

Den skattemæssige behandling af exitbonus i lyset af TfS 2016, 573

- ♦ *Den skattemæssige behandling af bonus udbetalt til medarbejdere i forbindelse med salg og børsnotering af selskaber har gennem de seneste år udviklet sig gradvist. Hidtil har omdrejningspunktet for problemstillingen været, om en virksomheds udgifter i forbindelse med udbetaling af exitbonus til ledende medarbejdere er fradragsberettigede som driftsomkostninger i henhold til statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a. Beskatningen hos bonusmodtageren ses endnu ikke behandlet ved hverken domstolene eller de administrative myndigheder, men i et nyligt afgivet bindende svar – TfS 2016, 573 – om køberetter i henhold til ligningslovens § 7 P indeholdt SKATs indstilling en overraskende udtalelse vedrørende beskatning af exitbonus. SKAT udtalte, at køberetter, der kun kan udnyttes ved børsnotering eller change of control af selskabet – generelt – er at anse for en exitbonus, som falder uden for anvendelsesområdet for ligningslovens § 7 P, fordi der – ifølge SKAT – ikke er tale om et vederlag i et ansættelsesforhold.*

Af advokatfuldmægtig Lise Winther Jensen og advokat, partner Jef Nymand Hounsgaard, Plesner

Indledende bemærkninger

I nærværende artikel beskrives indledningsvist den historiske udvikling af praksis om exitbonus med henblik på i det lys at analysere og vurdere den fortolkning, som SKAT har varslet i det seneste bindende svar.

Ved exitbonus forstås i denne artikel bonus til en virksomheds ansatte, som alene udbetales i forbindelse med ejerskifte eller børsnotering af en virksomhed, uanset begrundelsen for at yde den pågældende bonus.

Hidtidig praksis vedrørende exitbonus

Den hidtidige praksis vedrørende den skattemæssige behandling af exitbonus har vedrørt arbejdsgiverselskabets mulighed for at fradrage udgifterne til exitbonus.

Efter statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, er driftsomkostninger, der er anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten, fradragsberettigede.

Almindelige lønudgifter og andre vederlag betalt til ansatte, herunder udbetaling af bonus, har traditionelt været anset som sådanne fradragsberettigede driftsomkostninger.

Dette udgangspunkt er imidlertid blevet modificeret for så vidt angår exitbonus ved en række domme og administrative afgørelser i de senere år.

Den ledende dom vedrørende den skattemæssige behandling af exitbonus er *TfS 2009, 483*, hvor spørgsmålet om fradragsretten for udgifter til exitbonus for første – og hidtil eneste – gang blev forelagt Højesteret.

Sagen vedrørte et selskabs bonusaftaler med to direktører for disses arbejde med at sælge selskabet. Aftalerne blev indgået i forbindelse med et ønsket salg af selskabet og var betinget af, at selskabet blev solgt, samt at direktørerne fortsat var ansat i selskabet på salgstidspunktet. Da selskabet blev solgt, blev der i overensstemmelse med aftalerne udbetalt bonus til begge direktører for sammenlagt 29.284.086 kr., der i henhold til aftalerne var opgjort som en procentdel af den endelige salgspris.

SKAT afviste, at arbejdsgiverselskabet havde fradrag for de udbetalte bonusbeløb. Landsskatteretten og Vestre Landsret var enige i SKATs konklusion.

Højesteret stadfæstede Vestre Landsrets dom og udtalte i den centrale præmis:

“Efter indholdet af aftalen om direktørbonus og efter de givne forklaringer lægger Højesteret til grund, at aftalen havde til formål at vederlægge de to direktører for at udføre arbejde i forbindelse med salgsbestræbelserne og at sikre, at de forblev

ansat, indtil endeligt salg var aftalt, begge dele med henblik på at opnå den højst mulige salgspris for selskaberne. Som anført af landsretten havde den udbetalte bonus således ikke den tilknytning til selskabernes drift – dvs. til at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten – der må kræves for, at udgiften kan anses som en driftsomkostning omfattet af statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a.” (vores understregninger)

Højesteret fandt således – efter en konkret vurdering – at de pågældende udgifter ikke kunne henføres til virksomhedens drift, og udgifterne derfor ikke kunne fradrages som driftsomkostninger efter statsskatteloven.

Højesteret synes særligt at have lagt vægt på, 1) at bonusaftalerne blev indgået i forbindelse med en salgsproces, 2) at udbetalingen var betinget af et endeligt salg af selskabet samt af direktørernes ansættelse igennem salgsprocessen, og 3) at bonusbeløbene blev opgjort som en andel af den endelige salgspris.

Disse forhold førte Højesteret til den konklusion, at aftalerne primært havde til formål at vederlægge de to direktører for at udføre arbejde i forbindelse med salgsbestræbelserne og belønne dem for at opnå en så høj salgspris som muligt. Det må hermed formentlig være underforstået – henset til anbringender og begrundelser i de tidligere instanser – at dette formål medførte, at bonusaftalerne blev anset for indgået i aktionærernes interesse, men denne formulering blev ikke anvendt af Højesteret.

Efter landsrettens dom i ovennævnte TfS 2009, 483, men inden Højesterets dom i sagen, afgav Skatterådet i *TfS 2009, 239* og *TfS 2009, 168* to bindende svar om muligheden for fradrag for udgifter til exitbonus. De udbetalte bonusbeløb havde i begge sager mange ligheder med bonusbeløbene i TfS 2009, 483, men i modsætning hertil blev aftalerne om udbetaling af bonus indgået på et tidspunkt, hvor der ikke var aktuelle planer om salg. Dette ændrede imidlertid ikke på, at Skatterådet fandt, at aftalerne var indgået i aktionærernes interesse, og at udgifterne derfor ikke var fradragsberettigede. I TfS 2009, 92 fra samme år kom Skatterådet dog til det modsatte resultat, da Skatterådet her konkluderede, at udgifter til bonus, som skulle udbetales ved salg eller børsnotering af selskabet, var fradragsberettigede, fordi udbetalingen var betinget af medarbejderens fortsatte ansættelse i selskabet i en periode efter exit, og da bonusbeløbet skulle opgøres på baggrund af medarbejderens anciennitet og månedsløn (fremfor på grundlag af salgssummen).

TfS 2010, 459 vedrørte et selskabs påtænkte indgåelse af aftaler om udbetaling af bonus i form af fantomaktier ved salg af selskabet, som blev indgået med det formål at knytte medarbejderne tættere til selskabet. Aftalerne indebar, at medarbejderne skulle have udbetalt bonus i tilfælde af både udbytteudlodning, medarbejdernes fra-

træden og ved salg af selskabet. Der var således ikke tale om en "ren" exitbonus, som det forstås i nærværende artikel, da der også kunne ske udbetaling i andre tilfælde end exit. Dette blev udlagsgivende, da Landsskatteretten konkluderede, at fordi aftalerne ikke blev indgået i forbindelse med bestræbelser på salg af selskabet, og fordi der også skulle udbetales bonus ved medarbejdernes fra-træden, kunne der "i det konkrete tilfælde" anerkendes fradrag for bonusudgifterne.

I TFS 2012, 375 havde et selskab indgået aftaler med 13 centrale medarbejdere om udbetaling af bonus i forbindelse med børsnotering eller salg af selskabet. Opgørelse af bonusbeløbene skulle ske på forskellige måder afhængigt af de enkelte aftaler, men aftalerne var grundlæggende udformet således, at beløbet skulle opgøres som en procentdel af stigningen i værdien af selskabets aktiekapital. Én af aftalerne var dog udformet med et fast bonusbeløb uafhængigt af salgsprisen eller selskabets aktiekapital. Aftalerne var alle betinget af, at salget skete inden for en bestemt tidsperiode (cirka 5 år fra aftaletidspunktet), og at den enkelte medarbejder var ansat på tidspunktet for børsnoteringen eller salget.

Landsskatteretten lagde i konklusionen til grund, at mindst 10 af de 13 medarbejdere de facto havde deltaget i salgsarbejdet.

Landsskatteretten konkluderede på det grundlag, at udgifterne – uanset om det var godtgjort, at den enkelte medarbejder havde udført arbejde i forbindelse med salget eller ej – ikke havde en tilstrækkelig tilknytning til selskabets drift, og at de "på samme måde som i SKM2009.271.H [TFS 2009, 483]" måtte anses for afholdt i aktionærernes interesse med det formål at sikre den højest mulige salgspris for selskabet. Dette omfattede også den bonus, som udgjorde et på forhånd fastsat beløb.

Endelig var det i TFS 2013, 562 et delspørgsmål i sagen, hvorvidt udgifter til bonus udbetalt i tilknytning til salg af aktiekapitalen i et selskab var fradragsberettigede. Bonusserne blev udbetalt på grund af den ekstra indsats, som medarbejderne skulle yde som led i bestræbelserne på at sælge aktiemajoriteten i selskabet til den højest mulige pris. Landsretten fandt det ikke godtgjort, at den udbetalte bonus havde den fornødne tilknytning til selskabets drift, hvorfor udgifterne ikke kunne fradrages. Videre bemærkede landsretten, at det forhold, at bonussen ville blive udbetalt, selvom salget af selskabet ikke lykkedes, og at bonusbetalingerne ikke havde direkte indflydelse på størrelsen af budet på aktierne, ikke kunne føre til et andet resultat.(1)

Sammenfattende om praksis vedrørende exitbonus

Sammenfattende kan det konstateres, at skattemyndighederne – støttet af Landsskatteretten og landsretterne – har anset Højesterets dom i 2009 for at være grundlag for nægtelse af fradrag for rene exitbonusser i en række tilfælde.

På trods af at Højesterets dom konkret var begrundet i, at bonusaftalerne blev indgået på et tidspunkt, hvor salgsprocessen var nært forestående, at bonusudbetalingerne var betinget af endeligt salg og fortsat ansættelse i selskabet, samt at bonusbeløbene blev opgjort på grundlag af salgsprisen, har både Landsskatteretten og Østre Landsret efterfølgende, jf. ovenstående, med henvisning til Højesterets dom fundet grundlag for at nægte fradrag for bonusudgifter i en række tilfælde, hvor de af Højesteret fremhævede kriterier for at nægte fradrag ikke alle var tilstede.

Ligesom Højesterets dom er også de efterfølgende domme og afgørelser dog alle konkret begrundede, og der har i alle sagerne været lagt vægt på, at bonusudbetalingerne efter en konkret vurdering er blevet anset for reelt at skulle belønne arbejdet i forbindelse med en salgsproces. I ingen af sagerne ses det forhold, at der var tale om en exitbonus – dvs. at bonus alene udløses i forbindelse

med et salg – i sig selv at have været tilstrækkeligt til at nægte fradrag.

Hertil kommer, at Skatterådet henholdsvis Landsskatteretten i TFS 2009, 92 og TFS 2010, 459 anerkendte, at selskaberne havde ret til fradrag. I ingen af de to sager var der imidlertid tale om en "ren" exitbonus.

Beskatning af exitbonus hos modtageren – TFS 2016, 573

Den ovenfor gennemgåede hidtidige praksis vedrørende exitbonusser har alene relateret sig til fradragssiden, mens beskatningen hos modtagerne ikke har været behandlet. Det synes imidlertid at have været fast antaget på skatte-ydersiden, at også exitbonusser skulle anses for arbejdsindkomst/løn.

Et bindende svar af 27/9 2016 –TFS 2016, 573 – synes imidlertid at løfte sløret for en modsatrettet holdning hos SKAT.

I sagen tog SKAT og Skatterådet stilling til, om et selskabs tilde-ling af køberetter til en række medarbejdere var omfattet af de nye (genindførte) regler om aktielønsbeskatning i ligningslovens § 7 P(2).

SKAT konkluderede konkret, at betingelserne for beskatning efter § 7 P var opfyldt, men tilføjede følgende overraskende bemærkning om exitbonus:

"SKAT bemærker i øvrigt, at ligningslovens § 7 P vedrører beskatning af køberetter til aktier, der modtages som vederlag for arbejde udført for selskaber. Såfremt køberetterne kun kan udnyttes til erhvervelse af aktier ved børsnotering eller ved change of control af Selskab A (Mindst 50 pct. Ejerskifte), er der tale om en exit bonus til medarbejderen for varetagelse af aktionærernes interesser og ikke om vederlag for arbejde udført for selskabet. Beskatning af sådanne exit bonusser falder udenfor anvendelsesområdet for ligningslovens § 7 P. Beskatningen følger således af de almindelige regler, hvilket vil sige, at medarbejderne beskattes af værdien af køberetterne som personlig indkomst på retserhvervestidspunktet, jf. statskattelovens § 4." (vores understregninger)

Da de køberetter, som sagen angik, kunne udnyttes både, når vestingdatoen var indtrådt og ved børsnotering eller change of control, fandt SKAT som nævnt, at ligningslovens § 7 P i det konkrete tilfælde kunne finde anvendelse, fordi der ikke var tale om en exitbonus.

SKATs bemærkning om exitbonus i TFS 2016, 573 er bemærkelsesværdig af flere grunde, herunder:

- Det er så vidt ses første gang, at de skattemæssige konsekvenser for modtageren af en exitbonus behandles.
- SKATs nye synspunkt kan have vidtrækkende betydning også ud over ligningslovens § 7 P.
- Der ses ikke i lovgivning eller forarbejder at være taget stilling til SKATs nye synspunkt.
- SKATs nye synspunkt går betydeligt videre end den hidtidige praksis, idet en exitbonus ifølge SKAT – nu – i alle tilfælde skal anses for givet i aktionærernes og ikke arbejdsgiverselskabets interesse.
- SKATs nye synspunkt vil formentlig særligt ramme medarbejdere i nyetablerede vækstelskaber.

I det lys er det både overraskende og betænkeligt, at SKAT i et bindende svar med en positiv indstilling "indsluser" et så væsentligt nyt synspunkt, da hverken skatteyderen eller Skatterådet synes at have haft lejlighed til at forholde sig kritisk til synspunktet. Endvidere har skatteyderen ikke haft mulighed for at få synspunktet prøvet ved Landsskatteretten, idet en teoretisk udtalelse fra SKAT

i en sag, hvor problemstillingen ikke er berørt i spørgsmålet, ikke kan påklages.

Der er derfor grund til at overveje rigtigheden og konsekvenserne af SKATs standpunkt.

Den hidtidige praksis har, som gennemgået, vedrørt spørgsmålet om selskabers fradragsret for udgifter til exitbonusser.

Når der i stedet for selskabernes fradragsret er tale om den skattemæssige behandling af bonusmodtagerne, er det for det første væsentligt at være opmærksom på, at der er tale om vidt forskellige retlige standarder.

På *fradragssiden* er det med Højesterets ord i TfS 2009, 483 afgørende, om udgiften har *“den tilknytning til selskabernes drift – dvs. til at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten – der må kræves for, at udgiften kan anses for en driftsomkostning omfattet af statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a”*.

På *beskatningssiden* – dvs. i relation til medarbejderne – er den retlige vurdering, som skal foretages for at fastslå betydningen af en exitbonus, en ganske anden. Efter ligningslovens § 7 P – som TfS 2016, 573 vedrørte – er det eksempelvis afgørende, om der er tale om *“vederlag i et ansættelsesforhold”*.

Det forekommer ikke oplagt – baseret på ordlyden – at exitbonusser generelt skulle falde uden for bestemmelsens anvendelsesområde og altså ikke kunne betragtes som *“vederlag i et ansættelsesforhold”*. Spørgsmålet er endvidere så vidt ses uomtalt i forarbejderne.

Det første spørgsmål, som SKATs udtalelse i TfS 2016, 573 rejser, er derfor, om praksis vedrørende selskabers fradragsret for exitbonusser blot, som antaget af SKAT, kan overføres og anvendes i relation til beskatningen af bonusmodtagerne? Spørgsmålet må efter vores opfattelse besvares benægtende.

Der er således de facto tale om *“vederlag i et ansættelsesforhold”*, uanset om en exitbonus udbetales som vederlag for arbejde udført som led i salgsbestræbelserne, medmindre SKATs synspunkt er så vidtgående, at SKAT vil omkvalificere vederlaget fra at være ydet af arbejdsgiverselskabet til at være ydet af aktionærerne.

Det andet spørgsmål, som SKATs udtalelse i TfS 2016, 573 rejser, er, om SKATs synspunkt i det ovenstående citat fra afgørelsen i det hele taget er i overensstemmelse med den hidtidige (fradrags)praksis.

I udtalelsen sætter SKAT således lighedstegn mellem exitbonusser, altså vederlag/bonus der udelukkende udløses i forbindelse med en *“exit”*, og konklusionen om, at der er tale om et vederlag for varetagelse af aktionærernes interesser og ikke om vederlag for arbejde udført for selskabet. SKATs (nye) synspunkt er med andre ord udtryk for en objektiv standard, idet der ikke lægges op til, at der under alle omstændigheder skal foretages en konkret vurdering.

Herved går SKATs synspunkt betydeligt videre end den hidtidige praksis.

Både i højesteretsdommen og i de øvrige foreliggende hidtidige afgørelser blev der lagt afgørende vægt på, hvad *formålet* med udbetalingen af bonus måtte antages at have været – baseret på de konkrete omstændigheder. Hvis bonussen i overvejende grad var udbetalt for at belønne medarbejderne for at sikre en så høj salgspris som muligt og i øvrigt for at kompensere for en ekstraordinær indsats i forbindelse med en salgsproces, så er det antaget i praksis, at bonusudbetalingen ikke har haft en tilstrækkelig tilknytning til arbejdsgiverselskabets almindelige drift.

Afgørelserne har med andre ord været baseret på en konkret vurdering og subjektiv formålsfortolkning.

Selv hvis det i relation til beskatningen af bonusmodtagerne anses for relevant at foretage en sondring mellem bonus udbetalt (primært) i arbejdsgiverselskabets interesse og bonus udbetalt (primært) i

aktionærernes interesse, er det nødvendigt at fastholde den hidtidige praksis' konkrete vurdering og subjektive formålsfortolkning.

Uanset om den hidtidige (fradrags)praksis kunne overføres til beskatningssiden, går SKATs udtalelse dermed for vidt.

Exitbonusser kan således utvivlsomt udbetales af arbejdsgiverselskabet i arbejdsgiverselskabets egen interesse(3). Et oplagt eksempel herpå er nystartede selskaber, der ofte vil have vanskeligt ved at tilbyde en konkurrencedygtig løn. Med henblik på at kunne tiltrække og fastholde dygtige medarbejdere til at udvikle og drive selskabet uanset den begrænsede likviditet, tilbyder sådanne selskaber meget ofte aktiebaseret aflønning (eksempelvis omfattet af ligningslovens § 7 P). Det kan imidlertid være upraktisk og kommercielt uønsket at have et større antal mindretalsaktionærer i sådanne selskaber, ligesom det kan være vanskeligt at overbevise medarbejderne om, at de skal binde egne midler i selskabet ved eksempelvis udnyttelse af købe- eller tegningsretter.

Af bl.a. disse grunde er aktiebaserede exitbonusser derfor almindeligt forekommende i start up virksomheder. Uanset at der er tale om exitbonusser, er der imidlertid utvivlsomt tale om bonusser, der tildeles primært i selskabets driftsinteresse – dvs. for at sikre medarbejdernes engagement i virksomhedens daglige drift uanset en løn, der ikke er markedskonform.

Det forekommer således ubegrundet i hidtidig praksis og i strid med den kommercielle virkelighed, når SKAT i TfS 2016, 573 udtaler, at en exitbonus i alle tilfælde skal anses for udbetalt i aktionærernes – og ikke arbejdsgiverselskabets – interesse, blot fordi udbetalingen er knyttet op på et *“exit”*.

Det må konstateres, at såfremt SKAT fastholder synspunktet om, at exitbonusser ikke kan anses som vederlag i et ansættelsesforhold, allerede fordi de er betinget af et salg, så vil det i betydelig grad påvirke særligt opstarts-virksomheders muligheder for at benytte ligningslovens § 7 P til at tilbyde deres medarbejdere en konkurrencedygtig løn.

Endelig er der grund til at bemærke, at SKATs nye synspunkt – hvis det opretholdes – næppe kan begrænses til ligningslovens § 7 P. Eksempelvis forudsætter anvendelsen af ligningslovens § 28, at der er tale om et *“vederlag”* bestående af køberetter til aktier eller tegningsretter til aktier, som er modtaget fra *“det selskab, hvor [medarbejderen] er ansat”*, pensionsbeskatningslovens § 19 forudsætter, at der er tale om en indbetaling fra en *“arbejdsgiver”*, og efter kildeskattelovens § 43 om afgrænsningen af A-indkomst er det overordnede kriterie, om der er tale om et vederlag for *“personligt arbejde i tjenesteforhold”*. Tilsvarende er der også en række indberetningspligter i skattekontrolloven, som er knyttet op på, om et vederlag udbetales i et tjenesteforhold, jf. eksempelvis skattekontrollovens § 7.

Det er vanskeligt at se, hvordan en exitbonus, som – hvis SKATs udtalelse følges – ikke er et *“vederlag i et ansættelsesforhold”* i relation til et arbejdsgiverselskab, skulle kunne være eksempelvis et vederlag for *“personligt arbejde i et tjenesteforhold”* i relation til arbejdsgiverselskabet.

Afsluttende bemærkninger

Siden Højesterets dom i 2009 har skattemyndighederne gradvist skærpet praksis for den skattemæssige behandling af exitbonusser fra sag til sag. Det kunne være interessant at få Højesterets stillingtagen til denne udvikling. I alle tilfælde kan det imidlertid konstateres, at det fortsat er sådan, at der – i relation til spørgsmålet om selskabers fradrag for udgifter til exitbonus – må foretages en konkret vurdering af formålet med bonusudbetalingen.

SKATs tilsyneladende ønske om at overføre og skærpe denne (fradrags)praksis i relation til beskatningen af bonusmodtagerne forekommer at være uden lovhjælp og vil samtidig – i strid med

de politiske intentioner bag ligningslovens § 7 P – have væsentlige negative konsekvenser for en række selskabers mulighed for at benytte aktiebaseret incitamentsafløning.

I det lys – og for at sikre danske selskaber og lønmodtageres retssikkerhed – er det ønskeligt, om SKAT ville tydeliggøre og begrunde sit syn på den skattemæssige behandling af exitbonuser.

(1) Se om praksis vedrørende selskabers fradrag for exitbonusser eksempelvis Erik Banner-Voigt i SR.2010.261 og Tommy V. Christiansen i JUS.2012, 21 samt i JUS 2012.2012, 22.

(2) For en nærmere gennemgang af de nye regler i ligningslovens § 7 P, se eksempelvis SR.2016.328.

(3) Jf. tilsvarende Erik Banner-Voigt i SR.2010.261.