



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING



Danmarks Skatteadvokater 2019 Afgrensning af lån i skattemæssig henseende

Overblik

- Oversigt over kapitaltilførselsmuligheder til selskaber
 - Gæld, egenkapital, tilskud, hybrid kapital etc.
- Hvor har gæld betydning i skatteretten?
 - Kursgevinstloven
 - Rentefradrag
 - Kildeskat på renter og kursgevinster.
 - Særbestemmelser – fx SEL § 11 etc.
 - Dobbeltbeskatningsoverenskomster ("The Corporate Rights Test" eller "The Debt Claim Test")
 - EU-direktiver
 - Afgrænsningsspørgsmål

Afgrænsning

- Hvorfor er afgrænsningen relevant?
 - Forskellige retsvirkninger
- Områder, hvor afgrænsningen er relevant
 - Lån eller egenkapital
 - Selskabsdeltagelse, personselskaber, stille selskaber, andelsselskaber (hensættelser), forrentning af kapitalindstående i I/S (ikke rente), tynd kapitalisering, etc.
 - Hybrid finansiering, herunder Hybrid Tier 1 capital – finansielle virksomheder
 - Lån eller tilskud
 - Nyere eksempler
 - Initial Coin Offerings (ICO)
 - Atypiske obligationer: f.x. Green Bonds

Gældsbegrebet

- **Obligationsret**

- En fordring på en pengeydelse.
- Aftale mellem en låntager og en långiver, hvorefter långiver stiller et kontant beløb eller en kreditfacilitet til låntagers disposition i en bestemt periode.

- **Gældsbegrebet i skattelovgivningen**

- (1) en retlig forpligtelse,
- (2) der er reel,
- (3) hvorpå der hviler en tilbagebetalingsforpligtelse samt
- (4) udveksling af løfter og ydelser mellem parterne.
- Stemmer overens med den civilretlige gældsdefinition.
- Konvertible obligationer.

Afkast på lån

- Renter eller kursgevinster
- Rente:
 - Sædvanlig sprogbrug.
 - Snævert rentebegreb.
 - Nominelle rente, dvs. renten beregnet i forhold til restgæld.
 - Ydelser, der
 - (1) er vederlag for rådigheden over et pengebeløb (lån),
 - (2) beror på en retlig forpligtelse,
 - (3) beregnes for en given periode som en bestemt procentdel af det i perioden til enhver tid til rådighed stillede nominelle beløb,
 - (4) erlægges eller modtages løbende (periodisk).
 - Ikke opfyldt => kursgevinst/kurstab.
 - Vederlag ved udbetaling af mindre låneprovenu end der tilbagebetales => kursgevinst/kurstab.
 - Valgfrihed? – Zero coupon etc.
 - Afkastets størrelse – LL § 2

Hybride lån - drivers

- Lån med egenkapitalkarakteristika
- Relevans
 - Drivers
 - Omkostninger
 - Rating
 - Solvens
 - Regnskab
 - Finansiering af M&A
 - Backdoor equity
 - Skat(te-arbitrage)

Hybride lån - afgrænsning

- Principper i dansk ret vedrørende afgrænsning af gældenegenkapital
 - Baseret på eksisterende regler (cubby hole approach)
 - Civilretlig formalitet
 - Udenlandsk ret (herunder regnskab) tillægges ikke betydning

- Momenter, som underbygger tilstedeværelsen af gæld:
 - Forfaldsdato.
 - Forfaldsbetingelser.
 - Ordinære ydelsesdatoer.
 - Om kreditor har ret til at gennemtvinge betaling af ydelser på lige fod med andre kreditorer.
 - Om det indskudte beløb forrentes og fyldestgøres på linje med øvrige kreditorer ved opløsning.
 - Om der er mulighed for at opnå lignende finansiering hos tredjemand.
 - Covenants og sikkerhedstillelse.

Selskabsdeltagelse

- Konkret vurdering baseret på aftalegrundlaget.
 - Formodning for lån, hvis offentligheden ikke orienteret.
 - Deltagelse i overskud - dog ikke afgørende.
 - Eksistensen af en rente
 - Lån kan ikke eksistere, hvis der er aftalt medejerskab til kapitalen i selskabet.
 - Deltagelse støttes af en ret til kontrol
 - Kontraktuel etikette – fokus på indhold.
 - Varighed/udløb? Lange lån peger mod deltagelse
 - Overdragelighed? Frihed taler for lån
- Er selskabsretlige kriterier afgørende?

Omkvalifikation

- Omkvalifikation af gæld til egenkapital
 - SL § 4-6?
 - LL § 2? - SKM 2012.92H + OECD TPG BEPS 8-10 Financial Transactions
 - LL § 3?
 - Værnsregler – omkvalifikation til udbytte
 - SEL § 2 D, LL § 16 E
 - Omkvalifikation af tilbagebetaling af gæld til maskeret udbytte

Omkvalifikation

- Omkvalifikation af egenkapital til gæld
 - Hittidig praksis – tilsidesættelse af selskabsretlige formaliteter
 - Fra elevatorsag til TopDanmark
 - TfS 1985.324 LR: Omkvalifikation af udbytte til rente – præferenceaktier – exemption efter DK/Irland DBO
 - Ingen stemmeret
 - Udbytte kunne beregnes på forhånd
 - Aktierne kunne sælges til pari
 - Akkumulerede udbytter skulle betales hvis aktierne blev solgt.
 - Kapitalen var forudbestemt til et lån til moderselskabet.

Lån contra tilskud

- Reduceret praktisk betydning i forhold til tidligere.
- Centralt, om bindende og ubetinget tilbagebetalingsforpligtelse.
- Tilskudsbetragtningen kræver, at ejendomsretten fra yder er opgivet => klare indicier, som indgår i en konkret samlet vurdering.
- Indicier:
 - Om et udlån har været opført som gæld i regnskaberne,
 - Om der er oprettet en låneaftale med vilkår om forrentning og afdrag,
 - Om debitor har haft negativ egenkapital og/eller negative driftsresultater på udlånstidspunktet,
 - Om debitor må anses at have haft en reel tilbagebetalingsevne, og
 - Om der faktisk er sket tilbagebetaling og forrentning.

Lån contra tilskud

- **Bevisbyrde**
 - Efter administrativ praksis er det skattemyndighederne, der har bevisbyrden for, at der i realiteten er tale om tilskud, hvis der efter parternes civilretlige aftale er tale om lån.
 - Modsat synes domstolspraksis at indebære, at det er skatteyder, der har bevisbyrden for, at der foreligger et lån, idet der ellers antages at foreligge et tilskud.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

JAKOB BUNDGAARD

MANAGING DIRECTOR
PROFESSOR, HONORARY PROFESSOR, M.SC., PH.D.

CORIT ADVISORY P/S
LYNGBY HOVEDGADE 17, 2. SAL
2800 KONGENS LYNGBY
DENMARK

WWW.CORIT-ADVISORY.COM

P: +45 40 42 22 84
E: JB@CORIT.DK