

Hvor mange gange skal man gentage noget tvivlsomt, før det bliver rigtigt?



Denne gang vil jeg sætte fokus på en meget generel problemstilling, hvor oplægget hertil kommer fra en meget konkret og særlig situation. Det generelle er, om en gentagen beskrivelse af en retstilstand fra Skatteministeriet som værende gældende ret kan ende med at udtrykke gældende ret, mens sandheden er, at dette er en tilsnigelse. Det konkrete er, hvornår et finansielt instrument kan anses som gæld i skattemæssig henseende, og hvornår ikke.

Baggrund

Reguleringen af finansielle virksomheders solvens udgør et komplekst område med mange vanskelige regler. Siden 1990'erne har den finansielle sektor udstedt såkaldt hybrid kernekapital, hvilket er yderligere forstærket med vedtagelse af de såkaldte Basel II and III accords og EU's Solvency projekt. Alle de tekniske detaljer er underordnede for den fortælling, der skal fortælles i det følgende. Et centralt element i fastlæggelsen af hybrid kernekapital er, at der skal være tale om kapitalindskud, som kan tillægges tilstrækkeligt mange egenkapital-karakteristika, for at indskudet kan anses for en kapital, der skal medregnes i forhold til solvensvurderingen. Man taler om en vis grad af permanens og tabsabsorptionsevne.

I 2002 blev der i dansk ret indført særlige regler om hybrid kapital for finansielle virksomheder. Under nærmere opregnede betingelser medregnes de hybride gældsinstrumenter til den ansvarlige kapital for pengeinstitutter, fondsmæglerselskaber, realkreditinstitutter og investeringsforvaltningsselskaber. Med andre ord er der altså tale om fremmedkapital, som efter særregler tillades medregnet som egenkapital.

Det er i lyset af disse rammevilkår, at der er opstået lån, som har uendelig løbetid (perpetual bonds), og lån med meget lang løbetid (millennium bonds eller super maturity bonds). Disse låntyper kan kombineres med andre særlige vilkår og er typisk efterstillet. På trods af løbetiden på papiret er det i praksis sjældent, at instrumenterne består så længe, idet der ofte sker førtidig indfrielse. Dette skyldes, at der ofte er tilknyttet en call-option for udsteder, som typisk kan udnyttes efter et antal år.

#Skatter #Selskabsret

Af

AFSAGT

Af Jakob Bundgaard, ph.d.,
managing director / CORIT Advisory,
professor / Aalborg Universitet og
adj.professor / Aarhus Universitet

Disse typer af finansielle instrumenter har spredt sig fra den finansielle sektor til erhvervslivet i øvrigt i form af særlige virksomhedsobligationer med nævnte kendetegn. For sådanne andre virksomheder ligger det væsentlige ønske i, at man gerne vil opnå, at den finansielle rating ikke nedvurderer selskabet og dermed dets mulighed for at opnå attraktive finansieringsvilkår. Ligeledes spiller det en rolle, hvorledes selskabets finansieringsstruktur tager sig ud fra et regnskabsmæssigt perspektiv.

For alle virksomhedstyper er det relevant at kende den skatteretlige behandling. Her samler interessen sig særligt om, hvorvidt der er rentefradrag for renterne på sådanne lån. Naturligvis vil man gerne kunne opfylde de solvens-, regnskabs- eller ratingmæssige krav til egenkapital, samtidig med at man kan bibeholde et skattemæssigt rentefradrag.

Dette spørgsmål har været genstand for nogen diskussion. Der er ikke i dansk skatteret taget generelt stilling til behandlingen af sådanne lån. Forud for introduktion af de særlige regler var det uafklaret, om nævnte hybride gældsinstrumenter udgør gæld i skatteretlig forstand. Tvivlen opstod som følge af, at debitor kunne siges ikke at have en forpligtelse til at betale gælden, idet der ikke er aftalt forfaldstid på gælden, og at debitor selv bestemmer, om, og i givet fald hvornår, gælden skal betales. Konsekvensen af, at der ikke skulle være tale om gæld, er, at der ikke er fradragsret for renter for debitor, idet en af rentebetingelserne er eksistensen af et gældsforhold.

At der er tale om gæld, er det helt overvejende synspunkt i litteraturen. Skatteministeren har imidlertid (kontinuerligt) fastholdt, at der ikke er tale om gæld. Det anføres således, at hybrid kernekapital ikke opfylder de almindelige betingelser for at være gæld, idet der ikke findes nogen retlig forpligtelse til at tilbagebetale gælden samt at forrente denne. Foranlediget af den tvivl, der under lovbehandlingen blev rejst, har Kammeradvokaten analyseret retstilstanden nærmere. I notatet fastslås indledningsvis, at hybrid kernekapital udgør gæld i civilretlig (lov om finansiel virksomhed) henseende. I obligationsretlig henseende adskiller hybrid kernekapital sig fra den almindelige definition af pengelån, idet der ikke er fastsat nogen forfaldsdato, og at lånebeløbet heller ikke forfalder på anfordring. Det konkluderes dog, at disse forhold ikke forhindrer, at man efter obligationsretlige regler ville opfatte forholdet som et lån med en egentlig bestående retlig gældsforpligtelse for debitor. Baggrunden synes navnlig at være aftalefrihedens valgfrihed med hensyn til udformning af låne- og afbetalingsvilkår. Der er således ikke tale om en ensidig gaveoverdragelse af en kapital. Kammeradvokaten finder, at tilbagebetalingsforpligtelse for debitor, uanset den manglende forud aftalte forfaldstid, må betegnes som reel, idet debitor alene kan frigøre sig fra forpligtelsen ved at indfri lånet krone for krone. Gælden forsvinder med andre ord ikke, selv om den teoretisk kan indestå evigt, hvis debitor aldrig tager initiativ til at indfri gælden. Kammeradvokaten lægger endvidere til grund, at skatterettens rentebegreb er styret af civilretten (retsfaktum), og at der ikke ses at være særlige skatteretlige forhold, der bevirker, at vi fjerner os fra dette udgangspunkt. Konklusionen lyder:

”... På baggrund af en samlet afvejning af de ovenfor anførte momenter og ikke mindst, fordi forholdet lovgivningsmæssigt betragtes som lån, finder jeg – med den usikkerhed, der følger af, at spørgsmålet skattemæssigt ikke tidligere er vurderet i teori eller praksis – at det ligger inden for rammerne af statskattelovens § 6, stk. 1, litra e, at anse kapitalinstrumenterne hybrid kernekapital og ansvarlig lånekapital uden fast løbetid som gæld i skattemæssig henseende, eller i hvert fald som låneforhold, der kan sidestilles med gæld, uanset den ubegrænsede løbetid på lånene. Det er derfor min opfattelse, at renter, der betales af disse instrumenter, må være fradragsberettigede for debitorselskaberne i medfør af statsskatteloven ...”.

Diskussionen blev efterfølgende mindre relevant for de finansielle virksomheder, idet der blev indført særregler, som sikrede den skattemæssige behandling som gæld.

Indførelsen af særregler

Der blev således indført skatteretlige særregler om hybrid kernekapital i 2004. Der blev dog ikke taget stilling til, hvorledes afkastet skal kvalificeres i de tilfælde, hvor særreglerne ikke finder anvendelse, og dette er fortsat tilfældet.

For de ikke-finansielle virksomheder har der sidenhen udviklet sig en praksis hos Skatterådet, hvor der tillades rentefradrag, men hvor dette er begrundet i, at der er indeholdt et incitament til førtidig indfrielse. Det lader således til, at Skatterådet i udgangspunktet har taget Skatteministeriets holdning til sig og derfor ikke anser perpetual og super maturity debt som gæld, medmindre der er indeholdt særlige (ikke uvæsentlige) incitamenter til førtidig indfrielse.

Som eksempler fra praksis kan nævnes SKM 2015.293 SR, SKM 2016.97 SR, SKM 2019.58 SR og SKM 2019.540 SR, hvor virksomheder – efter de almindelige skatteregler – har opnået fradrag for renter på obligationer med en løbetid på 1000 år. Skatterådet har i disse sager lagt afgørende vægt på, at lånene var forrentet på en sådan måde, at der var incitament til indfrielse på et forud fastsat tidligere tidspunkt inden for en overskuelig årrække, idet forrentningen herefter steg kraftigt.

Ophævelse af særreglerne

Skatteministeren har nu fremsat lovforslag, som skal ophæve de særlige regler, som gælder for den finansielle sektor, jf. Lovforslag L 22 2019. Om forslagens baggrund anføres det, at Europa-Kommissionen (Kommissionen) som led i en undersøgelse af særregler i medlemsstaterne vedrø-

Emnet har interesseret mig i længere tid, og til de særligt interesserede kan jeg henvise til min udførlige behandling i min bog fra 2016: Hybrid Financial Instruments in International Tax Law - A Study of International Tax Law Issues arising in the context of Innovative Financial Instruments on the Debt-Equity Continuum, Kluwer law

Jakob Bundgaard

rende hybrid kernekapital har fundet, at de danske regler kan medføre en positiv forskelsbehandling af den finansielle sektor, som kan udgøre statsstøtte, der ikke er forenelig med EU's statsstøtteregler. Den foreslåede ophævelse skal bidrage til at sikre, at der ikke kan rejses tvivl om, hvorvidt reglerne vedrørende hybrid kernekapital er forenelige med EU-retten.

Konsekvenserne af ophævelsen

Konsekvensen af ophævelsen anføres som følgende: "Den foreslåede ophævelse indebærer tillige, at investorers renteindtægter fra hybrid kernekapital m.v. udstedt af finansielle virksomheder skal behandles efter de almindelige skatteretlige regler. Som en konsekvens af den foreslåede ophævelse foreslås det endvidere at ophæve regler om, at gevinster og tab på hybrid kernekapital m.v. behandles efter kursgevinstloven. Herefter vil gevinster og tab skulle behandles efter de almindelige skatteretlige regler.

Med den foreslåede ophævelse vil en eventuel fradragsret for renteudgifter på hybrid kernekapital m.v. bero på de almindelige skatteretlige regler for rentefradrag, hvilket allerede er tilfældet for ikke-finansielle udstedere.

Den skattemæssige behandling af finansielle udsteders løbende betalinger fra hybrid kernekapital m.v. vil således – som tilfældet i dag er for løbende betalinger fra virksomheder, der udsteder gældslignende instrumenter, der ikke opfylder kravene i ligningslovens § 6 B, herunder kravet om, at den udstedende virksomhed skal være en finansiell virksomhed – bero på de almindelige skatteretlige regler, herunder praksis fra Skatterådet, jf. afsnit 2.1. En løbende betaling, der skattemæssigt ikke kan anses for en rente, kan ikke fradrages i den skattepligtige indkomst efter statsskattelovens § 6, stk. 1, litra e.

Af dette må forstås, at de finansielle virksomheder mister det hidtidige rentefradrag, idet statsstøtteproblematikken ellers næppe ville forsvinde. Det anføres tillige: "Gældende ret giver derfor ikke mulighed for, at ikke-finansielle udstedere kan opnå fradrag for udgifter på instrumenter svarende til hybrid kernekapital m.v."

Denne beskrivelse af gældende ret lægger sig således i slipstrømmen af tidligere udtalelser fra vekslede skatteministre (om end nok de samme embedsmænd), hvorefter gæld med uendelig eller meget lang løbetid ikke kan anses for at udgøre gæld i skatteretlig henseende. Dette synspunkt er mindst blevet fremsat i tre forskellige lovforslag (2004, 2007 og nu i 2019) på trods af Kammeradvokatens udførlige analyse fra 2004.

Det er min opfattelse, at der findes gode argumenter for at modsig Skatteministeriets opfattelse. For det første er det helt oplagt at henvise til Kammeradvokatens vurdering, som må tillægges en vis retskildeværdi som forarbejder til 2004-loven. Desuden har Skatteministeriets fortolkning nogle utilsigtede effekter, herunder at kassekreditter ikke kan anses for at udgøre gæld i skattemæssig henseende. Desuden ville gevinster på perpetual bonds blive anset for at udgøre skattefri formuegoder i medfør af SL § 5a. Der er derfor gode holdepunkter for at antage, at indførelsen af

de særlige regler i 2004 med henblik på at sikre den skattemæssige behandling af hybrid kernekapital for finansielle virksomheder, ikke har betydning for behandlingen af andre udstedere uden for denne branche, og at der ikke i historikken ligger noget, som gør, at ophævelsen af disse specifikke regler

per automatik fører til, at de finansielle virksomheder de facto mister deres rentefradrag. Det er således min opfattelse, at man trods ministerens tydelige tilkendegivelse fortsat ville have gode argumenter for at fradrage en renteudgift på lån med uendelig og meget lange løbetider.

Tilbage til spørgsmålet i overskriften. Dette kan ikke besvares. Selvom Skatteministeriet vedholdende har forfægtet det synspunkt, at der ikke kan være tale om gæld ved de her omhandlede lånetyper, er dette efter min vurdering ikke korrekt, og i det mindste omgærdet af betydelig tvivl. Det er således i mine øjne ikke en loyal gengivelse af gældende ret, som lægges frem, og man kan få den mistanke, at der er tale om en automatisk tilbagevenden til den mest restriktive fortolkning, og at man ikke kunne lide det svar, man fik i 2004 fra Kammeradvokaten. Fortolkningen har tilsyneladende også smittet af på Skatteforvaltningen, som så vidt vides forfægter et tilsvarende standpunkt i ligningen. Hertil kommer, at Skatterådet tilsyneladende også indtager dette synspunkt i sine afgørelser.

Hvis dette spørgsmål på et tidspunkt bliver til en skattetvist, skal det blive interessant at se Kammeradvokaten procedere mod sin egen udførlige analyse fra 2004. Problemstillingen viser tillige, at lovgivningen oftest er dårligt rustet til at håndtere nye fænomener inden for rammerne af gammel og utidssvarende lovgivning. De hybride instrumenter er et godt eksempel på dette. X