



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING



Beskatning af finansielle instrumenter

Kammeradvokaten 4. oktober 2013



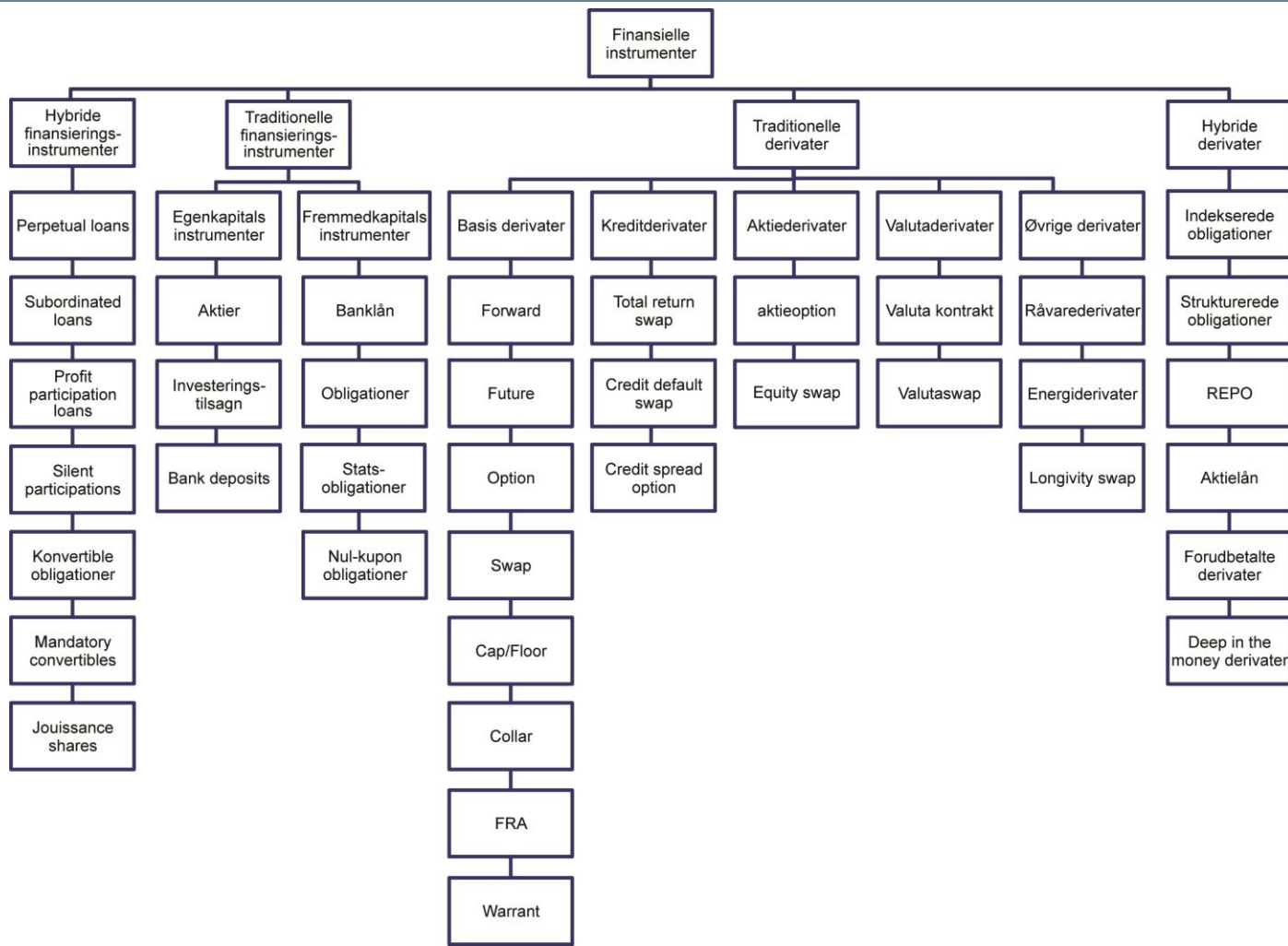
ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Agenda

- Traditionelle finansielle kontrakter
- Strukturerte fordringer
- Hybride finansielle
- Tax arbitrage

Finansiell begrepsdannelse



Beskatning af derivater

KGL §§ 29-33:

- § 29 – omfattede kontrakter
- § 30 – undtagne kontrakter
- § 31 – fradragsbegrænsning for selskaber
- § 32 – fradragsbegrænsning for personer
- § 33 – periodisering

Omfattede kontrakter

- Terminskontrakter
 - Gensidigt bebyrdende aftale om overdragelse af et aktiv eller en gældsforpligtigelse til en på forhånd fastsat pris, hvor opfyldelsen af kontrakten sker på et på forhånd aftalt tidspunkt, der ligger senere end aftaletidspunktet.
 - Forwardkontrakter og futures
- Købe- og salgsretter uden hensyn til det underliggende aktiv, medmindre andet følger af KGL § 30.
 - Køberet (Call option)
 - Salgsret (Put option)
- FRA
- Visse warrants

Strukturerede fordringer

Grundlæggende: En sammensætning af en traditionel 0-kupon obligation med en eller flere finansielle kontrakter, men hvor der er tale om ét samlet produkt.

- § 29, stk. 3 omfatter kun fordringer – derfor er det kun kreditor som kan omfattes.
- To kumulative betingelser
 - Reguleringskrav
 - Fordringen skal reguleres helt eller delvist i forhold til udviklingen i priser og andet på værdipapirer, varer og andre aktiver mv.
 - Karakterkrav
 - Reguleringen skal foretages efter en udvikling, der er af en karakter, som kan lægges til grund i en finansiell kontrakt

Undtagne kontrakter

Ingen betingelser

- Aftaler vedr. fast ejendom
- Tegningsretter omfattet af ABL
- Konverteringsretter til pengefordringer

Ingen modgående kontrakter

- Sædvanlige aftaler om levering af varer og tjenesteydelser samt valutakontrakter i forbindelse hermed

Leveringskrav Ingen afståelse

- Kurssikring
- Aftaler om afståelse af virksomhed

Leveringskrav, ingen afståelse og ingen modgående kontrakter

- Aftaler om køb og salg af aktier
- Valutakontrakter i forbindelse med køb og salg af værdipapirer

Undtagne kontrakter

LEVERING

- Afgrænses negativt overfor differenceafregning
- Salg og genkøb
 - Reelt ejerskab
 - Tidsmæssigt aspekt?
 - TfS 2010, 482 Ø
- Uudnyttet udløb
 - Efter 1999 (L169) er der ikke krav om faktisk levering

MODGÅENDE KONTRAKTER

- Deltagere?
- Ikke krav om samme mængde
 - Dvs. modgående den mængde, som både kan købes og sælges
- Ikke krav om samme pris
- Ingen praksis – formålsfortolkning
 - Undgå timingarbitrage

AFSTÅELSE

- Aftaleparterne forbliver de samme
- Ændring af væsentlige aftalevilkår (konkret vurdering)
 - Forlængelse af kontrakten
 - Vedtægtsændringer, som ændrer indholdet af aktieoption/indløsningsret
 - Påvirker ændringen værdien af den finansielle kontrakt?

Beskatning

Separationsbeskatning

- Beskatning er generel og symmetrisk
- Gevinster og tab på de omfattede kontrakter er skattepligtige uden hensyn til afregningsformen

Enhedsbeskatning

- Skattelovgivningens almindelige regler

Beskatning

Særligt om tab - fradragsbegrænsning

- KGL §§ 31 og 31A - selskaber
 - Aktiebaserede kontrakter
 - Kontrakter vedr. skattefri aktier
 - Kontrakter vedr. næringsaktier (ABL § 17)
 - Kontrakter vedr. realisationsbeskattede portefølje aktier (udvidet modregning)
- KGL § 32 – fysiske personer
 - Gælder generelt for tab på alle kontrakter
 - Gælder ikke for:
 - Kontrakter vedr. næringsaktier (ABL § 17)
 - Kontrakter med tilknytning til erhvervs-mæssig virksomhed
 - Aktiebaserede kontrakter (udvidet modregning)

Beskatning

Periodisering

- HR: Lagerprincippet
 - Gevinst/tab opgøres som forskellen mellem værdien ved indkomstårets udløb og værdien ved indkomstårets begyndelse.
- Værdien ved realisation
 - Terminskontrakter
 - værdien på afviklingsdagen
 - Købe- og salgsretter
 - afståelsessummen, hvis kontrakten afstås
 - værdien på udløbsdagen, dvs. den dag hvor kontakten udnyttes eller udløber uudnyttet

Værdiansættelse

Værdien af urealiserede kontrakter

- Markedsværdien ved indkomstårets udløb
 1. Børsnoterede kontrakter - giver sædvanligvis ikke anledning til problemer
 2. For ikke børsnoterede kontrakter er Ligningsmyndighederne berettiget til at foretage et skøn over værdien ved indkomstårets udløb

Værdiansættelse

Hvilke kriterier skal lægges til grund?

- Tilsvarende finansiel kontrakt med samme restløbetid
 - Likviditet
 - På baggrund af underliggende noteret aktiv
- Ingen doms- eller administrativ praksis

Aktuelle temaer

- Tilsyneladende få væsentlige udfordringer
- Praktiske udfordringer:
 - Modgående kontrakter i store porteføljer
 - Co2 kvoter/kreditter mv.
- Nye instrumenter?
- Domstolspraksis
 - Hvorfor er der så få sager?
 - SKM 2012.266 H (dispensation)

Hybride instrumenter

- **Karakteristik**
 - Ingen entydig terminologi
 - Karakteristik:
 - Finansieringsformer, der indeholder egenskaber fra såvel egenkapital som fremmedkapital
- **Drivers**
 - Udvidelse af finansieringspaletten, kapitalomkostninger, rating, solvens (hybrid kernekapital), regnskab, finansiering af M&A, skat
- **Typiske elementer, som oftest kombineres i ét instrument**
 - Konverteringsret (begge parter), konverteringspligt, tegningsret, uendelig eller lang løbetid (perpetuals/super maturity), overskudsafhængigt afkast, udskydelse af afkast (renter), interest caps, efterstillelse, indfrielse og rentebetaling mv. i aktier, forrang til udbytter og likvidationsprovenu.

Hybride instrumenter

- Kvalifikation af instrument og afkastet heraf
 - KomPLICERES af:
 - Forskelle i national ret
 - Vanskelig og i vidt omfang uafklaret kvalifikation og behandling efter:
 - EU-skattedirektiverne og
 - dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.
- Skatteplanlægning og arbitrage

Hybride instrumenter

- Hovedregel i international kontekst:
 - Udgangspunkt i almindelige skatteregler
 - Evt. suppleret af særlige regler for finansielle virksomheder eller særregler om arbitrage
- Modif.: Visse lande har indført specifikke regler
 - Danmark
 - Australien (2002)
 - Holland (2002, ophævet med reform i 2007)
 - UK (2005)
 - Tyskland (2007 og 2012)

Perpetual and Super maturity instruments

- Gæld med markant egenkapital præg (permanence)
 - Særligt anvendt som hybrid kernekapital i den finansielle sektor og af enkelte større aktører (DONG, Vattenfall m.fl.)
- Dansk skatteretlig behandling
 - LL § 6 B og KGL § 1, stk. 6 sikrer gældsbehandling i finansielle virksomheder (hybrid kernekapital)
 - Udstedelser uden for anvendelsesområdet?
 - Omdiskuteret; SKM antager, at der ikke er tale om gæld, mens Kammeradvokaten og litteraturen er uenige heri.

Perpetual and Super maturity instruments

- EU-direktiver
 - IRD Artikel 4, stk. 1 (d) giver eksplicit medlemsstaterne muligheden for at undlade at anvende direktivet for Perpetual og Super Maturity Debt.
 - Falder som udgangspunkt ikke under moder-/datterselskabsdirektivet
 - Formentlig kun omfattet, hvis faktisk behandlet som "distributed profit" i kildestaten.
- Dobbeltbeskatningsoverenskomster
 - Artikel 10 eller 11 i OECD-modellen?
 - Uklart hvilke kriterier der finder anvendelse: "the corporate rights test" eller "the debt claim test"?
 - Corporate rights test: Ikke udbytte.
 - Debt claim test: formentlig gæld.
 - Derfor formentlig rente efter artikel 11.

Profit participating loans

- Gæld med egenkapital karakteristika (udbyttegivende gældsbreve)
- Bredt anvendt i virksomhedshandler og andre situationer
- Dansk skatteretlig behandling
 - Gæld/fordring omfattet af kursgevinstloven (såvel udsteder som investor).
 - Som udgangspunkt vil en overskudsafhængig rente næppe falde under det snævre rentebegreb.
 - Overskudsafhængig rente på lån anses derfor i stedet for et kurstab/kursgevinst.
 - Opgørelse af kurstab medfører, at fradragsretten for udsteder reelt udskydes indtil faktisk indfrielse af lånet, hvis ikke lagerbeskatning.

Profit participating loans

- EU-direktiver
 - IRD Artikel 4, stk. 1 (b) giver eksplicit medlemsstaterne muligheden for at undlade at anvende direktivet for profit participating loans.
 - Falder som udgangspunkt ikke under moder-/datterselskabsdirektivet
 - Formentlig kun omfattet, hvis faktisk behandlet som "distributed profits" i kildestaten.
- Dobbeltbeskatningsoverenskomster
 - Art. 10 eller art. 11 i OECD MDBO?
 - Uklart hvilke kriterier der finder anvendelse: "the corporate rights test" eller "the debt claim test"?
 - Corporate rights test: Ikke udbytte, med mindre andre equity karakteristika opfyldes.
 - Debt claim test: formentlig gæld
 - Derfor formentlig rente efter artikel 11

Convertible bonds (optional and mandatory)

- Gæld med karakteristika
- Gæld kombineret med en warrant
- Stor udbredelse med forskellig begrundelse
- Dansk skatteretlig behandling
 - Optional convertibles
 - Investor: Aktieavancebeskatning, dog uden mulighed for skattefrihed som datter- og koncernselskabsaktier.
 - Udsteder: gæld
 - Tidligere diskussion om begrebsdannelse er atter relevant siden 2008, jf. TfS 2003, 113 LR

Convertible bonds (optional and mandatory)

- Mandatory & reverse convertibles?
 - Uklart før 2005
 - Omfattet af aktieavancebeskatningsloven fra 2005 til 2008
 - Atter uklart efter 2008.
 - Tidligere diskussion om warrant (tegningsret), option, terminskontrakt, fordring, aktie.....
 - LR tidligere fattet sympati for:
 - Tegningsret, hvor tegningsbeløbet er indbetalt på forhånd – dermed tilbage i ABL
 - TfS 2003.895 LR: Fransk ORA ikke en aktie
 - TfS 2009.67 SR: Anset for en fordring – men åbner for en konkret vurdering.

Convertible bonds (optional and mandatory)

- EU-direktiver
 - IRD Art. 4, stk. 1 (c) giver formentlig medlemsstaterne muligheden for at undlade at anvende direktivet for visse typer af konvertible obligationer.
 - Falder som udgangspunkt ikke under moder-/datterselskabsdirektivet
 - Formentlig kun omfattet, hvis faktisk behandlet som "distributed profits" i kildestaten.
- Dobbeltbeskatningsoverenskomster
 - Behandles generelt som renter i overensstemmelse med artikel 11 i OECD modellen.
 - Udbytteklassifikation kan ikke udelukkes for visse typer af mandatory convertibles.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Contingent convertibles

- Konvertibelt lån
- Konverteringspligt, såfremt solvensen i det udstedende selskab kommer under en given ratio

Skatteretlig behandling?

Warrantlån - optionslån

- Lån udstedt sammen med warrant eller optioner.
- Skatteretlig behandling
 - SKM2012.2.HR
 - Ikke fradrag for tab ved udnyttelse af warrants, idet opgjort adskilt fra KGL-opgørelsen.

Preference shares

- Aktier med gældskaraktetika
- Stor udbredelse med forskellig begrundelse
- Dansk skatteretlig behandling
 - Alt hvad der selskabsretligt kan konstrueres, skal formentlig anerkendes som aktiekapital i skatteretlig henseende.
 - Bemærkninger til Selskabsloven: meget bredt perspektiv.
 - Modif.: TfS 1985.324 LR (ikke anerkendt som udbytte – stemmeløse aktier, hvor udbyttet kunne beregnes på forhånd, akkumulerede udbytter skulle betales ved salg)
 - Seneste eksempel: SKM 2010.448 SR (datterselskabsaktier uden udbytteret, stemmeret).

Preference shares

- EU-direktiver
 - Omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, som ikke skelner mellem forskellige former for aktiekapital.
 - Alene undtaget, hvis der sker en national omkvalificering eller hvis der foreligger svig- eller misbrug.
- Dobbeltbeskatningsoverenskomster
 - Klart udgangspunkt er udbytte (artikel 10 OECD MDBO).
 - Ændres formentlig, hvis der er tale om aktier med tilbagesalgspflicht, hvis ret til udbytte og likvidationsprovenu er elimineret.

Redeemable Preference Shares

- En præference aktie, som giver indehaveren valgret til på et forud fastsat tidspunkt at vælge mellem at konvertere præference aktierne til "almindelige" aktier eller lade sig indløse.
- Fast udbytte?
- Ofte uden stemmeret
- Mandatory = ret og pligt til at indløse

- Skatteretlig behandling?

Hybrid kernekapital

- Tendens
 - Ændring i regler om hybrid kernekapital
 - Basel III (større krav til egenkapital og Tier 1 kapital)
- Skattemæssige overvejelser?
 - SKM 2009.67 SR tillader fradragsret uden ændret lovgivning
 - Betydning af konverteringsmulighed (pligt)?
 - Er der fradrag for alle typer hybrid kernekapital, som opfylder betingelserne under direktivet?

Skattearbitrage

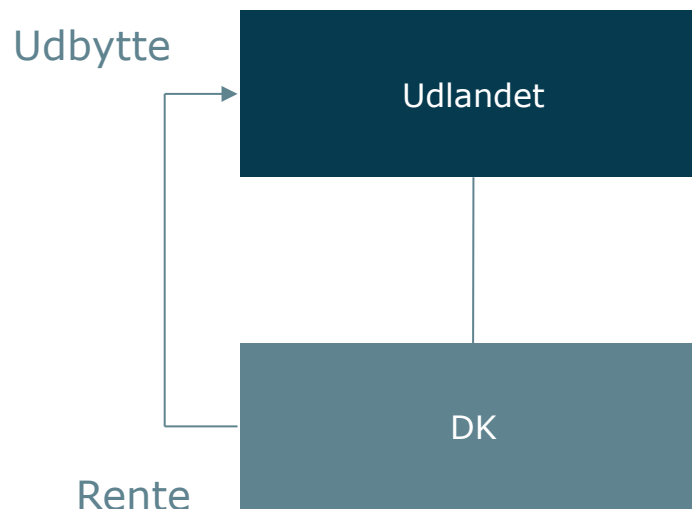
Modvirkning af skattearbitrage er et nyt stort emne inden for international skatteret

- BEPS-project, EU, OECD
- Danske værn
 - SEL § 2 B vedrørende indgående hybrid finansiering (2007)
 - SEL § 13 vedrørende udgående hybrid finansiering (2009)
- Andre lande med værn
 - UK, Tyskland
 - Stigende fokus i EU og OECD
- EU-ret og DBO'er?

Skattearbitrage

Indgående hybrid finansiering

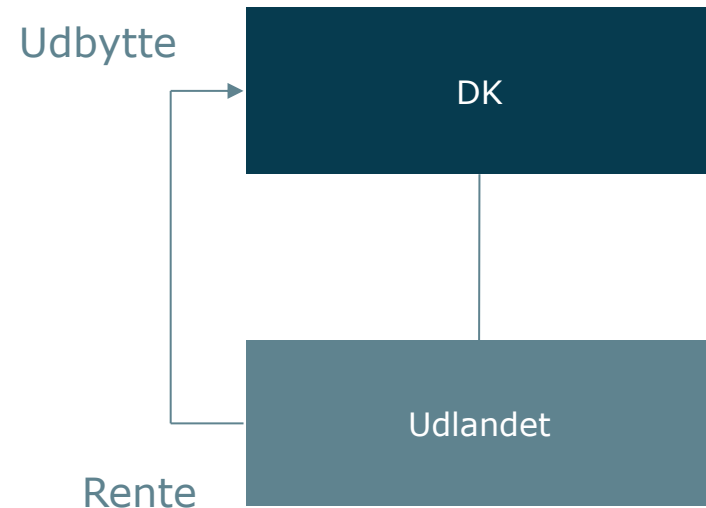
- SEL § 2 B
 - Ikke fradrag i DK, hvis behandling af instrument som EK i udlandet
- Formål:
 - Fjerne asymmetrisk beskatning, hvor fradrag i Danmark, selvom skattefrihed i udlandet.
 - På denne måde imødegås international skatteplanlægning med det formål at opnå et "gratis" fradrag.



Skattearbitrage

Udgående hybrid finansiering

- SEL § 13
 - Skattefrihed for udbytte gælder ikke, hvis det udbyttegivende selskab har fradrag for udlodningen, medmindre beskatningen af udbyttet er omfattet af bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF.



Skattearbitrage

- EU-konformitet af regler om skattearbitrage?
- JB i European Taxation 2010/10:
 - “It is concluded, that the scope of the Parent-Subsidiary cannot be narrowed on the basis of deductibility in the Member State of the paying company....[...].. A literal interpretation should prevail.
 - “...tax arbitrage does not, as a general rule, constitute an abusive practice...”
 - Der gælder samtidig måske et princip om, at kildestatens kvalifikation skal respekteres.
- JB i European Taxation 2013/11 og 2013/12

Udvalgt litteratur

- *Bundgaard*: Hybrid finansiering og international skatteret. Skat Udland 2006, at p. 959 et seq.
- *Bundgaard*: Perpetual and Super-Maturity Debt Instruments in International Tax Law, Derivatives & Financial Instruments, 2008, p. 126 et seq.
- *Bundgaard*: Cross Border Tax Arbitrage from Inbound Hybrid Financial Instruments curbed in Denmark by Unilateral Reclassification of Debt to Equity. Bulletin for International Taxation, 2008/1, p. 33 et seq.
- *Bundgaard*: Skattearbitrage & korrespondensprincip – Omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter, Skat Udland, 2007/ 7a, 237, p. 556 et seq.
- *Bundgaard*: Skatteretlige aspekter af kvoter og kreditter vedrørende drivhusgasser, Ugeskrift for Skat, 2008, p. 4501 ff.
- *Bundgaard*: Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and The Remuneration thereon Under EC Corporate Tax Directives. European Taxation 2010/10 og 11.
- *Bundgaard & Dyppel*: Profit Participating Loans in International Tax Law, Intertax 2010/12.
- *Bundgaard & Dyppel*: Overskudsafhængige lån – Om udformning, økonomiske rationaler og den mangelfulde skatteretlige regulering, Tidsskrift for Skatter og Afgifter, 2009.480.
- *Bundgaard*: Warrantlån og optionslån i dansk og international skatteret. TfS 2012.118
- *Bundgaard*: Konventionelle konvertible instrumenter (I) og (II), SR-Skat 2012, p. 266 ff og p. 341 ff
- *Bundgaard*: Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives – Part 1 and part 2, European Taxation 2010/10, p. 442 ff og 2010/11, p. 490 ff.
- *Bundgaard*: Hybrid Financial Instruments and Primary EU Law - Part 1 and Part 2, European Taxation 2013/11-12
- *Bundgaard*: Coordination Rules as a Weapon in the War against Cross-Border Tax Arbitrage – The Case of Hybrid Entities and Hybrid Financial Instruments, Bulletin for International Taxation, 2012/4-5, p. 200 ff.