

NYT • September 2021

Generationsskifte Omstrukturering

Indhold

- Regeringens ekspertgruppe om generationsskifte
- Genoptagelse af beregnet tinglysningsafgift ved selskabsomdannelse mv.
- Aktiver i successionsrækkefølge skal ikke indgå i afdøde ejers dødsbo
- A/B-model – forlods udbyttet – optionsbeskatning – andel af selskabsværdi – hurtig afvikling.

Lovgivning mv.

Folketinget holder sommerferie. Der er ingen relevante verserende lovforslag mv.

Regeringens ekspertgruppe om generationsskifte

Rapporten fra regeringens ekspertgruppe om generationsskifte forventes offentliggjort i oktober 2021. Ifølge kommissoriet skal ekspertgruppen tilvejebringe grundlaget for et nyt robust objektivt værdiansættelsessystem baseret på en skematisk værdifastsættelse, så det bliver muligt ud fra objektive kriterier på forhånd at beregne grundlaget for beskatningen ved generationsskifte. Ekspertgruppens anbefalinger skal danne grundlag for lovgivning i efteråret 2021.

Genoptagelse af beregnet tinglysningsafgift ved selskabsomdannelse mv.

Skat arbejder på et styresignal om genoptagelse efter Højesterets dom i SKM 2021.110 vedrørende tinglysningsafgift ved selskabsomdannelse.

Der var i sagen tale om overdragelse af en fast ejendom fra et interessentskab til et partnerselskab. Spørgsmålet i sagen var, om denne overdragelse var omfattet af den særlige fritagelsesregel i TAL § 6 a, 1. pkt., om bl.a. "tilførsel af aktiver". Højesterets flertal (4-1) fandt, at både et interessentskab og et partnerselskab måtte anses for omfattet af lovens begreb "selskaber mv.", og at det ikke med tilstrækkelig klarhed fremgik af lovgrundlaget, at afgiftsfritagelsen var forbeholdt selskaber, som ville kunne gennemføre transaktionen skattefrit efter fusionsskatteoven. Omdannelsen fra I/S til P/S var derfor omfattet af fritagelsesbestemmelsen.

Da Højesterets dom har underkendt Skats praksis, består der mulighed for genoptagelse af beregnet tinglysningsafgift for tidligere tilsvarende omdannelser. Genoptagelse kan ske med virkning for 2013, som den konkrete sag angik. Adgangen til genoptagelse er ikke betinget af, at Skat har udarbejdet styresignal om genopta-

gelse. Anmodninger om genoptagelse vil blive journaliseret af Skat med henblik på sagsbehandling, når styresignalet er udsendt.

Afgørelser

Aktiver i successionsrækkefølge skal ikke indgå i afdøde ejers dødsbo

HK 28.09.2021: A gav i 2017 sine seks voksne børn ideelle ejerandele i sine to ejendomsvirksomheder. A opretholdt sin personlige hæftelse for virksomhederne, mens børnene ikke påtog sig hæftelse. Herved opstod der ved overdragelserne to kommanditselskaber. Overdragelserne til børnene skete ved gavebreve, der blandt andet bestemte, at ejerandelene i kommanditselskaberne og afkast heraf skulle være børnenes fuldstændige særeje, og at andelene, men ikke afkast af disse, indgik i en successionsrækkefølge med børnenes livsarvinger på førstepladsen. Det var samtidig bestemt, at ejerandelene ved overgang i successionsrækkefølgen skulle være båndlagt indtil modtagerens 25. år.

I 2018 blev et af børnene B alvorligt syg og oprettede i den forbindelse en kodiciel til sit testamente med henstilling til sine børn

om, at de skulle acceptere en frivillig forlængelse af båndlæggelsesperioden ifølge gavebrevet indtil deres 30. år. B døde i januar 2019 og efterlod sig ægtefælle og livsarvinger.

I marts 2020 anmeldte A til Skat, at ejerandelene var overgået fra B til hendes børn, og at der som følge heraf skulle ske afgiftsberigtigelse af ejerandelene efter bo- og gaveafgiftsloven, jf. BGL § 10, stk. 4. Skat afviste denne anmeldelse med henvisning til, at ejerandelene skulle indgå i boet.

I april 2020 blev der indleveret boopgørelse til skifteretten. Ejerandelene var ikke medtaget i boopgørelse, da de i kraft af successionsrækkefølgen blev anset for overgået til B's livsarvinger straks ved B's død.

I juni 2020 anmodede Skat om yderligere oplysninger til brug for vurderingen af værdiansættelsen og afgiftsberigtigelsen.

Skifteretten afsagde herefter den 26. juni 2020 kendelse om, at ejerandelene skulle indgå i boet. Østre Landsret stadfæstede afgørelsen ved sin kendelse af 25. august 2020.

Højesteret ændrede landsrettens kendelse og fastslog, at ejerandelene ikke skulle indgå i boet efter B. Højesteret fandt, at gavebrevets bestemmelser om successionsrækkefølge indebar, at B's rådighed over ejerandelene ophørte ved hendes død, og at hendes livsarvinger samtidig fik ejendomsret til ejerandelene. Derfor faldt ejerandelene ikke i arv efter arvelovens almindelige regler. Som følge heraf udgjorde ejerandelene ikke aktiver i B's bo og skulle ikke indgå i boopgørelsen og værdiansættes. Højesteret henviste til, at BGL § 10, stk. 4, indeholdt særskilte regler om anmeldelse af overgang i successionsrækkefølge med henblik på afgiftsberigtigelse.

Kommentar

Afgørelsen er retshistorisk – og rigtig.

Instituttet "successionsrækkefølge" hviler på romerretten (fideicommissum) og har eksisteret i dansk ret i flere hundrede år, nu med hjemmel i arvelovens § 60, men den aktuelle sag er den første nogensinde, der har taget stilling til virkningerne af en successionsrækkefølge, når ejeren af successionsaktivet dør.

En successionsrækkefølge indebærer, at et givet aktiv, successionsaktivet, skal overgå til en ny ejer, når en bestemt begivenhed indtræder, typisk den hidtidige ejers

“Det er således også muligt, som i den aktuelle sag, at bestemme fx, at selve aktivet skal indgå i successionsrækkefølge, men at afkast ikke skal omfattes, så dette i stedet ”efterlades” hos den hidtidige ejer (og dennes bo).”

død. Instituttet er reguleret i arvelovens § 60, der fastslår, at friarv ved testamente kan indsættes i en successionsrækkefølge, så arven tilfalder en arving på første plads og derefter en eller flere andre arvinger eller legatarer på anden eller senere pladser. Rækkefølgen kan dog ikke række længere end til én ved testators død ufødt person. Det er fast antaget, at arvelovens principper kan overføres på gaveoverdragelser, så tilsvarende bestemmelser kan fastsættes i gavebreve.

På det teknisk-juridiske plan er en successionsrækkefølge udtryk for, at den første ejer er tildelt en resolutivt betinget ejendomsret, der *ophører*, når den fastsatte betingelse indtræder, mens den næste ejer er tildelt en suspensivt betinget ejendomsret, der *indtræder*, når den fastsatte betingelse indtræder. Når den fastsatte betingelse indtræder, ophører den hidtidige ejers ejendomsret samtidig med, at den næste ejers ejendomsret indtræder straks og automatisk.

Både den første ejer og de næste ejere afleder deres ejendomsret fra det grundlæggende overdragelsesdokument, der kan være enten et testamente eller en aftale (gavebrev). Det er derfor dette overdragelsesdokument, der fastsætter både betingelser og ejerrækkefølge. Når bortses fra begrænsningen i arvelovens § 60 om, at rækkefølgen ikke kan gælde længere end til én ved testators/givers død ufødt generation, består der principielt aftalefrihed til at udforme betingelser og rækkefølge. Det er således også muligt, som i den aktuelle sag, at bestemme fx, at selve aktivet skal indgå i successionsrækkefølge, men at afkast ikke skal omfattes, så dette i stedet ”efterlades” hos den hidtidige ejer (og dennes bo).

Successionsrækkefølger anvendes i stigende omfang ved tilrettelæggelse af generationsskifte, herunder ved testamente. Der ses meget varierende kvalitet, og der sker næppe altid behørig vurdering og rådgivning vedrørende de konkrete virkninger. Derfor indebærer anvendelsen af

successionsrækkefølger også en væsentlig iboende risiko for utilsigtede og uønskede resultater. Sager herom vil formentlig vise sig i de kommende år.

Netop fordi successionsrækkefølger har direkte hjemmel i arvelovens § 60 (og har rod tilbage i romerretten og de danske grundlove mv.) og er forholdsvis velbeskrevet i den arveretlige teori, er det ganske bemærkelsesværdigt, at der først nu i 2021 foreligger en domstolsafgørelse, der fastslår de fundamentale juridiske virkninger af en successionsrækkefølge. Og af samme grunde kan det virke uforståeligt, at skifteretten og landsretten i den aktuelle sag kunne nå frem til det resultat, at B's successionsaktiver skulle indgå i hendes dødsbo med de arve- og skifteretlige implikationer, dette ville have. Den centrale kerne i en successionsrækkefølge er jo netop ønsket om, at successionsaktivet *ikke* skal indgå i arv og skifte efter den første ejer i rækkefølgen.

Højesterets præmisser er velgørende enkle: Den centrale mekanisme med den betingede ejendomsret indebærer, at den første ejers ejendomsret ophører, når betingelsen indtræder, og at den næste ejer samtidig og automatisk overtager ejendomsretten. Når betingelsen angår den første ejers død, indebærer dødsfaldet, at den første ejers ejendomsret ophører, og at den næste ejers ejendomsret samtidig indtræder straks og automatisk. Derfor tilhører successionsaktivet straks ved dødsfaldet den næste ejer og udgør derfor ikke et aktiv, der kan indgå i boet efter den afdøde ejer.

Højesteret fastslår dermed den retstilstand, som alle, der arbejder med successionsrækkefølger, har forudsat, og som mange generationsskifter og testamente hviler på: Den afdøde ejers arvinger har ingen arve- og skifterettigheder over det pågældende successionsaktiv, og aktivet indgår ikke i boopgørelsen og skal ikke værdiansættes mv. i forbindelse med behandlingen af boet. I stedet skal overgangen i successionsrækkefølgen anmeldes til



skifteretten i København af den indtrædende ejer senest tre måneder efter overgangen med henblik på beregning af afgift som følge af overgangen, jf. BGL § 10, stk. 4. Den indtrædende ejer hæfter selv for afgiften, jf. BGL § 20, stk. 4.

Højesteret tager i den aktuelle sag ikke stilling til, om afgift skal beregnes efter bo- og gaveafgiftslovens kapitel om bo-afgift eller efter kapitlet om gaveafgift. Da den indtrædende ejer afleder sin ret fra det overdragelsesdokument, der oprindeligt har fastsat successionsrækkefølgen, jf. ovenfor, må det antages, at afgiften skal berigtiges i overensstemmelse med dette oprindelige overdragelsesdokument, og er dette et testamente, må overgangen anses som arv fra den oprindelige testator, mens der ved overgang i henhold til gavebrev må anses at være tale om en gave fra den oprindelige gavegiver.

Det er ganske tilfredsstillende at have bidraget til retshistorien.

A/B-model • forlods udbytteret • optionsbeskatning • andel af selskabsværdi • hurtig afvikling

SKM 2021.446 SR: A ejede holdingselskabet H, der blandt andet via et datterselskab ejede ejendomme, der koncerninternt blev udlejet til hotel- og restaurationsvirksomhed i et andet datterselskab samt til personale, der som følge af vagtskema ikke

kunne transportere sig hjem og efterfølgende retur til mødetid. A ønskede at gennemføre et generationskifte til sine to sønner B1 og B2. Som led i generationskiftet ville A opdele kapitalen i H i 1% bestemmende A-aktier med en forlods udbytteret og 99% stemmeløse B-aktier med efterstillet udbytteret. Herefter ville A ombytte samtlige aktier til et nystiftet holdingselskab, som efterfølgende skulle spaltes i to nye holdingselskaber, H1 og H2, der hver for sig skulle modtage henholdsvis A-kapitalen og B-kapitalen. Herefter skulle A-aktierne forlods udbytteret indfries ved udlodning til H1, inden aktierne i H2 (med B-kapitalen i H) skulle overdrages med succession til B1 og B2.

Skatterådet bekræftede, at de internt udlejede ejendomme til hotel- og restaurationsdrift samt til personaleboliger til denne drift skulle anses som aktiv kapital ved vurderingen af successionsbetingelserne i ABL § 34. Da ejendommene alle var erhvervet inden for en kortere årrække, og da ombygningsudgifter mv. i samme periode udgjorde mere end halvdelen af den samlede regnskabsmæssige værdi af ejendommene, fandt Skatterådet, at den regnskabsmæssige værdi kunne anvendes som handelsværdi både ved pengetanksberegningen og ved gaveoverdragelsen.

Skatterådet fandt endvidere, efter en samlet konkret vurdering, at der ikke skulle beregnes optionsværdi på B-aktierne. Der

blev herved lagt vægt på, at A-kapitalens forlods udbytteret udgjorde mindre end 30% af selskabets regnskabsmæssige egenkapital, og at udbytteretten ville blive indfriet ved udbytteudlodning umiddelbart i forbindelse med omstruktureringen og generationskiftet.

Kommentar

Afgørelsen er rigtig og rummer flere interessante aspekter.

Det kan noteres, at udlejning til personaleboliger ikke anses som passiv kapitalanbringelse, når udlejningen er specifikt begrundet i, at personalet har behov for overnatning som følge af de fastlagte vagtskemaer, og at udlejningen derfor er begrundet i selskabets driftsmæssige interesse. Dette er et velbegrundet resultat af en konkret vurdering, men ikke som sådan med en nærmere principiel betydning.

Derimod illustrerer afgørelsen et relevant aspekt ved overvejelserne om optionsbeskatning af A/B-modeller. Som omtalt i Gen-Om 2-2021 trådte styresignalet om optionsbeskatning af A/B-modeller i kraft med virkning for overdragelser fra og med den 28. februar 2021, jf. SKM 2020.348. Essensen af styresignalet er, at der ved den skattemæssige værdiansættelse af B-kapitalen i en A/B-model skal tages hensyn til en optionsværdi, der antages at knytte sig til B-kapitalen, fordi A-kapitalens forlods udbytteret normalt vil bære den væsentligste tabsrisiko, og da den normalt værdisvage B-kapital derfor har en *asymmetrisk gevinstmulighed* i forhold til dens tabsrisiko. Styresignalet antager, at der eksisterer en optionsværdi, uanset om A-kapitalens forlods udbytteret indekseres med markedsrettet indekseringsrente.

Som uddybet i Gen-Om 7-2019 og 9-2020 hviler styresignalet på et tvivlsomt hjemmelgrundlag og rummer både fejlantagelser og -slutninger, der vil blive udfordret allerede ved verserende klagesager, men indtil videre udgør styresignalet administrativ praksis, som det er nødvendigt at indrette sig efter ved den praktiske forberedelse og den juridiske gennemførelse af A/B-modeller ved generationskifte. Det praktiske problem med styresignalet er imidlertid, at det ikke indeholder konkrete anvisninger til den skattemæssige værdiansættelse. Styresignalet påbyder blot, at B-kapitalen skal tilskrives en optionsværdi ved anvendelse af "klassisk optionsteori", der anvendes til værdiansættelse af tegningsretter mv. De "klassiske" modeller omfatter Black-Scholes-modellen og Binomial-modellen samt Ligningsrådets

formel i TfS 1995.197 og TfS 1995.242. Man må derfor "plukke" i disse modeller for at fastslå de lighedstræk, der skal afgøre modelvalget i en konkret sammenhæng.

Den aktuelle sag angår B-kapital, der "fødes" med en efterstillet udbytteret, men som på gavetidspunktet er ligestillet med A-kapitalen, fordi dennes forlods udbytteret forinden er indfriet ved udlodning. Ifølge tankegangen i Skats styresignal er B-kapitalen i dette tilfælde født med en optionsværdi som følge af asymmetrisk gevinstmulighed, men afgørelsen fastslår altså, at denne optionsværdi bortfalder ved udlodningen af den forlods udbytteret.

Dette resultat fremstår umiddelbart naturligt og selvfølgelig. Imidlertid er den centrale kerne, at B-kapitalens *gevinstmulighed* grundlæggende er den samme før og efter indfrielsen af den forlods udbytteret. Forskellen er blot, at *asymmetrien* forsvinder.

Dermed illustrerer afgørelsen det grundlæggende spørgsmål, om der virkelig er hjemmel til at beskatte asymmetri? Hvis B-kapitalens gevinstmulighed er den samme før og efter indfrielsen af den forlods udbytteret, kan asymmetri så i sig selv begrunde beskatning?

Svaret på dette spørgsmål må være et nej. Man kan ikke beskatte asymmetri. Der er ikke hjemmel til at beskatte asymmetri. Man kan kun beskatte en faktisk værdi - og i øvrigt kun forudsat at der er hjemmel, jf. Gen-Om 7-2019 og 9-2020 om hjemmelsbegrænsningerne i bo- og gaveafgiftsloven. Og ligesom der ikke er nogen særskilt optionsværdi for B-kapitalen, når den forlods udbytteret er indfriet, er der heller ikke nogen optionsværdi for B-kapitalen, hvis den forlods udbytteret

Nyhedsbrevet indeholder omtale af udvalgte afgørelser med relevante rådgivningsmæssige aspekter. Vi modtager altid gerne interessante afgørelser til kommentering mv.

forrentes/indekseres på markedsmæssige vilkår. B-kapitalens gevinstmulighed er den samme, om den forlods udbytteret indekseres markedsmæssigt eller indfries med markedsmæssigt forrentet lån.

Dermed illustrerer den aktuelle sag på subtil vis den helt grundlæggende logiske brist i Skats bestræbelser på at beskatte optionsværdi. Der kan selvfølgelig opgøres en optionsværdi, hvis den forlods udbytteret er indekseret på ikke-markedsmæssige vilkår, og denne værdi kan så, afhængig af hjemmelsgrundlag, beskattes, men der kan ikke opgøres en optionsværdi, hvis indekseringen er på markedsvilkår, og derfor er der i disse tilfælde intet at beskatte.

Derfor illustrerer sagen yderligere, at det formentlig er asymmetrien i A/B-modellen, der har katalyseret Skats bestræbelser på at udvikle en argumentation for beskatning, og at man tilsyneladende har stirret sig blind på asymmetrien og derfor har overset behovet for at analysere på, hvornår der overhovedet eksisterer en optionsværdi.

Afgørelsen giver tillige anledning til at pege på, at også vilkårene for indfrielse af A-kapitalens forlods udbytteret har betydning. Det er selvfølgelig umiddelbart banalt i den aktuelle sag, at den forlods udbytteret ikke afføder nogen optionsværdi på B-kapitalen, fordi den er indfriet inden overdragelsen af B-kapitalen. Men hvad

hvis den i stedet var blevet indfriet dagen efter overdragelsen? Ja, så ville den jo ifølge Skats tankesæt afføde en værdi, men selv Skats tankesæt vil formentlig føre til, at den forlods udbytteret ikke kan afføde en optionsværdi, der rækker længere end til det tidspunkt, hvor asymmetrien ophører. Og hvis det på overdragelsestidspunktet var kendt, at asymmetrien ville ophøre dagen efter overdragelsen, ville optionsværdien være grænsende til 0.

Dette tankespor leder naturligt hen til, at man må overveje, hvilken betydning det skal have for overvejelserne om en optionsværdi, at A-kapitalen suverænt kan bestemme, hvornår den forlods udbytteret skal indfries, så asymmetrien ophører? Er der i det hele taget nogen optionsværdi, hvis A-kapitalen selv kan beslutte indfrielsestidspunktet, så B-kapitalen derfor ikke kan påregne nogen værdi? A-kapitalens ret til vilkårligt at beslutte indfrielse synes nødvendigvis at måtte sidestilles med en långivers ret til at kræve indfrielse på anfordring. Og da anfordringsvilkåret i låneforhold netop indebærer, at lånet teknisk set anses som kontant betaling og derfor ikke rummer nogen kapitaliserbar kursfordel, må samme ræsonnement overføres til A/B-modellen. Også af denne grund hviler tanken om optionsbeskatning i A/B-modeller på et sårbart grundlag.

Den aktuelle afgørelse udgør ikke det sidste kapitel om disse problemstillinger.

Har du spørgsmål til nyhedsbrevet, er du velkommen til at kontakte en af vores specialister på området. Du kan også rette henvendelse til din sædvanlige kontaktperson hos Bech-Bruun.



Michael Serup
Partner
T +45 72 27 33 02
E mcs@bechbruun.com



Lisbeth Povlsen
Managing associate
T +45 72 27 36 43
E lpo@bechbruun.com



Maj-Britt Gamborg Johansen
Senioradvokat
T +45 72 27 35 17
E mbjo@bechbruun.com



Björn Brügger
Senioradvokat
T +45 72 27 33 60
E bjb@bechbruun.com



Niklas Dyreborg Henriksen
Advokat
T +45 72 27 35 21
E ndh@bechbruun.com



Christian Løvgren
Advokat
T +45 72 27 36 52
E chls@bechbruun.com