

Status vedrørende ejendomsinvesteringsprojekter

1. Indledning

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.

Der er i de følgende år afsagt en lang række domme og kendelser på området, ligesom SKAT 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".

Efter offentliggørelsen af styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM har Skatterådet den 22/6 2010 afgivet et bindende svar vedrørende en af investorerne i sagen refereret i TfS 2008, 387 SR (K/S Savontie). Svaret er offentliggjort i TfS 2010, 602 SR.

Skatterådets første afgørelse i sagskomplekset vedrørende K/S Savontie, ref. i TfS 2008, 387 SR, er indbragt for Østre Landsret. Østre Landsret har afsagt den første formalitetskendelse vedrørende adgangen til syn og skøn vedrørende værdien af den i sagen omhandlede ejendom. Kendelsen er offentliggjort i TfS 2010, 601 Ø. Disse afgørelser vil blive nærmere omtalt nedenfor..

2. Definitioner

Begrebsdannelsen på området har været præget af nogen usikkerhed som følge af, at flere begreber undertiden er anvendt om ét og samme forhold. Andre gange er ét og samme begreb anvendt i forskellige sammenhænge.

I det følgende vil blive anvendt følgende begreber:

Den person eller det selskab, der oprindeligt ejede ejendommen, før salg til en udbyder eller til et kommanditselskab, benævnes "**den eksterne sælger**".

Den person eller det selskab, der finder ejendommen og udbyder denne til salg til investorerne, eventuelt efter at have tilrettelagt projektet i form af et kommanditselskab, betegnes "**udbyder**".

De personer, der herefter erhverver en andel af en fast ejendom direkte fra udbyder, herunder ved indtræden i et kommanditselskab, eller erhverver ejendommen direkte fra den eksterne sælger, betegnes som "**investor 1**". Videresælger en sådan investor 1 sin andel i den faste ejendom til en ny investor, betegnes denne ny investor som "**investor 2**".

Begrebet "**brugte anparter**" defineres i SKAT's styresignal ref. i TfS 2008, 744 SM som en anpart i et kommanditselskab, der overdrages fra en investor 1 til en investor 2. Et salg fra en udbyder, der selv har erhvervet ejendommen og nu sælger den videre til en investor 1, er således ikke omfattet af begrebet "**brugte anparter**".

Med begrebet "**salgsmodningsomkostninger**" sigtes der til de foranstaltninger, som enhver næringsdrivende med fast ejendom normalt foretager fra det tidspunkt, hvor denne finder en fast ejendom, og frem til det tidspunkt, hvor ejendommen videresælges, alt med henblik på at opnå en avance ved salg af ejendommen. Begrebet omfatter således eksempelvis en due diligence af såvel økonomisk, juridisk som teknisk karakter, prioritering af ejendommen m.v., således at en senere potentiel køber ved gennemgang af denne dokumentation kan forvisse

sig om ejendommens juridiske, tekniske og økonomiske tilstand – i princippet svarende til et certifikat ved køb af en diamant. I salgsmodning ligger eksempelvis tillige det i praksis ofte sete, at den juridiske due diligence fører frem til, at huslejen forhøjes, hvis der af lejere anvendes eksempelvis kælderlokaler, der ikke indgår i lejekontrakten, eller den hidtidige ejer har overset muligheder for lejeforhøjelser i henhold til de eksisterende lejekontrakter. Enhver lejeforhøjelse vil alt andet lige medføre en prisforhøjelse på ejendommen på 10 – 20 gange denne leje-forhøjelse. Også lokalplaner m.v., eller hvad der svarer hertil, gennemgås og indgår som en del af dokumentationen for ejendommens bonitet. Videre vil udbyderen undertiden få foretaget en vurdering af de skattemæssige afskrivningsforhold m.v. En sådan fremgangsmåde er ofte set i tilfælde, hvor en udbyder finder ejendomme i udlandet og sælger en sådan ejendom til én eller flere personer i Danmark, uden at der i denne sammenhæng nødvendigvis etableres noget kommanditselskab eller lignende selskab med begrænset ansvar, og hvor de skattemæssige forhold er af sekundær betydning. Hovedparten af disse undersøgelser foretages ofte af den næringsdrivende (eventuelt udbyder) forud for et køb af en større fast ejendom og da i en fase, hvor den næringsdrivende har ejendommen ”på hånden” på givne vilkår.

Det fremhæves særligt, at udgifter, der kan karakteriseres som projektkomkostninger, dvs. udgifter, der særligt knytter sig til tilrettelæggelse af salg af ejendommen som anparter i et kommanditselskab, herunder etableringen af et kommanditselskab, falder udenfor dette begreb. Det samme gælder udarbejdelse af prospekt samt omkostninger ved selve salgsbestræbelserne, uanset sådanne udgifter ikke nødvendigvis knytter sig til etablering af et kommanditselskab.

”**Projektkomkostninger**” er udgifter, der særligt er afholdt som følge af, at ejendommen påtænkes solgt til investorer i form af anparter i et kommanditselskab, og hvor antallet af kommanditister af skattemæssige årsager er maksimeret til 10 deltagere. Blandt disse omkostninger kan nævnes selve etableringen af kommanditselskabet, udarbejdelse af prospekt m.v. samt indhentelse af revisorerklæringer om de driftsøkonomiske, likviditetsmæssige samt skattemæssige forhold under de givne omstændigheder. I disse sager indgår de skattemæssige konsekvenser med

stor vægt, om end ikke nødvendigvis som en afgørende faktor. Etablering af en administrationsaftale kan efter omstændighederne henføres til såvel almindelig salgsmodning som til projektomkostninger, alt afhængigt af, hvorvidt ejendommen påtænkes solgt til en aktiv investor, der selv forestår administrationen, eller der påtænkes salg til en eller flere passive investorer eller til kommanditister.

Begrebet **"overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt"** er i de såkaldte formidlingssager anvendt som betegnelse for det honorar, som udbyder modtager af investor 1 for at tilrettelægge projektet ved salg af ejendommen til en række passive investorer, jf. eksempelvis TfS 2009, 16 H, TfS 2009, 902 H, TfS 2009, 938 Ø samt TfS 2009, 1025 LSR. Begrebet har endvidere fundet vej til sager, hvor der er tale om videresalg, jf. nærmere nedenfor afsn. 3.3.

Begrebet **"værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed"** blev indført med styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM, hvor praksis vedrørende "brugte anparter", dvs. investor 2's anskaffelsessum for en anpart, blev ændret. Det fastslås her, at efter omstændighederne skal en del af den købesum, som investor 2 betaler til investor 1, opdeles i en købesum for ejendommen henholdsvis for "værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed". Det anføres videre, at denne værdi falder over tiden. Det må herefter antages, at begrebet "værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed" udgør restværdien (den "nedskrevne" værdi) af det beløb, som investor 1 har betalt til udbyder for den "overordnede strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt".

3. Problemstillingen

Uenigheden mellem på den ene side SKAT og på den anden side investorerne har drejet sig om investorernes opgørelse af den skattemæssige anskaffelsessum for ejendommen, dels i henseende til ejendomsavancebeskatningsloven og dels i henseende til afskrivningsloven.

SKAT indtog, vistnok omkring 2000, det synspunkt, at i hvert fald hvor der var tale om formidlingssalg, skulle en del af betalingen fra investor 1 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 eksterne sælger af ejendommen, medens 2 mio. kr. udgjorde honorar til udbyder, kunne alene de 8 mio. kr. henregnes til anskaffelsessummen for ejendommen.¹ Frem til 2008 blev dog accepteret, at en del af nævnte honorar på 2 mio. kr. til udbyderen blev sidestillet med mæglersalær m.v. 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, jf. nærmere nedenfor under afsnit 3.1.

De 2 mio. kr., som i dette forenklede eksempel blev betalt til udbyderen, blev betragtet som en etableringsudgift, der ikke indgik i købesummen for ejendommen og følgelig ej heller skattemæssig kunne afskrives efter afskrivningsloven, ligesom udgiften ikke kunne fratrækkes som en driftsomkostning efter statsskattelovens § 6. Der var tale om en formueudgift omfattet af statsskattelovens § 5. Investors anskaffelsessum for ejendommen samt afskrivningsgrundlag blev følgelig forringet som følge af, at ikke hele betalingen på 10 mio. kr. kunne henføres til anskaffelsessummen for ejendommen.

Det store problem dukkede imidlertid op i forbindelse med videresalg af anparten. Forudsættes det, at investor 1 videresolgte anparten til investor 2 til præcis samme pris og på samme vilkår, dvs. for en salgspris på 10 mio. kr., indtog SKAT frem til 2009 det standpunkt, at hele salgssummen ved dette videresalg var en mellem parterne aftalt købesum for ejendommen, og ingen del af de 10 mio. kr. blev be-

¹ Ved Østre Landsrets dom af 16/2 2009 (SKM2009.196.ØLR) er det dog fastslået, at det ikke er udtryk for en praksisændring med tilbagevirkende kraft, når udgiften til udbyderhonoraret eller "finders fee" ikke kan inddrages i afskrivningsgrundlaget. Der er formentlig mange rådgivere, der har en ganske anden opfattelse af dette spørgsmål.

tragtet som betaling for etablering omfattet af statsskattelovens § 5. Dette medførte, at investor 1 måtte konstatere en skattemæssig avance på ejendommen på 2 mio. kr., uden at der reelt var tjent en krone ved denne investering med efterfølgende videresalg. Ingen del af købesummen ved videresalget blev betragtet som en formueindtægt for sælger (investor 1) eller formueudgift for køber (investor 2).

For investor 2 blev anskaffelsessummen for ejendommen følgelig opgjort til 10 mio. kr., ligesom afskrivningsgrundlaget blev opgjort med udgangspunkt i en anskaffelsessum på 10 mio. kr. Der blev altså ikke henført noget til "overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt" eller "værdien af deltaelse i den igangværende virksomhed". Dette gjaldt, selv om investor 2 købte sin andel af investor 1 kort tid efter, at investor 1 havde købt sin andel fra udbyder. Man kunne i princippet endog forestille sig det ekstreme, at investor 2 købte sin andel, førend udbyder havde solgt samtlige anparter til investor 1-gruppen. Og det var i nærværende sammenhæng uden betydning, hvorvidt investor 1 havde erhvervet ejendommen som led i et formidlingssalg eller et videresalg.

SKAT knæsatte denne retsstilling ved styresignalet ref. i TfS 2008, 744 SM. Landsskatteretten tog dog i sagen ref. i TfS 2008, 726 LSR afstand fra denne retsstilling og anførte som en nærmest supplerende bemærkning i forhold til den aktuelle sag følgende: *"Landsskatteretten bemærker i øvrigt, at anskaffelsessummen ved erhvervelse af brugte anparter tillige opgøres efter afskrivningslovens § 45. Der skal for kommanditister, der erhverver brugte anparter, foretages en vurdering af, hvilke udgifter, der kan medregnes anskaffelsessummen for de enkelte afskrivningsberettigede aktiver. I henhold til afskrivningslovens § 45, stk. 2, skal parterne foretage en fordeling af den kontantomregnede overdragelsessum på de aktiver, der er omfattet af afskrivningsloven, og opgørelsen af den nye købers afskrivningsgrundlag foretages derfor på samme måde som for førstegangskøbere."*

Med styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM blev praksis som anført i styresignalet ref. i TfS 2008, 744 SM vedrørende investor 2 da også ændret, således at også en andel af investors 2's købesum efter omstændighederne skal henføres til "værdien

af deltagelse i den igangværende virksomhed". Betragtningen var den meget enkle og korrekte, at der ikke er grundlag for at behandle investor 1 og investor 2 forskelligt. Også investor 2 må antages at have betalt for "værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed". Realiteten synes dog ikke helt at havne i dette spor, jf. nedenfor.

Det forhold, at SKAT ligestiller investor 1 og investor 2 i tilfælde, hvor udbyder videresælger andele i ejendommen til investor 1, giver endvidere grundlag for fornyede overvejelser omkring investors 1's retsstilling, jf. nedenfor.

4. Formidlingssalg, mellemformer og videresalg

Der er på baggrund af retspraksis og administrativ praksis grundlag for at sondre mellem "formidlingssalg", "mellemformer" og "videresalg".

4.1. Formidlingssalg

"Formidlingssalg" omfatter de tilfælde, hvor der sælges direkte fra den eksterne sælger til investor 1, og hvor udbyder ingensinde har været ejer af ejendommen. I disse sager fremsender udbyder en honorarnota til investorerne for sit arbejde. Her kan der følgelig peges på en klar og éntydig opdeling af investors betaling for anparterne mellem på den ene side købesummen for ejendommen og på den anden side honorar til udbyderen. Købesummen for ejendommen er det beløb, som investor 1 har betalt til den eksterne sælger. Spørgsmålet er herefter alene, hvorvidt og i bekræftende fald i hvilket omfang en del af det honorar, der betales til udbyder, kan indgå i anskaffelsessummen for ejendommen henholdsvis fratrækkes eller afskrives skattemæssigt.

Der har verseret en række sager for domstolene vedrørende disse formidlingssalg, dvs. tilfælde, hvor investorerne, om end på basis af et af udbyder udarbejdet prospekt, i realiteten har købt ejendommen direkte fra den eksterne sælger, og hvor udbyder har fremsendt en afregning for rådgivning og tilrettelæggelse af projek-

tet. Karakteristisk for denne gruppe er, at såvel købesummen, svarende til den eksterne sælgers salgssum, som købsomkostninger, der skal udredes til udbyderen, fremgår af prospektet. Undertiden er disse købsomkostninger, dvs. honorar til udbyderen, opdelt på forskellige poster.

Sagerne har, som nævnt, drejet sig om, hvorvidt hele eller en del af dette honorar til udbyder kunne indgå i anskaffelsessummen for ejendommen henholdsvis fratrækkes eller afskrives skattemæssigt.

Betragtningen fra investorernes side har først og fremmest været, at en del af honoraret måtte sidestilles med normalt mæglerhonorar, og at et sådant mæglerhonorar efter fast praksis kan tillægges anskaffelsessummen for den faste ejendom. Investorernes synspunkter havde vundet et vist gehør i flere afgørelser, herunder eksempelvis i TfS 2005, 885 VL samt i TfS 2004, 225 LR. Dernæst har der været anlagt den betragtning, at en del af betalingen til udbyder kunne sidestilles med markedsføringsudgifter m.v.

Med præmisserne for Højesteretsdommen ref. i TfS 2008, 721 H (K/S Michael Kaa Andersen), der angik et spørgsmål om fradragsret for udgifter til markedsundersøgelser samt advokat og revisor, jf. ligningslovens § 8 I og § 8 J, må det ifølge SKAT antages at være knæsat, at er der tale om særskilt betaling fra investor til udbyder, vil hele denne betaling blive kvalificeret som etableringsomkostninger omfattet af statsskattelovens § 5, og følgelig hverken kunne fratrækkes i den skattemæssige indkomstopgørelse efter ligningslovens § 8 I og § 8 J eller indgå i anskaffelsessummen for ejendommen efter ejendomsavancebeskatningsloven eller afskrivningsloven.

Det er SKAT's opfattelse, at dette gælder, selv om udbyder har opdelt sit honorar i forskellige poster. Afgørende er, ifølge SKAT, hvad der rent faktisk betales for.

SKAT har i styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM, s. 2614, dog anført, at højesteretsdommen ikke ændrer på, at de af investorerne afholdte udgifter til tinglysning og lignende samt udgifter til byggeteknisk gennemgang af en ejendom og udgifter

til ejendomsmægler (købsmægler) og advokat (skødesalær) som hidtil vil kunne medregnes i anskaffelsessummen. Dette forudsætter dog ifølge SKAT, at udgifterne afholdes af investorerne selv - og ikke som en produktionsomkostning for projektudbyderen som led i dennes arbejde med udarbejdelsen af sit produkt, nemlig det færdige investeringsprojekt.

Det skal i nærværende sammenhæng supplerende bemærkes, at i sagen ref. i TfS 2009, 16 H (Olav Brøchner) var det udbyder, der afholdte sådanne omkostninger på vegne af kommanditselskabet, hvilket ifølge landsretten ikke udelukkede, at nævnte omkostninger kunne tillægges købesummen. Nettohonoraret til udbyderen kunne dog ikke tillægges anskaffelsessummen for ejendommen. Spørgsmålet om fradragsret for nævnte udlæg blev ikke af SKAT indbragt for Højesteret.

Det er således ifølge SKAT anførte sted nødvendigt at sondre mellem de tilfælde, hvor hvervgiveren for de pågældende rådgivere er projektudbyderen (og hvor denne derfor også betaler rådgiverne og fradrager rådgiverudgifterne i sit eget regnskab), og de tilfælde, hvor kommanditselskabet (investorerne) selv har antaget og betalt de pågældende rådgivere. Yderligere er det en forudsætning for, at rådgiverudgifterne kan medregnes ved opgørelsen af anskaffelsessummen og dermed afskrivningsgrundlaget, at rådgivningen er snævert knyttet direkte til erhvervelsen af den konkrete ejendom - og således ikke antager karakter af mere omfattende due diligence og bred rådgivning m.v., jf. TfS 2009, 542 SM, s. 2614.

4.2. Mellemformer

Den såkaldte "mellemform" er tilfælde, hvor projektudbyderen selv har erhvervet ejendommen, eventuelt som enekommanditist i kommanditselskabet, inden investorerne kommer ind i billedet, og hvor investorerne efterfølgende tegner anparter og overtager alle kommanditselskabets indtægter og udgifter samt aktiver og passiver med virkning fra selskabets stiftelse i forbindelse med, at de tegner anparter i selskabet.

Der sker med andre ord overdragelse med tilbagevirkende kraft i forhold til aftaletidspunktet.

Her har udbyderen købt ejendommen og videresolgt denne, men har - præcis på samme måde som ved sædvanligt formidlingssalg - afregnet sit honorar for arbejdet med investeringsprojektet ved en regning til kommanditselskabet (investorerne). I disse tilfælde har projektudbyderen ikke optrådt som sælger af ejendommen overfor investorerne og har heller ikke selvangivet nogen ejendomsavance eller truffet aftale om fordeling af den af investorerne betalte købesum efter reglerne i afskrivningslovens § 45, stk. 2, men har - på samme måde som ved sædvanligt formidlingssalg - afregnet sit honorar for arbejdet med investeringsprojektet ved en regning til kommanditselskabet (investorerne), jf. styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM, særligt s. 2615.

Betydningen af overdragelse med tilbagevirkende kraft var fremme i Landsskatterettens afgørelse ref. i TfS 2008, 974 LSR, hvor dette forhold blev tillagt vægt som begrundelse for at nægte investor 1 adgang til at medregne en værdistigning på ejendommen ved opgørelsen af afskrivningsgrundlaget.

Højesteret har i 2009 afsagt dom i en såkaldt mellemform-sag, jf. TfS 2009, 902 H (Uffe Baller)². I denne sag havde investorerne selvangivet udgiften til projektudbyderens honorar på samme måde som ved sædvanligt formidlingssalg.

2 Kommenteret i JUS 2008/5. Se endvidere den nedenfor omtalte afgørelse fra Landsskatteretten, ref. i TfS 2008, 974 LSR, hvor det tillægges betydning, at der er overdraget med tilbagevirkende kraft.

Højesteret bedømte denne ”mellemform”-sag på samme måde som et almindeligt formidlingssalg, således at investorernes anskaffelsessum for ejendommen udgør det beløb, som den eksterne sælger har opnået.

4.3. Videresalg

Der er tale om ”videresalg”, undertiden benævnt ”køb-videresalg”, i de tilfælde, hvor udbyder for egen regning og risiko køber ejendommen af den eksterne sælger, og herefter, ligeledes for egen regning, foretager dels salgsmodning og dels udarbejder en pakkeløsning (den ”overordnede strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt”) for derefter at udbyde ejendommen som et investeringsprojekt på grundlag af en samlet pakkeløsning med finansiering, prospekt, selskabsstruktur osv., og herefter videresælger ejendommen til en – forhåbentligt - højere pris og da med skæring på salgstidspunktet som i en ganske normal handel. Dog vælges der i visse tilfælde af praktiske hensyn ét skæringstidspunkt for alle investorer, hvilket skæringstidspunkt ligger tidsmæssigt tæt på alle investorernes køb af ejendommen.

Der vil således opstå en mindre og i praksis uvæsentlig skævhed i henseende til periodiseringen af ejendommens driftsresultat i forhold til den enkelte investor. Når denne fremgangsmåde undertiden alligevel anvendes, skal dette ses i lyset af, at det regnskabsmæssigt giver en vis praktisk lempelse, at alle investorer anses for at have købt på ét og samme tidspunkt.

Opstillet i punktform kan formentlig efter SKAT's opfattelse opstilles 4 krav for anerkendelse af, at der skatteretligt er tale om et ”videresalg” – undertiden benævnt ”køb- videresalg”:

1. Udbyders salgssum til investor 1 skal klart og éntydigt fremgå af salgsaftalen eller det underliggende prospekt, hvilket indebærer, at hvis en eventuel avance er indeholdt i en post benævnt ”rådgivningshonorar”, ”køb-somkostninger” eller lignende, falder dispositionen formentlig udenfor det rene ”videresalg”.

Det bemærkes straks, at det er særdeles tvivlsomt, hvorvidt SKAT med føje kan beskatte en investor på baggrund af udbyders skattemæssige forhold, som investor af gode grunde intet kendskab har til, hverken på købstidspunktet eller for den sags skyld efterfølgende. Det samme gælder nedenstående punkt 2.

2. Udbyder skal indtægtsføre avancen efter ejendomsavancebeskatningsloven. Har udbyder indtægtsført "avancen" som udbyderhonorar, vil dette honorar ikke kunne tillægges anskaffelsessummen for ejendommen hos investor 1.
3. Ved salg til investor 1 skal, som ved ethvert ejendomssalg, udarbejdes en skæringsopgørelse, der tidsmæssigt svarer til aftaletidspunktet - eller i hvert fald kun som følge af praktiske årsager afviger ganske kort tid herfra. Er der sket overdragelse med tilbagevirkende kraft til investorerne, vil dette i sig selv kunne udelukke, at forholdet kan betragtes som en videre salgssituation, jf. det ovenfor anførte om de såkaldte "mellemformer".
4. Udbyder skal selv have afholdt samtlige omkostninger ved køb og besiddelse af ejendommen, herunder omkostninger ved erhvervelse af ejendommen, salgsmodningsomkostninger samt prospektomkostninger, ligesom udbyder skal have oppebåret driftsresultatet frem til salgstidspunktet til investorerne.

5. Retspraksis særligt med henblik på køb-videresalg

Spørgsmålet om investors 1's anskaffelsessum har været fremme i enkelte i det følgende omtalte sager, der på denne ene side antages at være retningsgivende for videresalgssagerne, men som omvendt efter min opfattelse ikke kan siges at være rendyrkede videresalgssituationer, for så vidt det lægges til grund, at ovennævnte 4 forudsætninger skal være gældende for anerkendelse af, at der er tale om videre salgssager.

I sagen TfS 2003, 721 LSR havde udbyder solgt ejendommen til investor, og krævede 17 mio. kr. for ejendommen og herudover 1,2 mio. kr. som "købsomkostninger" samt 0,3 mio. kr. som låneomkostninger, hvilke poster skulle betales særskilt af investor. Investor havde i den pågældende sag erhvervet sin anpart, førend der forelå andet og mere end et betinget skøde på ejendommen, der i øvrigt lød på 17 mio. kr. Investor ønskede nu disse 1,5 mio. kr. tillagt anskaffelsessummen for ejendommen. Landsskatteretten nåede her frem til, at disse 1,5 mio. kr., der var benævnt "købsomkostninger", ikke kunne tillægges anskaffelsessummen for ejendommen.

I styresignalet ref. i TfS 2008, 744 SM, s. 3237 antages det, at der i denne sag var tale om en ren videresalgssituation. Dette synspunkt kan ikke tiltrædes. Ovenstående punkt 1 og 3 som nævnt under afsnit 4.3. var ikke opfyldt.

Landsskatterettens begrundelse i sagen for ikke at anerkende, at det omtvistede beløb på 1,5 mio. kr. kunne tillægges anskaffelsessummen for ejendommen, var imidlertid ret vidtgående, idet det meget bombastisk anføres, at: *Retten finder, at forskellen mellem udbyders købspris for ejendommen og investorernes anskaffelsessum for andelene i projektet er udbyderens honorar for tilrettelæggelse af det samlede projekt og den knowhow, der ligger til grund for tilrettelæggelsen. Forskellen mellem udbyders købspris for ejendommen og investorernes anskaffelsessum for andelene kan ikke anses for en del af anskaffelsessummen for ejendommen. Udbyderens honorar er i det hele en etableringsudgift for klageren, og udgiften kan ikke medregnes i afskrivningsgrundlaget for ejendommen eller fradrages ved indkomstopgørelsen. Det bemærkes, at der ikke indgår udgifter til stempel og advokat i honoraret, idet udgifterne til overdragelsen af ejendommen var indeholdt i interessentskabets anskaffelsessum på 17.000.000 kr. Skatteankenævnets afgørelse stadfæstes derfor.*

Disse præmisser kritiseres da også med rette i styresignalet ref. i TfS 2008, 744 SM, s.3239, hvor det anføres, at det af Landsskatteretten i sagen "...antages [...] uden nogen nærmere begrundelse, at forskellen mellem udbyders købspris og investorernes købspris er honorar for udbyders tilrettelæggelse af det samlede

projekt og den know-how, der ligger til grund herfor. Det forekommer ikke umiddelbart indlysende, hvorfor forskellen mellem udbyders købspris og investorernes købspris ikke med lige så stor ret kan anses for at være hel eller delvis videre-salgsavance eller - som det under sagen blev gjort gældende - en prisstigning, der var begrundet i de generelle prisstigninger på ejendomsmarkedet."

Landsskatteretten modificerede da også denne begrundelse i en senere afgørelse, ref. i TfS 2008, 974 LSR.

Med henvisning til den ovenfor omtalte landsskatteretskendelse, ref. i TfS 2003, 721 LSR, svarede Skatterådet i sagen ref. i TfS 2007, 417 SR "nej" til, at investorerne ved opgørelsen af deres afskrivningsgrundlag kunne medregne et beløb på 1,5 pct. af købesummen, som investorerne - udover sædvanligt udbyderhonorar - betalte til udbyderne i forbindelse med erhvervelsen af anparterne. Der var tale om en værdistigning konstateret i udbyders ejerperiode.

Også denne sag var dog præget af uklarhed, idet den anførte værdistigning på 1,5 pct. ikke i prospektet fremstod som en del af salgssummen for ejendommen, men var indeholdt i en post benævnt "salgs og prospekthonorar", men dog således, at det af prospektet fremgik, at investor til udbyder skulle betale et givet beløb som følge af værdistigning på ejendommen i tidsrummet fra udbyders erhvervelse af ejendommen til salget til investorerne. På baggrund af TfS 2003, 721 LSR anførte SKAT her følgende begrundelse i indstillingen til Skatterådet, som Skatterådet tiltrådte: *"Efter SKATs opfattelse må det herefter lægges til grund, at det følger af praksis, at hele det beløb på GBP 268.200, der i salgsprospektet benævnes "salgs- og prospekthonorar" skal anses for betaling til udbyder for tilrettelæggelse af det samlede projekt m.v. Der er således tale om en etableringsudgift, der ikke kan medregnes ved opgørelsen af afskrivningsgrundlaget for den omhandlede bygning."*

I Landsskatterettens afgørelse ref. i TfS 2008, 974 LSR (d.v.s. klage over Skatterådets bindende svar ref. i TfS 2007, 417 SR, hvor Skatterådet baserede sin afgørelse på Landsskatterettens præmisser i den tidligere afgørelse fra Landsskatteret-

ten, ref. i Tfs 2003, 721 LSR) følte Landsskatteretten sig øjensynligt kaldet til at moderere de noget bombastiske præmisser i afgørelsen fra 2003. Det anføres således helt overordnet i kendelsen, at:

"Hvor det som her er aftalt, at investorerne som købere af ejendommen skal betale for en dokumenteret værdistigning for en periode af en vis længde, er det umiddelbart Landsskatterettens opfattelse, at en værdistigning vil kunne medregnes i afskrivningsgrundlaget for den erhvervede ejendom.

Dette må dog efter Landsskatterettens opfattelse fordrer, at der forholdes, som om der er overdraget en ideel andel af et afskrivningsberettiget aktiv, således at den sælgende kommanditist behandler overdragelsen som et salg af et afskrivningsberettiget aktiv og behandler salgssummen som en afståelsessum ved salg af fast ejendom og opgør avancen efter de regler, der gælder herom.

Endvidere er det Landsskatterettens opfattelse, at der for at kunne medtages en værdistigning skal være gået en periode fra den sælgende kommanditists køb og til salget, idet der ikke vil kunne godkendes tillagt en værdistigning, hvis der alene er gået en kort periode."

Landsskatteretten nåede dog frem til, at den omhandlede værdistigning i denne sag ikke kunne tillægges investorernes anskaffelsessum. Dette blev for det første begrundet med en henvisning til, at der var overdraget anparter med tilbagevirkende kraft, hvorved investorerne skattemæssigt havde taget andel i et underskud forud for erhvervelsen af anparten.

Dernæst anføres det, at:

"Sælger har i øvrigt ikke behandlet værdistigningsbeløbet som en del af afståelsessummen, men indtægtsført beløbet som en honorarindtægt. Der er således ikke forholdt, som om der er sket betaling for et afskrivningsberettiget aktiv."

Dvs. hverken det under afsnit 4.3 nævnte punkt 2 og næppe ej heller punkt 3 var opfyldt i denne sag.

Videre kan nævnes sagen ref. i TfS 2006, 529 VL, der dels har indtaget en central plads i debatten i litteraturen, og dels indgik som en central afgørelse i den nedenfor omtalte sag ref. i TfS 2008, 387 SR.

I denne sag var der efter min meget klare opfattelse tale om et formidlingssalg og med den overbygning, at investorerne ikke fik de korrekte oplysninger, derved at udbyderen "under bordet" fik anvisningsprovision af den eksterne sælger, som helt åbenbart intetanende blev involveret i denne særegne, lyssky disposition. Sagen er da også i styresignalet ref. i TfS 2008, 744 SM, s. 3236, afsn. 5.1., der vedrører formidlingssager, omtalt som en formidlingssag.

Den første sag, der forelå til bedømmelse, hvor alle kriterier for betegnelsen "videresalg" var opfyldt, var Skatterådets afgørelse af 23/10 2007, ref. i TfS 2008, 387 SR (K/S Savontie).³

I denne sag havde en udbyder købt en ejendom i juni 2007 for ca. 246 mio. kr. af den eksterne sælger og videresolgt denne ejendom til en række investorer i december 2007 for ca. 288 mio. kr. Udbyders købsforhandlinger og forundersøgelserne var påbegyndt i december 2006, og udbyder havde afholdt sådanne ordinære købs- og salgsomkostninger som næringsdrivende i henseende til fast ejendom normalt afholder, herunder foretaget såvel en teknisk, en økonomisk som en juridisk due diligence. I forbindelse med købet var der ligeledes foretaget normale foranstaltninger så som prioritering samt afholdt udgifter til selve købet i form af advokatombkostninger etc.

Ud over disse udgifter havde udbyder afholdt en række udgifter til etablering af et kommanditselskab, udarbejdet salgsprospekt m.v.

3 Umiddelbart herefter afgav Skatterådet et bindende svar i TfS 2008, 726 LSR (vindmøllesagen) (SKM2007.944.LSR)

De samlede udgifter til de to grupper af udgifter, dvs. salgsmodningsomkostninger henholdsvis udgifter til "overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt" udgjorde ca. 23 mio. kr., hvilket dog ikke fremgår af den offentliggjorte afgørelse. Udbyders fortjeneste udgjorde herefter 18,6 mio. kr.

Udbyder havde ifølge det oplyste efterfølgende, på linie med tidligere salg af investeringsejendomme, selvangivet en avance på den faste ejendom på ca. 42 mio. kr. (288 mio. kr. minus 246 mio. kr.), dvs. en avance efter ejendomsavancebeskatningsloven – og havde altså ikke selvangivet nogen del som udbyderhonorar.

Der var i tilknytning til salget til investorerne udarbejdet en særskilt skæringsopgørelse for hver investors køb af andele i ejendommen.

Der er følgelig i denne sag tale om et såkaldt videresalg – og ikke hverken formidlingssalg eller den såkaldte mellemform.

Der blev her anmodet om bindende svar på, for det første hvorvidt investor 1 i henseende til afskrivningsloven henholdsvis ejendomsavancebeskatningsloven kunne lægge til grund, at anskaffelsessummen for ejendommen, herunder grunden, udgjorde 288 mio. kr., (spørgsmål 1 og 2). Subsidiært hvorvidt investor 1's anskaffelsessum udgjorde 288 mio. kr. med fradrag af et beløb, der skulle henføres til et immaterielt aktiv som følge af, at der var etableret et kommanditselskab (et aktiv for investorerne som følge af sparede etableringsomkostninger), (spørgsmål 3 og 4).

Begge dele blev besvaret benægtende.

Særligt blev i afgørelsen henvist til afgørelserne ref. i TfS 2005, 885 VL og TfS 2006, 529 VL. Begge sager drejede sig imidlertid om formidlingssalg – og altså ikke om køb og videresalg som i nærværende sag. Det skal dog retfærdigvis anføres, at det i afgørelsen blev præciseret, at det for besvarelsen var uden betydning, hvorvidt der var tale om et formidlingssalg eller et køb og videresalg. Videre blev i afgørelsen fremhævet, at udgifter til prioritering ikke kan fratrækkes.

Det fremgår ikke eksplicit af afgørelsen, men i og med, at Skatterådet var af den formening, at køb og videresalg skulle sidestilles med formidlingssalg, kunne investorerne som skattemæssig anskaffelsessum for ejendommen alene anvende den eksterne sælgers salgssum til udbyder på 246 mio. kr.

Skatterådet synes i afgørelsen at åbne op for accept af, at visse af udbyder afholdte omkostninger kunne henføres til anskaffelsessummen for ejendommen - alt i overensstemmelse med den daværende, men nu med TfS 2008, 721 H forladte, praksis i formidlingssagerne - men anførte, at som spørgsmålene var stillet, havde spørger ikke ønsket en stillingtagen til omfang og størrelse af de udgifter, der ikke kunne betragtes som en del af anskaffelsessummen for ejendommen. Rådet svarede derfor "nej" til alle 4 spørgsmål.

Afgørelsen ref. i TfS 2008, 387 SR (K/S Savontie) harmonerer dårligt med den senere praksisændring i styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM vedrørende "brugte anparter", dvs. videresalg af anparter fra investor 1 til investor 2. Afgørelsen er da også indbragt for Østre Landsret.⁴

6. Ændret praksis ved videresalg

Som allerede nævnt udsendte SKAT i 2008 styresignalet ref. i TfS 2008, 744 SM om emnet. I styresignalet blev sondret mellem på den ene side tilfælde, hvor der var tale om formidlingssalg, og på den anden side tilfælde, hvor udbyder havde købt og videresolgt ejendommen. Der kunne på daværende tidspunkt ud over TfS 2008, 387 SR (K/S Savontie) samt den senere afgørelse ref. i TfS 2008, 726 LSR (vindmøllesagen) ikke peges på hverken domme eller administrative afgørelser, hvor der forelå en rendyrket videresalgssag, dvs. hvor udbyder købte en ejendom, afholdte samtlige udgifter i tilknytning til erhvervelse, salgsmodning samt etable-

⁴ Den seneste offentliggjorte afgørelse, hvor der var tale om køb-videresalg, er Landsskatterettens afgørelse refereret i TfS 2009, 1025 LSR, hvor der på den ene side utvivlsomt var tale om køb videresalg, men hvor der af udbyder forud for videresalget var fremsendt fakturaer til kommanditselskabet for udbyders ydelser. Landsskatteretten nåede her frem til, at investorerne ikke skulle sidestilles med købere af brugte anparter.

ring af kommanditselskab m.v. og herefter videresolgte ejendommen til en given pris uden krav om betaling af udbyderhonorar. Dog havde Landsskatteretten, som nævnt ovenfor, allerede i 2003 i kendelsen ref. i TfS 2003, 721 LSR bombastisk tilkendegivet, at hele udbyders avance på ejendommen ved videresalg i lighed med formidlingssagerne skulle anses som honorar for "overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt", hvilket dog sidenhen i kendelsen ref. i TfS 2008, 974 LSR blev modificeret. Heroverfor står, at Landsskatteretten tilsyneladende anlægger en meget snæver afgrænsning af køb-videresalg, jf. TfS 2009, 1025 LSR.

For så vidt angår "brugte anparter" fremgår det af dette styresignal ref. i TfS 2008, 744 SM, s. 3245, at investor 2 kunne anvende den med investor 1 aftalte købesum som anskaffelsessum for ejendommen i henseende til ejendomsavancebeskatningsloven samt afskrivningsloven, dvs. uden at skulle henføre nogen del af købesummen til etableringsomkostninger. Dette forklares i styresignalet med, at etableringsomkostningerne én gang for alle er blevet betalt af den oprindelige investor 1. Efterfølgende erhververe køber en anpart i en igangværende virksomhed og skal derfor ikke afholde etableringsomkostninger.

I styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM kan peges på 2 forhold, der særligt har interesse i nærværende sammenhæng:

Dels ændres praksis vedrørende videresalg fra investor 1 til investor 2, dvs. i tilfælde, hvor der er tale om "brugte anparter" jf. TfS 2009, 542 SM, s. 2618 ff.. Det anføres således i styresignalet, at når den underliggende økonomiske realitet er akkurat den samme for investor nr. 1 og investor nr. 2 - fordi de begge har købt det samme aktiv for det samme beløb - finder SKAT efter at have overvejet spørgsmålet på ny, at investorerne, dvs. investor 1 og investor 2, bør behandles på samme måde ved skatteansættelsen, jf. TfS 2009, 542 SM, s. 2618.

Dernæst anføres i nævnte styresignal, at der ved afgørelsen af spørgsmålet om den rette fordeling af den aftalte pris ved salg fra investor 1 til investor 2 på henholdsvis værdien af ejendommen og værdien af adgangen til deltagelse i en

igangværende erhvervsvirksomhed med udlejning af fast ejendom skal tages hensyn til parternes aftale om fordelingen. Det gælder især i de tilfælde, hvor parterne har været opmærksomme på, at en fordeling bør finde sted, og hvor parterne rent faktisk har modstridende interesser i fordelingen. I så fald vil parternes aftale om fordelingen som udgangspunkt kunne lægges til grund. Er der imidlertid tale om en fordeling, som åbenbart ikke svarer til de faktiske værdier, påhviler det SKAT at korrigere fordelingen, jf. afskrivningslovens § 45, stk. 3, jf. TfS 2009, 542, s. 2619.

Det betyder ifølge SKAT, at det for alle investorer - uden hensyn til, om der er tale om formidlingssalg eller videresalg - under alle omstændigheder bliver afgørende, hvad betalingen dækker, og at den del af betalingen, som reelt dækker honoraret til udbyderen af ejendomsinvesteringsprojektet, under alle omstændigheder anses for en etableringsudgift, som ikke kan medregnes ved opgørelsen af den skattemæssige anskaffelsessum - og dermed ved opgørelsen af afskrivningsgrundlaget samt ved opgørelsen af den skattepligtige ejendomsavance ved et senere salg af ejendommen. Praksisændringen får alene betydning for overdragelser af "brugte anparter" efter 14/4 2009 i den forstand, som dette begreb er defineret i styresignalerne ref. i TfS 2008, 744 SM og TfS 2009, 542 SM. For alle andre investorer er retstilstanden uændret.

På denne baggrund er Skatterådet anmodet om bindende svar om de skattemæssige konsekvenser ved videresalg fra én af investorerne i sagen refereret i TfS 2008, 387 SR (K/S Savontie), herunder den nærmere forståelse af styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM. Skatterådets svar er offentliggjort i TfS 2010, 602 SR.

Der blev her for det første spurgt om, hvorvidt der var parallelitet mellem på den ene side investor 1's avanceopgørelse og investors 2 anskaffelsessum i henseende til ejendomsavancebeskatningsloven og afskrivningsloven. Ikke overraskende blev det bekræftet, at dette var tilfældet.

Videre blev spurgt om, hvorvidt investors 2's anskaffelsessum skulle henføres til ejendommen henholdsvis "værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed". Ej heller overraskende blev dette besvaret bekræftende.

Ved besvarelse af spørgsmål 3 blev endvidere bekræftet, at investor 1 som sælger kan henføre samme beløb til det immaterielle aktiv "værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed", som hos investor 2 skal henføres til nævnte immaterielle aktiv, og endelig som svar på spørgsmål 5 blev bekræftet, at der for investor 1 er tale om et skattefrit beløb.

Tilbage står herefter det nok mest interessante spørgsmål 4, nemlig efter hvilke principper dette immaterielle aktiv – dvs. "værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed" – skal opgøres, hvis videresalget til investor 2 sker indenfor 2 år efter investor 1's køb fra udbyderen. Skatterådet havde her en konkret værdi at forholde sig til, nemlig 42 mio. kr., som Skatterådet mente var værdien i 2007, samt et videresalgstidspunkt, der lå kun 2 år senere.

SKAT indstillede her - med en bemærkning om, at projektet løb til 2028 samt at værdien af det omhandlede immaterielle aktiv faldt over tid - at dette spørgsmål blev besvaret med, at udgangspunktet er, at den fordeling spørger (investor 1 som sælger) og en fremtidig køber (investor 2) måtte aftale ved salg indenfor 2 år, lægges til grund især i tilfælde af, at der er tale om modstridende interesser.

Afgørelsen lægger således op til en stor variationsbredde i henseende til fordelingen af købesummen mellem ejendom og "værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed" ved overdragelse fra investor 1 til investor 2 ved overdragelse mindre end 2 år efter første overdragelse. Dette kan sammenholdes med styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM, hvor det anføres, at kun hvis det er åbenbart, at værdifordelingen mellem parterne ikke er korrekt, skal der ske korrektion, jf. afskrivningslovens § 45, stk. 3. Af styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM, s. 2619, fremgår således, at:

Det er klart, at der ved afgørelsen af spørgsmålet om den rette fordeling af den aftalte pris på henholdsvis værdien af ejendommen og værdien af adgangen til deltagelse i en igangværende erhvervsvirksomhed med udlejning af fast ejendom skal tages hensyn til parternes aftale om fordelingen. Det gælder især i de tilfælde, hvor parterne har været opmærksomme på, at en fordeling bør finde sted, og at de rent faktisk har modstridende interesser i fordelingen. I så fald vil parternes aftale om fordelingen som udgangspunkt kunne lægges til grund. Er der imidlertid tale om en fordeling, som åbenbart ikke svarer til de faktiske værdier, påhviler det SKAT at korrigere fordelingen, jf. afskrivningslovens § 45, stk. 3.

På denne baggrund er det nok tvivlsomt, om den i styresignal 2009, 542 SM omtalte praksisændring får den helt store betydning for investor 2. Denne investor vil næppe nogensinde acceptere, at en større eller mindre del af en købesum skal betragtes som en betaling for en tidligere afholdt etableringsomkostning, dvs. et ikke fradragsberettiget aktiv, der over tiden nedskrives uden skattemæssige konsekvenser.

Det ville da også være en væsentlig nyskabelse, at der ved erhvervelse af en virksomhed skal betales for en værdi for etablering af en virksomhed, kaldet "værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed". Gælder dette for et kommanditselskab, må det ligefuldt gælde for eksempelvis liberale erhverv, herunder ved indtræden i et interessentskab bestående af advokater, revisorer, ingeniører m. v. – hvis SKAT da ikke lige i disse tilfælde vælger at benævne dette immaterielle aktiv som goodwill.

For så vidt angår investor 1, er det med styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM videre fastslået, at fordelingen af købesummen mellem på den ene side ejendommen og på den anden side "værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed" sker på baggrund af den reelle værdi, som investor 1 rent faktisk betaler for de to aktiver, jf. herved at investor 1 og investor 2 skal behandles på samme måde. Den logiske konsekvens heraf er nærmere, at for investor 1's vedkommende er det altså ikke nødvendigvis forskellen mellem udbyders anskaffelsessum og salgs-sum, der skal henføres til dette immaterielle aktiv.

Denne udledning strider mod det bindende svar ref. i TfS 2008, 387 SR, hvor det blev afvist, at investor 1 kunne anvende den ”nøgne værdi” af ejendommen, dvs. uden hensyntagen til den faktiske værdi af ”deltagelse i den igangværende virksomhed”. I det bindende svar kunne investor 1 således alene anvende den eksterne sælgers pris, 246 mio. kr. som anskaffelsessum, hvilket indebærer, at der ikke tages hensyn til en eventuel avance hos udbyder, ligesom de for næringsdrivende normale salgsmodningsforanstaltninger ikke medregnes i en eventuel værditilvækst.

Afgørelsen er således ikke baseret på en konkret vurdering af henholdsvis ”den nøgne ejendom” henholdsvis værdien af en ”overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt” men tager afsæt i princippet fra Landsskatte retten angivet i kendelsen ref. i TfS 2003, 721, hvorefter hele udbyders avance skal betragtes som udbyderhonorar og derfor henføres til ”overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt”.

Det er korrekt, som anført i afgørelsen, at spørgeren ikke – på linie med formidlingssagerne - ønskede nogen tilkendegivelse om, hvorvidt en større eller mindre del af de af udbyder afholdt omkostninger, kunne tillægges investor 1’s anskaffelsessum. Dette allerede fordi disse omkostningerne var afholdt af udbyder og følgelig logisk ikke kunne henføres til investor 1. Besvarelsen af spørgsmål 2 og 3 måtte bero på en konkret vurdering af en eventuel opdeling af den mellem udbyder og investor 1 aftalt købesum i henholdsvis et beløb, der skulle henføres til ejendommen og et beløb, der skulle henføres til ”værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed”.⁵

Den endelige afgørelse af dette spørgsmål beror som bekendt på Østre Landsret.

5 I spørgsmålet er der ikke anvendt begrebet ”værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed”, allerede fordi dette begreb blev lanceret 2 år senere med Styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM. Der spørges således til, hvorvidt investors 1 anskaffelsessum udgør 288.030.600 kr. med fradrag af et beløb, der skal henføres til et immaterielt aktiv som følge af, at kommanditselskabet er etableret (et aktiv for investorerne som følge af sparede etableringsomkostninger), og hvor dette beløb fastsættes af skattemyndighederne.

Som led i den verserende sag for Østre Landsret er der anmodet om syn og skøn for at få fastslået værdien af den ”nøgne ejendom” uden hensyntagen til selve projektet som sådan, dvs. salg uden hensyntagen til, at dette sker som led i etablering af et kommanditselskab – og altså uden hensyntagen til ”værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed”. Østre Landsret har afvist et sådant syn og skøn i kendelsen ref. i TfS 2010, 601 ØLR. Denne kendelse vil ikke blive kommenteret nærmere på nærværende sted, da der er ansøgt om tilladelse til at indbringe dette spørgsmål for Højesteret.

7 Er der grundlag for en negativ særbehandling af investorer i kommanditselskaber

7.1 Anskaffelsessummen for ejendommen.

For så vidt angår formidlingssagerne er retsstillingen den, som allerede anført i det stærkt forenklede eksempel, at investorerne køber ejendommen fra den eksterne sælger og betaler en given købesum; i det i indledningen anførte eksempel 8 mio. kr. Herudover betaler investorerne et honorar, i nævnte eksempel på 2 mio. kr., til udbyder, der dækker ”overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt”, men som også omfatter salgsmodningsomkostninger.

Det er forståeligt, at domstolene er nået frem til, at disse 2 mio. kr. må anses for en etableringsudgift omfattet af statsskattelovens § 5, om end der synes at være tale om en streng bedømmelse, når henses til, at end ikke udgifter, der har lighed med mæglerhonorar, kan tillægges anskaffelsessummen for ejendommen.

En betragtning om, at videresalgssituationen skal behandles på samme måde som et formidlingssalg, hviler imidlertid efter min opfattelse på et endog meget svagt fundament. Her betaler investorerne i nævnte eksempel rent faktisk 10 mio. kr. for ejendommen. Hvad udbyder har brugt af omkostninger til køb, salgsmodning og ”overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt” må som udgangspunkt være køber uvedkommende. Det synspunkt, at investorerne også

her kun kan henføre 8 mio. kr. til anskaffelsessummen for ejendommen, således som antaget i Skatterådets bindende svar ref. i TfS 2008, 387 SR, må i bedste fald siges at være udtryk for en negativ særbehandling af investorer i et kommanditselskab. Selv SKAT stiller sig uforstående overfor denne retspraksis, jf. den tidligere citerede udtalelse i styresignalet ref. i TfS 2008, 744 SM vedrørende kendelsen ref. i TfS 2003, 721 LSR.

SKAT har dog også i styresignalet ref. i 2009, 542 SM lagt an til en ganske anden bedømmelse af købesummens fordeling, idet det her anføres, at afgørende er, hvad der betales for. Med andre ord: Der må foretages en særskilt vurdering af ejendommen henholdsvis "overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt" eller værdien af "værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed", alt i overensstemmelse med afskrivningslovens § 45, stk. 3.

Med dette udgangspunkt må det beløb, der for investor 1 skal henføres til "overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt" være forskellen mellem på den ene side værdien af den "nøgne ejendom" i handel ogandel ved salg til andre end et kommanditselskab og på den anden side den samlede købesum, der betales til udbyder.

Dette indebærer blandt andet, at såfremt den "nøgne ejendom" af udbyder kan sælges til andre end kommanditister for en pris, der overstiger udbyders anskaffelsessum for ejendommen, må denne højere pris lægges til grund som anskaffelsessum for ejendommen for kommanditisterne. Dermed kan der efter omstændighederne blive plads til en normal avance for udbyder, og som indgår i investorernes anskaffelsessum. Og denne avance vil sædvanligvis i vidt omfang være baseret på de salgsmodningsforanstaltninger, som udbyder – som enhver anden næringsdrivende i henseende til fast ejendom – måtte have foretaget.

For så vidt angår afgrænsningen af begrebet "brugte anparter" har Landsskatteretten fastholdt en meget restriktiv praksis: Senest har Landsskatteretten i en kendelse ref. i TfS 2010, 44 LSR antaget, at ved udbyders tilbagekøb fra en investor og et herefter følgende videresalg til en ny investor, kunne udbyders avance ikke

tillægges anskaffelsessummen for ejendommen. Udbyders avance blev her anset for formidlingshonorar og fik dermed samme skattemæssige status som posten ”overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt”. Afgørelsen er ganske vidtgående, idet tilbagekøb og videresalg ud fra mange betragtninger kan sidestilles med en normal avance. Og i hvert fald er der, som også anført af skatteyderen under sagen, ikke tale om ”overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt”.

7.2. Udgifter til prioritering

I flere afgørelser, herunder i TfS 2008, 387 SR (K/S Savontie), er der peget på, at udgifter til prioritering ikke kan indgå i anskaffelsessummen henholdsvis fratrækkes i indkomstopgørelsen.

Dette punkt giver ligeledes anledning til nogle kritiske bemærkninger:

Når bortset fra kommanditister er det ingensinde set, at der ved overdragelse af fast ejendom sker en opdeling af købesummen mellem *på den ene side* købesummen for ejendommen og *på den anden side* betaling for værdien af en given prioritering.

Der henvises i styresignal ref. i TfS 2008, 744 SM til følgende udsagn:

”I bemærkningerne til lovforslaget til den gældende afskrivningslov, L 102, FT 1997-1998, anføres til forslagens § 17:

”Afskrivning sker ifølge bestemmelsen på grundlag af anskaffelsessummen for bygningen m.v. Dette indebærer, at prioritetsomkostninger - herunder kurstab - samt udgift til erhvervelse af byggegrund selvsagt ikke udgør en del af anskaffelsessummen eller en del af forbedringsudgifter, hvorpå der kan afskrives. Dette princip fremgår direkte af den gældende lovs § 29 B, men er ved forslaget ikke fundet nødvendigt at medtage i lovteksten.” ”

Dette udsagn skal ikke bestrides. Men den i lovforslaget omhandlede bemærkning knytter sig til en ejers udgifter til prioritering. Bemærkningen har intet at gøre med den situation, hvor en senere køber erhverver ejendommen, og hvor købesummen måtte være forhøjet som følge af sparede omkostninger til prioritering.

En tankegang om, at der særligt for kommanditister i videresalgssituationen fra udbyder til investor 1 skal fragå et beløb som betaling for sælgers anstrengelser og udgifter til prioritering af ejendommen, er efter min opfattelse udtryk for en ulovhjemlet negativ særbehandling af investorer i et kommanditselskab.⁶

7.3. Sammenfatning vedrørende opgørelse af anskaffelsessummen for ejendommen

For så vidt investorer ikke skal udsættes for en negativ særbehandling ved køb af fast ejendom, hvor alle elementer vedrørende en videresalgssituation foreligger, forudsætter det, at videresalgssituationen ikke sidestilles med formidlingshandler. Dette indebærer blandt andet, at en regel om, at investorerne alene kan betragte den eksterne sælgers salgssum som anskaffelsessummen for ejendommen ikke lægges til grund. Der må som minimum foretages en konkret vurdering af værdien i handel ogandel af henholdsvis den nøgne ejendom henholdsvis værdien af, at der erhverves en andel i et kommanditselskab. Ganske som der lægges op til i styresignalet ref. i TfS 2009, 542 SM vedrørende investor 2, og hvor det anføres, at investor 1 og 2 skal behandles på samme måde.

⁶ Noget ganske andet er, at i formidlingssagerne vil kommanditisterne selv sagt ikke kunne opnå fradragsret for et honorar fra udbyder som følge af, at denne forestår en prioritering og i denne sammenhæng afholder de dertil knyttede udgifter.

8. Øvrige forhold

8.1. Udgifter til investorrejser

Også på andre fronter har investorerne haft det svært. SKAT har således nægtet investorerne fradragsret for udgifter til investorrejser, hvor investorerne, der har erhvervet en ejendom, får mulighed for at besigtige deres ny erhvervede investerings ejendom, jf. TfS 2009, 714 LSR. SKAT's synspunkt er nærmere, at det er udbyder, der har afholdt omkostningerne, og når denne udgift er viderefaktureret til investorerne, er der tale om betaling for "overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt". Uenigheden drejer sig således om, hvorvidt udgifterne til investorrejsen udgør en fradragsberettiget driftsomkostning for investorerne, eller om der rettelig er tale om udgifter, der er afholdt af udbyder, hvorfor udgifterne i givet fald ikke kan fradrags af investorerne.

I en konkret sag, der er indbragt for Retten i Esbjerg, havde tillige deltaget repræsentanter for udbyder, ligesom administrator deltog i denne besigtigelse.

Problemet i sagen er, at det er udbyder, der har afholdt omkostningerne ved rejsen. SKAT's opfattelse er her nærmere, at der er tale om en såkaldt etableringsomkostning betalt af udbyder, hvorfor investorerne ikke har fradragsret.

Der forventes dom i sagen i løbet af oktober 2010.

8.2. Fradragskonto

I 1980'erne blev indført en regel hvorefter investorerne skattemæssige fradrag samt afskrivninger blev begrænset til det beløb, som investorerne hæftede for med tillæg af det indskud, som investorerne havde foretaget. Eller med andre ord: Summen af fradrag i form af driftsomkostninger og afskrivninger kunne ikke overstige, hvad investorerne rent faktisk kunne komme til at indbetale.

SKAT har her indtaget det synspunkt, at betalingen til udbyder, der kvalificeres som "overordnet strukturering og tilrettelæggelse af et investeringsprojekt" ikke

kan medtages ved opgørelse af det beløb, som investorerne maksimalt kan fratrække som driftsomkostninger henholdsvis afskrivninger.

Retten i Århus gav SKAT medhold i synspunktet i sagen refereret i TfS 2009, 335 BR, som blev stadfæstet af Vestre Landsret ved dommen ref. i TfS 2010, 266 VL. Sagen er med Procesbevillingsnævnets accept indbragt for Højesteret.

9. Sammenfatning

Retsstillingen for investorer med anparter i ejendomskommanditselskaber er på indenværende tidspunkt uafklaret på flere punkter. Dette kan begrunde, at investorer ikke blot accepterer en given forhøjelse, men sørger for at få en sådan forhøjelse påklaget, således at sagen ikke forældes. Dette gælder særligt, hvis den pågældende investor har købt sin anpart af udbyder i forbindelse med en købs-salgssituation. Endvidere kan peges på tilfælde, hvor der er videresolgt til investor 2 før den 14. april 2009. I sidstnævnte tilfælde er det ingenlunde givet, at investor 1 ikke kan opnå et vist nedslag i salgssummen, der skal henføres til "værdien af deltagelse i den igangværende virksomhed". Samme synspunkt kan selvsagt med yderligere styrke gøres gældende, hvis der er solgt efter 14. april 2009, og ingen del af salgssummen er anset som skattefri. Det må her tilrådes, at investor ikke "slipper sagen", men påklager afgørelsen og afventer domstolenes holdning i nævnte sager. Ganske vist kan det ikke udelukkes, at der vil blive åbnet mulighed for ekstraordinær genoptagelse af sådanne sager, men det er ingenlunde sikkert.