

# Konsekvenser ved manglende garantibetalinger



Artikkelen er forfattet av:

Advokat, siv.øk.  
Cecilie Dahle Nedrelid  
Partner Arntzen legal

En fersk dom fra Borgarting Lagmannsrett setter nytt fokus på behovet for konserninterne betalinger på armlengdes vilkår for garantier avgitt av et konsernselskap til fordel for et annet. Dommen behandler prinsipper for fastsettelse av garantibetalings størrelse.

Samtidig slår dommen fast at manglende garantibetaling kan medføre tilbakeføringsplikt for tredjepart og i verste fall at hele garantien skal anses ugyldig etter aksjelovens regler, i tillegg til de vanlige, skatterettslige konsekvensene som mulig skjønnsligning og tilleggsskatt.

## Problemstilling

En stadig høyere andel av transaksjoner over landegrensler skjer mellom selskaper som inngår i samme konsern. Samtidig medfører en oppdeling av konsernets verdikjede i ulike legale enheter at det ofte oppstår behov for morselskapsgarantier eller andre former for sikkerhetsstillelser fra andre konsernselskaper. Fra et skattemessig perspektiv må det da avgjøres om det foreligger konserngarantier, og eventuelt hvordan disse skal prises.

De mulighetene som foreligger innen et konsern til å tøye prisen på konserninterne transaksjoner, gjør at garantibetalinger kan benyttes til å flytte skattefundament fra et land til et annet. For multinasjonale konsern er dette en mulighet, mens det for skattemyndighetene representerer en utfordring i kontrollomgangen.

## Alminnelige bestemmelser

Skattelovens alminnelige bestemmelser om skatteplikt på inntekt og fradragsrett for kostnader kommer til anvendelse også for garantier. Dette betyr at verdien av en garantistillelse er skattepliktig inntekt etter Skattelovens § 5-1, uavhengig av om det faktisk er ytet vederlag for garantistillelsen. Problemet er imidlertid å finne riktig pris for garantiene som stilles.

Det generelle prinsippet i norsk skatterett er at inntekten skal verdsettes til omsetningsverdi.<sup>1</sup> For konserninterne transaksjoner har skattemyndighetene anledning til å justere vederlaget dersom inntekten er «*reduisert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap*», og at «*inntekten [skal] fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget*». Dette kaller vi armlengdeprinsippet. Det presiseres også at det skal tas hensyn til OECDs retningslinjer for internprising.

Konkret veiledning for garantier finnes imidlertid ikke i OECDs retningslinjer, og heller ikke i norsk rettspraksis på skatteområdet. Hittil har rettskildene hovedsakelig vært OECDs retningslinjers generelle anvisninger, analogier fra skatterettsdommer for blant annet prising av konserninterne lån, samt utenlandsk rettspraksis.

Det er derfor svært interessant å merke seg den nye dommen som har kommet fra Borgarting lagmannsrett vedrørende prising av garantier på aksjelovens område.

1 Sktl. § 5-3.

Artikkelen vil i det videre se på innholdet i denne dommen, samt hvordan dommen arter seg i forhold til skatterettens antatte løsninger for prising av konserninterne garantier.

## LB-2013-202 804 (Peterson Packaging AS)

Borgarting lagmannsrett avsa 24. oktober 2014 dom i saken mellom Peterson Packaging AS og DFDS Logistics AS. Dommen er i skrivende stund (desember 2014) anket. Saken dreier seg om gyldigheten av et datterselskaps garantistillelse for et morselskaps gjeld i forhold til reglene i aksjeloven § 3-8 og § 3-6.

Aksjelovens § 3-8, slik den da lød,<sup>2</sup> er en gyldighetsbestemmelse som ville ha medført at garantien avgitt av Peterson Packaging AS ikke var gyldig dersom garantien blant annet hadde en virkelig verdi som oversteg en tidel av selskapets aksjekapital. Problemstillingen medførte at retten måtte vurdere verdien av – og prisen for – garantistillelsen.

## Sakens faktum

DFDS Logistics AS hadde inngått en langsiktig transportavtale med Peterson AS. Under denne avtalen hadde om lag 20 millioner kroner forfalt uten at DFDS Logistics AS hadde mottatt betaling. I 2008 ble det inngått en avtale om at 15 millioner av den utestående betalingen skulle konverteres til et lån. To datterselskaper av Peterson AS stilte varelagerpant for dette lånet. Av lånet på 15 millioner ble fem millioner nedbetalt, før forfall på resterende ti millioner ble utsatt, renten hevet, og varelagerpant for begge garantistene utvidet til 20 millioner kroner. I 2010 ble lånets løpetid og størrelse ytterligere økt.

2 Dette var før endringene i aksjeloven i juli 2013 hvor denne bestemmelsen er endret slik at den ikke lenger gjelder for avtale om kreditt eller sikkerhet til fordel for morselskap som eier alle aksjene i datterselskapet.

I 2012 gikk morselskapet Peterson AS og den ene garantisten konkurs, mens den andre garantisten, Peterson Packaging AS ble solgt til Pemco, et uavhengig selskap. DFDS Logistics AS sendte så påkrav og varsel om tvangsfullbyrdelse av varelagerpantet til Peterson Packaging AS. Peterson Packaging AS motsatte seg tvangssalg, og hevdet at garantien for lånet var ugyldig etter aksjeloven § 3–8.

Ettersom Peterson Packaging AS ikke hadde mottatt noen betaling for sin garantistillelse, argumenterte selskapet også med at garantien måtte anses som en utdeling til aksjeeier i strid med utbytteregele i aksjelovens § 3–6.

## Lagmannsrettens vurderinger

For å vurdere om garantien var avgitt i konflikt med aksjelovens regler, var det nødvendig for retten å se på verdien av den garantien som var avgitt.

### 1. Verdsettelsesprinsipp

Lagmannsretten siterer professor Tore Bråthen<sup>3</sup> vedrørende hvordan garantien skal verdsettes: «Den løsningen som trolig best gjenspeiler den virkelige verdi av selskapets ytelse, er derfor den kumulerte effekt av en garantiprovisjon slik den ville vært fastsatt mellom uavhengige parter.»

Den løsningen som retten her legger til grunn fra et aksjerettslig perspektiv er også i tråd med det som følger av både skatteloven og OECDs retningslinjer. Det sentrale spørsmålet når garantien skal verdsettes, er hvilken pris en uavhengig part ville ha krevd for å avgi den samme garantien.

På dette området er dommen således på linje med skatteretten, og det er interessant å se at sitatet fra Bråthen som retten støtter seg til, er basert på det samme armlengdeprinsippet som benyttes i skatteretten. Etter min mening støtter dommen et synspunkt om at aksjelovens bestemmelser som sier at konserninterne transaksjoner «skal grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår<sup>4</sup>», er så likt skatterettens armlengdeprinsipp at det bør være en betydelig overføringsverdi mellom de to regelsettene og deres tilhørende rettspraksis. For en grundigere drøftelse vises det til artikler på

området for selskapsrett<sup>5</sup> og skatterett<sup>6</sup> hvor dette temaet behandles nærmere.

### 2. Løpetid og oppsigelsesadgang

Garantiens verdi vil påvirkes av løpetid og eventuell oppsigelsesadgang for garantisten. Lagmannsretten siterer også her Bråthen,<sup>7</sup> og vektlegger antatt reell løpetid for det underliggende lånet som sannsynlig reell løpetid også for garantien. Sammenlignet med skatteretten og OECDs retningslinjer er det interessant å merke seg at retten siterer Bråthen på at «*en kort formell oppsigelsestid neppe kan være avgjørende*». Dette er i tråd med blant annet substansunntaket<sup>8</sup> i OECDs retningslinjer hvor «substance over form»-prinsippet fremheves. Skattemyndighetene kan derfor justere en avtalt formell kort oppsigelsesadgang til det som realistisk sett ville ha vært avtalt mellom uavhengige parter. Således gir ikke dommen noe nytt fra et skattemessig ståsted, men den støtter et synspunkt om at de prinsippene som er antatt å gjelde for skattemessig behandling av garantier også vil måtte legges til grunn fra et aksjerettslig perspektiv.

### 3. Verdivurdering

Fra et skattemessig ståsted vil beregning av internpriser for konserninterne transaksjoner mellom nærstående parter normalt måtte vurderes fra begge parter side. Ofte er ikke dette noe praktisk problem, fordi beregningene uansett gir samme svar. For garantier er imidlertid dette normalt ikke tilfellet. Derfor vil spørsmålet om garantiens verdi skal beregnes fra mors eller datters perspektiv settes på spissen ettersom valget vil påvirke resultatet.

#### Eksempel

Låntaker er et morselskap og kan låne i banken til NIBOR + 3 % rentemargin med garanti fra datterselskapet, eller til NIBOR + 4 % rentemargin uten garantien. Det betyr at morselskapets nytte av garantistillelsen er 1 %. For garantisten vil imidlertid risikoen ved å avgi garantien være den samme risikoen som banken bærer i tilfellet uten garantien, her 4 %. Det betyr at uavhengige parter ikke ville ha kommet til enighet om en garantistillelse, og låntaker ville ha valgt å ta opp

lånet uten en slik garanti. Verdien av garantistillelsen er som man ser ulik, avhengig av om den beregnes fra låntakers eller garantistens perspektiv.

Når det gjelder denne problemstillingen fra en aksjerettslig synsvinkel, viser retten til en drøftelse av Erik Langseth<sup>9</sup>: «I vurderingen av om en garanti- eller sikkerhetsstillelse til fordel for et morselskap medfører en utdeling, må det avklares om verdien av datterselskapets ytelse skal beregnes som gevinsten på morselskapets hånd, dvs. de sparte finansieringskostnader, eller tapet på datterselskapets hånd, dvs. den garantiprovisjon en uavhengig part ville betinget seg for å påta seg kredittrisikoen. [...] Formålet med utdelingsreglene er å beskytte selskapets kapital til fordel for selskapets kreditorer og øvrige aksjeeiere. Etter min mening må derfor utdelingen beregnes ut fra datterselskapets tap, altså den garantiprovisjon en uavhengig part ville krevd for å stille garantien eller sikkerheten.» (min understrekning).

Dette betyr at føringene i dommen er i tråd med antatt praksis for skattemessig prising av garantier. Basert på norsk Høyesterettspraksis<sup>10</sup> i skattesaker samt OECDs retningslinjer,<sup>11</sup> skal et datterselskap ikke belastes for mer enn mottatt nytte i en transaksjon. Her er datterselskapets belastning den risikoen som er forbundet med å avgi garantien. Det betyr at datterselskapet skal motta en kompensasjon som er minst like stor som den økonomiske risikoen som selskapet bærer.

«Dersom datterselskapet ikke skulle få betalt for hele sitt bidrag ville transaksjonen skattemessig uansett kunne justeres,<sup>12</sup> fordi det for datter (i motsetning til for mor) ikke er rasjonelt å påta seg risiko uten adekvat kompensasjon. For mor vil det kunne være rasjonelt som eier å inngå transaksjoner utenfor markedspris for å redusere konsernets konsoliderte rentekostnader (et annet eksempel på det samme er rentefrie lån fra et morselskap til et datterselskap dersom datterselskapet ikke har lånekapasitet<sup>13</sup>). Denne argumentasjonen kan imidlertid kun brukes nedover i en konsernstruktur, ikke oppover.» (For en grundigere drøftelse med ytterli-

5 Erik Langseth, Tidsskrift for forretningsjus, *Kreditt i konsernforhold*.

6 Cecilie Dahle Nedreliid, Skatterett nr. 4, 2011, *Garantier i konsernforhold*.

7 Tore Bråthen, op. cit., side 56.

8 Andreas Bullen, Arm's length transaction structures: Recognising and restructuring controlled transactions in transfer pricing, Oslo 2011, phd thesis.

9 Op.cit., punkt 9.

10 Rt. 2007 s. 1025 (Statoil Angola), Rt. 2010 s. 790 (Telecomputing).

11 OECDs retningslinjer artikkel 7.6 flg.

12 OECDs retningslinjer artikkel 1.65.

13 Rt. 2007 s. 1025, Rt. 2010 s. 790.

3 Tore Bråthen i *Moderne forretningsjus II*, 2011, side 53–56.

4 Aksjeloven § 3-9.

gere kildehenvisninger, se Garantier i konsernforhold, Skatterett 2011.<sup>14)</sup>

PwC hadde på oppdrag fra DFDS foretatt en vurdering av garantiens antatte verdi (i forbindelse med at DFDS ønsket å bevise at verdien av garantien var lavere enn 10 % av garantistens aksjekapital). Ved beregningen var det tatt utgangspunkt i differansen mellom renten på et usikret lån og den avtalte renten som Peterson AS oppnådde i avtalen med DFDS. Metodikken betyr implisitt at verdien av garantien ble beregnet fra morselskapets ståsted, ettersom morselskapet var låntaker i den aktuelle saken. Retten legger imidlertid denne beregningen til grunn når de avgjorde at garantien ikke utgjorde mer enn 10 % av garantistens aksjekapital. Dermed feilet retten etter mitt skjønn når den gikk fra premiss til subsumsjon – gjengivelsen av den juridiske teori er korrekt, men ved anvendelsen av teorien på den konkrete saken er beregningen av vederlaget gjort fra feil parts perspektiv.

Rettskildevirkningene av dette fra et aksjerettslig perspektiv må anses å være usikre, særlig ettersom retten klart har uttrykt hvordan den i teorien mener at beregningen bør gjøres. På skatterettens område antas ikke lagmannsrettens motstrid mellom premiss og resultat å få noen konsekvenser, ettersom resultatet er i strid med klar Høyesterettspraksis på tilsvarende vurderinger for lån.

#### 4. Konsekvenser av manglende garantibetaling

Etter skattelovens § 13–1 vil skattemyndighetene ha skjønnsadgang dersom interessefellesskap har redusert inntektene til et norsk konsernselskap. Denne skjønnsadgangen medfører som nevnt risiko for tilleggsskatt og eventuell dobbeltbeskatning av konsernets inntekter. Dommen fra lagmannsretten setter imidlertid fokus på andre, selskapsrettslige konsekvenser som følge av brudd på aksjelovens bestemmelser.

Etter aksjeloven skal oppfyllelse i henhold til avtale som ikke binder selskapet, tilbakeføres<sup>15</sup> til selskapet. Det gjelder også ulovlig utdelt utbytte,<sup>16</sup> forutsatt at mottaker ikke var i god tro.

I dommen vurderer lagmannsretten om tilbakeføringsplikten påhviler kun morselskapet eller også långiver. Vurderingstema er om «mottaker» av det ulovlig utdelte utbyttet kan anses å være tredjepart (i dette tilfelle DFDS som långiver) via det interessefellesskapet som i praksis foreligger mellom långiver og låntaker for å få på plass garantien og dermed låneforholdet.

Lagmannsretten kommer til at det må være morselskapet som har tilbakeføringsplikt, ikke DFDS som långiver. Det har skjedd en verdioverføring til morselskapet (låntaker), ikke til DFDS (långiver), ettersom verdien av en garanti i teorien vil være bedre lånebettingelser (eventuelt at lån ytes i det hele tatt). Således vil ikke långiver som sådan normalt motta noen verdi av selve garantistillelsen. Lagmannsrettens argumentasjon åpner imidlertid opp for at også uavhengige långivere i noen situasjoner kan anses pliktige til å betale et armlengdes garantivederlag til garantisten, som tilbakeføring av et ulovlig utbetalt utbytte der hvor garantisten ikke har fått en tilstrekkelig garantiprovisjon av låntaker.

Lagmannsretten uttaler at «ytelsen fra Peterson Packaging AS [må] etter lagmannsrettens syn anses ha blitt oppfylt ved avtaleinngåelsen. Tilbakeføringsplikten må her påhvile Peterson AS. Det innebærer at DFDS ikke er avskåret fra å gjøre gjeldende krav over Peterson Packaging AS selv om garantistillelsen innebar en utdeling i strid med aksjeloven § 3–6» (min understrekning).

Dette sitatet blir klarere i lys av Høyesterettsdommen (Rt. 2008 s. 385)<sup>17</sup> som retten viser til. Der kommer Høyesterett til at långiver har restitusjonsplikt ved overføring av et låneforhold (overføringen kom indirekte aksjeeier/låntaker til gode) fordi långiver burde ha forstått at avtalen medførte en ulovlig utdeling etter aksjeloven. I Høyesterettssaken var riktignok långiver mottaker av pengestrømmer fra datterselskapet (den nye låntakeren) via låneforholdet.

Sett i sammenheng åpner imidlertid disse dommene for at en långiver som ikke er i god tro, i verste fall kan bli underlagt tilbakeføringsplikt. Dette støttes av lagmannsrettens uttalelse om at «DFDS [var] etter rettens syn ikke (...) i noen form for ond tro da avtalen ble inngått. Innholdet i avtalen ga ikke DFDS grunn til å oppfatte

*den som annet enn som alminnelig forretningsmessig avtale. Slik omstendighetene var, kunne DFDS forutsette at Peterson-konsernet ivaretok de krav som følger av avtalen*» (min understrekning).

I den nevnte Høyesterettsdommen (Rt. 2008 s. 385 avsnitt 81) uttaler Høyesterett at «der det ennå ikke er skjedd oppfyllelse fra selskapets side, forutsetter Andenæs (...) at en ondetroende medkontrahent ikke kan kreve avtalen oppfylt, men at dette ikke uten videre kan gjelde når en godtroende medkontrahent selv har oppfylt». Med andre ord vil en långiver som ikke er i god tro (for eksempel der långiver vet at det ikke er ytet en garantiprovisjon og dette må anses for en ulovlig utdeling av utbytte), kanskje kunne bli avskåret fra å gjøre garantien gjeldende.

#### Konklusjon

Konserninterne garantibetalinger bør være et fokusområde fremover for både konsernselskaper som skattytere, men også for banker og andre långivere som har ytet lån sikret med konserninterne garantier. Feilprisede garantier vil, som ligningspraksis også tidligere har lagt til grunn, kunne medføre både skjønns ligning, tilleggsskatt og dobbeltbeskatning. Imidlertid kan manglende garantiprovisjon også føre til at långiver får en forpliktelse til å tilbakeføre et beløp tilsvarende den manglende garantiprovisjonen, samt at garantien som sikkerhetsstillelse i verste fall bortfaller på grunn av ugyldighet.

I tillegg kan styret og daglig leder i garantistselskapet bli sittende med tilbakeføringsansvar for ulovlig utdelt utbytte, det vil si for den underpris/markedsmessige betaling selskapet har gått glipp av for garantistillelsen.

I forhold til långivers gode tro kan det her være en utfordring at banker ofte ønsker innsyn i alle relevante konserndokumenter, herunder for eksempel styreprotokoller. Dersom det her skulle fremgå at garantier ytes uten at det mottas vederlag, må det antas vanskelig senere å hevde at man var i god tro. Kanskje kan det fremover være hensiktsmessig for långivere å innta bestemmelser i låneavtaler hvor det tydelig fremgår at låntaker og garantist innestår for at man vil ha en markedsmessig garantibetaling konserninternt, muligens også størrelsen på provisjonen, for å være sikker på at dette ikke kan bli et problem for långiveren ved låntakers eventuelle konkurs.

14 Cecilie Dahle Nedreliid, Garantier i konsernforhold, Skatterett nr. 4 2011.

15 Aksjeloven § 3-8 (3).

16 Aksjeloven § 3-7.

17 Rt. 2008 s. 385 (avsnitt 87 og 88).