

Udskriftsdato: 10. januar 2026

KEN nr 9754 af 15/06/2010 (Gældende)

Landsskatteretskendelse vedr. fradrag for advokat- og revisoromkostninger – avance ved salg af aktier mellem koncernforbundne selskaber

Ministerium: Skatteministeriet

Journalnummer: Skattemin.
Landsskatteretten, j. nr. 08-03095

Landsskatteretskendelse vedr. fradrag for advokat- og revisoromkostninger – avance ved salg af aktier mellem koncernforbundne selskaber

Resumé

Et moderselskab i en større koncern købte aktier i et svensk selskab. Aktierne blev videreoverdraget til et datterselskab. Datterselskabet refunderede ved købet moderselskabets renteudgifter i relation til erhvervelsen. Moderselskabet havde afholdt udgifterne i forbindelse med rådgivning i relation til erhvervelsen, og viderefakturerede disse til datterselskabet. Aktierne blev anset for anskaffet af moderselskabet, som blev anset for skattepligtig af avancen ved videreoverdragelsen. Moderselskabets renteudgifter fandtes ikke at have karakter af renteudgifter for datterselskabet. Refusionen blev derfor anset for skattefrit udbytte til moderselskabet. Efter en konkret vurdering fandtes transaktionen reelt at være foretaget med det endelige formål, at datterselskabet skulle være endelig ejer af de erhvervede aktier. Datterselskabet fandtes derfor at være rette omkostningsbærer, hvorfor viderefaktureringen af rådgivningsudgifterne var sket med rette.

Klagen skyldes, at fradrag for udgifter til bindende forhåndsbesked ikke er godkendt, samt at avance ved køb af aktier m.v. er forhøjet med refunderede renter og købsomkostninger, mens indkomsten er nedsat med indtægtsførte renter og fradrag for advokat- og revisorudgifter.

Landsskatterettens afgørelse

Skattepligtig indkomst/sambeskatningsindkomst

SKAT har nedsat indkomsten med refunderede advokat- og revisorudgifter i forbindelse med køb af aktier m.v. i G1 Holding AB til 7.140.990 kr.

Landsskatteretten forhøjer indkomsten med 7.140.990 kr.

SKAT har ansat avance ved salg af aktier m.v. i G1 Holding AB til 36.355.471 kr., selvangivet med 16.710.097 kr.

Landsskatteretten ansætter avance til 17.172.689 kr.

Sambeskatningsindkomst

SKAT har vedrørende datterselskabet H2 A/S foretaget forhøjelse vedrørende køb af aktier m.v. i G1 Holding AB på 46.005.906 kr.

Landsskatteretten nedsætter forhøjelsen vedrørende køb af aktier m.v. i G1 Holding AB med 19.182.752 kr., jf. samtidig hermed truffet afgørelse for H2 A/S.

Generelle oplysninger

Selskabet, H1, er moderselskab i en international koncern. Selskabets aktivitet består af stabsfunktioner vedrørende investorrelationer, koncernkommunikation, strategi og udvikling, koncernregnskabs- og skatteforhold, intern revision, finansielle forhold, koncernøkonomi, koncernpersonaleforhold, juridiske forhold, internationale relationer og holdingaktiviteter.

Sagens oplysninger

I perioden 1. oktober til 15. november 2004 købte selskabet 99,2 % af aktiekapitalen i det børsnoterede svenske selskab G1 Holding AB. Købesummen for de købte ejerandele udgjorde 5.489.450.169 SEK.

Der er fremlagt en direktionsindstilling af 23. august 2004 fra H3 vedrørende købet af G1 Holding AB, hvoraf blandt andet fremgår:

»(...) Operations outside Denmark will after acquisition and reorganisations be run on an arms length basis in an independent unit (division or subsidiary) under H3. (...)«

Der er endvidere fremlagt et notat af 2. september 2004 til bestyrelsen fra FK, H2 A/S, hvori der blandt andet redegøres for H4 (ifølge selskabet en division af H2 A/S) foreslåede opkøb af G1 Holding AB – herunder de derved mulige synergieffekter. I notatet indstilles det, at bestyrelsen bemyndiger H2 A/S til at fortsætte/indlede forhandlinger om mulige akquisitioner af blandt andet G1 Holding AB.

Af selskabets fondsbørsmeddelelse af 14. september 2004 fremgår:

»(...) København – H1 A/S (»H1«) har besluttet at fremsætte et anbefalet offentligt købstilbud (»Købstilbuddet«) på G1 Holding AB (»G1«), den førende, alternative, nordiske X-udbyder. Kombinationen af H2 A/S og G1 skaber en betydende, nordisk infrastruktur-baseret leverandør af X-løsninger til erhvervs-markedet. H1 påregner at opnå løbende årlige omkostningssynergier på ca. DKK 0,2 mia., når G1 er integreret i H1.

(...)

G1 vil blive konsolideret ind i H1's 100 pct. ejede datterselskab, H2 A/S, efter gennemførelse af Købstilbuddet.

(...)

H1 vil ikke udstede nye aktier i forbindelse med Købstilbuddet. H1-aktier der tilbydes som modydelse vil blive taget fra H1's nuværende beholdning af egne aktier. De H1-aktier, der bruges i Købstilbuddet, blev hovedsageligt købt i juni 2004, fra den daværende kontrollerende aktionær i H1, G2, til en kurs på 188,50. H1's beholdning af egne aktier vil blive reduceret med op til 15,0 mio. aktier, såfremt samtlige af G1's nuværende aktionærer vælger at acceptere Købstilbuddet med modydelse i H1-aktier. I sådan et tilfælde ville H1 fastholde ejerskab over 3,1 pct. af H1's samlede aktiekapital.«

Efter et konkurrerende tilbud fra G3 AB af 22. september 2004 fremsatte selskabet et nyt tilbud den 8. oktober 2004.

Den 27. oktober 2004 forhøjede selskabet sit bud til 95 SEK pr. aktie og 243,59 SEK pr. nominelt 100 SEK konvertible obligationer. Dette blev den endelige pris ved købene, jf. ovenfor.

Selskabets repræsentant har forklaret, at selvom det var forudsat, at H2 A/S skulle overtage aktierne i G1 Holding AB, blev tilbuddet fremsat i selskabets navn, blandt andet fordi tilbuddet indeholdt en mulighed for, at G1-aktierne blev betalt med selskabets beholdning af egne aktier. Endvidere ville det være usædvanligt og potentielt forvirrende for markedet, hvis det børsnoterede H1 A/S lod et i international sammenhæng ukendt datterselskab stå som den forpligtede afgiver af købstilbuddet.

Ved aktieroverdragelsesaftale af 10. december 2004 har selskabet overdraget aktierne m.v. i G1 Holding AB til H2 A/S. Af aftalen fremgår:

»(...)»

1.1. Sælger har via et offentligt overtagelsestilbud af den 28. september 2004, og revideret den 27. oktober 2004 (»Overtagelsestilbuddet«) samt via køb i markedet erhvervet i alt 52.149.770 ordinære aktier á nom. SEK 5 og 3.322.309 præference aktier á nom. SEK 5 (tilsammen »Aktierne«) og 89.762.227 konvertible obligationer 2002/2007 (»Obligationerne« og sammen med Aktierne »Værdipapirerne«) i G1 Holding AB (»G1«).

1.2. Køber er et af Sælger 100 % ejet og kontrolleret datterselskab.

1.3. G1's forretning henhører i H1-koncernen under Købers forretningsområde, og det er derfor aftalt, at Køber erhverver Værdipapirerne fra Sælger med virkning fra Sælgers oprindelige erhvervelse af Værdipapirerne.

2. OVERDRAGELSENS GENSTAND

2.1. Sælger overdrager til Køber og Køber erhverver fra Sælger alle Værdipapirerne.

2.2. Overdragelsen af det enkelte Værdipapirer sker med virkning fra den dag Sælger har erhvervet det enkelte Værdipapirer (»overtagelsesdagen«).

2.3. Sælger foranlediger på Parternes vegne gennemført fornødne anmeldelser og registreringer af overdragelsen af Værdipapirerne, herunder at Værdipapirerne flyttes fra Sælgers til Købers svenske VP-konto senest den 13. december, 2004.

3. KØBESUMMEN OG KØBESUMMENS ERLÆGGELSE

3.1. Købesummen udgør:

I. SEK 95 pr. Aktie i G1 á nom. SEK 5

II. SEK 243,59 pr. Obligation á nom. SEK 100,

således at den samlede købesum for Værdipapirerne (»købesummen«) udgør SEK 5.489.450.169 (skriver svenske kroner femmilliarder firehunderedeniogfirsmillioner firehundredehalvtredstusinde ethunderedeniogtres)

3.2. Købesummen erlægges af Køber i form af udstedelse af et gældsbrev på den fulde Købesum udstedt til Sælger. Gældsbrevet er vedhæftet som bilag 1 til denne aftale.

3.3 I tillæg til Købesummen refunderer Køber til Sælger (I) renter svarende til Sælgers renteudgift til finansiering af købet af Værdipapirerne i perioden fra Overtagelsesdagen på de enkelte Værdipapirer til datoen for nærværende overdragelsesaftale og (II) de af Sælger i erhvervelsen af Værdipapirerne, herunder fremsættelsen af Overtagelsestilbuddet, afholdte eksterne omkostninger til rådgivere o.a. Sælger fremlægger snarest muligt efter denne aftales indgåelse opgørelse over disse omkostninger.

4. ØVRIGE VILKÅR

4.1. Værdipapirerne overdrages fri for tredjemands rettigheder og med vedhængende ret til udbytte og andre betalinger. I øvrigt overdrages Værdipapirerne som de er og forefindes, således at Sælger ikke afgiver nogen former for indeståelser, garantier, erklæringer eller i øvrigt påtager sig yderligere forpligtelser i anledning af overdragelsen overfor Køber.

4.2. Køber overtager i det indbyrdes forhold mellem Køber og Sælger, som et led i overdragelsen og uden særlig kompensation herfor, samtlige Sælgers forpligtelser og rettigheder i henhold til (I) Overtagelsestilbuddet og dertil hørende lovgivning, regulering m.v. og (II) aftaler indgået af Sælger med tidligere ejere af Værdipapirerne i forbindelse med Overtagelsestilbuddet, herunder »undertakings« og »letter agreements« indgået med en række aktionærer i G1. Køber er således forpligtet til at skadesløsholde Sælger for ethvert krav, som måtte blive rejst mod Sælger i henhold til foranstående, ligesom Køber er berettiget til, enten selv eller ved Sælgers mellemkomst, at håndhæve samtlige sådanne rettigheder.

(...)«

H2 A/S har i overensstemmelse med aftalen refunderet selskabet de af selskabet afholdte udgifter i forbindelse med købet, i alt 33.964.144 kr., der ifølge SKATs sagsfremstilling kan specificeres således:

Advokatbistand	6.587.990 kr.
Revisorbistand	553.000 kr.
Finansiel rådgiver	25.957.290 kr.
VPC (svensk værdipapircentral)	329.194 kr.
Finansiel rådgiver i Sverige	82.070 kr.
Diverse konsulentassistance	254.421 kr.
Grafisk arbejde prospekt m.v.	46.455 kr.
Generalomkostninger, rejser m.v.	153.724 kr.
I alt	33.964.144 kr.

H2 A/S har endvidere refunderet selskabet de renteudgifter, selskabet havde afholdt ved mellemfinansiering af købesummen, opgjort til 12.041.762 kr.

Selskabet har opgjort en skattemæssig avance ved salg af de pågældende aktier m.v. på 16.710.097 kr., beregnet således:

Salgssum (5.489.450.169 SEK á kurs 0,8244)	4.525.502.719 kr.
Anskaffelsessum (5.489.450.169 SEK á kurs 0,8214)	4.508.792.623 kr.
Avance	16.710.097 kr.

Salgssummen er kursomregnet til Nationalbankens spotkurs på svenske kroner den 10. december 2004.

Købesummen er kursomregnet på baggrund af en gennemsnitskurs på 0,8214, der fremkommer som et gennemsnit af de faktiske kurser selskabet har anvendt ved de faktiske betalinger for aktierne m.v.

Selskabet har ved selvangivelsen indtægtsført renteudgifter med 12.041.762 kr., men ikke foretaget fradrag for rådgiverudgifterne på i alt 33.964.144 kr., idet disse omkostninger er viderefaktureret til H2 A/S.

Der er fremlagt et uunderskrevet, udateret notat, der ifølge selskabets repræsentant er udarbejdet af selskabets bogholderiafdeling til brug for skattesagen, hvoraf fremgår:

»NOTAT

Vedr. bogføring af betaling for erhvervelse af værdipapirer i G1

Generelt:

H2 havde ikke selv bankkonti. I stedet blev en forrentet mellemregning med H1 benyttet til alle likvide transaktioner. Rentetilskrivningen skete ud fra en dag-til-dag rentesats.

Køb af værdipapirer i G1:

H1 købte i 4. kvartal 2004 G1-værdipapirer fordelt over mange afregninger. Betalingerne blev afregnet af H1, og blev herefter månedsvist debiteret den forrentede mellemregning med H2, dvs. oktober måneds køb blev belastet mellemregningen pr. 1. november etc.

H2's erhvervelse af værdipapirer blev formaliseret ved aftale af 10. december 2004. Det blev i den forbindelse præciseret, at rentesatsen skulle være H1's finansieringsrente, som var 2,145 %. Det betød samlet set en lidt højere rentebetaling for H2. Tilbageførslen af renten på mellemregningskontoen og debiteringen af finansieringsrenten er vist i vedhæftede.«

Endvidere er fremlagt et notat af 18. maj 2010 udarbejdet af Senior Tax Manager JM, der beskriver sammenhængen på mellemregningskontoen mellem H2 A/S og selskabet vedrørende købet af aktierne i G1 Holding AB.

Det er desuden oplyst, at den opgjorte avance som følge af de faktiske betalinger i forbindelse med valutakursomregninger rettelig udgør 17.172.689 kr.

SKAT Center for Store Selskabers afgørelse

Avance ved selskabets salg af aktier m.v. i G1 Holding AB er forhøjet til 36.355.471 kr., idet salgssummen er forhøjet med refunderede renter, 12.041.762 kr., og refunderede købsomkostninger, 33.964.144 kr., og købesummen er forhøjet med afholdte øvrige rådgivningsomkostninger, 26.823.124 kr. Indkomsten er nedsat med renteindtægter på 12.041.762 kr. samt refunderede advokat- og revisorudgifter på 7.140.990 kr.

Ved aktieoverdragelsesaftale dateret og underskrevet 10. december 2004 solgte selskabet samtlige de erhvervede aktier og konvertible obligationer i G1 Holding AB til datterselskabet H2 A/S. Købesummen udgjorde 5.489.450.169 SEK, jf. aftalens pkt. 3.1.

I tillæg til købesummen (jf. overdragelsesaftalens pkt. 3.3.) skulle køber refundere sælger:

(i) renter svarende til sælgers renteudgift til finansiering af købet af aktier og konvertible obligationer i perioden fra overtagelsesdagen på de enkelte aktier og konvertible obligationer til datoen for overdragelsen til H2 A/S den 10. december 2004. Renterne er af selskabet opgjort til 12.041.762 kr. Beløbet er indtægtsført ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst som renteindtægter.

(ii) de af sælger i erhvervelsen af aktier og konvertible obligationer, herunder fremsættelsen af overtagelsestilbuddet, afholdte omkostninger til rådgivere o.a. Rådgiveromkostningerne er af selskabet opgjort til 33.964.144 kr. Beløbet er efter selskabets oplysninger viderefaktureret til H2 A/S og er ikke fratrullet ved opgørelsen af skattepligtig indkomst.

Det er reelt og formelt selskabet, der har købt aktierne m.v. i G1 Holding AB. Selskabet har derefter videresolgt aktierne m.v. til H2 A/S den 10. december 2004. Det forhold, at salgsprisen er fastsat, dels til det beløb selskabet har betalt for aktierne m.v., og dels til de udgifter selskabet har haft i forbindelse med gennemførelse af aktiekøbene (finansieringsrenter og rådgiverudgifter), afspejler markedsprisen på aktierne den 10. december 2004.

Refusion af renter

Der er ikke tale om renteindtægter for selskabet. Det omhandlede beløb udgør ikke et sædvanligt periodisk vederlag til kreditor, beregnet som en bestemt procentdel af den til enhver tid værende restgæld for at stille kapital til rådighed, jf. ligningsvejledningen afsnit A.D.1, hvilket er en betingelse for at anse beløbet for en renteindtægt. Selskabet kan således efter det oplyste ikke anses at have et tilgodehavende hos H2 A/S forinden overdragelsen af aktier og konvertible obligationer den 10. december 2004. Beløbet anses i stedet at være en merbetaling for de solgte aktier og konvertible obligationer i G1 Holding AB.

Idet selskabet har indtægtsført beløbet nedsættes selskabets indkomstansættelse for indkomståret 2004 med de til selskabet refunderede renter, 12.041.762 kr. Beløbet tillægges aktiernes salgssum, jf. nedenfor.

Refusion af rådgiveromkostninger

Der anses ikke at være opstået en forpligtelse for H2 A/S til betaling af rådgiveromkostninger. Det forhold, at det ved videreoverdragelsen af aktier og konvertible obligationer den 10. december 2004 blev aftalt, at H2 A/S skulle betale et beløb svarende til de af selskabet afholdte udgifter til rådgivere anses derfor at være en merbetaling for de solgte aktier og konvertible obligationer i G1 Holding AB.

Den skattemæssige salgssum for aktier og konvertible obligationer i G1 Holding AB tillægges 33.964.144 kr., jf. nedenfor.

Afholdte rådgiveromkostninger

Selskabet har afholdt rådgiveromkostninger med i alt 33.964.144 kr. i forbindelse med købet af aktier og konvertible obligationer i G1 Holding AB. Heraf udgør advokat- og revisorudgifter 7.140.990 kr. De øvrige omkostninger på i alt 26.823.124 kr. vedrører honorar til finansielle rådgivere m.v.

Selskabet har oplyst, at de afholdte udgifter ikke er fratrullet ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst.

De af selskabet afholdte revisor- og advokatombkostninger kan fratrækkes ved opgørelsen af skattepligtig indkomst, jf. ligningslovens § 8J, stk. 1. Selskabets indkomstansættelse for indkomståret 2004 nedsættes derfor med 7.140.990 kr.

De øvrige rådgiveromkostninger på 26.823.124 kr. kan tillægges anskaffelssummen for de erhvervede aktier og konvertible obligationer i G1 Holding AB.

Aktieavance ved salg af aktier og konvertible obligationer i G1 Holding AB

På baggrund af ovenstående, samt under hensyntagen til selskabets oplysninger om, at den faktiske anskaffelsessum for aktier og konvertible obligationer i G1 Holding AB (faktiske betalinger i perioden 1. oktober til 15. november 2004) udgjorde 4.508.330.030 kr., kan der opgøres følgende avance ved salget af aktier og konvertible obligationer i G1 Holding AB:

Salgssum (som selvangivet)	4.525.502.719 kr.
Yderligere salgssum (refusion af renter)	12.041.762 kr.
Yderligere salgssum (refusion rådgiveromkostninger)	33.964.144 kr.
Salgssum i alt	4.571.508.625 kr.
Købesum	4.508.330.030 kr.
Fradrag for rådgiveromkostninger	-26.823.124 kr.
Avance ved salg af aktier i G1 Holding AB	36.355.471 kr.

Købesummen er ansat til 4.508.330.030 kr., svarende til de faktiske betalinger for aktierne m.v. omregnet til danske kroner.

Selskabets påstand og argumenter

Selskabets repræsentant har nedlagt principal påstand om, at avance ved salg af aktier m.v. i G1 Holding AB nedsættes med i alt 46.005.906 kr.

Selskabets repræsentant har nedlagt subsidiær påstand om, at avance ved salg af aktier m.v. i G1 Holding AB nedsættes med i alt 36.355.471 kr., mens indkomsten forhøjes med renteindtægter på 12.041.762 kr. og refunderede advokat- og revisorudgifter på 7.140.990 kr.

Principal påstand

Hvis betalingen af renter og omkostninger fra H2 A/S' side ikke var berettiget, er der ikke grundlag for at omkvalificere betalingen til at være yderligere købesum. Hvis H2 A/S som følge af en retlig vildfarelse om reglerne om rette omkostningsbærere har betalt et beløb, som selskabet burde have afholdt, er der tale om en skattefri udlodning til selskabet. Det er SKAT, der bærer bevisbyrden for, at værdien af selve værdipapirerne var højere end aftalt af parterne, og denne bevisbyrde er end ikke forsøgt løftet af SKAT.

Der henvises til SKM2001.371.LSR (TfS 2001.770) og SKM2002.23.LSR (TfS 2002.153) samt forarbejderne til ligningslovens § 2, LLF 1998-06-02 101.

Subsidiær påstand

H2 A/S' betaling til selskabet var berettiget, fordi der var en aftale herom, og fordi det under alle omstændigheder følger af principperne om rette omkostningsbærere, at H2 A/S skulle bære de omkostninger, som selskabet havde afholdt for at anskaffe aktier, som var tiltænkt og blev erhvervet af H2 A/S.

H2 var rette udgiftsbærer

Det gøres først og fremmest gældende, at aftalen af 10. december alene var en bekræftelse af en bindende forståelse mellem selskabet og H2 A/S, som havde eksisteret allerede på tidspunktet for selskabets erhvervelse af aktierne. Der henvises til direktionsindstilling af 23. august 2004 og selskabets fondsbørsmeddelelse af 14. september 2004, som tydeligt viser parternes forståelse, og til det forhold, at købesummen fra begyndelsen debiteredes H2 A/S. Derfor skal aftalen også skatteretligt lægges til grund.

Det bestrides i øvrigt, at det ikke er muligt også med skattemæssig virkning at overdrage aktiver med tilbagevirkende kraft. Der henvises til SKM2008.579.LSR (TfS 2008.974), hvor der var tale om investorer

i et kommanditselskab, som ved aftale af 28. december 2006 havde købt andele i en engelsk ejendom med virkning fra 1. januar 2006, således at investorerne anså sig berettigede til at fradrage et underskud i ejendommen opstået i perioden fra den 1. januar 2006. Landsskatteretten tilsidesatte ikke investorenes overtagelse med tilbagevirkende kraft, og omkvalificerede således ikke overtagelsen af et underskud til yderligere købesum. Tværtimod anvendte Landsskatteretten parternes aftale om aftalens tilbagevirkende kraft som begrundelse for at nægte investorerne at lægge en forøget købesum til grund.

Det kan ikke være rigtigt, at spørgsmålet om, hvorvidt en aftale kan tillægges tilbagevirkende kraft, skal afhænge af skattemyndighedernes forgodtbefindende. Enten må der være ret og pligt til at nægte aftaler med tilbagevirkende kraft i skattemæssig henseende, eller også må der være ret og pligt til at lægge sådanne aftaler til grund.

Der er imidlertid slet ikke behov for at overveje aftaleforholdet mellem selskabet og H2 A/S, da det afgørende er, at H2 A/S' refusion af selskabets renteudgifter og omkostninger under alle omstændigheder var berettiget i skattemæssig henseende, allerede fordi H2 A/S var rette udgiftsbærer, når man tager omstændighederne ved erhvervelsen og koncernforbindelsen mellem H2A/S og selskabet i betragtning.

Det er nemlig således, at omkostninger, som afholdes i en koncern, i skattemæssig henseende skal henføres til det selskab, som drager fordel af omkostningen, uanset om der foreligger en formel aftale om, at det pågældende koncernselskab skal bære en sådan omkostning.

Der henvises her til SKM2007.153.HR (TfS 2007.288), hvor en hovedaktionær blev udlodningsbeskattet, fordi hans selskab havde opført et hus til hovedaktionærens private brug på en sådan måde, at omkostningerne langt oversteg markedsværdien af det færdige hus, og således at aktionærens hustru senere overtog huset til markedsværdien.

I overensstemmelse hermed var H2 A/S blevet tilskudsbeskattet, hvis selskabet havde indkøbt værdipapirerne og overdraget dem til H2 A/S, uden at lade H2 A/S afholde omkostningerne ved erhvervelsen. Man ville i en sådan situation givetvis have lagt vægt på:

- at fondsbørsmeddelelsen og de interne overvejelser klart dokumenterede, at hensigten var at videreoverdrage værdipapirerne til H2 A/S,
- at dette også skete i umiddelbar tilknytning til selskabets køb af værdipapirerne,
- at selskabet ikke i den korte besiddelsesperiode og under hensyn til koncernforbindelsen med H2 A/S bar nogen reel risiko ved erhvervelsen,
- og at selskabet – modsat H2 A/S – kunne udnytte det fremførbare underskud på aktier ejet i under tre år, som ville fremkomme, hvis selskabet selv bar tabet ved at videresælge værdipapirerne uden at få refunderet rådgiveromkostningerne. Dette tab ville bestå i rådgiveromkostninger m.v., som ikke efter ligningslovens § 8 J kunne fradrages direkte, men som netop skal tillægges anskaffessummen.

Det følger derfor, at det var helt berettiget, jf. ligningslovens § 2, at H2 A/S refunderede selskabets omkostninger for at undgå denne tilskudsbeskatning.

Som det tydeligt fremgår af aftalen af 10. december 2004, har parterne netop aftalt, at H2 A/S overtog værdipapirerne til samme pris, som selskabet selv havde betalt for dem og derudover refunderede selskabets omkostninger.

Parterne har ikke aftalt at øge selve købesummen for værdipapirerne.

Der er ikke hjemmel til at omkvalificere omkostningsrefusionen til købesum, med mindre man lægger til grund, at værdipapirerne (tilfældigvis) var steget tilsvarende i værdi, jf. om værdiansættelse og bevisbyrden neden for.

At selskabets omkostninger ved erhvervelsen ikke skal dækkes ved at forøge købesummen, så den overstiger markedsværdien, følger af Højesterets præmisser i SKM2007.153.HR, hvori det præciseredes, at det strider mod ligningslovens § 2 at kræve, at interesseforbundne parter handler til andet end markedsprisen, men at der på den anden side naturligvis er hjemmel i ligningslovens § 2 til ved skatteansættelsen

at forlange, at en interesseforbunden part kræver udgifter godtgjort, som er afholdt i en anden parts interesse.

Og det gælder altså også i den særlige situation – netop som i selskabets tilfælde – hvor udgifterne afholdes på den måde, at de afholdes i tilknytning til et aktiv, som skatteyderen ganske vist selv ejer eller erhverver, men uden at disse udgifter giver sig udslag i en værdiforøgelse af aktivet, hvorefter skatteyderen straks efter, og med en forudgående plan herom, videresælger aktivet til den interesseforbundne part, som skal begunstiges. Det er jo helt åbenbart, at H2 A/S ville blive begunstiget, hvis selskabet gennemførte det omkostningskrævende offentlige opkøb af aktierne, for så derefter straks og som følge af en forudgående plan, videresolgte værdipapirerne til H2 A/S til markedsværdien. Herved ville H2 A/S fritages for at afholde de omkostninger, som burde påhvile H2 A/S i forholdet mellem selskabet og H2 A/S.

Højesterets præmisser er ikke tilfældige, men skal ses som et svar på skatteyderens procedure, idet denne jo havde henvist til, at der ikke efter ligningslovens § 2 kunne kræves fikseret en pris for ejendommen, som oversteg ejendommens markedspris.

Det er således med rette, at selskabet og H2 A/S har aftalt en omkostningsrefusion og ikke har aftalt en kunstigt opskruet købesum for værdipapirerne. Der er derfor heller ikke hjemmel for SKAT til at omkvalificere omkostningsrefusionen til en kunstigt opskruet købesum.

Der henvises endvidere til SKM2009.562.HR.

Værdiansættelse af aktierne – bevisbyrdespørgsmål

Ved at omkvalificere omkostninger og renter til købesummen har SKAT reelt lagt til grund, at værdien af værdipapirerne den 10. december 2004 var 4.571.508.625 kr. og ikke som antaget af selskabet og H2 A/S ved udfærdigelsen af aftalen af 10. december 2004 4.525.402.719 kr.

Havde SKAT været enig med selskabet og H2 A/S i værdien af selve værdipapirerne, måtte man jo betragte refusionen af omkostninger og renter som en overbetaling for værdipapirerne, der skulle beskattes som maskeret udbytte, der i det konkrete tilfælde er skattefrit, jf. selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2. Det bliver derfor af væsentlig betydning at fastlægge, hvem der har bevisbyrden for, at markedsværdien af aktierne var steget i perioden.

For indkomståret 2004 var der endnu ikke efter skattekontrollovens § 3 B pligt til at give særlige oplysninger om rent danske koncerninterne transaktioner. Denne pligt blev først indført ved lov nr. 408 af 1. juni 2005.

Når der ikke foreligger nogen tilsidesættelse af skatteyderens oplysningsforpligtelser, er det SKAT, der bærer bevisbyrden for, at en koncernintern aftalt pris afviger fra markedsprisen, jf. skattekontrollovens § 3 B, stk. 8, jf. § 5, stk. 3, og ligningsvejledningen 2004 pkt. S.I.2.6. Der henvises yderligere til blandt andet TfS 1988.292 H (BP-dommen), Skatteministeriets svar i bilag 6 til L84 (1997/1998), Jan Pedersen: »Transfer Pricing i international skatteretlig belysning«, 1998, side 73, Jacob Bundgaard m.fl.: »Armslængde-princippet & Transfer Pricing«, 2001, side 265 og Peter Bang i SKAT Udland 1999.59.

Det ligger ganske klart, at parterne i aftalen af 10. december 2004 aftalte en købesum på 4.525.502.719 kr. (= 5.489.450.169 SEK) samt en forpligtelse for køber til at refundere omkostninger og renter. Parterne har ikke tilkendegivet, at markedsværdien i stedet var 4.571.508.625 kr. som antaget af SKAT. At parternes fastsættelse af markedsværdien var korrekt understøttes af, at den aftalte købesum svarede til den oprindelige købesum og det korte tidsrum siden selskabets erhvervelse (der ubestrideligt var sket til markedspris). SKAT har jo heller ikke foretaget nogen overvejelser om den rette markedspris den 10. december 2004.

Selv om Landsskatteretten mod selskabets forventning måtte lægge til grund, at H2 A/S ikke var forpligtet til at godtgøre selskabets udgifter ved aktieerhvervelsen, kan denne retsvildfarelse ikke bruges til at

lade som om, at selskabet og H2 A/S har aftalt en anden pris på aktierne, end de faktisk har aftalt, og dermed undvige en bevisbyrde, som klart ligger hos SKAT.

Omkvalifikation af betalingen af renter og omkostninger

Efter ligningslovens § 2 skulle selskabet og H2 A/S ved den koncerninterne transaktion anvende de samme priser og vilkår som uafhængige parter.

Hvis Landsskatteretten lægger til grund, at det ikke følger af denne bestemmelse, at H2 A/S var forpligtet til at refundere selskabets omkostninger, er det således ud fra det synspunkt, at en uafhængig part ikke ville godtgøre selskabets omkostninger og renteudgifter. Der er således tale om et vilkår, som i så fald ikke er på armslængde-basis. Skatteansættelsen skal således korrigeres, så den svarer til de vilkår, en uafhængig part ville aftale.

Den primære korrektion går ud på at udfærdige en skatteansættelse, hvor der ses bort fra vilkåret om, at H2 A/S har godtgjort selskabets udgifter. Den sekundære korrektion består så i at beskatte den betaling, som er gået fra H2 A/S til selskabet, fordi H2 A/S rent faktisk har refunderet selskabets omkostninger og renteudgifter. Denne korrektion medfører imidlertid ingen beskatning, fordi en betaling fra et datterselskab til et moderselskab, som ikke er markeds-mæssigt vederlag for en modydelse, efter fast praksis anses for udbytte, der er skattefrit, jf. selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2, og f.eks. Jan Pedersen m.fl. i Skatteretten 2, 4. udg., s. 400 og J.O. Engholm Jacobsen i Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 256.

Det afgørende bevis for rigtigheden af denne argumentation er, at H2 A/S i den omvendte situation klart ville blive tilskudsbeskattet. Hvis altså H2 A/S og selskabet ikke havde aftalt refusion af omkostninger, og hvis SKAT havde lagt til grund, at den manglende refusion var et vilkår, som stred mod ligningslovens § 2, jf. SKM2007.153.HR, ville SKAT have tilskudsbeskattet H2 A/S med henvisning til ligningslovens § 2. At udgangspunktet nu er vendt om, ændrer ikke på, at der grundlæggende er tale om den samme problemstilling, som skal følge samme regler.

En fordelingskorrektion, altså en korrektion af de priser, som parterne har sat på forskellige elementer i en aftale, er også en korrektion, som er omfattet af ligningslovens § 2, fordi en fordelingskorrektion også indeholder en stillingtagen til de vilkår, parterne har aftalt, herunder bl.a. markedsværdien af aktierne.

Det ville være mærkeligt, hvis en eventuel retlig vildfarelse om rette omkostningsbærer fik den konsekvens, at de sædvanlige retssikkerhedsgarantier i forbindelse med transfer pricing-korrektioner (bevisbyrden hos SKAT og korrektionsadgang efter ligningslovens § 2, stk. 5) pludselig ikke eksisterede.

På retsmødet anførte repræsentanten, at H2 A/S var rette omkostningsbærer allerede ud fra det synspunkt, at overdragelsesaftalen af 10. december 2004 ikke var udtryk for dets erhvervelse af aktier m.v. i G1 Holding AB, men alene en formalisering af, hvad der hele tiden havde været meningen. Selskabet, som fremsatte købstilbud, forpligtede sig formelt udadtil, men det hindrede ikke, at selskabet kunne anses at indgå aftalen på vegne af H2 A/S. Der var også ved hvert køb sket kontering på mellemregningen som anført i det udleverede notat. Mellemregningen blev afviklet, og der var udstedt et gælds-brev i svenske kroner. Den af selskabet selvangivne avance burde derfor rettelig have været anset som en kursgevinst.

Uanset om det imidlertid blev lagt til grund, at værdipapirerne først kunne anses for erhvervet af H2 A/S ved overdragelsesaftalen, og selskabet dermed skulle medregne aktieavance (angående valutakurs-omregning), måtte H2 A/S fortsat anses at være rette omkostningsbærer af rådgiveromkostningerne. Det var således ikke afgørende, hvem der var den aktuelle ejer, men derimod i hvis interesse udgifterne var afholdt. Desuden kunne aktierne ikke sælges for mere end de var værd, jf. SKM2007.153.HR (TfS 2007.288H) samt SKM2009.562.HR (TfS 2009.902 H). For disse omkostninger havde handelstidspunktet derfor mere betydning for begrundelsen end resultatet. H2 A/S kunne i dette tilfælde derimod ikke anses for at have afholdt rentebetalingerne til selskabet som rette omkostningsbærer, da renterne i så fald ikke skulle være betalt.

Såfremt det måtte lægges til grund, at H2 A/S ikke var rette omkostningsbærer vedrørende rådgiveromkostninger og renter til selskabet, ville betalingerne til selskabet være maskeret udbytte og dermed skattefrit for selskabet, jf. selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2, samt SKM2001.371.LSR (TfS 2001.770 LSR) (senere SKM2002.23.LSR (TfS 2002.153 LSR)).

SKATs udtalelse

Selskabet anses som køber af aktierne m.v. i G1 Holding AB og som følge heraf for ejer af disse aktier m.v. i perioden frem til den 10. december 2004, hvor selskabet solgte aktierne til datterselskabet H2 A/S.

Der henvises til aktieoverdragelsesaftalens afsnit 1.1., hvoraf fremgår, at det er selskabet, der har erhvervet aktierne i G1 Holding AB. Der henvises endvidere til aftalens afsnit 2.3. hvoraf fremgår, at selskabet på parternes vegne skal gennemføre de fornødne anmeldelser og registrering af værdipapirerne (G1-aktierne), herunder at værdipapirerne flyttes fra selskabet til H2 A/S' svenske VP-konto.

Som følge af koncernforbindelsen/interessefællesskabet mellem det sælgende selskab og det køvende selskab påhviler der parterne en skærpet bevisbyrde for, at det kan lægges til grund, at det allerede ved selskabets køb af aktierne var aftalt med H2 A/S, at dette selskab skulle erhverve aktierne. Der er intet i det foreliggende materiale, herunder i advokatens bemærkninger i klagen, der kan godtgøre, at selskabet ikke har været ejer af aktierne indtil den 10. december 2004, herunder at selskabet ikke frit har kunnet disponere over aktierne i ejertiden. Direktionsindstillingen af 23. august 2004, notatet af 2. september 2004 og børsmeddelelsen af 14. september 2004 kan alene betragtes som hensigtserklæringer og ikke som juridisk bindende erklæringer.

Selskabet har endvidere selvangivet en avance på 16.710.097 kr. ved salget. Avancen fremkommer som en kursforskel mellem valutakursen på SEK på henholdsvis anskaffelsestidspunktet og salgstidspunktet. Det må således anses for erkendt af selskabet, at dette har været ejer af aktierne i den omhandlede periode.

Det må efter SKATs opfattelse således lægges til grund, at selskabet har ejet aktierne og var rette omkostningsbærer af de afholdte omkostninger. Betalingerne fra H2 A/S til selskabet udgør dermed en merpris for aktierne.

Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

Det må på baggrund af sagens oplysninger lægges til grund, at aktier m.v. i G1 Holding AB blev købt af selskabet og ved videreoverdragelsesaftale af 10. december 2004 videresolgt til H2 A/S.

Som følge heraf er der ikke grundlag for H2 A/S' refusion af renteudgifter. Betalingen fra H2 A/S på 12.041.762 kr. udgør derfor en maskeret udlodning, som er skattefri i medfør af dagældende selskabsskattelovs § 13, stk. 1, nr. 2.

På grundlag af direktionsindstillingen af 23. august 2004, notatet af 2. september 2004, børsmeddelelsen af 14. september 2004 og den senere aftale af 10. december 2004 lægges det til grund, at det allerede ved selskabets erhvervelse af aktierne i G1 Holding AB var aftalt, at H2 A/S skulle erhverve aktierne, og at aftalen af 10. december 2004 alene var en formalisering heraf.

Under disse omstændigheder må de af selskabet afholdte udgifter til rådgivning i forbindelse med erhvervelsen anses for afholdt på vegne af H2 A/S og således med rette viderefaktureret hertil. H2 A/S anses derfor for rette omkostningsbærer af de afholdte rådgiverudgifter på i alt 33.964.144 kr., hvoraf 7.140.990 kr. vedrører advokat og revisor, mens selskabet skal beskattes af aktieavancen ved salg af aktierne i G1 Holding AB, jf. dagældende aktieavancebeskatningslovs § 2. I henhold til det oplyste om faktiske betalinger i forbindelse med valutakursomregning opgøres aktieavancen til 17.172.689 kr.

SKATs afgørelse ændres, således at aktieavancen nedsættes, og indkomsten forhøjes med de af SKAT foretagne nedsættelser vedrørende renter og rådgiverudgifter.