

Offentliggjort d. 29. maj 2012

Driftsomkostninger – bonus til fratrådt direktør – ikke fradragsret som følge af grundlaget for beregning af bonus - SKM2012.278.ØLR[©]

*Af advokat (L) Bodil Christiansen og
advokat (H), cand. merc. (R) Tommy V. Christiansen*

www.v.dk

Fratrædelsesgodtgørelse, der trådte i stedet for udbetaling af bonus i opsigelsesperioden, kunne ikke fradrages hos arbejdsgiverselskabet, under hensyn til, at bonussen skulle beregnes som en procentdel af den ved salget af datterselskaber opnåede, ikke skattepligtige aktieavance.

Med Højesterets dom ref. i TfS 2009, 271 H blev fastslået, at der ikke var fradragsret for en stay on-bonus til visse ledende medarbejdere i et tilfælde, hvor den omhandlede bonus forudsatte et salg af det selskab, hvori de pågældende var ansat, ligesom bonussen skulle beregnes som følge af den salgspris, der ville blive opnået.

Højesteret anførte som begrundelse for dette resultat, at det fremgik af aftalen om direktørbonus, at direktørernes krav på den aftalte bonus var betinget af, at der skete et endeligt salg af selskaberne, og at direktørerne hver især fortsat var ansat på salgstidspunktet, ligesom det fremgik, at størrelsen af bonussen alene afhang af salgsprisen for selskaberne.

Efter indholdet af aftalen om direktørbonus og efter de afgivne forklaringer lagde 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.

Offentliggjort d. 29. maj 2012

Herefter konstaterede Højesteret, at den udbetalte bonus således ikke havde 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 statskattelovens § 6, stk. 1, litra a.

Efterfølgende tog Landsskatteretten stilling til en tilsvarende sag refereret i SKM 2012.250 LSR, omtalt i Ugens Kommentar 2012/21. Landsskatteretten nåede her – ikke uventet – frem til, at selskabet ikke havde fradragsret for en stay on-bonus til de i sagen omhandlede medarbejdere. Landsskatterettens præmisser var imidlertid mere vidtgående end Højesterets præmisser. Det anføres således som begrundelse for resultatet indledningsvis, at: *”Uanset om bonussen blev beregnet ud fra stigningen i værdien af selskabet HI A/S' aktiekapital, eller om bonussen var et fast bruttobeløb, er det Landsskatterettens opfattelse, at bonustallene har haft til formål at fastholde væsentlige og centrale medarbejdere i processen omkring den fremtidige ejerstruktur.”*

Hvor Højesteret således tillagde det betydning, at den betingende stay on-bonus skulle beregnes på grundlag af en given salgssum for aktierne, markerer Landsskatteretten altså, at dette er uden betydning.

Med det afsæt, at beregningsmodellen ifølge Landsskatteretten er uden betydning – eller med andre ord, at det afgørende er, hvorvidt udgiften har haft til formål at tjene aktionærenes og ikke selskabets interesse - kan det konstateres, at Østre Landsret i sagen SKM 2012.278 Ø vedrørende en parallel problemstilling tillagde det afgørende betydning, hvorledes en given fratrædelsesgodtgørelse på 5 mio. kr. blev fastsat.

Den netop afsagte dom fra Østre Landsret ref. i SKM2012.278.Ø drejede sig om et selskab, der ved opgørelsen af indkomsten for indkomståret 2005 havde fratrukket udgifter til selskabets direktør i form af *dels* en udbetalt à-conto bonus på 25.000.000 kr., *dels* en bonusudbetaling på 5.462.242 kr., der var betalt til direktøren i forbindelse med hans opsigelse i 2005, og *dels* en fratrædelsesgodtgørelse på 17.994.452 kr., som selskabet herudover havde betalt til direktøren i 2005 i forbindelse med, at han var blevet opsagt fra sin stilling i selskabet.

Offentliggjort d. 29. maj 2012

De nævnte bonusudbetalinger på 25.000.000 kr. og 5.462.242 kr. var efter det oplyste udbetalt i henhold til direktørens kontrakt med tilhørende allonger. Det fremgik af direktørkontrakten med tilhørende allonger, at direktørens vederlag bestod af en fast grundløn på 3.500.000 kr., der senere blev reguleret til en grundløn på 4.200.000 kr., samt en bonus på 18 % af de avancer ved salg af aktier i virksomheder, der var kontrolleret af selskabet, der konstateredes i de enkelte år. Det fremgik videre, at de nævnte avancer blev opgjort som salgssummen fratrukket nettopengebindingen samt en forrentning heraf med 8 % p.a.

Fratrædelsesgodtgørelsen på 17.994.452 kr. var efter det oplyste ligeledes udbetalt i henhold til allonge til direktørkontrakten, hvorefter der i tilfælde af fratræden skulle betales en godtgørelse til direktøren beregnet som summen af de faste lønandele i en periode på 36 måneder med tillæg af gennemsnittet af de seneste 3 års bonusudbetalinger, dog maksimalt 5.000.000 kr. I et "*Bilag til opsigelse af administrerende direktør JL*" var anført følgende vedrørende fratrædelsesgodtgørelsen:

Fratrædelsesgodtgørelse:

Fast gage 36 måneder á kr. 350.000	12.600.000 kr.
Fri bil og telefon (3.333,33 + 250,00) i 36 måneder	129.000 kr.
Præmie til garantiløn og ulykkesforsikring (77.128 + 11.356 p.a.) i 3 år	265.452 kr.
Vederlag, gennemsnittet af de sidste 3 års bonus, maksimeret til	<u>5.000.000 kr.</u>
	17.994.452 kr.

Spørgsmålet om selskabets fradragsret for bonus til selskabets direktør for 2000 var forud herfor blevet prøvet ved Østre Landsret, jf. TfS 2009, 904 ØL. Østre Landsret nåede her frem til, at selskabet ikke var berettiget til at fradrage bonus til selskabets direktør, der var beregnet som en procentdel af den ved salg af aktier i datterselskaber opnåede ikkeskattepligtige avance, med henvisning til, at samtlige aktiegevinster når bortset fra enkelte særlige tilfælde, var skattefri efter dagældende aktieavancebeskatningslov som følge af, at ejertiden vedrørende datterselskabsaktier var over 3 år.

Offentliggjort d. 29. maj 2012

Det spørgsmål, som herefter var indbragt for landsretten, og afgjort ved SKM2012.278.ØLR, drejede sig alene om, hvorvidt selskabet ved indkomstopgørelsen for det senere indkomstår, 2005, kunne fradrage 5 mio. kr., der var en del af den fratrædelsesgodtgørelse på i alt 17.994.452 kr., som blev udbetalt til direktør JL som følge af opsigelse.

SKAT havde ved den påklagede afgørelse forhøjet selskabets skattepligtige indkomst, og dermed den selvangivne sambeskattede indkomst, med 30.462.242 kr. vedrørende ikke godkendt fradrag for udgifterne til bonus på 25.000.000 kr. og 5.462.242 kr., og med 5.000.000 kr. vedrørende ikke godkendt fradrag for den del af fratrædelsesgodtgørelsen, der var opgjort som gennemsnittet af de seneste 3 års bonusudbetalinger, dog maksimalt 5.000.000 kr.

SKAT havde som begrundelse for forhøjelserne anført, at de udbetalte bonusbeløb ikke kunne anses for fradragsberettigede i henhold til statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, og at den andel af fratrædelsesgodtgørelsen, der tog udgangspunkt i de seneste 3 års bonusudbetalinger, heller ikke kunne fradrages, da bonusudbetalingerne ikke er anerkendt som fradragsberettigede, jf. statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a.

Spørgsmålet om fradragsretten for fratrædelsesgodtgørelsen på 5 mio. kr. blev indbragt for Østre Landsret.

Landsretten nåede frem til, at selskabet ikke havde fradragsret for fratrædelsesgodtgørelsen til direktøren med følgende begrundelse:

"Ved Østre Landsrets dom af 31. august 2009 er det slået fast, at [selskabet] i indkomståret 2000 ikke kunne fradrage udbetalt løn i form af bonus udbetalt til direktør JL, idet udgiften til bonus ikke har den nødvendige sammenhæng med selskabets løbende indkomsterhvervelse.

I denne sag er spørgsmålet, om en udbetalt bonus, der indgår i en fratrædelsesgodtgørelse og er beregnet på grundlag af et gennemsnit af salgsavancen ved afhændelse af porteføljevirkksomheder efter de seneste foreliggende 3 afsluttede regnskabsår, skattemæssigt

Offentliggjort d. 29. maj 2012

skal kunne fradrages i selskabets skattepligtige indkomst og således behandles anderledes end den bonus, som omhandles i Østre Landsrets dom af 31. august 2009.

Også i denne sag lægges det til grund, at [selskabet] ikke er næringsdrivende med køb og salg af aktier efter den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 3, og at selskabet i indkomstårene 2000 og 2002-2005 har realiseret betydelige skattefrie avancer ved salg af aktier ejet i mere end 3 år, bortset fra 2003, hvor selskabet har realiseret tab ved salg af aktier i et datterselskab, men selskabet har i ingen af årene realiseret avancer ved salg af aktier ejet i mindre end 3 år.

Den bonus, som i tidligere år er udbetalt til direktøren i henhold til direktørkontraktens punkt 4.3., er beregnet som en procentdel af den ved salget af datterselskaber opnåede ikke-skattepligtige aktieavance. Den bonusudbetaling, som er omtvistet i denne sag, er beregnet som et gennemsnit af bonus udbetalt til direktøren i henhold til kontraktens punkt 4.3. de seneste 36 måneder.

Som bestemmelsen om fratrædelsesgodtgørelse er formuleret i såvel direktørkontrakt samt i allonge til direktørkontrakt og ud fra en formålsfortolkning af de relevante bestemmelser, må det lægges til grund, at fratrædelsesgodtgørelsen skal træde i stedet for udbetaling af bonus i opsigelsesperioden. Det forhold, at der efter direktørens fratræden ikke er solgt yderligere datterselskaber, ændrer ikke herved.

Udgiften til fratrædelsesgodtgørelse har dermed ikke den nødvendige sammenhæng med [selskabets] løbende indkomsterhvervelse. Udgiften er derfor ikke fradragsberettiget i medfør af statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a.”

Som det ses, tillagde Østre Landsret det væsentlig og måske afgørende betydning, hvordan fratrædelsesgodtgørelsen blev beregnet. Nævnte fratrædelsesgodtgørelse maksimeret til 5 mio. kr. var baseret på gennemsnittet af de sidste 3 års bonus, hvilken bonus der – som blev fastslået vedrørende indkomståret 2000 i sagen ref. i TfS 2009, 904 ØL – ikke kunne fratrækkes i den skattepligtige indkomst.

Offentliggjort d. 29. maj 2012

For så vidt aftalen om fratrædelse nu var aftalt med et fast beløb eller som eksempelvis gennemsnittet af den fratrådte direktørs løn uden bonus, ville der formentlig være fradragsret for selskabet, idet der er tale om en del af lønvederlaget.

Under proceduren for landsretten havde selskabet selvsagt gjort en række synspunkter gældende. Man kan her hæfte sig ved et interessant argument, der ligeledes var fremme i nogle af sagerne om fradragsret for udgifter til management fee. Det blev således gjort gældende, at fradragsretten efter statsskattelovens § 6 beror på samspillet mellem statskattelovens §§ 4-6. Da der er tale om spekulation ved køb og senere videresalg af aktier med fortjeneste, er der efter statsskattelovens §§ 4-6 tale om en skattepligtig gevinst, med den effekt, at udgifter, der knytter sig til denne aktivitet, kan fratrækkes efter statsskattelovens § 6. Den omstændighed, at der i den dagældende aktieavancebeskatningslov var indført en specialregel, hvorefter sådanne gevinster var skattefrie, berører ikke retten til fradragsret. Det er endnu ikke lykket at få domstolene til at forholde sig til dette interessante synspunkt.

Advokat Tommy V. Christiansen