

Offentliggjort d. 27. oktober 2015

**Låneomkostninger - udstedelse af virksomhedsobligationer - avanceopgørelse efter kursgevinstlovens § 26, stk. 4 - Højesterets dom af 19/10 2015, sag 163/2014. ©**

*Af advokat (L) Bodil Christiansen og  
advokat (H), cand. merc. (R) Tommy V. Christiansen*

[www.v.dk](http://www.v.dk)

Højesteret anerkendte ved en dom af 19/10 2015 fradragsret for 2006 og 2007 for låneomkostninger på 13 mio. € ved udstedelse af virksomhedsobligationer i form af dels en "kombineret administrations-, garanti- og salgsprovision" og dels et incitamentshonorar. Højesteret fandt således at måtte anse disse omkostninger som omkostninger, der kan "henføres til selve gældens etablering eller indfrielse" og dermed fradragsberettiget efter den dagældende kursgevinstlovs § 26, stk. 4, nu § 26, stk. 3.

Efter kursgevinstlovens § 26, stk. 3 (tidligere § 26, stk. 4) opgøres gevinst eller tab på gæld som forskellen mellem gældens værdi ved påtagelsen af gælden og værdien ved frigørelsen eller indfrielsen.

Højesterets dom af 19/10 2015 vedrører spørgsmålet om fradragsret for en række **omkostninger ved låneoptagelse** i forbindelse med udstedelse af virksomhedsobligationer.

Om denne problemstilling fremgår af motiverne til § 26, stk. 4, nu stk. 3, jf. FT 1996/97, tillæg A, s. 4101 - 4102, at:

*"Forslaget svarer til § 8, stk. 2 i den nuværende kursgevinstlov.*

...

*Omkostninger i forbindelse med erhvervelse af fordringer og stiftelse af gæld, f.eks. gebyrer, kurtage, stiftelsesprovision og stempelafgifter, kan tillægges den faktiske anskaffelsessum.*

...

Offentliggjort d. 27. oktober 2015

*Tilsvarende kan omkostninger i forbindelse med afståelse og indfrielse fradrages i den faktiske afståelsessum henholdsvis indfrielsessummen.”*

Retsstillingen efter den tidligere kursgevinstlovs § 8, stk. 2 er af Christen Amby, Kursgevinstloven 1994 med kommentarer, s. 208, note 7, beskrevet på den måde, at: ”I anskaffelses- og afståelsessummerne medregnes handelsomkostninger (f.eks. kurtage) vedrørende obligationer og transportstempel og handelsprovision vedrørende pantebreve o.l. Se TfS 1984, 40. Derimod kan ikke medregnes låneomkostninger o.l. i lånets anskaffelsesværdi. Sådanne låneomkostninger må fratrækkes efter reglerne om låneomkostninger o.l. i ligningslovens § 8, stk. 3, og statsskattelovens § 6 a. (Skatteministerens svar af 26. januar 1991 til Folketingets Skatteudvalg vedrørende L 6 – bilag 19).” Se tillige Henrik Peytz, Kursgevinstloven med kommentarer, 1998, s. 203 ff. samt Gitte Skouby m.fl., Kursgevinstloven – en lovkommentar, 2000, s. 155 ff.

I slutningen af 1997 oplyste Skattedepartementet i meddelelsen offentliggjort i TfS 1998, 83 DEP, siden revideret i meddelelsen ref. i TfS 1998, 581 DEP, at principperne for fastsættelse af gældens værdi ved stiftelsen/overtagelsen henholdsvis indfrielsen/frigørelsen blev ændret med virkning fra den 1/1 1998. Ved fastsættelse af gældens værdi til brug for opgørelsen af gevinst og tab kunne debitor således fremover medregne låne- og handelsomkostninger i anskaffelsessummen henholdsvis afståelsessummen efter kursgevinstlovens § 26, stk. 4 i form af f.eks. stempelafgifter, stiftelsesprovisioner m.m. vedrørende lån med en løbetid på 2 år eller mere, advokat- og revisorudgifter, vekselomkostninger i forbindelse med indfrielse af et lån i fremmed valuta og kurtage ved salg af obligationer i forbindelse med stiftelse af et obligationslån og kurtage ved opkøb af obligationer i forbindelse med indfrielse af et obligationslån. Dog kunne der efter meddelelsen ikke medregnes omkostninger, for hvilke der var fradragsret efter andre bestemmelser.

Kort tid efter anerkendte Skatteministeriet imidlertid ved et retsforlig ref. i TfS 1999, 709 VL (Ole Flensted Holding A/S), at et selskab ved opgørelsen af kursgevinster og -tab efter kursgevinstloven kunne fradrage stiftelsesprovisioner og gebyrer, som var afholdt i forbindelse med optagelse af obligationslån i 1991 og indfrielse af lånene få år

**Offentliggjort d. 27. oktober 2015**

senere i forbindelse med en låneomlægning. Forliget er omtalt af Svend Erik Holm m.fl. i TfS 1999, 711.

I konsekvens af retsforliget meddelte SKAT i TS-cirk. 1999-39, at det nu var Skatteministeriets opfattelse, at handels- og låneomkostninger i forbindelse med stiftelse og indfrielse af en gæld også forud for 1. januar 1998 kunne tillægges henholdsvis anskaffelses- og indfrielsessummerne ved opgørelse af gevinst og tab efter kursgevinstlovens § 26, stk. 4, i det omfang, der ikke havde været fradragsret efter andre bestemmelser.

### **Afgrænsningen af låne- og handelsomkostninger**

Om afgrænsningen af de udgifter, der kan medregnes ved avanceopgørelsen, fastslog Højesteret en årrække senere i sagen ref. i **SKM2012.2.HR (DSV A/S)**, at omkostninger, der kunne medregnes ved avanceopgørelsen efter § 26, stk. 4 (nu stk. 3), omfattede omkostninger, som kunne henføres til selve gældens etablering eller indfrielse. I den konkrete sag indebar den omstændighed, at en långiver som betingelse for långivning havde fået tildelt tegningsretter i debitorselskabet, ikke, at selskabet havde fradragsret efter kursgevinstloven for selskabets tab ved långivers udnyttelse af tegningsretterne.

Spørgsmålet om afgrænsningen blev på ny forelagt for Højesteret to år senere ved sagen ref. i **SKM2014.87.HR** (Takeda A/S, tidligere Nycomed A/S).

Sagen drejede sig om et selskabs lån optaget i 1999 til finansiering i forbindelse med en kapitalfonds køb af en del af virksomheden. Ved sagen ref. i **SKM2011.545.ØLR** fik selskabet medhold i, at omkostninger til **långivernes rådgivere**, som selskabet efter låneaftalerne skulle betale, var fradragsberettigede efter kursgevinstlovens dagældende § 26, stk. 4.

Ved sagen ref. i **SKM2014.87.HR** forelå spørgsmålet, om selskabets udgifter til (andre) rådgivere var fradragsberettiget efter kursgevinstlovens dagældende § 26, stk. 4 eller subsidiært dagældende ligningslovs § J.

**Offentliggjort d. 27. oktober 2015**

Med henvisning til den tidligere afgørelse ref. i SKM2012.2.HR tilkendegav Højesteret i præmisserne for denne afgørelse, at **omkostninger til rådgivere** kan medregnes i anskaffelsessummen ved opgørelsen af gældens værdi efter kursgevinstlovens § 26, stk. 4, såfremt de angår bistand, som knytter sig direkte til den indgåede aftale om det lån, der optages, og til gennemførelsen af låneoptagelsen. Sådant bistand kan alt afhængig af lånets karakter og størrelse f.eks. omfatte forhandling om og affattelse af låneaftalen, afgivelse af udtalelser om aftalens gyldighed og bindende virkning for låntager (legal opinions) samt bistand ved berigtigelse af sikkerhedsstillelse.

Ligeledes efter Højesterets præmisser kan derimod omkostninger til rådgivere for bistand ved den overordnede strukturering og tilrettelæggelse af lånefinansieringen, herunder afsøgning af lånemarkedet, ikke medregnes i anskaffelsessummen efter kursgevinstlovens § 26, stk. 4, da sådant bistand ikke kan anses for at knytte sig direkte til lånet, selv om bistanden ydes som baggrund for låneoptagelsen. Det samme gælder egne rådgiveres bistand vedrørende oplysning om, dokumentation for og almen rådgivning om låntagers virksomhed, herunder due diligence-undersøgelser, selv om bistanden ydes med henblik på kreditvurdering. Det er herved uden betydning, om långiver i låneaftalen har betinget lånets udbetaling af, at låntager fremlægger sådant materiale.

I tilknytning hertil anførte Højesteret, at det er skatteyderen, der har bevisbyrden for, at de omkostninger til egne rådgivere, der ønskes medregnet i anskaffelsessummen ved opgørelsen af gældens værdi efter kursgevinstlovens § 26, stk. 4, angår bistand af en sådan art, at de kan medregnes. Det samme gælder opdeling af rådgiveromkostninger på bistand, der kan medregnes, og bistand, der ikke kan, i tilfælde hvor omkostningen omfatter begge elementer.

I den konkrete sag fandtes selskabets påstande ikke at være begrænset til de rådgiveromkostninger for bistand, som knyttede sig direkte til aftalen om og gennemførelsen af låneoptagelsen, og som kunne medregnes. Efter det oplyste fandtes omkostningerne at have karakter af honorar for den overordnede strukturering og tilrettelæggelse af investeringsprojektet uden den fornødne tilknytning til lånet. Herefter blev Skatteministeriet frifundet.

Offentliggjort d. 27. oktober 2015

### Højesterets dom af 19. oktober 2015 (Takeda A/S)

Afgrænsningen af de udgifter, der kan medregnes ved avanceopgørelsen efter kursgevinstlovens § 26, stk. 3 (tidligere stk. 4) har atter været forelagt for Højesteret i en sag for samme parter som i den ovenfor nævnte dom ref. i SKM2014.87.HR (Takeda A/S, tidligere Nycomed A/S).

I denne - nye - sag forelå spørgsmål om fradragsret for låneomkostninger på 13 mio. € ved selskabet, Takeda A/S's, udstedelse af virksomhedsobligationer med henblik på at tilvejebringe kapital til indfrielse af gæld og udlodning af udbytte i tilknytning til et delsalg af koncernen til en kapitalfond.

De i sagen omhandlede låneomkostninger, der var afholdt til Credit Suisse First Boston Ltd og Goldman Sachs International, omfattede *dels* en ”kombineret administrations-, garanti- og salgsprovision på 11 mio. € der skulle betales som vederlag for aftalen med [bankerne] om, at de hver især skal tegne og betale for de udbudte værdipapirer”, og *dels* et incitamentshonorar på 2 mio. €

Med henvisning til kravet om, at der skal være tale om omkostninger, som kan henføres til selve gældens etablering eller indfrielse, jf. SKM2012.2.HR, tiltrådte Højesteret i denne sag, at det ved låneoptagelse ikke er afgørende for fradragsretten efter kursgevinstlovens § 26, stk. 4, om en finansiel virksomhed har virket som långiver eller som formidler af lån. Det afgørende var efter Højesterets opfattelse, om de ydelser, som omkostningen vedrører, kan henføres til selve gældens etablering eller indfrielse.

I den konkrete sag fandt Højesteret, at vederlaget på 13 mio. € som Takeda A/S havde betalt til bankerne for at gennemføre og garantere for salget af virksomhedsobligationer, herunder at udarbejde et prospekt til potentielle købere af obligationerne, måtte anses som et gebyr, en kurtage eller en stiftelsesprovision som nævnt i forarbejderne til kursgevinstlovens § 26, stk. 4 eller måtte sidestilles hermed.

**Offentliggjort d. 27. oktober 2015**

Højesteret fandt endvidere ikke grundlag for at fastslå, at der i beløbet på de 13 mio. € indgik vederlag for ydelser, som ikke kunne henføres til selve gældens etablering, herunder vederlag for den form for rådgivning, som efter Højesterets dom af 27. januar 2014 (SKM2014.87.HR) ikke gav ret til fradrag efter kursgevinstlovens § 26, stk. 4. Højesteret bemærkede herved, at Credit Suisse og Goldman Sachs også havde bistået Takeda A/S med rådgivning om helt eller delvis salg af virksomheden til Nordic Capital, men at der var indgået særskilte aftaler herom, samt at Takeda A/S havde betalt i alt 2,5 mio. € for denne rådgivning, og havde anerkendt, at der ikke var fradragsret for beløbet på 2,5 mio. € ligesom beløbet ikke indgik i Takeda A/S's påstand.

Udfaldet af Højesterets dom er næppe overraskende.

Mere interessant er derimod, at Højesteret med dommen har lagt afstand til Kammeradvokatens overordnede synspunkt, hvorefter omkostningerne på bl.a. de 13 mio. € måtte anses som projektomkostninger afholdt som et led i kapitalfondens strukturering og gennemførelse af investeringsprojektet, idet udstedelsen af de omhandlede virksomhedsobligationer finansierede en del af kapitalfondsovertagelsen.

Kammeradvokaten henviste herved til praksis i de såkaldte ”projektomkostningssager” vedrørende bl.a. ejendomskommanditselskaber, og gjorde her gældende, at tilrettelæggelsen og struktureringen af kapitalfondsopkøbet i den foreliggende sag var foretaget på en måde, der var grundlæggende identisk med fremgangsmåden i projektudbydersagerne, se herom bl.a. JUS 2014/19.

Dette indebar efter Kammeradvokatens opfattelse, at omkostningerne på de 13 mio. € ikke kunne tillægges anskaffelsessummen for det omhandlede lån.

Som nævnt vandt dette synspunkt imidlertid ikke gehør ved Højesteret.

— o —