

Offentliggjort d. 15. september 2009

Ejendomsanparter – udbyderhonorarer - Højesterets dom af 8/9 2009, jf. tidligere TfS 2008, 398 VL ©

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

www.v.dk

Højesteret fastslog ved en dom af 8/9 2009, at en investors tegning af anparter i et ejendomskommanditanpartsprojekt skulle bedømmes således, at investor havde købt sig ind i en erhvervsvirksomhed ved køb af ejendommen til en pris svarende til udbyders anskaffelsessum og ved at påtage sig at betale udgifterne til køkets berigtigelse og gennemførelse. Et honorar til udbyder, der efter Højesterets opfattelse måtte anses som vederlag for investeringsprojektets udvikling og udbud, kunne følgelig ikke tillægges investorens skattemæssige anskaffelsessum for ejendommen.

Spørgsmålet om opgørelse af afskrivningsgrundlaget for investorer i ejendomsanpartsprojekter er de seneste år blevet belyst gennem flere afgørelser, hvor der er taget stilling til forskellige facetter af dette problemkompleks. Jeg har behandlet disse forhold bl.a. i TfS 2007, 457 samt i JUS 2007, nr. 19 og JUS 2008, nr. 5, 15, 49 og 51. SKAT har i TfS 2008, 744 offentliggjort et meget omfattende notat om disse forhold, omtalt i JUS 2008/25. Notatet er sidenhen fulgt op SKAT's styresignal af 14/4 2009, som jeg har omtalt nærmere i JUS 2009, nr. 17 og 19.

Problemstillingen er nærmere, hvilke udgifter i forbindelse med erhvervelsen af ejendomsanparten investorerne kan medregne ved opgørelse af anskaffelsessummen for ejendommen, og dermed for opgørelsen dels af afskrivningsgrundlaget og dels af avancen efter ejendomsavancebeskatningsloven i forbindelse med et senere salg af ejen-

Offentliggjort d. 15. september 2009

dommen. Særligt foreligger spørgsmålet om, hvorvidt og i hvilket omfang investorerne kan medregne et vederlag til udbyder, et såkaldt “udbyderhonorar”, ved opgørelsen af anskaffelsessummen.

I det følgende benævnes den oprindelige ejer af ejendommen som ”sælger”. Udbyder er den, der enten formidler salget eller køber ejendommen og sælger den videre til investorer. Der kan sidenhen være tale om videresalg fra en investor 1 til en ny investor 2.

Som tidligere tilkendegivet blandt andet i TfS 2007, 457 må der efter min opfattelse sondres mellem, hvorvidt der er tale om et formidlingssalg eller et køb og videresalg (køb af “brugte anparter”). I sidstnævnte tilfælde er der tale om køb af en andel af en bestående virksomhed med de deraf flydende skattemæssige konsekvenser.

I SKATs meddelelse ref. i TfS 2008, 744 har SKAT ligeledes taget afsæt i en sondring mellem formidlingssalg henholdsvis videresalg af en bestående virksomhed, benævnt ”brugte anparter”, jf. nærmere notat punkt 4, men ender dog ud med at definere området for brugte anparter som tilfælde, hvor der er tale om salg fra investor 1 til investor 2, jf. nærmere notat afsnit 10.

Vedrørende tilfælde af *formidlingssalg* har Højesteret ved en dom af 25/11 2008, omtalt i JUS 2008, nr. 49, fastslået, at der ved opgørelsen af anskaffelsessummen for en ejendom alene kan medregnes udgifter, som kan henføres til berigtigelse og gennemførelse af selve ejendoms købet. Et honorar til udbyder vedrørende den overordnede strukturering og tilrettelæggelse af et ejendomsinvesteringsprojektet kunne ikke henregnes til anskaffelsessummen. Et synspunkt om, at en andel af udbyderhonoraret svarende til “et mæglersalær i traditionel forstand”, skulle kunne henføres til anskaffelsessummen, blev i samme forbindelse afvist.

Vedrørende de såkaldte “brugte anparter”, hvor udbyder køber ejendommen og videresælger anparter heri til investor, må disse efter min opfattelse, jf. herved TfS 2007, 457, Beskatning ved køb af “brugte anparter”, undergives samme skattemæssige behandling, hvad enten investor erhverver anparterne af den oprindelige udbyder som ejer af ejendommen eller af en senere erhverver (investor) af anparten.

Offentliggjort d. 15. september 2009

Heroverfor står SKATs synspunkt, jf. nærmere TfS 2008, 744 SM, hvorefter der, som allerede nævnt, anlægges en anden sondring. Efter SKAT's opfattelse måtte der således i henseende til opgørelse af anskaffelsessummen sondres mellem på den ene side køb af anparter i et kommanditselskab, hvori udbyder selv ejer anparterne og på den anden side køb af anparter fra en senere ekstern investor. Købte investoren anparterne af den oprindelige udbyder, kunne et udbyderhonorar efter SKAT's opfattelse ikke henregnes til anskaffelsessummen for ejendommen. Købte investoren derimod anparterne af en anden, ekstern investor, var der efter SKAT's faste praksis ikke grundlag for at korrigere investor 2's anskaffelsessum for anparterne med værdien af et udbyderhonorar, jf. herved udtrykkeligt TfS 2008, 744 SM, pkt. 10.

Denne sidstnævnte faste praksis blev dog ændret et år senere ved SKAT's styresignal ref. i TfS 2009, 542 SM med virkning fra 14/4 2009. Praksis er ifølge Styresignalet herefter denne, at købere af "brugte anparter" skal bedømmes efter samme principper som de oprindelige investorer. Det betyder efter styresignalet, at det for alle investorer - uden hensyn til, om der er tale om formidlingssalg eller videresalg - under alle omstændigheder bliver afgørende, hvad betalingen dækker. I det omfang, der i realiteten betales for værdien af den overordnede strukturering og tilrettelæggelse af investeringsprojektet, bør situationen bedømmes i overensstemmelse hermed.

Den sag, der nu er afgjort med Højesterets dom af 8/9 2009, drejer sig efter SKAT's opfattelse om en formidlingssituation, jf. herved TfS 2008, 744 SM, pkt. 5.1. i.f. Efter den pågældende investors opfattelse var der derimod tale om køb af brugte anparter.

I den pågældende sag havde udbyderen, Habro Finans A/S, i et nystiftet kommanditselskab fået skøde på en ejendom den 11/12 2000 med virkning fra samme dato. Den 15/12 tegnede investoren kommanditanparter i kommanditselskabet. Tegningen var dog betinget af flere forhold, herunder at projektet var fuldttegnet senest den 28/12 2000. Tegningen fandt sted med tilbagevirkende kraft fra kommanditselskabets stiftelse den 11/10 2000. Tvisten i sagen drejede sig om, hvorvidt et honorar til udbyderen på knap 1,9 mio. kr. kunne medregnes ved investorens opgørelse af den skattemæssige anskaffelsessum for ejendommen. Fakturaen fra udbyderen blev fremsendt til kommanditselskabet d. 30. juni 2001.

Offentliggjort d. 15. september 2009

Sagen var marginal i henseende til spørgsmålet om, hvorvidt der var tale om et formidlingssalg eller salg af ”brugte anparter”.

Prospektet gav grundlag for en antagelse om, at der var tale om et formidlingssalg, da det dér var anført, at investor skulle afholde udgifterne til rådgivere, udbydere m.v. Da investor indgav selvangivelse var dette i overensstemmelse med prospektet.

Heroverfor står, at investor rent faktisk købte ejendommen af udbyder, hvilket selvsagt peger i retning af køb af ”brugte anparter”. Men der var, som anført, tale om et betinget køb, hvor betingelsen først udløb den 28/12 2000.

Under sagens behandling for Højesteret gjorde skatteyderen principalt gældende, at der var tale om et videresalg af den omhandlede ejendom fra udbyder til investorerne, og dermed tale om et salg af brugte anparter, således at udgifter, der var afholdt forud for investors køb af anparterne, var investor uvedkommende. Subsidiært blev nedlagt påstand om, at var der tale om et formidlingssalg, skulle nogle af de i sagen omhandlede honorarer indgå i afskrivningsgrundlaget på ejendommen.

Skatteministeriet tog munden fuld og fremsatte anbringender, der dog ikke alle blev fulgt.

Skatteministeriet gjorde overfor investors principale påstand *først og fremmest* gældende, at der var foretaget nytegning af anparter i forbindelse med en kapitaludvidelse med henblik på indtræden i kommanditselskabet med tilbagevirkende kraft, således at investoren måtte anses for kommanditist med virkning fra selskabets stiftelse den 11/10 2000 med de retsvirkninger, der var forbundet hermed. Investorerne havde herunder overtaget hæftelsen for betalingen af alle udgifter, herunder udbyders honorar. Denne udgift vedrørte efter ministeriets opfattelse den overordnede strukturering og tilrettelæggelse af ejendomsinvesteringsprojektet, og måtte anses som en etableringsudgift.

På den baggrund konkluderede Skatteministeriet, at der var tale om køb med tilbagevirkende kraft, hvorfor investor måtte anses at have været selskabsdeltager siden 11/10 2000 – altså mere end 2 måneder forud for investors indtræden i kommanditselskabet.

Offentliggjort d. 15. september 2009

Der var således ikke tale om køb af ”brugte anparter” Når investor således civilretligt var indtrådt Den 11/10 2000, måtte dette også binde skatteretligt.

Dernæst gjorde ministeriet gældende, at selv om der havde foreligget en købekontrakt, d.v.s. selv om investor havde købt andele i en fast ejendom den 15/12 2000, ville resultatet være det samme, idet der for skattemyndighederne er adgang til at skride korrigerende ind over for en forkert fordeling af salgssummen på de aktiver, der er omfattet af overdragelsen. En del af salgssummen måtte således antages at være betaling for den overordnede strukturering.

Landsretten var tidligere nået frem til at honoraret til udbyderen ikke kunne indgå i købesummen for ejendommen, med den begrundelse, at det i realiteten mellem udbyder og investor var aftalt, at der ikke var tale om køb af anparter – men derimod om nytægning. Det grundlæggende princip om periodisering ved salg af brugte anparter kunne følgelig ikke finde anvendelse.

Højesteret tiltrådte landsrettens afgørelse, men med ændrede præmisser.

Højesteret lagde ved dommen til grund, at udbyder, Habro Finans A/S, i efteråret 2000 udarbejdede et investeringsprojekt vedrørende investering i en udlejningsejendom i England ved tegning af anparter i et til projektet etableret kommanditselskab. I december 2000 blev projektet sent i åbent udbud og fuldttegnet. Kommanditselskabet havde forinden – i november 2000 – købt ejendommen for 37,4 mio. kr. På det tidspunkt var der ikke andre kommanditister – og dermed ejere af kommanditselskabet – end Habro og Global Finans A/S, som hver havde tegnet en anpart, der var med i det åbne udbud af i alt 100 anparter i december 2000.

Videre anførte Højesteret, at tegningsprospektet beskrev det investeringsprojekt, som investorerne gennem tegningsaftalen gik ind i, som omfattende køb af den faste ejendom til den pris på 37,4 mio. kr., der skulle betales til den engelske sælger, samt pligt til betaling af de med ejendoms købet og projektet i øvrigt forbundne købs- og finansieringsomkostninger, honorar til Habro og udgifter til advokat og revisor mv., i alt 4,7 mio. kr.

Offentliggjort d. 15. september 2009

Til investorens synspunkt – hvorefter dennes tegning af anparter i kommanditselskabet alene indebar videresalg fra udbyderne af ét aktiv, den faste ejendom, til en købesum på 42,1 mio. kr. svarende til investorernes samlede anskaffelsessum for anparterne - bemærkede Højesteret, at der ikke i tegningsprospektets beskrivelse af investeringsprojektet eller i sagens øvrige oplysninger var holdepunkter for en sådan forståelse.

Højesteret fandt derfor, at investorerne i overensstemmelse med beskrivelsen i prospektet havde købt sig ind i en erhvervsvirksomhed ved erhvervelse af ejendommen til den pris på 37,4 mio. kr., som udbyder havde skaffet den til, og ved at påtage sig at betale udgifterne ved dette købs berigtigelse og gennemførelse samt omkostninger og honorarer, som har karakter af vederlag til Habro for investeringsprojektets udvikling og udbud. Under de foreliggende omstændigheder var det efter Højesterets opfattelse således uden betydning, om kommanditselskabets køb af ejendommen var sket før eller efter investorernes anpartstegning.

Herefter blev landsrettens dom som allerede nævnt stadfæstet.

— o —

Vender vi os mod Skatteministeriets procedure, er denne endog særdeles vidtgående:

Skatteministeriets subsidiære synspunkt, hvorefter SKAT er berettiget til at foretage en omfordeling af prisfordeling harmonerer med SKAT's styresignal ref. i TfS 2009, 542, hvor der tales om "værdien af adgangen til deltagelse i en igangværende erhvervsvirksomhed med udlejning af fast ejendom". Et sådant aktiv blev netop for første gang lanceret med det nævnte styresignal og da med virkning fra 14/4 2009 – og altså ikke med virkning for en sag fra 2000.

Skatteministeriets principale synspunkt, hvorefter der er sket erhvervelse med tilbagevirkende kraft civilretligt, hvilket må binde skatteretligt, er klart i strid med grundlæggende, skatteretlige periodiseringsprincipper. Dette kan illustreres med et lille eksempel: Forestiller man sig, at der i en bestående virksomhed er købt varer hjem for 1 mio. kr. den 1/1 2000, samt at disse varer sælges den 15/3 samme år for 0,8 mio. kr., er der kon-

Offentliggjort d. 15. september 2009

stateret et tab på 0,2 mio. kr. Indtræder nu en ny selskabsdeltager den 1/4 2000, vil denne nyindtrådte selskabsdeltager selvsagt ikke kunne få henført nogen del af dette tab til sin indkomstopgørelse, uanset den pågældende vareleverandør endnu ikke er betalt, og uanset det i forbindelse med denne indtræden aftales, at selskabsdeltageren indtræder med virkning pr. 1/3 2000, og uanset at han som en del af berigtigelsen overtager en del eller hele denne leverandørgæld. Aftaletidspunktet den 1/4 2000 er afgørende. Driften forud for dette tidspunkt er den nye selskabsdeltager uvedkommende. Aftaler om køb og salg af virksomhedsandele eller andet kan ikke aftales med tilbagevirkende kraft, jf. nærmere TfS 2007, 457. I modsat fald var der tale om et meget stort og uhensigtsmæssigt hul i skattelovgivningen, der gav adgang til at sælge og købe underskud og overskud.

Det svage punkt for investor i den ovenfor omtalte sag var selvsagt, at der var tale om en betinget aftale, samt at betingelsen og dermed forpligtelsen til at betale udbyderhonorar, først var endelig afklaret den 28/12 2000.

Som jeg forstår Højesterets præmisser, har Højesteret opfattet situationen således, at investeringsprojektet, herunder kommanditisternes vilkår for indtræden i kommanditselskabet, i det hele var designet efter, at udbyderen, Habro, alene havde formidlerens rolle. Det kontraktlige grundlag, tegningsprospektet, var udarbejdet herefter. Såvel de formelle rammer for projektet som projektets tilrettelæggelse pegede således i denne retning. Og investor havde i sin selvangivelse taget afsæt i, at der var tale om et formidlingssalg – og ikke køb af brugte anparter. Under disse omstændigheder kunne skatteyderen ikke opnå en afvigende retsstilling.

Og måske har det endvidere spillet en rolle for Højesteret, at der dels kun forløb kort tid fra udbyders køb af ejendommen til videresalget, ligesom investor ved indgivelse af selvangivelsen for 2000 selv havde opfattet situationen således, at der *ikke* var tale om køb af brugte anparter, samt endelig at forpligtelsen til at betale udbyder et honorar udløstes endeligt og ubetinget, efter investor var indtrådt i kommanditselskabet. Der var således næppe tale om en udgift, der havde udtømt sin funktion skatteretligt på tidspunktet for investors køb af andele i ejendommen fra udbyder.

Offentliggjort d. 15. september 2009

Dommen kan følgelig næppe antages at være retningsgivende for sager, hvor der er tale om videresalg fra udbyder, og hvor dette svarer til det foreliggende kontraktsgrundlag, jf. herved Højesterets reservation med præmisserne ”Under de foreliggende omstændigheder...” En sådan sag er under forberedelse i Østre Landsret.

— o —