

Finansdepartementet
Akersgata 40
PB 8008 Dep
0030 Oslo

Oslo, 14. februar 2014

Vår ref.:
KNE/HTH

Deres ref.:
13/5555 SL HRu/KR

Høringsuttalelse - begrensning av fradrag for rentekostnader i interessefelleskap - utfyllende forskrift

1 Innledning

Vi viser til Finansdepartementets brev av 20. desember 2013 og høringsnotatets forslag til utfyllende forskrift til bestemmelsene om begrensning av fradrag for renter til nærstående, jf. skatteloven § 6-41. Forslaget er begrenset til å gjelde unntak fra bestemmelsen i skatteloven § 6-41 sjette ledd bokstav a om at renter til en ikke-nærstående part skal anses som interne renter dersom en nærstående part har stilt sikkerhet for gjelden. Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS ønsker med dette å avgi en høringsuttalelse vedrørende forslaget som fremkommer i høringsnotatet.

Utgangspunktet er at sikkerhetsstillelse fra nærstående overfor en ekstern långiver medfører omklassifisering av gjelden til å være ytet mellom nærstående slik at rentefradraget potensielt er gjenstand for avskjæring, jf. skatteloven § 6-41 sjette ledd bokstav a. Utkast til forskrift er utformet slik at nærmere angitte sikkerhetsstillelser fra nærstående likevel ikke skal lede til omklassifisering som nevnt.

Departementet har i utkast til forskrifter begrenset seg til å regulere sikkerhetsstillelse fra nærstående selv om hjemmelen til å gi forskrifter, og det praktiske behovet for nærmere presiseringer og unntak, rekker betydelig lenger. Vi går ut fra at det arbeides parallelt med generell klargjøring av reglene.

Vi håper departementet ferdigstiller forskriften raskt da rettsstillingen er meget utilfredsstillende både for långiverne og for konsern som praktisk talt alle har eksterngjeld og interne sikkerhetsstillelser.

En generell kommentar til bestemmelsene om omklassifisering av ekstern gjeld ved sikkerhetsstillelse fra nærstående er at det er svært uheldig at regelen ikke var gjenstand for høring, i og med at reklassifisering av ekstern gjeld har meget vidtrekkende konsekvenser for de fleste norske konsern.

Ved at eksterne lån omklassifiseres som interne ved sikkerhetsstillelse fra nærstående vil reglene motvirke at ekstern gjeld legges i de operative datterselskapene som genererer kontantstrømmer og som har finansieringsbehov. Dersom den operative virksomheten utøves i et datterdatterselskap kan konsernspissen ikke stille noen form for sikkerhet hvis man vil unngå omklassifisering av

datterdatterselskapets gjeld. Uten sikkerhetsstillelse fra konsernspissen kan det være urealistisk å oppnå finansiering, og løsningen blir at all ekstern gjeld plasseres i konsernspissen med sikkerhetsstillelser fra underliggende selskaper. Konsernspissen må på sin side benytte egenkapitalfinansiering av datterselskapene for å motvirke avskjæring av rentefradrag hos disse. Dette resulterer igjen i mindre fleksibel kapitalflyt i norske konsern ettersom konsernspissens betjening av lånet betinger konserninterne egenkapitaltransaksjoner i underliggende konsernselskap i form av utbytte, kapitalnedsettelse etc.

Departementet bør ved utforming av forskriften og eventuell revisjon av rentebegrensingsreglene i større grad ta i betraktning hvordan konsern av noe størrelse i dag finansieres og hvordan moderne sikkerhetsstillelser fungerer.

2 Sikkerhetsstillelse fra datterselskap (underliggende selskap) hvor låntageren direkte eller indirekte eier 90 % eller mer av eierandelene

Bakgrunnen for unntaket i utkast til forskrift § 6-41 første ledd bokstav a er at det for slike sikkerhetsstillelser reelt sett vil være at debtors (morselskapets) egne verdier som gir grunnlag for lånekapasiteten. At dette unntas er i tråd med signaler gitt i forarbeidene til skatteloven § 6-41 og vi forutsetter at dette unntaket forskriftsfestes.

Vi er således enig i at eierkravet hensiktsmessig kan settes til 90 % uten nærmere krav til kontroll, slik at dette hva gjelder eierkravet samsvarer med aksjeloven § 4-26 om tvangsinnløsning av aksjer. Vi ser ikke grunn til å oppstille krav om skattekonsern (dvs. mer enn 90 %) da et slikt krav ikke vil ytterligere underbygge formålet med unntaket.

Vi er enige i at alle former for sikkerhetsstillelser skal kvalifisere for unntaket. Negativ pantsettelseserklæring omfattes også av forslaget til § 6-41 første ledd bokstav a, men for slike sikkerhetsstillelser er det foreslått et unntak med videre anvendelsesområde i § 6-41 første ledd bokstav b.

3 Låntager har direkte eller indirekte en eierandel i et selskap som avgir negativ pantsettelseserklæring

Kjernen i unntaket i forslaget til forskrift § 6-41 første ledd bokstav b er at et (datter-)datterselskap avgir en negativ pantsettelseserklæring rettet til morselskapets kreditor. Bakgrunnen også for dette unntaket er at det reelt sett vil være morselskapets egne verdier som gir grunnlag for økt lånekapasitet.

Vi er enige i at det ikke bør oppstilles nærmere krav til eierandel utover at det som en nedre grense naturligvis må dreie seg om en nærstående for at sikkerhetsstillelsen i utgangspunktet skal være relevant. Vi antar at dette skyldes at bidraget til økt lånekapasitet reduseres med synkende eierandel, og ikke er grunn til å oppstille noe kvalifisert eierkrav.

Det bør også presiseres at negativ pantsettelseserklæring fra morselskap til fordel for datterselskaps långiver, om at datterselskapet ikke vil stille sikkerhet til fordel for andre långivere, ikke anses som sikkerhetsstillelse i denne sammenheng. Dette skyldes at erklæringen ikke gir låntager økt lånekapasitet. Erklæringen vil innebære at långiver kan forholde seg til de dekningsobjekter som forelå ved kredittgivningen.

4 Nærstående part har stilt sikkerhet i form av pant i eierandel i låntageren

Vi slutter oss til unntaket i forslaget til forskrift § 6-41 første ledd bokstav c, herunder at det ikke oppstilles noen nærmere krav til eierandel for at dette unntaket skal komme til anvendelse. Bakgrunnen også for dette unntaket er at det reelt sett vil være låntakerselskapets egne verdier som gir grunnlag for lånekapasiteten.

I sammenheng med omtalen av dette forslaget er det i høringsnotatet s. 5-6 presisert at sikkerhet i form av pant i en fordring på en nærstående låntaker ikke foreslås unntatt. Begrunnelsen er at departementet oppstiller en presumpsjon for at dette kan gjøre det mulig for det nærstående selskapet å ta opp ekstern gjeld ut over det som kunne vært oppnådd uten sikkerhetsstillelsen.

Etter forslaget rammes derfor tilfeller hvor et morselskap/selskap lenger opp i kjeden eller et søsterselskap har stilt fordring på låntager som sikkerhet. Da det også her må sies reelt sett å være låntagers egne verdier som er stilt som sikkerhet burde også dette vært omfattet av unntakene i forskriften. At långiver forenklet sagt kan tre inn i f.eks. et søsterselskaps dividendekrav ved låntagers evt. konkurs vil bidra til å vanne ut långivers dividende på primærfordringen. Etter vårt syn vil dette i alminnelighet gi en så marginal økning i lånekapasiteten at slik sikkerhetsstillelse bør omfattes av unntaket fra skatteloven § 6-41 sjettede ledd bokstav a.

Hvis departementet vil beslutte at sikkerhet i fordringer som nevnt ikke skal unntas bør Finansdepartementet vurdere hvilke praktiske ulemper dette medfører i forhold til det å gi og motta konsernbidrag. Mange sikkerhetspakker krever at både aksjer og fordringer som til enhver tid eksisterer mot låntaker pantsettes. Dette vil innebære at garantistens krav på konsernbidrag fra låntaker omfattes av en sikkerhetsstillelse, slik at konsernbidrag må ytes kontant på generalforsamlingstidspunktet for å unngå omklassifisering av eksternt lån. Tilsvarende vil det oppstå fordringer som kan omfattes av en sikkerhetspakke i situasjoner hvor garantisten yter konserninterne tjenester overfor låntaker.

Hvis derimot et datterselskap har stilt fordring på morselskapet som sikkerhet for morselskapets gjeld omfattes tilfellet av forslaget til forskrift § 6-41 første ledd bokstav a om sikkerhet fra datterselskap da dette unntaket gjelder alle former for sikkerhetsstillelser.

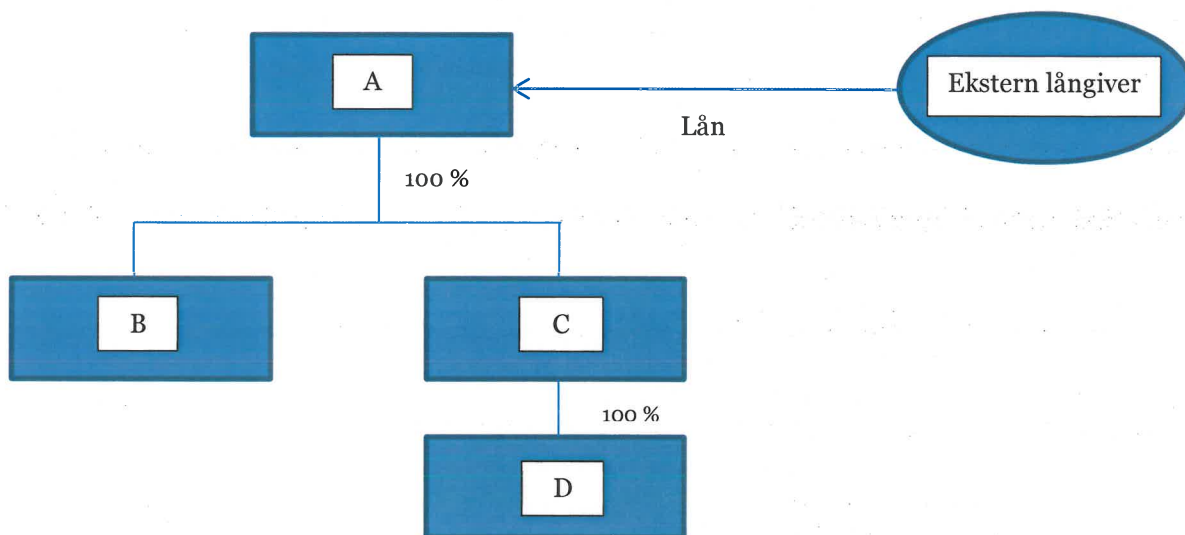
5 Forslaget til forskrift § 6-41 annet ledd

5.1 Forslaget til forskrift § 6-41 annet ledd bokstav a

Etter forslaget vil unntakene for 1) sikkerhetsstillelse fra (datter-)datterselskap for morselskapets eksterne gjeld og 2) sikkerhetsstillelse i form av negativ pantsettelseserklæring fra selskap låntageren har eierandel i ikke være anvendelig hvis et tredje nærstående foretak har stilt sikkerhet overfor vedkommende selskap som stilte sikkerhet overfor ekstern långiver.

Basert på ordlyden og beskrivelsen i høringsnotatet s. 6 antar vi at departementet med uttrykket "*har stilt sikkerhet til fordel for*" den som har avgitt garantien til ekstern långiver sikter til kontragarantier, dvs. at nærstående avgir garanti overfor nærstående primærgarantist for at låntager innfrir det latente regresskrav som primærgarantisten måtte ha på långiver. Gitt at dette er meningen med forslaget reiser dette flere spørsmål som ikke synes vurdert i høringsnotatet:

- Kontragarantien innebærer ikke at det er stilt sikkerhet for den eksterne gjelden og forskriften synes dermed å ha en rekkevidde i strid med ordlyden i skatteloven § 6-41 sjette ledd bokstav a.
- Etter vår forståelse av forslaget vil det dessuten være tale om sikkerhet for et latent regresskrav, dvs. ikke for en eksisterende gjeld. Hvis regresskravet derimot materialiserer seg vil dette være gjeld til nærstående. Vi ser generelt ikke behov for at latent gjeld skal trekkes inn under rentebegrensningen.
- I høringsnotatet s. 6 anføres som bakgrunn for forslaget at den interne sikkerhetsstillelsen vil kunne gi grunnlag for økt lånekapasitet. Det er viktig at rekkevidden av en slik regel begrenses til tilfeller der den interne sikkerhetsstillelsen gir reell økning av lånekapasiteten, og det er ikke tilfelle så lenge nærståendes sikkerhet er stilt av låntagers (datter-)selskaper som kunne ha stilt sikkerhet direkte ovenfor långiver. En annen sak er at interne sikkerhetsstillelser fra overliggende selskap i strukturen til garanterende datterselskap av låntager reelt sett må kunne anses som sikkerhetsstillelse overfor ekstern långiver, frontet av låntagers datterselskap. Som vi kommer tilbake til må i så fall ordlyden utformes betydelig mer målrettet på slike tilfeller. Da forslaget rekker betydelig lenger enn dette typetilfelle er det etter vårt syn et spørsmål om forslaget går lenger enn forskriftshjemmelen i skatteloven § 6-41 tiende ledd rekker.



Etter vårt syn medfører følgende eksempler på sikkerhetsstillelser, som vi knytter til strukturen skissert ovenfor, at ekstern gjeld omklassifiseres til intern gjeld etter forslaget til forskrift § 6-41 annet ledd bokstav a:

- Vi forutsetter at C og D har stilt garanti for A's gjeld til ekstern långiver. Hvis B stiller garanti overfor C og/eller D skal A's gjeld etter ordlyden i forslaget omklassifiseres til gjeld til nærstående hvis renter potensielt er gjenstand for avskjæring etter skatteloven § 6-41.
- Resultatet blir tilsynelatende også omklassifisering av A's eksterne lån hvis det i stedet for B er D som stiller sikkerhet til C for A's oppfyllelse av latent garantiansvar. Dette selv om det kun er (datter-datterselskaper) som har stilt sikkerhet.
- Vi forutsetter at C i tillegg til A har eksternt lån. C har i tillegg stilt garanti for A's gjeld, og B har stilt garanti overfor C for A's oppfyllelse av sin latente regressforpliktelse (men B har ikke stilt garanti overfor A eller C sine eksterne långivere). Ingen har stilt sikkerhet for Cs gjeld som dermed

- bør anses som ekstern gjeld. B har imidlertid stilt garanti overfor C, som etter ordlyden medfører at A's gjeld omklassifiseres til intern gjeld. Dette illustrer at ordlyden i forslaget tilsynelatende resulterer i løsninger som helt undergraver intensjonen om at sikkerhetsstillelser innen A's underliggende egne verdier ikke skal lede til omklassifisering av eksterngjelden.
- I høringsnotatet s. 6 fremgår det at ved konsernkontoordninger med kredittamme er intensjonen at sikkerhetsstillelsene fra konsernselskapene i fellesskap skal medføre at alle datterselskapenes gjeld til morselskapet skal anses som intern gjeld. Tilsvarende vil morselskapets gjeld til datterselskapene anses som intern gjeld. Vi forstår høringsnotatet slik at konsernets gjeld til banken under konsernkontoordningen også etter forskriftsutkastet skal anses som ekstern gjeld. I den grad sikkerhetsstillelsene også representerer kryssgarantier vil imidlertid konsernets gjeld i slike tilfeller etter ordlyden omklassifiseres til intern gjeld, jf. § 6-41 annet ledd bokstav a og bokstav b. Videre synes forslaget å innebære at morselskap med eksternlån må velge mellom å inngå i en konsernkontoordning eller å få sikkerhetsstillelse fra et datterselskap for eksterngjelden. Gjøres begge deler vil all eksterngjeld måtte omklassifiseres etter ordlyden i høringsforslaget.

På denne bakgrunn mener vi forslaget til § 6-41 annet ledd bokstav a må endres vesentlig. Det viktigste etter vårt syn er at det også for kryssgarantier må gjelde et unntak så lenge det er tale om sikkerhetsstillelse som reelt sett representerer låntagers egne verdier, dvs. sikkerhetsstillelse fra (datter-)datterselskap. Dette kan teknisk gjøres ved at det i forskriften § 6-41 annet ledd bokstav a gjøres en tilføyelse slik at det fremgår at bestemmelsen bare gjelder hvor sikkerheten ikke er stilt fra nærstående som direkte eller indirekte eiet med 90 pst eller mer av låntakeren. Man vil da oppnå det vi antar er formålet med en slik regel da reelle garantier utenfor låntagers egen økonomi vil lede til omklassifisering av gjelden. Videre bør betydningen av konsernkontoordninger positivt reguleres i forskriften. For øvrig viser vi til pkt. 6 hvor vi også peker på en alternativ utforming av forskriftsbestemmelsene.

5.2 Forslaget til forskrift § 6-41 annet ledd bokstav b

Når det gjelder forslaget om nærstående parts sikkerhetsstillelse til fordel for selskap som datterselskapet har en direkte eller indirekte eierandel i så er vi usikre på hva formålet er og hva slags typetilfeller som er tenkt rammet. Vi antar at departementet i høringsnotatet s. 6 om konsernkontoordninger sikter både til bokstav a og bokstav b i forslaget til § 6-41 annet ledd bokstav. I strid med intensjonen i høringsnotatet s. 6 så synes imidlertid morselskapets gjeld til banken å måtte omklassifiseres til intern gjeld både etter forslaget til forskrift § 6-41 annet ledd bokstav a og bokstav b, jf. også våre kommentarer i pkt. 5.1 ovenfor.

Sett at datterselskapet deltar med 1/3 av aksjene i et utviklingsselskap sammen med andre eksterne aktører, og et nærstående selskap har stilt sikkerhet for datterselskapets forfalte forpliktelse til å dekke innskudd i utviklingsselskapet. Hvis datterselskapet uavhengig av dette har pantsatt eiendeler til fordel for morselskapets eksterne kreditorer vil sistnevnte sikkerhetsstillelse etter ordlyden ikke omfattes av unntaket. Konsekvensen er i så fall at morselskapets eksterne gjeld i et slikt tilfelle omklassifiseres til intern gjeld.

Overnevnte illustrerer at den vide ordlyden i forslaget til forskriftstekst, kombinert med formuleringer i høringsnotatet s. 6 om at bestemmelsen skal gjelde uavhengig av om det er en sammenheng mellom nærstående parters sikkerhetsstillelse, leder til betydelig usikkerhet og potensiell omklassifisering ut over det som rimeligvis kan ha vært intensjonen.

6 Alternativ tilnærming til utforming av forskriftsteksten

Etter vårt syn illustrerer våre eksempler og kommentarer ovenfor en mer generell innsigelse til teknikken som er anvendt i utkast til forskrift. I tråd med intensjonene i forarbeidene bør det etter vårt syn gis regler som direkte fastslår hva som skal/ikke skal rammes, og ikke indirekte vidt formulerte regler som rekker videre enn de typetilfeller man har sett for seg. Gitt situasjonen hvor det eksisterer en regel som omklassifiserer ekstern gjeld til intern grunnet nærstående sikkerhetsstillelser bør forskriften i så fall gå ut på følgende:

- Sikkerhetsstillelse fra låntagers morselskap eller søsterselskap medfører omklassifisering av ekstern gjeld til gjeld til nærstående. Dette gjelder også for indirekte sikkerhetsstillelser i form av sikkerhetsstillelse fra morselskap eller søsterselskap til fordel for (datter-)datterselskap som har stilt sikkerhet overfor ekstern långiver. Sikkerhetsstillelse i form av fordring på eller eierandel i låntageren er generelt unntatt fra skatteloven § 6-41 sjette ledd bokstav a.
- Sikkerhetsstillelse fra (datter-)datterselskaper er alltid unntatt fra skatteloven § 6-41 sjette ledd bokstav a.
- For konsernkontoordninger med kredittramme, med sikkerhetsstillelse fra morselskapet eller selskapene i fellesskap, skal morselskapets gjeld til banken anses som ekstern gjeld og øvrig gjeld skal anses som gjeld til nærstående.
- Forskriften bør videre regulere hva konsekvensen er av at en sikkerhetsstillelse har ledet til omklassifisering av ekstern gjeld for deler av året. Spesielt for inntektsåret 2014 er dette dessverre en meget praktisk problemstilling. Vi forutsetter at bare en forholdsmessig andel av påløpte renter i en slik situasjon skal anses som interne. Noen beregningsmessige utfordringer av betydning med dette kan vi ikke se.

7 Klargjøring av hva som skal anses som "sikkerhetsstillelse" og rekkevidden av omklassifiseringen

Med sikkerhetsstillelse må omfattes kausjon og andre generelle garantistillelser, avgivelse av negativ pantsettelseserklæring eller realsikkerhet. Vi legger til grunn at "comfort letters" må representere en juridisk bindende sikkerhetsstillelse før de er relevante, jf. "har stilt sikkerhet". Prop. 1 LS (2013-2014) s. 127 kunne vært klarere på dette punkt, og dette har forplantet seg til Lignings-ABC 2013/14 s. 1053. Etter vårt syn kan det med fordel presiseres i forskriften at det må dreie seg om en juridisk forpliktende sikkerhetsstillelse for at den skal være relevant. Hvis regelen mot formodning skal være at "en uformell sikkerhetsstillelse" etter en skjønnsmessig vurdering skal kunne medføre omklassifisering hvis den, av grunner som er uklare for oss, har medført økt lånekapasitet, så har man forlatt det sjablonmessige utgangspunktet. I så fall må det åpnes for at skattyter unngår omklassifisering i den grad formelle sikkerhetsstillelser ikke har medført økt lånekapasitet. Vi bør med andre ord ikke ha en regel som gir grunnlag for realitetsvurderinger av lånekapasitet kun når dette er til skattyters ulempe. Vil skattemyndighetene anføre at renter bør avskjæres utenfor området av skatteloven § 6-41 vil de være henvist til å anvende skatteloven § 13-1 som grunnlag.

Det er vanlig med klausuler om antisipert mislighold, typisk slik at hvis et konsernselskap misligholder låneforpliktelsene så skal ikke bare dette selskapets gjeld, men eventuelt også øvrige konsernselskapers gjeld anses forfalt i sin helhet. Dette er bestemmelser for å begrense kreditors tap. Etter vårt syn kan dette ikke anses som "sikkerhetsstillelse" i forhold til reglene om rentebegrensning. Kreditor etter en slik låneavtale vil ikke få dekningsmuligheter utover det enkelte konsernselskaps verdier.



Videre reiser vi spørsmål om det bør presiseres at latente sikkerhetsstillelser ikke skal være relevante i forhold til omklassifisering. Dette kan for eksempel være:

- Garanti fra et søsterselskap for dekning av latent innskuddsforpliktelse i et selskap
- Betinget tilleggssikkerhet som effektueres hvis konsernet kommer i brudd med lånevilkårene (brudd på "covenants")
- Garanti for kontraktsrettslig oppfyllelse, for eksempel at konsernspiss garanterer for datterselskapets kontraktsmessige oppfyllelse av et entreprisoppdrag

Virkningen av omklassifisering er at den eksterne gjelden anses som intern gjeld, og at rentekostnadene potensielt blir gjenstand for rentebegrensning. Av lovteksten og forarbeidene fremgår det at omklassifisering skal skje så langt sikkerheten beløpsmessig rekker, jf. lovteksten ("*så langt en nærstående part har stilt sikkerhet for gjelden*") og forutsetningsvis Prop. 1 s. 126 ("*Dersom sikkerheten gjelder hele lånet, vil alle rentebetalingene knyttet til lånet anses som interne renter...*"). Vi mener dette er en så sentral regel at den med fordel kan presiseres i forskriften.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Knut Ekern'.

Knut Ekern
Advokat

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Hilde Thorstad'.

Hilde Thorstad
Advokat