

# Artikler

191

## Kommentar til Tfs 2011, 986 H – fradrag for management fee

Af advokat Bodil Tolstrup og advokat (H), HD(R) Nikolaj Bjørnholm, Hannes Snellman

Ved Højesterets dom af 29/11 2011 (Tfs 2011, 986 H) fik en venturefond medhold i, at udgifter til management fee kunne fradrages. Forfatterne har ført sagen ved Landsskatteretten, Østre Landsret og Højesteret og vil i denne artikel kommentere dommen.

### 1. Indledning

Sagen drejede sig om, hvorvidt venturefonden Symbion Capital kunne fradrage udgiften til management fee som driftsomkostning. Problemstilling var, om det havde betydning for retten til at fradrage driftsomkostninger, at udgiften var afholdt med henblik på at opnå aktieavancer ved salg af de såkaldte porteføljeselskaber, når disse aktieavancer i visse tilfælde kunne være skattefrie. Indtil 2010 var aktieavancer skattefrie, hvis aktierne havde været ejet i mindst 3 år. Fra 2010 er aktieavancer skattefrie, hvis der ejes mindst 10 pct. af aktiekapitalen (uanset ejertid).

Nærværende artikel forsøger at belyse de noget svært tilgængelige højesteretspræmisses. Artiklen kommenterer dog ikke Højesterets dissens.

### 2. Faktum

#### 2.1 Generelt om venturefonden

Sagen angår selskabet Symbion Capital, som er et ventureselskab/venturefond. Generelt kan det siges om venturefonde, at disse:

- (i) rejser penge fra investorer,
- (ii) investerer disse penge i unge virksomheder med stort vækstpotentiale,
- (iii) udvikler virksomhederne og
- (iv) sælger virksomhederne, når de er vokset og modnet til nye ejere. Investeringerne er altovervejende egenkapitalinvesteringer. En fond har en forudbestemt levetid, som regel 8-10 år, hvor fondens midler skal investeres, og eventuelle gevinster realiseres, hvorefter fonden likvideres.

Symbion Capital fungerede som beskrevet oven for, idet Symbion Capital havde rejst kapital fra en række danske investorer (som dermed blev aktionærer i Symbion Capital), og denne kapital blev investeret i nye innovative virksomheder inden for IT og biotek med henblik på at modne og videresælge disse med fortjeneste. Symbion Capital foretog primært investeringer i form af kapitalindsud i porteføljeselskaberne, men investeringerne skete dog også til tider som lån, herunder konvertible lån.

Symbion Capitals levetid var som udgangspunkt begrænset til 8 år. Symbion Capital havde ingen ansatte, og derfor indgik Symbion Capital en managementaftale med et uafhængigt selskab (herefter **Managementselskabet**), hvorefter Managementselskabet havde ansvaret for varetagelse af alle arbejdsopgaver i Symbion Capital.

Herfor betales et årligt honorar betegnet management fee. Udgiften til management fee dækkede således alle tænkelige almindelige driftsomkostninger, f.eks. husleje og personaleomkostninger. Havde Symbion Capital selv forestået driftsaktiviteten i selskabet, havde Symbion Capital afholdt sådanne sædvanlige driftsomkostninger i stedet for udgiften til management fee.

## 2.2 Symbion Capitals investeringer

Symbion Capital havde til og med 2010 foretaget investering i 31 forskellige porteføljeselskaber, hvor Symbion Capital var minoritetsaktionær i 29 porteføljeselskaber (heraf 20 selskaber med en ejerandel på under 10 pct.) og majoritetsaktionær i 2 porteføljeselskaber.

Hovedparterne af investeringerne blev foretaget i de første 4-5 år af Symbion Capitals levetid, og det var hensigten at sælge porteføljeselskaberne inden for 2-8 år efter den initiale investering.

Helt frem til salget af porteføljeselskaberne foretog Symbion Capital opfølgende investeringer i disse. Disse opfølgende investeringer - som er sædvanlig for venturefonde - havde den konsekvens, at aktier, tegnet som opfølgingsinvestering, havde skattemæssigt anskaffelsestidspunkt fra tegningen (og ikke på tidspunktet for den initiale investering).

Der var investeret i alt 164,8 mio. kr. i de 31 selskaber, hvoraf de samlede initiale investeringer i porteføljeselskaberne udgjorde 31,8 mio. kr. svarende til 19 pct., mens der til og med 2010 var foretaget opfølgingsinvesteringerne til et samlet beløb på 133 mio. kr. svarende til 81 pct..

Til og med 2010 havde investeringerne resulteret i et samlet nettotab på 56,1 mio. kr., hvoraf de fleste tab hidrørte fra aktier ejet i mere end 3 år. I dette samlede nettoresultat indgik dog følgende bruttoindtægter erhvervet indtil 2009:

Rente	8.063.000 kr.
Udbytte	8.830.000 kr.
Kursgevinst på lån	21.000 kr.
Aktier ejet under 3 år	12.266.000 kr.
Aktier ejet over 3 år	563.000 kr.
Bruttoindtægt i alt	29.743.000 kr.

Som følge af de nye regler i aktieavancebeskatningsloven om lagerbeskatning af porteføljeaktier havde Symbion Capital endvidere erhvervet en skattepligtig avance på aktier i indkomståret 2010.

For Højesteret var der fremlagt et hjælpebilag, hvoraf det fremgik, at der havde været erhvervet renteindtægter alle år, dog primært i årene 2001–2006, hvor disse udgjorde mellem 1–1,5 mio. kr. årligt. Ligeledes fremgik det, at det alene var i årene 2004–2006, at Symbion Capital havde realiseret udbytter og aktieavancer (bortset fra lagerbeskatning i 2010). Af samme hjælpebilag fremgik, hvorledes Symbion Capitals aktiver var sammensat for hvert indkomstår, herunder at der i indkomståret 2001 havde været aktiver i form af kapitalandele i porteføljeselskaber (30 pct.) og likvid beholdning (70 pct.), hvorefter alle renteindtægter (og dermed alle indtægter) dette indkomstår hidrørte fra den likvide beholdning.

I de i sagen omhandlede år (2001-2003) var der afholdt udgifter til management fee på i alt ca. 37,2 mio. kr.

## 3. Symbion Capitals anbringender

Nedenfor redegøres for Symbion Capitals anbringender i sagen.

Indledningsvis skal det dog bemærkes, at Symbion Capital ikke bestred Skatteministeriets ordlydsfortolkning af statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, hvorefter ordet ”indkomsten” i statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, skulle forstås som ”den skattepligtige indkomst”. Parternes uenighed bestod derfor i, hvad der skulle forstås ved ”den skattepligtige indkomst” i statsskattelovens § 6 ’s forstand, og herunder hvordan og i hvilket omfang ”den skattepligtige indkomst” skulle have materialiseret sig.

### 3.1 Første anbringende – fradrag for formueforvaltning

I første række gjorde Symbion Capital gældende, at fradrag for formueforvaltningsudgifter alene forudsætter, at formuen er anbragt i aktiver, hvis *potentielle løbende afkast* ville være skattepligtig indkomst, hvorimod det er af underordnet betydning, om den potentielle avance ved salg af aktivet ville være skattefri. Da Symbion Ca-

pitals formue var anbragt i aktiver (aktier og udlån), hvis potentielle løbende afkast overvejende ville være skattepligtigt (udbytter og renter) for Symbion Capital, måtte fradrag for management fee godkendes. Bemærk, at udbytter overvejende ville være skattepligtige for Symbion Capital, da ejerandelen af porteføljeselskaberne var under grænsen for skattefrie udbytter.

Symbion Capital gjorde gældende, at der forelå en klar praksis for at anerkende fradrag for formueforvaltningsudgifter. Denne praksis var knæsat ved UfR 1942, 278 H, som vedrørte forvaltning af en formue anbragt i obligationer. Forvaltningsarbejdet bestod bl.a. i at

*”... hæve Renterne, der forfalder til forskellige Terminer, at paase, om Obligationerne udtrækkes og i saa Fald foretage Indkøb af lignende Værdipapirer ...”*

Sagen angik året 1937, hvor gevinster på obligationer var skattefrie, jf. statsskattelovens § 5, stk. 1, litra a. Det forhold, at dele af indkomsten kunne være skattefrie gevinster på værdipapirer (kursgevinster ved udtrækning af obligationer), syntes ikke at have spillet nogen rolle for Højesterets vurdering af fradragsretten for omkostningerne.

Spørgsmålet om fradrag for formueforvaltningsudgifter havde været genstand for en række sager fra midt i 1930'erne til midt i 1950'erne. Allerede i LSRM 1939, 167 havde Landsskatteretten udtalt sig herom i en sag, hvor en skatteyder

*”... uden Virkning for den skattepligtige Indkomst udstykker et Grundareal i Parceller, og at Skatteraadet derfor ikke har anset Klageren for berettiget til skattefrit at fradrage 4.449 Kr., der er medgået til Administration, Lønning af Sagsfører, Revisor m.m. vedrørende de paagældende parceller.”*

Mod et honorar på 2.400 kr. havde skatteyderen antaget en anden virksomhed til at forstå dels den daglige administration (herunder regnskabsføring, inkassation og anbringelse af formue) og dels at fungere som mellemmand ved salg eller

udleje af de udstykkede arealer. Landsskatteretten fandt, at udgiften til daglig administration kunne fradrages, mens udgiften til mellemmandsvirksomheden ikke var fradragsberettiget.

Kendelserne LSRM 1943, 137, LSRM 1950, 65 og LSRM 1955, 53 bærer alle præg af at være afsagt i kølvandet på UfR 1942.278 H, idet der her sondres mellem udgifter til administration af formuen (fradragsberettigede) i forhold til udgifter til udarbejdelse af regnskab (dengang ikke fradragsberettigede). I LSRM 1943, 137 godkendte Landsskatteretten fradrag for udgifter til administration af skatteyderens private villa, idet vederlaget vedrørte

*”... Administration af en Del af Klagerens Formue, hvis Afkastning skal henregnes til Indkomsten ...”*

Det synes at fremgå af kendelsen, at ”afkastningen” alene bestod i lejeværdi af egen villa, idet en eventuel ejendomsavance ville have været skattefri, jf. statsskattelovens § 5a, stk. 1, litra a.

Symbion Capital gjorde derfor gældende, at den praksis, som fulgte efter UfR 1942, 278 H, syntes at være præget af en meget vidtstrakt forståelse af formueforvaltningsbegrebet. Landsskatteretten havde navnlig lagt vægt på, om rådgiverudgifterne vedrørte forvaltning af en *formue*, hvis afkast var skattepligtigt, mens det syntes at have været af helt underordnet betydning, om den pågældende formue faktisk havde givet et sådant skattepligtigt afkast, f.eks. havde de private villaer ikke givet noget egentligt løbende afkast (medmindre lejeværdi af egen bolig anses som et afkast), og disse villaer kunne samtidig sælges skattefrit.

I tillæg hertil bemærkedes, at statsskatteloven i øvrigt ikke indeholder et generelt krav om, at udgifter kun kan fradrages, hvis avancen ved salg af det pågældende aktiv er skattepligtigt. Der er således fradrag for vedligeholdelsesudgifter og ordinære afskrivninger på aktiver, uanset afhændelsen af disse er skattefrie, jf. lovens § 6, litra a og e sammenholdt med lovens § 5, stk. 1, litra a. Dette ses bl.a. i LSRM 1952, 206, hvor en skatteyder umiddelbart før et skattefrit salg af en ejendom havde afholdt udgifter til vedligeholdel-

se af denne. Skattemyndighederne havde nægtet fradrag for en del af vedligeholdelsesudgifterne under henvisning til netop det skattefrie salg, men Landsskatteretten slog fast, at vedligeholdelsesudgifterne kunne fradrages uanset, at skatteyderen kunne anses for at have genindvundet dele heraf ved det skattefrie salg af ejendommen.

Symbion Capital henviste herefter til, at en nutidig forståelse af formueforvaltning navnlig kunne udledes af forarbejderne til ligningslovens § 17 C og § 8 J og pensionsbeskatningslovens § 9 (tidligere § 5a). De omkostninger i form af management fee, som Symbion Capital havde afholdt, var fuldt ud i overensstemmelse med beskrivelsen af formueforvaltningsudgifter i disse bestemmelsers forarbejder, hvorfor Symbion Capital gjorde gældende, at management fee kunne anses som betaling for formueforvaltning. Endelig henvistes også til, at Landsskatteretten havde anerkendt fradrag for formueforvaltning i en række andre lignende sager, som ikke var blevet indbragt af ministeriet.<sup>1</sup>

Af mere overordnede betragtninger gjorde Symbion Capital bl.a. opmærksom på, at fradragsretten for formueforvaltningsudgifter ikke havde været forsøgt begrænset for andre typer af virksomheder med betydelige skattefrie indtægter. Et eksempel herpå er forsikringsselskaber, som havde betydelige skattefrie indtægter i form af skattefrie aktieavancer og udbytter. Samspillet mellem forsikringsselskabers fradragsberettigede udgifter og skattefrie indtægter førte til, at forsikringsselskaber typisk havde betydelige skattetekniske underskud, som blev udnyttet i sambeskatning.<sup>2</sup>

Symbion Capitals første anbringende var dermed i høj grad baseret på, at det er nødvendigt at sondre mellem de forskellige indtægtstyper, et aktiv kan afkaste, idet stort set alle aktiver kan give såvel et løbende afkast som en avance (eller tab) ved afståelse. Derfor kunne der heller ikke i statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, indfortolkes et krav om, at ”den skattepligtige indkomst” skulle bestå af skattepligtige avancer fremfor skattepligtige løbende afkast. Tværtimod synes den ældre praksis om formueforvaltningsudgifter netop klart at have fokuseret på det løbende afkast og dermed set bort fra, at formuen var placeret i ak-

tiver, hvor en avance ville være skattefrie.

### 3.2 Andet anbringende – spekulation

I anden række gjorde Symbion Capital gældende, at hvis det fandtes at være afgørende for fradragsretten, om Symbion Capitals *potentielle aktieavancer* ville være skattepligtige, så skulle denne vurdering foretages efter statsskattelovens § 4 og § 5 alene. Da Symbion Capital efter statsskattelovens § 4 og § 5 måtte anses som spekulant, ville aktieavancerne være skattepligtige og udgifterne derfor fradragsberettigede. Senere ændringer af aktieavancebeskatningen berørte ikke fradragsretten efter statsskattelovens § 6, medmindre denne lovgivning var fulgt af specifik hjemmel til at nægte fradrag for driftsomkostninger.

For så vidt angår begrebet ”spekulation” (eller ”spekulationsøjemed”) henvistes til de ældre vejledninger til statsskatteloven samt den vidtstrakte praksis om spekulation, hvoraf det klart følger, at det afgørende for statuering af spekulation er, om skatteyderen ved anskaffelsen af aktivet har haft til hensigt at opnå en gevinst ved et senere salg af aktivet.

Netop spekulationshensigten måtte være oplagt for en venturefond, og Symbion Capital måtte derfor kunne fradrage alle sædvanlige driftsomkostninger afholdt til at erhverve denne spekulationsindkomst, jf. statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, idet fradragsretten ikke var blevet begrænset med indførslen af aktieavancebeskatningsloven, men først var sket med virkning fra indkomståret 2010 i form af den nye ligningslovs § 8 J.

### 3.3 Tredje anbringende – Skatteministeriet havde ikke løftet bevisbyrden

For det tilfælde, at Højesteret måtte finde det afgørende, at aktieavancer var skattefrie efter aktieavancebeskatningsloven, gjorde Symbion Capital i tredje række gældende, at Skatteministeriet ikke havde løftet den tunge bevisbyrde for, at porteføljeselskaberne var erhvervet med henblik på skattefrit salg.

Anbringendet var navnlig baseret på Skatteministerens svar til Skatteudvalget fra 2007,<sup>3</sup> hvor ministeren anførte, at

”... fradrag kun kan nægtes, hvis den enkelte formueforvalters investeringsrådgivning kan henføres til aktieinvesteringer, der specifikt er foretaget med henblik på at opnå udbytte og/eller avancer, der ikke eller kun rent undtagelsesvist vil være skattepligtige.” Og endvidere ”... at det vil være meget vanskeligt for SKAT at bevise, at en investeringsrådgivning kan henføres til aktieinvesteringer, som specifikt er foretaget med henblik på at opnå skattefri afkast.” (egen understregning).

Symbion Capital gjorde gældende, at det var dokumenteret, at den rådgivning, Management-selskabet havde ydet til Symbion Capital, ikke kunne henføres til investeringer, som *specifikt* var foretaget med *henblik på* at opnå skattefrie aktieavancer. Dette støttedes navnlig på, at det var forudsat, at en væsentlig del af Symbion Capitals investeringer i porteføljeselskaberne skete som opfølgingsinvesteringer, som blev foretaget helt frem til salget. Da opfølgingsinvesteringer tegnedes til markedskurs, betød dette, at avancen først var skattefrie tre år efter opfølgingsinvesteringen. Det lå således i hele forretningskonceptet, at der altid ville være en andel af de solgte aktier, som ville være skattepligtige. Endvidere blev der henvist til de konkrete realiserede gevinster og tab, jf. oven for i afsnit 2.2.

#### 4. Skatteministeriets anbringender

Skatteministeriets første hovedargument i sagen var, at begrebet ”indkomsten” i statskattelovens § 6, stk. 1, litra a, skulle forstås som ”den skattepligtige indkomst”, hvorefter litra a rettelig skulle læses således, at driftsomkostninger var de udgifter, som i årets løb er anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde ”den skattepligtige indkomst”. Skatteministeriet henviste i denne sammenhæng til en række eksempler fra statskatteloven samt vejledningerne hertil fra 1903 og 1922. Som anført, bestred Symbion Capital ikke dette synspunkt.

Skatteministeriet bestred herefter, at UfR 1942, 278 H og ligningslovens § 17 C skulle kunne anses som eksempler på, at der kunne godkendes fradrag for driftsomkostninger i form af formueforvalt-

ningsudgifter i tilfælde, hvor skatteyderens indtægter var skattefrie. Endvidere fandt ministeriet ikke grundlag for en statisk fortolkning af statskatteloven således, at der kunne anerkendes fradrag for udgifter afholdt til at erhverve indkomst, som ville have været skattepligtig efter statskatteloven, men ikke længere var det.

Under henvisning til Skatteministerens svar til Skatteudvalget fra 2007<sup>4</sup> søgte ministeriet herefter at påvise, at Symbion Capitals investeringer havde det specifikke formål at opnå skattefrie gevinster. Ministeriet henviste i hovedsagen til de samme momenter, som man havde anført – og opnået medhold i kraft af – ved landsretten, herunder navnlig årsrapporternes angivelse af en forventet ejertid over tre år samt den forventning om ejertid, man måtte have haft ved investering i meget unge virksomheder.

Med hensyn til de opnåede rente- og udbytteindtægter anførte ministeriet, at Symbion Capital ikke havde erhvervet aktierne i porteføljeselskaberne for at opnå afkast i form af udbytter. Tværtimod var Symbion Capital – henset til investeringernes karakter – målrettet mod køb af aktier, som ikke er udbyttegivende. Endvidere hidrørte renteindtægterne fra den likvide beholdning og var derfor ikke en følge af investeringerne. Endelig skulle de realiserede indtægter fra renter (ca. 1,5 mio. kr. årligt) og udbytter (i alt 8,8 mio. kr.) ses i sammenhæng med Symbion Capitals mål om en årlig minimumsforrentning på 22 pct. af den tilsagte kapital på 300 mio. kr. (dvs. 66 mio. kr. om året).

Ministeriets kommenterede kun ganske perifert Symbion Capitals hovedanbringende om, at det afgørende for fradrag for formueforvaltningsudgifter var, at formuens løbende afkast var skattepligtigt, hvorimod det syntes uden betydning, om avance ved afhændelse af formuen ville være skattefri eller skattepligtig. Ministeriets primære modargument hertil var, at det løbende afkast, jf. oven for, ikke havde været og aldrig ville være en betydelig del af Symbion Capitals forventede indtægter, hvorefter det var irrelevant, hvorvidt et sådant afkast skulle beskattes eller ej.

På denne baggrund afsluttede Skatteministeriet sin argumentation i det sammenfattende processkrift således:



”Da der således er tale om aktieinvesteringer, der specifikt er foretaget med henblik på at opnå avancer, der ikke er eller kun rent undtagelsesvist vil være skattepligtige, og som ikke er foretaget med henblik på at opnå udbytter, herunder for appellantens skattepligtige udbytter, er betingelserne for fradrag af de af appellantens afholdte udgifter til management fee ikke opfyldt.”

Som det også er gengivet i Højesterets dom, var Skatteministeriets principale argumentation således centreret om to forhold:

- 1) Statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, hjemler kun fradrag for driftsomkostninger, hvis udgifterne er *afholdt med det formål* at erhverve, sikre og vedligeholde den *skattepligtige* indkomst.
- 2) Symbion Capitals investeringer i porteføljeselskaber måtte på baggrund af bevisførelsen anses for foretaget og udgifterne derfor afholdt med det specifikke formål at opnå skattefrie aktieavancer.

Heri lå således, at statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, er formålsbestemt derved, at fradrag kun kan godkendes, såfremt formålet med afholdelse af udgiften var erhvervelse af skattepligtig indkomst.

## 5. Højesterets dom

Højesteret fandt, at Symbion Capital kunne fradrage hele udgiften til management fee.

### 5.1 Præmisserne

Indledningsvist konstaterer Højesteret, at ordet ”indkomsten” i statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, skal forstås som ”den skattepligtige indkomst”,

”... således at udgifter kan fradrages i den skattepligtige indkomst som driftsomkostninger, hvis de er anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde den skattepligtige indkomst.”

Herefter gennemgår Højesteret en række overordnede faktiske omstændigheder, som parterne var enige om, herunder at Symbion Capital ville foretage investeringer i porteføljeselskaberne som både selskabskapital og konvertible lån, at

investeringerne var fordelt mellem initialinvesteringer og opfølgingsinvesteringer, samt at målet var at afstå aktierne i porteføljeselskaberne inden for en periode på 2-8 år fra initialinvesteringen. Endelig konstateres det, at Symbion Capital kunne have erhvervet såvel skattefrie som skattepligtige indtægter.

Højesteret konstaterer dernæst under henvisning til *bevisførelsen*, at det må lægges til grund, at Symbion Capital i de omhandlede indkomstår forventede, at den overvejende del af selskabets indtægter ville bestå i skattefrie aktieavancer (aktier ejet i mere end 3 år), jf. aktieavancebeskatningsloven. Med denne præmis gav Højesteret altså Skatteministeriet medhold i bevisførelsen for, at aktierne var anskaffet med henblik på at opnå skattefrie avancer. Dermed må Højesteret også anses for at have givet ministeriet medhold i, at udgifterne til management fee var afholdt med henblik på at erhverve skattefrie indtægter.

Højesteret noterer sig, at Symbion Capital havde haft skattepligtige bruttoindtægter på 29 mio. kr. i perioden 2001-2009, mens de skattefrie aktieavancer i tilsvarende periode udgjorde 0,5 mio. kr. Herefter indeholder dommen endnu to præmisser om sagens faktum - denne gang om Managementselskabets arbejde for Symbion Capital, navnlig det meget intensive arbejde med de enkelte porteføljeselskaber. Ej heller på dette punkt var de faktiske forhold bestridt af parterne.

Højesteret konkluderer herefter, at Symbion Capital

”... efter det anførte har ... haft til formål at drive – og har faktisk drevet – virksomhed, der har givet selskabet indtægter i form af dels løbende afkast ved renter og udbytte af porteføljeinvesteringerne, dels avance ved afståelse af aktier i porteføljeselskaberne.” Højesteret bemærker, at alene aktieavancer fra aktier ejet mere end tre år er skattefrie, mens løbende afkast og aktier ejet i under tre år er skattepligtige. På denne baggrund konstateres det, at ”...management fee kan være fradragsberettigede driftsomkostninger, selv om nogle af afståelsesavancerne er skattefrie...”,

hvorefter der ikke kan gives Skatteministeriet medhold i den principale påstand.

Højesterets flertal traf afgørelse om, at udgifter til management fee i deres helhed kunne fradrages, da disse måtte anses for afholdt med henblik på at sikre og vedligeholde indtægterne fra porteføljeselskaberne. Efter vores opfattelse indeholder selve flertallets votum intet nyt i forhold til ovenstående og skal alene ses som et modstykke til den dissenterende dommers votum.

## 5.2 Vores vurdering

### 5.2.1 Formålsbestemt fortolkning?

Henset til, at Skatteministeriet havde fået medhold i såvel fortolkning af statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, (ordet *indkomsten* betyder *den skattepligtig indkomst*) som i vurderingen af de faktiske forhold (erhvervelse af aktier med forventning om skattefrit salg), skulle man tro, at Højesteret nåede samme subsumtion som Skatteministeriet, dvs. at Symbion Capital ikke kunne fradrage udgifter til management fee, idet disse var afholdt specifikt med henblik på opnåelse af skattefrie indtægter.

Højesteret afviste dog Skatteministeriets principale anbringende, og dermed må højesteretsdommen også forstås således, at statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, ikke som hævdet af ministeriet skal fortolkes sådan, at et skattemæssigt drevet formål – eller i hvert fald et skattemæssigt forventet resultat – med udgiftsafholdelsen alene kan være styrende for fradragsretten. Lidt interessant er det, at der umiddelbart inden Højesterets præmisser i dommen findes et særligt afsnit med overskriften ”retsgrundlaget”, og at det eneste, der forefindes i dette afsnit, er et citat fra ligningsvejledningen, som giver udtryk for netop det synspunkt, som Skatteministeriet anførte under sagen, og som Højesteret derfor afviste. Højesteret afviste altså dermed det synspunkt, man havde angivet som ”retsgrundlaget”.

På denne baggrund kan det overvejes, om Højesteret i stedet havde tillagt det betydning, at der efter ordlyden af statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, ikke stilles krav om, at *formålet* med afholdelsen af udgiften skal være erhvervelse af skattepligtig indkomst, men alene stilles krav om, at udgiften er *anvendt* til at erhverve skattepligtig indkomst.

Dette synes dog ikke at være tilfældet, idet

Højesteret ikke fuldstændigt afviste en formålsbestemt fortolkning, henset til dommens centrale afsluttende præmis, der lyder som følger:

”... efter det anførte har Symbion Capital haft til *formål* at drive – og *har faktisk drevet* – virksomhed, der har givet selskabet indtægter i form af dels løbende afkast ved renter og udbytte af porteføljeinvesteringerne, dels avance ved afståelse af aktier i porteføljeselskaberne. Indtægterne har været skattepligtige for så vidt angår det løbende afkast og avancerne ved afståelse inden for 3 år og skattefrie for så vist angår avancerne ved afståelse efter 3 år. Højesteret finder herefter, at afholdte udgifter til management fee kan være fradragsberettigede driftsomkostninger, selv om nogle af afståelsesavancerne er skattefrie...” (egen understregninger).

Med disse præmisser synes Højesteret at lægge vægt på det overordnede formål med Symbion Capitals *aktiviteter/virksomhedsdrift* (afkast af porteføljeinvesteringer), og at udgifterne var afholdt i sammenhæng med dette formål. Dommen forkaster således ikke en formålsfortolkning af statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, men synes i stedet at være udtryk for, at denne formålsfortolkning skal ske i lyset af den skattepligtiges faktiske virksomhed, snarere end hvad den skattepligtige havde til formål/forventning rent skattemæssigt. Denne fortolkning kan siges at være i tråd med andre domme, der anerkender et rummeligt driftsomkostningsbegreb.

En yderligere bemærkelsesværdig ting ved dommen er, at der intet sted i præmisserne anvendes begrebet ”formueforvaltning”. Den nærmere årsag hertil og betydning heraf er ikke klar.

### 5.2.2 Betydningen af de faktiske bruttoindtægter

Næste spørgsmål, der trænger sig på, er, hvilken betydning det havde, at ca. 99 pct. af Symbion Capitals realiserede bruttoindtægter (ca. 29 mio. ud af ca. 29,5 mio. kr.) var skattepligtige. Det kan selvfølgelig hævdes, at dette faktum var altafgørende for resultatet af sagen, således at dommen i realiteten medfører, at der alene kan opnås fradrag for driftsudgifter, såfremt den skattepligtige

helt overvejende realiserer skattepligtige indtægter. Det er muligt, at dette kunne være ministeriets/SKATs fortolkning af dommen. Efter vores opfattelse tager denne konklusion dog ikke højde for navnlig tre forhold:

For det *første* var det ganske oplagt – og ikke bestridt af Symbion Capital – at de indtægter, der faktisk var erhvervet, i overvejende grad havde karakter af ”tilfældige” eller ”sekundære” indtægter end egentlige indtægter fra den planlagte/forventede drift. Derfor havde Skatteministeriet også gjort gældende, at selv hvis man tog de realiserede bruttoindtægter i betragtning, så kunne sådanne mere eller mindre ”tilfældige” eller ”sekundære” skattepligtige indtægter (renter og udbytter) ikke være styrende for fradragsretten, og herunder var renteindtægter slet ikke erhvervet på grundlag af porteføljeinvesteringerne. Også på dette punkt blev ministeriets synspunkter afvist, og Højesteret synes navnlig at have lagt vægt på, at Symbion Capital havde drevet en *virksomhed* med porteføljeinvesteringer, hvorved Symbion Capital havde *erhvervet skattepligtige indtægter*, hvorimod Højesteret ikke i direkte forbindelse hermed kvalificerer disse indtægter.

For det *andet* havde Symbion Capital i årene 2001–2003, som sagen vedrørte, udelukkende erhvervet indtægter i form af renter, og hvoraf den altovervejende del hidrørte fra den likvide beholdning, mens alene en helt ubetydelig del hidrørte fra rente af konvertible gældsbreve i porteføljeselskaberne. De samlede skattepligtige renteindtægter i årene 2001–2003 udgjorde ca. 4,3 mio. kr., mens det samlede anerkendte fradrag for management fee for tilsvarende periode udgjorde ca. 37,2 mio. kr. Der var altså i de konkrete indkomstår et klart ”misforhold” mellem de skattepligtige indtægter og de udgifter, der var *anvendt* til at erhverve disse. Endvidere hidrørte disse indtægter i overvejende grad ikke fra hovedaktiviteten med investering i porteføljeselskaber. Endelig kunne udgifterne heller ikke på langt sigt siges at have været anvendt til erhvervelse af betydelige skattepligtige indtægter fra porteføljeinvesteringerne, idet Symbion Capital jo netop have haft et samlet nettotab på 56 mio. kr., og de realiserede bruttoindtægter til og med 2009 havde udgjort blot 29,5 mio. kr. på trods af en

investering på 169 mio. kr.

For det tredje kan man vel næppe se helt bort fra, at der ikke i Højesterets afsluttende præmisser er direkte henvist til forholdet mellem skattefrie og skattepligtige af bruttoindtægterne. Højesteret anvender i stedet ordet ”*nogle*” om de skattefrie aktieavancer og afholder sig derfor fra direkte at inddrage det faktum, at det konkret alene var 1 pct. af nettoindtægterne, som var skattefrie.

Henset til den indledende præmis, hvorefter fradrag forudsætter, at udgiften er anvendt til at erhverve skattepligtig indtægt, er det selvfølgelig oplagt, at det spillede en rolle, hvorvidt selskabet – hvis levetid og dermed virksomhedsdrift – var nær sit ophør, kunne påvise, at driften havde afkastet skattepligtige indtægter, og at disse indtægter hidrørte fra den primære drift – investeringer i porteføljeselskaber. Omvendt var det dog også klart, at hensigten med afholdelsen havde været at opnå betydelige skattefrie avancer, og at de faktisk erhvervede skattepligtige bruttoindtægter på 29 mio. kr. på ingen måde var betydelige henset til den samlede investering på 169 mio. kr. og et samlet nettotab på 56 mio. kr.

Man kan selvfølgelig ikke se bort fra, at ordet ”*nogle*” umiddelbart må læses som en begrænsning for omfanget af skattefrie avancer, som kunne have været erhvervet ved siden af de skattepligtige indtægter. Dommen efterlader derfor tvivl om, hvorvidt der efter Højesterets opfattelse findes en eller anden bestemt procentvis grænse for forholdet mellem skattefrie og skattepligtige indtægter.

Disse forfattere er dog ikke overbeviste om, at Højesteret nødvendigvis ville være nået til et andet resultat, såfremt der i tillæg til de skattepligtige indtægter havde været erhvervet betydelige skattefrie avancer. Det er ikke på baggrund af dommens præmisser åbenbart, at et tilsvarende scenarie, hvor udgifterne, den investerede kapital og de skattepligtige bruttoindtægter er de samme, men hvor der havde været opnået et positivt nettoresultat af investeringerne, som følge af betydelige skattefrie aktieavancer, skulle have resulteret i nægtelse af fradrag. Hvis dette skulle være tilfældet, vil Symbion Capitals fradrag vel nærmest skulle betragtes som et ”plaster-på-såret”-fradrag, som alene godkendes, fordi Symbion Capi-



tal langt fra nåede sit driftsmæssige mål. Det vil i så fald være første gang, et fradrag godkendes, fordi en virksomhed ikke realiserede sin forventede og planlagte driftsmæssige mål.

Der er endnu ikke fremkommet en egentlig kommentar fra skattemyndighederne til dommen. SKAT har dog siden domsafsigelsen opdateret ligningsvejledningen, og heri er dommen omtalt i afsnit E.A.2.1.2, hvor SKAT bl.a. anfører følgende:

*”Højesteret fastslog, at ved ordet ”indkomsten” i SL § 6 a forstås den skattepligtige indkomst, således at udgifter kan fradrages i den skattepligtige indkomst som driftsomkostninger, hvis de [er] anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde den skattepligtige indkomst. Højesteret fandt, at ventureselskabet kunne fratække udgiften, idet selskabet havde til formål at drive og rent faktisk havde drevet virksomhed, der havde givet selskabet indtægter i form af dels løbende afkast ved renter og udbytter i porteføljeinvesteringerne, dels avance ved afståelse af aktier i porteføljeselskaberne. Indtægterne har været skattepligtige både for så vidt angår det løbende afkast og avance med afståelsen inden for 3 år og skattefri for så vidt angår avance ved afståelse efter 3 år. Det forhold, at nogle af afståelsesavancerne var skattefri, hindrede ikke, at der var tale om fradragsberettigede driftsomkostninger efter § 6 a.”*

SKATs omtale af dommen indeholder i øvrigt ingen henvisninger til sagens forskellige beløbsopgørelser, herunder henvises ikke til fordelingen mellem skattefrie og skattepligtige indtægter.

### 5.2.3 Konsekvenser af en snæver fortolkning

Såfremt Højesterets dom skal fortolkes derhen, at fradrag for driftsomkostninger alene afhænger af en procentmæssig fordelingen mellem skattefrie og skattepligtige bruttoindtægter, giver dette anledning til en hele stribe af afgrænsningsvanskeligheder, som, hvis skattemyndighederne vælger denne fortolkning, også må forventes besvaret af skattemyndighederne:

For det første skal det besvares, om der er tale om en ”alt-eller-intet” situation, hvor fradrag

enten helt afskæres eller godkendes fuldtud, eller om der skal fastsættes en ”fradragsprocent”. Umiddelbart synes det mest realistisk – og indenfor rammerne af dommen – at myndighederne skulle vælge ”alt-eller-intet” scenariet.

Endvidere skal det afklares, hvilken periode man skal foretage målingen på, idet udgangspunktet naturligvis må være, at der alene kan måles på det forløbne år, idet der jo skal tages stilling til fradraget ved selvangivelsen. Dette strider dog mod dommen, hvor der jo var målt på en 10-årig periode, og hvor der endvidere forelå den situation, at der i det første år alene havde været skattepligtige indtægter fra den likvide beholdning, hvorimod der intet afkast var fra porteføljeinvesteringerne. Isoleret set havde Symbion Capital derfor i 2001 ikke erhvervet indtægter af porteføljeinvesteringerne, hvilket ellers synes centralt for Højesterets vurdering.

Endelig, såfremt der accepteres en længere målingsperiode, skal der fra myndighedernes side tages stilling til, hvorledes dette konkret skal håndteres – herunder hvornår fradraget så skal tages, og om skatteforvaltningslovens regler om genoptagelse kan rumme genoptagelse, når målingsperioden er udløbet.

## 6. Betydning for holdingselskaber

Forfatterne skal ikke lægge skjul på, at Symbion Capital-dommen rejser en række spørgsmål om den fremtidige praksis for driftsomkostningsfradrag generelt, herunder for holdingselskaber, og vi deler da også den opfattelse, at man kunne have ønsket nogle klarere præmisser fra Højesteret.

Forfatterne skal dog gøre en kort bemærkning om holdingselskabers fradragsret. For holdingselskaber gælder, at disse selskaber typisk erhverver to typer af indtægter:

- 1) armslængdeafregning med datterselskaber for koncerninterne ydelser, og
- 2) udbytter og aktieavancer fra datterselskaber.

Den første indtægtsgruppe er skattepligtig, og fradragsretten for udgifter til erhvervelse af disse indtægter er næppe påvirket af Symbion Capital dommen. Den anden gruppe er skattefrie og kunne give anledning til tvister om fradragsretten.

Vedrørende udbytter er det forfatterens opfattelse, at man i særlig grad bør hæfte sig ved, at baggrunden for, at disse, i udgangspunktet skattepligtige indtægter, jf. statskattelovens § 4, ved særlig hjemmel er gjort skattefrie, var, at man fra lovgivers side ikke ønskede at beskatte samme indkomst to gange inden for samme indkomstsfære – både i driftsselskabet og efterfølgende i holdingselskabet. Samme hensigt lå i øvrigt bag indførelsen af skattefrie tilskud i selskabsskattelovens § 31 D, og begrundelsen var også her, at

*”Koncernens skatteevne forøges ikke som følge af tilskuddet - ligesom den ikke forøges ved koncerninterne udbytter.”*, jf. L 110/2006.

På denne baggrund er det forfatterens opfattelse, at der ikke umiddelbart burde være grundlag for at nægte holdingselskaber driftsomkostningsfradrag alene under henvisning til de skattefrie udbytter, idet en sådan nægtelse af fradrag vil modvirke netop formålet med skattefritagelsen. Endvidere bør der tages hensyn til, at opdelingen af en virksomhed i flere juridiske enheder generelt anerkendes i dansk ret (herunder skatteretten), hvorefter det vil forekomme overordentligt rigoristisk, såfremt man nægter fradrag for en udgift, som, hvis den havde været afholdt direkte i driftsselskabet (fordi der ikke var et holdingselskab), ville have været anset for fradragsberettiget. Herunder også fordi den obligatoriske nationale sambeskatning i vid udstrækning netop eliminerer betydningen af, hvor en given udgift er afholdt, hvorefter det også efter denne måle-

stok vil forekomme arbitrært at nægte fradrag for en ellers klar driftsudgift alene med henvisning til skattefrie udbytter.

For så vidt angår holdingselskabers skattefrie salg af (danske) datterselskaber, kunne man eventuelt overveje, at alternativet til et skattefrit aktiesalg af et helejet datterselskab er et skattepligtigt aktivsalg. Hvis udgiften ville være fradragsberettiget ved et skattepligtigt aktivsalg (forudsat at udgiften er afholdt af det sælgende selskab f.eks. i form af honorar til holdingselskabet for bistand ved salget), hvorfor så nægtet fradrag for den samme udgift ved et skattefrit aktiesalg, når den overordnede skattemæssige balance mellem køber- og sælgersiden er den samme i begge tilfælde set fra samfundets (og dermed SKATs) side, idet købers afskrivningsgrundlag i vid udstrækning modsvares af sælgers skattepligt/skattefrihed.

Ingen af ovenstående argumenter var medtaget i Symbion Capital-sagen al den stund, at Symbion Capital netop overvejende var minoritetsaktionær.

## Noter

1. TfS 2006, 744 LSR, TfS 2008, 636 LSR, TfS 2008, 869, kommentarerne hertil og til Symbion Capital sagen i TfS 2008, 379, TfS 2008, 875 og TfS 2008, 1183 samt endelig Skatteministerens svar til Folketingets Skatteudvalg af 17/9 2007, alm. del spørgsmål 363.
2. L 81 / 1997-1998.
3. Svar af 17. september 2007, alm. del spørgsmål 363.
4. Se note 3.