

SKATTEMÆSSIG SUCCESSION VED GENERATIONSSKIFTE – MED FOKUS PÅ BEGREBET PASSIV KAPITALANBRINGELSE I PENGETANKREGLLEN I ABL § 34.

TAX SUCCESSION AT GENERATIONAL TRANSFER – WITH FOCUS ON THE CONCEPT OF PASSIVE CAPITAL INVESTMENT IN THE MONEY TANK RULE IN ABL § 34.

af ANNA SØTTRUP ØSTERGAARD

Denne afhandling undersøger området for pengetankreglen i Aktieavancebeskatningslovens § 34. Afhandlingens fokus er på begrebet passiv kapitalanbringelse i ABL § 34 og hvilke aktiver, der er omfattet af dette begreb.

Pengetankreglen finder anvendelse, når der ønskes skattemæssig succession i forbindelse med et generationsskifte af et selskab. Ved skattemæssig succession udskydes overdragerens skattebetaling ved overdragelsen af selskabet til det tidspunkt hvor erhververen afstår selskabet. Pengetankreglen begrænser denne mulighed, da det ikke er muligt at foretage succession, hvis betingelserne i pengetankreglen er opfyldt. Efter ændringen af ABL i 2017 er det afgørende at et selskab ikke i overvejende grad består af passiv kapitalanbringelse for at der kan ske et generationsskifte med skattemæssig succession.

I afhandlingen er der taget udgangspunkt i ordlyden af ABL § 34, samt Højesteretsafgørelsen U 2023.168 H, der omhandler passiv kapitalanbringelse ved investering i solcelleanlæg og vindmøller. Ud fra afgørelsen er der fire momenter der kan have betydning for den konkrete vurdering; at aktivet er at sammenligne med fast ejendom, at investeringen er sket gennem partnerselskaber, at investeringen er sket ved kapitalposter på under 25 pct. og omfanget af ejerskabets aktive deltagelse i virksomheden. Disse fire momenter er blevet isoleret og analyseret igennem forskellige administrative afgørelser for at undersøge, hvor stor en betydning de har i en konkret vurdering af et aktiv. Analysen har vist nogle tendenser i praksis, der kan være med til at fastlægge rammerne for, hvornår der er tale om aktiv eller passiv kapitalanbringelse. Der gives i afhandlingen ikke et endeligt svar på hvilke aktiver, der er passiv kapitalanbringelse, men der fremhæves nogle momenter, der særligt kan have betydning, når der skal foretages en konkret vurdering.

Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse.....	1
1. Abstract:.....	3
2. Indledning:.....	4
2.1. Introduktion til emnet:	4
2.2. Problemformulering:.....	4

2.3.	Metode:	4
2.4.	Afgrænsning:.....	5
3.	Generelt om generationsskifte og ABL § 34:.....	5
3.1.	Generationsskiftet generelt:	5
3.2.	Mulighed for udskydelse af skattebetalingen:	6
3.3.	Reglernes oprindelse:.....	7
3.4.	ABL § 34 og ”passiv kapitalanbringelse”:.....	8
3.4.1.	”Passiv kapitalanbringelse”:	8
3.4.2.	”Overvejende grad”:	9
4.	Analyse af SKM 2023.168 H:.....	9
4.1.	Hvordan behandler Højesteret den konkrete vurdering?	10
4.2.	Hvilke spørgsmål rejste Højesteret i sagen?	11
5.	Investering gennem partnerselskaber:.....	11
5.1.	Generelt om partnerselskaber:	11
5.2.	SKM 2023.168 H og investering gennem partnerselskaber:	12
5.3.	SKM 2020.24 LSR:.....	12
5.4.	Delkonklusion om investering gennem partnerselskaber:	13
6.	Begrebet ”fast ejendom el.lign.”:.....	13
6.1.	Begrebet ”fast ejendom” i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt.:	13
6.2.	Solcelle- og vindmølle anlæg:.....	14
6.2.1.	SKM 2023.168 H og begrebet ”fast ejendom”:	14
6.2.2.	SKM 2020.24 LSR:.....	15
6.2.3.	SKM 2020.52 SR:.....	16
6.2.4.	SKM 2021.193 SR:.....	16
6.2.5.	Anden praksis:.....	17
6.2.6.	Delkonklusion om solcelle- og vindmølle anlæg:.....	18
6.3.	Udlejningsejendomme og ubebyggede grunde ift. ”fast ejendom”:	19
6.3.1.	SKM 2021.250 SR:.....	19
6.3.2.	SKM 2023.626 LSR:.....	20
6.3.3.	SKM 2024.199 SR:.....	21
6.3.4.	Vurdering:	22
6.3.5.	Delkonklusion om udlejningsejendomme og ubebyggede grunde:	23
7.	Mindre ejerandele af selskaber og begrebet ”værdipapirer”:.....	23
7.1.	Begrebet ”værdipapirer” og transparensreglen i ABL § 34:	23
7.2.	SKM 2023.168 H og begrebet ”værdipapirer”:	24

7.3.	SKM 2023.288 SR:	25
7.4.	Vurdering:	25
7.5.	SKM 2023.574 SR:	26
7.6.	Delkonklusion om mindre kapitalposter og begrebet "værdipapirer":	27
7.7.	Perspektivering til praksis om kontantbeholdning:.....	27
8.	Omfanget af ejerskabets deltagelse:	28
8.1.	SKM 2023.168 H og omfanget af ejerskabets deltagelse:	28
8.2.	SKM 2023.236 LSR:.....	28
8.3.	Vurdering:	29
8.4.	SKM 2024.47 SR:	30
8.5.	SKM 2024.174 SR:	31
8.6.	Anden praksis:.....	31
8.7.	Delkonklusion om omfanget af ejerskabets deltagelse:	32
9.	Endelig konklusion:.....	33
10.	Litteraturfortegnelse:	34
11.	Forkortelser:	36

1. Abstract:

The purpose of this thesis is to investigate which assets are covered by the concept of passive capital investment in ABL § 34. To answer this, the legal dogmatic method has been used, including legal literature, cases from the courts, and administrative practice.

In the case of tax succession, the transferor's tax payment upon transfer of the company is postponed until the time when the transferee sells the company. After the amendment of ABL in 2017, it is crucial that a company does not predominantly consist of passive capital investment in order for there to be a generational change with tax succession.

To investigate which assets constitute passive capital investment, we scrutinize the wording of ABL § 34, as well as a decision by the Danish Supreme Court issued in 2023, which deals with passive capital investment when investing in solar cell systems and wind turbines. The decision has been a cornerstone concerning the issue, and has established that in certain cases, a specific assessment must be made as to when an asset is a passive investment.

Based on the decision by the Supreme Court, there are four factors that may be important for the specific assessment; that the asset is comparable to real estate, that the investment is made through partnerships, that the investment was made through capital items of less than 25 percent, and the extent of the ownership's active participation in the company. These four factors have been analyzed through various administrative decisions to examine how important they are in the specific assessment of an asset.

Based on the analysis, some trends in practice are shown regarding where the line between active and passive capital investment is drawn. This thesis does not provide a definitive answer to which assets are passive investments, but it highlights some of the factors that have had an impact on the specific assessment in recent practice.

2. Indledning:

2.1. Introduktion til emnet:

Et generationsskifte af et selskab sker ved, at selskabet overdrages til næste generation. Overdragelsen medfører som udgangspunkt skattepligt af en eventuel avance på andelene af selskabet, jf. aktieavancebeskatningslovens¹ §§ 1 og 30. Denne skattebetaling kan være en byrde for overdrageren, der ofte må trække likviditet ud af selskabet for at finansiere skattebetalingen ved overdragelsen. Man har derfor indsat nogle regler i ABL om muligheden for skattemæssig succession ved generationsskifte af selskaber. Den skattemæssige succession består i, at erhververen af selskabet indtræder i overdragerens skattemæssige stilling, og skattebetalingen udskydes til det senere tidspunkt, hvor erhververen afstår andelene. Det følger dog af ABL § 34, at der er en begrænsning af disse regler, hvad angår selskaber, der er at betegne som pengetanke - deraf navnet ”pengetankreglen”. Ved overdragelse af denne type selskaber, kan der ikke ske skattemæssig succession, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3. Det afgørende i ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6, for hvornår der er tale om pengetankaktiver, er, at selskabet i overvejende grad skal bestå af passiv kapitalanbringelse. Det er derfor afgørende at vide, hvornår der er tale om passiv kapitalanbringelse, for at vide hvornår et selskab kan generationsskiftes med skattemæssig succession.

2.2. Problemformulering:

Nærværende speciale vil undersøge omfanget af pengetankreglen i aktieavancebeskatningslovens § 34 vedrørende skattemæssig succession ved generationsskifte af selskaber med fokus på retstilstanden efter afgørelsen SKM 2023.168 H. Der vil være fokus på, hvilke aktiver der er omfattet af bestemmelsen som pengetankaktiver, og hvilke spørgsmål der rejser sig i lyset af højesteretsdommen om afgrænsningen af reglen. Der vil herunder blive analyseret praksis for at undersøge, hvornår der skal foretages en konkret vurdering, og hvilke momenter der lægges vægt på i vurderingen.

2.3. Metode:

Baggrunden for afhandlingen er at fremstille gældende ret på området for skattemæssig succession ved generationsskifte af selskaber for derved at få en mere præcis forståelse af indholdet af retsreglerne i ABL. Til at besvare problemstillingen er der benyttet den retsdogmatiske metode til at beskrive, fortolke og systematisere gældende ret².

I nærværende afhandling er der særligt fokus på området for den konkrete vurdering, der skal foretages efter ABL § 34, for at afgøre hvornår et aktiv er passiv kapitalanbringelse. Der er inddraget de gældende retsregler på området, herunder primært reglerne om skattemæssig succession i ABL § 34. Derudover er der indhentet forarbejder til den nugældende ABL og tidligere udgaver af denne for at

¹ Aktieavancebeskatningsloven, nugældende LBK nr. 172/2021 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier, fremover skrevet som ”ABL”.

² *Jens Evald*, Juridisk teori, metode og videnskab, 3. udg. (2024) s. 203ff

beskrive retsreglernes formål og udvikling. Retsreglerne og forarbejderne er benyttet til at fremstille den retlige ramme for muligheden for skattemæssig succession ved et generationsskifte og for at undersøge grænsen mellem aktiv og passiv kapitalanbringelse.

Der er udvalgt en højesteretsafgørelse, SKM 2023.168 H, der er retningsgivende på området, samt afgørelser fra Landsskatteretten og et større udvalg af bindende svar fra Skatterådet. Skatterådets bindende svar er det mest omfattende praksis, der er på området, og igennem afhandlingen bliver de analyseret og sammenholdt med de afgørelser, der er afsagt af Landsskatteretten og Højesteret. Skatterådets bindende svar er udtryk for den fortolkning, Skatterådet har af ABL § 34, og de bruges dermed til at fremhæve nogle tendenser om de momenter, der kan indgå i den konkrete vurdering af passiv kapitalanbringelse. Momenterne er isoleret og behandlet hver for sig for at analysere betydningen af dem i praksis. At størstedelen af analysen baserer sig på bindende svar fra Skatterådet medfører, at der kan fremhæves nogle tendenser fra praksis, der kan analyseres i lyset af de gældende retsregler, og som borgerne kan støtte ret på, såfremt den administrative praksis ikke strider imod højere retskilder³.

2.4. Afgrænsning:

Afhandlingen behandler kun én af de fire betingelser i ABL § 34, stk. 1, nr. 1-4, nemlig betingelsen i nr. 3 om passiv kapitalanbringelse. De andre betingelser skal ligeledes være opfyldt, for at der kan ske skattemæssig succession ved en overdragelse af et selskab i forbindelse med et generationsskifte, men de er ikke genstand for afhandlingen og behandles således ikke.

Der inddrages praksis, herunder afgørelser fra Landsskatteretten samt bindende svar fra Skatterådet på området. Der inddrages kun afgørelser fra efter lovændringen i 2017⁴, og der fokuseres på afgørelser afsagt efter højesteretsdommen i 2023⁵, for at belyse retstilstanden efter højesteretsdommen. Der inddrages ikke afgørelser fra før lovændringen i 2017, der har kunnet belyse tidligere praksis, da dette ikke er det primære fokus for afhandlingen.

3. Generelt om generationsskifte og ABL § 34:

3.1. Generationsskiftet generelt:

Et generationsskifte er en overdragelse af et selskab til ens efterkommere enten i levende live eller ved død⁶. Overdragelsen kan ske bl.a. til ens børn, børnebørn eller andre, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 1 for generationsskifte i levende live. Et generationsskifte kan også ske til ens nære medarbejdere, jf. ABL § 35. Man overdrager således ens virksomhed til en erhverver, der ofte vil stå én tættere, end en udefrakommende køber ellers gør ved en virksomhedsoverdragelse. Det afgørende, for at der er tale om et generationsskifte, er, at der sker en overdragelse, dvs. en overgang af ejendomsretten af virksomheden, enten ved gave, salg eller arv, eller en kombination heraf⁷.

Ved et generationsskifte af en virksomhed sker der således en afståelse for overdrageren af virksomheden og en anskaffelse hos erhververen. ABL behandler afståelse af aktierne eller anparterne ved overdragelse af et kapitalselskab. Denne afståelse skal som udgangspunkt beskattes, hvis der ved

³ Den Juridiske Vejledning 2024-01, afsnit A.A.4.1.

⁴ Lovforslag som vedtaget: FT 2016/17, Tillæg C, L183. Vedtaget ved lov nr. 683 af 6. juni 2017, om ændring af boafgiftsloven og forskellige andre love, fremover nævnt i afhandlingen som "2017-ændringerne".

⁵ SKM 2023.168 H

⁶ Birgitte Sølvkær Olesen, Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag, 7. udg. (2023) s. 15.

⁷ Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 2, 9. udg. (2021), s. 655.

afståelsen er en fortjeneste på kapitalandelene, jf. reglerne om aktieavancebeskatning i ABL §§ 30 og 1. Dette princip er kendetegnende for en stor del af skatteretten – at man beskattes af en eventuel fortjeneste ved afståelse af et aktiv og tilsvarende har fradragsret for et eventuelt tab. Således er der lignende regler for afståelse af bl.a. ejendomme og fordringer i hhv. ejendomsavancebeskatningsloven, afskrivningsloven og kursgevinstloven.

3.2. Mulighed for udskydelse af skattebetalingen:

Et generationsskifte vil som udgangspunkt udløse en beskatning af en eventuel fortjeneste ved overdragelse af virksomheden. Det kan resultere i betydelige skattesummer, der skal betales, selvom virksomheden overdrages til f.eks. ejerens børn og drives videre på samme måde som inden overdragelsen⁸. Ikke alle, der sælger deres virksomhed, har likviditeten til at betale den mængde skat, overdragelsen udløser. Skatten må ofte dækkes af virksomheden selv, hvor pengene f.eks. trækkes ud, der omsættes aktiver, eller aktiver belånes⁹. Derudover sker den økonomiske opfyldelse af overdragelsessummen ofte ved hjælp af en form for gældsbevægelse eller en gave fra overdrageren til erhververen¹⁰. Disse opfyldelsesmetoder giver ikke nødvendigvis virksomheden mere kapital, hvorfor overdragelsen ofte bliver mere omkostningstung, end den havde været, hvis der var foretaget en almindelig virksomhedsoverdragelse, hvor en udefrakommende køber skulle erlægge købesummen helt eller delvist kontant.

Derfor er der i lovgivningen lavet en mulighed for at udskyde beskatningen, indtil erhververen afstår virksomheden¹¹. Denne løsning findes – for virksomheder med kapitalandele – i ABL § 34, og kræver opfyldelsen af en række kumulative betingelser i ABL § 34, stk. 1, nr. 1-4. Reglen er således en modifikation til udgangspunktet, hvor der sker beskatning ved afståelsen. Selve udskydelsen af skatten sker ved, at der ikke sker en afståelsesbeskatning af kapitalandelene ved overdragelsen, men erhververen indtræder i overdragerens skattemæssige stilling, jf. ABL § 34, stk. 2¹². Erhververen indtræder bl.a. i overdragerens anskaffelsessum og må benytte denne ved en senere afståelse til beregning af en eventuel fortjeneste på andelene. Erhververen kommer således til at betale skat af både den fortjeneste af kapitalandelene, der er opnået, mens denne har ejet dem, og den fortjeneste som den tidligere ejer opnåede. Overdrageren indtræder også i anskaffelseshensigt, anskaffelsespris, og skattemæssige afskrivninger¹³.

Ved at foretage en overdragelse med succession behøver man ikke at hive likviditet ud af selskabet. En skattemæssig succession kan således være til gavn for selskabet, da det lemper kapitalgevinstbeskatningen for generationsskiftet¹⁴. Det understreges ved, at man ved indsættelsen af pengekankreglen i 2000 fremlagde i forarbejderne, at successionsreglerne skulle være ”likviditetslettende” for virksomhederne¹⁵. Løsningen kombineres i nogle tilfælde med muligheden for at lave skattefrie omstruktureringer, herunder fusioner, spaltning eller aktieombytning¹⁶.

⁸ Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 2, 9. udg. (2021), s. 656.

⁹ Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 2, 9. udg. (2021), s. 656.

¹⁰ Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 2, 9. udg. (2021), s. 660f.

¹¹ Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 2, 9. udg. (2021), s. 656.

¹² Birgitte Sølvkær Olesen, Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag, 7. udg. (2023) s. 49, afsnit 2.2.

¹³ Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 2, 9. udg. (2021), s. 658.

¹⁴ Birgitte Sølvkær Olesen, Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag, 7. udg. (2023) s. 17.

¹⁵ FT L36, 2000/01, Tillæg A, s. 940, almindelige bemærkninger.

¹⁶ Birgitte Sølvkær Olesen, Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag, 7. udg. (2023) s. 111.

3.3. Reglernes oprindelse:

Reglen om beskatning af afståelse af aktier og anparter, samt muligheden for overdragelse med skattemæssig succession står skrevet i ABL, der omhandler beskatning af gevinst ved aktier eller anparter. Den første lov om beskatning af gevinst eller tab ved aktier blev indført i 1981¹⁷. Loven var sammen med andre lempelser af beskatningen en del af en aftale om erhvervspolitiske foranstaltninger, der havde til formål at lempe beskatningen for erhvervene.¹⁸

ABL § 34 (dengang § 11) blev oprindeligt indsat i loven i 1988¹⁹. Forslaget til den nye ABL § 11²⁰ kom efter, at et udvalg havde afgivet anbefalinger i en betænkning om en successionsordning ved bl.a. overdragelse af aktier i levende live²¹. Pengetankreglen i den nuværende ABL § 34 blev første gang indsat i år 2000²² som en ændring af lovens § 11. Bestemmelsen har ændret sig siden da, men princippet i bestemmelsen er dog bevaret. Før indførelsen af pengetankreglen var der ingen betingelser til aktiviteten i det selskab, som skulle overdrages, for at det kunne ske med succession. Med de nye regler, der kom i år 2000, udelukkede man succession i pengetanke. Formålet var således at afskære muligheden for succession i virksomheder, der ikke drev reel erhvervsaktiv virksomhed, herunder når den væsentligste aktivitet var passiv pengeanbringelse og/eller udlejning af fast ejendom.

Der blev samtidig i år 2000 indsat en væsentlighedsbedømmelse på 25 pct. Denne skulle ifølge lovgiver agere som en objektiv bestemmelse, som derved ville fjerne usikkerhed hos skatteyderne, for om der kunne ske overdragelse eller ej²³. Som indledende i de almindelige bemærkninger står det skrevet:

”Formålet med nærværende forslag er, at afskære muligheden for at succedere i levende live i aktier fra såkaldte pengetanke. Dvs. selskaber hvis væsentligste aktivitet er passiv pengeanbringelse og/eller udlejning af fast ejendom. Selskaberne er kendetegnet ved, at de ikke udfører eller kun i mindre grad udfører en reel erhvervsaktivitet. Baggrunden for at udelukke muligheden for succession er, at successionsreglerne er tiltænkt reelle erhvervsvirksomheder som en likviditetslettende generationsskifte regel. Hvis der ikke er tale om en reel erhvervsvirksomhed, bør succession efter regeringens opfattelse ikke være mulig.”

Det nævnes i bemærkningerne til § 1 i lovforslaget, at der med formuleringen om udlejning af fast ejendom, besiddelse af kontanter og værdipapirer og lignende omfattes alle passive pengeanbringelser, såsom kontanter, bankindeståender, finansielle kontrakter, obligationer, aktier, anparter, andelsbeviser, investeringsforeningsbeviser mv. De opregnede aktivtyper i bestemmelsen var således de aktiver, som kunne udgøre passiv kapitalanbringelse.

Efter ændringerne og den nye aktieavancebeskatningslov kom i 2005, overgik bestemmelserne om succession til den nye lov²⁴ og fremgik herefter – og stadigvæk – af ABL § 34. Bestemmelsen er endnu engang ændret i 2017 (2017-ændringerne), således at succession i forbindelse med et generationsskifte nu er afhængigt af, at virksomheden ikke i overvejende grad består af passiv kapitalanbringelse.

¹⁷ Lov nr. 295 af 10. juni 1981.

¹⁸ FT L140, 1980/81, Tillæg A, sp. 3323. Se også *Jane K. Bille*, Skattemæssig succession, 1. udg. (2006) s. 65.

¹⁹ Lov nr. 763 af 14. december 1988.

²⁰ FT L190, 1987/88, 1. saml., Tillæg A, sp. 3665.

²¹ Betænkning nr. 1111 af 21. maj 1987 om »Generationsskiftets skatter og afgifter«.

²² Lov nr. 1285 af 20. december 2000.

²³ FT L36, 2000/01, Tillæg A, s. 940, almindelige bemærkninger.

²⁴ Lov nr. 1413 af 21. december 2005.

3.4. ABL § 34 og ”passiv kapitalanbringelse”:

Pengetankreglen er i ABL § 34 i lovens kapitel 7. Her er det fastslået, at der er mulighed for skattemæssig succession i forbindelse med et generationsskifte efter reglerne i stk. 2-4, hvis betingelserne i stk. 1 er opfyldt, dog jf. stk. 6.

Når disse betingelser er opfyldt, er der som udgangspunkt mulighed for at foretage et generationsskifte af ens virksomhed med skattemæssig succession. Det er en betingelse i ABL § 34, stk. 1, nr. 3, at virksomheden ikke i *overvejende grad* må bestå af *passiv kapitalanbringelse*. Der opstilles således to kriterier for vurderingen, hvoraf den ene er mængden af passiv kapitalanbringelse, og den anden er, hvad passiv kapitalanbringelse er²⁵.

3.4.1. ”Passiv kapitalanbringelse”:

Først er det relevant at afgøre, om et aktiv er passiv kapitalanbringelse, for herefter at vurdere om virksomheden i overvejende grad består af det. Det medfører spørgsmålet om, hvad passiv kapitalanbringelse er. I ABL § 34, stk. 1, nr. 3, står det skrevet, at det er virksomheden i selskabet og ikke selskabets som sådan, der er afgørende ved bedømmelsen, jf. formuleringen ”[...]selskab m.v., hvis virksomhed [...]”. Det fastslår dog ikke nøjagtigt, hvad passiv kapitalanbringelse omfatter. Der henvises i bestemmelsen til stk. 6, hvor der i 1. pkt. gives en nærmere beskrivelse af, hvad det omfatter, når en virksomhed består af passiv kapitalanbringelse. Det fastslås, at det opfylder stk. 1, nr. 3, når mindst 50 pct. af selskabets indtægter eller aktiver stammer fra fast ejendom, kontanter, værdipapirer el.lign. Der opstilles dermed nogle indtægtsmæssige rammer for, hvornår stk. 1, nr. 3, er opfyldt.

Hvad angår spørgsmålet om passiv kapitalanbringelse, er det beskrevet i loven som, at indtægten skal stamme fra ”fast ejendom, kontanter, værdipapirer el.lign.” Der nævnes dermed tre aktivtyper, som kan udgøre passiv kapitalanbringelse. Det er derfor relevant at spørge, om passiv kapitalanbringelse er begrænset til de tre aktivtyper, eller om det blot er eksempler fra en ikke udtømmende liste. Og om disse aktiver per definition er passiv kapitalanbringelse, medmindre andet konkret kan konkluderes, eller alle aktiver altid skal underlægges en konkret vurdering. Det er ikke yderligere beskrevet i lovteksten, hvordan sådan en vurdering eventuelt skal foretages.

Begrebet ”passiv kapitalanbringelse” er indført ved 2017-ændringerne, hvor man valgte at indføre begrebet for bl.a. at udvide området for pengetankaktiver samt lægge vægt på, at det afgørende er, hvorvidt virksomheden består af passiv kapitalanbringelse²⁶. Man har ved ændringen fra lovgivers side valgt at beholde henvisningen til de nævnte aktiver direkte i lovteksten, og ikke nøjedes med kun at skrive ”passiv kapitalanbringelse”. 2017-ændringerne medførte dog, at formuleringen i teksten blev ændret fra ”udlejning af fast ejendom” til ”fast ejendom”. Bevarelsen af de nævnte aktiver er et bevidst valg fra lovgivers side, og man kan dermed stille spørgsmålet, om indførelsen af begrebet ”passiv kapitalanbringelse” ændrer på forståelsen af bestemmelsen.

Hvis man anlægger en snæver ordlydsfortolkning, må de nævnte aktiver anses for at være en udtømmende liste. En modsætningsslutning medfører, at andre aktiver end de nævnte, eller dem der kan sidestilles hermed, jf. ”el.lign.”, ikke kan være pengetankaktiver. Denne fortolkning har været fremlagt i den juridiske litteratur af forfatteren Michael Serup²⁷, men er dog blevet afvist af Højesteret i

²⁵ Michael Serup, Generationsskifte – Omstrukturering, 2019, 3. udg., kap. 4 afsnit 3.3.1.1., s. 347.

²⁶ FT L183, 2016/17, Tillæg A, almindelige bemærkninger, afsnit 3.1.2.2.

²⁷ Michael Serup, Generationsskifte – Omstrukturering 3. udg. (2019) kap. 4, afsnit 3.3.1.1., s. 348.

afgørelsen SKM 2023.168 H²⁸, hvor de fastslår, at der ikke er grund til at anlægge en snæver fortolkning af, hvad der skal forstås som passiv kapitalanbringelse. En snæver fortolkning af passiv kapitalanbringelse kan således ikke siges at være gældende ret. Der må derfor foretages en bred fortolkning af ordlyden i ABL § 34, hvormed formuleringen ”fast ejendom, kontanter og værdipapirer el.lign.” ikke udgør en udtømmende opregning. Dette finder også støtte i forarbejderne til 2017-ændringerne, hvor lovgiver fastslog, at opregningen af aktiver ikke er udtømmende²⁹ og senest fastslået af Højesteret i SKM 2023.168 H.

3.4.2. ”Overvejende grad”:

Det andet kriterie i ABL § 34, stk. 1, nr. 3 er selve mængden af den passive kapitalanbringelse. Det er et krav, at virksomheden ikke i *overvejende grad* må bestå af passiv kapitalanbringelse. Formuleringen ”i overvejende grad” blev indsat i bestemmelsen i 2002³⁰. Det bliver dermed afgørende for vurderingen af, om selskabet anses for at være en pengetank, hvor stor en andel af indtægten eller besiddelsen af aktiverne, som er passiv kapitalanbringelse. Der er således tale om et objektivt kriterie, der kan måles. Grænsen, for hvad der anses for at være i overvejende grad, er i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. fastslået til 50 pct. I reglernes levetid har grænsen været ændret flere gange. Grænsen var ved sin indsættelse i 2000 på 25 pct., men blev senere ved ændringen i 2002 ændret til 50 pct. og igen i 2006 til 75 pct.³¹ Grænsen på de 75 pct. blev bevaret i nogle år, indtil den blev sænket igen til de nuværende 50 pct. i 2011³².

Det er ud fra ordlyden og forarbejderne til 2017-ændringerne fastslået, at et selskab ikke kan overdrages med skattemæssig succession, hvis det i overvejende grad består af passiv kapitalanbringelse, herunder fast ejendom, kontanter, værdipapirer el.lign. Omfanget af passiv kapitalanbringelse er ikke begrænset til de opregnede aktiver, men kan omfatte andre aktiver efter en konkret vurdering, jf. SKM 2023.168 H. Udgangspunktet for afhandlingen vil være denne dom, og der vil i det følgende blive analyseret på de momenter af den konkrete vurdering, som Højesteret inddrager i deres begrundelse for afgørelsen.

4. Analyse af SKM 2023.168 H³³:

Grundlaget for den praksis, som føres i dag, når man skal vurdere, om et aktiv er passiv kapitalanbringelse, ligger i lovgrundlaget i ABL § 34 og højesteretsdommen fra 2023, SKM 2023.168 H. Dommen er afsagt af Højesteret, der er øverste instans i vores retssystem, og den har således en stor retskildeværdi³⁴. Dommen har været retningsgivende på området for, hvilke aktiver der kan være penge-tankaktiver, og hvornår der skal foretages en konkret vurdering af et aktiv. Dommen har også rejst

²⁸ Præmisserne i SKM 2023.168 H, og se *Birgitte Sølvkær Olesen*, *Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag*, 7. udg. (2023), s. 106. SKM 2023.168 H behandles uddybende nedenfor særligt i afsnit 4.

²⁹ FT L183, 2016/17, Tillæg A, almindelige bemærkninger, afsnit 3.1.2.2.

³⁰ Lov nr. 394 af 6. juni 2002.

³¹ Lov nr. 1580 af 20. december 2006.

³² Lov nr. 1380 af 28. december 2011 og se *Henrik Peytz*, *Aktieavancebeskatningsloven*, 3. udg. (2015), s. 788f., punkt 20.

³³ Afgørelsen vil gennem afhandlingen blive henvist til som SKM 2023.168 H, der dog ikke er udgivet med Landsrettens afgørelse. For Landsrettens afgørelse se U 2023.1536 H.

³⁴ *Peter Blume*, *Retssystemet og juridisk metode*, 4. udg. (2020) s. 190.

nogle spørgsmål vedrørende emnet, der i det følgende vil forsøges analyseret og besvaret ud fra praksis. Højesteretsdommen er grundlæggende for emnet og vil derfor indledningsvist blive analyseret. Sagen angik spørgsmålet, om der kunne ske overdragelse med succession af en virksomhed, der ejede to mindre andele af to partnerselskaber, der investerede i solcelle- og vindmølleanlæg. A ejede 100 pct. af selskabet PMG Finans, hvoraf A ønskede at succesionsoverdrage 25 pct. af kapitalandelene til hver af sine døtre. PMG Finans ejede 100 pct. af selskabet PMG Invest ApS, der bl.a. foretog investeringer i solcelle- og vindmølleanlæg. Det skete ved, at PMG Invest ApS ejede 1,42 pct. af partnerselskabet Obton Balance Selskabsinvestor P/S, der gennem et andet partnerselskab ejede solcelleanlæg. På samme måde ejede PMG Invest ApS 2,25 pct. af partnerselskabet Obton Windpark Selskabsinvestor P/S, der gennem et andet partnerselskab ejede vindmølleanlæg.

Spørgsmålet var, om de pågældende investeringer i solcelleanlæggene og vindmøllerne var passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6. Højesteret kom frem til, at de ikke fandt holdepunkter for, at der kunne anlægges en snæver fortolkning af, hvad der skal forstås som passiv kapitalanbringelse i hverken ordlyden eller forarbejderne til ABL § 34. De fastslog efterfølgende, at der derfor måtte foretages en konkret vurdering af investeringerne. Ud fra denne konkrete vurdering begrundede Højesteret bl.a. deres afgørelse med, at investeringen skete gennem partnerselskaber med ejerskab på hhv. 1,42 pct. og 2,25 pct. Desuden måtte det lægges til grund, at selskaberne, som investeringerne var foretaget i, var investeringsselskaber, der tilbød investeringsprojekter, som fungerede som alternativ til investering i volatile aktier og lavt forrentede obligationer. På baggrund af det fandt Højesteret, at der var tale om passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6.

4.1. Hvordan behandler Højesteret den konkrete vurdering?

Højesteret åbnede for en debat om fortolkningen af begrebet ”passiv kapitalanbringelse” og gav et svar på, hvordan vi skal forholde os til det, når man skal foretage en konkret vurdering. Spørgsmålet er dog, om Højesteret egentlig fastslog, hvordan den konkrete vurdering skal foretages. De skrev i præmisserne, at det måtte bero på en konkret vurdering, om investering i andele af vindmøller og solcelleanlæg via partnerselskaber måtte anses for passiv kapitalanbringelse. Herefter gik Højesteret ind i de pågældende partnerselskaber og så på deres formål og egne oplysninger om deres aktivitet. De skrev, at der efter de fremlagte oplysninger måtte lægges til grund, at Obton Balance Selskabsinvestor og Obton Windpark Selskabsinvestor var investeringsselskaber, der via andre Obton-partnerselskaber investerede i vindmøller og solcelleparker. Fra hjemmesiden www.obton.com fremgik det, at de investeringsprojekter, der var tilbudt, var solide alternativer til volatile aktier og lavt forrentede obligationer. Højesteret brugte denne begrundelse til at komme frem til, at der således måtte være tale om passiv kapitalanbringelse. Spørgsmålet er derfor, om Højesteret sagde noget generelt om den konkrete vurdering, eller de nærmere lagde til grund, at der i dette tilfælde var tale om passiv kapitalanbringelse, bl.a. fordi der var tale om så små ejerandele, at der skete investering gennem partnerselskaber, og at selskabet selv markedsførte sig med, at projekterne kunne være et alternativ til investering i volatile aktier og lavt forrentede obligationer. Det måtte i det konkrete tilfælde være at sammenligne med investering i værdipapirer, der som udgangspunkt er passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 6, 1. pkt.

Højesteret kom ikke med nogle generelle linjer for den konkrete vurdering. De åbnede for, at penge-tankreglen også kan omfatte vindmøller og solcelleparker. Det er i den forbindelse relevant at overveje om, investeringerne i solcelleanlæggene og vindmøllerne var at sammenligne med fast ejendom, grundet konstruktionen af dem, eller de derimod var at sammenligne med værdipapirer, grundet de små ejerandele. Højesteret skrev ikke noget om, hvorvidt solcelleparker og vindmøller var omfattet af begrebet fast ejendom. De nævnte derimod flere gange, at der var tale om investering gennem partnerselskaber, og at der var tale om en lille ejerandel.

Det overordnede spørgsmål bliver således, hvornår man skal foretage den konkrete vurdering af, om et aktiv er passiv kapitalanbringelse, og hvilke momenter der i denne vurdering skal lægges vægt på, når grænsen mellem aktiv og passiv undersøges. Højesteret fastslog ikke nogen generelle retningslinjer for, hvordan denne vurdering skulle foretages, men de inddragede nogle momenter i deres vurdering, og der blev rejst flere spørgsmål i sagen, som kunne have en betydning for den konkrete vurdering. De spørgsmål, som blev taget til overvejelse i afgørelsen, vil blive gennemgået nedenfor.

4.2. Hvilke spørgsmål rejste Højesteret i sagen?

Der var flere momenter i Højesterets dom, der lå til grund for deres afgørelse. Det bliver relevant at undersøge, hvilken betydning følgende momenter havde:

- Investeringen skete gennem partnerselskaber, der er skattemæssigt transparente.
- Sammenligning af solcelle- og vindmøleanlæg med fast ejendom.
- Sammenligning af de små ejerandele af selskaberne (under 25 pct.), med besiddelse af værdipapirer.
- Omfanget af ejerskabets aktive deltagelse i virksomhedens drift.

I de følgende afsnit vil det blive undersøgt, hvilken betydning de forskellige momenter har for den konkrete vurdering generelt. Der er forsøgt at isolere momenterne i analysen for at behandle deres betydning hver for sig. Nogle afgørelser vil derfor blive behandlet i flere afsnit.

5. Investering gennem partnerselskaber:

5.1. Generelt om partnerselskaber:

Et partnerselskab er i SL § 5, nr. 23 defineret som: ”*et kommanditselskab, jf. § 2, stk. 2, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, hvor kommanditisterne i selskabet har indskudt en bestemt kapital, som er fordelt på aktier, jf. kapitel 21*”. Selskabsretligt er partnerselskabet omfattet af aktieselskaber, jf. SL § 5, nr. 1. Når der investeres gennem et partnerselskab, skal man dog være opmærksom på, at partnerselskabet selskabsretligt set er en selvstændig juridisk enhed, men ikke er et selvstændigt skatteretligt subjekt³⁵. Det medfører, at det ikke er partnerselskabet som selskab, der skal beskattes, i modsætning til kapitalselskaber, hvor selskabet beskattes efter de selskabsskatteretlige regler. Fra et selskabsretligt synspunkt har den enkelte selskabsdeltager ejerskab af en ideel andel af selskabets værdier, men ikke direkte ejendomsret over aktiverne³⁶. Ejersens stilling svarer selskabsretligt omtrent til en aktionærs andel i formuen af et aktieselskab³⁷. Når det angår partnerselskaber, ser man igennem partnerselskabskonstruktionen, hvormed ejeren af partnerselskabet reelt anses for direkte at eje en ideel andel af de aktiver, som partnerselskabet ejer. Således beskattes ejeren af aktiverne direkte, frem for at selskabet beskattes³⁸. Dette kendes også som det skatteretlige transparensprincip. Når der iht. reglen om moder- og datterselskaber i ABL § 34, stk. 6, 3. – 6. pkt., skal ske en vurdering af datterselskabets indtægter og aktiver ift. moderselskabets aktivitet, skal denne vurdering dermed foretages ift. det kapitalselskab eller fysiske person, der i sidste ende ejer aktivet³⁹.

³⁵ Birgitte Sølvkær Olesen, *Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag*, 7. udg. (2023) s. 44 og *Jan Pedersen m.fl.*, *Skatteretten* 2, 9. udg. (2021), s. 885.

³⁶ *Jan Pedersen m.fl.*, *Skatteretten* 2, 9. udg. (2021), s. 886.

³⁷ *Jan Pedersen m.fl.*, *Skatteretten* 2, 9. udg. (2021), s. 886.

³⁸ Birgitte Sølvkær Olesen, *Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag*, 7. udg. (2023) s. 44.

³⁹ Reglen i ABL § 34, stk. 6, 3. – 6. pkt. beskrives nærmere i afsnit 7.1.

5.2. SKM 2023.168 H og investering gennem partnerselskaber:

For at finde frem til, hvad Højesteret har lagt vægt på i deres konkrete vurdering af A's investeringer i de pågældende solcelleparker og vindmøller, er det relevant at overveje, om Højesteret har lagt til grund, at investeringerne skete gennem en koncernstruktur bestående af flere partnerselskaber. A foretog investeringerne gennem Obton Balance Selskabsinvestor P/S og Obton Windpark Selskabsinvestor P/S samt deres to datterselskaber, der ligeledes var partnerselskaber, og som direkte havde investeret i anlæggene. Hvorvidt Højesteret har lagt vægt på strukturen af ejerskabsforholdene må afgøres ud fra præmisserne. Det taler herfor, at Højesteret nævnte partnerselskaberne, da de begrundede deres afgørelse, sammen med argumentet, at der var tale om meget små ejerandele. Ville Højesteret ikke bruge selskabsstrukturen som et argument, havde de ikke grund til at inddrage det i begrundelsen for afgørelsen, men kunne have begrænset sig til at benytte de andre momenter i vurderingen. Det må derfor antages, at det, at A's investeringer var foretaget gennem partnerselskaber, har haft en betydning for den konkrete vurdering, som Højesteret foretog. Det har talt for, at der var tale om passiv kapitalanbringelse, da vurderingen af aktivet skulle ske ift. aktiviteten i PMG Invest ApS, som foretog investeringerne gennem partnerselskaberne. Højesteret lagde i afgørelsen vægt på, at det fremgår af PMG Invests årsrapport for 2018, at deres aktiver primært bestod af finansielle aktiver i form af børsnoterede og unoterede kapitalandele, herunder mindre andele i vind- og solcelleselskaber. På baggrund af dette må det antages, at PMG Invest hovedsageligt foretog passive investeringer, hvorfor det taler for, at investeringerne i andelene i vindmøllerne og solcelleanlæg via partnerselskaberne var passiv kapitalanbringelse.

5.3. SKM 2020.24 LSR:

Sagen angik personen A, der ejede H1 A/S og ønskede at foretage et generationsskifte med skattemæssig succession af dette selskab til sine børn. H1 A/S ejede flere datterselskaber bl.a. et partnerselskab H6 P/S, der investerede i solceller i flere lande. Spørgsmålet var, om disse investeringer i solceller skulle anses for at være passiv kapitalanbringelse i henhold til ABL § 34⁴⁰.

I afgørelsen henvises der bl.a. til Skatterådets bindende svar i sagen (SKM 2018.459 SR), hvor Skatterådet rejste spørgsmålet, om investeringen gennem et partnerselskab måtte anses for at være omfattet af formuleringen ”værdipapirer el.lign.” i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. Skatterådet lagde dog ikke afgørende vægt på partnerselskabet som valg af selskab og konkluderede, at den skattemæssige transparens måtte opretholdes. Det var derfor partnerselskabets aktiver, solcellerne, der skulle indgå i den konkrete vurdering af om H1 A/S i overvejende grad bestod af passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3. Skatterådet afviste således alene at lægge partnerselskabet til grund for at anse investeringen som passiv kapitalanbringelse. Det blev dog også anført, at spørgers hæftelse var begrænset til den kapital, der var investeret i solcelleanlægget. Dette er et af de forhold, der gør sig gældende ved partnerselskaber, hvor der skal være mindst én komplementar og mindst én kommanditist. Kommanditistens hæftelse er begrænset til den pågældendes indskud i selskabet – modsat komplementaren, der hæfter personligt og solidarisk for selskabets gæld⁴¹. På den måde blev der alligevel lagt en smule vægt på, at investeringen var sket gennem den særlige konstruktion i et partnerselskab, og det måtte derfor indgå som en faktor i den konkrete vurdering.

Landsskatteretten stadfæstede Skatterådets bindende svar og fastholdt, at investeringen i solcellerne gennem et partnerselskab i det konkrete tilfælde måtte være passiv kapitalanbringelse. Skatterådet lagde til grund, at bedømmelsen efter 2017-ændringerne beror på en konkret vurdering, herunder en

⁴⁰ Afgørelsen behandles også nedenfor i afsnit 6.2.2 og afsnit 8.6.

⁴¹ Jan Pedersen *m.fl.*, Skatteretten 2, 9. udg. (2021), s. 904.

bedømmelse af selskabets aktivitet. Selskabet H1 A/S deltog ikke aktivt i driften af anlæggene, men oppebar alene et afkast af investeringen, hvorfor der ikke var tale om reel erhvervsaktivitet. Samtidig fastslog de, at opregningen af aktiver i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. ikke var udtømmende, og derfor godt kunne omfatte de pågældende solcelleanlæg. I Landsskatterettens afgørelse fastslog de, at den konkrete vurdering omfattede en bedømmelse af selskabets aktivitet, samt at der skulle ske en bred fortolkning af ordlyden i ABL § 34, stk. 6, således, at andre aktiver end de opregnede kunne være omfattet. Landsskatteretten gik ikke direkte ind og afgjorde, om investeringen gennem et partnerselskab kunne karakteriseres som investering i ”værdipapirer og lign.” eller ”fast ejendom el.lign.” I begrundelsen er det nævnt, at den pågældende aktivitet er investering i solcelleanlæg gennem partnerselskabet. Det må således antages at have haft en betydning for Landsskatteretten, at investeringen var sket gennem et partnerselskab, og at det har talt for, at investeringen var passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6.

Afgørelsen blev truffet med dissens, hvor ét retsmedlem stemte for at ændre Skatterådets bindende svar og vurderede solcelleanlæggene som værende en del af selskabets aktive erhvervsvirksomhed. Der blev herfor lagt til grund, at de i skattemæssig henseende måtte anses for at være driftsmidler, og derfor ikke var omfattet af de opregnede aktiver i ABL § 34. Det må dog bemærkes at afgørelsen SKM 2020.24 LSR er afsagt inden højesteretsafgørelsen SKM 2023.168 H, og derfor ikke har fulgt de retningslinjer Højesteret har fremsat i deres afgørelse, herunder at det må afvises at anvende en snæver fortolkning af ordlyden i ABL § 34. Flertallet af retsmedlemmerne i sagen for Landsskatteretten stemte dog i overensstemmelse med afgørelsen i SKM 2023.168 H, hvorfor afgørelsen fortsat er relevant.

5.4. Delkonklusion om investering gennem partnerselskaber:

Ud fra SKM 2023.168 H er det klart, at der må foretages en konkret vurdering af aktiver, der kan sidestilles med de opregnede aktiver i ABL § 34, for at vurdere om de er passiv kapitalanbringelse. I SKM 2023.168 H blev det i præmisserne nævnt, at investeringen i solcelleanlæggene og vindmøllerne, der lå til grund for vurderingen, blev foretaget gennem partnerselskaber. Det kan ikke ud fra dommen afgøres, om der er lagt afgørende vægt på dette moment, men det må antages, at det har haft en betydning i den konkrete vurdering og at det har talt for, at der var tale om passiv kapitalanbringelse. Ved en investering gennem et partnerselskab ser man skatteretligt bort fra partnerselskabet og anser aktivet som direkte ejet af ejeren eller af et kapitalselskab. Vurderingen af aktivet skal derfor foretages i forhold til det kapitalselskab eller de ejere, der ejer partnerselskaberne. I både SKM 2023.168 H og SKM 2020.24 LSR går Højesteret og Landsskatteretten ind i afgørelserne og nævner, at investeringerne er sket gennem partnerselskaber. Det taler i begge tilfælde for, at der var tale om passiv kapitalanbringelse. Hverken Højesteret eller Landsskatteretten går dog ind og viser hvor meget de har lagt vægt på dette moment, hvorfor det ikke kan konkluderes, om der er tale om et afgørende moment for vurderingen eller blot et mindre moment, der har talt for resultatet.

6. Begrebet ”fast ejendom el.lign.”:

6.1. Begrebet ”fast ejendom” i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt.:

Op til ændringen af pengetankreglen ved 2017-ændringerne lød opregningen af aktiver i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. på ”udlejning af fast ejendom eller besiddelse af kontanter, værdipapirer el.lign.” Efter lovændringen fik bestemmelsen sin nuværende ordlyd ”fast ejendom, kontanter, værdipapirer el.lign.” Formuleringen ”udlejning af fast ejendom” blev således ændret til blot at lyde på ”fast ejendom”. Det var lovgivers ønske at udvide bestemmelsen til også at omfatte andre typer af fast ejendom end udlejningsejendomme. Man ønskede med ændringen at omfatte besiddelse af fast ejendom ved

opgørelsen af pengetankreglen, særligt ubebyggede grunde og ejendomsprojekter. Indtil ændringen blev ubebyggede grunde og ejendomsprojekter anset for at være erhvervsaktiver ifølge praksis fra Skatterådet på trods af, at aktiverne reelt kunne sammenlignes med udlejningsejendomme⁴². Pengetankreglen var således blevet for snæver, da den ikke omfattede aktiver, der reelt kunne sammenlignes med andre pengetankaktiver. Det fastslås i forarbejderne til ændringen, at listen af opregnede aktivtyper i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. ikke er udtømmende, samt at der skal foretages en konkret vurdering af aktivet⁴³. Med ændringen af lovteksten, kan det fortolkes således, at al besiddelse af fast ejendom eller aktiver, der kan sidestilles hermed, kan være pengetankaktiver.

Det fremgår dog også af forarbejderne til 2017-ændringerne, at der ikke er tale om passiv kapitalanbringelse, når en erhvervsvirksomhed erhverver en byggegrund med henblik på at opføre et nyt domicil eller driftsbygning, samt et typehusfirmas midlertidige udlejning af nyopførte boliger bestemt til videresalg⁴⁴. Der er således specifikke undtagelser hvad angår disse typer af aktiver. Lovgiver understregede dette yderligere i en kommentar til et høringssvar fra Dansk Byggeri i forbindelse med vedtagelsen af lovforslaget⁴⁵. Her understregede ministeren, at fast ejendom som udgangspunkt skal medregnes som pengetankaktiv, medmindre det ikke har karakter af passiv kapitalanbringelse. Det medfører, at aktiver – herunder ejendomme – der ikke kan anses for passiv kapitalanbringelse, ikke skal medregnes som pengetankaktiver, hvis det konkret vurderes, at de udgør reel erhvervsaktiv virksomhed. Samtidig omfatter bestemmelsen nu også aktiver, der reelt er passiv kapitalanbringelse, selvom der ikke er tale om en af de aktivtyper, der er udtrykkeligt nævnt i bestemmelsen, jf. forarbejderne og SKM 2023.168 H.

Lovgiver fik således i bemærkningerne fastslået, at det ikke længere blot er udlejning af fast ejendom, der kan være passiv kapitalanbringelse, men at enhver besiddelse af fast ejendom eller et andet aktiv, der skal sammenlignes hermed, efter konkret vurdering kan være et pengetankaktiv.

6.2. Solcelle- og vindmølle anlæg:

6.2.1. SKM 2023.168 H og begrebet ”fast ejendom”:

Efter 2017-ændringerne omfatter bestemmelsen nu også andre aktiver, der ligner fast ejendom. Det er derfor relevant at inddrage praksis, hvor det er blevet behandlet, hvorvidt et aktiv er omfattet af begrebet ”fast ejendom” eller det er et aktiv, der kan sammenlignes hermed og dermed omfattet af formuleringen ”el.lign.”. Et af momenterne i vurderingen fremlagt i SKM 2023.168 H var bl.a., hvorvidt solcelleanlæg og vindmøller var direkte omfattet af begrebet ”fast ejendom el.lign.” som nævnt i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. Spørgsmålet var, om disse aktiver var at sammenligne med fast ejendom og i så fald, hvad det havde af betydning for vurderingen, og hvilken vægt det blev tillagt i den konkrete vurdering.

I SKM 2023.168 H nedlagde A påstand om, at ejerandelene af solcelleanlæggene og vindmøllerne var aktiv kapitalanbringelse. Det begrundede A med, at vindmøller og solcelleanlæg ikke falder ind under lovens definition af pengetankaktiver, idet de ikke er ”fast ejendom, kontanter, værdipapirer el.lign.” og ikke kan sidestilles med nogen af disse aktivtyper. Disse anlæg er elproduktionsvirksomheder og skal derfor karakteriseres som driftsmidler. De kan af den grund ikke være passiv kapitalanbringelse og dermed et pengetankaktiv. A fremlagde som anbringende, at der foreligger ”[...] et firkantet aktivkriterium, som ikke giver mulighed for nogen skønsudøvelse.” Hermed mente A, at der var tale om en objektiv regel, hvor begrebet ”fast ejendom” var fast og ikke kunne udvides til at

⁴² FT L183, 2016/17, Tillæg A, almindelige bemærkninger, afsnit 3.1.2.2.

⁴³ FT L183, 2016/17, Tillæg A, lovforslagets enkelte bestemmelser, § 2, nr. 3.

⁴⁴ FT L183, 2016/17, Tillæg A, lovforslagets enkelte bestemmelser, § 2, nr. 3.

⁴⁵ FT L183, 2016/17, bilag 1, høringsskema, Dansk Byggeri, s. 14, afsnit om ”Pengetankreglen”

omfatte f.eks. solcelleanlæg og vindmøller. Dette var desuden foranlediget af, at Skattestyrelsen i deres foregående afgørelse om bindende svar havde fremført, at driftsanlæggene i den pågældende sag skulle betragtes som finansielle anlæg, der kunne sidestilles med fast ejendom.

Højesteret stadfæstede Landsrettens afgørelse, men fremlagde en anden begrundelse herfor. I præmisserne nævnte de, at investeringen var sket gennem partnerselskaber, samt at selskaberne selv markedsførte investeringerne som alternativer til andre finansielle investeringer i volatile aktier og lavt forrentede obligationer. Højesteret fastslog, at der hverken er grobund i loven eller i dens forarbejder for at anlægge en snæver fortolkning af begrebet ”passiv kapitalanbringelse”. I overensstemmelse med lovforarbejderne til 2017-ændringerne, fastslog Højesteret, at den opregnede liste ikke er udtømmende, og at der skal foretages en konkret vurdering. Det afgørende var at aktivet kunne anses for at være passiv kapitalanbringelse og dermed ikke var en del af den reelle erhvervsaktivitet.

Eftersom Højesteret ikke direkte behandlede hvorvidt at solcelle- og vindmølleanlæg var at sidestille med fast ejendom men fastslog, at det beroede på en konkret vurdering, er det svært at afgøre, hvor meget Højesteret lagde vægt på momentet i deres vurdering. Det er svært at bedømme om pengetankreglen i lyset af Højesterets præmisser kan omfatte alle aktiver efter en konkret vurdering, eller de fortsat skal være at sammenligne med de opregnede aktivtyper, jf. formuleringen ”el.lign.”.

Et udvalg af afgørelser, hvor momentet, om aktivet er omfattet af ”fast ejendom el.lign.”, indgår, behandles i det følgende.

6.2.2. SKM 2020.24 LSR:

Landsskatteretsafgørelsen SKM 2020.24 LSR, der er gennemgået ovenfor i afsnit 5.3, omhandlede også spørgsmålet om, hvorvidt de pågældende solcelleanlæg kunne anses for at være ”fast ejendom el.lign.” i henhold til ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. Landsskatteretten behandlede Skatterådets bindende svar og kom frem til, at solcelleanlæggene var omfattet af ”fast ejendom el.lign.”

I deres begrundelse fastslog Skatterådet, at der ikke er andre steder i skattelovgivningen, hvor solcelleanlæg anses for direkte at være fast ejendom. Formuleringen i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt., indeholder dog også ”el.lign.”, og det blev fremført, at opregningen ikke er udtømmende, men det også omfatter andre aktiver, hvis karakteristika ligner fast ejendom. Ved sammenligning af karakteristika ved solcelleanlæg og fast ejendom, fremgik det af Skatterådets afgørelse:

”Efter Skattestyrelsens opfattelse er fast ejendom bl.a. kendetegnet ved, at den faste ejendom er stationær og således bestemt til at forblive på stedet. En fast ejendom har endvidere typisk en vis størrelse. Det må bl.a. kunne omfatte store stationære aktiver så som vindmøller, der afskrivningsmæssigt ligeledes behandles som et driftsmiddel. Solcelleanlæg er lige som faste ejendomme og vindmøller stationære og bestemt til at forblive på stedet. De har endvidere en vis størrelse. Dette indebærer efter Skattestyrelsens opfattelse, at et solcelleanlæg er en ”fast ejendom eller lignende”. ”

Skattestyrelsen fastslog således, at solcelleanlægget var omfattet af formuleringen ”fast ejendom el.lign.” grundet den stationære bygning, dens størrelse og dét, at de var bestemt til at forblive på stedet. Det talte desuden for passiv kapitalanbringelse, at solcelleanlægget alene genererede et økonomisk afkast. Det kunne dermed sammenlignes med at anbringe kapital i en udlejningsejendom. En udlejningsejendom er efter bestemmelsen i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt., omfattet af ordlyden ”fast ejendom”, hvilket er fastslået i forarbejderne til 2017-ændringerne⁴⁶.

⁴⁶ FT L183, 2016/17, Tillæg A, lovforslagets enkelte bestemmelser, § 2, nr. 3.

Landsskatteretten stadfæstede Skatterådets bindende svar og fastholdt, at investeringen i solcellerne gennem et partnerselskab måtte være passiv kapitalanbringelse, da de var omfattet af opregningen af aktiver i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. Landsskatteretten kom dermed frem til, at solcellerne var omfattet af bestemmelsen, uden at Landsskatteretten direkte gik ind og fastslog, hvorvidt de var fast ejendom eller værdipapirer. Det må dog konkluderes ud fra præmisserne i afgørelsen, at Landsskatteretten lagde til grund, at solcelleanlæg kunne være et aktiv, der var passiv kapitalanbringelse og omfattet af bestemmelsen i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. Afgørelsen er i overensstemmelse med SKM 2023.168 H, hvor Højesteret afviste at anvende en snæver fortolkning af ordlyden i ABL § 34, stk. 6.

6.2.3. SKM 2020.52 SR:

Et andet eksempel i praksis, hvor momentet om aktivet var omfattet af ”fast ejendom el.lign.” indgik, er SKM 2020.52 SR. Sagen angik nogle spillere, der gennem et holdingselskab ”Selskabet”, ejede et datterselskab ”Energiselskabet”. ”Energiselskabet” ejede 100 pct. af anparterne i K/S Sol, der ejede 100 pct. af et tysk selskab, som besad en solcellepark i Tyskland. Derudover ejede Energiselskabet en ejerandel i P/S Vind, der via et andet partnerselskab investerede i vindmøller i Tyskland. Der blev oplyst om solcelleparken i Tyskland, at denne var en jordbaseret solcellepark, hvor selve solcellerne var monteret på stativer på jorden. Spørgerne ønskede at lave et generationsskifte af ”Selskabet”, og måtte derfor have svar på, om den fulde besiddelse af solcelleparken samt andelen af det partnerselskab, der investerede i vindmøller, skulle kvalificeres som passiv kapitalanbringelse efter ABL § 34.

Hvad angik spørgsmålet om solcelleanlæg og vindmøller kunne kvalificeres som ”fast ejendom el.lign.”, gik Skattestyrelsen først ind og så på, om begrebet ”fast ejendom el.lign.” kunne udstrækkes til andet end hvad der direkte var omfattet af fast ejendom. Skattestyrelsen kom frem til, at ”fast ejendom el.lign.” kunne omfatte aktiver, der ikke i sig selv skattemæssigt kunne kvalificeres som fast ejendom i relation til andre dele af skattelovgivningen, men som f.eks. lå i grænsefeltet mellem fast ejendom og driftsmidler. Desuden henviste Skattestyrelsen til det bindende svar i SKM 2018.459 SR⁴⁷, hvor Skatterådet fastslog, at et solcelleanlæg efter Skatterådets opfattelse kunne sidestilles med ”fast ejendom el.lign.”, fordi solcelleanlæggene var stationære, bestemt til at blive på stedet, og var af en vis størrelse. Dette førte i SKM 2020.52 SR til, at Skattestyrelsen fandt, at de pågældende solcelleanlæg og vindmøller skulle medtages i vurderingen af passiv kapitalanbringelse. Der skulle herefter foretages en konkret vurdering af aktiverne hver især, hvor der henset til virksomhedens aktivitet samt ejernes deltagelse i driften, fandtes at solcelleanlæggene kunne indgå i den aktive virksomhed, hvorimod vindmøllerne var passiv kapitalanbringelse⁴⁸.

6.2.4. SKM 2021.193 SR:

Ligeledes i SKM 2021.193 SR indgik det som moment i afgørelsen, at aktivet var at sammenligne med ”fast ejendom el.lign.” Sagen angik A og B, der sammen ejede et holdingselskab. Holdingselskabet ejede, igennem datterselskabet H2, et tysk kommanditselskab, H4, som drev virksomhed ved produktion og salg af el gennem solcelleanlæg. H2 ejede ligeledes et andet selskab, der var eneste komplementar i kommanditselskabet. A ønskede at foretage et generationsskifte af H2 til B, hvormed B ville overtage det indirekte ejerskab af solcelleanlægget fuldt ud. Dette skulle ske ved en ophørspaltning af holdingselskabet og herefter en delvis overdragelse med skattemæssig succession til B efter reglerne i ABL § 34. Hermed blev spørgsmålet om solcelleanlægget skulle kvalificeres som passiv kapitalanbringelse. Skatterådet kom efter en konkret vurdering af solcelleanlægget frem til, at der ikke var tale om passiv kapitalanbringelse. Det oplyses til grund for sagen, at der var tale om

⁴⁷ Afgørelsen blev påklaget til Landsskatteretten, men er medtaget alligevel, da Landsskatteretten i SKM 2020.24 LSR, stadfæstede Skatterådets bindende svar. Se behandling ovenfor i afsnit 5.3 og 6.2.2.

⁴⁸ Om SKM 2020.52 SR se også under punkt 8.6.

solcellepaneler, der var monteret oven på fem bygninger, som selskabet lejede til formålet. De fem bygninger blev ikke anvendt til andre formål, udover opbevaring af teknisk udstyr til produktionen. Hvis den tidsbegrænsede aftale om leje af bygningerne ikke blev genforhandlet, skulle panelerne afmonteres.

Skattestyrelsen indstillede til, at det pågældende solcelleanlæg ikke skulle kvalificeres som passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6. Skattestyrelsen lagde vægt på, at solceller ikke direkte er ”fast ejendom” som i ABL § 34, jf. SKM 2020.52 SR. Det var derfor afgørende om solcelleanlæg kunne siges at være omfattet af formuleringen ”el.lign.”. Det bekræftede Skatterådet i SKM 2020.52 SR, og Skattestyrelsen tog således udgangspunkt i dette resultat. Skatterådet tiltrådte Skattestyrelsens afgørelse, men lagde dog i begrundelsen vægt på, at solcelleanlægget indgik i den aktive del, fordi ejerne deltog aktivt i driften af anlægget⁴⁹.

Det er svært at afgøre, om Skatterådet i SKM 2021.193 SR lagde vægt på konstruktionen af solcelleanlæggene, da dette ikke var inddraget i deres begrundelse for afgørelsen. Konstruktionen af panelerne kunne have været et moment i vurderingen, men lod dog ikke til at få en afgørende betydning for Skatterådet.

6.2.5. Anden praksis:

Der er således mange eksempler i praksis på, at solcelleanlæg og vindmøller kan være passiv kapitalanbringelse. Højesteret har dog ikke fastslået, at solcelleanlæg og vindmøller direkte er fast ejendom efter ABL § 34. Listen over aktivtyper i ABL § 34 er ikke udtømmende, jf. SKM 2023.168 H, og Højesteret lagde således fast at, solcelleanlæggene kan være omfattet af ”el.lign.”, hvorfor der skulle foretages en konkret vurdering. Spørgsmålet er, om det medfører, at de aktiver der direkte er opført i bestemmelsen som udgangspunkt er passiv kapitalanbringelse, hvorimod de aktiver der er omfattet af ”el.lign.”, skal underlægges en konkret vurdering. Denne fortolkning har Skattestyrelsen fulgt efter afsigelsen af SKM 2023.168 H. I deres juridiske vejledning står der følgende angående passiv kapitalanbringelse⁵⁰:

”Er der således tale om andre end de i stk. 6 udtrykkeligt nævnte aktiver (fast ejendom, kontanter og værdipapirer), skal der foretages en konkret vurdering af, hvorvidt investeringen i disse aktiver, skal anses for en passiv kapitalanbringelse. Er der investeret i de udtrykkeligt nævnte aktiver, er der - henset til at lovgiver direkte har opført disse aktivtyper i lovtæksten - efter Skattestyrelsens opfattelse en formodning for, at investeringen skal anses for passiv kapitalanbringelse. Denne formodning kan dog afkræftes konkret.”

Skattestyrelsen har fortolket Højesterets afgørelse således, at der alene foretages en konkret vurdering af aktiver, der ikke er de direkte opregnede i ABL § 34. Ved de aktivtyper der er udtrykkeligt nævnt i bestemmelsen, er der således formodning for, at der er tale om passiv kapitalanbringelse.

Skatteministeren har derimod i et svar på et spørgsmål i skatteudvalget, hvad angik om vedvarende energianlæg, såsom solcelleanlæg og vindmøller, skal beskattes som pengetanke, svaret, at der ikke gælder særlige regler for investering i vedvarende energianlæg⁵¹. Skatteministeren svarer afsluttende:

”Der skal for alle aktiver foretages en konkret vurdering af, om det skal anses for passiv kapitalanbringelse for det pågældende selskab.”

⁴⁹ Om SKM 2021.193 SR se også under punkt 8.6

⁵⁰ Den Juridiske Vejledning 2024-1, C.B.2.13.1.

⁵¹ Skatteudvalget 2023-24, SAU Alm. Del – endelig svar på spørgsmål 312, d. 29. februar 2024.

Skatteministeren lagde ud fra dette svar op til, at der skal foretages en konkret vurdering af alle aktiver, hvad end de er direkte omfattet af de oplyste aktivtyper eller ej. Skatteministeren deler således ikke den samme fortolkning af ABL § 34 som Skattestyrelsen gør, jf. Den Juridiske Vejledning.

6.2.6. Delkonklusion om solcelle- og vindmølle anlæg:

Den umiddelbare fortolkning af ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. og forarbejderne hertil er, at hvis aktivet direkte er fast ejendom, kontanter eller værdipapir, er det som udgangspunkt passiv kapitalanbringelse, medmindre dette konkret kan afkræftes. Er der tale om et aktiv, der ligner de oplyste, skal der derimod foretages en konkret vurdering, jf. formuleringen ”el.lign.” og SKM 2023.168 H. Højesteret har i denne afgørelse fastslået, at der ikke skal anlægges en snæver fortolkning af ABL § 34, hvilket medfører, at der er plads til en større skønsmargin. Området for pengetankaktiver er udvidet med 2017-ændringerne og det er derfor relevant at overveje, hvor stort området er, og hvor meget de skal ligne de oplyste aktivtyper for at kunne være et pengetankaktiv. Dette kan der ikke gives et endeligt svar på, før der kommer yderligere eksempler i praksis, der kan vise hvor grænsen går.

Ud fra SKM 2023.168 H og Den Juridiske Vejledning⁵² må det antages, at der først skal ske en afvejning af, om der er tale om ”fast ejendom, kontanter og værdipapirer el.lign.” og hvis dette er tilfældet, hvorvidt aktivet herefter indgår i virksomhedens aktive del. Højesteret gik dog ikke direkte ind og behandlede spørgsmålet i højesteretsdommen. Dog må det ud fra præmisserne antages, at Højesteret først vurderede om solcelle- og vindmølle anlæggene var omfattet af ”fast ejendom, kontanter, værdipapirer el.lign.” og herefter foretog den konkrete vurdering.

Højesteret anvendte i SKM 2023.168 H, dermed ikke samme tilgang som Skatterådet gjorde i SKM 2021.193 SR, hvor de mente, at solcelleanlæggene som udgangspunkt var passive, da de var omfattet af ”el.lign.”. Det må dog bemærkes, at SKM 2021.193 H blev afsagt før højesteretsafgørelsen, hvorfor Skatterådet ikke har kunnet rette sig efter Højesteret. Resultatet i SKM 2021.193 SR ville formodentlig blive det samme, hvad enten man som udgangspunkt anså solcelleanlæggene som passive, men konkret vurderede dem som aktive henset til andre momenter, eller man ikke antog et udgangspunkt, men kun foretog en konkret vurdering. Solcellerne ville i SKM 2021.193 SR under alle omstændigheder blive anset for at være en del af selskabets erhvervsaktive virksomhed og dermed ikke passiv kapitalanbringelse.

Modsat resultat kom Skatterådet frem til i SKM 2020.52 SR, hvor de fandt at solcelleanlæggene var en del af den aktive virksomhed, hvorimod vindmøllerne var passiv kapitalanbringelse. Der var her henset til at både solcelleanlæggene og vindmøllerne var omfattet af ”fast ejendom el.lign.”, selvom aktiverne ikke i andre dele af skattelovgivningen havde karakter af fast ejendom, men derimod som et driftsmiddel. I Landsskatterettens afgørelse, SKM 2020.24 LSR, havde Skatterådet fastslået, at de pågældende solcelleanlæg var at sidestille med ”fast ejendom el.lign.” grundet konstruktionen af anlæggene. Der blev her lagt vægt på den stationære bygning, at der var tale om store konstruktioner og det, at de var bestemt til at forblive på stedet.

Praksis viser dermed, at vedvarende energianlæg, herunder solceller og vindmøller er omfattet af pengetankreglen. De er ikke omfattet af de direkte oplyste aktivtyper, men derimod af formuleringen ”el.lign.” Solcelle- og vindmølle anlæggene er således ikke som udgangspunkt passiv kapitalanbringelse, men der må foretages en konkret vurdering af deres stilling som aktiv eller passiv.

⁵² Den Juridisk Vejledning 2024-1, C.B.2.13.1.

6.3. Udlejningsejendomme og ubebyggede grunde ift. ”fast ejendom”:

Det er ud fra det ovenstående om solcelleanlæg og vindmøller fastslået, at der findes aktiver, der ikke er nævnt i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt., men som alligevel kan være pengetankaktiver. Disse aktiver skal der foretages en konkret vurdering af. Spørgsmålet er, om der også skal foretages en konkret vurdering af de aktivtyper, der er nævnt i bestemmelsen. Særligt vedrørende fast ejendom har der været flere afgørelser om udlejningsejendomme, der har forsøgt at fastlægge grænsen mellem aktiv og passiv. Formuleringen af ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. var før lovændringen i 2017 ”udlejning af fast ejendom og kontanter, værdipapirer el.lign.” Det blev i 2017 ændret til ”fast ejendom, kontanter, værdipapirer el.lign.”, fordi besiddelse af byggegrunde samt ejendomsprojekter også skulle omfattes af pengetankreglen. Ud fra en ordlydsfortolkning er udlejning af ejendomme fortsat er en aktivtype, der kan kvalificeres som passiv kapitalanbringelse. Lovgiver fastslog i bemærkningerne til lovforslaget, at opregningen af aktiver ikke er udtømmende, men at fast ejendom, der ikke har karakter af passiv kapitalanbringelse ikke skal medregnes som et pengetankaktiv⁵³. Lovgiver åbnede således op for, at de opregnede aktiver i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt., ikke per definition er passiv kapitalanbringelse, men kan indgå i den aktive del af virksomheden.

Undtaget fra udgangspunktet er dog ejendomme, der udlejes på midlertidig basis. Det kunne f.eks. være et typehusfirma, der ikke har solgt alle deres ejendomme og derfor vælger at udleje dem midlertidigt. Aktivet vil i så fald karakteriseres som et driftsaktiv. Det kan dog efter omstændighederne overgå til passiv kapitalanbringelse, hvis udlejningen ikke længere synes at være af midlertidig karakter. Dette er fastslået af lovgiver i forarbejderne til 2017-ændringerne som svar til en henvendelse fra FSR – danske revisorer angående tidsbegrænsede lejeaftaler af lejligheder indtil salg⁵⁴. Lovgiver har således specifikt valgt at undtage midlertidig udlejning fra området for passiv kapitalanbringelse, men kun i det omfang at udlejningen fortsat er midlertidig og ikke noget mere permanent. I så fald vil det som udgangspunkt være passiv kapitalanbringelse.

For at undersøge hvor grænsen mellem aktiv og passiv går, og hvornår der skal foretages en konkret vurdering, er det derfor relevant at undersøge om særligt udlejningsejendomme per definition er passiv kapitalanbringelse. Nedenfor gennemgås praksis efter 2017-ændringerne, der behandler fast ejendom, særlig udlejning heraf.

6.3.1. SKM 2021.250 SR:

Sagen omhandlede en ejer, A, der ønskede at generationsskifte sin virksomhed Holding A/S. Dette selskab ejede fuldt ud to datterselskaber, der ejede en række ejendomme, hvori de drev kontorhotel. Driften bestod af en lang række opgaver herunder administration, serviceopgaver, bemanning og andre ydelser. Spørger anmodede Skatterådet om bindende svar på, om de omfattede ejendomme ville blive anset som passiv kapitalanbringelse i henhold til ABL § 34. Skatterådet fandt, at ejendommene var passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6.

Spørger mente, at de pågældende aktiviteter som selskabet stod for i forbindelse med kontorhotellet, levede op til de krav, der var for en aktiv erhvervsvirksomhed. De lagde her vægt på, at der var tale om en form for fast ejendom, der ikke havde karakter af passiv kapitalanbringelse. Skatterådet afviste dette og tiltrådte Skattestyrelsens begrundelse for, at der var tale om passiv kapitalanbringelse. I Skattestyrelsens indstilling og begrundelse fremførte de, at ejendomme ejet af selskaber, der driver

⁵³ FT L183, 2016/17, Tillæg A, almindelige bemærkninger, afsnit 3.1.2.2.

⁵⁴ FT L183, 2016/17, spørgsmål 27, svar til henvendelse fra FSR - danske revisorer, jf. bilag 6, kommentar til eksempel 2 under ”Eksempler vedr. projektejendomme”.

virksomhed bestående af udlejning af fast ejendom, er pengetankaktiver uanset omfanget af den aktive deltagelse. Der står i Skattestyrelsens begrundelse følgende:

”Det er Skattestyrelsens opfattelse, at det klart og specifikt fremgår af lovforarbejderne, at faste ejendomme i ejendomsvirksomheder med udlejning af fast ejendom, uanset omfanget af aktiv deltagelse i udlejningsdriften, er pengetankaktiver.”

Skattestyrelsen fandt, at alle faste ejendomme som udgangspunkt skal betragtes som passiv kapitalanbringelse. Når der er tale om udlejning af fast ejendom, er det direkte omfattet af opregningen af aktivtyper i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. Der var derfor tale om en aktivtype, der skulle kvalificeres som et pengetankaktiv uanset omfanget af ejerskabets aktive deltagelse.

Det er ud fra afgørelsen i SKM 2021.250 SR relevant at overveje, om udlejningsejendomme per definition er passiv kapitalanbringelse uanset omfanget af ejerskabets aktive deltagelse i virksomheden. Dette behandles yderligere nedenfor i afsnit 6.3.3 om SKM 2024.199 SR.

6.3.2. SKM 2023.626 LSR:

Et andet eksempel, på at fast ejendom er passiv kapitalanbringelse, er SKM 2023.626 LSR. Sagen omhandlede en koncern, der ønskede en opsplitning til en driftsaktiv del og en passiv udlejningsdel. Spørger anmodede derfor om bindende svar på, om to udlejningsejendomme samt en byggegrund var passiv kapitalanbringelse. Skattestyrelsen mente, at der var tale om passiv kapitalanbringelse i det konkrete tilfælde. Sagen blev herefter påklaget til Landsskatteretten, der stadfæstede Skattestyrelsens afgørelse⁵⁵.

Angående spørgsmålet om byggegrunden gjorde spørger ved Landsskatteretten gældende, at den ikke var anskaffet med hensigt til udlejning, men at der forelå konkrete planer om udvikling af ejendommen med byggeri. Planerne var dog ikke endelige, og grunden havde under selskabets besiddelse siden 2014 være ubebygget. Spørger gjorde gældende, at grunden aldrig havde haft karakter af passiv kapitalanbringelse for selskabet, og at den var blevet udviklet løbende i takt med ændringer i lovgivning og ændret linjeføring på ejendommen. Landsskatteretten mente dog, at grunden måtte anses for at være passiv kapitalanbringelse. Landsskatteretten begrundede dette med henvisning til ordlyden af ABL § 34 samt forarbejderne hertil, hvor det var gjort klart, at formålet med 2017-ændringerne bl.a. var, at alle faste ejendomme skulle være omfattet af pengetankreglen, herunder udtrykkeligt ubebyggede grunde⁵⁶. Konkret vejede det tungt for Landsskatteretten, at grunden havde stået ubebygget siden 2014, hvilket var hele koncernens ejertid. Derved havde spørger ikke godtgjort, at grunden indgik i den aktive virksomhed. Der kunne derfor ikke være tale om en undtagelse til hovedreglen om, at ubebyggede grunde er passiv kapitalanbringelse.

Angående de to ejendomme, der var grundlag for det andet spørgsmål for Landsskatteretten, havde disse været udlejet siden 2014, da koncernen overtog dem. Spørger gjorde gældende, at der forelå langsigtede, ikke-endelige udviklingsplaner for ejendommene, men at de i mellemtiden blev udlejet. Også her mente Landsskatteretten, at der var tale om passiv kapitalanbringelse. Landsskatteretten lagde konkret vægt på, at udlejningen af ejendommene ikke var af midlertidig karakter, da de havde været udlejet siden 2014 og fortsat var det på tidspunktet for afgivelse af bindende svar i 2021. Ejendommene var derfor ikke omfattet af undtagelsen om udlejning af ejendomme af midlertidig karakter, hvorfor der måtte være tale om passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6.

⁵⁵ Det bemærkes, at der i sagen for Skattestyrelsen var der et tredje spørgsmål, hvor afgørelsen heraf ikke blev påklaget til Landsskatteretten.

⁵⁶ FT L183, 2016/17, Tillæg A, lovforslagets enkelte bestemmelser, § 2, nr. 3.

6.3.3. SKM 2024.199 SR:

Endnu en afgørelse om udlejningsejendomme er SKM 2024.199 SR, hvor Skatterådet afgav bindende svar. Afgørelsen angik en spørger, som ønskede at foretage et generationsskifte af sin virksomhed til sit barn og børnebørn. Spørger drev virksomhed med ejendomme, herunder drift, administration, renovering, modernisering, projektudvikling samt køb og salg af fast ejendom. Virksomheden var fordelt på en række selskaber, men det var planlagt, at de gennem fusion skulle samles til et fælles holdingselskab, hvorefter der skulle ske et generationsskifte. I forbindelse hermed var spørgsmålet til Skatterådet om udlejningsejendommene, der var ejet af virksomheden, var passiv kapitalanbringelse. Skatterådet fandt, at ejendommene var passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6.

I sagen blev der fra spørger lagt vægt på, at 2017-ændringerne medførte et paradigmeskifte, der gjorde, at det ikke længere er en bedømmelse af aktivet, men en bedømmelse af aktiviteten, der afgør hvorvidt der er tale om en passiv investering. Spørger fremlagde, at familien i mange år havde været involveret i virksomheden og at det har været deres faste arbejdsplads og indkomstgrundlag. De var rettet al daglig drift gennem ansatte medarbejdere og havde igennem årene bl.a. foretaget istandsættelse og renovering af ejendommene. Der måtte derfor være tale om en reel erhvervsaktivitet, og ikke noget man kunne sidestille med passiv kapitalanbringelse såsom børsnoterede aktier og obligativer mv. Spørger mente dermed, at passiv kapitalanbringelse kun omfattede aktiver og aktivitet, der var at sidestille med investering i børsnoterede aktier og obligationer mv.

Skattestyrelsen mente derimod, at udlejningsejendommene var passiv kapitalanbringelse. De henviste bl.a. til forarbejderne til 2017-ændringerne, herunder til Skatteministeriets kommentar til høringssvaret fra Ejendomsforeningen Danmark, der anmodede om, at familieejede ejendomsvirksomheder kunne betragtes som aktiv erhvervsaktivitet⁵⁷. Skatteministeren nægtede dette henset til likviditets-hensynet i ABL § 34. Hvis udlejning af fast ejendom blev undtaget pengekreglen, kunne det skabe et incitament til, at selskaber foretog investeringer på ejendomsmarkedet, herunder anskaffede ejendomme til udlejning for bevidst at undgå pengekreglen. Successionsreglerne i ABL er likviditetslettende regler, som skal sikre, at der kan ske generationsskifte af selskaber, uden at de tømmes for likviditet. Reglen om afskæring af successionsmuligheder er indsat for at begrænse muligheden for skattemæssig succession for de selskaber, hvis virksomhed overvejende består af aktiver, der kan sælges, belånes osv. med henblik på at finansiere den skat, som generationsskiftet udløser⁵⁸. En udlejningsejendom er som udgangspunkt altid passiv kapitalanbringelse, hvilket understreges af lovgiver i en kommentar til et høringssvar fra FSR – danske revisorer, jf. forarbejderne til 2017-ændringerne⁵⁹:

”Er ejendommen erhvervet med henblik på udlejning, er der tale om passiv kapitalanbringelse også i den periode, hvor ejendommen endnu ikke er udlejet.”

Spørgsmålet var herefter om det per definition er passiv kapitalanbringelse, eller det konkret kan indgå i selskabets aktive virksomhed. Selskabet i SKM 2024.199 SR drev erhvervsaktiv virksomhed med bl.a. drift, administration og udvikling af forskellige ejendomme. Selvom ejerne var involveret i driften af virksomheden og udlejningsejendommene var en del af virksomhedens aktivitet, kunne det dog ikke føre til, at udlejningsejendommene ikke var passiv kapitalanbringelse efter ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6.

⁵⁷ FT L183, 2016/17, bilag 1, høringsskema, Ejendomsforeningen Danmark, side 46 og 49.

⁵⁸ FT L36, 2000/01, Tillæg A, s. 940, almindelige bemærkninger til lovforslaget.

⁵⁹ FT L183, 2016/17, bilag 1, høringsskema, FSR - danske revisorer, side 55.

6.3.4. Vurdering:

Spørgsmålet er, hvor grænsen går mellem aktiv og passiv. I ABL § 34 er der aktivtyper, der er oplyst som eksempler på pengetankaktiver, og dermed er overvejende passiv aktivitet. Både lovgiver og Højesteret har dog fastslået, at denne opregning ikke er udtømmende. Lovgiver har samtidig fremført, at aktiver, der umiddelbart er passiv kapitalanbringelse kan høre med til en virksomheds aktive erhvervsaktivitet. Det bringer os tilbage til, hvor grænsen går for hvornår noget er passivt eller aktivt. Særlig angående udlejningsejendomme har det været usikkert om disse også er underlagt en konkret vurdering med inddragelse af de samme momenter, som når der sker vurdering af solcelleanlæg og vindmøller.

Ud fra de ovenstående afgørelser ser det ud som om, at udlejningsejendomme per definition er passiv kapitalanbringelse, jf. særligt SKM 2024.199 SR. Denne konklusion stemmer overens med formålet med pengetankreglen, netop at begrænse succession af pengetanke, der let kan omsættes med henblik på at finansiere skattepligten ved overdragelsen⁶⁰. Ved indsættelsen af pengetankreglen i 2000 fremgik det af forarbejderne hertil, jf. Skatteministeriets kommentar til henvendelsen fra Mortensen & Beierholm⁶¹, bl.a. følgende:

”Uanset om udlejningen af ejendommene sker som led i handlen med disse, er udlejning en forrentning af en bestående kapital, hvilket efter min opfattelse ikke er udtryk for en aktiv erhvervsindsats.”

Skatteministeren lagde dengang vægt på, at udlejning af ejendomme ansås for at være en forrentning af bestående kapital, hvilket ikke kunne være en aktiv erhvervsindsats, men måtte per definition være passiv kapitalanbringelse.

Afgørelsen i SKM 2024.199 SR er dog blevet kritiseret for at være i strid med den praksis som Skatterådet har etableret og det paradigmeskifte som lovgiver foretog i forbindelse med 2017-ændringerne, jf. nyhedsbrev fra Bech Bruun om generationsskifte og omstrukturering fra marts 2024⁶². Forfatterne af det pågældende nyhedsbrev mener ikke, at afgørelsen fra Skatterådet er i overensstemmelse med fortolkningen af ABL § 34 og praksis på området, når der henset til bl.a. SKM 2024.47 SR skal anlægges en konkret vurdering, også ved de aktiver, der som udgangspunkt er passiv kapitalanbringelse⁶³.

Umiddelbart ser det ud som om forfatterne af nyhedsbrevet søger en mere objektiv regel og således ikke finder SKM 2024.199 SR i overensstemmelse med den praksis anlagt af bl.a. Skatterådet efter SKM 2023.168 H, hvor der skal foretages en konkret vurdering af et aktiv. Det må dog hertil siges, at Skatterådet vel ikke i nogen af deres afgørelser – især efter SKM 2023.168 H – har fastlagt, at der i alle tilfælde uden undtagelse skal foretages en konkret vurdering. Dette kan heller ikke udledes af forarbejderne til 2017-ændringerne. Her lød det derimod, at den opregnede liste i bestemmelsen ikke er udtømmende, og aktiver der kan sidestilles hermed skal underlægges en konkret vurdering⁶⁴.

Det har således ikke været lovgivers formål at udelukke udlejningsejendomme fra at være aktiv kapitalanbringelse. Der er som sådan ikke noget for, at udlejningsejendomme i et konkret tilfælde, udover de i forarbejderne udtrykkeligt nævnte, kan være aktiv kapitalanbringelse. Der har dog ikke være

⁶⁰ Skatteudvalget 2021-22, SAU Alm. del – endeligt svar på spørgsmål 617 og 618, 24. juni 2022

⁶¹ FT L36, 2000/01, bilag 11, svar til henvendelse fra Mortensen & Beierholm

⁶² Nyhedsbrev fra Bech Bruun, ” Nyhedsbrev: Generationsskifte Omstrukturering - marts 2024”, udgivet d. 27. marts 2024.

⁶³ SKM 2024.47 SR behandles uddybende i afsnit 8.4.

⁶⁴ FT L183, 2016/17, Tillæg A, lovforslagets enkelte bestemmelser, § 2, til nr. 3.

eksempler i praksis endnu, hvor hensynet til, at ejendomme eller investeringen heri skal medgå i den aktive del af virksomhedsdriften, har vejet tungere end hensynet til at udelukke udlejningsejendomme. Her er det bl.a. henset til det likviditetshensyn, der ligger bag pengetankreglen. Således følger det af analysen, at den etablerede praksis fra Skatterådet er, at udlejningsejendomme per definition er passiv kapitalanbringelse.

6.3.5. Delkonklusion om udlejningsejendomme og ubebyggede grunde:

Højesteret har i SKM 2023.168 H fastslået, at der skal foretages en konkret vurdering, når der som i det pågældende tilfælde er tale om et aktiv, der er omfattet af begrebet ”fast ejendom el.lign.” Spørgsmålet er om det også er tilfældet for aktiver, der er direkte omfattet af ”fast ejendom” og som er udtrykkeligt omfattet af pengetankreglen i forarbejderne til loven. Her er udgangspunktet, at der er tale om passiv kapitalanbringelse. Aktivet kan dog ifølge lovgiver indgå i den aktive erhvervsvirksomhed, hvis det konkret kan konstateres at aktivet udgør en del af virksomhedens aktive virksomhedsdrift. Denne vurdering har været central for de tre analyserede afgørelser, SKM 2021.250 SR, SKM 2023.626 LSR og SKM 2024.199 SR, hvor de pågældende aktiver i alle tre afgørelser blev anset som passiv kapitalanbringelse.

I SKM 2023.626 LSR mente Landsskatteretten ikke, at der skulle foretages en konkret vurdering af aktiverne, som den Højesteret foretog i SKM 2023.168 H. Det blev dog anført af skatteyder, at det var gældende efter højesteretsdommen, at der skulle foretages en konkret vurdering af alle aktiver, hvor der lægges vægt på den erhvervsmæssige aktivitet. Det afviste Landsskatteretten at foretage, og de fastslog dermed at udlejningsejendomme per definition er passiv kapitalanbringelse.

Samme resultat kom Skatterådet frem til i SKM 2024.199 SR., hvor det blev afvist at tillægge det afgørende vægt, at aktiverne indgik i virksomhedens erhvervsaktivitet og at ejerne deltog aktivt i denne virksomhedsaktivitet. Umiddelbart er udlejningsejendomme per definition passiv kapitalanbringelse, og der skal meget til at ændre dette. Momenter som omfanget af ejerskabets aktive deltagelse og aktivets indgåelse i virksomhedsaktiviteten kan ikke føre til, at udlejningsejendomme, kan være en del af den aktive erhvervsvirksomhed. Der foretages således ikke den samme konkrete vurdering af aktiver omfattet af ”el.lign.”, som f.eks. solceller eller vindmøller, og aktiver direkte omfattet af aktivtyperne i bestemmelsen, f.eks. udlejningsejendomme.

Der har i alle sagerne været en konkret vurdering, der behandlede om ejendommene kunne skifte karakter fra passiv til aktiv. Det må dog ud fra ovenstående analyse konkluderes, at udlejningsejendomme per definition er passiv kapitalanbringelse, jf. særligt SKM 2024.199 SR.

7. Mindre ejerandele af selskaber og begrebet ”værdipapirer”:

7.1. Begrebet ”værdipapirer” og transparensreglen i ABL § 34:

Et tredje moment, der kan have betydning for den konkrete vurdering af et aktiv eller en investering, er størrelsen på ejerandelen af selskabet. Ejerandele på 25 pct. eller mere er omfattet af transparensreglen i ABL § 34, stk. 6, 3. – 6. pkt., hvorimod mindre ejerandele regnes med i pengetankopgørelsen som et aktiv for sig. Det er derfor relevant at undersøge, om mindre kapitalposter på under 25 pct. i et selskab anses for at være besiddelse af værdipapirer og dermed passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 6, 1. pkt.

I ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. er der oplistet en række aktivtyper, der som udgangspunkt er passiv kapitalanbringelse, herunder besiddelse af værdipapirer. Det er fastslået hvad angår fast ejendom, at de aktiver, som er kendetegnet som fast ejendom, som udgangspunkt er passiv kapitalanbringelse, jf.

gennemgangen ovenfor. Ud fra Højesterets præmisser i SKM 2023.168 H, kan de nævnte aktiver i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. være undtaget som pengetankaktiver, hvis de konkret kan anses for at være en del af virksomhedens aktive erhvervsdrift. Dette må tilsvarende gælde, hvad angår besiddelse af værdipapirer. Formuleringen i ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. indeholder et ”el.lign.”, der dermed omfatter mere end direkte besiddelse af værdipapirer.

I ABL § 34, stk. 6, 3. – 6. pkt. er den såkaldte transparensregel, der angår forholdet mellem moder- og datterselskaber, når et moderselskab skal succesionsoverdrages. Det følger af ABL § 34, stk. 6, 3. – 6. pkt., at man ved vurderingen af moderselskabets aktier i datterselskabet ikke medregner afkast og værdi af aktier i datterselskabet, hvor moderselskabet ejer mindst 25 pct. heraf. Man medregner derimod datterselskabets indtægter og aktiver i det forhold, der svarer til ejerforholdet. Det afgørende bliver derfor, om datterselskabet driver reel erhvervsaktivitet eller overvejende passiv kapitalanbringelse. Denne transparensregel medfører, at holdingselskaber, der ellers som udgangspunkt er passiv kapitalanbringelse, vil kunne overdrages med succession alligevel, hvis datterselskabets indtægter og aktiver ikke er passiv kapitalanbringelse. Det kræver dog også, at de andre betingelser end passiv kapitalanbringelse er opfyldt. Der skete dermed en lempelse af reglerne ved 2017-ændringerne, hvad angik kontanter og værdipapirer, da de ikke længere per definition er pengetankaktiver. Lovgiver understregede i forarbejderne, at hvad angik kontanter og værdipapirer er udgangspunktet, at der er tale om passiv kapitalanbringelse, men det kan efter omstændighederne føres under selskabets aktive virksomhedsdrift⁶⁵.

Hvis moderselskabet ejer under 25 pct. af den samlede aktiekapital i datterselskabet, medregnes datterselskabets indtægter eller aktiver ikke i vurderingen af moderselskabet. Kapitalposten anses derimod som en aktiebeholdning, der har samme karakteristika som en beholdning af værdipapirer, hvorfor det som udgangspunkt er passiv kapitalanbringelse⁶⁶.

For at undersøge hvilken betydning det har, når et selskab har en beholdning af aktier med ejerandel på under 25 pct., analyseres der nedenfor praksis, der omhandler dette spørgsmål. Først gennemgås SKM 2023.168 H for Højesterets behandling af det og herefter to afgørelser om bindende svar fra Skatterådet fra 2023, der er afsagt efter højesteretsafgørelsen.

7.2. SKM 2023.168 H og begrebet ”værdipapirer”:

I SKM 2023.168 H var der tale om to meget små ejerandele på 1,42 pct. og 2,25 pct. i hhv. Obton Balance Selskabsinvestor og Obton Windpark Selskabsinvestor. Spørgsmålet var, om investeringerne pga. den lille størrelse på ejerandelen var at anse som investeringer i værdipapirer og dermed passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6.

Højesteret nævner i deres præmisser, at der er tale om små kapitalposter på 1,42 pct. og 2,25 pct. Ved at Højesteret nævner de små kapitalposter i præmisserne må det antages, at der lægges en vis vægt i, at kapitalposterne er af en så lille størrelse. Højesteret har ikke behandlet, at kapitalposterne alene, grundet deres størrelse, er at sammenligne med besiddelse af værdipapirer, men de har dog henvist til, at selskabet på deres egen hjemmeside www.obton.com havde beskrevet selskabet som en langsigtet investeringspartner, der tilbød investeringsprodukter, der kunne være et solidt alternativ til volatile aktier og lavt forrentede obligationer. Det antages, at Højesteret har sammenholdt kapitalposterne med selskabets aktivitet og sidestillet det med besiddelse af værdipapirer, hvorfor det var endnu et moment i afgørelsen, der talte for passiv kapitalanbringelse.

⁶⁵ FT L183, 2016/17, Tillæg A, lovforslagets enkelte bestemmelser, § 2, til nr. 3, og høringsskema, bilag 1, Dansk Erhverv, s. 16.

⁶⁶ *Michael Serup*, Generationsskifte – Omstrukturering 3. udg. (2019) kap. 4, afsnit 3.3.1.1., s. 353.

7.3. SKM 2023.288 SR:

Sagen angik en spørger, der gennem sit 100 pct. ejede holdingselskab, H1 ApS, ejede en transportvirksomhed, H2 A/S. Dette selskab drev virksomhed med transport, bl.a. ved at have kontrakt med H3 A/S, der udarbejdede transportsystemer. For at H2 A/S kunne arbejde som en del af H3 A/S og dens datterselskab H4 A/S, og derved køre i visse afgrænsede geografiske områder med licens til brug af logo, skulle H2 A/S være aktionær i H3 A/S. Af den grund ejede H2 A/S en aktiepost i H3 A/S på under 25 pct. Spørger ønskede at foretage et generationsskifte med succession af sine anparter i H1 ApS, og derfor var det relevant at afklare om aktieposten i H3 A/S (gennem H2 A/S) skulle kvalificeres som passiv eller aktiv kapitalanbringelse.

Spørger argumenterede for, at aktieposten måtte være aktiv kapitalanbringelse. Hertil blev der lagt til grund, at ejerskabet af aktierne i H3 A/S var en afgørende forudsætning for, at H2 A/S kunne drive transportvirksomhed som en del af H3 A/S og H4 A/S, da H3 A/S kun udstedte kontrakter til aktionærer.

Skatterådet tiltrådte Skattestyrelsens indstilling og begrundelse for afgørelsen. Efter den konkrete vurdering kom Skattestyrelsen frem til, at den konkrete beholdning af aktier ikke skulle kvalificeres som passiv kapitalanbringelse. Skattestyrelsen lagde i den konkrete vurdering særligt vægt på følgende:

- *”Det er en betingelse for at kunne drive transportvirksomhed som en del af H3 A/S og H4 A/S med licens til brug af logo m.v., at der er indgået en kontrakt med H3 A/S.*
- *Det er en betingelse for indgåelse af kontrakten med H3 A/S, at H2 A/S på tidspunktet for aftalens ikrafttræden er aktionær i H3 A/S.*
- *Det er en betingelse for at være aktionær i H3 A/S, at vognmanden eller vedkommendes selskab har en kontrakt med H3 A/S.*
- *Hvis kontrakten er ophørt, er aktionæren i H3 A/S forpligtet til samtidigt med ophøret at overdrage sine aktier til H3 A/S eller lade aktierne indløse.”*

Skattestyrelsen lagde dermed vægt på det forhold, at det var en forudsætning for, at H2 A/S kunne drive forretning med H3 A/S og H4 A/S, herunder benytte sig af deres transportsystemer og køre med deres logo mm., at H2 A/S var aktionær i H3 A/S. Besiddelsen af aktieposten var derfor en essentiel del af forretningen.

Skatterådet henviste i deres begrundelse til SKM 2023.168 H, hvor der var tale om meget små kapitalposter. Højesteret fastslog, at der skulle foretages en konkret vurdering og det førte til, at Skatterådet i SKM 2023.288 SR fandt, at den pågældende ejerandel af aktier i H3 A/S ikke var passiv kapitalanbringelse, men derimod en del af den reelle erhvervsvirksomhed for H2 A/S.

7.4. Vurdering:

De to ovenstående afgørelser SKM 2023.168 H og SKM 2023.288 SR viser to forskellige resultater i sager, hvor ejerandelene af et selskab er mindre end 25 pct. I højesteretssagen var der tale om meget små kapitalposter, og det talte i den sag for, at der var tale om passiv kapitalanbringelse, da ejerandelene var at sammenligne med investering i værdipapirer. Det modsatte resultat viste sig i SKM 2023.288 SR, hvor der ligeledes var tale om en mindre ejerandel. Her var ejerandelen dog så essentiel for forretningen for moderselskabet og virksomhedens drift med datterselskabet, at det måtte tale for at det ikke var passiv kapitalanbringelse. I SKM 2023.288 SR var det dog ikke afgørende, hvor stort

omfanget af ejerskabets aktive deltagelse i virksomheden var⁶⁷. Der blev derimod introduceret et andet moment – det at ejerskabet var en ”betingelse” for at kunne drive kontrakt. Man opstiller dermed et nyt moment i vurderingen, hvor en investering på under 25 pct. ikke vil være et pengetankaktiv, hvis ejerskabet er en betingelse for, at der kan gøres kontrakt med det pågældende selskab.

Det kan derudover være relevant at overveje, om størrelsen af ejerandelen har en betydning udover det, at den er under 25 pct. I SKM 2023.168 H var der tale om meget små ejerandele af selskaberne på under 3 pct., hvilket kan tale yderligere for, at det skulle sammenlignes med værdipapirer. Ved så små ejerandele er det sværere at forestille sig, at der kan være en tilstrækkelig aktiv deltagelse fra ejerskabet eller en anden indflydelse, der kan tale for, at de skal indgå i den aktive del af virksomheden.

7.5. SKM 2023.574 SR:

Endnu et eksempel på praksis, der omhandler ejerandele på under 25 pct., er SKM 2023.574 SR. Skatterådets afgørelse i SKM 2023.574 SR omhandlede hvorvidt en ejerandel af en aktiepost på 18 pct. skulle kvalificeres som passiv kapitalanbringelse, fordi det var at sidestille med besiddelse af værdipapirer. Her fandt Skatterådet frem til, at der var tale om passiv kapitalanbringelse og at aktieposten dermed ikke kunne anses for at være en del af virksomhedens aktive del. Sagen angik en spørger, der fuldt ud ejede H1 ApS, der herefter ejede en aktiepost på 18 pct. af H2 A/S, der drev bygge- og anlægsvirksomhed. Spørger var samtidig direktør for H2 A/S og medlem af bestyrelsen.

Spørger argumenterede for, at ejerskabet til aktierne i H2 A/S måtte anses for at være en del af den aktive virksomhed, bl.a. fordi ejerskabet var knyttet op på en række betingelser om aktiv drift. Herunder var spørger direktør i H2 A/S, og denne var forpligtet til at lægge sin fulde arbejdskraft i selskabet. Samtidig var ejerskabet underlagt nogle omsættelighedsbegrænsninger, der bl.a. krævede forudgående godkendelse fra bestyrelsen ved afståelse af aktierne. Spørger kunne heller ikke beholde sine aktier i H2 A/S, hvis dennes ansættelse ophørte. Spørger lagde vægt på, at der også blev foretaget en konkret vurdering i SKM 2023.168 H, hvor der blev lagt vægt på, at ejeren ikke deltog aktivt i driften af virksomheden. Spørger mente, at det modsatte var tilfældet i denne sag, hvor spørger deltog aktivt i driften som direktør for selskabet.

Skattestyrelsen afviste, at Højesteret i SKM 2023.168 H havde lagt afgørende vægt på, at ejeren ikke deltog aktivt i driften. Dette mente Skattestyrelsen ikke, at man kunne udlede af præmisserne, og Skattestyrelsen fandt derfor ikke, at omfanget af ejerens deltagelse var afgørende. Skattestyrelsen lagde derimod til grund, at H1 ApS slet ikke kunne anses for at være et erhvervsaktivt selskab, da deres formål, iflg. CVR – Det Centrale Virksomhedsregister, var at eje kapitalandele i selskaber samt anden investering. Samtidig bestod selskabet primært af finansielle anlægsaktiver og børsnoterede værdipapirer, hvilket medførte, at det måtte anses for at være et rent holdingselskab. Det var i modsætning til de oplysninger der lå til grund i SKM 2023.288 SR, hvor der var tale om overdragelse af aktiver i et selskab, der drev reel erhvervsaktiv virksomhed, og hvor ejerskabet af aktiebeholdningen var en forudsætning for denne virksomhed, jf. ovenfor i afsnit 7.3. Det samme gjorde sig ikke gældende her, hvor der var tale om et holdingselskab uden reel erhvervsvirksomhed. Skatterådet tiltrådte Skattestyrelsens indstilling og begrundelse og fandt, at der var tale om et aktiv, der var passiv kapitalanbringelse.

⁶⁷ Emnet behandles uddybende nedenfor i afsnit 8.

7.6. Delkonklusion om mindre kapitalposter og begrebet ”værdipapirer”:

Efter 2017-ændringerne må ABL § 34, stk. 6, 3. – 4. pkt. forstås således, at kapitalposter på under 25 pct. ikke længere per definition er passiv kapitalanbringelse, men skal underlægges en konkret vurdering. Dette ses bl.a. i SKM 2023.288 SR, hvor en spørger ønskede successionsoverdragelse af et moderselskab, der ejede mindre end 25 pct. af et datterselskab. Skatterådet fandt, at der ikke var tale om passiv kapitalanbringelse, men at aktivet på baggrund af en konkret vurdering derimod var et erhvervsaktiv.

I SKM 2023.288 SR var det, den stærke kobling mellem erhvervsvirksomheden i det overdragede selskab og aktiebeholdningen på under 25 pct., som gjorde, at der ikke var tale om passiv kapitalanbringelse. Det var særligt henset til, at ejerskabet var en forudsætning for virksomhedens drift. I SKM 2023.574 SR var resultatet det modsatte. Her kunne det samme forhold mellem ejerskabet og virksomheden, som var i SKM 2023.288 SR, ikke dokumenteres. Der blev i SKM 2023.574 SR lagt vægt på, at ejerskabet ikke var en forudsætning for driften, og at holdingselskabets formål var at besidde finansielle aktiver og værdipapirer, hvorfor det måtte anses for at være et rent holdingselskab uden reel erhvervsaktivitet. Besiddelsen af aktieposten på 18 pct. måtte derfor anses for at være passiv kapitalanbringelse. Det kan konkluderes ud fra de to afgørelser, at der skal foretages en konkret vurdering, og at der fra Skatterådets side i denne vurdering lægges vægt på forholdet mellem aktieposten og den overdragede virksomhed. Når det konkret kan vurderes, at aktieposten på under 25 pct. er en del af den aktive virksomhed, afkræfter det også i praksis det tidligere udgangspunkt om, at disse aktieposter altid er passiv kapitalanbringelse, fordi der er tale om besiddelse af værdipapirer, hvor man modtager et passivt afkast.

7.7. Perspektivering til praksis om kontantbeholdning:

Ud fra transparensreglen i ABL § 34, er det aktiviteten i datterselskaber, der indgår i den konkrete vurdering, når man skal kvalificere aktivet som enten aktivt eller passivt. Denne vurdering ses også i SKM 2023.585 SR, der omhandlede kontantbeholdning. Sagen angik en spørger, der ønskede at overdrage nogle kapitalandele af sit selskab til sine børn. Et af de datterselskaber, som var ejet af spørger, drev forretning med køb og salg af brugte biler. I den forbindelse ydede selskabet nogle gange kredit, hvis køber ikke ellers kunne finansiere bilkøbet. De tilgodehavender der var i forbindelse med denne kreditordning, skulle ved overdragelsen vurderes ift. pengetankreglen i ABL § 34. Skatterådet kom frem til, at der ikke var tale om passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6.

Skatterådet var i sagen uenig i den indstilling, der var kommet fra Skattestyrelsen. Skattestyrelsen mente, at der var tale om finansiering, der var at betragte som et pengeudlån og dermed som passiv kapitalanbringelse. Skatterådet begrundede deres afgørelse med, at det er en traditionel del af brugt-vognsmarkedet, at bilforhandlere tilbyder finansiering til deres kunder, at de pågældende lån blev indfriet inden for 12-18 mdr. og at finansiering kun blev tilbudt når anden finansiering ikke kunne opnås. Desuden lagde de vægt på, at finansieringsmuligheden var nødvendig for, at virksomheden kunne sælge de pågældende biler, da de ikke ville få salget, hvis de ikke samtidig kunne yde lån til kunderne.

Afgørelsen viser først og fremmest, at aktiver, der er omfattet af de opregnede aktivtyper i ABL § 34, som udgangspunkt er passiv kapitalanbringelse, men som efter en konkret vurdering kan være en del af den aktive virksomhedsdrift. Desuden viser den, at det er aktiviteten i datterselskaberne, der bliver afgørende for vurderingen, når ejerandelen er over 25 pct. I dette tilfælde var der tale om forretning med køb og salg af brugte biler, og det skulle derfor vurderes i henhold til denne virksomhed, hvorvidt finansieringen var aktiv eller passiv. Afgørelsen viser også, at der kan være konkrete tilfælde, hvor kontantbeholdninger, herunder tilgodehavender, kan være en del af den aktive virksomhedsdrift, når

det bl.a. er en traditionel del af branchen og finansieringsordningen er nødvendig for virksomhedens forretning.

Det er ligeledes fastslået i Den Juridiske Vejledning fra 2024 af SKAT:

”I relation hertil vil fordringer, der er modtaget som led i den sædvanlige drift, blive anset som en del af den aktive virksomhed i selskabet. Er fordringen derimod et pengeudlån, vil denne blive anset for en del af den passive virksomhed i selskabet.”⁶⁸

Det er således også den administrative praksis for SKAT, at anse fordringer og tilgodehavender, der er modtaget som led i den sædvanlige drift, for aktiv kapitalanbringelse.

8. Omfanget af ejerskabets deltagelse:

8.1. SKM 2023.168 H og omfanget af ejerskabets deltagelse:

Et fjerde moment i den konkrete vurdering er omfanget af ejerskabets deltagelse i den aktive drift af virksomheden. Det har især fået fokus efter SKM 2023.168 H, hvor Højesteret i deres afgørelse bl.a. lagde vægt på, at partnerselskaberne, som investeringerne var sket igennem, var administreret af et professionelt investeringsselskab. Dette var tydeligt ud fra, at der på investeringsselskabets egen hjemmeside stod, at de fungerede som investeringspartner, og at de gennem projekter tilbød investeringsprodukter som et solidt alternativ til volatile aktier og lavt forrentede obligationer. Der var altså tale om en investering gennem en investeringspartner (partnerselskaberne), som fuldt ud administrerede investeringerne uden indflydelse eller deltagelse fra ejerskabet.

Ejerskabets deltagelse i driften af virksomheden og omfanget heraf har været behandlet i flere afgørelser efter lovændringen i 2017, hvoraf et udvalg analyseres i det følgende.

8.2. SKM 2023.236 LSR⁶⁹:

Sagen angik et dødsbo, hvorfra der var sket udlodning med skattemæssig succession til afdødes to børn B og C. Dødsboet ejede datterselskabet H1 ApS, der fuldt ud ejede selskabet A/S G1, der igen ejede alle aktierne i et udenlandsk selskab (driftsselskabet). Driftsselskabet drev virksomhed ved at drive og erhverve skov- og landbrugsjord. Selskabet ejede desuden en skovejendom i udlandet, hvorfra der blev drevet skovvirksomhed. Udlodningen af aktierne fra dødsboet skulle overholde reglerne for skattemæssig succession i DBSL § 29, hvor der ikke kunne ske succession, hvis der var tale om passiv kapitalanbringelse. Vurderingen af aktivet efter DBSL § 29 er den samme som der foretages for overdragelse af aktier med succession iht. ABL § 34. Både Skattestyrelsen og Landsskatteretten kom ligeledes frem til, at der var tale om passiv kapitalanbringelse, hvorfor udlodningen ikke skulle være sket med succession, jf. DBSL § 29, stk. 3, 6. pkt., og ABL § 34, stk. 6, 1. pkt.⁷⁰.

⁶⁸ Den Juridiske Vejledning 2024-1, afsnit C.B.2.13.1, punkt ”Familieoverdragelse med succession”.

⁶⁹ SKM 2023.236 LSR omhandlede generationsskifte ved død, hvorfor reglerne i DBSL § 29 fandt anvendelse frem for ABL. Pengetankreglen i DBSL § 29 svarer dog til pengetankreglen i ABL § 34, hvorfor afgørelsen er relevant for emnet. Spørger havde fået afgørelse fra Skattestyrelsen og herefter påklaget det til Landsskatteretten, hvorfor sagen ikke har været behandlet i Skatterådet.

⁷⁰ Undtagelsesbestemmelsen i DBSL § 29, stk. 3, 4. pkt., hvor bortforpagtning af fast skovejendomme, ikke anses for at være passiv kapitalanbringelse, er ikke relevant for denne sag, da der her ikke er tale om at skovejendommen er bortforpagtet.

Skatteyder argumenterede for, at der var tale om en aktiv erhvervsvirksomhed, fordi det var driftsselskabet, der foretog driften af skovejendommen, herunder vedligeholdelse af skov, skovning, videre salg af høsten, genbeplantning og andre administrative opgaver. Skattestyrelsen var dog ikke enig og vurderede fortsat, at skovejendommen var passiv kapitalanbringelse, hvorfor udlodningen ikke skulle være sket med skattemæssig succession.

I den videre behandling ved Skatteankestyrelsen, efter skatteyder påklagede sagen, har Skattestyrelsen i deres argumentation indbragt momentet om ejerskabets deltagelse i driften. Her blev der lagt vægt på, at dødsboet havde købt sig ind i selskabet, A/S G1, og først kort tid inden udlodningen havde opnået det fulde ejerskab. Udlodningen til B og C skete kun 12 dage efter, at de sidste aktier i A/S G1 var erhvervet og derudover havde det været en betingelse for erhvervelsen, at selskabet blev ejer af en vis mængde skov. Det rejste spørgsmålet, om spørger havde forsøgt at tilkøbe ”aktivitet”, i form af ejerskab af skovejendommen ud fra den formodning, at det skulle medtages i pengekøbsopgørelsen som aktiv kapitalanbringelse, og dermed undgå, at udlodningen blev beskattet. Det må ud fra resultatet af afgørelsen antages, at det ikke var tilstrækkeligt at tilkøbe ”aktivitet” for at der ikke var tale om passiv kapitalanbringelse.

Skatteyderen var uenig i Skattestyrelsens bemærkninger og henset til den daglige drift blev det fremlagt, at ejerne og ledelsen af H1 ApS deltog aktivt i ledelsen af driftsselskabet og deres virksomhed med skovarbejde, idet de var medlemmer af bestyrelsen.

I Landsskatterettens afgørelse vurderede de, i overensstemmelse med Skattestyrelsen, at der var tale om passiv kapitalanbringelse, hvorfor udlodningen var i strid med reglerne om succession, jf. DBSL § 29, stk. 3, 6. pkt., og ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. Landsskatterettens præmisser viste, at de i deres afgørelse havde lagt vægt på, at C havde været medlem af bestyrelsen i A/S G1 på tidspunktet for udlodningen og at han først blev indsat i bestyrelsen efter den fulde erhvervelse af A/S G1. Landsskatteretten lagde derfor vægt på, at C var den eneste fra ejerskabet, der var repræsenteret i bestyrelsen for A/S G1, og at han kun havde været medlem heraf i 7 dage, da udlodningen skete. Landsskatteretten mente derfor ikke, at det var tilstrækkeligt bevist, at C og B havde deltaget aktivt i driften af skovejendommen. Herunder var det hverken muligt for C, i kraft af sin bestyrelsespost i A/S G1, at tegne selskabet alene, og der var ikke fremlagt dokumentation for C's deltagelse i driften. Landsskatteretten mente i dette tilfælde, at driften reelt blev drevet af driftsselskabet, hvormed ejerskabet hertil blot modtog afkast af deres investering. Det kunne ifølge Landsskatteretten sammenlignes med at modtage afkast af børsnoterede værdipapirer, der anses for at være passiv kapitalanbringelse, jf. DBSL § 29, stk. 3, 6. pkt., og ABL § 34, stk. 6, 1. pkt.

8.3. Vurdering:

I ovenstående afgørelse fra Landsskatteretten vurderede de, at investeringen i selskabet, var passiv kapitalanbringelse ud fra en konkret vurdering, hvor Landsskatteretten lagde afgørende vægt på omfanget af ejerskabets deltagelse i driften af virksomheden. Landsskatteretten lagde således til grund, at det har en betydning for en investering, at ejerskabet deltager aktivt i virksomheden. I afgørelsen er den pågældende skovejendom ikke en aktiv investering, men det må formodes, at det var forventet af dødsboet, at denne netop var aktiv. Investeringen i selskabet, der ejede ejendommen, blev foretaget af dødsboet kort tid før udlodningen af aktier med skattemæssig succession.

Det kan derfor være relevant at overveje om resultatet havde været det samme, hvis ejerskabet havde deltaget aktivt i driften af skovvirksomheden igennem en længere periode. I så fald, havde de stadig forsøgt at tilkøbe sig aktivitet, men de havde samtidig involveret sig i driften. Det faktum, at selskabet blev erhvervet så kort tid før udlodningen, må udelukke, at det har kunnet nå at blive en reel erhvervsaktivitet for virksomheden. Hvorvidt omfanget af ejerskabets deltagelse i driften har været

eneafgørende, kan ikke konkluderes, da der også var andre momenter, der havde betydning for afgørelsen. Det kunne også overvejes, om resultatet havde været det samme, hvis virksomheden var erhvervet tidligere, evt. inden det blev et dødsbo. Hvis ejernes aktive deltagelse har en afgørende betydning for vurderingen, kan det betyde, at det ikke er nok at investere i en virksomhed, der umiddelbart er aktiv, men at det er et krav, at ejeren samtidig deltager aktivt i driften i et vist omfang.

SKM 2023.236 LSR er behandlet i to artikler fra hhv. 2023 og 2024⁷¹, hvor forfatterne i begge artikler har forholdt sig kritisk til afgørelsen, fordi Landsskatteretten har inddraget momentet om omfanget af ejerskabets deltagelse. Forfatterne af den ene artikel har direkte beskrevet afgørelsen fra Landsskatteretten som et ”fejlskud”⁷². Kritikken stiller et interessant spørgsmål om afgørelse af sager uden for området af solceller og vindmøller; om det skal være et kriterium, at driften i et datterselskab skal have sammenhæng med virksomheden i holdingselskabet, samt at ejerskabet af holdingselskabet skal have deltaget aktivt i driften i datterselskabet⁷³. Afgørelsen er et eksempel på, at momentet om omfanget af ejerskabets deltagelse er udvidet til vurdering af andre aktiver end blot sager om solcelleanlæg og vindmøller. Spørgsmålet er dog om Landsskatteretsafgørelsen er udtryk for gældende ret, og om denne vurdering skal foretages i flere afgørelser uden for området af solceller og vindmøller eller om der var tale om et enkeltstående tilfælde. I sagen var det nok nærmere afgørende, at ejeren havde deltaget i bestyrelsen i så kort tid, og dødsboet havde købt sig ind i selskabet kort forinden udlodningen, at det ikke kunne forsvare, at udlodningen kunne ske med skattemæssig succession. På baggrund af de omstændigheder kunne sagen ikke have ført til et andet resultat. Hvor langt den konkrete vurdering strækker sig, og hvorvidt momentet får betydning for andre sager end de afgørelser, der har været om solceller og vindmøller, er dog usikkert, da SKM 2023.236 LSR ikke er blevet indbragt for domstolene. Et udvalg af afgørelser, der omhandler momentet ift. solcelleanlæg og vindmøller, er behandlet i det følgende.

8.4. SKM 2024.47 SR:

Sagen SKM 2024.47 SR angik en spørger, der fuldt ud ejede selskabet H ApS, der drev tre vindmøller og tre udlejningsejendomme. Selskabets indtægt bestod af indtægter fra salg af el fra vindmøllerne og lejeindtægter fra ejendommene. Spørgsmålet til Skatterådet var, om vindmøllerne skulle kvalificeres som passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6. Det var hertil oplyst, at indtægterne fra vindmøllerne udgjorde mellem 70-80 pct. af de samlede indtægter, og værdien af vindmøllerne udgjorde mellem 40-50 pct. af alle aktiverne. Spørger stod selv for den daglige drift, herunder sørgede for, at møllerne var smurte samt havde opsyn med, at de kørte, både dagligt og til tider om natten. Spørger foretog også selv alle reparationer, udbedringer og gennemgange af møllerne. Det eneste, spørger ikke selv foretog, var to årlige lovpligtige eftersyn, der blev foretaget af et servicefirma. Derudover sørgede spørger for at holde områderne omkring møllerne frie og holde vejene dertil i orden. Det medførte, at spørger i alt brugte mellem 200-400 timer årligt til drift af møllerne.

Det afgørende for den nærværende sag blev, om H ApS udførte reel erhvervsaktivitet ved salg og produktion af strøm fra vindmøllerne. Ud fra en konkret vurdering mente Skatterådet, at investeringen i vindmøllerne var en reel erhvervsaktivitet og ikke en investering, hvor der alene blev oppebåret et passivt afkast af investeringen. Der blev lagt vægt på den aktive deltagelse som spørger udførte ved driften af vindmøllerne, hvor der kun benyttedes udefrakommende hjælp til de lovpligtige eftersyn. Al anden form for drift, reparationer og vedligeholdelse blev foretaget af spørger selv. Selskabet drev

⁷¹ Ole B. Sørensen m.fl. i SR 2023.287 og Troels Behnke Skak m.fl. i SR 2024.21

⁷² Ole B. Sørensen, m.fl. i SR 2023.287, s. 3.

⁷³ Troels Behnke Skak m.fl. i SR 2024.21, s. 5f.

dermed reel erhvervsvirksomhed med drift og salg af strøm fra vindmøllerne, hvorfor vindmøllerne ikke skulle kvalificeres som passiv kapitalanbringelse, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 6.

8.5. SKM 2024.174 SR:

Denne sag omhandlede et holdingselskab, der gennem et datterselskab påtænkte at erhverve solcelleanlæg i Frankrig. I den forbindelse anmodede de Skatterådet om bindende svar på, om den påtænkte investering skulle kvalificeres som passiv kapitalanbringelse efter ABL § 34. Skatterådet mente ikke, at der var tale om passiv kapitalanbringelse ud fra en konkret vurdering af investeringen. Spørger ejede 100 pct. af holdingselskabet, og dette drev virksomhed som aktivt og professionelt investeringselskab i mange forskelligartede virksomheder. I dette tilfælde var det forventet, at datterselskabet ville købe solcelleanlæggene ved at erhverve de franske selskaber, der ejede anlæggene. Datterselskabet ville i den forbindelse overtage alle forvaltningsmæssige, dispositions- og økonomiske rettigheder og forpligtelser i selskaberne. Desuden ville spørger og hans barn indtræde i bestyrelsen i datterselskabet, og spørgers barn ville indtræde som direktør i datterselskabet samt de franske selskaber. Man ville dog efter behov få hjælp fra en lokal driftstekniker til at foretage visse administrative og tekniske opgaver. Holdingselskabet ville have fuld adgang til drifts- og produktionstal, og ledelsen ville foretage kontrolbesøg og have kontakt med relevante leverandører.

Skattestyrelsen nævnte specifikt i deres afgørelse, at der var lagt vægt på, at datterselskabet skulle overtage alle forvaltningsmæssige, dispositions- og økonomiske rettigheder og forpligtelser, samt at de ville få fuld adgang til alle drifts- og produktionstal, at de skulle have løbende kontakt med Frankrig, og at der efter behov ville blive foretaget kontrolbesøg samt kontakt til leverandører i Frankrig. Dette førte til, at Skattestyrelsen mente, at den påtænkte investering var en reel erhvervsaktivitet, hvorfor den ikke skulle kvalificeres som passiv kapitalanbringelse.

Skatterådet tiltrådte indstillingen og begrundelsen fra Skattestyrelsen. De henviste bl.a. til forarbejderne til ændringen af ABL, da pengekreglen blev indsat i § 34, hvor der stod, at holdingselskaber ofte vil være passiv kapitalanbringelse, da deres aktivitet alene er at besidde aktier i et datterselskab⁷⁴. Derfor valgte man at indsætte reglen om, at det er indtægterne og aktiverne i datterselskabet, der er afgørende for, at et holdingselskabs aktier i et reelt erhvervsaktivt datterselskab kan overdrages med skattemæssig succession i henhold til ABL § 34, når de andre betingelser for succession også er opfyldt. De franske selskaber, som spørger planlagde at opkøbe, var transparente, hvorfor det skulle vurderes, om der var tale om aktiv kapitalanbringelse for datterselskabet. I dette tilfælde fastlagde man, at datterselskabet drev reel erhvervsaktiv virksomhed, hvorfor det for holdingselskabet kunne medregnes som aktiv i pengekregningen.

8.6. Anden praksis:

At inddrage ejerskabets involvering og omfanget af deres deltagelse i driften af virksomheden i den konkrete vurdering er der flere eksempler på i praksis fra før afsigelsen af SKM 2023.168 H. I højesteretsdommen nævnte Højesteret i deres præmisser, at der i sagen var tale om en investering gennem en investeringspartner, der stod for al driften af solcelle- og vindmøllelæggene, og at ejerskabet dermed ikke deltog i driften. Denne investeringspartner reklamerede selv med at være et alternativ til investering i volatile aktier og lavtforrentede obligationer, hvorfor Højesteret ikke anså investeringen som en del af en reel erhvervsaktiv virksomhed. Inden afsigelsen af højesteretsdommen havde der været flere afgørelser, der ligeledes havde behandlet omfanget af ejerskabets deltagelse.

Først afsagde Landsskatteretten afgørelse i SKM 2020.24 LSR (2-1 afgørelse), hvor flertallet af retsmedlemmerne vurderede, at selskabet ikke deltog aktivt i driften af de pågældende solcelleanlæg,

⁷⁴ FT L78, 2005/06, Tillæg A, sp. 2258.

men alene oppebar et afkast af investeringen. Det var således ikke en reel erhvervsaktivitet for selskabet, men derimod var det passiv kapitalanbringelse. Skattestyrelsen havde i deres indstilling til afgørelsen i Skatterådet, der lå til grund for klagen til Landsskatteretten, anført, at spørgers hæftelse var begrænset til den kapital, der var investeret i projektet, og at investeringen kun lød på at tilføre kapital og modtage et eventuelt afkast heraf.

I SKM 2020.52 SR var der tale om investering i både vindmøller og solceller. Skatterådet fandt, at andelene i vindmøllerne var et passivt aktiv, men at solcelleanlægget derimod var et aktivt aktiv. Det forskellige resultat, som Skatterådet kom frem til, hvad angik solcelleanlægget og vindmøllerne, skyldes især ejerskabets involvering i driften. Der blev lagt vægt på, at angående solcelleanlægget foretog spørgerne og deres børn månedlige kontrolbesøg samt kontakt til teknikere og servicepartnere. De havde desuden elektronisk adgang til drifts- og produktionstallene og kontrollerede og fulgte op ved kontakt med driftscontrolleren. Desuden blev alle beslutninger vedrørende solcelleanlægget truffet af bestyrelsen, der bestod af spørgerne og deres børn, herunder beslutninger om vedligehold, nye investeringer, salg af el, refinansiering osv. I modsætning til spørgernes deltagelse i driften af solcellerne var spørgerne ikke en del af bestyrelsen og der var ikke dokumentation for, at de deltog i driften af vindmøllerne. I denne afgørelse var det særligt tydeligt, at der blev lagt vægt på omfanget af ejerskabets deltagelse i driften, når det skulle vurderes om solcelleanlægget og vindmøllerne var passiv kapitalanbringelse.

Tilsvarende vurdering blev foretaget i SKM 2021.193 SR, der også omhandlede et solcelleanlæg. Her skete investeringen gennem et kommanditselskab, og der blev derfor lagt vægt på, at anlæggene blev ledet af komplementarselskabet, der var ejet af H1, dermed endeligt ejet af spørger. Det måtte således indgå i H1's aktive virksomhed. Der blev i den konkrete vurdering i sagen lagt vægt på, at spørger og dennes søn løbende besigtigede solcelleanlægget, havde kontakt med de lokale teknikere, samt overvågede anlægget jævnlige. Derudover deltog spørger i ledelsen, der blev modtaget data om den løbende produktion og salg, og ledelsen traf beslutninger om alle vedligeholdelsesarbejder, der oversteg EUR 2.500. Også i denne afgørelse var Skatterådet inde og se på, hvordan ejerskabet af virksomheden deltog i driften af aktiverne for at vurdere, om der var tale om aktiv eller passiv kapitalanbringelse.

8.7. Delkonklusion om omfanget af ejerskabets deltagelse:

I de tre ovennævnte afgørelser, SKM 2020.24 LSR, SKM 2020.52 SR og SKM 2021.193 SR, har det i alle tilfælde været afgørende for kvalifikationen af aktivet, om ejerne af selskabet deltog aktivt i driften i et betydeligt omfang. Alle afgørelser blev dog afsagt inden højesteretsdommen SKM 2023.168 H, hvor det fra domstolens side blev gjort klart, at dette moment kan have vægt i den konkrete vurdering. Ud fra SKM 2023.168 H er det dog ikke til sige, om Højesteret har lagt afgørende vægt på dette moment. I SKM 2023.168 H var der også andre momenter, der gjorde sig gældende i den konkrete vurdering. Det kan derfor ikke konkluderes, at Højesteret alene finder det afgørende for en kvalifikation, om ejerskabet er konkret og aktivt involveret i driften af den pågældende virksomhed. Da der i højesteretssagen også var andre momenter gældende, er det usikkert, om resultatet havde været det samme, hvis ejerskabet havde vist sig mere aktivt og ikke kun oppebar et passivt afkast af deres investering. Det er dog stadig vigtigt at huske, at der i sagen var tale om meget små kapitalposter, hvilket også har talt for, at aktiverne var passiv kapitalanbringelse.

Ejerskabets deltagelse har dog været central for de efterfølgende afgørelser. I både SKM 2024.47 SR og SKM 2024.174 SR førte den aktive deltagelse fra ejerskabet til, at investeringerne måtte anses for aktiv kapitalanbringelse. Især i SKM 2024.47 SR, var det klart, at det måtte være aktiv virksomhed for spørger, da denne foretog al drift og vedligeholdelse af aktiverne, bortset fra de lovpligtige eftersyn. Anderledes blev resultatet i SKM 2023.236 LSR, hvor manglen på ejerskabets deltagelse var et

afgørende moment, der talte for, at der var tale om passiv kapitalanbringelse. Her var der tale om en skovejendom, der drev aktiv virksomhedsdrift. Henset til manglen på aktiv deltagelse fra ejerskabet og den korte tid ejerne havde haft skovejendommen, samt deltaget i bestyrelsen, vurderede Landskatteretten dog, at der var tale om passiv kapitalanbringelse.

Ud fra ovenstående praksis kan det konkluderes, at omfanget af ejerskabets involvering og deltagelse i driften af den pågældende virksomhed, har en betydning for kvalifikationen af aktivet – især når det angår solcelleparker og vindmøller - hvor en aktiv deltagelse taler for at, aktivet ikke er passiv kapitalanbringelse.

9. Endelig konklusion:

Formålet med afhandlingen har været at undersøge hvilke aktiver, der er passiv kapitalanbringelse, hvornår der skal foretages en konkret vurdering og hvilke momenter, der skal lægges vægt på i denne konkrete vurdering. Ovenstående analyse har vist, at der er nogle tendenser at se i praksis ud fra SKM 2023.168 H angående de momenter der inddrages i vurderingen. Det er først og fremmest fastslået i SKM 2023.168 H, at opregningen af aktiver i ABL § 34 ikke er en udtømmende liste, og der må således foretages en konkret vurdering af aktivet. Ud fra denne konkrete vurdering er der fire momenter, der kan udledes af dommen og som formodentlig har haft betydning for afgørelsen, nemlig at aktivet kan sammenlignes med fast ejendom, at der er sket investering gennem partnerselskaber, at ejerandelene af selskaberne har været meget små og omfanget af ejerskabets aktive deltagelse i driften.

I SKM 2023.168 H skete investeringerne gennem partnerselskaber. Det talte for, at der var tale om passiv kapitalanbringelse, da investeringerne i solcelleanlæggene og vindmøllerne skulle vurderes efter aktiviteten i moderselskabet og ikke i partnerselskaberne. Da aktiviteten i moderselskabet var primært passiv, hovedsageligt bestående af investeringer, måtte det tale for, at investeringerne i solcelleanlæggene og vindmøllerne var passiv kapitalanbringelse. Desuden var der tale om meget små ejerandele i partnerselskaberne, hvilket også var et moment i Højesterets begrundelse. Ejerandelene i selskaberne var så små, at det har været at sammenligne med værdipapirer iht. ABL § 34, stk. 6, 1. pkt., der som udgangspunkt er et passivt aktiv.

Ved vurderingen af om et aktiv er omfattet af pengetankreglen, er det fortsat relevant at se på selve aktivtypen. Det følger af analysen af de afgørelser, der har omhandlet solcelleanlæg og vindmøller, at disse aktiver er omfattet af ABL § 34, selvom de ikke er opregnet i bestemmelsen. Særligt i SKM 2023.168 H blev dette slået endeligt fast af Højesteret. I visse afgørelser har konstruktionen af anlæggene været en del af vurderingen, hvor der blev lagt vægt på, at de var stabile, store og bestemt til at blive på stedet. Dette taler for, at solcelleanlæg og vindmøller er at sammenligne med fast ejendom og dermed passiv kapitalanbringelse.

Angående den konkrete vurdering kan der, ud fra analysen, trækkes nogle linjer for hvornår denne skal foretages. Der er aktiver, der direkte er fast ejendom, kontanter eller værdipapirer. Med få udtrykkelige undtagelser fra forarbejderne til 2017-ændringerne er disse aktivtyper som udgangspunkt altid passiv kapitalanbringelse og dermed pengetankaktiver. Disse kan dog konkret kvalificeres som aktive efter en vurdering af, om de indgår i selskabets aktive virksomhed. Undtaget herfor er udlejningsejendomme, der altid er passiv kapitalanbringelse, jf. særligt SKM 2024.199 SR. Herefter har vi aktiver, der ligner fast ejendom, kontanter og værdipapirer. Disse er at sidestille hermed, jf. ”el.lign.”, og kan derfor være pengetankaktiver. Aktiverne er som udgangspunkt ikke passiv kapitalanbringelse, men skal underlægges en konkret vurdering.

Hvor langt den konkrete vurdering strækker sig, er stadig ikke helt klart. Der er altså et betydeligt område af aktiver mellem dem, der som udgangspunkt er passive og dem, der som udgangspunkt er aktive. Vi ved ud fra analysen, at der skal foretages en konkret vurdering af solcelleanlæg og vindmøller. Den konkrete vurdering har, i nogen tilfælde, strakt sig til andre aktiver end solcelleanlæg og vindmøller, som det kunne ses i SKM 2023.236 LSR. Hvorvidt den er udtryk for gældende ret, og passive investeringer i ellers aktive virksomheder således kan omfattes af pengetankreglen, er dog ikke afklaret, da sagen ikke har været indbragt for domstolene. Der foreligger mulighed for, at den konkrete vurdering kan udvides til andre aktiver, men det vil i så fald være svært at vide, hvor grænsen for pengetankreglen ville gå, hvis enhver mere eller mindre passiv investering med begrænset deltagelse i den aktive drift kan omfattes af pengetankreglen. Det er svært at finde et endeligt svar på spørgsmålet, set ud fra den gennemgængede analyse, der også viser, at grænserne for pengetankreglen afprøves i flere og flere afgørelser. Hvis det fremover viser sig, at der skal foretages en konkret vurdering af flere aktiver, herunder passive investeringer i aktive virksomheder, vil pengetankreglen være langt mere omfattende end den hidtil har været. Den vil også være i modstrid med det oprindelige formål med pengetankreglen og det likviditetshensyn, der ligger bag, nemlig at selskaber, der driver reel erhvervsaktiv virksomhed, skal kunne generationsskiftes med skattemæssig succession.

Der er dog ikke tvivl om, at der med 2017-lovændringerne kom en grundlæggende ændring af pengetankreglen, hvor denne er gået fra at være en hovedsageligt objektiv regel, til at blive en regel, der i langt de fleste tilfælde kræver en konkret vurdering af det pågældende aktiv.

10. Litteraturfortegnelse:

Bøger:

Bille, Jane K., *Skattemæssig succession – ved generationsskifte i levende live og ved død*, 1. udg., Forlaget Thomsen A/S, 2006.

Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, 4. udg., Djøf Forlag, 2020.

Evald, Jens, *Juridisk teori, metode og videnskab*, 3. udg., Djøf Forlag, 2024.

Olesen, Birgitte Sølvkær, *Generationsskifte og omstrukturering - Det skatteretlige grundlag*, 7. udg., Djøf Forlag, 2023.

Pedersen, Jan, Malene Kerzel, Jane Ferniss og Claus Hedegaard Eriksen, *Skatteretten 2*, 9. udg., Karnov Group, 2021.

Peytz, Henrik, *Aktieavancebeskatningsloven*, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015.

Serup, Michael, *Generationsskifte – Omstrukturering*, 3. udg., Karnov Group, 2019.

Artikler og hjemmesider:

Nyhedsbrev fra Bech Bruun, "Nyhedsbrev: Generationsskifte Omstrukturering - marts 2024", udgivet d. 27. marts 2024, udgivet elektronisk (link sidst tjekket d. 1/6 2024): <https://www.bech-bruun.com/nyheder/faglige-nyheder/nyhedsbrev-generationsskifte-omstrukturering-marts-2024>

Skak, Troels Behnke, Alexander F Kalum og Jesper P Havgaard, *Pengetanksreglen – i lyset af de seneste afgørelser*, SR 2024.21.

Sørensen, Ole B., Martin William Boel Kristensen, *HVAD ER ET PENGETANKAKTIV? – EN STATUS*, SR 2023.287.

Love:

Lov nr. 295 af 10. juni 1981, om beskatning af fortjeneste ved afståelse af aktier m.v.

Lov nr. 763 af 14. december 1988, om ændring af forskellige skattelove.

Lov nr. 1285 af 20. december 2000, om ændring af aktieavancebeskatningsloven og dødsboskatteloven.

Lov nr. 394 af 6. juni 2002, om ændring af aktieavancebeskatningsloven, kildeskatteloven, virksomhedsskatteloven og andre skattelove.

Lov nr. 1413 af 21. december 2005, om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v.

Lov nr. 1580 af 20. december 2006, om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre skattelove.

Lov nr. 1380 af 28. december 2011, om ændring af aktieavancebeskatningsloven, dødsboskatteloven, pensionsbeskatningsloven, virksomhedsskatteloven og lov om indskud på etableringskonto og iværksætterkonto.

Lov nr. 683 af 6. juni 2017, om ændring af boafgiftsloven og forskellige andre love.

Lovbekendtgørelse nr. 172 af 21. januar 2021 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier.

Lovforslag og forarbejder:

Lovforslag nr. 140, 1980/81, fremsat d. 28. januar 1981.

Lovforslag nr. 190, 1987/88, 1.saml., fremsat d. 27. januar 1988.

Lovforslag nr. 36, 2000/01, fremsat d. 4. oktober 2000

- Bilag 11, kommentar fra skatteministeren til henvendelsen fra Mortensen & Beierholm, Statsautoriseret Revisionsaktieselskab.

Lovforslag nr. 78, 2005/06, fremsat d. 16. november 2005.

Lovforslag nr. 183, 2016/17, fremsat d. d. 29. marts 2017.

- Bilag 1, høringsskema
- Skatteudvalget SAU, spørgsmål 27, kommentar på henvendelse af 21. april 2017 af FSR – danske revisorer, jf. L183 – bilag 6.

Øvrige kilder:

Betænkning nr. 1111 af 21. maj 1987 om *Generationsskiftets skatter og afgifter*.

Den Juridiske Vejledning 2024-1, offentliggjort d. 31. januar 2024 af SKAT.

Skatteudvalget 2023-24, SAU Alm. Del – endeligt svar på spørgsmål 312, af d. 29. februar 2024.

Skatteudvalget 2021-22, SAU Alm. Del – endeligt svar på spørgsmål 617, af d. 24. juni 2022.

Skatteudvalget 2021-22, SAU Alm. Del – endeligt svar på spørgsmål 618, af d. 24. juni 2022.

Afgørelser og bindende svar:

SKM 2020.24 LSR

SKM 2020.52 SR

SKM 2021.193 SR

SKM 2021.250 SR

SKM 2023.168 H / U 2023.1536 H afsagt d. 19. januar 2023

SKM 2023.236 LSR

SKM 2023.288 SR

SKM 2023.574 SR

SKM 2023.585 SR

SKM 2023.626 LSR

SKM 2024.47 SR

SKM 2024.174 SR

SKM 2024.199 SR

11.Forkortelser:

ABL LBK nr. 172/2021 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v., som ændret ved lov nr. 1179/2021, lov nr. 2610/2021, lov nr. 718/2023, lov nr. 1563/2023.

DBSL LBK nr. 426/2019 om beskatning ved dødsfald, som ændret ved lov nr. 92/2020, lov nr. 572/2020, lov nr. 1836/2020, lov nr. 2226/2020, lov nr. 1178/2021, lov nr. 1238/2021, lov nr. 1239/2021, lov nr. 2614/2021, lov nr. 903/2022, lov nr. 679/2023, lov nr. 1564/2023, lov nr. 1795/2023.

SL LBK nr. 1168/2023 om aktie- og anpartsselskaber, som ændret ved lov nr. 1553/2023.