

SCHJØDT

Finansdepartementet
v/Skattelovavdelingen
Postboks 8008 Dep
0030 Oslo

Oslo, 14. februar 2014
Dok.ref: -2175285.3

HØRINGSSVAR - FORSKRIFT OM FRADRAGSBEGRENSNING FOR RENTER

1. INNLEDNING

Vi viser til høringsnotat; Utfyllende forskrift om begrensning av fradrag for renter i interessefelleskap - sikkerhetsstillelse fra nærstående part, datert 20.12.2013 ref. 13/5555.

Advokatfirmaet Schjødt AS har følgende merknader til høringsutkastet.

2. SIKKERHETSSTILLELSE FOR NÆRSTÅENDE PART

2.1 Sikkerhetsstillelse for sikkerhetsstilleren - § 6-41, 2 ledd a og b

Det vises til forslag til § 6-41, 2 ledd a) og b). Det følger av forslaget at unntaket i forslagets § 6-41 første ledd bokstav a og b ikke vil gjelde der den nærstående sikkerhetsstilleren (Selskap A) har forpliktelser som en nærstående (Selskap B) har stilt sikkerhet for. Det er ingen forutsetning om sammenheng mellom det aktuelle sikrede eksterne lånet og forpliktelsene som er sikret av Selskap B. Det er heller ingen beløpsgrense for verdien av sikkerhetsstillelsen fra Selskap B. Konsekvensen av dette synes å være at enhver garanti og ethvert pant fra Selskap B for enhver forpliktelse Selskap A måtte ha, uansett type og omfang, vil føre til at rentene på det eksterne lånet som Selskap A har stilt sikkerhet for blir ansett som interne renter. Hvis B i stedet for å stille sikkerhet for A forpliktelse hadde ytet et lån til A ville de eksterne rentene ikke bli ansett som interne.

For det første stiller vi spørsmål ved om annet ledd skal gjelde hvor sikkerhetsstillelser fra Selskap B i forhold til Selskap A ville falt inn under unntaket i første ledd, mao hvor Selskap B er eid mer enn 90 % av Selskap A. Intensjonen i § 6-41, 1 ledd synes å være at man aksepterer sikkerhetsstillelse som gis oppover, forutsatt minst 90 % eierandel. Ordlyden i § 6-41, 2. ledd innebærer imidlertid at dette ikke gjelder hvis det er stilt sikkerhet i kjede. Hvis datterselskap A stiller sikkerhet for mors banklån, og datterdatter B stiller sikkerhet for A, så tilsier ordlyden i 2. ledd at rentene på banklånet anses som interne renter. På bakgrunn av konsernkontoeleksempel i annet avsnitt i punkt 2.5 i høringsnotatet vil vi anta at dette ikke har vært meningen, men dette fremgår ikke klart av forslaget, og bør presiseres ytterligere. Eksempel som er gitt i 3. avsnitt i punkt 2.5. i høringsnotatet innebærer imidlertid det motsatte.

Et praktisk eksempel er at morselskapet i konsern blir bedt om å stille husleiegaranti for alle selskapene i konsernet. Med utgangspunkt i eksemplet i høringsnotatet punkt 2.5: Hvis A har lån som er garantert av datter B, og A har stilt husleiegaranti for C, så tilsier ordlyden i forskriftsutkastet 2. ledd b) at As bankrenter anses som interne renter. Hensett til formålet med loven synes denne løsningen svært lite hensiktsmessig.

2.2 "Sikkerhetsstillelse" – relasjon til hovedstol

Videre mener vi det kan føre til utilsiktede konsekvenser om annet ledd skal gjelde enhver sikkerhetsstillelse uavhengig av hva den sikrede forpliktelse består i. Det vises til eksemplet med husleiegaranti i avsnittet over Det samme vil gjelde for alle andre typer legitime sikkerhetsstillelser i den ordinære forretningsdrift. Såkalte performance-garantier er et praktisk eksempel). Slike sikkerhetsstillelser gis som en del av vanlige kommersielle vilkår og inngår som en del av den normale forretningsmessige drift. Ønsker man å ramme denne type garantier/sikkerhetsstillelser, som svært sjelden vil ha noen saklig sammenheng med det aktuelle eksterne lånet som et annet konsernselskap har tatt opp?

Videre bør det klargjøres hva som menes med "sikkerhetsstillelse" generelt. Dette omtales nærmere nedenfor i punkt 3.

3. BEGREPET "SIKKERHETSSTILLELSE"

I punkt 2.3 i høringsnotatet legges det opp til unntak for negative pantsettelseserklæringer fra underliggende selskaper, uavhengig av eierandel. Kommerielle långivere krever i praksis alltid negative pantsettelseserklæringer fra konsernselskaper i helt eller dels usikrede lånestrukturer. Derfor er det foreslåtte unntaket hensiktsmessig og av stor økonomisk betydning for norske selskaper.

Det er imidlertid på det rene at negative pantsettelseserklæringer ikke er å anse som pantsettelser i panterettslig forstand. Vi stiller også spørsmål ved om det i det hele tatt er naturlig å forstå negative pantsettelseserklæringer som "sikkerhet" i lovens forstand og dermed om det i det hele tatt er nødvendig med et unntak.

Dersom det legges opp til et slikt eksplisitt unntak for negative pantsettelseserklæringer, som i andre sammenhenger ikke oppfattes som "sikkerhetsstillelse", vil det kunne oppstå vanskelige avgrensninger mot hva som må anses som "sikkerhet". Flere andre lånebetingelser har liknende eller tilstøtende virkninger som negative pantsettelseserklæringer. For eksempel vil både forbud mot ytterligere låneopptak og restriksjoner på utdelinger være med på å forsikre långiver om at konsernverdien ikke forringes. Slike begrensninger oppfattes i andre sammenhenger ikke som "sikkerhetsstillelse". Det er behov for en presisering av hva som kvalifiserer som "sikkerhet". Etter vår vurdering må man unngå en løsning hvor det kan være tvil om hva som omfattes. Selskapene har behov for absolutt forutsigbarhet og mulighet til å unngå utilsiktede skattemessige konsekvenser av ellers sunne forretningsmessige avtaler. Det bør derfor gis en definisjon av "sikkerhet", som knyttes til en tradisjonell forståelse av begrepet, og hvor man holder utenfor garantier og sikkerheter som ikke har noen sammenheng med det aktuelle låneopptaket, herunder performance garantier, husleiegarantier ol.

Dersom departementet likevel legger til grunn at negative pantsettelseserklæringer skal være å anse som "sikkerhet", påpeker vi at unntaket bør gjelde generelt for nærstående parter, også som låntaker ikke har en eierandel i, f eks søsterselskap. Dersom for eksempel et morselskap ikke kan yte pantesikkerheter (som gjelder annet enn aksjene i låntaker) eller stille garantier for datters lån uten at låntakers eksterne gjeld blir omklassifisert som interngjeld for skatteformål, vil en negativ pantsettelseserklæring fra morselskapet ikke øke låntakers belåningsevne, i og med at långiver uansett ikke har noe tilknyttet krav mot morselskapet.

4. TOLKNING AV REGLENE

4.1 Direkte og indirekte sikkerhet

Ordlyden i forskriftsutkastet § 6-41 første ledd a) omfatter sikkerhetsstillelse fra underliggende selskap. Vi legger til grunn at bestemmelsen gjelder enten datterselskapet stiller sikkerhet internt i konsernet eller direkte ovenfor finansinstitusjonen. Dersom det er ment å ligge en begrensning her, bør det presiseres.

4.2 Sikkerhet fra flere

Vi oppfatter at unntaket i § 6-41 første ledd a) omfatter en situasjon hvor både datter B og datterdatter C stiller sikkerhet direkte overfor banken for mor As lån. Dersom det er ment å ligge en begrensning her, bør det presiseres.

Ovenfor er det også pekt på behov for presisering av hva som gjelder ved sikkerhet i kjede, dvs hvor B stiller sikkerhet for A og C stiller sikkerhet for B. Dette knytter seg både til sikkerhet fra C som gjelder samme gjeld (As gjeld), men også hvor C stiller sikkerhet for en annen forpliktelse som B har.

4.3 Konserngarantier

Vi har allerede erfart at regler i tråd med forskriftsutkastet skaper betydelig tolkningstvil, og at det griper inn i vel etablerte finansieringsløsninger. Dette gjelder løsninger som på ingen måte har skattemessig motiv, og hvor løsningene og vilkårene har festet seg som en praksis i finansmarkedet.

Forskriftsutkastet § 6-41 første ledd a) unntar visse sikkerhetsstillinger fra nærstående. Etter ordlyden omfattes direkte eller indirekte eide datterselskap som tilfredsstillter det kvalifiserte eierkravet. I praksis er tilnærmet alle finansieringsstrukturer bygget opp slik at et datterselskap som stiller sikkerhet for mors banklån blir bedt av finansinstitusjonen om å avgi garanti for både morselskapets gjeld og for andre konsernselskaps manglende oppfyllelse av sitt garantiansvar. Hvis mor A har en datter B og en datter C, så kan B og C avgi garanti for As banklån uten at bankrentene anses som interne renter. Banken vil imidlertid kreve at B tillegg garanterer for Cs manglende oppfyllelse av sitt garantiansvar (og motsatt). Ordlyden i forskriftsutkastet tilsier at slik garanti blir avgjørende, og medfører at As bankrenter likevel blir å anse som interne renter. Derved griper man inn i vanlig forretningsmessige markedsvilkår for finansiering gjennom beskatningen av låntaker A. Departementet bør presisere om bestemmelsene skal tolkes slik. Vi har allerede erfart at dette er en konsekvens som selskapene og bankene opplever som både overraskende og lite formålstjenlig, og som svært problematisk.

Hvis B og C har datterselskaper (B2 og C2), vil banken kreve at disse også avgir garanti. Det oppstår da spørsmål om konsekvensene av om disse stiller sikkerhet direkte overfor banken, overfor A eller overfor B/C. Disse spørsmål er tatt opp i 4.1 og 4.2 over. I tillegg vil banken ofte kreve at B2 og C2 garanterer for både A og Bs forpliktelser. Vi oppfatter forskriftsutkastet slik at en slik garantistillelse medfører at As bankrenter anses som interne renter, uavhengig av om B og C har stilt noen sikkerheter. Videre oppfatter vi forskriftsutkastet slik at dersom B2 kun garanterer for Bs forpliktelser, så vil det isolert sett ikke medføre konsekvenser for As bankrenter. Departementet bør presisere at bestemmelsene skal tolkes slik.

(IV) Kan B2 (og på samme måte C2) garantere for "all Obligor's liabilities"?

Banken vil regelmessig kreve at alle selskapene gjøres til part i låneavtalen, og at alle påtar seg som felles forpliktelse å dekke bankens kostnader med å få på plass lånet, garantiene osv. Forholdet beskrives gjerne som "all guarantors' liabilities" e.l. Det bør avklares om sikkerhetsstillelse for denne type tilknyttede forpliktelser omfattes av unntaket i forskriftsutkastet § 6-41 første ledd, a). Hvis slike forpliktelser anses som "sikkerhetsstillelse" slik at unntak er nødvendig, bør departementet vurdere om det skal gis unntak generelt for denne type forpliktelser, og i et hvert fall om det skal gis unntak selv om eierkrav på 90 % ikke er oppfylt.

Med vennlig hilsen
ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS



Hugo P. Matre
advokat

HUGO.MATRE@SCHJODT.NO