

HØJESTERETS DOM

afsagt tirsdag den 29. november 2011

Sag 56/2010

(2. afdeling)

Symbion Capital I A/S

(advokat Nikolaj Bjørnholm)

mod

Skatteministeriet

(kammeradvokaten ved advokat Steffen Sværke)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 20. afdeling den 15. januar 2010.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Per Walsøe, Lene Pagter Kristensen, Niels Grubbe, Henrik Waaben og Lars Hjortnæs.

Påstande

Appellanten, Symbion Capital I A/S, har påstået, at indstævnte, Skatteministeriet, skal anerkende, at selskabet kan fradrage udgift til management fee med 10.937.500 kr. i indkomståret 2001, 13.125.000 kr. i indkomståret 2002 og 13.125.000 kr. i indkomståret 2003.

Subsidiært har Symbion Capital påstået sagen hjemvist til fornyet behandling hos de skatteansættende myndigheder med henblik på den beløbsmæssige opgørelse af selskabets fradrag for management fee.

Skatteministeriet har påstået stadfæstelse.

Subsidiært har Skatteministeriet påstået, at Symbion Capital skal anerkende, at selskabets indkomst forhøjes for indkomståret 2001 med 8.203.125 kr., for indkomståret 2002 med 9.843.750 kr. og for indkomståret 2003 med 9.843.750 kr.

Anbringender

Symbion Capital har til støtte for sin principale påstand anført, at selskabets udgifter til management fee er fradragsberettigede som driftsomkostninger i medfør af statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a.

Udgifter til formueforvaltning er fradragsberettigede som driftsomkostninger, jf. Højesterets dom i UfR 1942.278, og de afholdte udgifter til management fee er betaling for formueforvaltning, sådan som dette begreb må forstås ud fra beskrivelser i anden lovgivning. Managementselskabet har således varetaget rådgivning og administration vedrørende værdipapirer og i forbindelse hermed udvælgelse og overvågning af små virksomheder og i øvrigt rådgivning om ventureinvesteringer, der er baseret på aktiv interessevaretagelse i unoterede selskaber.

I administrativ praksis og retspraksis er det blevet lagt til grund, at fradrag for udgifter til formueforvaltning kun forudsætter, at formuen er anbragt i aktiver, hvis potentielle løbende afkast vil være skattepligtig indkomst. Denne betingelse er opfyldt, idet Symbion Capitals formue var anbragt i aktier og udlån, hvis potentielle løbende afkast i form af udbytter og renter var skattepligtig indkomst.

Selv hvis der tillige gælder en forudsætning om, at også avancer ved salg af de aktiver, som formuen er anbragt i, skal være skattepligtige, er Symbion Capitals udgifter til formueforvaltning fradragsberettigede, idet selskabet har erhvervet sine aktier i porteføljevirkomhederne i spekulationsøjemed som anført i statsskattelovens generelle bestemmelse i § 5, stk. 1, litra a, jf. § 4, om tilfælde, hvor avancer ved salg af aktiver skal indgå i den skattepligtige indkomst. Ved afgørelsen af, om selskabet herefter har ret til fradrag efter statsskattelovens § 6 for formueforvaltningsudgifter vedrørende sin aktieportefølje, kan der på grund af sammenhængen i statsskattelovens §§ 4-6 ikke lægges vægt på aktieavancebeskatningslovens senere vedtagne særlige regler om skattefrihed ved aktiesalg m.v., idet disse regler ikke samtidig regulerer fradragsretten.

Selv hvis det har betydning for fradragsretten for de omtvistede udgifter til formueforvaltning, at avancer ved salg af de aktiver, som formuen var anbragt i, kunne være skattefrie efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven, er selskabets udgifter til management fee fradragsberet-

tigede, idet selskabets investeringer i porteføljeselskaberne ikke specifikt er foretaget med henblik på at opnå skattefrie afkast. Skatteministeren har således i et svar til Folketinget af 17. september 2007 (Alm. Del, spørgsmål nr. 363) tilkendegivet, at fradrag for udgifter til formueforvaltning i form af administration af en aktieportefølje efter praksis kun kan nægtes, hvis investeringsrådgivningen kan henføres til aktieinvesteringer, som specifikt er foretaget med henblik på at opnå udbytte og/eller avancer, der ikke eller kun rent undtagelsesvis vil være skattepligtige, og at det vil være meget svært for skattemyndighederne at bevise, at en investeringsrådgivning kan henføres til sådanne aktieinvesteringer. Ved vurderingen af Symbion Capitals investeringer må der i overensstemmelse hermed bl.a. lægges vægt på, at prospektet for Symbion Capital ikke indeholder et skattemæssigt begrundet mål om, at selskabet skal besidde aktierne i mindst 3 år, for at en mulig avance kan blive skattefri, og at prospektet tværtimod indeholder en forudsætning om, at selskabet skal foretage opfølgingsinvesteringer helt frem til, at selskabet sælger sine aktier i den pågældende virksomhed. Det har selskabet da også gjort i praksis. Endvidere var en væsentlig del af selskabets aktiver konvertible gældsbreve og likvide beholdninger, som udelukkende skaber skattepligtig indkomst i form af kursgevinster og renteindtægter. Der bør også lægges vægt på, at Symbion Capitals skattefrie indtægter i perioden fra selskabets start til og med indkomståret 2010 i alt har udgjort kun ca. 1 % af selskabets samlede indtægter. De realiserede ikke-fradragsberettigede tab på aktier i perioden overstiger også langt de realiserede fradragsberettigede tab.

Med hensyn til Skatteministeriets subsidiære påstand gøres det gældende, at Symbion Capital er rette omkostningsbærer for så vidt angår udgifterne til management fee. Beløbets størrelse er aftalt mellem uafhængige parter, og det er sædvanligt inden for venturebranchen, at management fee beregnes som en procentdel af ventureselskabets kapital. Arbejdet med porteføljeselskaberne er udført i Symbion Capitals egen interesse, idet det er udført for at realisere selskabets formål, som er at sikre forrentning af investorernes kapital ved at opnå avancer ved salg af andele i porteføljeselskaberne. Managementselskabets arbejde på Symbion Capitals vegne er ikke gået ud over, hvad der er sædvanligt med henblik på at udføre aktivt ejerskab. Symbion Capital har heller ikke haft sammenfaldende interesser med porteføljeselskaberne, idet man med to undtagelser er minoritetsaktionær i porteføljeselskaberne og i langt de fleste tilfælde ikke den eneste eksterne investor. Skattemyndighederne skal derfor lægge til grund, at indbyrdes transaktioner, der måtte blive anset for at foreligge mellem Symbion Capital og porteføljeselskaberne, er sket på armslængdevilkår.

Til støtte for sin subsidiære påstand om hjemvisning har Symbion Capital anført, at de skøn over de fradragsberettigede udgifters størrelse, som Skatteministeriet har lagt til grund for sin principale, henholdsvis subsidiære påstand, er vilkårlige.

Skatteministeriet har til støtte for sin principale påstand anført, at Symbion Capitals udgifter til management fee ikke er fradragsberettigede som driftsomkostninger efter statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, idet udgifterne ikke er anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde skattepligtig indkomst. Det følger af statsskattelovens ordlyd og kan udledes af forarbejderne, at det er et helt almindeligt princip, at der alene gives fradrag for udgifter, herunder formueforvaltningsudgifter, som vedrører skattepligtige indtægter.

Det afgørende er, om indtægten er skattefri eller skattepligtig efter de gældende regler herom – herunder reglerne i aktieavancebeskatningsloven – men i øvrigt ville Symbion Capitals primære indtægter fra salg af aktier også have været skattefrie efter statsskattelovens generelle regler, idet selskabets aktier i porteføljeselskaberne først skulle sælges efter mere end 2 år, og der i øvrigt ikke ville være grundlag for at antage, at der forelå spekulationshensigt som anført i statsskattelovens § 5, litra a.

Symbion Capitals aktieinvesteringer er specifikt foretaget med henblik på at opnå skattefrie avancer eller hovedsageligt skattefrie avancer, jf. herved skatteministerens ovennævnte svar til Folketinget i 2007, som var en kommentar til to kendelser fra Landsskatteretten, hvor fradrag for udgifter til formueforvaltning blev tilladt. Begge kendelser vedrørte traditionelle ventureselskaber med investering i børsnoterede selskaber. I modsætning hertil følger det for Symbion Capitals vedkommende af prospektet, årsrapporter for 2001-2007 og bestyrelsesformandens forklaring, at selskabet går ind med investering på et langt tidligere tidspunkt i en virksomheds liv end et traditionelt ventureselskab og med en langt højere risiko, og det fremgår af årsrapporterne, at selskabet har regnet med at eje aktierne i porteføljeselskaberne i mere end 3 år. Det følger også af investeringernes karakter, at det tager mange år at bygge, udvikle og ”exit’te” sådanne virksomheder, som man går ind i meget tidligt. Symbion Capital har endog udskudt salget af porteføljevirkomheder med udtrykkelig henvisning til ændringer i markedsvilkårene. Under disse omstændigheder må Symbion Capital i hvert fald have bevisbyrden for, at investeringerne havde et andet sigte, og denne bevisbyrde er ikke løftet. Der har

således været realiseret meget få aktieavancer inden for 3 års ejertid, hvilket i de omhandlede indkomstår var forudsætningen for, at avancerne var skattepligtige. Der kan ikke lægges vægt på, at der er realiseret tab på aktier ejet i mindre end 3 år, idet disse tab i forbindelse med lukninger af ikke-profitable virksomheder alene er udslag af markedsforholdene og afspejler den høje risiko ved denne type investeringer. Symbion Capital har endvidere henset til investeringernes karakter ikke anskaffet aktierne i porteføljeselskaberne med henblik på at opnå udbytteindtægter, og der har da heller ikke været udbytteindtægter af disse aktier i de pågældende indkomstår. De små årlige renteindtægter på op til ca. 1,5 mio. kr., der har været, er alene renter af "kassebeholdningen" og er ikke opnået som følge af investeringer, og de må også holdes op mod de markant større minimumsindtægter, der var tilsigtet ifølge prospektet, nemlig 22 % over en 8-årig periode af de ca. 300 mio. kr., som selskabet rådede over til investeringer.

I påstandsbeløbene vedrørende den principale påstand er fratrukket et skønsmæssigt fastsat fradragsberettiget beløb på 50.000 kr. pr. år for helt almindelige administrationsomkostninger vedrørende driften af selskabet. Symbion Capital er ikke fremkommet med oplysninger, der kan give grundlag for at fastsætte et større beløb.

Skatteministeriet har til støtte for sin subsidiære påstand navnlig anført, at skønsmæssigt 75 % af udgifterne til management fee under alle omstændigheder ikke er fradragsberettigede, fordi der ikke er tale om udgifter til forvaltning af Symbion Capitals formue, men derimod udgifter til ledelse af porteføljeselskaberne. Der er således udført meget omfattende ledelses- og bestyrelsesarbejde i de enkelte porteføljeselskaber vedrørende alle aspekter af deres drift, med henblik på at de enkelte selskaber opnår en positiv udvikling. Dette arbejde har ikke karakter af formueforvaltning vedrørende aktiebesiddelse, der ikke sker som led i næringsvirksomhed med aktiehandel. Denne del af udgifterne til management fee burde rettelig have været båret af de enkelte porteføljeselskaber selv og ikke af Symbion Capital, idet udgifterne ikke angår arbejde, som en aktionær – og da slet ikke en mindretalsaktionær – normalt ville påtage sig at udføre uden at modtage vederlag herfor, jf. herved reglerne i ligningslovens § 2 og OECD's retningslinjer om, hvad der i skattemæssig henseende bør anses som normale aktionæraktiviteter ved serviceydelser, der ydes inden for en multinational koncern m.v.

Skatteministeriets skøn over fordelingen mellem den fradragsberettigede og ikke-fradragsberettigede del af udgifterne til management fee er baseret på Symbion Capitals egne oplysninger om de arbejdsopgaver, managementselskabets ansatte har udført, og den tid, de har anvendt, og selskabet er ikke fremkommet med oplysninger, der kan give grundlag for at ændre fordelingen.

Supplerende sagsfremstilling

I daværende direktør Anne Katrine Winterøs notat udarbejdet til brug for Landsskatteretten hedder det bl.a.:

”1. Beskrivelse af virksomheden

1.1 Generelt

Symbion Capital I A/S blev stiftet i januar 2001. Symbion Capital ejes af Innovationsforeningen ATP Private Equity, Nordea Bank Denmark, Nordea Pension Denmark livsforsikringselskab, Den Europæiske Investeringsfond, Kirkbi og Symbion. Symbion Capital er en venturefund med DKK 300 millioner, der investeres i tidlige teknologivirksomheder indenfor IT og biotek. Der er ingen ansatte i Symbion Capital. Selskabet ledes af en direktør og en bestyrelse på 3 personer udpeget af aktionærerne.

Symbion Capital har indgået en management aftale med Symbion Management A/S, der dermed har ansvar for at varetage alle opgaver i forbindelse med investeringer i selskaber for midlerne i Symbion Capital. Symbion Management skal sikre at udviklingen af disse porteføljeselskaber sikrer det bedst mulige afkast af kapitalen i Symbion Capital. Det er i Symbion Management, de investeringsansvarlige er ansat. Der har gennem hele perioden været ansatte i Symbion Management.

Symbion Management er samtidig management selskab for CAT- Symbion Innovation A/S.

CAT-Symbion Innovation A/S er et innovationsmiljø udpeget af Videnskabsministeriet til at investere på vegne af Staten i nye teknologibaserede virksomheder. CAT- Symbion Innovation deler hvert år sin bevilling fra Videnskabsministeriet mellem CAT og Symbion Management, således af Symbion Management investerer ca. ½ af midlerne (mellem DKK 10 og 15 millioner) og står for egen drift. Der er ingen ansatte i CAT-Symbion Innovation men en direktion og en bestyrelse.

...

1.2 Symbion Management

Symbion Management er det selskab, hvor de mennesker, som investerer og har med investeringerne at gøre, er ansat. Symbion Management A/S blev stiftet i 2000, og er et datterselskab, der er 100 % ejet af Symbion A/S.

Symbion Management blev stiftet for at være management selskab for Symbion Capital – en venture fund på DKK 300 millioner, der var under dannelse. Symbion Manage-

ment skulle også være management selskab for Symbions aktiviteter under innovationsmiljøordningen (CAT- Symbion Innovation).

Aktiviteterne, der foregår i Symbion Management, var dermed rettet mod at investere risikovillig kapital i nye højteknologiske virksomheder indenfor IT og biotek, udvikle disse virksomheder og sælge dem med bedst mulige afkast til fx enten andre venturefunde eller til en industriel køber. Der er typisk investeret i virksomheder, med 1-3 personer på basis af en god teknologi-idé, der kan patentbeskyttes. Og det er typisk virksomheder, som blev startet på basis af opfindelser eller teknologi udviklet på et af universiteterne i Danmark eller i industrien. Men altid meget "tidlige" virksomheder, hvor der oftest ikke er en forretningsplan for virksomheden endnu men kun en idé, som der formentlig kan dannes og udvikles en højteknologisk virksomhed fra.

På det tidspunkt hvor Symbion Management blev stiftet, havde man i Symbion A/S siden 1998 investeret risikovillige penge via innovationsmiljøordningen i højteknologiske start-ups. Innovationsmiljøordningen er en statslig ordning, hvor private aktører investerer risikovillig kapital i start-ups på vegne af staten. Kapitalen, der investeres via innovationsmiljøet, sker i regi af selskabet CAT-Symbion Innovation (se punkt 1.3).

I 2000 besluttede Symbion A/S at forsøge at rejse en venture fund, der havde kapitalbase nok, til at følge investeringerne længere end innovationsmiljøet. Denne fund blev til Symbion Capital I A/S – og der blev rejst DKK 300 millioner fra institutionelle investorer i Danmark. Denne kapital skulle medarbejderne, der var ansat i Symbion Management, investere på vegne af Symbion Capital i tidlige teknologivirksomheder.

Symbion Management har dermed haft to opgaver:

1. At være management selskab for Symbion Capital og investere fundens penge i tidlige teknologivirksomheder indenfor IT og biotek. Symbion Management skulle være ansvarlig for at få disse virksomheder til at vokse og udvikle sig – og efterfølgende exit'te virksomhederne. Typisk kan Symbion Management investere DKK 1-20 millioner i den enkelte virksomhed.
2. Parallelt med dette, investerer Symbion Management statens innovationsmiljø midler i små nye virksomheder via selskabet CAT- Symbion Innovation. Der investeres typisk DKK 750.000 per virksomhed.

1.3 Symbion Capital og CAT-Symbion Innovation

Symbion Capital blev stiftet i januar 2001. Selskabet ledes af en bestyrelse på 3 personer, der er udpeget af investorerne. Det er endvidere en direktør i selskabet, som har ansvar for driften. Symbion Capital er en pengetank, hvor kapitalen fra investorerne kommer ind og investeres fra dette selskab. Det er Symbion Capital der ejer anparter/aktier i porteføljeselskaberne. Derfor er der som sådan ikke andre aktiviteter i selskabet, end hvad der er reguleret i selskabets forretningsorden og har med bestyrelsen og aktionærerne at gøre.

CAT-Symbion Innovation er det innovationsmiljø, som Symbion A/S ejer sammen med Forskerparken CAT. CAT-Symbion Innovation finansieres ligesom de øvrige innovationsmiljøer i Danmark via en årlig bevilling fra Videnskabsministeriet. Da innovationsmiljøordningen blev startet tilbage i 1998, gav det mulighed for at investere ca. DKK 750.000 per virksomhed. Det viste sig hurtigt, at der skal langt mere kapital til,

hvis virksomhederne er teknologivirksomheder indenfor IT og biotek, som skal bygges op fra bunden. Og hvis et af målene er, at investorerne skal tjene penge på deres investeringer. Det tager mange år og kræver meget kapital at bygge, udvikle og exit'te (dvs. sælge til andre aktører) denne type af virksomheder.

2. Beskrivelse af Symbion Managements opgaver

Symbion Management er management selskab for Symbion Capital. Og det er dermed Symbion Managements ansvar at investere de DKK 300 millioner fra Symbion Capital i små, nye teknologivirksomheder i overensstemmelse med aktionæroverenskomsten og investeringsaftalen. Det er også Symbion Managements ansvar at fungere som sekretariat for Symbion Capital, varetage bogholderi- og økonomifunktion og sørge for løbende økonomirapporteringer, kvartalsrapporter og årsrapporter til bestyrelsen og aktionærerne.

Som defineret i management aftalen § 2.4 mellem Symbion Capital og Symbion Management, er Managementselskabet et selskab, hvis primære formål er at finde, undersøge og investere i porteføljeselskaber samt administrere Kapitalselskabets kapital i porteføljeselskaber under behørig hensyntagen til bestemmelserne i Managementaftalen. Symbion Capital betaler Symbion Management et årligt fee for varetagelsen af alle ovennævnte opgaver.

Generelt er de virksomheder, som Symbion Capital ejer anpart/aktier i helt nystartede virksomheder, hvor selskabet stiftes med den investering, der foretages fra Symbion Capital og/eller innovationsmiljøet. Generelt vil Symbion Capital i den første investering ikke investere mere end DKK 225.000 parallelt med en investering på DKK 1.250.000 fra innovationsmiljøet.

Virksomhederne, der investeres i, består typisk af 1-3 medarbejdere, der inden for det første år udvikler teknologien til et stade, hvor de demonstrerer, at teknologien reelt virker og at management teamet kan styre virksomheden.

Symbion Managements opgaver kan deles op i følgende områder:

- Kvalificere dealflow og behandle henvendelser
- Opsøgende arbejde og generel markedsføring for at finde nye investeringsemner
- Vurdering af de enkelte investeringsemner, herunder due diligence
- Beslutning om at tilbyde investering – udarbejdelse af termsheet
- Endelig godkendelse af investering
- Forhandling af vilkår og investering – køb af aktier
- Deltagelse i virksomhedens bestyrelse og virksomhedens forretningsudvikling – herunder almindeligt bestyrelsesarbejde
- Lukke eller sælge ikke profitable selskaber – salg af aktier.

3. Beskrivelse af et investeringsforløb

3.1 Generelt

Normalt kommer en henvendelse om investering til Symbion Management via vores web-site, via vores almindelige personlige netværk, andre venture funde, universiteterne, eksisterende virksomheder, når vi er ude til møder og snakker med potentielle entrepreneurs eller på andre måder kommer i kontakt med personer, som gerne vil starte en virksomhed på basis af højteknologisk forskning eller en højteknologisk idé. Når vi

modtager en henvendelse, registrerer vi den internt og beder altid om yderligere skriftligt materiale om virksomhedsideen.

En ny henvendelse præsenteres sammen med evt. materiale, vi har modtaget, ved et ugentligt internt møde i Symbion Management, hvor alle nye henvendelser diskuteres. På dette møde beslutes det, hvem der skal have det videre ansvar for henvendelsen.

Herefter inviterer den ansvarlige investeringsmedarbejder projektejerne til et møde for at få den første gennemgang af virksomhedsideen. På dette tidspunkt oprettes virksomhedsideen i vores tidsregistreringssystem og alle timer, der nu bruges på projektet kan tidsregistreres under visse kategorier.

I det initielle undersøgelsesforløb bruger den ansvarlige investeringsmedarbejder en del tid på at screene og analysere ideen og lave en initial due diligence, hvor detaljerne i ideen gennemgås nøje og systematisk, for at finde ud af, om det potentielt kan være en virksomhedsidé, som Symbion Management vil investere kapital i. Der analyseres både omkring muligheder for at patentbeskytte ideen, få et overblik over hvad er det for en teknologi ideen bygger på, hvilke konkurrenter er der til produktet, hvad er det for en marked, som virksomheden skal ud og sælge på – og hvordan ser det marked ud i dag, og hvordan forventer man, det ser ud på det tidspunkt, hvor virksomhedens produkt kan være færdigudviklet og klar til salg. Samtidig gennemgås hele økonomien og finansieringsbehovet for virksomheden – fra start til slut. Og teamet bag virksomheden evalueres både med hensyn til kompetencer og erfaringer og deres mulighed for at drive virksomheden.

På et tidspunkt, når dette undersøgelsesforløb er kommet langt nok til at den investeringsansvarlige har en kvalificeret holdning til, om det er en god ide at kigge videre på virksomheden mhp. at vurdere, om Symbion Management skal lave en reel investering, præsenterer de ansvarlige investeringsmedarbejdere projektet for den samlede gruppe af medarbejdere i Symbion Management igen. Der er ikke taget endelig stilling til om man vil købe anparter/aktier i virksomheden på dette tidspunkt. Man bliver herefter enige om enten:

- at der skal laves flere initielle analyser
- at vi skal takke nej til investeringen eller om
- vi skal gå i gang med at udarbejde et term sheet eller
- gå direkte til kontraktarbejdet.

Beslutter Symbion Management at udarbejde et term-sheet, sættes nogle nye analyser i gang. Denne gang analyser, som i højere grad kræver, at vi bruger eksterne ressourcer: Det kan fx være patentagenter til at vurdere den eksisterende patentsituation grundigt, det kan være en advokat til at lave en juridisk due diligence, det kan være en professionel markedsanalyse eller en analyse af, hvordan den fremtidige indtjeningsstruktur på det aktuelle marked er. I denne periode vil Symbion Management også kigge videre på andre facetter af selskabet, indhente referencer på de mennesker, der er med til at stifte virksomheden og generelt vurdere den finansielle situation og muligheden for at dette reelt udgør en investering, som et venture selskab kan tjene penge på.

Ser det stadig positivt ud, skal alle investeringsansvarlige endelig godkende investeringen, og der udarbejdes herefter en investeringsindstilling. Hvis investeringen er af en

vis størrelse (for Symbion Capitals' vedkommende over DKKm 5) sendes denne investeringsindstilling til godkendelse i bestyrelsen.

Det er først efter denne endelige godkendelse, at investeringen faktisk er besluttet og kan effektueres og der bruges tid på køb af anparter/aktier. Herefter udarbejdes investeringsaftale og aktionæroverenskomst og selve investeringen gennemføres.

Efter investeringen er gennemført, udpeges der en investeringsansvarlig til at sidde i selskabets bestyrelse, hvor personen varetager Symbion Capitals og/eller innovationsmiljøets interesser.

3.2 Særligt for investeringer i Symbion Capital

For at investere i en virksomhed med kapital fra Symbion Capital, kræver det, at de indledende due diligence analyser er meget grundige og bliver omhyggeligt foretaget. Derfor er et due diligence forløb – inden der overhovedet vurderes, om der skal foretages en investering og købes anparter/aktier i selskabet – meget omfattende og grundigt.

Det er værd at bemærke – se endvidere afsnit 6. – at under hele due diligence forløbet registreres den investeringsansvarlige timeforbrug under posten ”due diligence”. Og at en meget stor del af den tid, som medgår til due diligence rent faktisk sker på et tidspunkt, hvor der ikke er taget beslutning om at købe anparter/aktier eller ej.

Efter en investering er foretaget, udpeger Symbion Management en investeringsansvarlig til at sidde i virksomhedens bestyrelse. Denne investeringsansvarlige har ansvar for at følge op på Symbion Capitals engagement i virksomheden. Eftersom det er meget ”unge” virksomheder, er bestyrelsesposterne meget omfattende. Investeringsmedarbejderne bidrager med sparring og viden om alle aspekter af virksomhedens drift og har en meget aktiv rolle i bestyrelsesarbejdet. Det er helt sædvanligt i så tidligere virksomheder, at der bruges meget tid på bestyrelsesarbejdet – og lægges mange timer i de enkelte selskaber for at sikre, at de følger milestones og de planer, som oprindeligt er lagt for selskabet. Samtidig er investeringsmedarbejderen ofte den person, som er tættest på selskabets direktør, og får derfor automatisk en rolle som bestyrelsens sparringspartner for direktionen i selskabet. Alt sammen for at sikre at virksomheden udvikler sig på en positiv måde i forhold til planerne.

3.3 Særligt for investeringer i Innovationsmiljøet

Kapital fra CAT-Symbion Innovation er som regel den første kapital, der investeres i en virksomhed. Dette betyder, at en del af risikoen i disse meget tidlige teknologiprojekter afdækkes for innovationsmiljømidler. Dette betyder, at når virksomheden skal have kapital fra Symbion Capital er udviklingsarbejdet nået længere.

Investeringerne, der foretages i innovationsmiljøet, er mere risikobetonede end i Symbion Capital. Deraf følger også, at der generelt bruges færre timer initielt på at analysere potentielle investeringsmuligheder. På vegne af innovationsmiljøet har Symbion Management pligt til at sidde i bestyrelsen for selskaberne – og har også her en meget aktiv rolle. Men den primære opgave i bestyrelsesarbejdet i en innovationsmiljø virksomhed er, at sikre at virksomheden når sine milestones og bliver klar til den rigtige venture kapital – for eksempel i form af Symbion Capital – finder det attraktivt at investere i virksomheden.

4. De investeringsansvarlige og andre ansattes arbejdsopgaver

4.1 Generelt

Til at håndtere dette arbejde, har medarbejderne været delt op. Det er klart, at der skal dybere kompetencer og mere erfaring til at håndtere og passe de store investeringer, mens de små innovationsmiljøinvesteringer betragtes mere som "lodsedler", som kan varetages af medarbejdere med knap så meget erfaring.

I perioden 2001 til 2003 har der i gennemsnit været 7,5 ansatte i Symbion Management. En opgørelse over medarbejdere, primære ansvarsområder og ansættelsesperioder findes i bilag 1. Disse ansatte har haft forskellige typer af arbejdsopgaver: Nogle har været mere fokuserede på investeringer via Symbion Capital – og nogle har primært beskæftiget sig med investeringer via innovationsmiljøet (se også bilag 1).

Generelt har hver ansat haft ansvaret for investeringer i hele forløbet – altså fra den første henvendelse er modtaget til investeringen er gennemført og personen indtræder i bestyrelsen for selskabet. Generelt bruger medarbejderne al deres tid på enten at finde og analysere/evaluere nye investeringer, oparbejde viden indenfor bestemte teknologier eller markeder, foretage selve investeringerne eller aktivt deltage i udviklingen eller videre finansiering af de selskaber, der er investeret i.

4.2 Bestyrelsesposterne

Bestyrelsesposterne i selskaberne er som regel meget omfattende for personer, der er indsat af et venture selskaber. Dette skyldes flere forskellige forhold:

- Virksomhederne er som regel helt nystartede, hvilket betyder, at der er mange opgaver, der skal struktureres og sættes i system.
- Virksomheden skal opbygge en hel driftorganisation – og som ofte, er det noget, de ikke har prøvet før
- En del af dem, som er foundere i virksomhederne, har aldrig prøvet at starte virksomhed før. Det betyder, at de har brug for meget sparring og hjælp i forhold til at udvikle teknologien og få virksomheden til at fungere
- Som investor er vi meget hands-on i virksomhederne – tilfører meget værdi. Det betyder også, at vi er meget omkring virksomhederne i deres dagligdag.
- Som regel har direktøren i virksomhederne ikke så mange at diskutere de driftsrelaterede problemstillinger med – det bruger han så bestyrelsen til.
- Det er igennem hele forløbet, hvor vi sidder med i bestyrelserne, at virksomhedens strategi og udvikling sker. Det kræver en meget aktiv involvering fra bestyrelsens side. Herunder i forhandlinger med potentielle samarbejdspartnere, nye kunder, udviklings planer for teknologien, ansættelse af medarbejdere etc.
- Vi deltager aktivt i udviklingen af selskabets strategi og business development
- Vi deltager aktivt i opbygning af virksomhedens netværk, kontakter og forretningsforbindelser
- Vi medvirker også til udarbejdelse af bestyrelsesmateriale og opfølgning på dette
- Vi deltager også aktivt ved at bygge person netværk op omkring virksomheden. Herunder etablering af advisory boards, tilknytning af tekniske eller kommercielle kompetencer til virksomheden.

5. Antal af investeringer i Symbion Capital i perioden og strukturen af management fee

5.1 Antal investeringer

I perioden 2001 til 2003 er der i alt gennemført 31 investeringer i Symbion Capital.

Der i perioden foretaget en del opfølgingsinvesteringer i disse selskaber – internt. Som regel vil en opfølgingsinvestering ikke tage lige så lang tid som den initielle investering – da alle kontrakter allerede er forhandlet omkring aktionæroverenskomster, rettigheder mv.

Af disse 31 investeringer har 9 været store Symbion Capital investeringer i perioden 2001 til 2003. Resten har været ”rene innovationsmiljøinvesteringer”, dvs. selskaber, hvor Symbion Capital kun har investeret i størrelsesorden DKK 225.000-500.000.

Fordelingen i de enkelte år på nye investeringer i Symbion Capital regi og Innovationsmiljø regi er således:

	2001	2002	2003
Antal ny Investeringer i Symbion Capital > 250.000	5	0	4
Antal ny investeringer i Innovationsmiljøet	7	6	6
Investeringer i alt per år	12	6	10

Dette bliver kun 28 investeringer. De sidste 3 virksomheder (for at nå en total på 31 investeringer), er virksomheder, hvor der er givet tilsagn til investering – men hvor investeringen rent faktisk aldrig er gennemført.

I perioden 2001 til 2003 er hovedparten af de timer, der er brugt til at skabe porteføljen af selskaber i Symbion Capital lagt i disse 9 selskaber. Der er medsendt specifikke time-registrering for disse 9 selskaber, hvor alle medarbejders timeregistreringer i disse selskaber er udskrevet – bilag 2. Endvidere er det for disse 9 selskaber specifikt op gjort i bilag 3 hvor mange timer – ud af et skønnet total antal timer – der er medgået til due diligence. Og det er vel og mærke til hele due diligence forløbet og ikke alene den del, som vedrører den tid, der reelt er brugt efter at den enkelte investering er godkendt, og tiden herefter anvendes på køb af anparter/aktier.

5.2 Fordeling af management fee

Symbion Capital betaler årligt Symbion Management et management fee for de ydelser, som Symbion Management leverer til Symbion Capital.

I forhold til innovationsmiljøets aktiviteter, kan Symbion Management fakturere sine timer direkte til Videnskabsministeriet. For disse timer modtager Symbion Management driftmidler til at drive innovationsmiljøet og gennemføre disse investeringer.

6. Beskrivelse af rutiner omkring tidsregistreringer og mønsterregistrarer

6.1 Generelt

På det tidspunkt hvor det bliver besluttet, at Symbion Management arbejder videre med en henvendelse om investering, bliver den oprettet i vores tidsregistreringssystem. Alle projekter får et projektnummer.

I tidsregistreringssystemet skelnes der i grove træk mellem:

1. Før investering (hedder due diligence i tidsregistreringssystemet) og
2. aktiviteter efter en investering er foretaget.

Der er desværre ikke lavet en specifik kategori til registrering af timer anvendt til køb og salg af aktier under due diligence kategorien. Derfor har vi i denne fremstilling medtaget alle timer, der er registreret, som brugt på due diligence – uagtet at vi ved, at det kun en lille del af den tid, som due diligence registreringen omfatter, der reelt er brugt efter at en investering er godkendt. Og dermed kun en lille del af den tid der er registreret under due diligence, som reelt er brugt på køb og salg af anpart/aktier.

Der er generelt registreret med forskellig omhu i forhold til om en investering skal ind under innovationsmiljøet eller under Symbion Capital fra starten. Langt de fleste investeringer er startet via innovationsmiljøet.

Under innovationsmiljøet skal Symbion Management registrere og fakturere de timer, der bruges for at modtage penge fra Videnskabsministeriet. Dette har betydet, at der har været fokus på denne del af registreringen.

Det gør sig ikke i samme grad gældende for arbejdet med investeringer via Symbion Capital. Dels har vi ikke været bekendt med at denne del af registreringen kunne have effekt på selskabets fremtidige drift og dels har registreringen i forhold til Symbion Capital primært haft karakter af en mere overordnet registrering, eftersom der ikke skulle direkte faktureres efter denne registrering. Eftersom det ikke har haft nogen direkte effekt på Symbion Managements driftsbudget, om der blev foretaget korrekt tidsregistrering eller ej i forhold til arbejdet med Symbion Capitals investeringer, har der været en tendens til, at disse ikke er foretaget konsistent.

Det har været intentionen, at der skulle tidsregistreres hver dag. Reelt er der snarere tidsregistreret et par gange om måneden for de fleste medarbejderes vedkommende.

6. Mønsterregistranterne

Mønsterregistranterne er to medarbejdere – som har fulgt de regler, der har været for tidsregistreringer – også i forhold til arbejdet med Symbion Capital investeringer. Disse to medarbejdere har primært udført arbejde for Symbion Capital og kun i mindre omfang for innovationsmiljøet. Den vurdering der ligger til grund for at ekstrapolere disse to medarbejderes indsats til resten af de investeringsansvarlige, er et grundigt kendskab til alles ansattes arbejdsområder, arbejdsindsats og arbejdsbelastning.

Mønsterregistranterne har registreret samtlige timer, de har arbejdet. Eftersom der ikke er særligt mange timer, der i løbet af en arbejdsdag ikke bruges på noget, som på den ene eller anden måde er direkte relateret til enten dealflow, kvalificering af henvendelser eller aktive investeringer, vil andelen af timer mønsterregistranterne har brugt på due diligencearbejde (herunder køb og salg af anpart/aktier) være direkte sammenligneligt med den andel af tiden, som de har brugt på dette arbejde.

I bilag 3 er en samlet opgørelse over alle medarbejderne i Symbion Management i perioden. Herunder det faktiske antal timer de har registreret det enkelte år ("timer registreret"), de antal timer de har tidsregistreret i forhold til due diligence opgaver ("DD timer"), et skøn over personens samlede tidsforbrug (foretaget ud fra at alle principielt laver det samme og et kendskab til den enkelte persons arbejdsbelastning) ("Total timer skøn"), og et dermed afledt skøn af personens samlede indsats inden for due diligence (Total DD timer skøn). Dette giver en kolonne for de enkelte år, som angiver en % sats for, hvor mange timer der er brugt på due diligence ud af det totale antal timer. Det skal

stadig erindres, at kun en mindre del af dette antal timer er reelt gået til ”køb og salg af anparter/aktier”.

Dette viser, at den samlede due diligence belastning i forhold til det totale antal timer anvendt i arbejdet i Symbion Management er:

- 2001 er gået 12% af tiden til due diligence (køb og salg af aktier)
- 2002 er der gået 7% af tiden
- 2003 er der gået 4% af tiden

Sammenligner man dette skøn med det faktiske antal investeringer, der er foretaget i de enkelte år, må man konkludere, at i 2003 er andelen af due diligence timer nok registreret for lavt. Men der er selvfølgelig også en effekt af, at medarbejderne er blevet dygtigere og mere effektive, som nødvendigvis vil afspejle sig i, at det faktisk går hurtigere at foretage due diligence – alene baseret på en øget erfaring med området.”

Det er oplyst, at Symbion Capital i perioden fra 2001 til 2009 foretog porteføljeinvesteringer på ca. 165 mio. kr., fordelt på godt 30 initiale investeringer og omtrent lige så mange opfølgingsinvesteringer. Af porteføljerne var der én med en kapitalandel på ca. 62 %, én på ca. 50 %, mens alle øvrige var minoritetsposter med hovedvægten på andele under 20 %. Af porteføljeselskaberne var der ved periodens afslutning fortsat 5 aktive, 9 var gået konkurs, likvideret, ophørt eller lignende, og 18 var afhændet. De fleste afhændelser var sket inden tre år fra den initiale investering eller opfølgingsinvestering. Ved langt de fleste afhændelser var der konstateret tab, men der havde også været skattepligtige aktieavancer på godt 12 mio. kr. og skattefrie aktieavancer på godt 0,5 mio. kr. Der havde i øvrigt i perioden været skattepligtige indtægter på knap 9 mio. kr. i form af udbytter samt godt 8 mio. kr. i form af renter og kursgevinster på lån, således at der havde været skattepligtige indtægter på i alt godt 29 mio. kr. Efter ikrafttræden pr. 1. januar 2010 af nye regler om beskatning af aktieavancer havde der i 2010 været yderligere skattepligtige aktieavancer på godt 20 mio. kr.

Retsgrundlag

I Ligningsvejledningen for 2009-2, punkt E.A.2.1.1., hedder det bl.a.:

”I. Det juridiske grundlag

Landsskatteretten har truffet flere afgørelser om fradragsret for de udgifter, som venturesselskaber afholder til formueadministration, bl.a. SKM2006.409.LSR og SKM2007.587.LSR. I et svar til Folketingets Skatteudvalg den 17. september 2007 (alm. Del – svar på spørgsmål 363) har skatteministeren kommenteret de offentliggjorte afgørelser. Ministeren har i den forbindelse bl.a. anført:

”De to afgørelser understreger, at et selskabs udgifter til formueadministration kan fradrages, hvis udgiften har direkte sammenhæng med selskabets erhvervelse af skattepligtig indkomst, jf. statsskattelovens § 6 a. Fradrag kan kun nægtes, såfremt dele af de pågældende udgifter ikke har den nødvendige sammenhæng med indkomsterhvervelsen, men snarere tjener til sikring af den del af selskabets formue, som kan afhændes skattefrit. Det bemærkes i den forbindelse, at aktier som udgangspunkt ikke kan afhændes skattefrit.

Det vil i relation til udgifter til administration af en aktieportefølje sige, at fradrag kun kan nægtes, hvis den enkelte formueforvalters investeringsrådgivning kan henføres til aktieinvesteringer, der specifikt er foretaget med henblik på at opnå udbytter og/eller avancer, der ikke er eller kun rent undtagelsesvist vil være skattepligtige.”

Udgangspunktet er således, at der er fradrag for ventureselskabers udgifter til formueadministration. Fradrag kan dog nægtes, hvis SKAT kan bevise, at en investeringsrådgivning kan henføres til aktieinvesteringer, som specifikt er foretaget med henblik på at opnå skattefri afkast.”

Højesterets begrundelse og resultat

Ved ”indkomsten” i statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, må efter ordlyden forstås den skattepligtige indkomst, således at udgifter kan fradrages i den skattepligtige indkomst som driftsomkostninger, hvis de er anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde den skattepligtige indkomst.

Symbion Capital I A/S har navnlig til formål at investere i nye, innovative virksomheder inden for bestemte forretningsområder, enten i form af indskud af selskabskapital eller ydelse af konvertible lån. Investeringerne skulle foretages både som initialinvesteringer og som opfølgingsinvesteringer. Ved starten i 2000-2001 var det selskabets mål at afstå sine aktier i de enkelte porteføljeselskaber inden for en periode på 2-8 år fra initialinvesteringen. Selskabets driftsudgifter kunne således i indkomstårene 2001-2003, som denne sag vedrører, i henhold til de dagældende regler både vedrøre indtægter, der skulle indgå i den skattepligtige indkomst (udbytter, renter, aktieavancer ved afståelse inden for 3 år), og indtægter, der ikke var skattepligtige (navnlig aktieavancer ved afståelse efter mere end 3 år).

Det må efter bevisførelsen lægges til grund, at Symbion Capital i de omhandlede indkomstår forventede, at den overvejende del af selskabets indtægter ville være aktieavancer m.v., som ikke skulle indgå i selskabets skattepligtige indkomst, idet selskabet forventede at besidde sine kapitalandele i mere end 3 år, jf. aktieavancebeskatningslovens dagældende regler herom.

Denne forventning beroede imidlertid navnlig på, at det var selskabets formål at investere i nye, innovative virksomheder på it-, bioteknologi- og medico-området m.v. på et meget tidligt tidspunkt. Forventningen om skattefrie avancer ved afståelse beroede endvidere på en vurdering af det typiske udviklingsforløb for de nystartede porteføljeselskaber sammenholdt med de daværende markedsforhold og forventninger til markedsudviklingen for virksomheder af den pågældende karakter.

Symbion Capital havde i perioden fra 2001 til 2009 skattepligtige indtægter på i alt godt 29 mio. kr. i form af skattepligtige avancer ved salg af aktier, udbytter, renter og kursgevinster på lån. I samme periode havde selskabet skattefrie aktieavancer på godt 0,5 mio. kr.

Symbion Capitals udgifter til management fee er afholdt i henhold til managementaftalen af 29. juni 2001. Managementselskabets primære formål er at finde, undersøge og investere i porteføljeselskaber samt at administrere Symbion Capitals kapital i porteføljeselskaberne.

Som det fremgår af landsrettens dom, har Symbion Capital oplyst, at managementselskabet for Symbion Capital udførte en række opgaver vedrørende porteføljeselskaberne, herunder bl.a. varetagelse af bestyrelsesarbejde, udarbejdelse af halvårsplaner om, hvad der skulle til for at øge porteføljeselskabets værdi, udmøntning og intern opfølgning af halvårsplanerne i porteføljeselskabet, drøftelser med potentielle og aktuelle kunder, samarbejdspartnere og leverandører om porteføljeselskabets udvikling samt møder og rejser for at repræsentere og eventuelt præsentere porteføljeselskabet. Det fremgår endvidere af Anne Katrine Winterøes notat, at der i gennemsnit var 7,5 personer ansat i managementselskabet i perioden fra 2001 til 2003, og at de ansattes bestyrelsesarbejde i de enkelte porteføljeselskaber som regel var meget omfattende, hvilket bl.a. skyldtes, at virksomhederne var nystartede og ofte manglede erfaring i at opbygge en driftsorganisation, ligesom der krævedes en meget aktiv involvering for at udvikle virksomhederne.

Efter det anførte har Symbion Capital haft til formål at drive – og har faktisk drevet – virksomhed, der har givet selskabet indtægter i form af dels løbende afkast ved rente og udbytte af porteføljeinvesteringerne, dels avance ved afståelse af aktier i porteføljeselskaberne. Indtægterne har været skattepligtige for så vidt angår både det løbende afkast og avancerne ved afståelse inden 3 år og skattefrie for så vidt angår avancerne ved afståelse efter 3 år.

Højesteret finder herefter, at afholdte udgifter til management fee kan være fradragsberettigede driftsomkostninger efter statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, selv om nogle af afståelsesavancerne er skattefrie på grund af realisationstidspunkterne.

Højesteret tager derfor ikke Skatteministeriets principale påstand til følge.

Fire dommere – Per Walsøe, Lene Pagter Kristensen, Niels Grubbe og Henrik Waaben – udtaler herefter:

Vi finder, at udgifterne til management fee i deres helhed må anses for afholdt med henblik på at sikre og vedligeholde Symbion Capitals indtægter fra porteføljeselskaberne. Dette gælder således også den del af udgifterne, der har dækket managementselskabets opgaver i forbindelse med opbygning og udvikling af porteføljeselskabernes virksomheder, idet Symbion Capitals virksomhed bestod i at udvikle disse selskaber med henblik på at opnå indtægter fra investeringerne i dem. Det bemærkes herved, at udgifterne er afholdt af Symbion Capital, der ikke var koncernforbundet med porteføljeselskaberne, idet Symbion Capital i alle tilfælde, bortset fra to, alene ejede minoritetsposter.

Vi stemmer herefter for at give Symbion Capital medhold i den principale påstand.

Dommer Lars Hjortnæs udtaler:

Efter bevisførelsen lægger jeg til grund, at en væsentlig del af Symbion Capitals udgifter til management fee dækkede almindeligt ledelsesarbejde i porteføljeselskaberne. Efter min opfattelse vedrører denne del af udgifterne ikke driften af Symbion Capital, herunder forvaltningen af Symbion Capitals formue, men driften af porteføljeselskaberne, idet Symbion Capitals afholdelse af udgifterne ikke har karakter af en normal aktionæraktivitet, jf. herved OECD's retningslinjer om skattemæssig ligning ved grænseoverskridende handel mellem interesseforbundne parter. Det kan efter min opfattelse ikke føre til en anden vurdering, at Symbion Capital havde lagt sin indtægtsgivende virksomhed an på, at porteføljeselskabernes indtægter og værdi skulle stige. Jeg finder derfor, at denne del af udgifterne til management fee ikke kan

fradrages i Symbion Capitals skattepligtige indkomst som en driftsomkostning efter reglen i statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a.

Da der endvidere ikke er fremkommet oplysninger, som giver grundlag for at anfægte Skatteministeriets skønsmæssige fordeling mellem fradragsberettigede og ikke-fradragsberettigede udgifter til management fee (25 %-75 %), stemmer jeg herefter for at give Skatteministeriet medhold i den subsidiære påstand.

Afgørelsen træffes efter stemmeflertallet.

Skatteministeriet skal i sagsomkostninger for landsretten og Højesteret betale 606.000 kr. til Symbion Capital, hvoraf 600.000 kr. er til dækning af udgifter til advokatbistand og 6.000 kr. er til dækning af retsafgifter.

Thi kendes for ret:

Skatteministeriet skal anerkende, at Symbion Capital I A/S kan fradrage udgift til management fee med 10.937.500 kr. i indkomståret 2001, 13.125.000 kr. i indkomståret 2002 og 13.125.000 kr. i indkomståret 2003.

I sagsomkostninger for landsret og Højesteret skal Skatteministeriet inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse betale 606.000 kr. til Symbion Capital I A/S. Sagsomkostningsløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.