Offentliggjort d. 31. januar 2012

Ejendomsanparter – videresalg - Østre landsrets dom af 20/1 2012 ©

Af advokat (L) Bodil Christiansen og
advokat (H), cand. merc. (R) Tommy V. Christiansen
www.v.dk

Østre Landsret fandt ved en dom af 20/1 2012, at kommanditisters anskaffelsessum for ejendommen i et ejendomskommanditselskab måtte fastsættes til udbyders anskaffelsessum for ejendommen, uanset at der var tale om en videresalgssituation.

Fra omkring 2000 og fremefter har SKAT rejst en lang række sager om de skattemæssige forhold for investorer i de såkaldte 10-mandsprojekter, herunder særligt ejendomsprojekter. Spørgsmålet i disse sager har som oftest drejet sig om opgørelsen af den skattemæssige anskaffelsessum for ejendommen, herunder hvorvidt en del af betalingerne fra kommanditisterne til udbyderen skal henføres til "overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt" og som sådan betragtes som en ikke-fradragsberettiget etableringsudgift omfattet af statsskattelovens § 5.

Mens retsstillingen vedrørende de såkaldte *formidlingssager* samt *mellemformsager*, jf. nærmere nedenfor, har fundet sin afklaring hos domstolene, stod tilbage spørgsmålet om den skattemæssige behandling af et videresalg. Østre Landsret har den 20/1 2012 afsagt dom i en sådan videresalgssituation.

Der er i sagskomplekset om den skattemæssige behandling af ejendomsanparter udviklet en række begreber:

Begrebet **"udbyder"** anvendes om et selskab eller en person, der finder egnede investeringsejendomme og hvor udbyderen herefter formidler et salg af denne ejendom eller

køber ejendommen af **”den oprindelige ejer”** og videresælger denne til **”kommanditister”**.

SKAT sondrer mellem tre former for salg af ejendomme fra udbyder til kommanditisterne, jf. SKATs styresignal af 14/4 2009, refereret i SKM 2009.261.SKAT (TfS 2009.542 SM), der meget summarisk kan beskrives således:

Formidlingssalg omhandler det tilfælde, hvor udbyderen opnår en køberet til en given ejendom, og lader kommanditisterne indtræde i denne ret. Kommanditisterne køber herefter ejendommen fra den oprindelige ejer, og udbyderen fremsender efterfølgende en nota til kommanditselskabet for udbyderhonoraret, herunder for prioritering af ejendommen, tilrettelæggelse af projektet m.v.

Videresalg omhandler tilfælde, hvor udbyderen køber ejendommen for egen regning og risiko og efter en kortere eller længere periode videresælger ejendommen til kommanditisterne. Udgifter til prioritering m.v. er afholdt, før investorerne køber ejendommen i form af anparter.

Mellemformer er tilfælde, hvor udbyderen på den ene side har købt ejendommen med henblik på videresalg, men hvor videresalget sker med tilbagevirkende kraft til tidspunktet for kommanditselskabets etablering, og hvor driftsresultatet i perioden fra kommanditselskabets etablering og frem til kommanditisterne køb af anparter medtages hos kommanditisterne – og ikke hos udbyderen som ejer af kommanditselskabet, jf. eksempelvis TfS 2009, 902 H (Uffe Baller), omtalt i JUS 2008/5, samt efterfølgende TfS 2011, 276 BR, der nu er stadfæstet ved Østre Landsrets dom af 19/1 2012. I TfS 2009, 902 H (Uffe Baller) havde kommanditisterne ”tegnet” anparter i kommanditselskabet – og efter rettens opfattelse dermed ikke ”købt” anparter på erhvervelsestidspunktet, ligesom kommanditisterne i deres skatteopgørelse havde medtaget kommanditselskabets drift ikke kun fra tidspunktet for erhvervelse af andele i selskabet, men helt tilbage til selskabets stiftelse og dermed i realiteten med tilbagevirkende kraft.

Begrebet **”brugte anparter”**, således som dette er defineret af SKAT, omhandler alene den situation, hvor en investor, der har erhvervet en anpart i et kommanditselskab fra en udbyder, videresælger denne anpart til en ny investor. Før SKATs fastlæggelse af be-

grebet, er dette begreb i litteraturen ofte anvendt som omfattende ethvert videresalg, herunder også selv om der er tale om en udbyder, der videresælger en anpart til en kommanditist. Forud for Styresignalet fra 2009, ref. i TfS 2009, 542 SM, skulle ingen del af købesummen henføres til ”værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed” for så vidt der var tale om videresalg af brugte anparter fra kommanditist 1 til kommanditist 2, jf. SKM2008.984.LSR (TfS 2009, 145 LSR). Dette er nu ændret med Styresignalet fra 2009, således at der efter omstændighederne skal fastsættes en ”værdi af deltagelse i den igangværende virksomhed”, jf. nærmere den meget omfattende besvarelse fra Skatterådet ref. i TfS 2010.602 SR. Skatterådets afgørelse blev dog efterfølgende delvis tilsidesat af Landsskatteretten, jf. SKM 2011.641.LSR.

I domspraksis er anvendt begrebet **”overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt”** som betegnelse for den del kommanditisternes betaling til udbyderen, der ikke skal henføres til købesummen for ejendommen, men anses at være en etableringsudgift omfattet af statsskattelovens § 5. Dette begreb findes ikke i skattelovgivningen, og det nærmere materielle indhold er ikke klart defineret, men kan med støtte i Landsskatterettens kendelse ref. i SKM2010.819.LSR (TfS 2011.200 LSR) forstås som omkostningerne ved etablering af et kommanditselskab. Det er således etablering af kommanditselskabet, der udgør forskellen mellem det traditionelle salg til en enkelt investor på den ene side og salg af anparter i et kommanditselskab på den anden side. Heroverfor står, at domstolene ikke klart har anlagt denne sondring, og blot henfører hele honoraret til udbyder, dvs. hele betalingen ud over købesummen til den oprindelige ejer, til dette begreb.

Det må antages, at begrebet ”overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt” dækker det samme som begrebet **”værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed”**. Sidstnævnte begreb er introduceret i styresignalet fra 2009 vedrørende salg af brugte anparter og synes at have samme materielle indhold som begrebet ”overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt”, men som kan være nedskrevet og alene knytter sig til videresalg fra kommanditist 1 til en senere kommanditist 2. Det må således antages, at nævnte to begreber i videresalgssituationen anvendes refererer til det samme skattemæssige aktiv, nemlig etableringsomkostninger omfattet af statsskattelovens § 5 – og ikke eksempelvis en goodwillværdi.

Offentliggjort d. 31. januar 2012

SKAT indtog, vistnok omkring 2000, det synspunkt, at i hvert fald hvor der var tale om formidlingssalg, skulle en del af betalingen fra kommanditisterne til udbyderen henføres til ”overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt”. Denne del af betalingen kunne derfor ikke indgå i den skattemæssige købesum henholdsvis afskrivningsgrundlaget for ejendommen, jf. TfS 2000, 199 LR.

Problemstillingen kan med et stærkt forenklet eksempel illustreres således, at hvis en investor i en formidlingssag havde indbetalt 10 mio. kr. til udbyder, hvoraf 8 mio. kr. skulle dække salgssummen til den oprindelige ejer (sælger) af ejendommen, medens 2 mio. kr. udgjorde honorar til udbyder, kunne alene de 8 mio. kr. henregnes til anskaffelsessummen for ejendommen. Frem til 2008 blev dog accepteret, at en del af nævnte honorar på 2 mio. kr. til udbyderen blev sidestillet med mæglersalær m.v. samt omkostninger knyttet til selve erhvervelsen af ejendommen. Denne praksis fandt dog efter SKAT´s opfattelse sin afslutning med 2 Højesteretsdomme fra 2008, ref. i henholdsvis TfS 2008, 721 H og TfS 2009, 16 H.

Der er i de følgende år afsagt en lang række domme og kendelser på området, ligesom SKAT som allerede nævnt har udsendt to styresignaler, ref. i henholdsvis TfS 2008, 744 SM og TfS 2009, 542 SM.

I det første styresignal, ref. i TfS 2008, 744 SM, beskrives SKAT´s opfattelse af gældende ret i henseende til, hvorledes investorer, herunder såvel de oprindelige investorer som senere erhververe af andele i anpartsprojekter, skal opgøre deres anskaffelsessum og afskrivningsgrundlag for ejendommen. I det næste styresignal, ref. i TfS 2009, 542 SM, omtales efterfølgende domme og kendelser og de deraf afledte konsekvenser samt tillige en praksisændring vedrørende salg af ”brugte anparter”.

Mens alle typer sager havde været prøvet for administrative myndigheder, har de hidtil afsagte domme har frem til efteråret 2011 drejet sig om *formidlingssalg*, hvor spørgsmålet har været, hvorvidt og i bekræftende fald i hvilket omfang den af udbyderselskabet fremsendte faktura til kommanditselskabet skulle indgå i investorernes (kommanditisternes) anskaffelsessum for ejendommen, eller den såkaldte *mellemform*.

Offentliggjort d. 31. januar 2012

At der i henseende til de skattemæssige konsekvenser for kommanditisterne må sondres mellem videresalg til forskel fra formidlingssalg, henholdsvis de såkaldte mellemformer, fremgår af SKATs styresignal ref. i SKM2009.261 (TfS 2009.542).

Den ovennævnte sondring understøttes endvidere af præmisserne i Højesterets dom ref. TfS 2009.902 H (Uffe Baller). I denne sag var der tale om en såkaldt mellemform. Højesteret nåede her frem til, at investor skulle stilles, som var der tale om formidlingssalg, idet der var købt med tilbagevirkende kraft. For så vidt Højesteret var af den opfattelse, at det var uden betydning, hvorvidt der var tale om formidlingssalg eller videresalg, var det unødvendigt som begrundelse for resultatet at pege på, at der i denne sag var handlet med tilbagevirkende kraft.

Den første "rene" videresalgssituation, som forelå i sagen om K/S Savontie, startede med en anmodning om bindende forhåndsbesked, ref. i TfS 2008, 387 SR, hvor Skatterådet nåede frem til den konklusion, at det for bedømmelse af sagen var uden betydning, hvorvidt der var tale om et formidlingssalg eller videresalg.. Skatterådet begrundede sin afgørelse med bl.a. følgende *".. I denne forbindelse bemærkes, at det efter Skatterådets opfattelse er uden betydning for den skattemæssige behandling af de nævnte udgifter, om der er tale om en situation, hvor udbyder som formidler har erhvervet en køberet til ejendommen, som først udnyttes af kommanditselskabet, når et tilstrækkeligt antal investorer har tegnet andele, eller om der er tale om en situation, hvor udbyder som her har købt ejendommen, der først på et senere tidspunkt udbydes til salg..."*.

Skatterådets afgørelse hvilede på den betragtning, at udgifter afholdt af udbyder forud for udbyders salg af ejendommen skulle betragtes som afholdt af de efterfølgende kommanditister. Dette betød blandt andet, at det i afgørelsen blev betonet, at udgifter til prioritering ikke kunne fratrækkes eller tillægges anskaffelsessummen – en betragtning der er korrekt for den aktuelle ejer, men som er en senere ejer uvedkommende.

Mens problemstillingen ved et formidlingssalg, hvor købesummen for ejendommen objektivt kan fastslås som den pris, som kommanditisterne betaler til den oprindelige sælger, og hvor spørgsmålet knytter sig til den retlige klassificering af det honorar, der af kommanditselskabet betales til udbyderen, er problemstillingen ved et videresalg et andet: Her drejer sagens sig om, hvorvidt det beløb, som kommanditisterne har betalt til

udbyderen for ejendommen skal omkvalificeres og en del af købesummen henføres til ”overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt”.

Da K/S Savontie-sagen således i bund og grund handlede om, hvorvidt den pris, som kommanditisterne havde betalt for ejendommen nu også svarede til markedsprisen for ejendommen, eller om der tillige var tale om betaling for ”overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt” var det naturligt at indhente en vurdering af ejendommen ved et syn og skøn. En tilsidesættelse af købesummen på ejendommen kræver således, at den anvendte købesum var åbenbart urimelig.

I den pågældende sag havde kommanditisterne betalt udbyderen 288 mio. kr. som købesum. Udbyders avance udgjorde salgssummen på 288 mio. kr. med fradrag af købesummen på 246 mio. kr. samt omkostninger i form af salgsmodning, i alt omkring 23,4 mio. kr., og dermed samlet set 7-8 %. Ét af hovedproblemerne var følgelig, om disse salgsmodningsomkostninger knyttede sig til etablering af et kommanditselskab – eller om der var tale om omkostninger, som enhver næringsdrivende ville afholde med henblik på videresalg. Dermed var det følgelig helt centralt, hvad ejendommen ville koste i handel og vandel, hvis der ikke var tale om salg til et kommanditselskab, men salg til eksempelvis en bank eller en pensionskasse.

Det blev under sagen ikke gjort gældende af skatteyderen, at der i udbyders ejertid var sket en generel prisstigning, men derimod at salgsmodningsomkostningerne kunne begrunde den i sagen fastlagte prisstigning på ejendommen. Skat fastholdte, at markedsprisen for den ”nøgne ejendom” i handel og vandel udgjorde 246 mio. kr.

K/S Savontie ønskede følgelig handelsværdien belyst ved et syn og skøn. Skatteministeriet ønskede imidlertid ikke et sådant syn og skøn, hvilket ministeriet fik medhold i ved Østre Landsrets kendelse af 2/7 2010, ref. i TfS 2010, 601 ØLK. Procesbevillingsnævnet afviste kære til Højesteret med henvisning til, at kæren ikke vedrørte spørgsmål af principiel karakter.

Afgørelsen blev indbragt for Højesteret, der stadfæstede Østre Landsrets kendelse.

Offentliggjort d. 31. januar 2012

I selve hovedsagen, hvor der faldt dom den 20/1 2012 var der nedlagt påstand om, at købesummen skulle fastsættes til 288 mio. kr. Subsidiært at købesummen skulle fastsættes til nævnte 288 mio. kr., men med fradrag for de omkostninger, der knyttede sig til etablering af et kommanditselskab. Den subsidiære påstand skal ses i lyset af, at der næppe var grundlag for at reducere købesummen, hvis der var tale om salg til en enkelt investor, eksempelvis en bank eller et forsikringsselskab, idet avancen for udbyder reelt kun var 7-8 pct., hvorfor der kun var grundlag for en reduktion af købesummen for så vidt udbyder havde etableret et aktiv i form af et kommanditselskab, som en del af købesummen herefter skulle henføres til.

Landsretten fastslog i præmisserne indledningsvist, at der ikke var nogen interessemodsætning mellem udbyderen og kommanditisterne, og at der var en fælles interesse i at sætte købesummen højst muligt.

Landsretten bemærkede dernæst, at som projektet var tilrettelagt, havde kommanditisterne ved køb af anparter i K/S Savontie købt sig ind i en igangværende udlejningsvirksomhed og i den forbindelse erhvervet ejendommen til den pris på 246 mio. kr., som K/S Savontie nogle måneder forinden havde anskaffet den til, idet landsretten efter bevisførelsen ikke finder det godtgjort, at ejendommens værdi var steget i dette forholdsvis korte tidsrum.

Denne 2. præmis er for så vidt angår selve hovedsagen nok korrekt – men det er ikke tilfredsstillende, at Landsretten (i samme afdeling, men med en anden dommersammensætning end den, der havde hovedsagen) først afskærer en efter min opfattelse relevant bevisførelse i form af et syn og skøn, og dernæst inddrager dette som et afgørende moment i selve hovedsagen. Det præciseres, at nærværende endog meget kritiske bemærkning knytter sig til den første afdeling, der afskar nævnte bevisførelse.

Dernæst anførte Landsretten, at *"Det lægges som ubestridt til grund, at udgifterne til due diligence, mæglerhonorar og øvrige købsomkostninger på 23.387.000 kr. er afholdt af K/S Savontie, inden investorerne købte anparterne i K/S Savontie for i alt 288.030.600 kr. Da disse udgifter således i realiteten må anses for afholdt af projektudbyderen, kan investorerne i K/S Savontie ikke medregne disse udgifter helt eller delvist*

Offentliggjort d. 31. januar 2012

ved opgørelsen af afskrivningsgrundlaget og anskaffelsessummen efter ejendomsavancebeskatningsloven, jf. herved princippet i Højesterets dom af 8. september 2009 som gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2009, side 2917."

Sidstnævnte henvisning Ugeskrift for Retsvæsen 2009, side 2917, (svarende til TfS 2009, 902 H (Uffe Baller), drejer sig imidlertid om en såkaldt mellemformsag, hvor kommanditisterne, som allerede nævnt ovenfor, skattemæssigt og regnskabsmæssigt havde erhvervet andelene så at sige med tilbagevirkende kraft og havde udgiftsført renter etc. tilbage til kommanditselskabet stiftelse og dermed til erhvervelse af ejendommen og ikke periodiseret driften – og altså ageret, som havde de erhvervet ejendommen på skæringstidspunktet. Dette var ikke tilfældet i K/S Savontie-sagen, hvor der var udarbejdet en skæringsopgørelse for hver enkelt kommanditist baseret på det aktuelle købstidspunkt, og hvor renter m.v. var periodiseret og opgjort for hver enkelt kommanditist. En henvisning til princippet i Højesteretsdommen ref. i TfS 2009, 902 H kan følgelig ikke tiltrædes.

Videre anførte Landsretten, at forskellen mellem investorernes samlede anskaffelsessum for anparterne på 288 mio. kr. og købesummen for ejendommen på 246 mio. kr. med tillæg af de ovennævnte omkostninger på 23,4 mio. kr. udgjorde ca. 19 mio. kr. Landsretten fandt, at disse ca. 19 mio. kr. måtte anses som et vederlag til Griffin Ejendomme A/S i selskabets egenskab af projektudvikler og projektudbyder for arbejdet med den overordnede strukturering og tilrettelæggelse af investeringsprojektet. Et sådant vederlag kunne ikke medregnes ved opgørelsen af afskrivningsgrundlaget for investorerne, idet det angik etableringen af erhvervsvirksomheden K/S Savontie. Landsretten henviste her til statsskattelovens § 6 samt Højesterets dom af 25/11 2008, ref. i UfR 2009.449 H. Beløbet kunne følgelig heller ikke medregnes ved opgørelsen af anskaffelsessummen efter ejendomsavancebeskatningsloven. Det forhold, at Griffin Ejendomme A/S ikke havde udstedt en egentlig faktura til K/S Savontie for dette vederlag, fandtes ikke at kunne føre til et andet resultat.

Som det ses, levnes der ikke plads til en egentlig avance for udbydere.

Således som dommen er formuleret, er den ikke begrænset til køb af en anpart i et kommanditselskab. Hvis dommen tages til indtægt for, at selve den omstændighed, at en

Offentliggjort d. 31. januar 2012

investor køber en anpart i en ejendom eller for den sags skyld hele ejendommen, der er i god gænge, og hvor købesummen er fastlagt efter, at der er foretaget salgsmodningsbestræbelser (lejen maksimeret, huslejekontrakterne løber over længere tid, der er udlejet til solide lejere, der er udarbejdet en due diligence rapport, der sikrer investeringen etc. etc. og videre, at der foreligger en administrationsaftale vedrørende ejendommen, hvilket set i praksis), skal anses som etablering af en erhvervsvirksomhed, er der på samme vis som i nærværende sag grundlag for at omkvalificere købesummen og henføre en del af købesummen til etableringsudgifter. Og som antydet: Dette må tillige gælde, hvis køber er et forsikringsselskab eller en pensionskasse.

Således som præmisserne er udformet, kan man videre rejse det spørgsmål, om sagen havde fået et andet udfald, hvis det var lagt til grund, at salgssummen for ejendommen på ca. 288 mio. kr. var markedskonform. Dette må formentlig besvares bekræftende. Den omstændighed, at der i K/S Savontie-sagen blev nægtet adgang til syn og skøn, vil næppe have præjudiciel betydning for en sag, hvor køber eksempelvis er et forsikringsselskab eller en pensionskasse. Dette må gælde, selv om ejendommen handles i et kommanditselskab af stempelmæssige hensyn.

Sagen fik undervejs den særegne sidegren, at Skatterådet her blev spurgt om de skattemæssige konsekvenser ved én af kommanditisternes videresalg, jf. den meget omfattende besvarelse fra Skatterådet ref. i TfS 2010, 602 SR. Skatterådets afgørelse blev efterfølgende delvis tilsidesat af Landsskatteretten, jf. SKM 2011.641.SR.

—— o ——