

Skattearbitrage & korrespondensprincip – Omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter

Af lektor, Ph.d. Jakob Bundgaard, Copenhagen Business School, og director, Deloitte

Artiklen omhandler den nyligt introducerede SEL § 2 B til modvirkning af international skattearbitrage ved anvendelse af hybride finansielle instrumenter. Bestemmelsen indebærer en omkvalifikation af gæld til egenkapital – og hermed af renter og kurstab til udbytte. Artiklen redegør for betingelserne for at bringe SEL § 2 B i anvendelse, ligesom konsekvenser heraf analyseres.

Baggrund: Hybrid finansiering, skattearbitrage og dansk udlandsskattepolitik

Hybride finansielle instrumenter vinder udbredelse i disse år.¹ Dette gælder såvel i privat som offentligt regi.² Som der tidligere er redegjort for i dette tidsskrift, giver sådanne instrumenter anledning til adskillige vanskelige problemstillinger i den internationale skatteret.³ En af disse problemstillinger er anvendelsen af instrumenterne som led i international "skattearbitrage" eller "tax arbitrage".⁴ Skattearbitrage og heraf (i visse tilfælde) afledt double-non-taxation udgør væsentlige udfordringer og diskussionsemner i disse år inden for den internationale skatterets område.⁵ I en globaliseret verden, hvor landegrænser ikke længere udgør væsentlige hindringer for virksomhedernes aktiviteter, kommer national skatteret under pres. Nationale skatteregler varierer fra nation til nation, og denne variation kan selvsagt føre til såvel fordele som ulemper for skatteyderne og de enkelte stater. Flere lande har således valgt at lovgive direkte mod skattearbitrage i forbindelse med hybrid finansiering.⁶

I flere år har dansk udlandsskattepolitik indebåret, at den indenlandske behandling af visse grænseoverskridende forhold afhænger af den behandling, som det samme forhold undergives i udlandet.⁷ SEL § 2 B er for så vidt blot det seneste skud på stammen i denne udvikling. Med

lov nr. 344 af 18/4 2007 (baseret på L 110 B) blev SEL § 2 B således indført som et unilateralt værn mod international skattearbitrage ved anvendelse af hybride finansielle instrumenter. Bestemmelsen har virkning for renter, der påløber, og kursgevinster og tab, der realiseres, 31/12 2006 eller senere. Essensen er, at den danske skatteretlige behandling af hybride gældsinstrumenter fremover er forskellig, afhængig af hvilken skattemæssig behandling instrumentet er undergivet i udlandet.

Denne artikel omhandler det materielle indhold af SEL § 2 B. Derimod omhandler fremstillingen ikke samspillet med EU-retten, herunder moder-/datterselskabsdirektivet og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.⁸ Ej heller indeholder fremstillingen nærmere overvejelser om den almindelige skattemæssige behandling af hybrid finansiering uden for tilfælde af koncerntern skattearbitrage som omfattet af SEL § 2 B.

Artiklen er disponeret således, at formålet med SEL § 2 B undersøges i afsnit 2, mens afsnit 3 indeholder nogle generelle overvejelser om SEL § 2 B. I afsnit 4 analyseres, hvilke betingelser der skal være opfyldt for, at SEL § 2 B finder anvendelse. I afsnit 5 analyseres konsekvenserne ved, at SEL § 2 B kan finde anvendelse. I afsnit 6 vurderes kort, om de nye regler om koncerntilskud har ændret retstilstanden for hybrid finansiering med danske investorer. Endelig sammenfattes fremstillingen i afsnit 7, hvor der også præsenteres visse friere overvejelser om den omhandlede problemstilling.

2. Formålet med SEL § 2 B – korrespondensprincippet

Formålet med SEL § 2 B er at ophæve en asymmetrisk beskatning af visse hybride finansielle instrumenter.⁹ En sådan asymmetrisk beskatning opstår ved forskellig kvalifikation af instru-

mentet mellem de involverede lande, hvor instrumentet efter dansk ret opfattes som gæld med dertilhørende rentefradragsret, mens instrumentet i udlandet opfattes som egenkapital og afkastet dermed som udbytte, hvilket afhængigt af reglerne i investorstaten kan være skattefrit som datterselskabsudbytte.¹⁰

For at opnå dette mål baserer SEL § 2 B sig herved på et princip om, at dansk rentefradragsret forudsætter beskatning hos rentemodtageren i et andet land, hvilket udtrykkes indirekte ved, at instrumentet ikke må behandles som egenkapital efter udenlandske regler. Et sådant princip kan med inspiration fra tysk skatteretlig litteratur benævnes som et *“korrespondensprincip”*, jf. også artiklens overskrift.¹¹ Som det er fremgået ovenfor i note 7, er dette princip dog ikke nogen nyskabelse i dansk ret.

Det underliggende rationale har været genstand for skarp kritik, idet Danmark ved sådanne tiltag i realiteten påtager sig en unilateral skattekordinerende rolle eller en rolle som verdens skatteretlige politimand. En tilsvarende indsats ses (så vidt vides) ikke at blive gjort for at undgå uhensigtsmæssigheder som følge af forskellig kvalifikation i forskellige lande, herunder med dobbeltbeskatning til følge. Skatteministeren har hertil blot bemærket, at det er uhensigtsmæssigt, hvis et rentefradrag tillades i Danmark, mens modtageren af den modsvarende renteindtægt ikke beskattes heraf i udlandet grundet forskellig kvalifikation af det underliggende finansielle instrument, således at afkastet i udlandet opfattes som udbytte.¹² Endvidere har skatteministeren udtalt, at sådanne asymmetrier kan give anledning til skattearbitrage, og at international skatteplanlægning ved opnåelsen af “gratis fradrag” kan modvirkes ved en omkvalificering i medfør af SEL § 2 B.¹³

Det findes intet offentligtgjort materiale, der kan kaste lys over den egentlige bevæggrund for, at der netop nu skulle være behov for at indføre en sådan anti-arbitrage-regel i dansk skatteret.¹⁴ Ofte ses det, at introduktionen af værnsregler følger i kølvandet på én eller flere offentliggjorte sager, der i politisk sammenhæng kan tages til indtægt for eksistensen af såkaldte “skattehuller”. Baggrunden for at introducere SEL § 2 B netop nu kan måske være et udslag af den igangværende kontrolaktion mod udenlandske

kapitalfondes aktiviteter i Danmark, som har af-dækket en anvendelse af sådanne hybride finansielle instrumenter i et vist omfang.¹⁵ Hertil kommer, som nævnt, at hybride finansielle instrumenter udgør et emne af stor aktualitet i international sammenhæng, som har medført, at også andre europæiske lande (Storbritannien og Tyskland som centrale eksempler) har introduceret særlige regler til modvirkning af international skattearbitrage i denne forbindelse. Det er ikke utænkeligt, at regeringen blot har fundet det hensigtsmæssigt at følge trop. Endelig bør det politiske klima i Danmark fremhæves, hvor alle forhold, der ikke tidligere har været undergivet skatteretlig regulering, opfattes som et “skattehul”.

3. Generelt om SEL § 2 B

Den sjældent kortfattede formulering af SEL § 2 B lyder således:

“Stk. 1. Hvis et selskab eller en forening m.v. som nævnt i § 1 har gæld el. lign. til en person eller et selskab, som er hjemmehørende i udlandet, og fordringen m.v. efter udenlandske skatteregler anses for at være indskudt kapital, anses gælden m.v. ligeledes for at være egenkapital ved den danske indkomstopgørelse. 1. pkt. finder kun anvendelse, hvis den udenlandske person eller det udenlandske selskab har bestemmende indflydelse over selskabet, eller hvis selskaberne er koncernforbundne, jf. ligningslovens § 2.¹⁶

Stk. 2. Kvalifikation efter stk. 1 medfører, at selskabets rentebetaling og kurstab anses for at være udbytteudlodninger.

Stk. 3. Stk. 1 og 2 finder tilsvarende anvendelse på selskaber omfattet af § 2, stk. 1, litra a og b.”

Introduktionen af SEL § 2 B bekræfter det åbenbare, at der ikke i dansk skatteret allerede gælder et sådant princip i forhold til rentefradragsretten efter SL § 6 e, samt at finansielle instrumenter ikke kan omkvalificeres, blot fordi anvendelsen af disse resulterer i en skattebesparelse. Førstnævnte gælder selvom, rentefradragsrettens begrundelse formentlig skal findes i, at indkomst fra kapital skal beskattes, men kun én gang hos kreditor under anvendelse af et nettoprincip,

som samtidig resulterer i fradragsret hos debitor.¹⁷ SL §§ 4-6 skal derfor formentlig fortolkes sådan, at en reduktion af rentefradragsretten kræver særskilt hjemmel i skattelovgivningen, uanset om asymmetrier kan opstå, hvis modtageren af renteindtægten ikke beskattes.¹⁸

Bestemmelsen er direkte rettet mod hybride finansielle instrumenter, men der gives ikke i ordlyd eller forarbejder *eksempler* på, hvilke instrumenter der er tale om, og mellem hvilke lande der kan opstå sådanne instrumenter, der er kendetegnet ved forskellig skattemæssig kvalifikation, som er en forudsætning for SEL § 2 B. Den underliggende *definition* af hybride finansielle instrumenter fremgår derimod af bemærkningerne som: "*instrumenter kvalificeret som egenkapital i en stat og gæld i en anden stat*". Anvendelsen af denne brede definition blev kritiseret i høringsfasen, idet en vis retsikkerhed kan opstå som følge heraf.¹⁹ Skatteministeren afviste dog direkte at afklare definitionen, idet en sådan afklaring efter ministerens opfattelse vil føre til nye "skattehuller".²⁰

Fra en praktisk synsvinkel er det vigtigt at notere sig, at SEL § 2 B alene omhandler indgående gældsinstrumenter, som har udenlandske investorer og danske udstedere. Udgående instrumenter med danske investorer og udenlandske udstedere er ikke omfattet af bestemmelsen.

Straks nedenfor analyseres anvendelsesområdet for SEL § 2, hvilket forudsætter samtidig opfyldelse af en række betingelser, der kan udledes direkte af ordlyden af SEL § 2 B.

4. Betingelser for at anvende SEL § 2 B

4.1. Udsteder skattepligtig i Danmark

På baggrund af ordlyden af SEL § 2 B kan som den første betingelse for at anvende bestemmelsen være, at der skal være tale om et dansk skattepligtigt selskab, som er omfattet af SEL § 1. Der er ingen grund til at gentage kredsen af skattepligtige selskaber for dette tidsskrifts læserskare. Dog er der grund til at erindre, at en henvisning til SEL § 1 tillige omfatter udenlandske selskaber med *ledelsens sæde i Danmark*, jf. SEL § 1, stk. 6. Hertil kommer formentlig udenlandske selskaber inddraget under *frivillig international sambeskatning* i medfør af SEL

§ 31 A.²¹ Derimod er det endnu uklart, om SEL § 2 B vil blive anvendt i forhold til selskaber omfattet af CFC-reglerne i SEL § 32. Således er *CFC-selskaber* eksplicit udelukket fra anvendelsesområdet af visse andre værneregler uden nogen medfølgende forklaring herpå, og det synes ikke muligt klart at forudse skattemyndighedernes fortolkning i dette spørgsmål i mangel af autoritative retningslinjer herom.²²

I medfør af SEL § 2 B, stk. 3, finder bestemmelsen tillige anvendelse for udenlandske selskaber, som er begrænset skattepligtige til Danmark som følge af et *fast driftssted* her i landet, jf. SEL § 2, stk. 1 (a), eller på baggrund af *fast ejendom* i Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1 (b). Tilstedeværelsen af en sådan skattepligt skal fastlægges efter de almindeligt gældende principper herom og skal ikke omtales yderligere i denne sammenhæng.

SEL § 2 B finder dog ikke anvendelse for udenlandske *fysiske personer*, som er begrænset skattepligtige her til landet på baggrund af tilstedeværelsen af fast driftssted eller fast ejendom. På baggrund heraf vil den situation kunne opstå, at visse danske selskaber, som ejes af udenlandske fysiske personer, er omfattet af anvendelsesområdet for SEL § 2 B, mens dette ikke er tilfældet for faste driftssteder og faste ejendomme, der ejes af fysiske personer.

4.2. "Gældsforholdet"

Som en yderligere betingelse for at anvende SEL § 2 B skal ovennævnte selskab m.v. have "*gæld el. lign.*" til en udenlandsk kreditor med bestemmende indflydelse.²³ Som udgangspunkt er der næppe tvivl om meningen med denne betingelse. Således skal det hybride finansielle instrument kvalificeres som "gæld" efter de almindelige internretlige principper. Dette indebærer, at der skal foreligge gæld i overensstemmelse med kursgevinstlovens gældsbegreb. Afgørende er i denne forbindelse, at der består et *retligt krav på betaling i form af penge*. Forarbejderne til kursgevinstloven viderefører den gældsdefinition, der blev angivet i cirkulære nr. 134 af 29/7 1992, pkt. 4.²⁴ Efter den herskende opfattelse, er gældsbegrebet baseret på det civilretlige gældsbegreb.²⁵ I skatteretlig henseende opsummeres gældsbegrebet typisk: (1) som en retlig forpligtelse, (2) som er reel, (3) som

forpligter debitor til at tilbagebetale til overførte beløb, og som indebærer (4) en udveksling af løfter og betalinger mellem parterne.²⁶

Idet der gælder et princip om aftalefrihed ved indgåelse af finansieringsaftaler, kan vilkårene i forskellige låneaftaler variere med hensyn til løbetid m.v. Der er derfor på det juridiske plan også muligheder for at lave individuelt tilpassede finansieringsstrukturer, herunder hybrid finansiering. Der venter en vigtig skatteretlig opgave i at afdække den skatteretlige behandling og kvalifikation af de i praksis forekommende hybride finansieringsinstrumenter. Denne opgave skal ikke forsøges løst i denne artikel. I stedet skal det blot bemærkes, at en forudsætning for anvendelsen af SEL § 2 B selvsagt er en forudgående kvalifikation af et givent hybrid instrument som gæld i dansk skatteret. Denne opgave er dog ikke altid let at løse. Eksempelvis har det givet anledning til tvivl, om fraværet af aftalt indfrielsestid automatisk medfører, at der ikke kan være tale om gæld, idet forud fastsat indfrielsestidspunkt udgør et centralt kendetegn for gæld.²⁷ Endvidere er det uklart, hvorledes retsstillingen er for instrumenter, som indebærer tilbagebetaling med andre midler end penge (realdydelser). Dette spørgsmål er af stor betydning ved flere hybride finansielle instrumenter, som netop forudsætter tilbagebetaling i form af værdipapirer.²⁸

Flere typer af hybrid finansiering er hidtil i visse tilfælde blevet kvalificeret som gæld efter dansk skatteret. Dette gælder eksempelvis perpetual loans (uendelig løbetid),²⁹ supermaturity loans (meget lang løbetid), mandatory convertibles (konverteringspligter) og konvertible obligationer.³⁰ Idet kvalifikationen af disse typer af hybride instrumenter kan variere forskellige lande imellem, er der er risiko for, at de vil være omfattet af SEL § 2 B.

Med den yderligere henvisning i SEL § 2 B til "eller lignende", synes det ikke klart, hvad lovgiver har sigtet mod. Det fremgår hertil af bemærkningerne til L 110 B, vedrørende § 1, nr. 3, at begrebet "gæld eller lignende" skal forstås bredt som omfattende alle finansieringsalternativer, der behandles som gæld, hvilket vil sige, at der tillades rentefradrag eller kurstabsfradragret. Hvilke instrumenter, der hermed, ud

over gældsinstrumenter, haves i tankerne, er fortsat uklart.

4.3. Udenlandsk fysisk person eller selskab som investor, herunder bestemte indflydelse og koncernforbindelse

Den subjektive udstrækning af SEL § 2 B på investorsiden tager udgangspunkt i transfer pricing-reglerne, dog således at bestemmelsen alene omfatter grænseoverskridende forhold, og således at bestemmelsen ikke vedrører de tilfælde, hvor danske selskaber udøver bestemte indflydelse over udenlandske selskaber (med undtagelse af koncernforbundne selskaber efter LL § 2, stk. 2, jf. herom nedenfor).

Begrebet "bestemte indflydelse" er defineret i LL § 2, stk. 2, som direkte eller indirekte ejerskab til mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller retten til at råde over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i et selskab. Såvel udenlandske selskaber som fysiske personer er omfattet.

Ordlyden af SEL § 2 B omtaler såvel fysiske personer som selskaber som mulige bestemte aktionærer/kreditorer. Dette fortolkes af skatteministeren som også omfattende de af LL § 2 omfattede transparente enheder.³¹ Det synes dog rimeligt at rejse det spørgsmål, om der er hjemmel til en sådan fortolkning. En ordlydsfortolkning af SEL § 2 B i sammenhæng med LL § 2 kan føre til den konklusion, at SEL § 2 B alene indebærer en henvisning til LL § 2, stk. 2, vedrørende bestemte indflydelse, og stk. 3, vedrørende koncernforbundne selskaber, men ikke til LL § 2, stk. 1, som definerer, hvilke enheder der falder under den subjektive udstrækning af LL § 2, herunder transparente enheder. En modsat konklusion kan dog også nås, hvorefter der i SEL § 2 B kunne siges at være tænkt en generel henvisning til LL § 2 i sin helhed.

Spørgsmålet er i denne sammenhæng, om begreberne "selskab" (i SEL § 2 B) og "juridisk person" (i LL § 2) skal opfattes som værende identiske i skatteretlig henseende. Sidstnævnte er direkte i LL § 2, stk. 1, udvidet til også at omfatte transparente enheder. Derved er spørgsmålet nærmere, om begrebet "selskab" omfatter såvel selvstændige skattesubjekter som transparente enheder uden en specifik angivelse heraf i

loven eller dennes bemærkninger. Dette er særligt interessant i lyset af fortolkningen af LL § 2 i praksis forud for den nugældende formulering, idet personselskaber herefter ikke blev anset for at være omfattet af værnsreglerne i SKL § 3 B, LL § 2 og SEL § 11.³² Uanset udfaldet af en analyse af dette spørgsmål ville det være at foretrække, hvis lovgiver undlod at anvende forskellige begreber, hvis der faktisk sigtes mod identiske sagsforhold, idet en sådan uensartet be- grebsanvendelse medfører retsusikkerhed.

For så vidt angår *fysiske personer* er disse omfattet af såvel LL § 2 som SEL § 2 B. Herved er anvendelsesområdet bredere end det er tilfældet for reglerne om tynd kapitalisering, som eks- plicit undtager fysiske personer, som bestem- mende investorer.³³

Ved *bedømmelsen af bestemmende indflydel- se* skal medregnes aktier og stemmerettigheder, som besiddes af koncernforbundne selskaber, fysiske personer nærtstående, fonde og trusts stiftet af disse, jf. LL § 2, stk. 2. Endvidere skal medtages aktier og stemmerettigheder, der rådes over af andre deltagere i det danske selskab, og med hvem den långivende deltager har aftalt fælles udøvelse af bestemmende indflydelse over det låntagende selskab, jf. atter LL § 2, stk. 2.

Efter ordlyden omfatter SEL § 2 B tillige *koncernforbundne selskaber*. Koncernforbund- ne selskaber defineres i LL § 2, stk. 3, som juri- diske personer, hvori den samme kreds af delta- gere udøver bestemmende indflydelse, eller hvor der foreligger fælles ledelse mellem de del- tagende selskaber. Ved henvisningen til LL § 2 i SEL § 2 B synes anvendelsesområdet for sidst- nævnte at være bredere, end det umiddelbart kunne forventes. Således inddrages også *uden- landske datterselskaber til danske moderselska- ber* under bestemmelsens anvendelsesområde såvel i situationer, hvor det danske selskab ud- øver bestemmende indflydelse over det uden- landske selskab, som i situationer, hvor dette ikke er tilfældet. Den relevante test for uden- landske datterselskaber i henseende til SEL § 2 B er således, om der findes en fælles kreds af aktionærer i det danske selskab og det udenland- ske datterselskab, som ejer mere end 50 pct. af aktierne i begge selskaber eller råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i begge sel-

skaber, eller hvor der foreligger fælles ledelse mellem selskaberne. Uagtet dette bredere an- vendelsesområde for SEL § 2 B er der næppe tale om et forhold af stor praktisk betydning, idet anvendelsen af hybride finansielle gældsinstru- menter – udstedt af danske moderselskaber til disses udenlandske datterselskaber – ikke har den store udbredelse, når samtidig kravet om kvalifikationen af investeringen som indskudt kapital (egenkapital) i udlandet tages i betragt- ning.

4.4. Behandling af gældsinstrumentet som egenkapital i investors hjemland

Den sidste betingelse, der direkte kan udledes af ordlyden af SEL § 2 B, er, at gældsinstrumentet skal behandles som indskudt kapital (egenkapi- tal) efter udenlandske regler i den stat, hvor in- vestor er hjemmehørende. Hermed afhænger den danske skatteretlige behandling af hybride finansielle instrumenter af den skattemæssige behandling i andre lande, og korrekt selvangi- velse forudsætter således kendskab til den skat- teretlige kvalifikation af instrumentet i udlandet. Dette forhold blev omtalt under høringsproces- sen som et urimeligt krav.³⁴ Som svar herpå ud- talte Skatteministeren, at en sådan opgave ikke synes uoverstigelig, når der henses til det for- hold, at der er tale om koncernforbundne selska- ber (og hovedaktionærer kunne det tilføjes), samt at virksomhederne blot kan afstå fra at an- vende hybride finansielle instrumenter.³⁵

Det er relevant at undersøge, hvad der nær- mere forstås ved "*udenlandske skatteregler*" ved denne egenkapitaltest efter SEL § 2 B. I vis- se lande foretages afgrænsningen mellem gæld og egenkapital på baggrund af kriterier, der er udviklet i retspraksis (f.eks. USA), og beskat- ningen afhænger følgelig af de almindelige reg- ler om renter og udbyttebetalinger. Andre lande har indført specifikke regler, som indeholder en klar afgrænsning af finansieringsformerne – en såkaldt "bright-line test" (f.eks. Australien). At- ter andre lande har indført regler, som er direkte målrettet mod hybride finansielle instrumenter. Ordlyden af SEL § 2 B synes at rumme alle de nævnte mulige tilgange til problemstillingen. Det er dog usikkert, hvilke kendetegn fra den skattemæssige behandling af egenkapital der

skal være opfyldt, før egenkapitaltesten under SEL § 2 B er opfyldt.

Som det også fremgår af de generelle bemærkninger til L 110 B, har lovgiver klart haft en anvendelse af udenlandske participation eksemption-regimer i tankerne. Ligeledes kan udenlandske foreign tax credit-systemer også være relevante, hvis der betales selskabsskat i Danmark, hvilket udløser creditlempelse i udlandet. Hvis der derimod ikke er nogen lempelsesberettiget indkomst, hvilket kan skyldes manglende skattebetaling i Danmark grundet store fradragsberettigede renteudgifter, opnås der næppe en skattebesparelse på koncernbasis ved anvendelse af hybride finansielle instrumenter.

Ud over disse udbytterelaterede regler er det ikke klart, om også andre centrale regelsæt skal finde anvendelse i udlandet, før retsvirkningerne af SEL § 2 B indtræder. Det er således ikke helt klart, om egenkapitaltesten skal ses i sammenhæng med den egenkapitalbehandling, som SEL § 2 B foreskriver i Danmark for det udstedende selskab, der bliver ramt af omkvalificeringen, jf. SEL § 2 B, stk. 1 og 2. Som det antages nedenfor, er det mest nærliggende, at bestemmelsen skal forstås sådan, at SEL § 2 B er udtømmende for så vidt angår de skattemæssige konsekvenser ved omkvalifikationen. Idet spørgsmålet ikke er endeligt afklaret, overvejes det straks nedenfor, hvilke yderligere regelsæt der i udlandet kunne komme i betragtning. Et eksempel på sådan lovgivning er udenlandske paralleller til aktieavancebeskatningen. Det er således ikke klart, om det er en betingelse for at anvende SEL § 2 B, at kapitalgevinster på hybride finansielle instrumenter tillige skal behandles som afkast på indskudt kapital (egenkapital).

Spørgsmålet er endvidere, om den relevante udenlandske skattemæssige behandling af afkastet (udbytte) er et udslag af, at investeringen i udlandet anses for at være indskudt kapital. Det er således ikke utænkeligt, at det i visse lande foreskrives, at afkast fra visse hybride finansielle instrumenter anses for at være udbytte, uanset at instrumentet ikke som sådan generelt behandles som egenkapital/indskudt kapital.

Der synes ikke at være hjemmel til at håndhæve et *dobbelt positivt krav* fra de danske skattemyndigheders side om gældsklassifikation og

rentebeskatning hos den udenlandske investor, for ikke at der skal ske omkvalifikation af renter til udbytter hos den danske udsteder. En sådan fortolkning ville føre til en automatisk omkvalifikation af rentebetalinger til investorer hjemmehørende i visse skattefrie zoner eller konkret skattefritagne investorer, hvis de øvrige betingelser for at anvende SEL § 2 B var opfyldte. Ordlyden af SEL § 2 B støtter ikke en sådan fortolkning, hvorfor de danske skattemyndigheder i sådanne tilfælde må "nøjes" med at anvende reglerne om kildeskat på rentebetalinger eller reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11. SEL § 2 B skal dermed formentlig fortolkes som et *negativt krav* om, at det omhandlede instrument ikke må behandles som egenkapital efter udenlandsk skatteret, hvis instrumentet samtidig behandles som gæld efter danske skatteregler. Dette forhold uddybes nedenfor under pkt. 5.

Skillelinjen mellem gæld/egenkapitalinstrumenter og andre beslægtede finansielle instrumenter er ikke altid klar. Det forekommer således, at visse instrumenter, som anvendes i praksis, ikke afhænger af den skatteretlige behandling af gæld-egenkapital-beskatningsregimet i alle de involverede stater. Baseret på den vedtagne formulering af SEL § 2 B er der næppe tvivl om, at sådanne andre finansielle instrumenter, som meget vel kan blive anset for at udgøre gæld efter dansk skatteret, men eksempelvis opfattes som terminskontrakter, optioner, warrants, REPO'er eller helt andre finansielle instrumenter efter udenlandsk ret, ikke falder under anvendelsesområdet for SEL § 2 B.

Endvidere er det relevant at overveje betydningen for SEL § 2 B af, at der i udlandet er anvendt en såkaldt *bifurcation approach*, hvorefter instrumentet anses som delvis gæld og delvis egenkapital. I sådanne tilfælde opfylder instrumentet egenkapitaltesten efter SEL § 2 B, men kun delvist. En fornuftig løsning i sådanne tilfælde synes at være at overføre den udenlandske bifurcation-behandling til den danske omkvalifikation efter SEL § 2 B og hermed alene at gennemføre en omkvalifikation, der forholdsmæssigt svarer til den del af instrumentet, der anses for at udgøre indskudt kapital (egenkapital) efter udenlandske skatteregler. En sådan tilgang har endvidere en vis støtte i det af skatteministeren afgivne svar i bilag 2 til L 110 B, som omtales

nedenfor under pkt. 5. Uanset dette må det dog erkendes, at ordlyden af SEL § 2 B er klar, og at en *fuldstændig* omkvalificering synes at kunne komme på tale uden hensynstagen til den delvise gældsklassifikation i udlandet.

Fra en praktisk synsvinkel er det relevant at nævne, at visse problemer kan forventes at opstå, hvis *transparente enheder* er involverede som aktionærer i det danske udstedende selskab. I sådanne situationer kan det overvejes, på hvilket niveau i ejerstrukturen (hvis der findes flere niveauer) egenkapitaltesten skal opfyldes.³⁶ Skatteministeren besvarede ikke dette spørgsmål fuldstændigt, idet det blot blev anført, at der ved vurderingen skal tages hensyn til kvalifikationen hos *den enkelte deltager* i den transparente enhed.³⁷ I samme ministersvar blev det udtalt, at der skal anvendes en pro rata-omkvalificering, hvis et hybridt finansielt instrument alene bliver anset for at være egenkapital hos nogen af deltagerne. Det afgørende i denne forbindelse er efter ministerens opfattelse, hvorvidt den transparente enhed kan siges at udøve bestemmende indflydelse over det danske udstedende selskab. De praktiske forhold ved en sådan delvis omkvalificering er dog ikke omtalt nærmere.

Bedømmelsen af, om der foreligger et hybridt finansielt instrument efter SEL § 2 B, skal foretages på *tidspunktet for instrumentets udstedelse eller på tidspunktet for lovens ikrafttræden*.³⁸ Skatteministeren har i denne forbindelse udtalt, at det i tilfælde af investors flytning til en anden jurisdiktion i løbet af et indkomstår indebærer, at der på dette tidspunkt skal foretages en ny vurdering af SEL § 2 B's anvendelighed.

Der er givet en vis vejledning vedrørende *ansvarlig lånekapital* i forhold til egenkapitaltesten. Således blev skatteministeren anmodet om at bekræfte, at ansvarlig lånekapital ikke anses for at være egenkapital i medfør af SEL § 2 B.³⁹ Til dette svarede ministeren, at ansvarlig lånekapital fortsat anses for at være gæld, hvis dette i medfør af udenlandske skatteregler anses for at være en fordring, og at modtageren hermed bliver beskattet af afkastet som renteindtægter. Førstnævnte del af svaret er ikke overraskende. Sidstnævnte del af svaret er derimod overraskende og tilsyneladende uden støtte i loven og bemærkningerne hertil. SEL § 2 B tilvejebringer en helt specifik hjemmel til at omkvalificere

hybride gældsinstrumenter, hvis disse behandles som indskudt kapital i investors hjemland (negativt krav). Dette er dog ikke det samme som at sige, at instrumentet skal anses for at være gæld, og at afkastet heraf faktisk skal beskattes hos investor i udlandet som renteindtægter (dobbel positivt krav). Der synes at måtte en ændring af ordlyden til, hvis det ønskes at håndhæve et dobbelt positivt krav om samtidig gældskvalificering og rentebeskatning i en fremmed stat for at undgå dansk omkvalificering af instrumentet fra gæld til egenkapital.

5. Konsekvenser ved anvendelse af SEL § 2 B

På det overordnede plan virker SEL § 2 B som en effektiv hindring for anvendelsen af hybrid finansiering i grænseoverskridende forhold med sigte på skattearbitrage. Hvor stor en hindring for den generelle udbredelse af hybrid finansiering, dette får, er dog endnu uvist.⁴⁰

De skatteretlige konsekvenser af anvendelsen af SEL § 2 B fremgår direkte af ordlyden af bestemmelsens stk. 1, 1. pkt. Heraf fremgår, at gældsinstrumentet omkvalificeres til egenkapital for så vidt angår den danske indkomstopgørelse. Begrebet "egenkapital" anvendes dog ikke i almindelighed i dansk skatteret, og der ses kun få undtagelser til dette udgangspunkt.⁴¹ Ordlyden af SEL § 2 B er derfor på dette punkt ikke så klar, som det kunne forventes. På trods heraf har skatteministeren udtalt, at SEL § 2 B har betydning for alle andre bestemmelser i dansk skatteret, som anvender begrebet egenkapital, således at omkvalificeret gæld efter SEL § 2 B tillige skal anses for at være egenkapital i henhold til disse andre bestemmelser uden sammenhæng med SEL § 2 B i øvrigt.⁴² Det nævnes specifikt, at omkvalificerede gældsinstrumenter skal anses for at udgøre egenkapital ved anvendelsen af reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11 og den i stk. 3 indeholdte egenkapitaldefinition, uanset om SEL § 11, stk. 3, næppe efter sin ordlyd kan rumme omkvalificeret gæld. Det forekommer tvivlsomt, om skatteministeren ved en udtalelse under behandlingen af et lovforslag kan ændre fortolkningen af bestående lovgivning. Problemstilling er af principiel betydning, men udgør næppe en problemstilling af stor

praktisk betydning grundet den yderst begrænsede anvendelse af egenkapitalbegrebet.

Uvist af hvilken årsag har lovgiver valgt at udtrykke de samlede konsekvenser ved tillige i SEL § 2 B, stk. 2, at uddybe konsekvensen som foreskrevet i stk. 1. Det angives således, at omkvalifikationen medfører en skattemæssig behandling af rentebetalinger og kurstab som udbytte ved den danske indkomstopgørelse.

Baseret på ordlyden af SEL § 2 B, synes det mest nærliggende at antage, at bestemmelsen må antages at være *udtømmende for så vidt angår de konsekvenser*, der indtræder ved anvendelsen heraf.⁴³ Således er egenkapitalbehandling i skattemæssig henseende primært et spørgsmål om eventuel udbyttebeskatning og fradragsnægtelse for renterne eller kurstab på gæld. Hvis disse konsekvenser anses at udgøre essensen af SEL § 2 B, kunne man tale om en *partiel omkvalifikation*. Behandlingen af afkastet på hybride finansielle instrumenter som udbytte har således den umiddelbare konsekvens, at rentefradrag eller fradrag for kurstab ikke tillades, idet udbytter ikke er fradragsberettigede efter dansk ret.⁴⁴ En yderligere umiddelbar konsekvens er muligheden for, at begrænset skattepligt af udbyttebetalinger indtræder i stedet for potentiel kildeskat på renter og kursgevinster. Hermed sænkes kildeskatten i afkastet, idet der kan pålægges rentebetalinger og kursgevinster en kildeskat på 30 pct., jf. KSL § 65, stk. 1, mens satsen er 28 pct. for udbytter, jf. KSL § 65 D. Yderligere kan det påpeges, at betingelserne for at blive fritaget for kildeskat er forskellige alt efter, om der er tale om udbytter eller renter, jf. SEL § 2, stk. 1 (c), (d) og (h).

At omkvalifikationen indebærer en behandling som udbytte fremgår direkte af SEL § 2 B, stk. 2. Dog skal det fremhæves, at udbyttebegrebet i LL § 16 A ikke synes at kunne rumme omkvalificerede renter. Dette forhold blev skatteministeren gjort opmærksom på under lovbehandlingen.⁴⁵ Det lakoniske svar lød dog, at betalinger skal anses for at være udbytte og kan således være kildeskattepligtige i medfør af SEL § 2, stk. 1 (c).⁴⁶ Betingelserne for at ifalde denne skattepligt forudsættes læserne bekendt.

Læses SEL § 2 B i sammenhæng med SEL § 2, stk. 1 (c), må det antages, at der i flere tilfælde af omkvalifikation af gæld til egenkapital

ikke vil indtræde en samtidig kildeskattepligt for udbyttmodtageren i udlandet, idet denne vil opfylde ejerskabsbetingelsen med henblik på at udgøre et moderselskab i henseende til koncernterne udbytter. Hvis der dog er tale om, at moderselskabet er hjemmehørende uden for EU eller i en stat, med hvilken Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, vil kildeskattepligten indtræde. Det samme må være tilfældet, hvis SEL § 2 B anvendes på selskaber, som er concernforbundne efter den særlige definition i LL § 2, stk. 3, uden direkte ejerskab imellem selskaberne, idet kravet om direkte ejerskab til 10 pct. (15 pct.) i henhold til SEL § 2, stk. 1 (c), herved ikke vil være opfyldt i sådanne tilfælde.

Ovenfor er det anført, at ordlyden af SEL § 2 B må antages udtømmende at gøre op med konsekvenserne ved anvendelse af bestemmelsen. Hvis dette imidlertid skulle vise sig ikke at være en korrekt fortolkning, kan yderligere konsekvenser måske indtræde. Herved kunne man i stedet beskrive omkvalificeringen som en *fuldstændig omkvalifikation*. De mulige konsekvenser af en sådan forståelse af SEL § 2 B skal overvejes straks nedenfor. En yderligere konsekvens kunne således tænkes at være, at eventuelle kursgevinster på gælden måtte være skattefri for det danske udstedende selskab, hvis der ikke længere er hjemmel til at anvende KGL § 6. En sådan fortolkning er imidlertid usikker, idet ordlyden af SEL § 2 B, som nævnt, synes at være udtømmende ved angivelsen af de konsekvenser, der indtræder i form af behandlingen af renter og *kurstab* som udbytter. Skatteministerens fortolkninger af bestemmelsen lægger dog op til en bredere formålsfortolkning heraf, idet skatteministeren har fortolket bestemmelsen til at omfatte forhold, der ikke er direkte nævnt i ordlyden.⁴⁷

For så vidt yderligere angår den udenlandske investor findes der som bekendt ikke nogen generel hjemmel til at pålægge kildeskattepligt af aktieavancer ved afståelsen af egenkapitalinstrumenter udstedt af danske selskaber.⁴⁸ En mulig – men næppe korrekt – fortolkning er at anse alle realiserede kapitalgevinster som udbytte, hvorved kildeskattepligten kan indtræde. Samlet set er det dog min vurdering, at domstolene mest sandsynligt vil komme frem til, at konsekven-

serne ved anvendelse af SEL § 2 B er udtømmende angivet direkte i bestemmelsen.

De omfattede *betaling eller beløb*, som kan blive udsat for egenkapitalbehandling, er rentebetalinger, som faktisk betales, eller kurstab, som realiseres ved indfrielse af et hybridt finansielt instrument. I sidstnævnte tilfælde skal tabet opgøres i overensstemmelse med den generelle opgørelsesregel i KGL § 26. For så vidt angår førstnævnte fremgår det af ordlyden, at "rentebetalinger" skal behandles som udbytter. Dog er det ikke helt åbenlyst, om omkvalificeringen tillige indtræder for *akkumulerede rentebetalinger eller rentebetalinger, som tilgår hovedstolen*, og som måske ved indfrielse betales i form af aktier. Skattemyndighederne har i flere tilfælde anerkendt, at der også kan være tale om renter i sådanne tilfælde. Sammenholdt med LL § 5, stk. 4, medfører periodiseringsprincippet heri fradrag for renteudgifter, som ikke er afholdt. Spørgsmålet er således om sådanne renteudgifter i medfør af LL § 5, stk. 4, og SL § 6 e tillige skal anses for at være renteudgifter efter SEL § 2 B. Der er ikke meget tvivl i mit sind om, at de danske skattemyndigheder vil besvare dette spørgsmål bekræftende, hvorved rentefradraget kan nægtes. En sådan fortolkning har støtte i den almindelige forståelse af rentebegrebet, ligesom ikrafttrædelsesbestemmelsen til loven omtaler "påløbne" renter.

I de specielle bemærkninger til § 1, nr. 3, i L 110 B uddybes konsekvenserne ved anvendelse af SEL § 2 B yderligere. Således anføres det, at de oven for opregnede konsekvenser tillige gælder i forhold til de af Danmark indgåede *dobbeltbeskatningsoverenskomster*. Det anføres, at SEL § 2 B dermed sikrer symmetri mellem kvalifikationen efter dansk ret og udenlandsk ret. Den forskellige kvalifikation af gæld og egenkapital samt den forskellige behandling af renter og udbytter efter dobbeltbeskatningsoverenskomsterne har dog ikke nogen betydning i denne interne danske sammenhæng, idet de interne danske kildeskattebestemmelser i SEL § 2, stk. 1(c), (d) og (h) er formuleret sådan, at der opnås fuldstændig kildeskattefritagelse, hvis blot betalingen er omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, uanset om overenskomsten måtte tildele Danmark (som kilde-land) en delvis beskatningsret.

Det skal ikke i denne forbindelse undersøges nærmere, om denne unilaterale omkvalifikation indebærer folkeretsstridig treaty overriding. Det skal dog bemærkes, at Danmark med SEL § 2 B ikke påtvinger dobbeltbeskatning, men faktisk blot sikrer enkeltbeskatning. Dette forhold har netop spillet en rolle i de senere års diskussioner om double-non-taxation i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

6. Kort om hybrid finansiering med dansk investor og udenlandsk udsteder

Hovedsigtet med foreliggende artikel er at analysere SEL § 2 B. Dog synes det relevant at overveje, om den ligeledes nyligt vedtagne SEL § 31 D vedrørende skattefri/ikke-fradragsberettigede koncerntilskud påvirker den skattemæssige behandling af visse grænseoverskridende hybride finansielle instrumenter.⁴⁹

SEL § 31 D, stk. 1, medfører skattefrihed for modtageren af koncerntilskud, hvis der er tale om selskaber, som kunne være omfattet af sambeskatningsinstitutionen, jf. SEL § 31 C. Dette gælder dog kun, hvis tilskudsyderen direkte eller indirekte er moderselskab for tilskudsmodtageren, eller hvis tilskudsyderen og tilskudsmodtageren har fælles direkte eller indirekte moderselskab (søsterselskaber), jf. SEL § 31 D, stk. 1. Endvidere følger det af SEL § 31 D, stk. 2, at den generelle regel vedrørende koncerntilskud ikke finder anvendelse ved deklarerede udbyttebetalinger til aktionærerne. Dette gælder endvidere for andre udbytteudlodninger, jf. SEL § 31 D, stk. 2, 2. pkt. Sidstnævnte gælder dog efter ordlyden ikke, hvis betaleren opnår fradrag for betalingen efter udenlandske regler, hvorved betalingen i stedet vil være omfattet af SEL § 31 D, stk. 1 og stk. 6. Det følger endelig af SEL § 31 D, stk. 6, at koncerntilskud er skattepligtige hos en dansk modtager, hvis tilskuddet er fradragsberettiget hos det ydende selskab i udlandet. Det retspolitiske behov bag bestemmelsen udgøres af ønsket om at modvirke asymmetrisk beskatning ved tilladt fradrag efter udenlandske regler, mens den korresponderende indtægt ikke beskattes i Danmark. Herved ses endnu en gang en anvendelse af korrespondensprincippet.

Tilskudsreglerne og disses samspil med udbyttereglerne giver anledning til at overveje, om der herved ad bagvejen er indført særlige regler, der også gælder for hybride instrumenter udstedt i udlandet til danske investorer.⁵⁰ Således blev det af FSR under lovbehandlingen fremhævet, at

“...der synes indført en meget vid adgang til at omkvalificere udbytte til tilskud, fx. via anvendelsen af begrebet “tilskud til en indirekte aktionær”. I det hele taget får man indtryk af, at Skatteministeriet søger at indføre en pendant til den foreslåede SEL § 2 B via bestemmelsen i SEL § 31 D, sådan at, hvor der foretages betalinger til et dansk selskab risikerer disse betalinger at blive omkvalificeret fra udbytte til skattepligtigt tilskud. Hvis Skatteministeriet har til hensigt at ændre den eksisterende praksis med kvalifikationen af udbytte henholdsvis tilskud, bør det fremgå tydeligt af lovtæksten, ligesom det bør angives i forarbejderne.

Skatteministeriet bedes derfor dels give et klart svar på, om den eksisterende praksis med hensyn til kvalifikation af udbytte henholdsvis tilskud ændres, og såfremt der ønskes en ændring heraf, anmodes Skatteministeriet om en klar redegørelse for, hvad der fremover vil definere et udbytte henholdsvis et tilskud...⁵¹”

På trods af denne klare opfordring kom der ikke noget klart eller principielt svar fra Skatteministerien.⁵² Det skal derfor nedenfor undersøges, om SEL § 31 D kan ses som en pendant til SEL § 2 B, sådan som det er antaget ovenfor i FSR's høringssvar.

Først må det bemærkes, at SEL § 31 D, stk. 1, efter ordlyden alene finder anvendelse ved *tilskud*. I den forbindelse skal det selvsagt vurderes, om tilskud tillige kan rumme afkast fra hybride finansielle instrumenter, herunder udbytte. I bemærkningerne defineres tilskud alene negativt, idet det anføres, at SEL § 31 D kun finder anvendelse i egentlige tilskudssituationer.⁵³ Af sammenhængen, herunder ved omtalen af udbytte i SEL § 31 D, stk. 2, fremgår det, at lovgiver har tiltænkt tilskudsbegrebet også at omfatte udbytte. Som eksempler på udenlandske fradrag nævnes i bemærkningerne til SEL § 31 D, stk. 6, såvel koncernbidragsregler – med den svenske model som eksempel, – som tilskud, der

er fradragsberettigede.⁵⁴ Som det er fremgået ovenfor anser lovgiver tillige tilskudsbegrebet for at omfatte udbytte, hvorfor en henvisning til tilskud tillige kan rumme afkastet fra visse hybride finansielle instrumenter, som efter almindelige principper anses for at være udbytte. Dette gælder selv om det ikke eksplicit er nævnt, at sådanne omfattes af bestemmelsen.

I bemærkningerne til L 110 B er det anført, at skattereglerne vedrørende udbytte har *forrang* for SEL § 31 D, og at de almindelige udbytte-regler i LL § 16 A og SEL § 13 fortsat finder anvendelse.⁵⁵ En vis belysning af anvendelsesområdet fremkom endvidere i bilag 10 til L 110 A, hvor skatteministeren blandt andet udtalte, at hovedreglen vil være, at SEL § 31 D kun finder anvendelse på tilskud fra moderselskaber til datterselskaber (nedad i koncernen) og mellem søsterselskaber. *Deklareret udbytte* vil efter ministerens opfattelse *aldrig* kunne blive omfattet af SEL § 31 D, idet sådanne udbytte beskattes efter de almindelige udbytte-regler. For andre udbyttebetalinger gælder som udgangspunkt det samme, dog med den vigtige modifikation, at denne slags udbytte anses for at være tilskud og dermed skattepligtigt hos modtageren, hvis betaleren har fradrag for betalingen efter udenlandske regler.⁵⁶

Således kunne det anføres, at SEL § 31 D, stk. 1 og stk. 6, finder anvendelse, hvis en betaling, der efter danske regler anses for at være en udbytteudlodning, er fradragsberettiget efter udenlandske regler, og udlodningen i medfør af SEL § 31 D, stk. 2, ikke anses for at være deklareret. Konsekvensen heraf vil være, at udbyttet vil være skattepligtigt hos det modtagende danske selskab som et tilskud i medfør af SEL § 31 D, stk. 6, der i sig selv må antages at være en skattepligtsregel. Dette resultat følger af en fortolkning af SEL § 31 D på baggrund af dennes ordlyd og bemærkninger. Dog opstår tillige spørgsmålet, om SEL § 31 D kan forstås således, at denne bestemmelse på baggrund af ovenstående har forrang som *lex specialis* for SEL § 13, stk. 1(2) om skattefrihed for datterselskabsudbytte, blot fordi sådanne betalinger ikke er deklareret og samtidig indebærer fradragsret efter udenlandske regler.

Hvis denne fortolkning er korrekt, synes der at være tale om en uhensigtsmæssig retstilstand,

hvor Danmark ad bagveje har forsøgt at indføre en bestemmelse ad modum den tyske § 8b KStG. Det er uacceptabelt, at så centrale bestemmelser som LL § 16 A og SEL § 13, stk. 1(2) i visse (erkendt begrænsede) tilfælde sættes ud af kraft, uden at et sådant resultat direkte fremkommer af lovteksten, men alene ved en læsning af bemærkningerne til SEL § 31 D. Dette rejser følgelig også det retskildemæssige spørgsmål, om det på baggrund af bemærkningerne til en bestemmelse er muligt at tilsidesætte den klare objektive ordlyd af andre bestemmelser i lovgivningen. Om ikke af andre årsager kan en sådan fremgangsmåde kritiseres for ikke at medvirke til fremme af retssikkerheden i riget. Hertil kommer, at hybride finansielle instrumenter end ikke er nævnt i bemærkningerne til SEL § 31 D.

Endvidere bør det da være en overvejelse værd, om resultatet, hvorefter visse udbytter fra udenlandske datterselskaber fremover måske ikke vil være skattefrie, idet der er fradrag herfor i udlandet, og fordi betalingerne ikke anses for at være deklarerede udbytter, er i overensstemmelse med moder-/datterselskabsdirektivet. Dette samspil er tilsyneladende end ikke overvejet i forbindelse med indførelsen af SEL § 31 D. Det er således klart, at begrebet "distributed profits" i direktivets art. 1, 4 og 5 skal forstås bredt. Hermed kan visse betalinger være omfattet af direktivet, selv om disse ikke udgør deklarerede udbytter, og SEL § 31 D tiltager sig hermed forrang for direktivets skattefrihedsregel. Det er ikke endeligt afklaret, om dette er retmæssigt, men spørgsmålet bør i det mindste analyseres, før der lovgives.⁵⁷

Sidst, men absolut ikke mindst, kan der overvejes, hvorledes SEL § 31 D spiller sammen med den primære EU-ret. Som det blev fremhævet indledningsvist, er dette ikke temaet for foreliggende artikel. Blot skal det nævnes, at spørgsmålet har givet anledning til en vis debat i tysk skatteretlig litteratur.⁵⁸

7. Afsluttende vurdering

Med introduktionen af SEL § 2 B er der føjet endnu en interessant bestemmelse til dansk udlandsskatteret, som indebærer en intern dansk skatteretlig behandling, der er afhængig af den skatteretlige kvalifikation af hybride finansielle

instrumenter i andre stater. Hermed anvendes på ny et princip, der kunne benævnes "korrespondensprincippet".

Sigtet med denne artikel har været at redegøre for baggrunden for indførelsen af SEL § 2 B, betingelserne for at bringe bestemmelsen i anvendelse samt at afdække de skatteretlige konsekvenser heraf. Som det er fremgået ovenfor, kan der rejses flere fortolkningsspørgsmål vedrørende SEL § 2 B. Forhåbentlig vil flere af disse fortolkningsspørgsmål blive afklaret i fremtiden, om end det ikke kan afvises, at SEL § 2 B er indført for ikke at blive anvendt, men ganske enkelt for at afskrække virksomhederne fra at anvende hybride finansielle instrumenter til skattearbitrage.

Det har ikke været tanken med dette indlæg at analysere og vurdere de retspolitiske implikationer af den type lovgivning, som SEL § 2 B er udtryk for, herunder den stigende brug af korrespondensprincippet. Det er dog oplagt, at der netop heri venter en relevant opgave, som fortjener en nærmere analyse. Det er derfor ikke muligt på ovenstående grundlag at vurdere, om det samlet set er godt eller skidt, at vi nu har fået en sådan anti-arbitrage-bestemmelse specifikt rettet mod hybride finansielle instrumenter.

Indførelsen af SEL § 2 B forhindrer helt givet fremtidig anvendelse af finansieringsstrukturer, der sigter mod at opnå skattefordele gennem international skattearbitrage. Dog må det håbes, at lovgivningsmagten besinder sig og ikke fremover pr. definition antager, at finansiell innovation udelukkende er skattedrevet, og herved føler sig kaldet til at gribe yderligere ind over for nye finansielle instrumenter, som er drevet af forretningsmæssige ønsker og konkurrencemæssige behov for lavere finansieringsomkostninger, større finansiell fleksibilitet og bedre kreditratings m.v.⁵⁹ Hvis der således skabes et fjendtligt klima, kan det ikke udelukkes, at danske virksomheders finansieringsmuligheder bliver begrænset i forhold til de muligheder, der byder sig i andre lande. Og man behøver vel ikke at minde om, at det ikke er en selvfølge, at virksomheder ønsker at blive etableret i Danmark eller at fortsætte tilknytningen til landet. Derfor må det være en tanke værd, om "nul-huls"-politikken måske har taget overhånd som den endegyldige sandhed, især når der henses til, at selve defini-

tionen af et "skattehul" unægtelig er blevet udvandet de senere år. Det bør således tages i betragtning, at vi befinder os i en konkurrencesituation med andre stater om at tiltrække kapital m.v. Det kan i denne forbindelse nævnes, at eksempelvis Belgien har grebet det samme spørgsmål fundamentalt anderledes an, nemlig ved at tillade fradrag for egenkapital.⁶⁰ Hermed er der ikke længere noget incitament til at gældsfinansiere selskaberne, og en række komplicerede værnsregler kan undværes.⁶¹ Det seneste eksempel ses på Island, hvor der er fremsat forslag om at tillade fradrag for udbytter. En sådan alternativ og en mere reformvillig tilgang ville være forfriskende i dansk sammenhæng, hvor vores unilaterale harmoniseringsbestræbelser og utrættelige jagt på "huller" næppe løser de overordnede problemer, og måske i sidste ende skader landets konkurrenceevne og opfattelsen af lovgivningsmæssig stabilitet blandt udenlandske investorer.

Noter

- Der findes ingen internationalt anerkendt definition på hybride finansielle instrumenter. En mulig definition er, at der herved forstås instrumenter, som rummer økonomiske karakteristika, hvilke er inkonsistente med den klassifikation, der følger af instrumentets juridiske form, jf. *Duncan* i *Cahiers*, 2000a, p. 22 ff. Hybride finansielle instrumenter kan indeholde karakteristika, som er konsistente med mere end en klassifikation i mere end ét land, eller som ikke er konsistente med nogen kvalifikation overhovedet. Hybride finansielle instrumenter beskrives ofte som finansielle instrumenter, som indeholder såvel gældsegenskaber som egenkapitalegenskaber. Se *Nelken* (ed.): *Handbook of Hybrid Instruments*, 2000, *Mackenzie* i *JAFRA*, Vol. 1, Issue 1, 2006, p. 31, *Eberhartinger* i *Bischoff/Eberhartinger* (eds.): *Hybride Finanzierungsinstrumente*, 2005, p. 121 ff., *Connors & Woll*, 553 *PLI/Tax*, 2002, p. 175, *Coyle*: *Hybrid Financial Instruments*, 2002, p. 2, *Committee of European Banking Supervisors (CEBS)*: *Report on a quantitative analysis of the characteristics of hybrids in the European Economic Area (EEA)*, 2007, p. 6, *Eber-Huber* i *Hybrid Financing*, 1996, p. 8, *McCormick & Creamer* (eds.): *Hybrid Corporate Securities: International Legal Aspects*, 1987, p. 2.
- Et meget omtalt og markant eksempel på den europæiske scene er DONG's optagelse af et hybridlån på EUR 1,1 mia. i 2005. Se hertil DONG's kvartalsmeddelelse fra Q2 2005, tilgængelig på: http://www.dong-energy.com/NR/rdonlyres/EB880458-DFE9-4C04-9947-9070017BD5CD/0/050830_Kvartalsmeddelelse_2005_Q2_Presse_UK.pdf. Om baggrunden hedder det i meddelelsen: "...On 21 June DONG issued a bond loan and hybrid capital in the European capital market. The issuing of hybrid capital strengthens DONG's capital base and will, combined with the bond capital, be used to fund DONG's recent investments and acquisitions". Det hybride lån er efterstillet andre kreditorer og har en løbetid på 1000 år. Som følge af disse karakteristika blev lånet behandlet som 50 pct. egenkapital og 50 pct. gæld hos Rating-bureauerne. Samtidig balanceføres lånet som egenkapital, og de løbende betalinger behandles regnskabsmæssigt som udbytter.
- Se generelt om disse problemstillinger: *Bundgaard* i *SU* 2006, 12.
- International skattearbitrage er blevet defineret som: "...taking advantage of inconsistencies between different countries' tax rules to achieve a more favourable result than which would have resulted from investing in a single jurisdiction...", jf. *Rosenbloom*: *International Tax Arbitrage and the International Tax System*, 53, *Tax Law Review*, 2000, p. 137.
- Der redegøres ikke i denne artikel for rationalet bag indgreb mod skattearbitrage og de principielle problemstillinger, som skattearbitrage giver anledning til at overveje. Litteraturen herom er efterhånden omfattende, jf. eksempelvis: *Avi-Yonah* i *Bulletin* 2007, p. 130 ff., *Rosenbloom* i *Tax Law Review* 2000, p. 137 ff., *Ring* i *Boston College Law Review*, 2002, p. 102 ff., *Boyle* i *British Tax Review* 2005, p. 527 ff., *International Tax Review*, October 2006, p. 10 ff., og *Dell'Anese* (red.): *Tax Arbitrage and the Changing Structure of International Tax Law*, 2006.
- Se *Bundgaard* i *SU* 2006/12 for en oversigt over denne udvikling.
- På linje med introduktionen af SEL § 2 B vedrørende hybride finansielle instrumenter kan således ses: SEL § 2 A vedrørende dansk omkvalificering af anpartsselskaber ved udenlandsk transparens, LL § 5 G, vedrørende dansk fradragsnægtelse ved udenlandsk fradrag for samme udgift (double dip) og SEL § 2, stk. 1(d), 5-7 pkt. om bortfald af rentekildeskattepligt, hvis modtageren er undergivet en effektiv beskatning af renteindtægten. For så vidt ligger princippet også til grund for CFC-reglerne, idet essensen heraf er, at dansk beskatning indtræder, hvis beskatningsniveauet i udlandet er under et vist niveau. Se generelt herom *Michelsen* i *Festskrift til Mattson*, 2005.
- En sådan undersøgelse foretages selvstændigt og offentliggøres på et senere tidspunkt.
- Jf. de generelle bemærkninger til L 110 B.
- Jf. bemærkningerne til L 110 B, § 1, nr. 3.
- Jf. *Dörfler/Heurung/Adrian* i *DSiR* 2007, p. 514 ff.
- Se bilag 10 til L 110 B.
- Id.
- Se *Boyle* op.cit. vedrørende spørgsmålet om timing af indførelsen af indgreb mod skattearbitrage.

- 15) En sådan konstatering er dog ikke overraskende, henset til kapitalfondenes oprindelse i USA og Storbritannien, hvor hybride finansielle instrumenter er ganske udbredt.
- 16) I bilag 3 til L 110 B udtalte FSR, at ordlyden af SEL § 2 B efter det oprindeligt fremsatte forslag skulle ændres, idet en fordring pr. definition ikke kan udgøre egenkapital, men i stedet et aktiv. Denne kritik resulterede i den endelige version, hvorved formuleringen af SEL § 2 B, stk. 1, blev ændret fra "og fordringen m.v. efter udenlandske skatteregler anses for at være egenkapital" til "og fordringen m.v. efter udenlandske skatteregler anses for at være indskudt kapital".
- 17) Se *Hemmingsen* i SkatteOrientering 4.14., 1982, p. 5.
- 18) *Id.*, p. 5-6.
- 19) En mere passende definition af hybride finansielle instrumenter synes at måtte forholde sig til selve instrumentets økonomiske karakteristika (egenskaber der kendetegner såvel gæld som egenkapital) frem for at forholde sig alene til kvalifikationen af instrumentet i forskellige stater. Forskellen har næppe nogen retlig relevans, men på det principielle plan må også instrumenter, der ikke undergives forskellig skatteretlig kvalifikation, henregnes til hybride instrumenter, netop grundet de i instrumentet indeholdte vilkår.
- 20) Jf. bilag 2 til L 110 B. At anvende betegnelsen "skattehul" om denne situation, med manglende harmonisering af skatteregler, forekommer ikke overbevisende.
- 21) I henhold til SEL § 31, stk. 2, skal den skattepligtige indkomst under international sambeskatning opgøres som summen af den skattepligtige indkomst for hvert enkelt selskab omfattet af sambeskatningen, opgjort på baggrund af skattelovgivningens almindelige regler, og kun med de undtagelser, der gælder for sambeskattede selskaber. I forarbejderne til SEL § 31 A blev det udtalt, at principperne i SEL § 31 (vedrørende tvungen national sambeskatning) tillige skal anvendes ved international sambeskatning med de tilføjelser og undtagelser, der følger direkte af SEL § 31 A. Se bemærkningerne til lov nr. 426 af 6/6 2005 (L 121), ad § 1, nr. 16. Det er således nu direkte forudsat af lovgiver, at alle danske skatteretlige bestemmelser finder anvendelse ved opgørelsen af sambeskatningsindkomsten, medmindre en fravigelse herfra er direkte lovfæstet. Forud herfor har skatteministeren i adskillige sammenhænge udtalt, at udenlandske sambeskattede selskaber tillige skal anses for at være omfattet af SEL § 1, når en lovbestemmelse har henvist hertil, uanset om en ordlydsfortolkning ikke har givet støtte for en sådan fortolkning. Se eksempelvis bilag 21 og 39 til lov nr. 221 af 31/3 2004 og generelt om problemstillingen *Bundgaard* i TfS 2002, 1003.
- 22) Der kan således argumenteres for, at SEL § 2 B ikke er anvendelig, idet CFC-selskaber ikke er skattepligtige til Danmark i medfør af SEL § 1 eller § 2. Således fortolkes reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11 sådan, at disse ikke finder anvendelse for CFC-selskaber, jf. bemærkningerne til lov nr. 432 af 26/6 1998 (L 101), ad § 2 og LV S.I.3.2. Tilsvarende er CFC-selskaber ej heller nævnt i pkt. 2.1 i Dokumentationsvejledningen, som alene omtaler udenlandske sambeskattede selskaber. På den anden side kan der argumenteres for, at SEL § 2 B faktisk kan finde anvendelse for CFC-selskaber, idet det eksplicit i SEL § 32, stk. 5, er angivet, at CFC-indkomsten udgør summen af skattepligtige indtægter og kapitalgevinster samt fradragsberettigede udgifter og tab. I forarbejderne til denne del af CFC-reglerne er det nævnt, at dansk skattelovgivnings almindelige regler tillige finder anvendelse, og at sammenligningsindkomsten skal afspejle en dansk indkomstopgørelse. Se bemærkningerne til lov nr. 313 af 21/5 2002 (L 99). I medfør af dette udsagn kunne det tillige siges, at SEL § 2 B udgør en del af skattelovgivningens almindelige regler. Spørgsmålet er dog ikke endeligt afklaret.
- 23) Se nedenfor under afsnit 4.3. vedrørende kvalifikationen af kreditor og kontrolkravet.
- 24) Jf. bemærkningerne til lov nr. 439 af 10/6 1997 (L 194).
- 25) Jf. eksempelvis *Bundgaard* i Skatteretten 1, 2004, p. 545. Se eksempelvis om obligationsretlige låneforhold *Bryde Andersen: Enkelte transaktioner – Aftaleretten III*, 2004, p. 126, og *Bryde Andersen & Lookofsky: Lærebog i obligationsret I*, 2000, p. 107.
- 26) Se for den hidtil mest omfattende redegørelse *Ramskov: Intern selskabsomstrukturering*, 2001, p. 333 ff.
- 27) Jf. hertil Kammeradvokatens notat optrykt som bilag 92 til lov nr. 457 af 9/6 2004 (L 60).
- 28) Visse forfattere har således anført, at hvis der findes alternativer til kontantbetaling, så vil kravet alene være omfattet af kursgevinstloven, hvis kreditor har valgfrihed, jf. *Skouby m.fl.: Kursgevinstloven – en lovkommentar*, 2000, p. 37. En sådan fortolkning synes at påvirke såkaldte "mandatory convertibles" som i realiteten indebærer en konverteringspligt for kreditor.
- 29) Det erindres dog om disse instrumenter, at Skatteministeriet gentagne gange har nægtet at anerkende, at der er tale om gæld. Der findes dog særskilt hjemmel til at til-lade rentefradrag i LL § 6 B for en begrænset kreds af udstedere.
- 30) Sidstnævnte er bekræftet af skatteministeren, jf. bilag 2, til L 110 B.
- 31) Således udtalte skatteministeren i bilag 2 til L 110 B, at det i forhold til transparente enheder efter SEL § 2 B er afgørende, hvorvidt den transparente enhed kan siges at have bestemmende indflydelse over det danske selskab. Som det endvidere omtales nedenfor, udtalte skatteministeren tillige, at klassifikationen af hybride finansielle instrumenter i forhold til transparente enheder skal ske på pro rata-grundlag, hvis der anvendes forskellig kvalifikation blandt deltagerne i den transparente enhed.
- 32) Jf. herom i detaljer *Bundgaard* i SU 2006, 188.
- 33) Se herom *Bundgaard* i SU 2004, 209.
- 34) Jf. bilag 2 og 3 til L 110 B.
- 35) Jf. bilag 2 og 10 til L 110 B.
- 36) Dette spørgsmål blev rejst af DI under høringsprocessen, jf. bilag 2 til L 110 B.
- 37) *Id.*

- 38) Jf. bilag 2 til L 110 B.
- 39) Jf. bilag 3 til L 110 B.
- 40) Introduktionen af SEL § 2 B giver således corporate finance-økonomer god mulighed for at undersøge betydningen af skattemotivet ved virksomhedernes anvendelse af hybrid finansiering. En sådan undersøgelse er foretaget i Australien, hvor der for få år siden blev indført regler, som skulle modvirke skattearbitrage, jf. *Mackenzie* i JARAF, Vol. 1, Issue 1, 2006, p. 31 ff. Forfatteren konstaterer, at nok udstedes de tidligere skattedrevne instrumenter ikke mere, men der ses flere nye typer af instrumenter, som ikke er afhængige af en favorabel skattemæssig behandling. På denne baggrund antages det, at skat ikke er en primær driver ved anvendelse af hybrid finansiering, men derimod en sekundær driver efter regnskabsmæssig behandling, finansiel regulering og markeds præferencer.
- 41) Det primære eksempel er reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11, hvor egenkapital direkte er defineret som selskabets samlede aktiver fratrukket selskabets samlede gæld. Den eneste yderligere bestemmelse, der kan nævnes i denne henseende, er § 14 i tonnageskatte-loven vedrørende fat-capitalization af rederier. Begrebet defineres ikke direkte i bestemmelsen, men der henvises vedrørende værdien heraf til den regnskabsmæssige værdi og dermed antageligvis også den regnskabsmæssige definition.
- 42) Jf. bilag 2 til L 110 B.
- 43) Ovenfor er det kort diskuteret om denne fortolkning til-lige påvirker egenkapitaltesten vedrørende den skatte-mæssige behandling hos investor.
- 44) Jf. SL § 6 e contrario.
- 45) Jf. bilag 3 til L 110 B.
- 46) Jf. bilag 10 til L 110 B.
- 47) Jf. ovenfor under dette punkt vedrørende den afsmit-tende effekt for egenkapitalbegreber andre steder i skat-telovgivningen.
- 48) Jf. SEL § 2 e contrario. Det er uvist, om det ovenfor omtalte ministersvar, hvorefter omkvalificeret gæld skal anses for egenkapital i alle henseender, tillige indebærer, at instrumentet efter skatteministerens opfattelse udgør et instrument, der teoretisk set er falder under aktieavan-cebeskatningslovens anvendelsesområde.
- 49) Jf. lov nr. 343 af 17/4 2007 (L 110 A).
- 50) En sådan regel er netop indført som § 8b i KStG i tysk ret, jf. JStG 2007 og hertil eksempelvis *Kolruss* i Betriebs-Berater 2007, p. 467 ff., *Neumann* i GmbH-StB 2007, p. 112 ff., *Dörfler/Heurung/Adrian* i DStR 2007, p. 514 ff., og *Dötsch/Pung* i Der Betrieb 2007/1, p. 11 ff.
- 51) Jf. Bilag 3, til L 110 A.
- 52) Jf. svaret i bilag 10 til L 110 A.
- 53) Jf. bemærkningerne til § 1, stk. 29 i L 110 (som siden blev til L 110 A og L 110 B).
- 54) Jf. lovforslaget § 1, nr. 29.
- 55) Id.
- 56) Id.
- 57) Den lidet effektive "subject to tax-clause" i art. 2, stk. 1(c), kunne i denne forbindelse inddrages i analy-sen.
- 58) Se eksempelvis herom *Kolruss* i Betriebs-Berater 2007, p. 467 ff., og *Dörfler/Heurung/Adrian* i DStR 2007, p. 514 ff.
- 59) Der henvises herved til undersøgelsen omtalt i note 40, vedrørende skatteincitamentets betydning ved hybrid finansiering.
- 60) Se for en kort redegørelse herom *Bundgaard* i SU 2006, 12.
- 61) I USA har der gennem tiderne været fremsat lignende forslag et utal af gange i forskellige afskygninger. Den variant, der p.t. har mest vind i sejlene, går under navnet "COCA" eller "Cost of Capital Allowance"-system. Særligt *Kleinbard* har advokeret herfor, jf. Tax Notes, Jan. 3, 2005, p. 101 ff., og i Taxes 1989, p. 943 ff. Systemet indebærer, at alle virksomheder tillades et fradrag for den anvendte kapital. Fradraget er ens, uanset hvil-ken type kapital der anvendes og uanset kreditværdighe-den for udstederen.