

Taxo.2019.3

## Beskattes gevinstmuligheder virkelig i dansk skatteret?

♦ *I denne udgave kan I læse om en markant nyhed i praksis, som kan få vidtrækkende konsekvenser og derfor fortjener omtale. Helt konkret vedrører klummen denne gang en nyskabelse i administrativ praksis, som har introduceret en ny begrebsdannelse og dermed et nyt grundlag for beskatning. Jeg introducerer hermed tankegangen om "en gevinstmulighed" for nye læsere.*

*Af Jakob Bundgaard / Corit Advisory*

### Tilløbet

Problemstillingen tager sit udgangspunkt i et nyligt bindende svar fra Skatterådet (SKM 2019.30 SR). Sagens faktum var som følger: Et nystartet familieejet "investeringselskab" havde et midlertidigt kapitalbehov, og lånefinansiering blev anset for en uhensigtsmæssig finansieringsform, bl.a. af regnskabsmæssige hensyn. Investeringselskabets ejerkreds bestod af forældre og børn i to familier. Man ønskede at oprette en ny anpartsklasse (C-anparter) med tegning til overkurs, som blev tegnet af forældrenes eget investeringselskab, som netop var i besiddelse af de nødvendige kontante midler. Overkursen skulle modsvares af en ret til forlods udbytte. Denne ret indebar, at indskuddet i form af overkursen + en markedskonform opskrivning (forrentning) skulle betales til det selskab (forældrenes eget investeringselskab), som tegnede C-klassen. C-klassen skulle annulleres, så snart indskuddet og opskrivningen var betalt. Det centrale spørgsmål var, om en sådan ny anpartsklasse medførte beskatning af de bagvedliggende selskabsdeltagere (udbytte, gave, afståelse).

Skattestyrelsen og Skatterådet fandt, at nyttegningen af anparter i datterselskabet ikke skete til handelsværdien, da der ikke blev betalt en kompensation for den *gevinstmulighed*, der overgik til børnene. Skatterådet fandt, at nyttegningen af anparter havde en række skatte- og afgiftsmæssige konsekvenser, da nyttegningen medførte *overførsel af værdier fra forældrene til børnene*. Skatterådet fandt således, at der ville ske beskatning af de bagvedliggende selskabsdeltagere. Skattestyrelsen og Skatterådet hæftede sig ved, at den nye anpartsklasse ville udgøre næsten 100 % af selskabets værdi, hvorved der vil opstå en asymmetrisk *mulighed for gevinst eller tab* for hver af de tre anpartsklasser. Asymmetrien bestod i, at A- og B-anparterne ved en relativ lav investering på den ene side kunne tjene en stor profit eller på den anden side miste den beskedne investering. Det blev anført, at dette *ligner det, man kender fra finansielle optioner*, og medfører en formueforskydning fra C-anparterne til A- og B-anparterne. I Skatterådets øjne opstår formueforskydningen allerede ved aftalens indgåelse, fordi man netop har frasagt sig en eventuel gevinstmulighed, mens C-klassen 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. Ifølge Skatterådet ville en 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, at de underliggende investeringer ville blive meget rentable.

Når denne afgørelse har påkaldt sig bredere interesse, er det, fordi den berører nogle generelle principper og rykker ved den hidtidige retsstilling.

Dette er særligt interessant i lyset af, at resultatet nås gennem anvendelse af en helt ny begrebsdannelse, som Skattestyrelsen selv

har opfundet til lejligheden og endda ændrede under sagens behandling.

Det principielle i afgørelsen er, at Skatterådet med sin tiltrædelse af Skattestyrelsens forslag til afgørelse fremkom med en decideret nyskabelse inden for dansk skatteret. Dette gælder den af Skattestyrelsen fremlagte tankekonstruktion om tilstedeværelsen af en "*gevinstmulighed*", der synes at udtrykke den potentielle *upside*, som anpartshaverne kan oppebære, hvis investeringselskabet måtte blive et rentabelt foretagende og skabe yderligere afkast til anpartshaverne ud over indskuddet tillagt en forrentning.

Denne *gevinstmulighed* består, så vidt det kan udledes, i, at A- og B-anpartshaverne vil have ret til alt det økonomiske afkast, der realiseres i investeringselskabet, *efter* at C-anpartshaverne forlods har fået deres fulde investering med markedsforrentning retur, og C-anparterne er tilbagesolgt og annulleret.

At Skattestyrelsen betræder nyt juridisk land, kan udledes eksplicit af den indledende indstilling til afgørelse. Det fulgte således af denne indstilling, at Skattestyrelsen fandt, at den hypotetiske gevinst, som overføres til A- og B-anpartshaverne ved tegningen af de påtænkte C-anparter, kan sidestilles med den *gevinstmulighed*, som kendetegner finansielle optioner.

På baggrund af den indledende høring ændrede Skattestyrelsen terminologi og forlod optionsterminologien til fordel for nyskabelsen "*gevinstmulighed*", der mentes at være mere retvisende. Der synes alene at være tale om en *søg/erstatøvelse*, og man har, så vidt ses, blot erkendt, at man ikke kan bruge tanken om en option på noget, som ligger så langt fra definitionen af en option i skatteretlig henseende.

Sagen er også interessant, idet den beskrevne model langt hen ad vejen afspejler og kan sidestilles med ordinær lånefinansiering. I en långivningssituation vil långiver efter endt tilbagebetaling af hovedstol inkl. markedsforrentning ikke skulle have andel i låntagerens yderligere afkast som kompensation for, at låntager har tjent penge på at låne penge eller fortsat tjener penge efter indfrielse af låneforholdet.

Sagen berører også på det principielle plan den selskabsretlige aftalefrihed til at indrette kapitalklasser, som selskabsejerne måtte ønske dette. De særlige forhold vedrørende kapitalforhøjelsen – særligt anvendelsen af overkurs og den dedikerede kapitalklasse – var i sagen tiltænkt at spejle et uafhængigt låneforhold, dog således at det tilsikres, at der ikke regnskabsteknisk skete løbende påløb af renter.

Det er uomtvisteligt, at kapitalselskaber kan forhøje selskabskapitalen ved nyttegning af kapitalandele. Det er ligeledes uomtvisteligt, at et kapitalselskab kan indrette deres kapitalstruktur i klasser, således at den konkrete kapitalstruktur passer til netop det konkrete kapitalselskab. Afgørelsen medfører alt andet lige en retsstilling, hvorefter skatteydere, som opererer inden for kontrollerede miljøer, ikke kan lave en selvstændig aktie- eller

anpartsklasse, som imiterer lånefinansiering (hybrid finansiering), medmindre der tages højde for den mulige fremtidige “*gevinstmulighed*” i værdiansættelsen.

Dette nyskabende begreb “*gevinstmulighed*” som selvstændigt skatteretligt fænomen savner støtte i hidtidig praksis og lovgivning. Spørgsmålet er, hvor vide rammer skatteforvaltningen har (og skal have) med henblik på at indføre nye tankegange.

Sagen indeholder også andre væsentlige spørgsmål, som ikke skal vurderes nærmere her:

- Dette gælder spørgsmålet om, hvornår Skatterådet kan afvise af besvare stillede spørgsmål. Dette forhold skal dog ikke omtales nærmere her, om end det i stigende grad er en relevant problemstilling, som fortjener opmærksomhed, idet grænsen tilsyneladende rykker sig.
- Sagen omhandler tillige spørgsmålet om, hvorvidt der kan gennemføres gavebeskatning af børnene af den ovenfor nævnte gevinstmulighed, uanset at givers formue ikke reduceres på tidspunktet for etableringen af anpartsklassen.
- Afgørelsen berører endvidere det principielle spørgsmål, om der kan ske beskatning af ikke-realiserede gevinster. Det helt klare udgangspunkt i dansk skatteret er, at der alene kan ske beskatning af gevinster henholdsvis fradrag af tab på formuegenstande ved realisation. Dette udgangspunkt er ligeledes reflekteret i aktieavancebeskatningsloven og tilsvarende bekræftet af Højesteret og administrativ praksis.

## Nye usikkerheder

Såfremt den til lejligheden opfundne *gevinstmulighed* må anses for et skatterelevant aktiv, medfører dette en stribe af usikkerhedsmomenter:

- Dette gælder for eksempel værdiansættelsen heraf. I SKM 2019.371 SR synes Skatterådet at give den vejledning, at man skal bruge optionsteori og inddragelse af Black-Scholes eller binominalmodellen.
- Hertil kommer bl.a. terminologisk afgrænsning. Det er fortsat uklart, hvad Skatterådet og Skattestyrelsen mener med begrebet “*gevinstmulighed*”, som ikke udgør en *option*, der jo netop er særskilt defineret i skatteretten, når det samtidig menes, at man skal værdiansætte *gevinstmuligheder*, som om der var tale om en *option*.

Hvis først man accepterer begrebet “*gevinstmulighed*”, har Skattestyrelsen af egen drift udvidet rammerne for beskatning i forhold til hidtidig lovgivning og praksis (dog skal det retfærdigvis nævnes, at der ikke i hidtidig praksis var taget direkte stilling til et spørgsmål præcis som det foreliggende). Dermed er det ikke utænkeligt, at begrebsdannelsen kunne få et videre anvendelsesområde.

Det er en helt oplagt følger af afgørelsen, at begrebsdannelsen bliver overført til andre områder. Dette gælder navnlig generationsskifterne, hvor de såkaldte A/B-modeller har haft stor udbredelse. I disse sager anerkendes det, at senior vederlægges af junior gennem fremtidige udbytter (inklusive en forrentning). Der er således tale om en *gevinstmulighed* i form af en eksisterende virksomhed, som er noget mere sandsynlig end i ovenstående sag, hvor alene omhandles fremtidige mulige gevinster på de investeringer, som foretages for kapitalindsuddet. Derfor ville det være helt uforståeligt, hvis ikke også Skattestyrelsen ville anvende samme nye tankegang på disse situationer. At dette kommer til at ske, har vi fået bekræftet i SKM 2019.371 SR. I sagen blev det dog konkret ikke anerkendt, at der skulle tages højde for

værdien af *gevinstmulighed* i værdiansættelsen i forbindelse med en traditionel A/B-model, idet en sådan inddragelse konkret ville udtrykke en praksisændring. En sådan praksisændring kan først ske, efter der er udsendt et styresignal med en 6-måneders frist til at disponere. Det er således givet, at der fremover vil gælde en ny praksis på dette område, hvorefter der i værdiansættelsen af forlodsudbyttet skal inddrages værdien af en *option* (*gevinstmulighed*).

Grundet ligheden med lånefinansiering i finansieringsmodellen kan man spørge, om Skattestyrelsen fremover vil anvende en lignende tankegang ved bankfinansiering? Kræves det, at banken skal honoreres for en overdraget *gevinstmulighed*? Eller eksisterer tankegangen om en *gevinstmulighed* kun i kontrollerede transaktioner? Betyder dette så, at der kan hævdes at foreligge en “*gevinstmulighed*” i tilfælde af lån mellem interesseforbundne parter?

Det er heller ikke utænkeligt, at transfer pricing-området bliver omfattet – begrebet “*profit potential*” er således allerede kendt i flere lande i forbindelse med business restructurings. Hvis Skattestyrelsen havde dette yderligere skyts, er det ikke utænkeligt at forestille sig argumenter, som at datterselskaber har modtaget en *gevinstmulighed* fra moderselskaber alene ved at være sat i verden ved brug af moders erfaring, viden, medarbejdere og forarbejde.

## Det større perspektiv

En retsudvikling med sådanne potentielt vidtrækkende og nyskabende konsekvenser som beskrevet ovenfor, skal ikke ske alene på baggrund af ønsker herom hos embedsmænd i Skattestyrelsen. Det er min personlige fornemmelse, at økonomiske rationaler har fået en større plads, mens juraen synes at træde lidt i baggrunden.

Det må være op til lovgiver at beslutte, om gældende regler er utilstrækkelige, og om der er behov for nye regler. I disse år ser vi en stigende tendens til, at aktivistiske embedsmænd forsøger at rykke grænserne for hidtidig praksis eller at udvikle nye begreber. Man behøver blot at minde om den kedelige historie om udviklingen i driftsomkostningsbegrebet. Adgangen til fradrag er løbende blevet indskrænket i administrativ praksis, som senest førte til, at lovgiver på ny måtte sikre fradraget for helt almindelige lønomkostninger, efter at området gennemgik et tumultarisk forløb og endte for Højesteret. Virksomheder har skullet bruge enorme ressourcer blot på at retfærdiggøre og dokumentere et fradrag for helt almindelige omkostninger. For nyligt har skatteforvaltningen (indtil videre forsigtigt) lanceret synspunktet om, at de såkaldte DEMPE-funktioner (vedrørende immaterielle aktiver) i sig selv kan udgøre et aktiv, som kan give anledning til beskatning, hvis man flytter varetagelsen af sådanne funktioner ud af landet. Tankegangen er en absurditet, som ikke er i tråd med gældende lovgivning og som formentlig blot udtrykker et ønske om en ændret retstilstand fra aktivistiske embedsmænd.

Udviklingen er en glidebane, og skatteforvaltningen bør nøjes med at forvalte lovene og ikke forsøge at udvide grænserne herfor. Landets virksomheder har behov for stabile rammer, hvor forudsigelighed skal være i højsædet.

Foreløbigt krydser jeg personligt fingrene for, at Landsskatteretten underkender den nyskabende praksis om *gevinstmuligheder*, som denne instans faktisk i flere andre tilfælde har gjort tidligere. Hvis lovgiver herefter måtte mene, at der skal yderligere beskatning til i situationer som den omhandlede, må vi jo leve med det. Det er jo det, der kendetegner at leve i en demokratisk retsstat.