

# Artikler

## 36

### Låneomkostninger - et overblik over grænsedragningen efter den seneste Takeda-dom

Af advokat, partner Svend Erik Holm og advokat Jef Nymand Hounsgaard, Plesner

#### Resume

Højesteret tog i TfS 2015, 788 stilling til, hvorvidt Takeda A/S som udsteder af virksomhedsobligationer kunne medregne vederlaget til de deltagende banker som en låneomkostning. Højesteret fandt, at det fulde vederlag til bankerne bestående af en såkaldt "kombineret administrations-, garanti- og salgsprovision" samt et incitamentshonorar kunne medregnes som låneomkostning. Hermed har Højesteret trukket endnu en streg i sandet i sagerne om låneomkostninger, og der begynder at tegne sig et billede af, i hvilket omfang SKAT har fået flyttet grænserne de senere år.

Ifølge kursgevinstlovens § 26, stk. 3 (tidligere stk. 4), opgøres gevinst og tab på lån som forskellen mellem gældens værdi ved påtagelsen og gældens værdi ved frigørelsen eller indfrielsen.

Mens lovteksten er tavs om, hvorledes værdien af gælden skal opgøres, fremgår det af bestemmelsens forarbejder, at omkostninger i forbindelse med "*stiftelse af gæld, f.eks. gebyrer, kurtage, stiftelsesprovision og stempelafgifter*" kan indgå ved opgørelsen af gældens værdi.

Det er den nærmere afgrænsning af det omkostningsbegreb, som skitseres i forarbejderne, Højesteret nu har haft lejlighed til at tage stilling til.

#### Det historiske udgangspunkt

Oprindeligt har skattemyndighederne ikke foretaget en snæver afgrænsning af de omkostninger, som efter de nævnte forarbejder kan medregnes ved avanceopgørelsen. I TfS 1998, 581 DEP hedder det således:

"De fradragsberettigede låne- og handelsomkostninger omfatter f.eks. stempelafgifter, stiftelsesprovisioner m.m. vedrørende lån med en løbetid på 2 år eller mere, advokat- og revisorudgifter, vekselomkostning-

er i forbindelse med indfrielse af et lån i fremmed valuta samt 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." (Forfatterens understregning)

Denne brede beskrivelse af de fradragsberettigede omkostninger blev ordret overført til Ligningsvejledningen, hvor det i afsnit A.D.2.15 frem til 2009 endvidere hed:

"Låneomkostninger afgrænses som de omkostninger, der er med til at erhverve, sikre og vedligeholde gældsforholdet. Også omkostninger i forbindelse med lånetilbud kan være omfattede. Det er dog kun omkostninger, der vedrører det pågældende lån, som kan indgå i opgørelsen af gevinst og tab. Omkostninger ved lånetilbud kan derfor kun medregnes, hvis lånet faktisk hjemtages." (Forfatterens understregning)

Skattemyndighedernes beskrivelse af omkostningsbegrebet var i overensstemmelse med den almindelige retsopfattelse på kapitalgevinstbeskatningsområdet, hvor "Folketingets udvalg angående forslag til lov om ændring af lov om særlig indkomstskat m.v." i 1960 havde stillet spørgsmål om muligheden for fradrag for almindelige omkostninger ved opgørelsen af avancen på fast ejendom.

Da finansministeren i et svar af 23. maj 1960 oplyste, at sælgerens sædvanlige handelsomkostninger, såvel ved erhvervelsen af ejendommen som ved salget af denne, kunne fradrages, gav det udvalget anledning til at spørge, om det ikke burde fremgå af lovteksten, at "*alle med køb og salg af ejendomme forbundne omkostninger og afgifter*" måtte henholdsvis lægges til købesum og trækkes fra salgssum. Dette fandt finansministeren imidlertid ikke nødvendigt, som det fremgår af hans svar af 10. juni 1960, hvor det hedder:

"Efter forslaget er det den ved afståelse af en fast

ejendom indvundne fortjeneste, der skal lægges til grund ved opgørelsen af den særlige indkomst. Heraf følger, at den skattepligtiges sædvanlige handelsomkostninger i forbindelse med købet og salget af ejendommen må fragå ved denne opgørelse. Det skulle derfor ikke være nødvendigt at indføje særlige bestemmelser herom i forslaget. I denne forbindelse bemærkes, at man ikke har fundet det nødvendigt at give sådanne bestemmelser, for så vidt angår opgørelsen af fortjeneste ved afhændelse af goodwill, tidsbegrænsede rettigheder m.m. samt aktier, jfr. §§ 6 og 7 i det forslag til lov om særlig indkomstskat m.v., som folkettingen har vedtaget ved 2. behandling den 25. maj 1960.” (Forfatterens understregning)

Folketinget valgte – beklageligvis – at acceptere finansministerens svar, og Folketinget fik således ikke gennem en lovfæstelse af fradragsretten anledning til at tage stilling til de nærmere principper for opgørelsen af en anskaffelsessum/afståelsessum. Det blev dermed ikke afklaret, om der er fuld overensstemmelse mellem det af finansministeren i svaret anvendte udtryk “*sædvanlige handelsomkostninger*” og det af udvalget anvendte udtryk “*alle med køb og salg af ejendomme forbundne omkostninger og afgifter*”.

Der kan dog efter vores opfattelse ikke være tvivl om, at det er nettoindkomstprincippet, der kom til udtryk i det citerede ministersvar, og at den med lov om særlig indkomstskat indførte kapitalgevinstbeskatning baserer sig på en forudsætning om, at det alene er *netto*avancen – det vil sige avancen efter fradrag af alle relevante omkostninger – som skal beskattes.

## SKATs låneomkostningsprojekt

Uagtet dette udgangspunkt tog SKAT i midten af 00'erne skridt til en mere målrettet indsats mod fradragsretten for låneomkostninger. Denne indsats tog afsæt i sagerne om dels fradrag for advokat- og revisoromkostninger efter ligningslovens dagældende § 8 J og dels opgørelse af afskrivningsgrundlaget for ejendomme ejet af 10-mands K/S'er, hvor Højesteret fastlagde en snæver afgrænsning af de omkostninger, der kan indgå ved opgørelsen af en anskaffelsessum<sup>1)</sup>. SKAT rettede i første række lyset mod omkostninger i forbindelse med opkøb foretaget af kapitalfonde og multinationale selskaber. Dette skete som et led i SKATs indsatsprojekter, der fra 2007 og frem blev koncentreret om netop disse typer af virksomheder. Som det blev udtrykt i 2010, var det i den forbindelse et klart ønske, at Danmark skulle være “i front med hensyn til at afprøve rækkevidden af eksisterende regler”<sup>2)</sup>.

For så vidt angår fradraget for låneomkostninger blev beskrivelsen af omkostningsbegrebet ændret markant i

Ligningsvejledningen 2010-2. De ovenfor fra TfS 1998, 581 DEP/Ligningsvejledningen 2009 citerede afsnit blev suppleret med en henvisning til dommene om ligningslovens § 8 J og ejendomsprojektsagerne, hvorefter SKATs ønsker til retsstillingen blev sammenfattet således:

“SKAT finder, at de udgifter, der kan indgå i opgørelsen af gevinst og tab efter KGL, er begrænset til udgifter, der direkte skal angå gennemførelsen og berigtigelsen af låneoptagelsen, og skal angå bistand til:

- foretagelse af de fornødne sikringsakter vedr. gældsforholdet, fx tinglysning eller registrering i værdipapircentral, eller
- praktisk ekspedition af låneaftalen, således at aftalen bliver opfyldt, fx overførsel af hovedstolen

Øvrige udgifter kan derimod ikke indgå i opgørelsen, fordi de ikke direkte angår selve gennemførelsen af anskaffelsen (afståelsen) af lånet (fordringen) eller berigtigelsen heraf.

Eksempler på øvrige udgifter, der er opgørelsen efter KGL uvedkommende, fordi de falder uden for den type omkostninger, der jf. bemærkningerne til KGL § 26, jf. lov nr. 439 af 10. juni 1997, er eksempler på låneomkostninger:

- udgifter til rådgivning
- udgifter til undersøgelser, fx kreditvurdering af kontraktspart eller due diligence
- udgifter til forhandlinger, fx forhandlinger med en eller flere banker i forbindelse med opnåelse af syndikerede lån eller fastlæggelse af vilkår for lån eller obligationsudstedelse
- udgifter til koncipering af låneaftale og lignende”. (Forfatterens understregninger)

Hermed var banen kridtet op til den række af sager, som SKAT allerede havde startet op eller var i færd med at starte op med henblik på at få gennemført den ønskede stramning.

## DSV-sagen (TfS 2012, 81 H)

Den første sag, som nåede Højesteret, var dog ikke en kapitalfondssag, men drejede sig om transportvirksomheden DSV, der i forbindelse med et virksomhedskøb havde optaget et lån, hvor långiver som betingelse for at yde lånet havde krævet og fået en ret til senere at tegne aktier i DSV. Spørgsmålet var herefter, om DSV ved opgørelsen af selskabets tab på lånet kunne medregne udgiften i form af disse tegningsretter.

Højesteret, der i modsætning til landsretten ikke fandt, at DSV kunne medregne værdien af disse tegningsretter ved opgørelsen af tabet på gælden, udtalte om låneomkostningsbegrebet følgende:

“Når henses til karakteren af de eksempler på låneomkostninger, som er nævnt i bestemmelsens forarbej-

der, finder Højesteret, at der skal være tale om omkostninger, som kan henføres til selve gældens etablering eller indfrielse.”

Sagens konkrete spørgsmål blev af Højesteret løst ud fra en betragtning om, at lånet til DSV og tildelingen af aktietegningsretter i DSV efter deres karakter måtte anses for to separate ordninger, hvis skattemæssige behandling er reguleret af forskellige regelsæt. Bortset fra Højesterets ovenfor citerede generelle udtalelse om låneomkostningsbegrebet, giver DSV-sagen derfor ikke mere konkrete bidrag til afgrænsningen af det omkostningsbegreb, som er skitseret i forarbejderne til kursgevinstlovens § 26.

## Den første Takeda-sag (TfS 2014, 135 H)

Sådanne bidrag kan derimod findes i den første af de to sager vedrørende medicinalvirksomheden Takeda (dengang Nycomed), som drejede sig om fradrag for rådgiveromkostninger afholdt i forbindelse med lånefinansieringen af Nordic Capitals køb af virksomheden i 1999.

SKAT havde i sagen anerkendt fradrag for det låntagende selskabs udgifter til de långivende banker i form af “*arrangement, underwriting and agency fees*”, herunder også udgifterne i forbindelse med en efterfølgende syndikering af lånene, men nægtede selskabet fradrag for de omkostninger, som det havde afholdt i form af dels refusion af bankernes omkostninger til deres eksterne rådgivere og dels omkostninger til selskabets egne rådgivere.

Landsretten gav Takeda medhold for så vidt angik omkostningerne til dækning af bankernes eksterne rådgivere. Landsrettens ræsonnement var, at alternativet til refusionen af rådgiveromkostningerne ville være et højere lånesagsgebyr. Til gengæld mente landsretten ikke, at omkostningerne til Takedas egne rådgivere var fradragsberettigede.

Skatteministeriet tog landsrettens dom til efterretning og anerkendte således, at der er fradrag for også den del af vederlaget til bankerne, som består i refusion af bankernes udgifter til eksterne rådgivere.

Takeda indbragte derimod spørgsmålet om fradragsret for de øvrige omkostninger for Højesteret, der med en ændret begrundelse stadfæstede landsrettens dom.

Efter at have gentaget den generelle betragtning fra DSV-sagen om, at låneomkostninger skal knytte sig til selve gældens etablering (eller indfrielse), hedder det i Højesterets præmisser om fradragsretten for omkostninger til (egne) rådgivere:

“På denne baggrund finder Højesteret, at omkostninger til rådgivere kan medregnes i anskaffelsessummen [...], såfremt de angår bistand, som knytter sig direkte til den indgåede aftale om det lån, der optages, og til gennemførelsen af låneaftalen. Sådant bi-

stand kan alt afhængig af lånets karakter og størrelse f.eks. omfatte forhandling om og affattelse af låneaf-talen, afgivelse af udtalelser om aftalens gyldighed og bindende virkning for låntager (legal opinions) samt bistand ved berigtigelse af sikkerhedsstillelse. Derimod kan omkostninger til rådgivere for bistand ved den overordnede strukturering og tilrettelæggelse af lånefinansieringen, herunder afsøgning af lånemarkedet, ikke medregnes i anskaffelsessummen [...], da sådan bistand ikke kan anses for at knytte sig direkte til lånet som anført, selvom 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, selvom 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.” (Forfatterens understregninger)

Om den skatteyderen påhvilende bevisbyrde hedder det videre i Højesterets præmisser:

“Det er skatteyderen, der har bevisbyrden for, at de omkostninger til egne rådgivere, der ønskes medregnet i anskaffelsessummen ved opgørelsen af gældens værdi [...] 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.”

## Den anden Takeda-sag (TfS 2015, 788 H)

Endnu inden Højesterets dom forelå i den første Takeda-sag havde SKAT startet yderligere en sag mod virksomheden om fradrag for omkostninger afholdt i forbindelse med et obligationslån, som koncernen i begyndelsen af 2005 havde besluttet at optage med henblik på dels indfrielse af eksisterende gæld og dels udlodning af udbytte i forbindelse med nogle aktionærers udtræden af ejerkredsen.

Takeda havde indgået en aftale med bankerne Credit Suisse First Boston og Goldman Sachs om optagelse af et lån gennem udstedelse af såkaldte PIK-notes med et pålydende på i alt 400 mio. EUR. I aftalen garanterede bankerne, at de selv ville aftage obligationerne, hvis det ikke lykkedes dem at sælge disse.

Vederlaget til bankerne for deres bistand var aftalt til en “*combined management, underwriting and selling commission*” på 2,75 % af hovedstolen (11 mio. EUR) samt et incitamentshonorar for gennemførelsen af obligationsudstedelsen på 0,5 % af hovedstolen (2 mio. EUR).

Udover bankerne var en række andre rådgivere involveret, idet både bankerne og Takeda-koncernen hyrede egne rådgivere (advokater og revisorer m.v.).

Sideløbende med processen omkring obligationsudstedelsen meldte Nordic Capital, som i 2002 havde solgt virksomheden til en gruppe af finansielle investorer, sig igen som køber af aktier i koncernen. Takeda indgik i den forbindelse en separat aftale med bankerne om, at de skulle rådgive virksomheden i forbindelse med Nordic Capitals indtræden som medejer af virksomheden. For denne rådgivning modtog bankerne et yderligere separat vederlag på 2,5 mio. EUR.

Obligationsudstedelsen og Nordic Capitals aktiekøb blev gennemført som planlagt.

Takeda-koncernen medregnede både omkostningerne til bankerne og relevante rådgiveromkostninger ved opgørelsen af det tab, som virksomheden konstaterede ved indfrielsen af obligationslånet. Omkostningerne til bankerne bestod dels i det nævnte honorar på i alt 13 mio. EUR for bistand knyttet direkte til obligationsudstedelsen, og dels i de 80 % af honoraret på de 2,5 mio. EUR, som bankerne selv havde henført til strukturel finansieringsrådgivning. Herudover fratrak Takeda de rådgiveromkostninger, som af rådgiverne selv var henført til låneoptagelsen.

SKAT nægtede fradrag for omkostningerne, og sagen blev indbragt for Landsskatteretten, der fandt, at der i medfør af kursgevinstlovens § 26, stk. 3 (dengang stk. 4), var fradrag for de samlede udgifter til bankerne, dvs. både vederlaget for bistand ved obligationsudstedelsen og vederlaget for finansieringsrådgivning, og at der var fradrag for advokat- og revisorudgifter i medfør af ligningslovens dagældende § 8 J.

Skatteministeriet indbragte sagen for domstolene, hvor den blev henvist til Østre Landsret som første instans. Ved Østre Landsret blev sagen i lyset af Højesterets mellemkommende dom i den første Takeda-sag skåret til, idet Takeda anerkendte, at visse af de omtvistede rådgiveromkostninger ikke kunne medregnes som låneomkostninger, og at ingen del af honoraret på 2,5 mio. EUR til bankerne for finansiell rådgivning i forbindelse med Nordic Capitals indtræden som medejer af virksomheden kunne medregnes.

Sagen drejede sig herefter alene om fradragsretten for visse rådgiveromkostninger, som Takeda ønskede hjemvist til fornyet ligningsmæssig behandling, og – som sagens hovedspørgsmål – bankernes honorar for bistand i forbindelse med obligationsudstedelsen.

Landsrettens dom, hvori Skatteministeriet fik medhold, blev anket til Højesteret, hvor der, gennem et mellem parterne indgået forlig, fandt en yderligere tilskæring af sagen sted, således at sagen for Højesteret alene drejede

sig om fradragsretten for vederlaget til de to banker på 13 mio. EUR. Højesteret udtalte herom:

“Når henses til karakteren af de eksempler på låneomkostninger, som er nævnt i bestemmelsens forarbejder, skal der – som fastslået i Højesterets dom af 22. december 2011 (UfR 2012.962) – være tale om omkostninger, som kan henføres til selve gældens etablering eller indfrielse, for at omkostninger kan fradrages.

Højesteret tiltræder, at det ved låneoptagelse ikke er afgørende for fradragsretten efter kursgevinstlovens § 26, stk. 4, om en finansiell virksomhed har virket som långiver eller som formidler af lån. Det afgørende er, om de ydelser, som omkostningen vedrører, kan henføres til selve gældens etablering eller indfrielse.

Højesteret finder, at det vederlag på 13 mio. EUR, som Takeda har betalt til bankerne for at gennemføre og garantere for salget af virksomhedsobligationer, herunder at udarbejde et prospekt til potentielle købere af obligationerne, må anses for et gebyr, en kurtageløst eller en stiftelsesprovision som nævnt i forarbejderne til kursgevinstlovens § 26, stk. 4, eller må sidestilles hermed”. (Forfatterens understregninger)

På den baggrund gav Højesteret Takeda fuldt medhold.

## Har SKAT fået begrænset fradragsretten?

Hvis det af “Folketingets udvalg angående forslag til lov om ændring af lov om særlig indkomstskat m.v.” i 1960 til finansministeren stillede spørgsmål skal tages som udtryk for et ønske om fradrag for alle med erhvervelse og afståelse forbundne omkostninger ved opgørelsen af de af kapitalgevinstbeskatningen omfattede gevinster og tab, er det åbenbart, at det er lykkedes for skattemyndighederne at få indsnævret låneomkostningsbegrebet.

Det er imidlertid ligeså klart, at SKAT på ingen måde fuldt ud har fået opfyldt de ønsker om begrænsning af fradragsretten for låneomkostninger, som kom til udtryk med den ovenfor citerede tilføjelse i Ligningsvejledningen 2010-2.

### *Ad udgifter til egne rådgivere*

For så vidt angår låntagers udgifter til egne rådgivere, går grænsen mellem de ikke-fradragsberettigede og de fradragsberettigede omkostninger overordnet set mellem de omkostninger, som knytter sig til tilvejebringelsen af det faktuelle grundlag for långivers kreditvurdering, og de omkostninger, som knytter sig til at sikre låntager de bedst mulige vilkår for lånet.

Denne grænsedragning blev fastlagt i den første Takeda-sag derved, at Højesteret på den ene side fastslog, at der

ikke er fradragsret for udgifter til låntagers egne rådgivere for bistand “vedrørende oplysning om, dokumentation for og almen rådgivning om låntagers virksomhed, herunder due diligence-undersøgelser, selv om bistanden ydes med henblik på kreditvurdering”, og på den anden side udtalte, at de omkostninger, som indgår ved opgørelsen af gældens værdi f.eks. kan 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”.

De fradragsberettigede låneomkostninger – altså de omkostninger, som kan medregnes ved opgørelsen af gældens værdi – omfatter således en række udgiftstyper, herunder udgifter til forhandling om og affattelse af låneaftalen, som Højesteret ikke anså for tillæg til købesummen for aktier i dommene om fradrag for advokat- og revisorudgifter efter ligningslovens dagældende § 8 J (TfS 2007, 867 og 868). Dommene om fradrag efter ligningslovens dagældende § 8 J kan med andre ord ikke tages til indtægt for, at de omkostninger, som kan indgå ved opgørelsen af gevinst og tab omfattet af kapitalgevinstbeskatningen, generelt skal afgrænses tilsvarende snævert.

Det forekommer i det lys overraskende, at det i Den Juridiske Vejlednings afsnit C.B.1.7.8 under overskriften “Låneomkostninger der ikke er fradrag for” fortsat hedder:

“Eksempler på øvrige udgifter, der er opgørelsen efter kursgevinstloven uvedkommende, fordi de falder uden for den type omkostninger er fx udgifter til (det er en forudsætning, at omkostningerne ikke er omfattet af ovenstående om “Låneomkostninger der er fradrag for”)

- ...
- ...
- forhandlinger, fx forhandlinger med en bank eller flere banker i forbindelse med opnåelse af syndikerede lån eller fastlæggelse af vilkår for lån eller obligationsudstedelse
- koncipering af låneaftale og lignende.”

Uanset henvisningen i parentes, efterlader det citerede afsnit indtrykket af, at Højesterets præmisser i den første Takeda-sag, hvor SKAT i øvrigt selv anerkendte fradrag for udgifterne til banker ved den efterfølgende syndikering af lånene – ikke fuldt ud er slået igennem i Den Juridiske Vejledning. Realiteten er – hvad man med lidt god vilje måske også kan indfortolke i henvisningen i parentes – at de to bullets om forhandlinger og koncipering reelt er indholdsløse efter Højesterets dom i den første Takeda-sag, da Højesteret eksplicit har nævnt udgifter til disse rådgivningsydelser som eksempler på omkostninger, der skal medregnes ved opgørelsen af

gevinst eller tab på lån. Det kan således også konstateres, at Højesteret på dette punkt ikke har tiltrådt den meget snævre begrebsfastlæggelse, som SKAT introducerede i Ligningsvejledningen 2010-2.

Ad vederlag til banker for kreditformidling (bankgebyrer)

Højesterets dom i den første Takeda-sag viser klart, at SKAT var gået for vidt med det i Ligningsvejledningen 2010-2 anførte, men dommen efterlod også tvivl.

Når landsretten i den anden Takeda-sag lagde til grund, at en del af vederlaget til banker på 3,25 % af hovedstolen ikke var fradragsberettiget, var dette begrundet i følgende præmis fra Højesterets dom i den første Takeda-sag:

“Derimod kan omkostninger til rådgivere for bistand ved den overordnede strukturering og tilrettelæggelse af lånefinansieringen, herunder afsøgning af lånemarkedet, ikke medregnes i anskaffessummen efter kursgevinstlovens § 26, stk. 4, da sådan bistand ikke kan anses for at knytte sig direkte til lånet som anført, selv om bistanden ydes som baggrund for låneoptagelsen.”

Baseret på Højesterets dom i den første Takeda-sag var kravet dermed – ifølge landsretten – at det i den anden Takeda-sag omhandlede vederlag til banker skulle opdeles i et ikke-fradragsberettiget vederlag for rådgivning og et fradragsberettiget vederlag for ydelser vedrørende selve lånet, og da Takeda ikke kunne dokumentere præcis hvor stor en del af vederlaget, der opfyldte betingelserne for fradrag, var der ikke fradrag for nogen del af de 13 mio. EUR.

Landsrettens begrundelse forekommer overraskende i lyset af, at landsretten selv, i den første Takeda-sag, havde anderkendt, at låntagers udgifter til refusion af bankernes omkostninger til rådgivningsydelser vedrørende eksempelvis due diligence kunne medregnes, og at denne afgørelse, som nævnt, ikke var blevet indbragt for Højesteret af Skatteministeriet.

Landsrettens begrundelse blev da også tilsidesat af Højesteret.

Bankernes vederlag på 13 mio. EUR måtte ifølge Højesteret anses for et gebyr, en kurtag, eller en stiftelsesprovision, som nævnt i forarbejderne, eller måtte sidestilles hermed.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at når Højesteret i ovennævnte tre domme anfører, at der skal være tale om omkostninger, som kan henføres til selve gældens etablering eller indfrielse, for at omkostningerne kan fradrages, sker det netop med henvisning til “karakteren af de eksempler på låneomkostninger, som er nævnt i bestemmelsens forarbejder”. Gebyr, kurtag og stiftelsesprovision er med andre ord typeeksemplet på udgifter,

som kan henføres til selve gældens etablering eller indfrielse.

Med Højesterets udtrykkelige bemærkning om, at der også er fradrag for den del af vederlaget til bankerne, som dækker udarbejdelse af et prospekt til potentielle købere af obligationerne, må det være slået fast, at der ikke er grundlag for at opdele det til bankerne betalte vederlag for løsning af en kreditformidlingsopgave med henblik på at nægte fradrag for en del af vederlaget. Bankernes vederlag for løsningen af kreditformidlingsopgaver skal ses under ét, hvilket da også er helt i tråd med tendensen på andre retsområder<sup>3)</sup>.

Bankerne er "sælgere af penge", og som led i denne virksomhed "rådgiver" bankerne deres kunder, men herved adskiller bankerne sig ikke fra andre sælgere, der jo også "rådgiver" deres kunder. Denne sælgerrådgivning gør ikke banken til låntagers rådgiver i den forstand, at vederlaget til banken for løsningen af kreditformidlingsopgaven skal behandles efter de for låntagers egne rådgivere gældende regler.

Hvordan banken løser kreditformidlingsopgaven og fremskaffer pengene er ikke afgørende for fradragsretten, Højesteret fastslog således, at det for fradragsretten er uden betydning, om der er tale om udlån af "bankens egne penge", eller om banken optræder som formidler af lån.

Det er klart, at bankerne – som tilfældet var i den anden Takeda-sag – godt kan påtage sig særskilte rådgivningsopgaver, som ligger udenfor løsningen af kreditformidlingsopgaven, og hvor udgiften til denne rådgivning skal behandles efter de principper, som gælder for udgifterne til låntagers andre rådgivere, men i alle de tilfælde, hvor banken yder eller formidler lån må det nu ligge fast, at udgangspunktet er fradragsret for vederlaget til bankerne.

For så vidt angår bevisbyrden synes dommen i den anden Takeda-sag at vise, at de principper, der gælder i relation til fradragsretten for omkostninger til låntagers egne rådgivere, som udgangspunkt ikke kan overføres til vederlaget til bankerne, da fradragsretten blev anerkendt på grundlag af de foreliggende aftaler uden nærmere dokumentation for det af bankerne konkret udførte arbejde.

#### Ad "den overordnede strukturering og tilrettelæggelse"

Det er med Højesterets dom i den anden Takeda-sag blevet slået fast, at der skal udvises tilbageholdenhed med at tillægge udtryk som "den overordnede strukturering og tilrettelæggelse" for stor selvstændig vægt, da Højesterets ordvalg må ses i lyset af, at sagen drejede sig om låntagers egne rådgivere.

Uanset at Skatteministeriet påberåbte sig, at bankerne i den anden Takeda-sag netop bistod med "den overordnede strukturering og tilrettelæggelse" af obligationslånet,

hvilket dårligt kan bestrides, fandt Højesteret således at der var fradrag for udgifterne.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at bankerne som led i kreditvurderingen også må forholde sig til låntagers koncernstruktur, som eksempelvis i den første Takeda-sag, hvor koncernstrukturen "blev vendt om", da det alt andet lige var en fordel for bankerne med et dansk moderselskab som låntager i stedet for et norsk moderselskab, da det danske moderselskab ikke blev belastet med samme udbytteskatter, som et norsk selskab ville blive pålagt.

## **Sammenfatning og et par bemærkninger om SKATs fremgangsmåde**

Det lykkedes ikke SKAT med "låneomkostningssagerne" at begrænse fradragsretten for "gebyrer, kurtage og stiftelsesprovision" betalt til finansielle virksomheder. Det fulde vederlag til bankerne for løsningen af en kreditformidlingsopgave skal fortsat medregnes ved avanceopgørelsen efter kursgevinstloven.

Udgifterne til den bistand, som låntagers egne rådgivere yder, skal medregnes som en låneomkostning, i det omfang udgiften knytter sig direkte til låneaftalen og gennemførelsen af låneoptagelsen. Dermed skal udgifter til eksempelvis rådgivning om og affattelse af låneaftalen, afgivelse af udtalelser om aftalens gyldighed og bindende virkning samt bistand ved berigtigelse af sikkerhedsstillelse medregnes.

Låntagers udgifter til fremskaffelse af det faktuelle grundlag for långivers kreditvurdering, herunder due diligence-undersøgelser, samt rådgivning om den overordnede strukturering og tilrettelæggelse af lånefinansieringen er derimod ikke fradragsberettigede.

Da der påhviler låntager en ganske streng bevisbyrde for fradragsretten for udgifter til egne rådgivere, er det afgørende, at der ved lånesagens opstart indgås klare aftaler, om de enkelte ydelser, som rådgiverne skal levere til låntager, og om hvordan de enkelte ydelser skal vederlægges.

Med Højesterets domme i de to Takeda-sager har der fundet en betydelig afklaring sted omkring fradragsretten for låneomkostninger, men der er fortsat tvivl omkring betydningen af dommene for de generelle principper for opgørelse af anskaffelsessummen/afståelsessummen for de af kapitalgevinstbeskatningen omfattede aktiver.

Hvor Højesterets domme i "8 J-sagerne" og i "ejendomsprojektsagerne" synes at trække i retning af en ganske snæver afgrænsning af, hvilke omkostninger der kan medregnes ved en avanceopgørelse, taler Takeda-sagerne i retning af et generelt bredere omkostningsbegreb ved avanceopgørelserne, medmindre der, som i "8 J-sagerne"

og i "ejendomsprojektsagerne", enten er formålsbetragtninger eller skatteomgåelsehensyn, der taler for en konkret snæver fortolkning.

Sagerne om fradrag for låneomkostninger er på den måde imidlertid også illustrerende for, at det ikke er hensigtsmæssigt når SKAT, i bestræbelserne på at forøge skattebasen gennem beskæring af fradrag, i vidt omfang har fravalgt lovgivningsvejen, for i stedet at udvikle retsgrundlaget gennem praksis.

Den manglende lovgivning har sendt skatteyderne ud på en uforudsigelig – og retssikkerhedsmæssig uforsvarlig – færd uden de klare pejlepunkter, som en velforberedt lovgivning giver. Derfor tegner der sig nu – efter mange retssager – et billede af en fragmenteret praksis om avanceopgørelser, hvor skatteyderne fra aktivtype til aktivtype skal forholde sig til en række domme i forsøget på at vurdere, om en given omkostning kan indgå i avanceopgørelsen eller ej.

I det lys er det derfor glædeligt, at der nu synes at være et politisk fokus på de "lovjusterende" tiltag, som SKAT efter låneomkostningssagerne har iværksat med henblik på mere generelt at beskære virksomhedernes fradrag for driftsomkostninger efter statsskattelovens § 6<sup>4)</sup>. Chancer-

ne for, at det denne gang bliver Folketinget og ikke domstolene, der får lov til at tage stilling til SKATs ønsker om at justere helt centrale skattemæssige principper på fradragssiden., synes dog små<sup>5)</sup>.

## Noter

- (1) Se således TfS 2007, 867 H og 868 H om ligningslovens § 8 J, samt eksempelvis TfS 2008, 721 og TfS 2009, 16 om ejendomsprojektsagerne.
- (2) Jf. s. 5 i Handlingsplan for beskatning af multinationale selskaber, 2010.
- (3) I relation til forbrugerbeskyttelseslovgivningen er det således eksempelvis blevet opgivet at foretage en opdeling af lånegebyrer, således som det fremgår af det udredningsarbejde, der blev iværksat i forlængelse af beslutningsforslag nr. B 144 af 4. marts 2010 om at opfordre "regeringen til at fremsætte lovforslag, som pålægger bankerne at opdele deres gebyrer i gebyrer for henholdsvis långivning og rådgivning."
- (4) SAU Alm. del spørgsmål 136 af 9. december 2015.
- (5) Svar af 6. januar 2016 på SAU Alm. del spørgsmål 136 af 9. december 2015.