

om et utenlandsk registrert selskap er hjemmehørende i Norge harmoneres mot retningslinjene til artikkel 4 i mønsteravtalen. Utviklingen innen OECD og internasjonal skatterett går stadig mer i retning av å legge vekt på realitet istedenfor formalia.

Selskaper bør derfor nå vurdere tiltak for å unngå eventuell uønsket immigrasjon eller emigrasjon ved en eventuell endring av forståelsen/innholdet i begrepet hjemmehørende. Det kan i den anledning bemerkes at en endring kan medføre likvida-

sjonsbeskatning til Norge hvis selskapet grunnet regelendringen anses emigrert etter internretten.

BFU 010/11, avgitt 31.3.2011:

Klassifisering av kapitalytelse som lån eller egenkapital

Det skulle gjennomføres en kapitalnedskrivning i Selskapet på 400 millioner. Deretter skulle aksjonærene skyte inn igjen 350 millioner som ansvarlig lån. Spørsmålet var hvordan innskuddet skulle klassifiseres skatterettslig.

På bakgrunn av bl.a. tilbakebetalingsplikt, samt at kapitalytelsen er rentebærende og ikke har tapsabsorberende evne, konkluderte direktoratet med at kapitalytelsen på 350 millioner fra aksjonærene til Selskapet var å anse som lån fra aksjonærene, og ikke som egenkapital.

Innsenders fremstilling av faktum og jus

Innsenders anmodning om bindende forhåndsuttalelse i brev av 25. februar 2011 siteres i det følgende:

Innledning

Anmodningen gjelder klassifiseringen av et privatrettslig ansvarlig lån som lån eller egenkapital for skatteformål.

Behovet for avklaring

Selskapet ønsker en forhåndsavklaring vedrørende den skattemessige klassifiseringen av det ansvarlige lånet som planlegges etablert ved nedsettelse av egenkapital for etablering av ansvarlig lån til eier (fylkeskommunene).

Utgangspunktet er at renter på det ansvarlige lånet vil være fradragsberettiget for

Selskapet, mens (fylkes-)kommuner som kreditorer ikke skattlegges for renteinntektene. Enkelte av (fylkes-)kommunene har eierskap i Selskapet via holdingselskaper (AS). For disse eierne vil holdingselskapene inneha aksjepostene, og kreditorposisjonene til det ansvarlige lånet vil kunne innehas av (fylkes-)kommunene eller eventuelt av holdingselskapene.

Kapitalnedsettelsen vil gjelde betydelige beløp. Den forestående kapitalnedsettelsen vil være i størrelsesorden NOK 400 millioner, hvorav NOK 50 millioner av nedsettelsesbeløpet utbetales til aksjonærene og NOK 350 millioner vil gå til etablering av ansvarlig lån. For å få en betryggende og forutsigbar skattemessig behandling, har både Selskapet og eier (fylkes-)kommunene et behov for avklaring. Det anmodes derfor om en bekreftelse på at låneforholdet skattemessig vil bli klassifisert som et lån, og ikke som egenkapital.

Bakgrunn

Ansvarlig lån – fremmedfinansiering

Konsernet har i dag en bokført egenkapital på cirka 46 prosent, mens verdijustert egen-

kapital antas å utgjøre cirka 55 prosent. Dette er meget solid for et industriselskap, og er ingen optimal finansieringsstruktur. Dagens høye egenkapital setter langt høyere krav til resultater enn hva en optimal struktur tilsier. En optimal struktur antas å utgjøre bokført egenkapital på minimum 30 prosent og verdijustert egenkapital på minimum 40 prosent. Legges dette til grunn, burde en kapitalnedsettelse på inntil 400 millioner kroner vurderes. Det er foretatt undersøkelser hos finansieringsinstitusjoner som bekrefter at kapitalnedsettelse i denne størrelsesorden vil kunne gjennomføres uten at dette får konsekvenser for bankenes vurdering av soliditet og rating av konsernet, slik at finansieringsvilkårene vil opprettholdes på dagens nivå.

Konsernet har ambisiøse investeringsplaner som skal finansieres enten med fremmed- eller egenkapital. At konsernets eiere ikke gjennomfører en kapitalnedsettelse i nevnte størrelsesorden, men tar del i finansieringen med kapital, vurderes som positivt fra finansinstitusjonene. At eierne også etablerer dette som ansvarlig lån, viser at de er villige til å ta større risiko enn andre långi-

Skatt Rettsavdelingen i skattedirektoratet

vere og at de på denne måten viser at de har tro på konsernet. I forhold til alternativet med å sette ned kapitalen med utbetaling, sikres konsernets soliditet og mulighet for tilgang til rimeligere kapital i langt større grad enn alternativet siden finansinstitusjonene for en del av det ansvarlige lånet vurderer dette på lik linje med egenkapital i sine kredittvurderinger. På denne måten vil konsernet både oppnå en mer riktig finansiering mellom fremmed- og egenkapital samtidig som det også for fremtiden sikres vilkår for fremmedfinansiering på samme nivå som konsernet oppnår i dag. Ved å etablere dette som et fastrentelån oppnås også ønsket om forutsigbarhet.

Fremgangsmåte ved etablering av lånet

Det ansvarlige lånet vil bli etablert ved at det foretas en kapitalnedsettelse i Selskapet med NOK 400 millioner. Kapitalnedsettelsen vil bli gjennomført som tilbakebetaling til eierne etter aksjelovens regler. Eierne vil deretter låne NOK 350 millioner av det tilbakebetalte egenkapitalinnskuddet til Selskapet i form av et ansvarlig lån. I praksis vil det ikke bli foretatt noen utbetaling fra Selskapet til eierne utover NOK 50 millioner, men en konvertering til ansvarlig lån når kapitalnedsettelsen er gjennomført.

For kommuner med direkte eierskap i Selskapet vil både aksjeposten og kreditorposisjonen (som etableres ved det ansvarlige lånet) være samlet på en hånd.

For (fylkes-)kommuner med eierskap i Selskapet via holdingselskaper vil de respektive holdingselskapene fortsatt inneha aksjepostene i Selskapet, men kreditorposisjonen i det ansvarlige lånet vil kunne innehas av (fylkes-)kommunene direkte, eventuelt av holdingselskapene. En strukturering med (fylkes-)kommunene som kreditorer i lånet antas å ville bli gjennomført med en kapitalnedsettelse i holdingselskapene med naturalutdeling av fordringene på Selskapet. Fordringene som de respektive holdingselskapene etablerte på Selskapet ved etablering av ansvarlig lån, vil i så fall dermed innehas direkte av de aktuelle (fylkes-)kommunene som har holdingselskaper. Den alternative modellen er at holdingselskapene innehar kreditorposisjonen, eventuelt kombinert med tilsvarende ansvarlige lån etablert ved kapitalnedsettelser også i holdingselskapene. Skattemessig er alternativene nøytrale.

Det tas sikte på å fatte nødvendige selskapsbeslutninger om kapitalnedsettelse senest i løpet av 2011. Etter at kapitalned-

settelsen er besluttet og meldt Brønnøysundregistrene, vil det bli kunngjort en to måneders kreditorvarselfrist. Kapitalnedsettelsen forutsettes dermed meldt gjennomført innen utgangen av 2011.

Kapitalnedsettelsen vil bli gjennomført etter aksjelovens bestemmelser om kapitalnedsettelse med tilbakebetaling til aksjonærene. De aktuelle vedtak vil gå ut på at lånet anses etablert og utbetalt til Selskapet samtidig med endelig registrering av gjennomført kapitalnedsettelse i Foretaksregisteret. Avtalen om å yte ansvarlig lån tas sikte på å gis virkning innen utgangen av 2011.

Nærmere om låneavtalen

Låneavtalen vil i all hovedsak bli lagt opp som en standard låneavtale om ansvarlig lån, og vil ha følgende sentrale vilkår:

- Lånet skal stå tilbake for alle andre kreditorer (ansvarlig lån), jf. dekningsloven § 9–7 nr. 2.
- Lånet skal være rentebærende, med etterskuddsvis forfall hvert halvår.
- Lånet vil være et fastrentelån.
- Lånet vil være avdragsfritt.
- Lånet skal innfris i sin helhet 31.12.2040.
- Selskapet skal ikke stille pant eller annen sikkerhet for lånet.

I avtaleutkastet er det inntatt bestemmelse om rett for kreditorerne, som alternativ til at lånet i sin helhet innfris den 31.12.2040, til å konvertere hele eller deler av lånet til aksjekapital.

Fastrentesatsens størrelse fastsettes i tilknytning til vedtak om etablering av ansvarlig lån, tentativt tredje kvartal 2011. Det legges opp til at denne dokumenteres blant annet ved å innhente 2–3 indikative renteanslag på langsiktig fastrentelån fra større finansinstitusjoner. Konsernets vurdering av rentens størrelse vil bli undergitt en second opinion fra et anerkjent norsk corporatemiljø.

Innsenders skatterettslige vurdering

Nedsettelse av egenkapitalen i Selskapet og etableringen av ansvarlig lån fra eierne vil ha som konsekvens at Selskapet får fradrag for rentekostnadene. (Fylkes-)kommunene som kreditorer vil ikke ha en tilsvarende skattepliktig inntekt i og med at disse er skattefrie for denne inntektskilden, jf. skatte-loven § 2–30 (1) c.

Høyesterett har i Rt. 2010 s. 790 («Telecomputing-dommen») angitt det rettslige

utgangspunktet i forhold til om kapitaltilførsel skal anses som lån eller egenkapital:

(43)[...] Dette innebærer at den materielle ordning partene, innenfor avtalefrihetens rammer, har etablert seg imellom, også styrer de skattevirkninger ordningen skal få. Spørsmålet om kapitaloverføringene fra TC til TINC skal bedømmes som lån eller egenkapitaltilskudd, må dermed som utgangspunkt avgjøres ut fra det selskaps- og regnskapsrettlige skillet mellom disse finansieringsformer.

(44)[...] Dersom en fortolkning av forpliktelsens grunnlag ikke gir noe bestemt svar, må klassifiseringen skje ved en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet.[...]

Tilsvarende er lagt til grunn i «Preferansekapitaldommen», Høyesterett i Rt. 2001 s. 851, hvor spørsmålet om såkalt preferansekapital innbetalt til Kreditkassen og DnB skulle anses som lån eller egenkapital, måtte avgjøres etter en helhetsvurdering.

Finansdepartementet har i uttalelse inntatt i Utv. 1997 s. 895 angitt nærmere retningslinjer for forskjellen mellom lån og egenkapital:

«Klassifiseringen av kapitaltilførselens reelle innhold vil bero på om det er likheten med lån eller egenkapital som er mest fremtredende. Det må da foretas en totalvurdering av hva som er karakteristisk for lånekapital i motsetning til egenkapital. Lån kjennetegnes blant annet ved at det er inngått avtale om renter, tilbakebetalingsplan, tidspunkt for forfall og prioritet i forhold til annen gjeld. Kjennetegn ved egenkapital er at det er overskuddsavhengig avkastning, at den kan anvendes til dekning av løpende tap og at det er særskilte regler for tilbakebetaling. Ved insolvens vil kreditor få dekning før investor. Generelt vil egenkapital være mer risikoeksponert enn lånekapital. Motstykket til dette er at den som har ytet egenkapital, normalt har større innflytelse over selskapet enn hva långiver har.»

Med bakgrunn i ovennevnte rettskilder er det innsenders oppfatning at avtalen om ansvarlig lån må karakteriseres som et låneforhold også for skatteformål. Det vises i denne forbindelse særlig til at lånet skal tilbakebetales i sin helhet, at kapitalen er rentebærende og at det ikke er lagt opp til at avkastningen på lånet (rentene) er overskuddsavhengig. Låneforholdet gir heller ikke i seg selv långiverne innflytelse over Selskapet i form av beslutningsmyndighet el.l.

Skatt Rettsavdelingen i skattedirektoratet

Basert på foreløpige tall pr. 31.12.2010 ville en kapitalnedsettelse som omhandlet i dette brev, medført at egenkapitalandelen på konsernnivå hadde blitt redusert fra ca. 47,3 % til ca. 35,8 %.

Spørsmålet om kapital skal klassifiseres som egenkapital eller lån er behandlet i flere enkeltsaker. I BFU 21/07, som gjaldt kapitalnedsettelse med etablering av ansvarlig lån, kom Skattedirektoratet til at kapitaltilførselen måtte klassifiseres som ansvarlig lån og ikke egenkapital. Anmodningen har flere likhetstrekk med nærværende sak, bl.a. ved at låntaker var ordinært skattepliktig (fradrag for rentene), mens långiver (et fond) ikke var skattepliktig for renteinntekten. Det var videre lagt opp til at lånet skulle være et ansvarlig avdragsfritt lån i 20 år, og deretter forfalle i sin helhet til betaling. Også dette tilsier etter innsenders mening at nærværende kapitaltilførsel skattemessig må klassifiseres som lån.

Etter innsenders mening må avtaleforholdet klassifiseres som lån for skatteformål.

Oppsummering

Det anmodes med dette om bekreftelse på at et rettsforhold i form av avtale om ansvarlig lån mellom Selskapet og långiverne som beskrevet, skal karakteriseres som et lån og ikke som et egenkapitalinnskudd for skattemessige formål.

Skattedirektoratets vurderinger

Skattedirektoratet skal i det følgende ta stilling til om en planlagt kapitalytelse på 350 millioner fra aksjonærene i Selskapet til Selskapet skal klassifiseres som (ansvarlig) lån eller egenkapital i Selskapet.

Lånet er tenkt etablert ved nedsettelse av egenkapital og påfølgende etablering av ansvarlig lån fra eier(fylkes-)kommunene. Det nevnes at dersom midlene hadde blitt værende i Selskapet som egenkapital, ville eierne tatt ut avkastningen i form av utbytte, som ville vært skattlagt på Selskapets hånd. Det ansvarlige lånet innebærer at eierne får avkastning av denne kapitalen i form av renter, som er fradragberettiget på Selskapets hånd, men som ikke gir noen tilsvarende skattebelastning på kommunene/fylkeskommunene, ettersom kommuner ikke betaler inntektsskatt, jf. sktl. § 2–30.

Direktoratet gjør oppmerksom på at det ikke tas stilling til eventuelle andre skatte-spørsmål og problemstillinger som måtte oppstå ved de skisserte transaksjoner utover de spørsmål som er drøftet i det

følgende. Det tas således blant annet ikke stilling til hva som skal være rentens størrelse i det foreliggende tilfelle, men det forutsettes at partene avtaler markedsmessig rente og vilkår for øvrig.

Vurderingstema for grensdragningen mellom gjeld og egenkapital ble definert slik av Høyesterett i Rt. 2001 s. 851 (Utv. 2001 s. 1251) Preferansekapital:

«Når et kapitalinstrument har egenskaper som har trekk både fra gjeld og egenkapital, må det etter vanlig oppfatning finne sted en klassifisering på grunnlag av en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet for å fastlegge om likheten er størst med gjeld eller egenkapital.»

Det vises videre til Rt. 2010 s. 790 (Utv. 2010 s. 1083) Telecomputing, samt til Ot. prp. nr. 1 (2001–2002) pkt. 13 hvoretter følgende momenter er sentrale i en samlet vurdering:

- Foreligger det plikt for selskapet til å tilbakebetale kapitalen
- Er kapitalen rentebærende eller er avkastningen overskuddsavhengig
- Kapitalens prioritet ved insolvens eller likvidasjon
- Hvorvidt kapitalen kan benyttes til dekning av løpende tap
- Medfører innskudd av kapital innflytelse over selskapet
- Kapitalens formelle status og behandling

På bakgrunn av innsenders fremstilling av faktum, finner direktoratet grunn til å bemerke at måten lånet er tenkt etablert på, i utgangspunktet ikke er et argument mot å anse kapitalen som gjeld. Det er transaksjonens økonomiske realitet som er avgjørende, jf. bl.a. Utv. 1997 s. 895. At innskyter er aksjonær, har heller ikke selvstendig betydning. Det kan vises til Rt. 2007 s. 360 (Utv. 2007 s. 542) Lyse Energi hvor klassifiseringen av kapitalen ikke er problematisert.

Ifølge utkast til låneavtale skal lånet løpe uten avdrag frem til forfallsdagen som er 31.12.2040. Istedenfor at lånet innfris, kan långiver velge å konvertere hele eller deler av lånet til aksjekapital. Lånet skal således tilbakebetales med mindre kreditor velger å konvertere til aksjekapital.

Tilbakebetalingsplikt er etter rettspraksis et tungtveiende moment i retning av gjeld, jf. for eksempel Rt. 1998 s. 383 (Utv. 1998 s. 630) Vrybloed. Konverteringsretten fratar ikke i seg selv kapitalytelsens

karakter av lån, jf. Rt. 2001 s. 851 (Utv. 2001 s. 1251) Preferansekapital hvor følgende er uttalt:

«Staten hevder at konverteringsbestemmelsen ikke fratar avtalene karakter av låneavtaler, og har vist til at konvertible obligasjoner, som anses som lån, også gir en rett til å kreve utstedt aksjer mot innskuddet, jf. aksjeloven 1976 § 5–1. Frem til konverteringen foreligger det imidlertid ved slike obligasjoner, slik jeg ser det, et ordinært gjeldsforhold.»

En kreditor vil i utgangspunktet ha et ubetinget krav på renter uavhengig av selskapets egenkapital. Låntaker har etter punkt 4 i utkast til låneavtale en ubetinget plikt til å betale renter. Renten skal videre være fast i lånets løpetid. At kapitalen på denne måten skal være rentebærende, taler for å klassifisere den som lån, jf. bl.a. Rt. 1926 s. 519 A/S Kristiania Hypotek- og Realkreditbank.

Det er regulert i avtalene at kapitalen skal stå tilbake for andre kreditorer, jf. dekningslovens § 9–7 nr. 2, men skal ikke ha dårligere prioritet enn andre ansvarlige lån som selskapet eventuelt etablerer. Etterprioritering av kapitalen taler isolert sett for å anse den som egenkapital, men momentet vil i lys av den forutsatte tilbakebetalingsplikten i dette tilfellet ha beskjeden betydning.

Direktoratet kan ikke se at det finnes holdpunkter, verken i utkast til låneavtale eller i beskrivelsen av den planlagte transaksjonen, for at selskapet skal ha rett til å disponere over innskuddet til nedskrivning under den løpende driften.

Reguleringen av eventuelt mislighold i avtaleutkastet, trekker også i retning av å anse kapitalen som lån.

Etter en vurdering av den planlagte transaksjonen finner direktoratet at kapitalytelsen må klassifiseres som lån. Det er lagt særlig vekt på at det foreligger tilbakebetalingsplikt, samt at kapitalytelsen er rentebærende og ikke har tapsabsorberende evne. Det vises til at også øvrige momenter trekker i retning av lån, jf. reguleringen av eventuelt mislighold.

Konklusjon

På grunnlag av utkast til låneavtale og innsenders fremstilling av faktum for øvrig, vil kapitalytelsen på 350 millioner fra aksjonærene til Selskapet bli å anse som lån fra aksjonærene, og ikke som egenkapital.