

HARBOE & CO

Advokat Einar Harboe (H)
Advokat Ivar Hobbelhagen
Advokat PhD Harald Hauge
Advokat Jan-Ola Hedblad
Advokat MBA J. Christian Grevstad
Advokat Geir Sevre
Advokat Marianne Brockmann Bugge

Finansdepartementet

Postmottak@fin.dep.no

Advokat Øystein Andal
Advokat Jarle Schelander
Advokatfullmektig Ida J. Holm Hansen

Deres ref:
13/5555 SL HRu/KR

14.02.2014
Ansvarlig advokat: Harald Hauge
hh@harboe.no

Høringsuttalelse til utfyllende forskrift til rentebegrensningsreglene, ny § 6-41

1 Innledning

Vi viser til Finansdepartementets høringsbrev av 20.12.2013, og høringsnotat av samme dato. I det følgende vil vi få komme med enkelte merknader til den foreslåtte forskriften, og til reglene for øvrig som eventuelt kan tilsi endringer i forskriften. Vi ber departementet vurdere å gi en kommentert forskrift, slik man har gjort ved enkelte tidligere anledninger, for å gi mest mulig presis veiledning via forskriften.

Dette brevet sendes kun inn elektronisk.

2 Regelstruktur

Den utfyllende forskriften gjelder unntak fra § 6-41 (6) bokstav a, som likestiller ekstern gjeld med intern gjeld, dersom en nærstående har stilt sikkerhet for gjelden. I den foreslåtte forskriften gis det unntak i enkelte tilfeller, gitt at sikkerhetsstillelsen går riktig vei, og har riktig form. Det gis likevel et unntak fra unntaket, hvis en annen nærstående part har stilt sikkerhet for den som stiller sikkerhet.

Reglene om rentefradrag nå blitt veldig kompliserte. Hovedregelen følger av § 6-40, som gir fradrag for renter. Så følger det et unntak fra hovedregelen i § 6-41 (3), for interne renter. I § 6-41 (6) utvides unntaket for interne renter til også å gjelde eksterne renter. I den foreslåtte forskriften § 6-41 (1) gis det så et unntak fra unntaket for eksterne renter, men i den foreslåtte forskriftens § 6-41 (2) gis det et unntak fra unntaket fra unntaket for eksterne renter. Lovstrukturen har blitt meget vanskelig tilgjengelig. Som vi vil komme tilbake til, bygger denne vanskelig tilgjengelige lovstrukturen på en høyst diskutabel rettslig forutsetning. Etter vår oppfatning bør regelen heller utformes slik at det gis en hovedregel i § 6-40, og så får de unntak lovgiver likevel ønsker å beskatte, nevnes i § 6-41.

3 Endelig avregning mot fremført underskudd og konsernbidrag

De nye reglene i § 6-41 rammer i noen tilfeller meget hardt, og virker medsyklisk. Et selskap som opplever gode år og gode resultater, får også en høy fradragsramme, og kan derfor få omfattende fradrag for interne renter. Et selskap som opplever tyngre år, og har lavere resultater, får samtidig en ekstraregning ved at fradragsrammen blir lavere, med medfølgende avskjæring av interne renter. En høyere effektiv skattesats i år med lave resultater, enn i år med gode resultater, fremstår etter vår oppfatning som svært lite ønskelig. Reglene i § 6-41 gir videre incentiver til å organisere næringsvirksomheten på bestemte måter, og virker slik mot formålet med konsernbidragsreglene. Det må derfor i forskriften åpnes for at fremførbart underskudd og konsernbidrag også kan benyttes etter at fradrag for interne renter er beregnet.

Per nå er det ikke adgang til dette, jf. sktl. § 6-41 (3) tredje punktum. Begrunnelsen for å ikke åpne for slik utligning, i Prop. 1 LS (2013-2014), er angitt til at dette vil bli for komplisert. Det kan ikke begrunne regler som vil ha såpass store negative virkninger. Reglene i §§ 6-40 og 6-41 med forskrift er nå blitt så kompliserte, at en enkel adgang til å benytte fremførbart underskudd eller konsernbidrag mot skattepliktig inntekt, fremstår som en mindre detalj i den kompleksitet dette regelverket uansett vil ha. Detaljen vil likevel være svært viktig for de skattytere det gjelder, og rette opp i noen av de mest negative virkningene av regelverket.

4 Regelen rammer for bredt

Avskjæring av fradrag for helt ordinære, markedsmessige renter til ekstern bank, inntatt i sktl. § 6-41 (6) bokstav a, har ikke tidligere vært ute på høring. Denne regelen kom inn etter høringen om reglene, og ble første gang presentert i Prop. 1 LS (2013-2014). Regelen er begrunnet i at et datterselskap uten lånekapasitet, ved hjelp av garanti fra mor, kan få lånt penger av en ekstern bank. Så fremgår det videre av begrunnelsen, at

«størrelsen på renter som er fradragsberettiget ved ligningen av datterselskapet, [kan] øke. Den økte gjelden kunne ha vært tatt opp som et internt lån direkte fra morselskapet, men ikke som ekstern gjeld uten morselskapsgaranti.»

De rettslige forutsetningene som her legges til grunn, synes vanskelig å harmonere med gjeldende rett. Et selskap får ikke fradragsrett for interne renter utover lånekapasiteten. Dette er sikker rett, så vi nøyer oss med å vise til Rt 2007 s. 1024 Statoil ASA og Rt 2010 s. 790 Telecomputing. Fra Statoildommen siteres:

«(44) I den foreliggende sak er partene enige om at Statoil Angola ikke har finansiell evne til å bære større rentebærende lån enn det lån som er opptatt i SCC. Dette innebærer at det ikke ville ha vært mulig for Statoil Angola å skaffe det lån selskapet har opptatt i Statoil ASA, fra en uavhengig kredittgiver. Når dette er tilfellet, er bestemmelsen om rentefrihet ikke et resultat av interessefelleskapet mellom Statoil ASA og Statoil Angola, men forretningsmessig begrunnet. Dette er bakgrunnen for at det i ligningspraksis har vært lagt til grunn at det ikke kan fastsettes inntektstillegg etter skatteloven § 13-1 for rentefrie lån fra morselskap dersom datterselskapet ikke har lånekapasitet. I Finansdepartementets uttalelse i Utv. 1997 side 895, som følger opp en tidligere uttalelse av departementet i Utv. 1995 side 1065, blir det således fremholdt:

«Det vanlige er at lån på kommersielle vilkår mellom uavhengige parter er gjenstand for renteberegning. Utgangspunktet blir derfor at rentefrihet har medført en inntektsreduksjon for morselskapet tilsvarende normal rente på lånet. Unntaksvis kan det imidlertid tenkes at datterselskapets finansielle stilling var så svak da det rentefrie lånet ble ytet, at det på dette tidspunktet ikke ville hatt kapasitet til å ta opp et tilsvarende lån på kommersielle vilkår. I slike tilfeller kan det være grunnlag for å hevde at morselskapets inntektsreduksjon ikke svarer til normal rente på hele lånet, men til en lavere rente på hele lånet eller eventuelt normal rente på en del av lånet. I særlige tilfeller kan det endog tenkes at datterselskapet overhodet ikke hadde lånekapasitet, med den følge at vilkårene for inntektsjustering i morselskapet etter skatteloven [av 1911] § 54 første ledd ikke er oppfylt.»

(45) Jeg finner det etter dette klart at det ikke er grunnlag for å fastsette noe inntektstillegg for det rentefrie lånet som Statoil ASA har ytet til Statoil Angola, såfremt dette lånet blir betraktet isolert. Når Statoil Angola har behov for lån utover det selskapet har finansiell evne til å forrente, skyldes det ikke interessefelleskap, men at selskapets egenkapital ikke er tilstrekkelig i forhold til selskapets aktivitet.»

Fra Telecomputingdommen siteres:

«(47) I samme retning peker det forhold at TC har beregnet renter av den del av kapitaloverføringene som lå innenfor det som ble antatt å utgjøre TINC's lånekapasitet. Dette bidrar til å underbygge at TINC etter rettsforholdet mellom partene som utgangspunkt hadde plikt til å betale renter av de beløp som selskapet hadde fått overført. Det fremgår av note 10 til TC's årsregnskap for 2000 at når det ikke ble beregnet renter av den del av overføringene som oversteg lånekapasiteten, var det fordi TINC etter de retningslinjer som gjelder for tynt kapitaliserte datterselskaper, ikke ville kunne ha blitt belastet med renter for mer.»

Spørsmålet om renteberegning var overhodet ikke berørt i Telecomputingdommen, men ble lagt til grunn som et udiskutabelt faktum av både skattemyndighetene, skattyter og Høyesterett. Spørsmål i saken var om lån utover lånekapasiteten også endret karakter til egenkapital, sett i forhold til reglene om fradrag for tap på fordringer. Høyesterett konkluderte med at gjelden ikke endret karakter. Dette spørsmålet er for øvrig nå regulert i sktl. § 6-2 (3).

Et datterselskap får heller ikke fradrag for renter utover lånekapasiteten hvis gjelden går til en ekstern bank, men der lånekapasiteten skyldes nærstående garanti for gjelden. Fra «Norsk skatteavtalerett», Skaar mfl. Oslo 2006 s. 494 siteres:

«Det er på det rene at skattelovens internprisingsregel også hjemler adgang til å fastsette debtors inntekt ved skjønn, dersom selskapet gjennom lån garantert av nærstående foretak opererer med lavere egenkapital enn selskapet kunne ha operert med ved finansiering uavhengig av interessefelleskapet. Dette kan forankres direkte i ordlyden i skattelovens internprisingsregel som ikke krever at interessefelleskapet må

bestå mellom debitor og kreditor selv. At skattelovens internprisingsregel hjemler adgang til skjønnsfastsettelse ved underkapitalisering som følge av garanterte lån fra nærstående foretak kan også forankres i ordlyden før den redaksjonelle endring i 1981. Som et eksempel på en nærstående person var her særskilt nevnt «garanti eller lignende». »

Skatteloven § 6-41 (6) bokstav a er etter vår oppfatning begrunnet i, og gitt for å rette opp i, en problemstilling som strengt tatt ikke eksisterer. Regelen griper inn i finansieringen til svært mange foretak i Norge, også rent nasjonale. Regelens ordlyd er videre ikke koblet til begrunnelsen bak, og rammer i tillegg til garantier som blir gitt på grunn av manglende lånekapasitet, også alle garantier som blir gitt for å få lavere rente på det eksterne lånet. Regelens virkeområde bør derfor begrenses mest mulig.

5 Begrepet sikkerhetsstillelse

Hva som regnes som sikkerhetsstillelse bør presiseres nærmere. Det må her presiseres at det kun gjelder sikkerhet direkte knyttet til et gjeldsforhold, og bare så langt det faktisk er stillet garanti for et netto gjeldsbeløp (for eksempel i konsernkontoordning hvor det enkelte selskap kan ha både innstående og gjeld, eller mellom to selskap med gjensidige gjeldsforpliktelser som det er stilt sikkerhet for). Andre garantier fra nærstående, for eksempel garantier tilknyttet låntakerselskapets virksomhet, som garanti for oppfyllelse av inngåtte avtaler, garanti for oppfyllelse av merverdiavgiftsforpliktelser (fellesregistrering), sikkerhet for betaling av kjøpesum for overføring av formuesobjekter mellom konsernselskaper (som salgspant), kan ikke medregnes. Med dagens ordlyd er imidlertid dette usikkert.

6 Unntaket fra unntaket om sikkerhetsstillelse er for vidt

Unntaket ved kryssgarantier i den foreslåtte forskriftens § 6-41 (2), skal demme opp for omgåelser. Det er for eksempel ønsket at morselskapet ikke skal kunne gi garanti til en datterdatter, som så gir garanti til datter, som så gir garanti til mor. Men forskriften må begrenses til slike tilfelle man ønsker å ramme, og til sikkerhetsstillelser som direkte angår det gjeldsforhold det er stilt sikkerhet for i første omgang. Slik forskriften nå er utformet, omfatter den alle former for kryssgarantier, uavhengig av om mor har stilt noen som helst garanti. Sett i lys av begrunnelsen bak sktl. § 6-41 (6) bokstav a, bør virkeområdet gjøres minst mulig.

Ved den typen omgåelser det her søkes rammet, bør det stilles opp et forsterket nærstående krav, til 90 %. Videre må det presiseres i forskriftens § 6-41 (2) at med nærstående, menes nærstående til morselskapet, ikke nærstående til datterselskapet. Slik reglene lyder i dag, vil en garanti fra eier A, med 50 % eierandel, til fordel for datter B, medføre at garanti fra datter B til eier C, som eier de øvrige 50 % av B, føre til at C's garanterte, eksterne gjeld blir regnet som intern. Og det selv om A og C ikke er nærstående.

7 Muligheten for alminnelige konsernkontoordninger

Slik reglene nå er utformet, setter de en stopper for veldig mange forretningsmessig begrunnede konsernkontoordninger med kredittramme. Det må derfor inntas et konkret

unntak i forskriften, som regulerer reglens anvendelse ved konsernkontoordninger. Det må her fastsettes at morselskapets eksterne gjeld til banken etter konsernkontoordningen, regnes som ekstern gjeld. Eventuelle kryssgarantier mellom søsterselskap lenger ned i konsernet bør ikke føre til at morselskapets eksterne gjeld etter konsernkontoordningene blir å regne som intern.

8 Annet

Vi har også opplevd problemer ved anvendelsen av sktl. § 6-41 (2) andre til fjerde punktum. De aktuelle reglene sier at gevinst og tap på konvertible obligasjoner (bl.a.) regnes om renteinntekt eller rentekostnad. Antagelig menes kun utsteders og innehavers gevinst og tap ved overkurs på obligasjonen, samt innehavers eventuelle gevinst på tegningsrettighetene. Men etter lovens ordlyd, og begrunnelsen i Prop. 1 LS (2013-2014), kan det se ut til at utsteder vil få beregnet en rentekostnad på innehavers eventuelle gevinst på tegningsrettighetene. Men utsteder, selskapet som vil utstede nye aksjer som følge av tegningsrettighetene, lider ikke noe tap ved at det utsteder nye aksjer. Samtidig synes innehaver, ved tap på obligasjonene, for eksempel ved utsteders (debitors) konkurs, å få regnet hele tapet på hovedstolen, som en rentekostnad. Dette kan ikke være intensjonen. Vi ber derfor om at også dette presiseres i forskriften.

Ved spørsmål eller uklarheter er det selvfølgelig bare å ta kontakt, gjerne på telefon eller epost.

Advokat Jarle Schelander; tlf 97 77 44 32 , epost js@harboe.no
Advokat Harald Hauge, tlf 92 02 11 00, epost hh@harboe.no

Med vennlig hilsen

ADVOKATFIRMAET HARBOE & CO AS

Jarle Schelander /
Advokat MNA

Harald Hauge
Advokat MNA