

Offentliggjort d. 18. november 2008

Sydbank-sagen – tab ved kapitalnedsættelse ved annullation af egne aktier - Højesterets dom af 5/11 2008, sag 76/200 - SKM2008.919.HR ©

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

www.v.dk

Ved Højesterets dom af 5/11 2008 stadfæstede Højesteret, men med ændrede præmisser, Vestre Landsrets dom, ref. i Tfs 2007, 218, hvorefter Sydbank blev nægtet fradrag for tab ved kapitalnedsættelse ved annullation af egne aktier.

Ved Højesterets dom af 5/11 2008 tog Højesteret i den såkaldte Sydbank-sag stilling til spørgsmålet om, hvorvidt bl.a. banker før 2004 og dermed i overensstemmelse med den daværende faste skatteadministrative praksis havde fradrag for tab ved kapitalnedsættelse ved annullation af egne aktier.

Som nævnt indledningsvist tabte Sydbank sagen, og da med nogle præmisser, der giver anledning til væsentlige retssikkerhedsmæssige betænkeligheder.

Frem til 2006 fremgik af ligningsvejledningen om denne problemstilling bl.a., at ”I tilfælde, hvor nedskrivningen er omfattet af LL § 16 A, stk. 1, kan anskaffelsessummen for den nedskrevne aktiebeholdning ikke fratrækkes i forbindelse med nedskrivningen, men hvis fortjeneste eller tab ved en senere afståelse skal opgøres ved anvendelse af gennemsnitsmetoden, indgår anskaffelsessummen for den nedskrevne aktiebeholdning i beregningen af den gennemsnitlige anskaffelsessum for den resterende aktiebeholdning.”

Offentliggjort d. 18. november 2008

Retsstillingen på området blev behandlet i Betænkning nr. 1392/2000. Her foreslog udvalget, betænkningens s. 251, ”..at justere ligningslovens § 16 A således, at såfremt et selskab annullerer egne næringsaktier, fordeles anskaffelsessummen for hele selskabets beholdning af de pågældende næringsaktier forholdsmæssigt mellem de annullerede aktier og de aktier, som selskabet beholder.”

Udvalget motiverede forslaget med en henvisning til gældende ret, hvorefter ”...de resterende aktier (overtager) derimod også anskaffelsessummen fra de annullerede aktier. Derved vil der ved en senere afståelse af disse stort set altid opstå et skattemæssigt tab. Efter omstændighederne kan ganske få aktier således have meget store anskaffelsessummer, hidrørende fra annullerede aktier. Ved afståelse af de resterende aktier vil der således blive realiseret et rent skatteteknisk tab.”

Med lov nr. 358 af 19/5 2004 om ændring af forskellige skattelove (Annullering af egne aktier) blev denne justering gennemført ved indføjelse af ligningslovens § 16 A, stk. 12, 1. - 3. pkt. (nu § 16 A, stk. 11). Således fremgår nu, at ved et selskabs annullering af egne aktier fordeles anskaffelsessummen for hele selskabets beholdning af egne aktier forholdsmæssigt mellem de annullerede aktier og de aktier, som selskabet beholder, og videre, at den del af anskaffelsessummen, der henføres til de annullerede aktier, ikke kan anvendes ved opgørelse af fortjeneste og tab, når selskabet efterfølgende afstår egne aktier. Anvender selskabet lagerprincippet, jf. aktieavancebeskatningslovens § 3, stk. 4, udgår de annullerede aktiers kursværdi ved indkomstårets begyndelse af kursværdien af selskabets beholdning af de pågældende aktier ved indkomstårets begyndelse.

Af de almindelige bemærkninger til bestemmelsen fremgår bl.a., at

”Formålet med lovforslaget er at tydeliggøre de skattemæssige konsekvenser som følge af, at et selskab annullerer egne aktier. Lovforslaget skal ses på baggrund af den usikkerhed om de skattemæssige konsekvenser af annullering af aktier, som har været rejst i forbindelse med en række verserende sager, hvor pengeinstitutter har købt og derefter annulleret egne aktier.

...

Offentliggjort d. 18. november 2008

Spørgsmålet om fradragsret ved annullering af egne aktier blev overvejet af den arbejdsgruppe til gennemgang af aktieavancebeskatningsloven, som afgav betænkning i september 2000 (Betænkning nr. 1392/2000). Men arbejdsgruppen foretog ikke nogen dybtgående analyse af problemstillingen. Det blev således ikke diskuteret, hvorvidt egne aktier, der annulleres, overhovedet kan være næringsaktier. Der blev heller ikke taget stilling til, hvorvidt der kan nægtes fradrag for tab allerede fordi, der alene er tale om et "skatteteknisk tab". Der er ingen holdepunkter i arbejdsgruppens redegørelse for en antagelse om, at en sådan ændring var nødvendig for at imødegå dispositioner af den omhandlede art, som måtte være foretaget eller som senere blev foretaget.

Selv om arbejdsgruppens forslag kun vedrørte næringskattepligtige, vurderes den tekniske metode, som er indeholdt i arbejdsgruppens betænkning, at kunne anvendes generelt til at udskille annullerede egne aktier fra andre egne aktier. Udskillelsen af annullerede egne aktier sker derfor efter samme princip i henhold til lovforslaget. Princippet har ikke været anvendt i de sager, der verserer i øjeblikket vedrørende visse pengeinstitutter, da de selvangivne fradrag er tilbageført, uden at der er foretaget alternative beregninger."

Af de særlige bemærkninger til bestemmelsen fremgår bl.a., at:

"Ved et selskabs annullering af egne aktier er der tale om en kapitalnedsættelse der omfattes af udbyttebeskatningen efter ligningslovens § 16 A. Der opstår imidlertid ikke et skattepligtigt udbytte.

Som nævnt i de almindelige bemærkninger er der i forbindelse med en række verserende sager skabt usikkerhed om de skattemæssige konsekvenser af annullering af egne aktier. Det foreslås derfor, at det tydeliggøres, at anskaffelsessummen vedrørende de egne aktier, der annulleres, ikke kan indgå ved opgørelsen af fortjeneste og tab ved et efterfølgende salg af de egne aktier, der er i behold efter annullering. Hvis dette var tilfældet, ville der kunne opstå et skatteteknisk tab.

At der er tale om et skatteteknisk tab ses klart, hvis man forestiller sig, at selskabet har foretaget en kapitalforhøjelse for at finansiere erhvervelsen af egne aktier. Eksempelvis

Offentliggjort d. 18. november 2008

kan selskabet have forhøjet aktiekapitalen med 10 mio. kr., som er anvendt til opkøb af egne aktier, som efterfølgende annulleres ved en kapitalnedsættelse med 10 mio. kr. Det eneste, der er sket, er, at anskaffelsessummen for de resterende egne aktier er opskrevet med 10 mio. kr. Denne skattetekniske forhøjelse af anskaffelsessummen anerkendes ikke.

.....

Selskaber, der driver næring med køb og salg af aktier, kan i stedet for realisationsprincippet anvende et lagerprincip ved opgørelsen af fortjeneste og tab. I så fald opgøres fortjeneste eller tab som forskellen mellem aktiernes værdi ved indkomstårets afslutning og aktiernes værdi ved indkomstårets begyndelse. For aktier, som er erhvervet i indkomstårets løb, anvendes anskaffelsessummen i stedet for værdien ved indkomstårets begyndelse. For aktier, der er afstået i indkomstårets løb, anvendes afståelsessummen i stedet for værdien ved indkomstårets slutning.

Det foreslås tydeliggjort, at de annullerede egne aktier ikke skal indgå ved selskabets opgørelse af fortjeneste og tab efter lagerprincippet. De annullerede aktiers kursværdi ved indkomstårets begyndelse skal således ikke medregnes ved opgørelsen af kursværdien af selskabets beholdning af egne aktier ved indkomstårets begyndelse.”

Som det fremgår, tales der i bemærkninger om præcisering af retstilstanden. De politiske tilkendegivelser i betænkningen til lovforslaget vidner dog om en anden indgangsvinkel. Det anføres således her, at

”Socialdemokratiet, Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten hilser det velkomment, at skatteministeren medvirker til at lukke et skattehul. Men samtidig er det dybt utilfredsstillende, at skatteministeren endnu en gang kun modstræbende og efter hårdt pres fra oppositionen tager initiativer, der kan stoppe store virksomheders dræn i statskassen. Ministerens mangel på rettidig omhu kan også i denne sag have kostet skatteyderne dyrt.

Allerede ved sin tiltræden var skatteministeren gjort bekendt med det hul i skattelovgivningen, som bl.a. Jyske Bank har udnyttet, og som dette lovforslag skal stoppe. En ekspertgruppe under Skatteministeriet har i sin betænkning nr. 1392/2000 udførligt beskrevet skattehullet og fra ende til anden beskrevet det lovforslag, der kunne have lukket

Offentliggjort d. 18. november 2008

hullet. Alligevel undlod skatteministeren at handle, indtil et massivt pres fra oppositionen i februar 2004 tvang ministeren til det. Ministerens løsning er i store træk identisk med den, ekspertgruppen allerede foreslog tilbage i 2000, og som altså blot har ligget og samlet støv indtil nu.

Denne sag er desværre langt fra enestående. I den såkaldte TDC-sag, som Folketinget beskæftigede sig med i efteråret 2003, havde skatteministeren ligeledes haft rig mulighed for at lukke et skattehul, men tog først affære, da det havde kostet skatteyderne et beløb i milliardklassen.

Socialdemokratiet, Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten vil støtte skatteministeren i at gennemføre ændringen, der lukker dette skattehul, men er særdeles kritiske over for den mangel på rettidig omhu, der kan koste skatteyderne dyrt.”

Sagen om Sydbank, der nu har fundet en afslutning med Højesterets dom af 5/11 2008 drejede sig om de skattemæssige konsekvenser ved bankens annullation af egne aktier i indkomstårene 1999 – 2001. Banken havde til stadighed en vekslende portefølje af egne aktier, bl.a. med henblik på at kunne sikre aktiens likviditet i markedet. Banken havde i hvert af de 3 indkomstår nedskrevet aktiekapitalen med henholdsvis nom. 46,4 mio. kr., nom. 40 mio. kr. og 35 mio. kr., i første række på baggrund af forretningsmæssige overvejelser vedrørende bankens kapitalstruktur. Det blev lagt til grund i sagen, at banken var næringsdrivende, også for så vidt angik egne aktier. Banken, der anvendte lagerprincippet, havde selvangivet tab efter den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 3, stk. 4 for de respektive indkomstår på henholdsvis 125, 116 og 127 mio. kr.

Disse tabsfradrag blev afvist af skattemyndighederne, hvilken afgørelse sidenhen blev tiltrådt, først af Landsskatteretten og dernæst af Vestre Landsret.

Efter landsrettens opfattelse kunne annulleringen af egne aktier i forbindelse med en kapitalnedskrivning ikke karakteriseres som en afståelse som omhandlet i aktieavancebeskatningslovens § 3, stk. 4. Nedskrivningen fandtes derimod at være et led i tilpas-

Offentliggjort d. 18. november 2008

ningen af bankens kapitalstruktur til markedet og dens udbyttepolitik, og banken havde en afgørende indflydelse på tidspunktet for og størrelsen af en kapitalnedskrivning.

Videre anførte landsretten, at aktierne ved annullationen ophørte med at eksistere, og der var således ikke grundlag for at anse dem for overgået til anlægsformuen. Landsretten fandt derimod, at aktierne, der havde sædvanlig omsætningsværdi frem til dette tidspunkt, måtte anses for udgået af næringsbeholdningen på tidspunktet for generalforsamlingsbeslutningen, hvor kursen fastlåses. Der skulle derfor herefter ske en fornyet opgørelse af Sydbanks indkomstopgørelse for de pågældende indkomstår, hvori de annullerede aktier indgår med værdien på det anførte tidspunkt.

Herefter blev Skatteministeriet frifundet.

Højesteret stadfæstede landsrettens afgørelse, men med ændrede præmisser:

Højesteret tog således afsæt i Sydbanks synspunkt, hvorefter de annullerede aktier ved opgørelsen af indkomstårets fortjeneste eller tab efter lagerprincippet, jf. aktieavancebeskatningslovens § 3, stk. 4 skulle medregnes i værdien af bankens beholdning af næringsaktier ved indkomstårets begyndelse (primosaldoen), men – da aktierne var udgået af aktiebeholdningen – ikke ved opgørelsen af værdien af beholdningen ved indkomstårets slutning (ultimosaldoen). Højesteret bemærkede herved, at fulgtes dette synspunkt, ville banken opnå et tabsfradrag svarende til, at aktierne i indkomståret var afstået til kurs 0.

Herefter tilkendegav Højesteret, at bankens nedsættelse af aktiekapitalen ved annullering af egne aktier ikke indebar noget tab for banken, som kunne begrunde fradrag efter aktieavancebeskatningslovens § 3, stk. 4. Højesteret anførte herved, at det påståede tab alene var et beregningsteknisk tab, der som anført fremkom ved, at banken foretog årsopgørelsen, uden at lade de annullerede aktier udgå af primosaldoen og uden at lade dem indgå i ultimosaldoen med markedsværdien ved annulleringen. I denne særlige situation måtte der efter Højesterets opfattelse ved anvendelsen af § 3, stk. 4 foretages en regulering, der som anført af Skatteministeriet kunne ske på den måde, at de annullerede

Offentliggjort d. 18. november 2008

rede aktier ansås for afstået til den kurs, aktierne havde på tidspunktet for generalforsamlingens beslutning om kapitalnedsættelsen.

Indledningsvist bemærkes, at Højesteret i henseende til afståelsestidspunktet for de annullerede aktier bemærkede, at den – efter Højesterets opfattelse – nødvendige regulering kunne ske på den måde, at de annullerede aktier ansås for afstået til den kurs, som aktierne havde på tidspunktet for generalforsamlingens beslutning om kapitalnedsættelsen. På dette punkt havde landsretten fundet, at aktierne måtte anses for udgået af næringsbeholdningen på tidspunktet for generalforsamlingsbeslutningen om annullationen.

Det er god latin på jurastudiet, at fører en lov frem til et urimeligt resultat, er det lovgiver – og ikke domstolene – opgave at reparere herpå, jf. herved Høytrup, UfR 1971 B 259, hvor det anføres, at *”Der er snævre grænser for domstolenes mulighed for at lappe på en lovtekst, særlig når det drejer sig om straf, sammenlign herved Højesterets dom af 12. maj 1971 (U.f.R. 1971, p. 456), hvor problemet var, om et lærlingeforhold var omfattet af A.T.P.,-loven, og hvor rettens flertal ikke fandt at kunne lægge vægt på en motivudtalelse, som ikke var kommet til udtryk i lovteksten.”*

Højesterets dom af 5/11 2008 synes imidlertid at være endnu en brik til en spirende tendens til, at Højesteret reparerer på lovgivning, der af politiske årsager ikke er blevet fulgt til dørs. I den foreliggende sag foreligger der en i en sjælden grad klar dokumentation for, at lovgivningsmagten var opmærksom på retsstillingen på området og akkviescerede ved denne retsstilling. At der kunne være tale om et ”skatteteknisk tab” blev – som det også klart bemærkes af oppositionen i betænkningen til lov nr. 358 af 19/5 2004 – påpeget af Aktieavancebeskatningsudvalget allerede i 2000.

— o —