



UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

DOM

Afsagt den 7. august 2012 af Østre Landsrets 19. afdeling
(landsdommerne Linde Jensen, Jon Fridrik Kjølbro og Mads Bundgaard Larsen (kst.)).

19. afd. nr. B-1407-11:

Skatteministeriet

(Kammeradvokaten v/advokat H. C. Vinten)

mod

Sagsøgte A/S og

Sagsøgte ApS

(advokat Svend Erik Holm for begge)

Denne sag, der er anlagt ved Retten i Glostrup den 28. december 2010, er ved kendelse af 28. april 2011 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagen handler om, i hvilket omfang **Sagsøgte A/S** henholdsvis **Sagsøgte ApS** for indkomståret 2000 kan fradrage tab ved afståelse af aktier og anparter i nærmere bestemte datterselskaber, herunder om den såkaldte realitetsgrundsætning.

Sagsøgeren, Skatteministeriet, har over for **Sagsøgte A/S** nedlagt påstand om, at **Sagsøgte A/S** skal anerkende, at tab på aktier i **Virks. A/S 1** ændres fra 13.034.941 kr. til 534.796 kr., subsidiært at tabet opgøres til 2.615.862 kr.

Skatteministeriet har over for **Sagsøgte ApS** nedlagt påstand om, at **Sagsøgte ApS** skal anerkende, at tabet på anparter i **Sagsøgte ApS** ændres fra 25.047.934 kr. til 47.934 kr., subsidiært at tabet opgøres til 138.333 kr.

Sagsøgte A/S

og **Sagsøgte ApS**, har påstået frifindelse.

Parterne er enige om den beløbsmæssige opgørelse af påstandene.

Sagsfremstilling

Landskatteretten traf afgørelse i sagen om **Sagsøgte A/S** ved kendelse af 30. september 2010 (sag 04-03573), hvoraf blandt andet fremgår følgende:

"Klagen vedrører spørgsmålet, om der kan godkendes fradrag for tab på aktier i selskabets datterselskab, eller om fradrag med rette er nægtet under henvisning til realitetsgrundsætningen.

Landsskatterettens afgørelse

Selskabsrevisionen har nægtet at godkende fradrag for tab på aktier i **Virksomhed A/S 1** selvangivet med 12.916.000 kr.: 10.090.900 kr.

Landsskatteretten ændrer afgørelsen, og godkender at fradrag for tab på aktier i **Virks. A/S 1** fradrages med 13.034.941 kr.

...

Sagens oplysninger

Sagsøgte A/S (selskabet) er moderselskab for selskaberne i **Anonymiseret-koncernen**, der driver landsdækkende skadesforsikrings- samt livs- og pensionsforsikringsvirksomhed.

Selskabet er i 2000 sambeskattet med 37 datterselskaber.

Aktierne i **Virks. A/S 1** er i henhold til det oplyste købt af selskabet i 1988, dengang nominelt 3.000.000 kr. Der er imidlertid den 5. december 2000 og den 28. december 2000 foretaget to forhøjelser af kapitalen i **Virksomhed A/S 1** på hver 15.000.000 kr., hvoraf førstnævnte var en emission på 1.000 kr. med en overkurs på 14.999.000 kr.

Selskabet har ved aftale af 29. december 2000 solgt aktierne til det af selskabet ejede datterselskab, **Sagsøgte Invest A/S**, for 17.497.245 kr.

Selskabet har ved opgørelsen af indkomsten selvangivet tab vedrørende salg af aktier i **Virks. A/S 1** med 12.916.000 kr. Selskabet har dog efterfølgende frem-

sendt en korrigeret opgørelse, i hvilken det skattemæssige tab er opgjort til 13.034.941 kr. således:

	<u>Nominelt:</u>	<u>Anskaffelsessum:</u>
01.07.1987: Anskaffelse:	300.000 kr.	304.000 kr.
31.12.1988: Kapitalforhøjelse:	2.700.000 kr.	2.835.000 kr.
05.12.2000: Kapitalforhøjelse:	1.000 kr.	15.000.000 kr.
28.12.2000: Kapitalforhøjelse:	<u>15.000.000 kr.</u>	<u>15.000.000 kr.</u>
	18.001.000 kr.	33.139.000 kr.
29.12.2000: Salgssum:		- <u>17.497.245 kr.</u>
Tab:	18.001.000 – 33.319.000 kr. =	15.641.755 kr.
Fradragsberettiget tab:	15.001.000 / 18.001.000 x 15.641.755 kr. =	13.034.941 kr.

Virksomhed A/S 1 har i 2000 indgået enkelte valutaterminshandlinger, der i henhold til det oplyste ikke afdækker forretningsmæssige dispositioner. **Virks. A/S 1** har herudover alene haft renteindtægter og -udgifter.

Selskabsrevisionen har på baggrund af den modtagne dokumentation for terminshandlerne konkluderet, at terminshandlerne i **Virksomhed A/S 1** har haft en sammenhæng med tilsvarende terminshandler i et andet sambeskattet koncernselskab, **Virksomhed A/S 2**.

Selskabsrevisionen har også konkluderet, at tabet i **Virksomhed A/S 1** er et nettotab for 2 kontraktdele, der kan specificeres således, når kontrakter og køb og salg i samme valuta opfattes som en samlet kontrakt:

USD/DKK:	- 16.333.200 kr.
EURO/DKK:	<u>453.380 kr.</u>
	- 15.879.820 kr.
Omkostninger:	<u>- 50.045 kr.</u>
USD / EURO, nettotab:	- 15.929.865 kr.

Valutaterminshandlerne er dateret ens i **Virksomhed A/S 1** og **Virksomhed A/S 2**, og sidstnævnte selskab har konstateret en gevinst på USD/DKK på 16.333.220 kr. Det samlede tab i **Virksomhed A/S 1** udgør 1.890.000 USD, der er afløst af en ny valutaterminshandel på køb af dette beløb og salg af 15.929.865 kr., der samtidig er hævet på moderselskabets konto i Jyske bank.

Virksomhed A/S 1 har lånt beløbet over mellemregningskontoen i overensstemmelse med en støtteerklæring, som moderselskabet i december 2000 har afgivet over for banken, i henhold til hvilken moderselskabet har erklæret, at **Sagsøgte A/S** om fornødent vil tilføre selskabet tilstrækkelige likvide midler til, at det i den periode støtteerklæringen vedrører er i stand til at opfylde sine nuværende og fremtidige forpligtelser over for banken.

Det er oplyst, at valutaterminskontrakterne i de to selskaber har samme struktur og ligner hinanden. Risikoforskellen mellem kontrakterne vedrører forskellen mellem EURO og DKK.

...

Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

Det lægges ved sagens afgørelse til grund, at kapitalforhøjelsen til overkurs er anvendt til at indfri datterselskabets gæld til koncernforbundne selskaber, og at mulighederne for at opnå et fradragsberettiget tab indgik i de overvejelser, der gik forud for kapitalforhøjelsen. Det lægges ligeledes til grund, at kapitalforhøjelsen skete ved kontant indskud og i overensstemmelse med de selskabsretlige regler herfor.

Under disse omstændigheder er der ikke tilstrækkeligt grundlag for at bortse fra kapitalforhøjelserne ved opgørelsen af tabet ved salget af aktierne i **Virks. A/S 1**.

Det er på det foreliggende grundlag ubestridt, at tabet ved salget af aktierne under disse omstændigheder kan opgøres til 13.034.941 kr. Dette tab godkendes således fratrukket ved opgørelsen af selskabets indkomst.

Den påklagede afgørelse ændres herefter i overensstemmelse med den nedlagte påstand.”

Landsskatteretten traf afgørelse i sagen om **Sagsøgte ApS** ved kendelse af 30. september 2010 (sag 04-03571), hvoraf blandt andet fremgår følgende:

”Klagen vedrører spørgsmålet, om der kan godkendes fradrag for tab på anparter i selskabets datterselskab, **Sagsøgte ApS**, eller om fradrag med rette er nægtet under henvisning til realitetsgrundsætningen.

Landsskatterettens afgørelse

Selskabsrevisionen har nægtet at godkende fradrag for tab på anparter i **Sagsøgte ApS**, selvangivet med 25.047.934 kr.: 24.909.601 kr.

Landsskatteretten ændrer afgørelsen, og godkender det selvangivne fradrag for tab på anparter i selskabets datterselskab, **Sagsøgte ApS**.

...

Sagens oplysninger

Sagsøgte ApS (selskabet), der har til formål at foretage og forvalte investeringer omfattet af lov om forsikringsvirksomhed § 128, har den 1. oktober 2000 købt samtlige anparter i **Virksomhed ApS 1** og **Virksomhed ApS 2**, der begge har en anparthkapital på 125.000 kr., af selskabets moderselskab, **Sagsøgte Invest A/S**.

Selskabet har efter en forhøjelse af kapitalen i **Virksomhed ApS 2** solgt anparterne i dette selskab, nominelt i alt 130.000 kr., til selskabets ultimative moderselskab, **Sagsøgte A/S**, med hvem selskabet og datterselskaberne er sambeskattet, og selskabet har ved opgørelsen af indkomsten for 2000 selvangivet et skattemæssigt tab på anparterne på 25.047.934 kr.

Det er oplyst, at kapitalforhøjelsen er gennemført ved, at selskabet den 27. november 2000 har forhøjet anpartskapitalen med 5.000 kr. med et overkursbeløb på 24.995.000 kr. Det er også oplyst, at anparterne pr. 18. december 2000 er solgt til det ultimative moderselskab for 90.399 kr.

Datterselskabet har i 2000 indgået enkelte valutaterminsforretninger, der i henhold til det oplyste ikke afdækker datterselskabets forretningsmæssige dispositioner. Datterselskabet har herudover alene haft renteindtægter og -udgifter.

Selskabsrevisionen har på baggrund af den modtagne dokumentation for terminshandler konkluderet, at der er en sammenhæng til tilsvarende terminshandler i et andet af selskabets datterselskaber, Virksomhed ApS 1.

Selskabsrevisionen har også konkluderet, at tabet i datterselskabet er et nettotab for 2 kontraktdele, der kan specificeres således, hvis kontrakter om salg og køb i samme valutabeløb opfattes som en samlet kontakt:

USD / DKK kontrakt:	- 25.294.680 kr.
Euro / DKK kontrakt:	<u>37.800 kr.</u>
	- 25.256.880 kr.
Gevinst ved terminstillæg efter omkostninger:	<u>232.730 kr.</u>
Nettotab:	- 25.024.150 kr.

Valutaterminsforretningerne er dateret ens i de to søsterselskaber, datterselskaberne, og Virksomhed ApS 1 har konstateret en gevinst på USD / DKK-kontrakten, der svarer til tabet i Virksomhed ApS 2. Den del af kontrakten, der vedrører Euro/DKK, udviser derimod i Virksomhed ApS 2 en gevinst på 37.800 kr. Tabet i dette datterselskab er derfor reduceret til 25.024.150 kr., mens gevinsten i søsterselskabet er 25.294.680 kr.

Total set er der en gevinst på 25.294.680 kr. i Virksomhed ApS 1 og et tab på 2.930.400 USD i Virksomhed ApS 2, der er afløst af en ny valutaterminsforretning på køb af dette beløb og salg af 25.024.150 DKK. Beløbet er hævet på en konto i Jyske Bank, afregnet via det ultimative moderselskabs bankkonto.

Selskabet har på forespørgsel oplyst, at valutaterminskontrakterne i datterselskaberne har samme struktur og ligner hinanden. Risikoforskellen mellem kontrakterne vedrører forskellen mellem EURO og DKK.

Virksomhed ApS 2 har realiseret tabet den 1. december 2000 med valør den 8. december 2000. Virksomhed ApS 2 havde imidlertid ikke beløbet. Beløbet er derfor hævet på det ultimative moderselskabs konto med valør den 8. december 2000. Virksomhed ApS 2 har lånt beløbet over mellemregningen med det ultimative moderselskab i overensstemmelse med en støtteerklæring, der er afgivet over for banken, i henhold til hvilken Sagsøgte A/S har erklæret, at Sagsøgte A/S om fornødent vil tilføre selskabet tilstrækkelige likvide midler til, at det i den periode støtteerklæringen vedrører er i stand til at opfylde sine nuværende og fremtidige forpligtelser over for banken.

...

Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

Det lægges ved sagens afgørelse til grund, at kapitalforhøjelsen til overkurs er anvendt til at indfri datterselskabets gæld til koncernforbundne selskaber, og at mulighederne for at opnå et fradragsberettiget tab indgik i de overvejelser, der gik forud for kapitalforhøjelsen. Det lægges ligeledes til grund, at kapitalforhøjelsen skete ved kontant indskud og i overensstemmelse med de selskabsretlige regler herfor.

Under disse omstændigheder er der ikke tilstrækkeligt grundlag for at bortse fra kapitalforhøjelsen ved opgørelsen af tabet ved salget af anparterne i **Virksomhed ApS 2**.

Den påklagede afgørelse ændres derfor i overensstemmelse med påstanden. ”

Der er mellem parterne enighed om sagens faktiske omstændigheder, som Skatteministeriet i sit påstandsdokument for landsretten har redegjort for som følger:

Sagsøgte A/S er moderselskab for selskaberne i **Sagsøgte A/S**-koncernen, herunder for **Sagsøgte ApS**

De indbragte landsskatteretskendelser af 30. september 2010 angår spørgsmålet om, i hvilket omfang selskaberne kan fradrage tab på datterselskabsaktier. Alle de (i begge sager) involverede selskaber var i det for sagen relevante indkomstår, 2000, sambeskattet med moderselskabet **Sagsøgte A/S**.

1. **Sagsøgte A/S**

Sagsøgte A/S driver virksomhed med skadesforsikringer, livsforsikringer og pensionsforsikringer og var i indkomståret 2000 bl.a. sambeskattet med selskaberne **Virksomhed A/S 1** og **Virksomhed A/S 2**. Sagen angår opgørelsen af tab på aktier i datterselskabet **Virks. A/S 1**.

Sagsøgte A/S erhvervede aktierne i **Virks. A/S 1** i 1988, hvor aktierne havde en nominel værdi af 3 mio. kr. Den 5. december 2000 og den 28. december 2000 gennemførte **Sagsøgte A/S** to kapitalforhøjelser i **Virks. A/S 1** på hver kr. 15 mio., hvoraf den førstnævnte var en emission på kr. 1.000,- med en overkurs på kr. [14.999.000,-].

Sagsøgte A/S solgte aktierne i **Virks. A/S 1** den 29. december 2000 til datterselskabet **Sagsøgte Invest A/S** for kr. 17.497.245,-. Ved opgørelsen af tabet på aktierne har **Sagsøgte A/S** medregnet de to kapitalforhøjelser til anskaffelsessummen, hvilket fører til et beregnet tab på kr. 13.034.941,-.

SKAT har ved afgørelse af 1. september 2004 ikke anerkendt, at kapitalforhøjelserne indgår i opgørelsen af aktiernes anskaffelsessum og har opgjort det fradragsberettigede tab til kr. 2.825.100,-.

Den eneste aktivitet i **Virks. A/S 1** i indkomståret 2000 var indgåelsen af enkelte valutaterminforretninger. Terminforretningerne blev gennemført henholdsvis den 1. og 5. december 2000 med valørdato den 12. december 2000.

Ved terminsforretningerne henholdsvis solgte og købte Virks. A/S 1 100 mio. euro mod køb/salg af det tilsvarende beløb i USD.

Søsterselskabet Virks. A/S 2 indgik samtidige valutaterminsforretninger med samme valørdato om salg og køb af næsten tilsvarende beløb i USD mod køb/salg i DKK, idet følgende handler blev gennemført:

Dato	Selskab	Salg	Mod	Køb	Valør
1. dec. 2000	Virks. A/S 1	100.000.000 euro		87.280.000 USD	12. dec. 2000
1. dec. 2000	Virks. A/S 2	87.250.000 USD		745.551.250 DKK	12. dec. 2000
5. dec. 2000	Virks. A/S 1	89.170.000 USD		100.000.000 euro	12. dec. 2000
5. dec. 2000	Virks. A/S 2	729.218.050 DKK		87.250.000 USD	12. dec. 2000
5. dec. 2000	Virks. A/S 1	15.929.865 DKK		1.890.000 USD	12. dec. 2000

Valutaterminsforretningerne angår dermed samme beløbsstørrelse, ca. 87.250.000 USD, og forskellen på aftalesættene består i, at Virks. A/S 1 handler mellem euro og USD, mens Virks. A/S 2 handler mellem USD og DKK.

Valutaterminsforretningerne resulterede i et tab for Virks. A/S 1 på 1.890.000 USD svarende til 15.929.865 DKK, mens Virks. A/S 2 konstaterede en næsten tilsvarende fortjeneste på 16.333.200,- DKK.

Terminsforretningerne blev indgået med Anonym. Bank, og Sagsøgte A/S afgav i forbindelse hermed den 4. december 2000 en støtteerklæring over for banken vedrørende både Virks. A/S 1 og Virks. A/S 2, efter hvilken erklæring moderselskabet om fornødent ville tilføre datterselskaberne likvide midler til at dække udeståender med banken.

Da Virks. A/S 1 på valørdagen den 12. december 2000 realiserede et tab på kr. 15.929.865,-, blev støtteerklæringen aktualiseret, og Sagsøgte A/S dækkede tabet over for banken. Beløbet blev posteret som et lån over mellemregningskontoen mellem Sagsøgte A/S og Virks. A/S 1. Sagsøgte A/S foretog derefter den anden kapitalforhøjelse på 15 mio. kr. den 28. december 2000.

Ved udgangen af regnskabsåret 2000 havde Virks. A/S 1 gæld til tilknyttede selskaber på kr. 5.552,98, og lånet fra moderselskabet var således indfriet. Den eneste likviditetskilde i Virks. A/S 1 i indkomståret 2000 bestod, ud over kapitalforhøjelserne, af renteindtægter på kr. 174.461,82.

1.2. Sagsøgte ApS

Sagsøgte ApS er et datterselskab under Sagsøgte A/S, og selskabet har to datterselskaber, Virks. ApS 1 og Virks. ApS 2. Sagen angår opgørelsen af tab på anparter i selskabet Virks. ApS 2.

Sagsøgte ApS købte den 1. oktober 2000 samtlige anparter i både Virks. ApS 1 og Virks. ApS 2 af Sagsøgte Invest A/S. Anpartsselskaberne havde en anpartskapital på nominelt kr. 125.000,-. Den 27. november 2000 gennemførte Sagsøgte ApS en kapitalforhøjelse i selskabet Virks. ApS 2 på nominelt kr. 5.000,- med et overkursbeløb på kr. 24.955.000,-, således at selskabet blev tilført kr. 25 mio.

Den 18. december 2000 solgte Sagsøgte ApS anparter i Virks. ApS 2 til Sagsøgte A/S for kr. 90.399,-. I forbindelse med salget har Sagsøgte ApS opgjort et tab på anparterne på i alt kr. 25.047.934,-. I opgørelsen har selskabet tillagt anskaffelsessummen kapitalforhøjelsen på kr. 25 mio.

SKAT har i sin afgørelse af 1. september 2004 ikke anerkendt kapitalforhøjelsen tillagt anskaffelsessummen og har i stedet opgjort et skattepligtigt aktietab på kr. 138.000,-.

Selskabet Virks. ApS 2 havde i indkomståret 2000 ingen aktivitet ud over indgåelse af enkelte valutaterminsforretninger. Terminsforretninger blev gennemført henholdsvis den 22. november, den 1. december og den 4. december 2000 med valørdato den 8. december 2000.

Ved terminsforretningerne henholdsvis solgte og købte Virks. ApS 2 90 mio. euro mod køb/salg af et tilsvarende beløb i USD.

Søsterselskabet Virks. ApS 1 indgik samtidige terminsforretninger med samme valørdato om salg og køb af næsten tilsvarende beløb i USD mod køb/salg af tilsvarende beløb i DKK. Følgende valutaterminsforretninger blev gennemført:

Dato	Selskab	Salg	Mod	Køb	Valør
22. nov. 2000	Virks. ApS 2	90.000.000 euro		76.008.600 USD	8. dec. 2000
22. nov. 2000	Virks. ApS 1	75.960.000 USD		671.258.520 DKK	8. dec. 2000
1. dec. 2000	Virks. ApS 2	78.939.000 USD		90.000.000 euro	8. dec. 2000
1. dec. 2000	Virks. ApS 1	645.963.840 DKK		75.960.000 USD	8. dec. 2000
4. dec. 2000	Virks. ApS 2	25.024.150 DKK		2.930.400 USD	8. dec. 2000

Det var således tilnærmelsesvis tilsvarende beløb i USD (ca. 76 mio.) der blev handlet af de to selskaber, idet terminskontrakterne var modsatrettede (det ene selskabs køb svarede til det andet selskabs salg på samme valørdag), og idet kursrisikoen for Virks. ApS 2 bestod af forskellen mellem euro og USD og for Virks. ApS 1 mellem USD og DKK.

Terminsforretningerne resulterede i et tab for Virks. ApS 2 på 2.930.400 USD svarende til 25.024.150,80 DKK, mens Virks. ApS 1 fik en (næsten tilsvarende) for tjeneste på kr. 25.294.680,-.

I forbindelse med terminsforretningerne afgav Sagsøgte A/S som moderselskab også støtteerklæring over for Anonym Bank vedrørende Virks. ApS 1 og Virks. ApS 2

Virks. ApS 2 realiserede tabet den 1. december 2000 med valørdato den 8. december 2000, og beløbet blev betalt af Sagsøgte A/S og posteret over mellemregningskontoen med Virks. ApS 2 som et lån.

Ved udgangen af regnskabsåret havde Virks. ApS 2 en gæld til tilknyttede selskaber på kr. 92.563,80, og gælden til moderselskabet var dermed (i det alt væsentlige) indfriet. De eneste indtægter, Virks. ApS 2 havde i indkomståret 2000, var renteindtægter på kr. 6.934,93."

Procedure

Skatteministeriet har til støtte for sin påstand procederet i overensstemmelse med det for landsretten fremlagte påstandsdokument, hvoraf blandt andet fremgår følgende:

"Til støtte for den principale påstand gøres det gældende, at de af Sagsøgte A/S og Sagsøgte ApS selvangivne tab ikke er reelle tab men konstruerede tab, som ikke kan tillægges skattemæssig virkning.

Valutaterminsforretningerne i de to søsterselskaber udgør således et skattemæssigt arrangement, hvis eneste formål og eneste virkning er at skabe et fradragsberettiget tab i et af selskaberne.

De parallelle aftaler om valutaterminsforretninger er indgået på samme tidspunkt, vedrører tilnærmelsesvis samme beløb og har samme valørdato med den afgørende forskel, at der er tale om modsatrettede terminsforretninger, således at det ene selskabs køb af et givent beløb modsvares af det andet selskabs salg af et tilsvarende beløb i samme valuta. Aftalerne har dermed en sådan sammenhæng, at de skal vurderes som en helhed, jf. f.eks. UfR 2010.1190 H.

Henset til arrangementernes korte løbetid på under en måned og til kurssammenhængen mellem DKK og euro, indebærer forskellen på de to aftalesæt bestående i, at det ene selskab handler mellem USD og euro, mens det andet selskab handler mellem USD og DKK, *ikke* en reel usikkerhed om tabets opståen eller omtrentlige omfang.

Den manglende risiko på handel i henholdsvis USD/euro og USD/DKK fremgår også af, at de konstaterede henholdsvis tab og fortjenester tilnærmelsesvis udgør samme beløb.

At tabet i henholdsvis Virks. A/S 1 og Virks. ApS 2 har været forudsigeligt og tilnærmelsesvis har kunnet opgøres på forhånd er underbygget af, at moderselskaberne har foretaget kapitalindskud i samme størrelsesorden som tabet i det tabslidende selskab forud for valørdagen og dermed forud for den formelle konstatering af tabet.

Det ene selskabs tab modsvares af det andet selskabs fortjeneste, og da begge selskaber er sambeskattet med moderselskabet, er risikoen ved terminsforretningerne i det hele elimineret. Aftalerne, der er indbyrdes neutraliserende, har dermed ingen forretningsmæssig eller økonomisk begrundelse ud over at skabe et skattemæssigt fradrag i det ene selskab.

Sagerne adskiller sig dermed på afgørende vis fra afgørelsen optrykt i SKM 2006.178 LSR, hvor der i modsætning hertil ikke var tale om et konstrueret tab.

De foreliggende arrangementer, der alene har til formål at skabe et kunstigt tab, kan efter fast højesteretspraksis ikke lægges skattemæssigt til grund, jf. UfR 1999. 1714 H (Hadsten Bank), UfR 2009. 353 H (Carsten Glenting), UfR 2007. 961 H (Kame ApS), UfR 2009. 353 H (Sydbank A/S), UfR 2009. 1241 H og UfR 2010. 1190 H.

For så vidt angår **Sagsøgte A/S** er aktietabet efter den principale påstand opgjort således:

Dato		Nom.	Anskaffelsessum
01.07.87	Anskaffelse	300.000	304.000
31.12.88	Kapitalforhøjelse	2.700.000	2.835.000
05.12.00	Kapitalforhøjelse	-	-
28.12.00	Kapitalforhøjelse	15.000.000	15.000.000
		18.000.000	18.139.000
29.12.00	Salg	÷ 18.000.000	÷ 17.497.245
	Opgjort tab		641.755

Forholdsmæssig fordeling aktier ejet over/under 3 år:

$15.000.000 / 18.000.000 \times 641.755$
= skattemæssigt tab på kr. 534.796,00
Landsskatteretten har indrømmet et
skattemæssigt tab på kr. ÷ 13.034.941,00
Selskabets indkomst skal på dette punkt forhøjes med kr. 12.500.145,00

For så vidt angår **Sagsøgte ApS** er anpartstab efter den principale påstand opgjort således:

Dato		Nom.	Anskaffelses- /salgssum
01.10.00	Anskaffelse	125.000	138.333
27.11.00	Kapitalforhøjelse	-	-
		125.000	138.333

18.12.00	Salg	÷ 125.000	÷ 90.399
	Opgjort tab		47.934

Skattemæssigt tab efter en realitetsbedømmelse	kr.	47.934,00
Landskatteretten har indrømmet et skattemæssigt tab på	kr.	÷ 25.047.934,00
Selskabets indkomst skal på dette punkt forhøjes med	kr.	<u>25.000.000,00</u>

De subsidiære påstande støttes på den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 6, stk. 7, jf. lbkg. nr. 643 af 5. august 1999.

Efter aktieavancebeskatningslovens § 6, stk. 7, skal der, i det omfang der sker nedbringelse eller indfrielse af en fordring i forbindelse med et kapitalindskud til skyldneren, ske en reduktion af anskaffelsessummen for de herved erhvervede aktier med det beløb, hvormed den indfrieede fordrings pålydende overstiger fordringens kursværdi på indfrielsestidspunktet. Reduktionen sker bl.a., når kapitalindskuddet foretages direkte eller indirekte af kreditor. Det er en betingelse for at anvende bestemmelsen, at den indfrieede fordring ikke var fradragsberettiget for kreditor, jf. § 6, stk. 8.

Reglen gælder ved opgørelsen af fortjenester og tab på alle aktieafståelser omfattet af aktieavancebeskatningsloven, jf. Ligningsvejledningen 2000, afsnit S.G.6.1.

Bestemmelsen har efter forarbejderne til formål at forhindre konvertering af ikke-fradragsberettigede tab på fordringer til fradragsberettigede aktietab gennem et kapitalindskud efterfulgt af indfrielse af fordringen, jf. FT 1994-95, Tillæg A, side 1757.

I nærværende sager opstår der en fordring mellem moderselskabet og det tabsgivende selskab, når moderselskabet i kraft af støtteerklæringen indfrier datterselskabets gæld til **Anonym** Bank. Fordringen er som en koncernintern fordring ikke fradragsberettiget.

Der er i tid og årsag en nøje sammenhæng mellem fordringens stiftelse og indfrielse og moderselskabets kapitalindskud i datterselskabet.

Det gøres gældende, at aktieavancebeskatningslovens § 6, stk. 7, finder anvendelse, når kapitalindskuddene er sket *forud* for fordringens opståen, *da* fordringens opståen og kapitalforhøjelsen er sket inden for en snæver tidsmæssig sammenhæng, *da* fordringens opståen har været forudsigelig og påregnelig på tidspunktet for kapitalindskuddet, og *da* det netop er den efterfølgende fordring, der har udløst kapitalforhøjelsen.

Datterselskaberne har ikke haft anden aktivitet end terminsforretningerne og har ikke haft anden indtægt ud over minimale renteindtægter, og da datterselskaberne ved udgangen af regnskabsåret 2000 stort set ingen koncernintern gæld har, er gælden til moderselskabet indfriet. Da selskaberne ikke har haft

anden likviditetstilførsel end kapitalforhøjelserne, er indskuddene nødvendigvis anvendt til at indfri fordringerne med.

Ved at tilføre det tabslidende datterselskab likviditet gennem en kapitalforhøjelse, der anvendes til at indfri gælden til moderselskabet og skaber et aktietab ved den efterfølgende afståelse, sker der netop en sådan konvertering af et ikke-fradragsberettiget fordringstab til et fradragsberettiget aktietab, som reglen i § 6, stk. 7, efter sin ordlyd og forarbejderne skal modvirke.

Bestemmelsen finder derfor anvendelse med den konsekvens, at anskaffelsessummen for datterselskabsaktierne reduceres.

For så vidt angår **Sagsøgte A/S** er aktietabet efter den subsidiære påstand opgjort på følgende måde:

Dato		Nom.	Anskaffelsessum
01.07.87	Anskaffelse	300.000	304.000
31.12.88	Kapitalforhøjelse	2.700.000	2.835.000
05.12.00	Kapitalforhøjelse	1.000	1) 2.497.245
28.12.00	Kapitalforhøjelse	15.000.000	15.000.000
		18.001.000	20.636.245
29.12.00	Salg	÷ 18.001.000	÷ 17.497.245
	Opgjort tab		3.139.000

1) Kursværdien på fordringen – selskabets indre værdi – antages skønsmæssigt at være den værdi aktierne rent faktisk er solgt for den 29. december 2000

Forholdsmæssig fordeling aktier ejet over/under 3 år:

$15.001.000 / 18.001.000 \times 3.139.000 =$
skattemæssigt tab på kr. 2.615.862,00
Landsskatteretten har indrømmet
skattemæssigt tab på kr. ÷ 13.034.941,00
Selskabets indkomst skal på dette punkt forhøjes med kr. 10.419.079,00

For så vidt angår **Sagsøgte ApS** er anpartstabet efter den subsidiære påstand opgjort på følgende måde:

Dato		Nom.	Anskaffelses- /salgssum
01.10.00	Anskaffelse	125.000	138.333
27.11.00	Kapitalforhøjelse	5.000	1) 90.399
		130.000	228.732
18.12.00	Salg	÷ 130.000	÷ 90.399
	Opgjort tab		138.333

1) Kursværdien på fordringen – selskabets indre værdi – antages skønsmæssigt at være den værdi anparterne rent faktiske er solgt for den 18. december 2000

Skattemæssigt tab opgjort efter ABL § 6, stk. 7 kr. 138.333,00
Landsskatteretten har indrømmet et
skattemæssigt tab på kr. ÷ 25.047.934,00
Selskabets indkomst skal på dette punkt forhøjes med kr. 24.909.601,00”

Sagsøgte A/S og **Sagsøgte ApS** har til støtte for frifindelsepåstanden procederet i overensstemmelse med det for landsretten fremlagte påstandsdokument, hvoraf blandt andet fremgår følgende (idet bilagshenvisninger er udeladt):

”Over for sagsøgerens principale påstande gøres det til støtte for frifindelsepåstanden gældende, at der ved opgørelsen af anskaffelseessummen for de af de sagsøgte i indkomståret 2000 solgte aktier/anparter og dermed ved opgørelse af gevinst og tab efter den dagældende ABL § 6 ikke er hjemmel i de af sagsøgeren anførte realitetsbetragtninger til at se bort fra de kapitalindskud i de solgte selskaber, som de sagsøgte foretog ved i de på generalforsamling afholdt henholdsvis den 5. december 2000 og den 27. november 2000 besluttede kapitalforhøjelser.

Over for sagsøgerens subsidiære påstande gøres det til støtte for frifindelsepåstanden gældende, at der heller ikke i den dagældende aktieavancebeskatningslovs (ABL) § 6, stk. 7, er hjemmel til at nedsætte anskaffelseessummen for de på generalforsamlingen den 5. december 2000 henholdsvis den 27. november 2000 tegnede aktier/anparter til et lavere beløb end de i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registrerede beløb, da de i bestemmelsen anførte betingelser herfor ikke er opfyldt.

Denne sag drejer sig om fradrag for tab på aktier.

Sagen drejer sig således om de **Sagsøgte A/S** og **Sagsøgte ApS** kildeartsbegrænsede fradrag efter den dagældende ABL § 2, stk. 2, for tab på aktier/anparter i henholdsvis **Virks. A/S 1** og **Virks. ApS 2**.

Denne sag drejer sig derimod ikke om **Virks. A/S 1** og **Virks. ApS 2**’ fradrag for tab på terminsforretninger - eller for den sags skyld **Virks. A/S 2**’ og

Virks. ApS 1 skattepligt af gevinster på terminsforretninger - selvom omdrejningspunktet i sagsøgerens argumentation er, at valutaterminsforretningerne i de fire nævnte selskaber skal anses for det, der er af sagsøgeren betegnes "et skattemæssigt arrangement, hvis eneste formål og eneste virkning er at skabe et fradragsberettiget tab i et af selskaberne". ...

Det tab, der henvises til i det ovenfor citerede fra sagsøgerens anbringender, er klart de af **Virks. A/S 1** og **Virks. ApS 2** lidte tab på de med **Anonym** Bank indgåede terminsforretninger.

Det er imidlertid en uomtvistet kendsgerning, at **Virksomhed A/S 1** og **Virks. ApS 2** fradrag efter reglerne i kursgevinstloven for tabene på de med Jyske Bank indgåede terminsforretninger på intet tidspunkt er blevet bestridt af skattemyndighederne, som fuldt ud anerkender de to selskabers fradragsret for tabene, ligesom det er uomtvistet, at **Virksomhed A/S 2** og **Virksomhed ApS 1** skal beskattes af de af disse to selskaber opnåede gevinster på valutaterminsforretningerne.

Transaktionerne, som ovennævnte fire selskaber **Virksomhed A/S 1**, **Virksomhed A/S 2**, **Virksomhed ApS 1** og **Virksomhed ApS 2** har foretaget i form af de i denne sag beskrevne terminsforretninger, har i enhver henseende substans og skatteretlig realitet, og terminsforretningerne er således også fuldt ud lagt til grund for skatteansættelsen af hvert af de fire selskaber. Dette er en ubestridt kendsgerning, som skal lægges til grund i nærværende sag.

Som det fremgår af det ovenfor fra sagsøgerens anbringender citerede, er det imidlertid åbenbart, at sagsøgeren gerne ville have frataget **Virksomhed A/S 1** og **Virksomhed ApS 2** fradragsretten for tabene på terminsforretningerne, men disse investeringer er, som nævnt, en realitet, som skal lægges til grund for skatteansættelsen af disse to selskaber.

Sagsøgeren har derfor i stedet valgt en fremgangsmåde lig den fremgangsmåde, som sagsøgeren forsøgte sig med i sagen vedrørende *Over-Hold ApS*, U2004.174H ...

I nærværende sag er anstødsstenen **Virksomhed A/S 1** og **Virksomhed ApS 2** fradrag for tabet på terminsforretningerne, men skattemyndighederne har ikke hjemmel til at nægte disse to selskaber fradrag for tabet på valutaterminsforretningerne, hvorfor skattemyndighederne i stedet forsøger sig med at nægte de sagsøgte, **Sagsøgte A/S** og **Sagsøgte ApS**, fradrag for det ved afståelse af aktierne/anparterne i **Virksomhed A/S 1** henholdsvis **Virksomhed ApS 2** konstaterede tab.

Der er imidlertid i nærværende sag lige så lidt som i *Over-Hold*-sagen hjemmel til på denne måde "at rette bager for smed".

Denne sag drejer sig altså ikke om den skattemæssige behandling af ovennævnte fire selskabers terminsforretninger, men derimod om de sagsøgte, **Sagsøgte A/S** og **Sagsøgte ApS** kildeartsbegrænsede fradrag efter den dagældende ABL § 2, stk. 2, for tab på aktier/anparter i henholdsvis **Virksomhed A/S 1** og **Virksomhed ApS 2**, idet sagsøgeren bestrider rigtigheden af de af de sagsøgte opgjorte anskaffelsessummer for nævnte aktier/anparter. De af de sagsøgte opgjorte afståelsessummer anerkendes derimod af sagsøgeren.

...

Der er en uomtvistelig kendsgerning, at de sagsøgte har betalt samtlige de beløb, som indgår i de sagsøgtes opgørelse af anskaffelsessummerne for aktierne/anparterne i de to selskaber.

Det skal således understreges, at de i sagen omhandlede kapitalforhøjelser ikke er udtryk for fiktive posteringer uden reelt indhold. Det er tværtimod en ubestridt kendsgerning, der skal lægges til grund i denne sag, at de i sagen omhandlede kapitalforhøjelser er gennemført i fuld overensstemmelse med selskabslovgivningens bestemmelser og krav.

Det er derfor en notorisk kendsgerning, at de af de sagsøgte opgjorte anskaffelsessummer, således som de eksempelvis fremgår af Landsskatterettens kendelser i de to sager udgør den skattemæssige anskaffelsessum for aktierne henholdsvis anparterne, og at disse anskaffelsessummer skal lægges til grund for avanceopgørelsen, medmindre der foreligger en klar og utvetydig hjemmel til af helt specifikke grunde at reducere de af de sagsøgte - i overensstemmelse med de almindeligt gældende principper for opgørelse af den skattemæssige anskaffelsessum for aktier/anparter - opgjorte anskaffelsessummer.

Det hedder om den skattemæssige anskaffelsessum for aktier erhvervet ved tegning i Ligningsvejledningen for 2000, pkt. S.G.6:

"I tilfælde, hvor aktier anskaffes i forbindelse med en kapitaludvidelse i selskabet, knyttes spørgsmålet om anskaffelsessummen for aktier i danske selskaber sammen med registreringen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, således at en registreret kapitalforhøjelse indebærer, at kapitalindskuddet anerkendes som det beløb, hvortil aktien er erhvervet."

Som det fremgår af det nedenfor anførte citat fra Skatteministeriets Juridiske Vejledning, som har afløst Ligningsvejledningen, er det ovenfor fra Ligningsvejledningen for 2000 citerede fortsat udtryk for gældende ret. Det hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registrerede kapitalindskud udgør også i dag anskaffelsessummen for aktier erhvervet ved tegning som led i en kapitaludvidelse.

Denne retsstilling er også forudsat i bemærkningerne til den dagældende ABL § 6, stk. 7, som sagsøgeren påberåber sig til støtte for den subsidiære påstand. Det hedder således i bemærkningerne blandt andet:

"Forslaget er nødvendiggjort af, at man i praksis på aktieområdet har knyttet spørgsmålet om anskaffelsessummen for aktier i danske selskaber, som anskaffes i forbindelse med en kapitaludvidelse sammen med registreringen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, således at en registreret kapitalforhøjelse indebærer, at kapitalindskuddet anerkendes som anskaffelsessum for de tegnede aktier." (Min understregning)

Ved opgørelsen af de i denne sag omhandlede aktiers/anparters skattemæssige anskaffelsessum skal de på generalforsamlingsprotokollaterne den 5. december

2000 og den 27. november 2000 tegnede aktier således medregnes med en værdi svarende til de fulde kapitalindskud, som blev foretaget og registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Også i denne sammenhæng er dommen U2004.174H - ligesom dommen U2007.736H og Landsskatterettens kendelse af 14. november 2001 [sag nr. 2-2-1822-0980] ... et væsentligt præjudikat, da dommen bekræfter det af Jan Pedersen i TfS 2000, 142 anførte om, at formaliteten svarer til realiteten, når der er tale om dispositioner, som er foretaget i fuld overensstemmelse med de selskabsretlige regler herom.

...

Uanset at sagsøgeren finder, at de i denne sag omhandlede dispositioner er foretaget af skattemæssige grunde med henblik på at opnå et aktietab, der som et kildeartsbegrænset tab kan modregnes i gevinster på andre aktier, er der ikke i de af sagsøgeren anførte realitetsbetragtninger hjemmel til, at sagsøgeren ved opgørelsen af de i denne sag omhandlede aktiers/anparterers anskaffelsessum ... kan se bort fra de af de sagsøgte - ved de på generalforsamlingerne den 5. december 2000 og den 27. november 2000 besluttede kapitalforhøjelser - foretagne kapitalindskud på henholdsvis 15 mio. kr. og 25 mio. kr.

Det skal i denne forbindelse endvidere bemærkes, at de sagsøgte i medfør af den dagældende ABL § 2, stk. 1 ville være blevet beskattet af gevinsterne på aktierne/anparterne i Virks. A/S 2 og Virksomhed ApS 1, hvis de sagsøgte havde solgt disse aktier/anparter, inden de sagsøgte havde ejet aktierne/anparterne i 3 år. Det forhold, at de sagsøgte beholdt aktierne/anparterne i Virks. A/S 2 og Virksomhed ApS 1, og dermed undgik at få avancebeskattet gevinsterne på aktierne/anparterne i Virks. A/S 2 og Virksomhed ApS 1 efter den dagældende ABL § 2, stk. 1, giver naturligvis ikke sagsøgeren ret til at nægte de sagsøgte fradrag for det ved salg af aktierne/anparterne i Virksomhed A/S 1 og Virksomhed ApS 2 konstaterede tab, ganske på samme måde som skattemyndighederne i den i TfS 2000, 430 LSR omhandlede situation ikke kunne nægte en skatteyder fradrag for tab på moderaktien, blot fordi skatteyderen valgte at beholde fondsaktien, som efter 3 års ejertid kunne afstås skattefrit. Det skal for fuldstændighedens skyld bemærkes, at reglerne om selskabers beskatning af gevinst og tab på aktier er blevet ændret i 2009, således at beskatningen ikke længere er knyttet til ejertidens længde.

Der er ikke hjemmel til ud fra de af sagsøgeren anførte realitetsbetragtninger at reducere de af de sagsøgte for aktierne/anparterne i Virks. A/S 2 og Virks. ApS 1 opgjorte anskaffelsessummer, og de sagsøgte skal derfor frifindes for sagsøgerens principale påstande.

Sagsøgeren påberåber sig til støtte for sagsøgerens subsidiære påstande den dagældende ABL § 6, stk. 7, på trods af, at sagsøgeren selv erkender, at kravene ifølge bestemmelsens ordlyd ikke er opfyldt.

...

Som det fremgår af ordlyden, omhandler bestemmelsen den situation, hvor kreditor for en eksisterende fordring foretager et kapitalindskud - når kapitalindskuddet eksempelvis skal foretages af kreditor for fordringen, skal kreditor

på tidspunktet for foretagelsen af kapitalindskuddet nødvendigvis have en fordring på selskabet. Dette krav er ikke opfyldt ...

Udtrykket "i forbindelse med" i ABL § 6, stk. 7, 1. punktum, ændrer ikke ved, at bestemmelsen kun dækker gældskonverteringssituationen og dermed den situation, hvor kreditor i stedet for at eftergive gælden eller at konvertere sit tilgodehavende til aktiekapital vælger at foretage et kontantindskud, således at selskabet bliver i stand til at indfri den fordring, som aktietegneren (kreditor) havde på selskabet forud for foretagelsen af kapitalindskuddet, da udtrykket "i forbindelse med" knytter sig til nedbringelsen/indfrielsen.

De to selskaber, Virksomhed A/S 1 og Virksomhed ApS 2, som de sagsøgte tegnede aktier/anpartar i, havde alene forpligtelser overfor Anonym Bank. De to selskaber havde ikke nogen gæld til de sagsøgte. Det er korrekt, at Anonym Bank efterfølgende i forbindelse med afregningen af terminsforretningerne lod dette ske via sagsøgte 1's konto i banken, men på de respektive afregningstidspunkter var kapitalen blevet forhøjet i Virksomhed A/S 1 henholdsvis Virksomhed ApS 2. Afregningen via sagsøgte 1's konto var alene en praktisk foranstaltning - en form for Cash Pooling - som er helt almindelig i koncernforhold.

For en ordens skyld skal det bemærkes, at sagsøgte 1 ikke ved afgivelsen af støtteerklæringerne har påtaget sig en kautionforpligtelse. Støtteerklæringerne er hensigtserklæringer, der ... ikke er omfattet af den dagældende ABL § 6, stk. 7. Sagsøgeren har da heller ikke gjort gældende, at sagsøgte 1 er kautionist.

Kapitalforhøjelserne i Virksomhed A/S 1 og Virksomhed ApS 2 blev foretaget for at sikre selskaberne den til opfyldelse af forpligtelserne over for Anonym Bank fornødne kapital og ikke for at tilbagebetale en gæld til de sagsøgte.

Den dagældende ABL § 6, stk. 7, omfatter ikke den i nærværende sag omhandlede situation. Den helt grundlæggende forudsætning for at bringe ABL § 6, stk. 7, i anvendelse, nemlig at de sagsøgte havde en fordring mod Virksomhed A/S 1 henholdsvis Virksomhed ApS 2, er ikke opfyldt, og det er derfor udelukket at bringe den dagældende ABL § 6, stk. 7, i anvendelse i nærværende sag.

Det skal i denne forbindelse også bemærkes, at den dagældende ABL § 6, stk. 7, har samme anvendelsesområde som ligningslovens § 15, stk. 4 og 5. ...

Det skal ligeledes bemærkes, at den dagældende ABL § 6, stk. 7, ligesom ligningslovens § 15, stk. 4 og 5, skal sikre, at de skattemæssige konsekvenser af en gældseftergivelse ikke omgås ved i stedet for en gældseftergivelse eller en gældskonvertering at foretage et kapitalindskud for herefter at indfri gælden.

At formålet med bestemmelsen er at værne de skattemæssige konsekvenser af en gældseftergivelse - og ikke at begrænse det kildeartsbegrænsede fradrag for aktietab efter den dagældende ABL § 2, stk. 2 - fremgår også af beskrivelsen i Den Juridiske Vejledning 2012-1 under pkt. C.B.2.9.1 ...

ABL § 6, stk. 7, er en specifikt udformet værnsregel, der skal supplere ligningslovens § 15, stk. 4 og 5, og bestemmelsen, der er en undtagelse - med deraf følgende indskrænkende fortolkning - fra den almindelige regel om, at det i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registrerede kapitalindskud udgør anskaf-

felsessummen for nytegnede aktier, giver ikke hjemmel til at reducere anskaffelsessummen uden for de tilfælde, som udtrykkeligt er fastlagt i bestemmelsens ordlyd.

Der er hverken i ordlyden i den dagældende ABL § 6, stk. 7, eller klare lovmotiver støtte for sagsøgerens subsidiære påstande, som sagsøgeren jo også reelt støtter på nøjagtig samme realitetsbetragtninger, som sagsøgeren gør gældende til støtte for de principale påstande.

Disse realitetsbetragtninger giver imidlertid lige så lidt grundlag for at give sagsøgeren medhold i de subsidiære påstande som i de principale påstande.

Det skal i denne forbindelse erindres, at avancen på aktierne/anparterne i Virksomhed A/S 2 og Virksomhed ApS 1 var skattepligtig efter den dagældende ABL § 2, stk. 1, og at denne skattepligtige avance ikke reduceres ved den af sagsøgeren ønskede reduktion af tabene på aktierne/anparterne i Virks. A/S 1 og Virksomhed ApS 2. Det må være åbenbart, at det brud på symmetrien i beskattningen efter den dagældende ABL § 2, som sagsøgeren ud fra realitetsbetragtninger vil foretage ved at beskære de fradragsberettigede tab, må kræve en helt klar og utvetydig lovhjemmel, og en sådan lovhjemmel foreligger ikke.

På ganske samme måde, som den uønskede skatteplanlægning omhandlet i Over-Hold-sagen og Finwill-sagen kun kunne imødegås gennem ændret lovgivning, ville det kræve en lovændring for at kunne nægte fradrag for aktietab, som omhandlet i denne sag.

Lovgivningen er efterfølgende ændret, idet der i 2009 er gennemført en fuldstændig ændring af reglerne om selskabers beskattning af gevinst og tab på aktier, således at gevinst og tab på aktier i datterselskaber, som kan være omfattet af en sambeskatning, er skattefri henholdsvis ikke-fradragsberettigede uanset ejertid, idet beskattningen af selskabers gevinst og tab på aktier i dag er uafhængig af ejertidens længde. For formentlig alle andre end de i sagen involverede parter er problemstillingen i nærværende sag derfor kun af retshistorisk interesse.

Der er ikke hjemmel i den dagældende ABL § 6, stk. 7, til at reducere de af de sagsøgte for aktierne/anparterne i Virks. A/S 2 og Virksomhed ApS 1 opgjorte anskaffelsessummer, og de sagsøgte skal derfor også frifindes for sagsøgerens subsidiære påstande.

Ved opgørelse af gevinst og tab efter den dagældende ABL § 6 på Sagsøgte A/S 'aktier i Virks. A/S 1 og Sagsøgte ApS' anparter i Virksomhed ApS 2 skal de af de sagsøgte opgjorte anskaffelsessummer på henholdsvis 33.139.000 kr. og 25.138.000 kr. lægges til grund for avanceopgørelsen, idet sagsøgeren ikke har hjemmel til ved opgørelsen af disse anskaffelsessummer at se bort fra nogen del af de af de sagsøgte foretagne kapitalindskud.

På grundlag af disse anskaffelsessummer udgør de af de sagsøgte lidte tab på aktier/anparter henholdsvis 13.034.941 kr. og 25.047.934 kr., som de sagsøgte efter den dagældende ABL § 2, stk. 2, kan modregne i gevinster på andre aktier.

Der er ikke hjemmel til at nægte de sagsøgte fradrag efter den dagældende ABL § 2, stk. 2, for disse kildeartsbegrænsede tab, og de sagsøgte skal derfor frifindes.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Efter den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 2, stk. 2, jf. stk. 1, kunne **Sagsøgte A/S** ved afståelsen af aktierne i **Virksomhed A/S 1** den 29. december 2000 fradrage tab for så vidt angår de aktier, **Sagsøgte A/S** havde ejet i mindre end tre år, i nærmere bestemt fortjeneste ved afståelse af aktier. Efter lovens § 2, stk. 3, og § 6, stk. 1, skulle tabet opgøres efter reglerne i § 6, stk. 2, som forskellen mellem afståelsessummen og anskaffelsessummen for de pågældende aktier.

Afståelsessummen ved **Sagsøgte A/S** salg af aktierne den 29. december 2000 var ubestridt 17.497.245 kr. Parternes uenighed vedrører anskaffelsessummen for aktierne, idet spørgsmålet er, om **Sagsøgte A/S** kan medregne sit kontante indskud i forbindelse med kapitaludvidelsen i selskabet den 5. december 2000 i anskaffelsessummen.

På en ekstraordinær generalforsamling i **Virksomhed A/S 1** den 5. december 2000 vedtog selskabet i overensstemmelse med de selskabsretlige regler herfor en kapitaludvidelse, i henhold til hvilken **Sagsøgte A/S** samme dag tegnede aktier til en kursværdi af 15.000.000 kr., som blev berigtiget ved kontant indskud af beløbet i selskabet.

Anskaffelsessummen for aktier i danske selskaber, som anskaffes i forbindelse med en kapitaludvidelse, er knyttet til registreringen i Erhvervsstyrelsen (tidligere Erhvervs- og Selskabsstyrelsen), således at en registreret kapitalforhøjelse indebærer, at kapitalindskuddet anerkendes som anskaffelsessum for de tegnede aktier, jf. herved de specielle bemærkninger til aktieavancebeskatningslovens § 6, stk. 7 og 8, i lovforslag nr. L 139 af 18. januar 1995 om blandt andet handel med underskudsselskaber.

Herefter anses de formelle betingelser for at medregne **Sagsøgte A/S** kontante indskud på 15.000.000 kr. i forbindelse med kapitaludvidelsen den 5. december 2000 til anskaffelsessummen for opfyldt, og parterne er enige om, at tabet ved afståelsen af aktierne den 29. december 2000 i givet fald udgør 13.034.941 kr.

Spørgsmålet er herefter, om øvrige omstændigheder vedrørende kapitaludvidelsen i Virksomhed A/S 1 den 5. december 2000 bevirker, at kontantindskuddet ved denne kapitaludvidelse på trods af ovenstående ikke kan medregnes ved Sagsøgte A/S opgørelse af tab ved afståelsen af aktierne i selskabet den 29. december 2000.

Den 5. december 2000 lukkede Virksomhed A/S 1 med salget af 89.170.000 amerikanske dollars til 100.000.000 euro den valutaterminsforretning, som var startet med selskabets køb af 87.280.000 amerikanske dollars til 100.000.000 euro den 1. december 2000, alt med valørdato den 12. december 2000. Med lukningen af valutaterminsforretningen den 5. december 2000 kunne Virksomhed A/S 1 konstatere et tab på 15.929.865 kr.

Det lægges til grund, at Sagsøgte A/S foretog kapitaludvidelsen med kontantindsud på 15.000.000 kr. i det helejede datterselskab Virksomhed A/S 1 den 5. december 2000 med henblik på at inddække tabet ved valutaterminsforretningen, som var den eneste aktivitet i Virks. A/S 1 i 2000, og i anledning af hvilken Sagsøgte A/S ved støtteerklæring af 4. december 2000 over for Anonym Bank havde erklæret om fornødent at ville tilføre selskabet tilstrækkelige likvide midler.

Valutaterminsforretningerne i Virksomhed A/S 1 (hvor man først købte og derefter solgte amerikanske dollars) blev opvejet af modsatrettede valutaterminsforretninger i det ligeledes helejede datterselskab Virksomhed A/S 2, hvor man på de samme datoer som i Virksomhed A/S 1 først solgte og derefter købte amerikanske dollars i alt væsentligt svarende til det antal dollars, som Virksomhed A/S 1 handlede med. Da den amerikanske dollar over for euro og kroner faldt i værdi i perioden mellem den 1. december 2000 og den 5. december 2000, realiserede Virksomhed A/S 1 som anført et tab på 15.929.865 kr., mens Virks. A/S 2 realiserede en gevinst på 16.333.200 kr., idet forskellen på de to beløb ud over en mindre forskel i antallet af handlede dollars skyldes, at Virksomhed A/S 1 handlede dollars mod euro, mens Virksomhed A/S 2 handlede dollars mod kroner. Hvis den amerikanske dollar var steget i perioden fra den 1. december 2000 til den 5. december 2000, havde Virks. A/S 1 realiseret en gevinst, og Virksomhed A/S 2 et tilsvarende tab.

Landsdommer Jon Fridrik Kjølbro og Mads Bundgaard Larsen udtaler:

Det må på ovenstående baggrund lægges til grund, at valutaterminsforretningerne i forhold til Sagsøgte A/S i det væsentligste har været uden økonomisk risiko og uden forret-

ningsmæssig begrundelse. Valutaterminsforretningernes eneste formål har været egenhændigt og uden væsentlig risiko at tilføre ét ud af de to datterselskaber et tab, som via en kapitaludvidelse kunne slå igennem som et tab på aktierne i det pågældende selskab, som kunne fradrages ved afståelse af de pågældende aktier inden for tre år efter erhvervelsen i medfør af den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 2, stk. 2, jf. stk. 1. Der er for så vidt tale om et konstrueret tab, men vel at mærke et faktisk realiseret tab i **Virksomhed A/S 1** som modsvares af en tilsvarende faktisk realiseret gevinst i **Virksomhed A/S 2**, som ville medføre en tilsvarende beskatning af fortjeneste ved afståelse af aktierne i **Virksomhed A/S 2** inden for tre år efter erhvervelsen. Ved afståelse af aktierne i **Virksomhed A/S 2** tre år eller mere efter erhvervelsen, ville den herved realiserede aktieavance være skattefri for **Sagsøgte A/S**, jf. den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 4, stk. 6, jf. § 4, stk. 1.

Sagsøgte A/S har således udnyttet det forhold, at den dagældende aktieavancebeskatningslov lod den skattemæssige behandling af selskabets fortjeneste eller tab på aktierne i datterselskaberne afhænge af, hvornår **Sagsøgte A/S** valgte at afstå aktierne. Udnyttelsen er fra **Sagsøgte A/S'** side sket ved uden væsentlig økonomisk risiko og uden forretningsmæssig begrundelse ved ensidige handlinger at påføre ét datterselskab et faktisk realiseret tab, som modsvares af en faktisk realiseret gevinst i et andet datterselskab i anledning af valutaterminsforretninger gennemført med et pengeinstitut. Efter vores opfattelse giver den herved skete udnyttelse ikke tilstrækkeligt grundlag for tilsidesættelse af den opgørelse af **Sagsøgte A/S'** tab ved afståelse af aktierne i **Virksomhed A/S 1**, der som anført ovenfor er foretaget i overensstemmelse med reglerne i den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 6, stk. 2, jf. § 6, stk. 1, og § 2, stk. 3, på baggrund af selskabsretligt gyldigt gennemførte kapitaludvidelser i selskabet ved kontante indskud.

På ovenstående baggrund stemmer vi for at frifinde **Sagsøgte A/S** for Skatteministeriets principale påstand.

Vedrørende spørgsmålet om opgørelse af fradrag for **Sagsøgte ApS** ved afståelse af anparterne i **Virksomhed ApS 2** den 18. december 2000 svarer forholdene såvel ved selve kapitaludvidelsen i **Virksomhed ApS 2** den 27. november 2000 som ved de modsatrettede valutaterminsforretninger i de to helejede datterselskaber, **Virksomhed ApS 2** og **Virksomhed ApS 1**, i alt væsentligt til forholdene i **Sagsøgte A/S** og de to datterselskaber **Virksomhed A/S 1** og **Virksomhed A/S 2**. Den væsentligste forskel består i, at kapitaludvidelsen i **Virksomhed ApS 2** den 27. november 2000 skete før afslutningen af valutaterminsforretningen den 1. december 2000, men vi

tillægger ikke denne forskel betydning, idet det også i forhold til **Sagsøgte ApS** lægges til grund, at kapitaludvidelsen med kontantindskud på 25.000.000 kr. den 27. november 2000 skete med henblik på at inddække tabet ved valutaterminsforretningen, som var den eneste aktivitet i **Virksomhed ApS 2** i 2000, og som medførte et tab på 25.024.150,80 kr.

På ovenstående baggrund stemmer vi for ligeledes at frifinde **Sagsøgte ApS** for Skatteministeriets principale påstand.

Vedrørende Skatteministeriets subsidiære påstand bemærker vi, at **Sagsøgte A/S** på tidspunktet for kapitalindskuddet den 5. december 2000 efter det oplyste ikke havde nogen fordring mod **Virksomhed A/S 1** eller havde kautioneret for nogen fordring mod selskabet. Det er efter ordlyden af den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 6, stk. 7, en betingelse for at opgøre anskaffelsessummen ved kapitalindskuddet efter reglerne i denne bestemmelse, at den fordring, der indfries i forbindelse med kapitalindskuddet, består på tidspunktet for indskuddet. Lovforslaget til den pågældende bestemmelse giver ikke grundlag for nogen udvidende fortolkning på dette punkt, men angiver i sine almindelige bemærkninger blandt andet, at forslaget har ”til formål at forhindre konvertering af ikke-fradragsberettigede tab på fordringer til fradragsberettigede aktietab gennem et kapitalindskud efterfulgt at indfrielse af fordringen”, jf. lovforslag nr. L 139 af 18. januar 1995, de almindelige bemærkninger punkt 1.

På ovenstående baggrund stemmer vi for at frifinde **Sagsøgte A/S** for Skatteministeriets subsidiære påstand.

Sagsøgte ApS havde efter det oplyste ikke nogen fordring mod **Virksomhed ApS 2** på tidspunktet for kapitalindskuddet den 27. november 2000 og havde ej heller kautioneret for nogen fordring mod selskabet. På baggrund af ovenstående gennemgang af den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 6, stk. 7, stemmer vi derfor for ligeledes at frifinde **Sagsøgte ApS** for Skatteministeriets subsidiære påstand.

Samlet set stemmer vi således for at tage **Sagsøgte A/S** og **Sagsøgte ApS** frifindelsespåstand til følge.

Landsdommer Linde Jensen udtaler:

I den ovenfor beskrevne situation, hvor ingen af datterselskaberne havde en selvstændig økonomi, der tillod gennemførelse af de omhandlede valutaterminsforretninger, og hvor kapitaludvidelsen i Virksomhed A/S 1 og Virksomhed ApS 2, som Sagsøgte A/S foretog eller lod foretage henholdsvis den 5. december 2000 og den 27. november 2000, skete med henblik på i sammenhæng hermed sambeskatningsmæssigt at udnytte et konstrueret, risikofrit og påregneligt tab ved afståelse af aktier/anparter vedrørende de nævnte datterselskaber og i øvrigt efter tre år fra erhvervelsen af aktier/anparter skattefrit at realisere opnåede avancer efter de overskudsgivende valutaterminsforretninger i Virks. A/S 2 og Virks. ApS 1, finder jeg, at der foreligger en sådan udnyttelse af de dagældende regler i aktieavancebeskatningsloven, som efter en helhedsbedømmelse bør føre til, at Sagsøgte A/S opgjorte tab vedrørende aktierne i Virksomhed A/S 1 og anparterne i Virksomhed ApS 2 ikke bør tillægges skattemæssig realitet.

Jeg stemmer derfor for at tage Skatteministeriets principale påstande til følge og tilkende Skatteministeriet sagsomkostninger.

Der afsiges dom i overensstemmelse med stemmeflertallet.

Efter sagens udfald skal Skatteministeriet betale sagsomkostninger for landsretten til Sagsøgte A/S og Sagsøgte ApS som bestemt nedenfor. Beløbet er til dækning af udgifter til advokatbistand og indeholder moms. Der er ved fastsættelsen af beløbet, der fastsættes samlet for Sagsøgte A/S og Sagsøgte ApS, ud over sagens værdi taget hensyn til sagens karakter, omfang og varighed.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Sagsøgte A/S og Sagsøgte ApS frifindes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Skatteministeriet inden 14 dage betale i alt 250.000 kr. til Sagsøgte A/S og Sagsøgte ApS.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

— — —
Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 7. august 2012

Anonymiseret

overassistent