stride mod den hidtidige opfattelse i praksis og i teorien, må det bifaldes, at Landsskatteretten får lejlighed til at tage stilling til sagen.

3.3 Afgørelsens betydning for A/B-modellerne

Et særligt forhold ved SKM2019.30.SR var, at den anvendte konstruktion i høj grad lignede den, som anvendes i de såkaldte A/B-modeller.

Begrebet A/B-model, som ikke dækker over en fast juridisk konstruktion, bruges i almindelighed om generationsskiftemodeller,

hvor et selskabs kapital opdeles i A- og B-aktier. Den overdragende part (senior – eller rettere: seniors holdingselskab) tegner A-aktierne og junior (eller juniors holdingselskab) tegner B-aktierne. Der gives en forlods udbytteret til A-aktierne, og B-aktierne kan derfor tegnes til en lav kurs. A/B-modellen indebærer, at generationsskiftet ikke er likviditetskrævende, da betalingen til den ældre generation sker gennem det forlods udbytte. Skattemæssig accept af A/B-modellen fordrer, at junior erhverver B-aktierne til markedskursen.(9) Dette krav kan bl.a. opfyldes ved, at der sker en opskrivning af retten til at modtage forlods udbytte, jf. bl.a. SKM2015.195.SR. I denne sag godkendte Skatterådet et generationsskifte ved en A/B-model. Skatterådet lagde vægt på, at den beregnede værdi af den forlods udbytteret var udtryk for handelsværdien, da der blev anvendt en metode til beregning af den forlods udbytteret, der fandtes at være udtryk for handelsværdien. Det fremgik, at den forlods udbytteret skulle opskrives med en rentesats på 6 pct.

I SKM2019.30.SR havde spørger henvist til, at konstruktionen kunne sammenlignes med en A/B-model, og at der af praksis vedr. A/B-modellerne kunne udledes 1) at der ikke skete nogen formueforskydning, og 2) at overkursen kunne kompenseres med en forrentning svarende til markedsværdien for den påtagne risiko.

I indstillingen til Skatterådet gav Skattestyrelsen udtryk for, at praksis vedr. værdiansættelse af aktierne i A/B-modellerne i alle tilfælde var udtryk for et konkret skøn over handelsværdien i de enkelte sager. Der kunne derfor ikke af praksis udledes en ramme for dette skøn. Det forhold, at Skatterådet tidligere ikke havde taget "værdien af en gevinstmulighed" med i skønnet over handelsværdien, medførte efter Skattestyrelsens opfattelse ikke, at Skatterådet var afskåret fra at gøre det i den konkrete sag.

Imod denne opfattelse havde spørger i et høringssvar gjort gældende, at dette – såfremt Skattestyrelsens indstilling blev fulgt – var udtryk for en skærpende praksisændring, og at en sådan praksisændring alene kunne gøres gældende overfor spørger, såfremt den var udmeldt med et passende varsel.(10) Herimod gjorde Skattestyrelsen i sin endelige indstilling gældende, at der ikke var tale om en praksisændring, idet skønnet over værdien af nyttegningen af anparterne i Selskab B blev foretaget på baggrund af en konkret vurdering af selskabets værdi, herunder størrelsen på den forlods udbytteret, og at der var taget udgangspunkt i den handelsværdi, som en uafhængig part vil betale for anparter. Der fandtes således ikke en fast praksis for, hvilke forhold der kunne påvirke skønnet, og inddragelse af "værdien af en gevinstmulighed" i vurderingen kunne derfor ikke udgøre en praksisændring.

I den endelige afgørelse tiltrådte Skatterådet på alle punkter Skattestyrelsens indstilling og begrundelse. Vedr. spørgsmålet om betydningen af praksis vedr. A/B-modellen tilføjede Skatterådet imidlertid:

Det er Skatterådets vurdering, at dispositionen, der spørges til, ikke er sammenlignelig med dispositioner, hvor der er tidligere afgørelser fra Ligningsrådet og Skatterådet om værdiansættelse, herunder afgørelserne om A/B-modellerne. Der kan allerede derfor ikke være tale om en praksisskærpende i den konkrete sag.

De nærmere implikationer af denne udtalelse – sammenholdt med afgørelsen i øvrigt – kan det være svært at spå om.

Helt overordnet forekommer det åbenbart, at Skatterådet har ønsket at understrege, at den konkrete struktur var så væsensforskellig fra et generationsskifte under anvendelse af en A/B-model, at der ikke kunne støttes ret på praksis vedr. disse modeller. For en umiddelbar læsning kunne det se ud som om, Skatterådet hermed har ønsket at understrege, at praksis vedr. A/B-modellerne ikke ville blive påvirket af afgørelsen.

Udtalelsen kan imidlertid også læses som et varsel om, hvad der måske er i vente.

I indstillingen havde Skattestyrelsen anerkendt, at tanken om at lade "værdien af en gevinstmulighed" indgå i et skøn over handelsværdien i forbindelse med tegning af aktier eller anparter var ny. Skattestyrelsen havde imidlertid som nævnt også fremhævet, at værdien af en aktietegning i alle tilfælde måtte bero på et konkret skøn, og at inddragelse af nye "komponenter" i dette skøn, fx "værdien af en gevinstmulighed", kunne ske uden at der dermed ville være tale om en praksisskærpelse.

Med Skatterådets synspunkt om, at den konkrete disposition ikke var sammenlignelig med praksis vedr. A/B-modellerne, kunne Skatterådet undlade at tage stilling hertil.

Tilbage står, at det er endog særdeles vanskelig at se, at der i forbindelse med en A/B-model ikke overdrages en gevinstmulighed fra senior til junior – man kunne stille sig selv spørgsmålet, hvorfor junior dog overhovedet skulle være interesseret i et generationsskifte, såfremt det *ikke* var tilfældet. I lyset af Skattestyrelsens indstilling i SKM2019.30.SR forekommer det i

forlængelse heraf nærliggende at tro, at Skattestyrelsen i fremtidige sager vil forsøge at gøre et tilsvarende synspunkt gældende, nemlig at junior skal kompensere senior for denne gevinstmulighed, og at kompensation herfor ikke kan ske i form af en opskrivning af en forlods udbytteret til senior. Det er indres i den forbindelse, at Skattestyrelsen ikke – i modsætning til Skatterådet – fandt anledning til at sondre mellem den konkrete påtænkte disposition og de dispositioner, som kendes fra A/B-modellerne.

Såfremt Skattestyrelsen i fremtiden vil være indstillet på at lade værdien af en gevinstmulighed indgå i værdiskønnet i forbindelse med en A/B-model, vil spørgsmålet herefter være, om dette er udtryk for en praksisskærpelse. Herom kan to ting siges med sikkerhed på baggrund af SKM2019.30.SR: 1) det vil efter Skattestyrelsens opfattelse ikke være en praksisskærpelse, og 2) Skatterådet har udtrykkeligt ikke tilkendegivet sin holdning til dette spørgsmål i SKM2019.30.SR.

Den fremtidige udvikling vil utvivlsomt blive spændende at følge.

- (1) Skattestyrelsen havde i den forbindelse også henset til praksis vedr. de såkaldte A/B-modeller, jf. herom nedenfor under 3.3.
- (2) De enkelte bemærkninger til § 29, pkt. 122, i lovforslag L194 af 13. marts 1997.
- (3) Af samme årsag havde Skatterådet afvist at svare på spørgsmål 4b.
- (4) Den oprindelige ligningsrådsafgørelse blev senere ændret som følge af, at der var fremkommet nye oplysninger, jf. TfS 1994, 631 LR.
- (5) Jf. om kendelsen og den forudgående ligningsrådsafgørelse Ole Bjørn i SR-Skat 1996, s. 6 ff.
- (6) Jf. Jane Bolanders kommentar til SKM2017.554.SR i SR-Skat 2017, s. 308 ff.
- (7) Jf. TfS 2001, 807 LSR og Landsskatterettens kendelse af 13. februar 2013, j.nr. 12-0190055.
- (8) Jf. bl.a. Ole Bjørn i SR-Skat 2001, s. 264 ff., Aage Michelsen i RR 2001 SM 264 ff., Bent Ramskov, Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 396 ff., Mikkel Falkenberg og Anders Endicott Pedersen i TfS 2001, 888, Erik Werlauff i TfS 2002, 954, og Aage Michelsen m.fl., Lærebog om indkomstskat, 17. udg. 2017, s. 967 ff.
- (9) Jf. om A/B-modellerne Liselotte Madsen i SR-Skat 2015, s. 144 ff., Aage Michelsen m.fl., Lærebog om indkomstskat, 17. udg. 2017, s. 1032 f., og Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 2, 8. udg. 2019, s. 625 f.
- (10) Der var i afgørelsen henvist til Den juridiske vejledning 2018-2, afsnit A.A.2.1.5.