

Hørings svar – L233

Skatteministeriet

lovgivningoekonomi@skm.dk

SPL@skm.dk

j.nr. 2018 – 6654

Lovforslag L233 til ændring af ligningsloven og kursgevinstloven (Ophævelse af visse regler om beskatning af renter og kursgevinster og -tab på hybrid kernekapital m.v.)

Med det fremsatte lovforslag L233 ophæves ligningslovens § 6B og kursgevinstlovens § 1, stk. 5 og stk. 6, hvorefter fradragsret for renteudgifter på hybrid kernekapital m.v. beror på de almindelige skatteretlige kriterier for rentefradrag. Tilsvarende indebærer forslaget, at investorers renteindtægter og gevinster og tab på hybrid kernekapital m.v. skal behandles efter de almindelige skatteretlige regler.

Lovforslaget, uanset at det nu er bortfaldet i forbindelse med udskrivelse af folketingsvalg, giver anledning til en række væsentlige principielle spørgsmål, jf. nedenfor både af relevans for de berørte finansielle virksomheder, men også for øvrige ikke-finansielle virksomheder m.v., hvad enten de er investorer eller udsteder af kapital med tilsvarende vilkår, som gælder for hybrid kernekapital eller supplerende kapital.

Da lovforslaget efter et folketingsvalg uanset udfaldet af dette må forventes genfremsat som følge af forslagets EU retlige baggrund om uforenelig statsstøtte, er nedenstående spørgsmål fortsat aktuelle og bør efter vores opfattelse indgå/besvares i forbindelse med det lovforberedende arbejde ved en genfremsættelse.

En række af spørgsmålene er endvidere, uanset om lovforslag ikke måtte blive genfremsat, aktuelle for ikke-finansielle virksomheder, der ønsker at udstede kapital med vilkår, der svarer til hybrid kernekapital.

1 PROVENU

En ophævelse af ligningslovens § 6B og kursgevinstlovens § 1, stk. 5 og stk. 6 skønnes at medføre et umiddelbart offentligt merprovenu på ca. 230 mio. kr. i 2019 og 460 mio. kr. fra 2020 og frem.

SPØRGSMÅL 1

Hvorledes fremkommer dette merprovenu, er der tale om beløb, der alene kommer fra reducerede rentefradrag på hybrid kernekapital, eller indgår der andre elementer i beløbene, og med hvilke beløb indgår andre elementer?

SPØRGSMÅL 2

Er merprovenuet opgjort med forventning om, at renteudgifter på alt udstedt hybrid kernekapital vil blive omfattet, således at der ikke skønnes at være renter på hybrid kernekapital, der kan fradrages efter de almindelige regler?

Vi skal her henvise til kammeradvokatens notat af 30. marts 2004 om den skattemæssige behandling af hybrid kernekapital og ansvarlig lånekapital i finansielle virksomheder, hvor Kammeradvokaten konkluderede:

"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 hybridkernekapital 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"

Kammeradvokaten foreslår samtidig en præcisering af denne retstilstand, som dannede baggrund for indførelsen af ligningslovens § 6B og kursgevinstlovens § 1, stk. 5 og stk. 6 i 2004.

SPØRGSMÅL 3

Er kammeradvokatens notat og vurdering indgået i provenuvurderingen, og skal det skønnede provenu tages som udtryk for, at Skatteministeriet ikke er enig i kammeradvokatens vurdering?

2 HVORNÅR FORELIGGER DER SKATTEMÆSSIG GÆLD?

Det fremgår af lovforslag:

"Hvis debitor ikke har en forpligtelse til på et forud aftalt tidspunkt at tilbagebetale et beløb, der er modtaget fra kreditor – idet der ikke er aftalt et forfaldstidspunkt, og debitor selv bestemmer, hvornår tilbagebetaling skal ske (i modsætning til gæld, der ifølge aftalen forfalder til betaling på kreditors anfordring) – foreligger der ikke gæld i skatteretlig forstand. Derfor vil løbende betalinger ikke være renter, idet en betingelse for at anse en betaling for en rente er, at den underliggende aftale skal indeholde en retlig forpligtelse til at betale en gæld"

En finansiell virksomheds kapitalgrundlag består af kernekapital (egentlig kernekapital og hybrid kernekapital) og supplerende kapital.

Den hybride kernekapital er karakteriseret ved at have uendelig løbetid, hvor instituttet, men ikke investor, på nærmere vilkår har ret, men ikke pligt til at indfri kapitalen efter en fastsat årrække.

2.1 Sparekassers garant(i)kapital

SPØRGSMÅL 4

Skatteministeriet anmodes om at redegøre for den skattemæssige behandling af sparekassers garantikapital, herunder garantikapital, der medregnes som ansvarlig kapital, og om lovforslaget har nogen betydning for skattepligtige sparekasser, herunder for sparekassers mulighed for at fradrage renteudgifter på garantikapitalen?

Der kan bl.a. henvises til skatterådsafgørelse i SKM2009.288. Her ansås garantikapitalen som en fordring efter kursgevinstlovens almindelige regler, uagtet at garantikapitalen ikke havde nogen løbetid, og at ingen garant var forpligtet til at lade garantikapitalen indløse, og ingen havde krav herpå, hvilket i øvrigt er sædvanlige vilkår efter sparekassernes vedtægter.

Der kan endvidere henvises til pkt. 50 i cirkulære 1988-11-07 nr. 136 "Om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v.", hvoraf fremgår:

"Sparekassers renteudgifter vedrørende den indbetalte garantikapital kan fratrækkes ved indkomstopgørelsen, da garantikapitalen betragtes som en gæld, der påhviler sparekassen"

SPØRGSMÅL 5

Hvordan adskiller hybrid kernekapital sig skattemæssigt fra sparekassernes garantikapital, og indgår der i provenuvurderingen en ophævelse af sparekassernes fradrag for renter på garantikapital?

2.2 Supplerende kapital

Den supplerende kapital er karakteriseret ved at have et forfaldstidspunkt, eks. efter 5 år, men skal konverteres til aktier eller nedskrives, såfremt instituttet ikke overholder solvenskravet eller på anden måde er nødlidende eller Finanstilsynet vurderer, at der er nærliggende risiko for, at instituttet ikke opfylder solvenskravet.

SPØRGSMÅL 6

Kan Skatteministeriet bekræfte, at supplerende kapital med ovenstående karakteristika skattemæssigt kan behandles som gæld efter de almindelige regler i kursgevinstloven?

Vi kan bl.a. henvise til, at gæld, hvor kreditor kun kan søge sig fyldestgjort med værdien af pantsatte aktiver (non-recourse lån), også anses for gæld efter kursgevinstloven, jf. bl.a. byretsdom i SKM2010.42, hvor følgende lånevilkår lå til grund:

"Sagsøgeren havde optaget et lån på 4 mio. kr. hos långiver, og af det samtidig med lånet udstedte gældsbeholdning fremgik bl.a., at sagsøgeren til sikkerhed havde håndpantset de aktier, som delvis var erhvervet for de lånte midler, at sagsøgeren ikke hæftede personligt for lånets tilbagebetaling, idet

alene aktierne skulle tjene til sikkerhed for lånet, og at der ikke skulle betales ordinære ydelser på lånet, men at lånet skulle forrentes og afdrages, i det omfang de pantsatte aktier blev solgt, eller der skete indfrielse af aktierne eller ved udbetaling af udbytte på aktierne"

Vi kan endvidere henvise til vestrelandsretsdom i TfS1999.664, hvor "villkorat aktieägartillskott" til et svensk datterselskab også skattemæssigt skulle behandles som lån:

"Et dansk selskab havde i 1984 erhvervet et datterselskab i Sverige. Datterselskabet havde i de følgende år underskud og var ude af stand til at betale moderselskabet for vareleverancerne. Datterselskabets regnskabsmæssige resultat i årene 1984-1988 var negativt, hvorved også dets egenkapital blev negativ. Ifølge svensk selskabsret var moderselskabet herefter forpligtet til at yde "aktieägartillskott", og der blev tilført betydelige beløb i "villkorat aktieägartillskott", som fremkom ved, at datterselskabets gæld for vareleverancer blev betragtet som egenkapital, hvorved det svenske datterselskab opfyldte lovgivningens krav til aktiekapitalen. Landsretten fandt, at tilgodehavendet, der var konverteret til aktieägartillskott, måtte anses som lån"

3 RENTEUDGIFTER PÅ SUPPLERENDE KAPITAL

SPØRGSMÅL 7

Er der fradragsret efter statsskattelovens § 6, stk. 1, litra e for betalte renteudgifter på supplerende kapital (når denne forudsættes behandlet som gæld), hvor renterne er forud fastsat som en % af den supplerende kapital samt forfalder på et forud aftalt tidspunkt, men hvor forrentningen bortfalder helt eller delvist,

- (i) hvis instituttets solvens falder til et bestemt niveau, eller hvis dette måtte blive besluttet af Finanstilsynet eller
- (ii) instituttet diskretionært kan beslutte dette, f.eks. hvis instituttet i en periode ikke har udloddet udbytte, eller hvis instituttet af hensyn til instituttets finansielle og solvensmæssige situation skønner dette nødvendigt?

SPØRGSMÅL 8

Hvis de betalte renteudgifter ikke opfylder den skattemæssige rentedefinition, vil betalte renter så skulle behandles som et kurstab efter kursgevinstloven, når den supplerende kapital kan anses som gæld efter kursgevinstloven?

4 SKATTEMÆSSIG BEHANDLING AF PROVENU FRA HYBRID KERNEKAPITAL

SPØRGSMÅL 9

Hvorledes skal instituttet beskattes af modtaget provenu ved udstedelse af hybrid kernekapital, når det lægges til grund, at der hverken er tale om skattemæssig gæld eller provenu ved udstedelse af aktier?

Til baggrund kan oplyses, at den hybride kernekapital / kapitalbeviser både handles på regulerede og OTC markeder, og således udgør et værdipapir for investor.

Det kan ligeledes udledes af lovforslagets bemærkninger, at statsskattelovens § 5, stk. 1, litra a, hvorefter der er skattepligt, hvis der foreligger spekulation, kan finde anvendelse, hvilket forudsætter, at der er tale om et formueaktiv, der hverken er omfattet af kursgevinstloven eller aktieavancebeskatningsloven.

SPØRGSMÅL 10

Er provenuet skattepligtigt hos instituttet efter statsskattelovens § 4, når der hverken er tale om skattemæssig gæld eller provenu ved udstedelse af aktier?

Vi kan her henvise til højesteretsdom i SKM2009.706, hvorefter:

"Et selskab havde tilført kapital til et polsk datterselskab, med hvilket det var sambeskattet. Der var ikke herved sket en forhøjelse af aktiekapitalen. Kapitaltilskuddene var sket under iagttagelse af polske regler for "additional capital payment", hvorefter aktionærene på grundlag af vedtægterne og en beslutning taget på en generalforsamling kan indskyde kapital, uden at der udstedes aktier til gengæld herfor, og uden at dette udløser indkomstbeskatning for selskabet. Datterselskabet gjorde gældende, at der i en situation, hvor kapitalindskud er sket efter fremmed ret, foreligger en øget grad af fortolkningsfrihed. Datterselskabet henviste til, at indbetalingen havde karakter af indskud af selskabskapital og anførte til støtte herfor, at formålet med "additional capital payments" er at forøge reservekapitalen, samt at indskuddet ikke tilgår resultatopgørelsen, men blev posteret på balancen, ligesom det gjorde gældende, at sådanne indskud kun under visse betingelser kan tilbagebetales. Datterselskabet gjorde i fortsættelse heraf gældende, at "additional capital payments" har store lighedspunkter med indbetaling af selskabskapital til overkurs. Højesteret lagde til grund, at det forhold, at der foretages indskud i selskaberne efter de polske regler om "additional capital payments" uden samtidig aktieudstedelse, ikke kunne begrunde en indskrænkende fortolkning af [statsskattelovens § 4](#) eller en udvidende fortolkning af [selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 1](#). Højesteret kunne heller ikke tiltræde selskabets subsidære anbringende om, at der forelå et lån. Højesteret tiltrådte herefter, at tilskuddet blev beskattet efter de dagældende regler for kapitalindskud"

SPØRGSMÅL 11

Hvis kapitalprovenu må anses for skattepligtigt hos instituttet efter statsskattelovens § 4, bør man vel udvide selskabsskattelovens § 13, stk.1, nr. 1, således at en skattefri overkurs også omfatter kapitalindskud uden udstedelse af aktier, når der udstedes omsættelige kapitalbeviser som betaling for kapitalindskuddet?

SPØRGSMÅL 12

Kan kapitalprovenuet (når der ikke er tale om gæld) anses for betaling i henhold til en finansiel kontrakt (option) efter kursgevinstlovens § 29, når den giver investor ret til / mulighed for at modtage løbende betalinger fastsat som en fast eller variabel procent af den udstedte hybride kernekapital?

Der kan bl.a. henvises til SKM2012.370, hvor Skatterådet anså erhvervelse (investering) af en overskudsandel for en finansiel kontrakt, uanset om erhvervelsen skete direkte fra det selskab, der skulle betale overskudsandelen eller erhvervelsen skete fra en "mellemand", der i så fald også skulle beskattes af avance/tab efter reglerne for finansielle kontrakter.

Der kan endvidere henvises til rente-swaps, hvor man eks. bytter en fast rente til en variabel rente, der også beskattes som finansielle kontrakter.

Ved hybrid kernekapital (uden fastsat løbetid) "bytter" man det udstedte beløb / investeringen til en fremtidig betalingsstrøm i form af renter, der både kan være variabel og fast og med en ukendt løbetid.

Efter vores opfattelse har hybrid kernekapital, når denne ikke kan anses for gæld, alle samme karakteristika som en finansiel kontrakt. Kapitalprovenuet må således anses for en optionspræmie på en fremtidig betalingsstrøm i form af løbende betalinger (med usikker varighed), der er beregnet som en fast eller variabel procent af en referenceramme, som her er størrelsen af den hybride kernekapital, og hvor optionen samtidig har indbyggede vilkår, hvorefter de løbende betalinger kan nedsættes eller helt bortfalde, og hvor instituttet har ret til på nærmere vilkår at tilbagekøbe optionen. Beskatning som finansiel kontrakt betyder samtidig, at kapitalprovenuet ikke er skattepligtigt efter statskattelovens § 4.

SPØRGSMÅL 13

Kan kapitalprovenuet, når der hverken foreligger en gæld eller finansiel kontrakt, anses som led i en gensidig bebyrdende aftale om overdragelse af et formueaktiv i form af likvider mod vederlæggelse i form af en løbende ydelse efter ligningslovens § 12B?

§ 12B

Udgør en løbende ydelse helt eller delvist vederlag i en gensidigt bebyrdende aftale om overdragelse af et eller flere aktiver, gælder reglerne i stk. 2-11, såfremt aftalen er indgået den 1. juli 1999 eller senere. Der er tale om en løbende ydelse, når der hersker usikkerhed om enten ydelsens varighed eller ydelsens årlige størrelse, når ydelsen løber ud over aftaleåret. Er beskatningen af den løbende ydelse reguleret i anden lovgivning, er det dog de deri fastsatte bestemmelser, der finder anvendelse.

Løbende ydelser efter ligningslovens § 12B omfatter betaling for overdragne aktiver, hvor betalingen ikke kan anses for gæld, eks. fordi betalingerne strækker sig over en årrække og ikke på forhånd kan opgøres til et fastsat minimumsbeløb.

Hvis der hverken foreligger skattemæssig gæld eller en finansiel kontrakt, synes det nærliggende, at ligningslovens § 12B finder anvendelse, da en løbende betaling fastsat som en fast eller variabel procent af den udstedte hybride kernekapital må anses for vederlag i en gensidig bebyrdende aftale om overdragelse af aktiver i form af likvider, og hvor der hersker usikkerhed om enten ydelsens varighed eller ydelsens årlige størrelse.

SPØRGSMÅL 14

Ændrer det på besvarelsen af spørgsmål 13, såfremt investor overdrager obligationer i stedet for likvider til en værdi af eks. 100 mio.kr. imod udstedelse af hybrid kernekapital / kapitalbeviser, der giver investor ret til / mulighed for at modtage løbende betalinger fastsat som en fast eller variabel procent af den udstedte hybride kernekapital?

Vi henviser her til SKM2007.418, hvor der forelå en løbende ydelse efter ligningslovens § 12B ved overdragelse af obligationer.

5 BESKATNING AF RENTER M.V. PÅ HYBRID KERNEKAPITAL**SPØRGSMÅL 15**

Kan renteudgifter, jf. nærmere under spørgsmål 12 og 13, anses som betalinger på en finansiel kontrakt efter kursgevinstlovens § 29 eller på en løbende ydelse efter ligningslovens § 12B, når der ikke foreligger gæld efter kursgevinstloven?

Hvis NEJ kan renteudgifter for en bank anses for en fradragsberettiget driftsomkostning efter statskattelovens almindelige omkostningsbegreb?

Vi henviser her til SKM2009.53.SR med besvarelse af en række spørgsmål vedrørende bankers udstedelse af statslig hybrid kernekapital, herunder den skattemæssige behandling af tilsagnsprovision. Den omhandlede tilsagnsprovision udgjorde hverken en rente eller kurstab på gæld, men en fradragsberettiget driftsomkostning efter statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a.

SPØRGSMÅL 16

Er en udenlandsk investor begrænset skattepligtig af renter på hybrid kernekapital efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, pkt. 4, når der hverken er tale om udbytter, renter eller afdrag på lån?:

"Skattepligten omfatter endvidere indkomst i form af løbende ydelser hidrørende fra en sådan virksomhed eller fra afståelsen af en sådan virksomhed, når ydelserne ikke er udbytte, afdrag på et tilgodehavende, renter eller royalties"

Begrænset skattepligt indtræder således normalt, når en udenlandsk person eller selskab er berettiget til løbende ydelser m.v., hvad enten ydelserne beløbsmæssigt er faste (f.eks. faste årlige ydelser i en periode med usikker varighed) eller reguleres på baggrund af virksomhedens overskud eller omsætning m.v.

SPØRGSMÅL 17

Har det nogen betydning for svaret på spørgsmål 16, om den udenlandske investor i forvejen er aktionær i det udstedende selskab, herunder en kontrollerende aktionær, hvor der er tale om et ikke-finansielt datterselskab, der har udstedt kapitalen med vilkår svarende til hybrid kernekapital?

Hvis renter på kapital med vilkår svarende til hybrid kapital (arms-length) ikke er undergivet begrænset skattepligt, vil det kunne være et incitament til at udstede tilsvarende kapital fremfor egentlig aktiekapital for herved at reducere dansk udbytteskat, hvor den kontrollerende aktionær er hjemmehørende i et ikke DBO-land.

Det fremgår samtidig af lovbemærkningerne, at der med lovforslaget ikke længere vil kunne opstå begrænset skattepligt af renter på kontrolleret gæld, da der ikke er tale om renter. Da der heller ikke er tale om udbytte på aktier, vil der efter vores opfattelse heller ikke være dansk udbytteskat.

6 OVERGANGSBESKATNING

Hybrid kernekapital (såvel fordringer som gæld), som den 30. juni 2019 er omfattet af kursgevinstlovens § 1, stk. 5 eller stk. 6, anses efter lovforslaget for afstået og generhvervet henholdsvis for frigjort og genpåtaget den 30. juni 2019 til værdien samme dag.

SPØRGSMÅL 18

Hvorledes skal værdien opgøres på gældssiden i forhold til "frigørelsen", når der er tale om gæld uden løbetid, og til hvilken værdi skal gælden anses for påtaget ved avanceopgørelsen efter kursgevinstlovens § 26? Det udbetalte kapitalprovenu med fradrag af stiftelsesomkostninger?

SPØRGSMÅL 19

Hvilken skattemæssig status har den hybride kernekapital efter overgangen fra gæld efter kursgevinstlovens § 1, stk. 6? Finansiell kontrakt efter kursgevinstlovens § 29? Løbende ydelse efter ligningslovens § 12B m.v.? Hvorledes beskattes efterfølgende gevinster eller tab ved instituttets eventuelle indfrielse af den hybride kernekapital?

SPØRGSMÅL 20

Skal der også ske overgangsbeskatning af gæld, der både er omfattet af kursgevinstlovens § 1, stk. 6, men hvor der også er tale om gæld efter de almindelige regler? Vil der efter skatteministeriets opfattelse kunne være udstedt kapital, der både er omfattet af kursgevinstlovens § 1, stk. 6, men hvor der også er tale om gæld efter kursgevinstlovens almindelige regler?

Peter Rose Bjare
Partner