

Artikler

343

Den skatteretlige kvalifikation af betingede aftaler og optioner

Af advokat (H) Bo Ascanius, Kirk Larsen & Ascanius

Med udgangspunkt i en lang række netop offentliggjorte afgørelser gennemgås i artiklen forskellige betingede overdragelsesaftaler, og der argumenteres for, at den klassiske skatteretlige sondring mellem suspensive og resolutive betingelser er indholdsløs og reelt heller ikke anvendes i praksis. Ved vurderingen af, om betingelsen kan udskyde beskatningen, anvendes i stedet en prognose over sandsynligheden for, hvorvidt betingelsen realiseres, og det er på baggrund af denne prognose, der træffes afgørelse om beskatningstidspunktet. Artiklen inddrager købs- og salgsoptioner i analysen, og det påvises, at det – om end med anvendelse af en anden og meget høj sandsynlighedstærskel – er samme prognoseteori, der afgør spørgsmålet om, hvorvidt optioner skatteretligt skal kvalificeres som overdragelsesaftaler.

1. Indledning

1.1) En købsaftale, hvor A sælger en fast ejendom til B, indeholder følgende bestemmelse:

“Denne aftale er betinget af, at kommunen senest ved udgangen af 20XX har gennemført en lokalplan, der muliggør, at ejendommen kan anvendes til campingplads.”

1.2) En anden købsaftale, hvor A sælger en fast ejendom til B, indeholder en anderledes formuleret bestemmelse:

“Sælgers underskrift på denne aftale er i det hele betinget af godkendelse fra advokat AA.”

1.3) En tredje aftale mellem de samme parter har overskriften “Optionsaftale”, og det fastslås her, at A som optionsgiver meddeler B ret (men ikke pligt) til i perioden frem til udgangen af 20XX at købe A’s ejendom til en nærmere fikseret pris.

1.4) Hvis man allerede i det år, hvor de 3 aftaler indgås, skal kunne beskatte A af en ejendomsavance, kræves det, at A har erhvervet ret til salgssummen allerede på aftaletidspunktet. Som udgangspunkt styres dette såkaldte “retserhvervesprincip” af reglerne i civilretten, hvor man også – i hvert fald på teoretisk plan – har lang tradition for at beskæftige sig med såkaldte betingede retshandler.

2. Betingede retshandler

Traditionelt sondres der mellem resolutive (op-løsende) betingelser og suspensive (opsættende) betingelser.

En resolutivt betinget aftale er en aftale, der får retsvirkninger fra indgåelsen, men hvis retsvirkninger ophører igen, hvis betingelsen indtræder.

I modsætning hertil indtræder retsvirkningen af en suspensivt betinget aftale først, når eller hvis betingelsen indtræder.

Teoretisk er sondringen således meget klar, og hvis skatteretten skal afspejle civilretten, kunne man mene, at også den skatteretlige kvalifikation af betingede aftaler ville være forholdsvis enkel og forudsigelig.

Sådan forholder det sig imidlertid ikke, hvilket bl.a. ses af, at der på det seneste er offentliggjort et bemærkelsesværdigt stort antal afgørel-

ser på området. Formentlig hænger usikkerheden også sammen med, at den civile retlige son- dring mellem resolutive og suspensive betingel- ser i praksis er utrolig vanskelig at gennemføre. Den betingelse, der er anført ovenfor under pkt. 1.1, vil ud fra en naturlig sproglig forståelse blive opfattet som en suspensiv betingelse: Overdragelsen er betinget af gennemførelsen af en lokalplan af bestemt indhold, og hvis ikke dette sker, bliver der ingen overdragelse!

Men man kan nemt komme i tvivl. Hvis nu fristen "udgangen af 20XX" er meget lang og f.eks. først udløber om 3 år, står vi så stadig med en suspensiv betingelse, eller er den i stedet at betragte som resolutiv? Svaret herpå må afhæn- ge af, hvem af parterne, der i de mellemliggende år skal agere som ejer af ejendommen, f.eks. ved at betale ejendomsskatter, oppebære lejeindtæg- ter, dyrke jorden eller lignende. Hvis alle disse rettigheder og pligter fra aftaletidspunktet skal tilkomme henholdsvis påhvile B som køber, vil A som altovervejende hovedregel også kræve købesummen betalt allerede på aftaletidspunk- tet, og i disse situationer må betingelsen betrag- tes som resolutiv, nemlig som en ejendomsover- dragelse, der får retsvirkninger allerede fra afta- letidspunktet, men som ophører med deraf føl- gende tilbagelevering af de udvekslede ydelser, hvis betingelsen udebliver.

Den betingelse, der er anført ovenfor som pkt. 1.2, opfattes normalt som en klassisk reso- lutiv betingelse, jf. således også Mads Bryde Andersen i "Praktisk aftaleret" (2003), p. 203: Sælgers underskrift – der jo uomtvisteligt er på- ført dokumentet som en gyldig underskrift – er fortsat gældende, hvis og kun hvis hans advokat også godkender aftalen. I modsat fald ophører sælger med at være bundet af sin underskrift.

At det forholder sig således hænger dog for- mentligt også sammen med, at sælgeren ved så- ledes at gøre sin underskrift betinget af advoka- tens godkendelse antages at have påtaget sig en pligt til inden en vis kortere frist at forelægge afta- len for sin advokat, så det kan blive afklaret, hvorvidt betingelsen vil blive opfyldt. Det må nemlig antages, at brugen af resolutive betingel- ser i forbindelse med formuereftlige overdragel- ser skaber væsentlig større usikkerhed, end hvis der benyttes suspensive betingelser. Ved en sus- pensiv betingelse indtræder der jo ingen over-

dragelsesretsvirkninger, før betingelsen opfyl- des, og man undgår derfor den usikkerhed om en eventuel efterfølgende tilbageoverdragelse, som anvendelsen af resolutive betingelser medfører.

I øvrigt skal man jo ikke ændre ret meget på formuleringen, førend betingelsen skifter karak- ter fra at være resolutiv til at være suspensiv. Hvis dokumentet i pkt. 1.2 i stedet var formulere- ret som følger:

"Nærværende aftale er i det hele betinget af god- kendelse af advokat AA"

må der således efter de klassiske aftaleretlige be- tragtninger antages at foreligge en suspensiv be- tingelse ganske på samme måde som de overdra- gelsesaftaler, der er "*betinget af købesummens betaling*".¹

Tilbage står således en konstatering af, at son- dringen mellem resolutive og suspensive be- tingelser i høj grad (eller fuldstændigt?) beror på formuleringen, og at det i rene overdragelsesafta- ler er meget vanskeligt at opstille praktiske ek- sempler på aftaler, der er resolutivt betingede. Formuleringer, hvorefter aftalen er betinget af:

- en myndigheds godkendelse,
- en købesums betaling,
- udførelse af visse anlægsarbejder eller
- forekomsten af visse forhold,

vil således typisk være formuleret som og blive betragtet som suspensive betingelser.

Dette gælder også, selv om betingelsen for- muleres negativt, f.eks. således at overdragelsen gøres betinget af "*at der ikke forefindes forure- ning på ejendommen*".

3. Optioner

Den civile retlige bedømmelse af den aftale, der er gengivet i indledningen under pkt. 1.3, er enty- dig: A har forpligtet sig til i optionsperioden at sælge ejendommen til B til den fastsatte pris, men B har til gengæld ikke forpligtet sig til at købe. Civile retligt taler man – med en fra romer- retten lånt terminologi – om en "*negotium claudicans*", et haltende retsforhold, hvor kun den ene part er bundet. Det er klart, at der såle- des er tale om et meget ulige forhold mellem parterne, og at det kan være eller blive en belast-

ning for A at være bundet af en sådan optionsaftale, der jo f.eks. vil afskære ham fra at sælge til anden side, så længe optionen med B løber.

Undertiden bliver han kompenseret for disse ulemper derved, at aftalen pålægger B at betale et vist vederlag for optionen, hvilket vederlag eventuelt skal fragå i købesummen, hvis B vælger at udnytte køboptionen. Som følge af det ulige forhold vil A måske endog (hvis han fortryder optionen) i særlige tilfælde kunne få domstolene til helt eller delvist at tilsidesætte hans forpligtelse, f.eks. som følge af en af ugyldighedsreglerne i aftaleloven. Han kan derimod ikke få dømt B til at købe ejendommen, for B har jo netop efter aftalen ingen forpligtelse hertil. En option er således civilretligt *ikke* noget salg.

4. Den skatteretlige afspejling i civilretten

Mens opdelingen af betingelser i henholdsvis suspensive og resolutive ikke spiller den helt store rolle i civilretten, hvor man skal lede længe efter afgørelser, der træffes på baggrund af denne sondring, forholder det sig helt anderledes i skatteretten.

Skatteretten er vel overhovedet den disciplin, der oftest anvender disse begreber, jf. således eksempelvis Ligningsvejledningen 2008, EA3.1.2. At man i skatteretten tilsyneladende med stor begejstring har taget netop disse to begreber til sig skyldes naturligvis det overordnede princip om *retserhvervelse* som grundlag for beskatningen og periodiseringen af indtægter og udgifter: En overdragelsesaftale, der er resolutivt betinget, udløser jo så at sige pr. definition overdragelsesretsvirkninger allerede fra aftaletidspunktet, og skattemyndighedernes tankegang er, at så er der også, jf. retserhvervelsesprincippet, hjemmel til at beskatte sælger allerede på aftaletidspunktet.

Modsat forholder det sig begrebsmæssigt med de suspensivt betingede overdragelsesaftaler, hvor overdragelsesretsvirkningerne er udskudt, indtil betingelserne eventuelt indtræder, og hvor beskatningen af sælger derfor må udskydes tilsvarende.

Begreberne har imidlertid taget magten fra en del skatteretlige fremstillinger, og det må betragtes som det rene vrøvl, når det i ligningsvejledningen f.eks. hedder, at "*betingelser, der ikke*

udskyder beskatningstidspunktet, betegnes som resolutive". Som det ses, bytter man om på årsag og virkning: Det er ikke den ikke-udskudte beskatning, der gør betingelsen resolutiv. Det er derimod betingelsens karakter af at være resolutiv, der burde bevirke, at beskatningen ikke kan udskydes.

En gennemgang af den skatteretlige litteratur og praksis viser da også, at det i realiteten er helt andre forhold end overvejelser om betingelsens karakter, der er bestemmende for, om der sker beskatning hos sælger allerede på tidspunktet for indgåelsen af den betingede overdragelsesaftale.

Realiteten er nemlig, at de retsanvendende myndigheder (skattemyndighederne eller domstolene) – i stedet for at undersøge om betingelsen er suspensiv eller resolutiv – underkaster den en prøvelse, der tager sigte på at klarlægge, hvorvidt betingelsen skaber reel usikkerhed om overdragelsens gennemførelse.

I Skatterådets afgørelse, if. TfS 2009, 8, udtrykkes det f.eks. således:

"Hvis betingelsen nærmest har karakter af en formsag, og der ikke hersker reel tvivl om, at betingelsen vil blive opfyldt, er betingelsen resolutiv, og aftalen anses i skattemæssig henseende for indgået på aftaletidspunktet. Hersker der derimod reel usikkerhed om, hvorvidt aftalen bliver gennemført, er betingelsen derimod suspensiv. Aftalen anses da i skattemæssig henseende først for indgået, når betingelsen er opfyldt."

I den pågældende sag søgte et konsortium bindende svar i forbindelse med erhvervelsen af en butikskæde, hvor det for konsortiet var af betydning at erhverve dels et tilstrækkeligt antal aktier i butikskædeselskabet, dels at erhverve et ønsket minimum af selve butikkerne i kædesamarbejdet.

Det fremgik af sagen, at transaktionens gennemførelse bl.a. var betinget af:

- gennemførelse af due diligence, der ikke afdækkede væsentlige negative forhold,
- at konsortiet via aktieerhvervelser kunne komme op på at besidde mindst 2/3 af stemmerne i butikskædeselskabet,

- at butiksejere svarende til 2/3 af det samlede EBITDA i 2006 accepterede at sælge,
- at de aktive sælgende aktionærer fortsatte som ansatte i en vis periode efter overdragelsen, og at de påtog sig konkurrenceklausuler, og
- at nærmere bestemte vedtægtsændringer i butikskædeselskabet blev gennemført.

Efter en nærmere gennemgang af disse mange betingelser nåede Skatterådet frem til, at der var reel usikkerhed om betingelsernes opfyldelse, ligesom konsortiet ikke havde bestemmende indflydelse på, hvorvidt betingelserne ville blive opfyldt eller ej. Af disse grunde “*skønnes (betingelserne) at måtte anses som suspensive betingelser*”, som det hedder i SKATs indstilling, der blev tiltrådt af Skatterådet.

Tilsvarende afgørelser findes i TfS 2009 6, TfS 2009, 9, TfS 2009, 44, TfS 2009, 49, TfS 2009, 125 og TfS 2009, 136.

5. Prognosen er afgørende

Som det vil ses, benytter Skatterådet slet ikke sondringen mellem resolute og suspensive betingelser til noget som helst ved løsningen af problemet: Det er bare en tom etikette, man klister på bagefter, når man på helt andet grundlag har bestemt sig for, hvilken løsning man vil vælge.

Den reelle prøvelse af, om beskatning skal ske straks på aftaletidspunktet eller kan udskydes, indtil betingelsen er opfyldt, beror tværtimod på vurderingen af, hvor sikkert eller usikkert det er, at aftalen til syvende og sidst endeligt bliver gennemført. Den retlige vurdering er med andre ord en *prognose* over, hvorvidt betingelsen vil ende med at hindre aftalens gennemførelse.

Denne prognose gennemføres – eller bør i hvert fald gennemføres – på *civilretligt* grundlag. I prognosen indgår mange faktorer, men først og fremmest en prøvelse af de hindringer, som betingelsen opstiller, og en vurdering af sandsynligheden for, at de vil blive overvundet.

Hvis betingelsen, som i eksempel 1.1, er formuleret som gennemførelse af en lokalplan af bestemt indhold inden en vis frist, vil man således eksempelvis skulle se på:

- hvor langt kommunen er med planen på aftaletidspunktet,
- hvad der måtte ligge af politiske tilkendegivelser på aftaletidspunktet,
- om der allerede foreligger tilsagn eller tilkendegivelser fra andre relevante myndigheder eller fra de naboer, der har krav på at blive hørt, og
- aftaleparternes egen opfattelse af sandsynligheden (hvem har ejerbeføjelserne i den periode, betingelserne løber).

Desuden indgår med betydelig vægt en civilretlig vurdering af, hvorvidt skatteyderen selv har indflydelse på betingelsens indtræden eller udeblivelse.

Når – men også først når – denne i bund og grund *civilretligt* baserede prognose er fortaget, kan man *skatteretligt* vurdere, om beskatning skal ske straks eller udskydes, til betingelsen er afklaret.

Det er herefter et selvstændigt *skatteretligt* problem at opstille kriteriet for hvor høj grad af sandsynlighed, der skal foreligge for at se bort fra betingelsen og beskatte straks fra aftaleindgåelsen. Efter hidtidig praksis hos skattemyndighederne har der været en tendens til at lægge tærskelen lavt og tværtimod kræve en meget høj grad af usikkerhed for, at beskatningen kan udskydes, jf. således Landsskatterettens kendelse i TfS 1999, 114, der i Ligningsvejledningen 2008, E.A.3.1.2, giver anledning til den generelle udtalelse: “*at det ved betingede aftaler er udgangspunktet, at betingelserne anses for resolute, således at aftalen skatteretligt tillægges virkning fra aftalens indgåelse*”. Som påvist ovenfor har dette udsagn imidlertid intet at gøre med betingelsens karakter af at være resolutiv, men derimod med det forhold, at man i skatteretlig praksis har næret en betydelig uvilje mod at lade betingelser udskyde beskatningstidspunktet!

Hvorvidt de mange ovenfor nævnte afgørelser fra Skatterådet vil bevirke en opblødning af den hidtidige, noget hårdhændede, praksis, må tiden vise.

6. Særligt om optioner

Den skatteretlige behandling af betingede overdragelsesaftaler har haft en vis afsmittende virkning på vurderingen af optioner. Det må da også erkendes, at optioner i det praktiske liv kan optræde som rimelige forretningsmæssige alternativer til en betinget overdragelsesaftale:

B kan købe en ejendom af A på betingelse af, at der inden en vis frist tilvejebringes en lokalplan, der muliggør, at ejendommen kan anvendes til campingplads.

Eller B kan i stedet få en købsoption af A, som giver ham ret til inden en vis frist at købe ejendommen og ret til i samme periode at undersøge og virke for, at der tilvejebringes en lokalplan, der muliggør campingplads på ejendommen.

Det er formentlig denne lighed i anvendelsesområdet, der undertiden har fået skattemyndighederne til at forveksle optioner med betingede aftaler:

I TfS 2007, 146, var forholdet således det, at en gårdejer havde givet et selskab option på inden for 3 år at købe et stykke landbrugsjord til en i optionen nærmere angivet pris. Selskabets interesse var i optionsperioden at skaffe klarhed over, om myndighederne ville tillade ejendommens udstykning i sommerhusgrunde. Sagen drejede sig egentlig om, hvorvidt et salg i givet fald kunne ske skattefrit for gårdejeren efter ejendomsavancebeskatningslovens § 11 (som alternativ til ekspropriation), men af interesse i nærværende sammenhæng er skattemyndighedernes karakteristisk af selve optionen.

SKAT fastslog i sin indstilling, at der slet ikke var tale om en option, men derimod en egentlig overdragelsesaftale, *“som parterne kalder en option”*, og SKAT fastslog endvidere, at *“det eneste, der er særskilt ved aftalen er, at køber har betinget sig en fortrydelsesret. Det forhold, at parterne betegner aftalen som en option, ændrer ikke ved, at der foreligger en købeaftale, hvor erhververen på et senere tidspunkt får lejlighed til at bekræfte ønsket om at erhverve arealet eller fortryde”*.

Skatterådet afviste imidlertid på dette punkt SKATs indstilling og fastslog, at der alene var tale om en option.

Det særlige ved optioner (og det gælder både optioner, der giver ret til at købe, og optioner, der giver ret til at sælge) er netop, at de *ikke* er

overdragelsesaftaler, fordi de kun skaber ret for den ene af parterne (og der skal jo som bekendt to til at handle!).

I særlige tilfælde optræder der imidlertid optioner, der i høj grad minder om egentlige overdragelsesaftaler, og det er på disse optioner, skatteretten kan anvende en *prognose teori*, der svarer til den, der benyttes ved kvalifikationen af de betingede aftaler.

Et godt eksempel udgøres af højesteretsdommen i TfS 2005, 933, hvor A havde givet B en køberet til en post aktier til en udnyttelseskurs på kr. 92 mio. Dette var en ren købsoption. Samtidig havde B imidlertid givet A en salgsoption, hvorefter A – hvis ikke B forinden havde udnyttet sin købsoption – havde ret til at sælge aktierne til B for kr. 121 mio. Højesteret anså det på denne baggrund for *åbenbart*, at køberetten til kr. 92 mio. ville blive udnyttet af B, der jo i modsat fald ville blive tvunget til at erhverve aktierne for kr. 121 mio. i henhold til salgsoptionen. Aktierne blev derfor anset for afstået samtidig med udstedelsen af optionerne.

En ny landsretsdom gengivet i TfS 2009, 164 er afgjort ud fra den samme prognoseteori: En køber ejede mere end 97 pct. af aktierne i et selskab og ønskede nu at erhverve de resterende knap 3 pct. Dette kunne være sket ved tvangsindløsning. Sælgeren ønskede imidlertid at vente med at afstå aktierne, indtil han havde ejet dem i 3 år. Køber fik derfor en købsoption på de resterende aktier, som kunne udnyttes til en fast pris i løbet af en måned kort efter 3-års-periodens udløb. Landsretten anså sælgeren for skattepligtig, som om aktiesalget var sket inden for 3 års ejertid, idet man lagde vægt på, at køberen klart havde tilkendegivet et ønske om at købe aktierne, at prisen var lagt fast i optionsaftalen, og at der i øvrigt på tidspunktet for dennes opretelse kun var kort tid tilbage af 3-års-perioden. Landsretten fandt på denne baggrund, *“at det ved indgåelsen af optionsaftalen må have stået som usandsynligt for parterne, at køberetten ikke ville blive udnyttet som forudsat”*.

7. Forskel på sandsynlighedsgraden ved betingede aftaler og optioner

Når man tager i betragtning, at en betinget overdragelsesaftale trods alt er en aftale om køb/salg, mens en option som udgangspunkt kun er udtryk

for, at den ene part har påtaget sig en forpligtelse, må der kunne opstilles et krav om, at der skal væsentligt mere til for at beskatte en option som en salgsaftale, end hvis der foreligger en – om end betinget – egentlig salgsaftale.

Det er påvist ovenfor, at i hvert fald Landskatteretten er klart utilbøjelig til at anlægge en sandsynlighedsvurdering, der medfører, at beskattningen af overdragelsesaftaler udskydes.

Denne lave tærskel kan i hvert fald ikke gælde ved den skattemæssige behandling af optioner. Højesteret bruger udtrykket “åbenbart”, og Østre Landsret taler om, at det er “usandsynligt, at køberetten ikke vil blive udnyttet”.

En række af de skatterådsafgørelser, der på det seneste er offentliggjort, bekræfter antagelsen om, at der skal endog meget til, før en option udløser avanceskat som salg. I TfS 2009, 7, 2009, 8 og 2009, 9 var der således udstedt modsatte købs- og salgsoptioner med bl.a. forskellige prisenfastsættelser, og i disse sager lød SKATs prognose, at det “ikke kunne anses for givet, at optionsaftalerne vil blive udnyttet” (se TfS 2009, 8). Dette blev tiltrådt af Skatterådet.

TfS 2009, 125 angik en option på køb af en ejendom, hvor optionshaveren i optionsperioden på 3 år bl.a. havde fået mulighed for at undersøge, om der via lokalplaner m.v. kunne opnås tilladelse til at opføre et supermarked, inden man eventuelt besluttede sig for at købe. SKAT mente i sin indstilling, at der nok var tale om en option, men at 3-års-perioden ikke kunne accepteres, idet man – hvis forudsætningen om lokalplan m.v. blev opfyldt forinden – da på dette tidligere tidspunkt måtte “tage stilling til køberetten”, og SKAT mente således, at der var tale om det, man kaldte “en suspensiv aftale”, altså en købsaftale, hvor det var så usikkert, om betingelsen ville indtræde, at beskattningen var udskudt, indtil dette blev klarlagt.

Skatterådet skar imidlertid igennem og fastslog kort og godt, at der var tale om en køberet, der ikke udløste beskattning, og at der i øvrigt ikke var hjemmel til at fastsætte nogen tidsmæssig begrænsning af optionen.

8. Konklusion

Konklusionen på den skattemæssige behandling af optioner er derfor, at hverken købs- eller salgsoptioner som udgangspunkt kan kvalificeres som køb eller salg med den virkning, at der udløses afståelsesbeskatning på tidspunktet for optionsaftalens indgåelse.

I helt særlige tilfælde – som har undtagelseskarakter – kan skattemyndighederne ved anvendelse af prognoseteorien underkaste optionen en vurdering af, hvorvidt det er sandsynligt, at optionen vil ende med at blive udnyttet, med den virkning, at der i så fald kan statures afståelsesbeskatning. Kriteriet for denne sandsynlighedsvurdering er imidlertid, at det alene er den allerhøjeste grad af sandsynlighed – grænsende til vished – der kan føre til, at optionen skatteretligt karakteriseres som en overdragelsesaftale.

Noter

- 1) Henry Ussing anfører i “Aftaler”, p. 447, som eksempel på en resolutiv betingelse: “Jeg tillader en mand at bo hos mig, indtil han opnår en stilling”. Dette eksempel viser vist meget tydeligt, hvor vanskeligt det i praksis kan være at forestille sig resolutivt betingede overdragelsesaftaler. I Mads Bryde Andersens “Praktisk aftaleret”, p. 202, anføres som eksempel på en suspensiv betingelse: “Ejendomsretten går over, når købesummen er betalt”. Der er imidlertid ingen tvivl om, at i hvert fald skattemyndighederne som udgangspunkt vil anse en sådan betingelse som værende resolutiv i den forstand, at sælgeren ikke kan udskyde avancebeskatningen, indtil han har modtaget købesummen, jf. f.eks. Aage Michelsen m.fl. “Lærebog om indkomstskat” (2007), p. 427.