

Koncernfinansiering i lyset af negative renter - en analyse af reglerne om transfer pricing og rentefradragsbegrænsning

Af Louise Fjord Kjærsgaard, ph.d.-stipendiat CBS, Katja Dyppel Weber og Michael Tell, alle CORIT Advisory P/S

1. Indledning

Koncernfinansiering kan ske på flere måder, for eksempel gennem mellemregningskonti, enkeltstående lån, cashpools og kreditfaciliteter. Uanset hvilken form der vælges, vil der være en række skatteretlige problemstillinger, man bør forholde sig til, herunder reglerne om rentefradragsbegrænsning og transfer pricing. Disse velkendte problemstillinger skal også ses i lyset af det negative renteniveau, der har præget Europa siden 2012. Det negative renteniveau betyder blandt andet, at flere banker har negativ indlånsrente for erhvervskunder, hvilket bevirker, at selskaber i visse situationer skal betale renter for bankindeståender.

Formålet med denne artikel er at belyse de væsentligste skattemæssige udfordringer, negative renter kan medføre. Artiklen er struktureret som følger: I afsnit 2 behandles beskatning af og fradragsret for negative renter, i afsnit 3 behandles udvalgte transfer pricing problemstillinger, herunder cash pool arrangementer, i afsnit 4 behandles negative renter i relation til rentefradragsbegrænsningsreglerne, og afsnit 5 indeholder en opsamling af de væsentligste konklusioner.

2. Negative renter

Den generelle skattemæssige behandling af negative renter var delvis uafklaret, før SKAT udsendte styresignal SKM2015.160.SKAT (herefter: Styresignalet). Det var således uafklaret, hvorvidt rentebetaleren (kreditor) havde fradrag for de negative renter, herunder om betalingen overhovedet udgjorde en rente i skattemæssig henseende. Sikkert var det imidlertid, at en (rente)indtægt var skattepligtig for debitor efter statsskattelovens (SL) § 4.

Ved Styresignalet bekræftede SKAT, at rentebegrebet ikke var defineret i skattelovgivningen, men samtidig, at renter efter praksis(1) og i Den juridiske vejledning var defineret som *“et sædvanligt periodisk vederlag til kreditor, beregnet som en bestemt procentdel af den til enhver tid værende restgæld, for at stille kapital til disposition.”* (vores fremhævning).

Derimod var der ingen definition af renter i den situation, hvor rentesatsen var negativ, og hvor der således ikke var tale om et vederlag til kreditor for at stille kapital til disposition. SKAT udtrykte dog, at efter SL § 6, litra e kan *renteudgifter af gæld* fradrages i den skattepligtige indkomst, og at ordlyden af bestemmelsen ikke var begrænset til (debitors) renteudgifter af gæld, men at fradragsretten efter SKATs vurdering også måtte gælde, når det var kreditor, der afholdte en renteudgift (negativ rente). Ligeledes udtrykte SKAT, at renteindtægterne skulle medregnes hos debitor efter SL § 4, litra e, hvorfor betalingen derved udgjorde en rente i skatteretlig henseende. Dette blev efterfølgende indarbejdet i Den juridiske vejledning og fremgår i dag af Den juridiske vejledning 2018-2 afsnit C.A.11.2.1.

Selvom der er sympati for SKATs konklusion, som sikrer fradragsret også for negative renter, mener vi ikke, at negative renter af indestående kunne rummes i den nævnte ordlyd af SL § 6, litra e. Dette forhold blev der dog rettet op på med lov nr. 1883 af 29. december 2015, som trådte i kraft den 1. januar 2016, hvor SL § 6, litra e blev ændret. Den tidligere formulering, hvorefter der var fradrag for *“renter af prioriteter og anden gæld”*, blev ændret

til, at der er fradrag for *“renter”*, således at *“afprioriteter og anden gæld”* udgik af bestemmelsens ordlyd.

Derimod foretoges der ingen ændring af SL § 4, litra e, hvoraf det fortsat fremgår, at skattepligten påhviler *“rente eller udbytte af alle slags obligationer, aktier og andre inden- eller udenlandske pengeeffekter, så og af udestående fordringer og af kapitaler, udlånte her i landet eller i udlandet, med eller uden pant, mod eller uden forskrivning.”* Det følger imidlertid af de almindelige lovbemærkninger til lovforslag nr. 45 2015-16,(2) at det justeres og præciseres, at negative renter generelt sidestilles med positive renter i skattemæssig henseende, således at det klart kan udledes af skattelovgivningen, hvordan negative renter skal behandles.

På trods af den manglende ændring af ordlyden i SL § 4, litra e, må renteindtægten hos debitorer – som følge af lovbemærkningerne og med støtte i Den juridiske vejledning – ligeledes skulle kvalificeres som en rente i skattemæssig henseende. Dette understøttes endvidere af ændringerne i ligningslovens (LL) § 5, hvor det ved lov nr. 1883 af 29. december 2015 blev præciseret, at for fysiske personer fradrages renteudgifter som udgangspunkt i det indkomstår, hvori renten forfalder til betaling, uanset om udgiften følger af en positiv eller negativ rente. Det fremgår direkte af lovbemærkningerne, at denne ændring er foretaget *“så der ikke opstår tvivl om, at reglen omfatter alle renteudgifter og -indtægter, uanset om de følger af en positiv eller negativ rente.”*

De grundlæggende skatteregler er således præciseret, hvorfor den skatteretlige håndtering af det negative renteniveau nu er afklaret. Det skal imidlertid samtidig bemærkes, at kildeskatten på renter efter selskabsskattelovens (SEL) § 2, stk. 1, litra d, fortsat betinger, at der er tale om renteindtægter vedrørende *gæld*, som et selskab eller en forening mv. omfattet af SEL § 1, eller SEL § 2, stk. 1, litra a, har til juridiske personer, som nævnt i skattekontrollovens (SKL) § 3 B, hvorved denne ikke synes at omfatte negative renter. Det er ej heller klart, hvorledes sådanne negative renter skal håndteres efter skatteretlige værnsregler, herunder rentebeskræningsreglerne og transfer pricing, da lovgiver ved indførelsen af disse regler formentlig ikke havde tanke på negative renter. Udvalgte problemstillinger i denne henseende behandles derfor nærmere i det følgende.

3. Transfer pricing og negative renter

Uanset hvilken form for koncernintern finansiering der vælges, vil de koncerninterne finansielle transaktioner være omfattet af armlængdeprincippet, som defineret i OECDs Modeloverenskomsts artikel 9 og implementeret i dansk ret ved LL § 2. Prisfastsættelsen og dokumentationen af koncerninterne finansielle transaktioner følger de generelle retningslinjer i OECDs Transfer Pricing Guidelines. Det skal i denne henseende bemærkes, at OECD i øjeblikket arbejder på at udarbejde retningslinjer for finansielle transaktioner.(3) Umiddelbart synes udkastet i sin nuværende udformning dog ikke grundlæggende at ændre på de generelle retningslinjer for prisfastsættelse af finansielle transaktioner.

3.1. PRISFASTSÆTTELSE AF KONCERNINTERNE RENTER – GENERELLE BETRAGNINGER

Formålet med at foretage en prisfastsættelse af koncerninterne renter i overensstemmelse med armslængdeprincippet er at påvise, at de interne renter svarer til, hvad uafhængige parter under sammenlignelige omstændigheder ville have fastsat renten til. Dette gælder, uanset om en eller flere selskaber i en koncern betaler negative renter på indlån eller ej. De sædvanlige generelle forhold i forbindelse med prisfastsættelse af renter skal derfor fortsat anvendes, dog således at der tages højde for de relevante markedsforskel, herunder negative indlånsrenter.

Fremgangsmåden ved prisfastsættelse af renter på koncerninterne lån er både at fastsætte *basisrenten* (også kaldet den risikofrie rente) og *rentemarginalen* (også kaldet det risikojusterede tillæg til renten eller *spread*).

Basisrenten fastsættes i praksis som afkastet på en risikofri investering, hvilket ofte vil være den effektive rente på et risikofrit papir, for eksempel en statsobligation, der matcher den testede koncerninterne transaktion med hensyn til valuta og løbetid. Rentemarginalen derimod fastsættes primært på baggrund af låntagers konkrete forhold, såsom kreditværdighed og kreditors eventuelle sikkerhed for lånet. Både fastsættelsen af basisrenten og rentemarginalen diskuteres i OECDs diskussionsudkast til transfer pricing guidelines for finansielle transaktioner, hvor disse sædvanlige elementer også fremføres som værende afgørende ved fastsættelsen.(4)

Den koncerninterne rente skal – for at være i overensstemmelse med armslængdeprincippet – svare til, hvad uafhængige parter i sammenlignelige omstændigheder ville fastsætte renten til. De relevante økonomiske sammenlignelighedsfaktorer skal identificeres og vurderes i den koncerninterne transaktion, hvilket generelt indbefatter en sammenligning af kontraktvilkår, udførte funktioner, benyttede aktiver og påtagne risici, produkt karakteristika, økonomiske omstændigheder og forretningsstrategier.(5)

I relation til fastsættelse af koncerninterne renter synes særligt kontraktvilkår, de påtagne risici og de økonomiske omstændigheder relevante i praksis – uden at dette samtidig betyder, at de resterende sammenlignelighedsfaktorer er irrelevante.

Ved valget af prisfastsættelsesmetode følger det af OECDs Transfer Pricing Guidelines, at de transaktionsbaserede metoder har forrang, og blandt disse vil CUP metoden have forrang, såfremt en sådan kan identificeres.(6) Også i OECDs diskussionsudkast til transfer pricing guidelines for finansielle transaktioner fremhæves CUP metoden.(7) I praksis kan det imidlertid være vanskeligt at identificere en intern CUP, hvortil der kan foretages tilstrækkelige pålidelige justeringer for særlige vilkår, blandt andet fordi koncerneksterne lån ofte vil være senior til koncernintern finansiering. Endvidere vil også forskelle i de realistiske alternative placeringsmuligheder være vanskelige at korrigere pålideligt for. Det vil således ofte være nødvendigt at søge efter en ekstern CUP, det vil sige transaktioner mellem to eksterne og uafhængige parter eksempelvis via et rentebenchmark.

Fastsættelsen af den koncernforbundne långivers kreditrisiko i forbindelse med optagelse af lånet sker ved at evaluere låntagers kreditværdighed, herunder låntagers evne til at forrente og tilbagebetale lånet. Kreditvurderingen af låntager skal som udgangspunkt udarbejdes på ”standalone-basis”, det vil sige, at låntager ikke skal kreditvurderes sammen med resten af koncernen.(8)

I fraværet af offentligt tilgængelig stand-alone kreditvurderinger af låntager, for eksempel fra Standard & Poor's, foretages kreditvurderingen typisk ved brug af et kreditvurderingsværktøj,

der beregner den statistiske sandsynlighed for, at låntager misligholder lånevilkårene. Kreditvurderingsmetoden anvendt i sådanne kommercielle kreditvurderingsværktøjer adskiller sig dog betydeligt fra de kreditvurderingsmetoder, der anvendes af uafhængige kreditvurderingsbureauer, hvilket også er bemærket af OECD i diskussionsudkastet til transfer pricing guidelines for finansielle transaktioner. Sådanne kommercielle kreditvurderingsværktøjer bruger for eksempel kun en mængde kvantitative data til at bestemme en kreditvurdering. Modsat er kreditvurderinger foretaget af uafhængige kreditvurderingsbureauer typisk baseret på en analyse af historiske og prognosticerede kvantitative virksomhedsdata samt en detaljeret kvalitativ analyse af for eksempel ledelsens evne til at styre virksomheden, branchespecifikke funktioner og selskabets markedsandel i sin branche.(9) Udfordringerne ved fastsættelsen af kreditværdigheden i fraværet af offentlig tilgængelige kreditvurderinger er også fremhævet af OECD, der i sit diskussionsudkast til transfer pricing guidelines for finansielle transaktioner opfordrer interessenter til at komme med input til håndteringen heraf.

Endvidere fremhæver OECD i sit diskussionsudkast til transfer pricing guidelines for finansielle transaktioner, at passive association og mulighed for implicit support potentielt kan påvirke kreditværdigheden.(10) Det vil sige den fordel, der kan opstå, hvis et selskab opnår en bedre kreditvurdering og tilsvarende nedsat rente fra en uafhængig långiver begrundet i koncernforbindelsen uden, at der foreligger en kontraktretlig forpligtelse for et gruppe medlem til at yde støtte.(11) Det fremgår, at særligt et selskabs betydning for koncernen som helhed og sammenhængen mellem selskabet og resten af koncernen, enten i sin nuværende form eller i en fremtidig strategi, har betydning for selskabets mulighed for at modtage støtte. Kriterierne til vurdering af et selskabs status i denne henseende kan omfatte selskabets juridiske forpligtelser, herunder garantiforpligtelser eller regulatoriske krav, strategisk betydning, operationel integration og betydning, navnefællesskab, potentiel omdømmepåvirkning, generel erklæring eller hensigt og støtte modtaget historisk.(12) Således er fastsættelsen af låntagers kreditværdighed i koncerninterne lånetransaktioner en vanskelig opgave, hvor mange momenter påvirker armslængdeintervallet, herunder forhold for låntager og koncernen som helhed.

Efter fastsættelsen af låntagers kreditværdighed bør låntagers og långivers alternative investeringsmuligheder undersøges nærmere.(13) da sådanne potentielt kan påvirke armslængdeintervallet og derved prisen. Långivers alternative investeringsmuligheder vil være påvirket af, at indlånsrenten er negativ, hvilket afspejles i en lav basisrente. Dette betyder imidlertid ikke, at en uafhængig långiver vil være villig til at betale for udlån, idet der fortsat vil være et risikotillæg for låntagers kreditværdighed; men armslængderenten bør alt andet lige være lavere i et marked, hvor indlånsrenten er negativ.

Særlige forhold gør sig gældende ved fastsættelsen af armslængderenter i cash pool arrangementer. Det vil blive belyst i det følgende.

3.2. CASH POOLS

Cash pool er et finansielt styringsredskab, der kan give koncerner flere fordele, herunder særligt en struktureret tilgang til likviditetsstyring ved, at cash pool deltagerne har mulighed for at udnytte overskudslikviditet i koncernselskaber til at finansiere likviditetsbehov i andre koncernselskaber. Cash pools kan struktureres på mange måder, men opdeles ofte i zero-balancing (fysiske) og notional (virtuelle) cash pools.(14) I zero-balancing cash pools overføres deltagerens indestående eller træk til cash

pool lederen på faste tidspunkter, for eksempel ved slutningen af hver dag, således at cash pool deltagerens konto nulstilles. Herved fremgår koncernens samlede engagement af cash pool lederens konto, og banken beregner deraf koncernens samlede renteindtægter- eller udgifter. Ved notional cash pools, sker beregningen af renter ud fra en virtuel overførsel til cash pool lederen – der sker således ikke en fysisk overførsel mellem cash pool deltagerne og cash pool lederen.

De negative indlansrenter påvirker transfer pricing analysen ved cash pools i relation til fastsættelsen af armlængde rente på ind- og udlån samt armlængdeallokeringen af cash pool fordelene, hvilket behandles i det følgende.

3.2.1. Fastsættelse af rente på ind- og udlån

En zero-balancing cash pool initierer to typer af finansielle transaktioner mellem cash pool deltagerne; udlån og indlån.(15) Fastsættelse af renten for disse skal ske på samme måde som beskrevet ovenfor i afsnit 3.1., hvilket betyder, at renten fastsættes transaktion-for-transaktion. Det er ikke vanskeligt at forestille sig, at de administrative omkostninger forbundet hermed kan være signifikante. Set i dette lys kan det derfor overvejes, om en “one size fits all” tilgang kan anvendes for flere parter inden for samme koncern. Det skal imidlertid understreges, at dette kan resultere i ensartet prisfastsættelse af transaktioner, som efter armlængdeprincippet skulle være prisfastsat forskelligt.

Det skal i denne forbindelse bemærkes, at til trods for, at koncerninterntransaktioner ifølge OECD generelt skal fastsættes transaktion-for-transaktion, accepterede Landsskatteretten i SKM2014.53.LSR en af SKAT fastsat forrentning af nettoplacingen i en cash pool. Sagen omhandlede et dansk selskab, som deltog i en cash pool, der resulterede i både indlån og udlån. Indlån i EUR blev forrentet med en variabel basisrente på -0,50%, mens udlån i EUR blev forrentet med en variabel basisrente +1,15%. Indlån og udlån i DKK blev forrentet med en variabel basisrente på -0,60% henholdsvis +0,60%, mens korte aftaleplaceringer (indlån) blev forrentet med en variabel basisrente på -0,425%. Selskabet havde ikke udarbejdet dokumentation for fastsættelsen af renterne, således at grundlaget for rentefastsættelsen kunne kontrolleres af SKAT, hvorfor Landsskatteretten fandt, at SKAT med rette havde foretaget et skøn over renterne. Herefter modregnede SKAT lån med placeringer i koncernens cash pool, således at det alene var det danske selskabs nettoposition (nettolån), der skulle forrentes til en basisrente på +1,15%. Fastsættelsen af forrentning af nettoplacingen begrundede SKAT med, at koncernens samlede kreditvurdering også afspejlede det danske selskabs kreditværdighed, hvorfor der ikke var grundlag for en anden rentemarginal for nettoindlån og nettoudlån. Selvom der i sagen var tale om ind- og udlån mellem de samme to parter i cash poolen, synes en nettoberegning ikke at være i overensstemmelse med OECDs armlængdeprincip, da uafhængige parter næppe ville kontrahere under sådanne vilkår og afgørelsens resultat bør derfor tillægges begrænset betydning.(16) Der er dog sympati for en sådan opgørelse, når der henses til den lettere administration af renteopgørelsen mv. og parterne netop anses for at have samme kreditværdighed.

3.2.2. Armlængde allokering af cash pool fordele

Anvendelsen af cash pools har som sagt til formål at opnå en række fordele, herunder likviditetsstyring og -optimering ved at reducere eksponeringen og derved mindske eksterne finansieringsomkostninger samt opnå favorable ind- og udlansrenter gennem øget forhandlingsstyrke og stordriftsfordele (synergier). Ved fordelingen af de samlede fordele skal det ifølge OECDs

Transfer Pricing Guidelines samt OECD diskussionsudkast til transfer pricing guidelines for finansielle transaktioner vurderes, om disse primært skyldes synergieffekter eller primært skyldes cash pool lederens funktioner.(17) Overordnet kan typen af cash pool leder opdeles i finansielle servicecentre og in-house banker.

Cash pool ledere, der anses for finansielle servicecentre, er kendetegnet ved udelukkende at levere rutineprægede serviceydelser uden at påtage sig betydelige risici i forhold til låneengagementet, hvilket typisk vil være tilfældet for cash pool ledere af notional cash pools. Fordele, der primært opstår ved sådan (om)fordeling af overskudslikviditet i koncernen, skal generelt tilregnes deltagerne på baggrund af deres bidrag til realiseringen af fordele. Cash pool ledere skal derved alene honoreres for selve serviceydelsen.(18)

Derimod vil cash pool ledere, der kan sammenlignes med en in-house bank, være kendetegnet ved udover at udføre den grundlæggende administration af cash poolen også at foretage bl.a. risikostyring, udarbejdelse af finansieringsstrategier og investering af overskudslikviditet samt påtage sig for eksempel kreditrisiko, renterisiko og valutarisiko. Dette kan være profilen for cash pool ledere af zero-balancing cash pools. Sådanne cash pool ledere bør derfor generelt have en større andel af fordelene, eventuelt i form af en rentemarginal samt andel i synergieffekter.(19)

I tråd med det ovenfor anførte fremgår det af praksis, at skattemyndighederne i både Norge,(20) Canada(21) og Schweiz(22) er af den opfattelse, at de økonomiske fordele ved cash pools skal fordeles mellem deltagerne og derfor ikke kan allokere 100% til cash pool lederen – uanset omfanget af udførte funktioner og risici påtaget. OECD fremhæver i sit diskussionsudkast til transfer pricing guidelines for finansielle transaktioner tre forskellige fremgangsmåder til allokering af cash pool fordele:

1. Forbedret rente til alle cash pool deltagerne, for eksempel baseret på brugen af cash poolen, uanset om det er ind- eller udlån.
2. Samme rente for alle cash pool deltagerne, uanset om det er ind- eller udlån, såfremt de har samme kreditprofil.
3. Fordeling mellem de netto-indskydende cash pool deltagerne, hvis der er en reel kreditrisiko for disse.(23)

Foruden at have en betydning ved fastsættelsen af selve armlængderenten kan det negative rentemarked ligeledes udfordre fordelingen af de omtalte fordele ved cash pools og skabe negative synergieffekter. Dette skyldes, at koncentrationen af koncernens samlede placeringer på en enkelt konto kan blive negativt påvirket. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis den negative rente er højere for større deponeringer eller i det land, hvor cash pool lederens konto er oprettet, sammenlignet med den situation, hvor koncernselskaber indskyder egne deponeringer hos egen lokale bank.

Der kan således opstå situationer, hvor konkrete cash pool deltagerne har en bedre realistisk placeringsmulighed end den, der er opnået i koncernens cash pool. Dette kan betyde, at cash pool deltagerens deltagelse i cash poolen isoleret set ikke længere kan anses for at være i overensstemmelse med armlængdeprincippet.(24) Heroverfor skal det bemærkes, at uafhængige parter formentlig ikke ændrer deres adfærd for potentielle kortvarige markedssving omgående. Endvidere er der en række yderligere fordele ved cash pools, der bør tages i betragtning, inden det kan vurderes, om konkrete cash pool deltagerne har bedre alternative placeringer herunder likviditetsstyring og optimering. Derfor har cash pools, i det mindste fra koncernens samlede synspunkt, også kommerciel begrundelse i et negativt rentemarked.

Såfremt det accepteres, at fordelene ved cash poolen overstiger en potentiel negativ synergieffekt, og at cash poolen derfor fortsat

accepteres som kommerciel, skal det overvejes, hvordan en negativ synergieffekt skal fordeles mellem parterne. Der kan argumenteres for, at fordelingen af ulemper skal baseres på de samme principper som fordelingen af fordelene og derfor afspejle cash pool deltagerens bidrag. Endvidere bør cash pool lederen, særligt såfremt denne har karakter af en in-house bank, formentlig også bære en del af ulempen.(25)

4. Renteafdragsbeskæring og negative renter

I den danske skattelovgivning findes tre rentefradragsbeskæringsregler: (1) reglerne om tynd kapitalisering, (2) rentelofts-reglen og (3) EBIT-reglen. Fælles for disse er, at selskaber mister fradraget for renteudgifter mv., hvis særlige betingelser er opfyldt. Da negative indlånsrenter ligeledes skattemæssigt behandles som "renter", må spillet hermed have for øjes. Reglerne behandles i det følgende.

4.1 TYND KAPITALISERING

Reglerne om tynd kapitalisering blev indført sammen med reglerne om transfer pricing ved lov nr. 432 af 26. juni 1998. Grundlæggende er reglerne om tynd kapitalisering opdelt i (1) en identifikation af potentielle ikke-markedskonforme låneforhold, (2) en objektiv vurdering af, om disse låneforhold er at anse for markedskonforme og (3) en retsfølge af, at låneforholdene ikke er markedskonforme.

De potentielt ikke-markedskonforme låneforhold består af såkaldt "kontrolleret gæld", som udgør gæld til juridiske personer som nævnt i LL § 2, stk. 1, samt lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for. Der er således tale om låneforhold, som potentielt afviger fra, hvad uafhængige parter ville have aftalt uden påvirkning af koncernforholdet.

Det vil i relation til særligt koncernfinansiering ved cash pools være relevant at vurdere, om der foreligger en direkte eller indirekte form for sikkerhedsstillelse, som omfattes af reglerne om tynd kapitalisering. Det blev eksplicit nævnt i lovbemærkningerne, at "*Direkte sikkerhedsstillelse omfatter tilfælde, hvor f.eks. moderselskabet har kautioneret eller på anden måde garanteret for lånet. Der kan typisk være tale om en bank, der indskydes som formel kreditor. Udtrykket indirekte sikkerhedsstillelse dækker de såkaldte back-to-back lån, hvor moderselskabet f.eks. aftaler med tredjemand, at denne skal yde datterselskabet et lån mod, at moderselskabet yder et lån til tredjemand. Et back-to-back lån foreligger f.eks. også, hvor moderselskabets bank yder et lån til datterselskabet, samtidig med at moderselskabet indsætter et tilsvarende beløb i den långivende bank.*"(26)

Det følger således af lovbemærkningerne, at direkte sikkerhedsstillelse omfatter tilfælde, hvor for eksempel moderselskabet har kautioneret eller på anden måde garanteret for lånet.(27) FSR anførte under det lovforberedende arbejde, at indirekte sikkerhedsstillelse kun kan eksistere, hvor der foreligger en modregningsadgang, da det forudsætter, at der også i civilretlig forstand består sikkerhed.(28) Skatteministeren anførte, at hvis der foreligger en direkte modregningsadgang, vil der ikke være nogen tvivl om, at der er tale om en sikkerhedsstillelse, mens det ikke vil være tilfældet, hvis der ikke er nogen forbindelse mellem de to ydelser. Herefter anførte skatteministeren, at der ved indirekte sikkerhedsstillelse foreligger en sådan sammenhæng mellem lån og sikkerhedsstillelse, at disse er indbyrdes forbundne,(29) hvilket synes at fravige det civilretlige udgangspunkt, hvor der stilles krav om sikkerhedsstillelse.(30)

FSR anmodede (igen) om en nærmere redegørelse for forståelsen af de foreslåede regler i forhold til cash pool-ordninger i forbindelse med ændringen af SEL § 11 ved lov nr. 221 af 31. marts 2004. FSR

forespurgte nærmere, om reglerne om tynd kapitalisering omfattede en situation, hvor en cash pool er tilrettelagt således, at et moderselskab og et datterselskab har fælles hæftelse for cash pool konti. Skatteministeren svarede, at i det omfang ind- og udlån fra forskellige (koncern) selskaber modsvarer hinanden som led i en cash pool ordning, for eksempel hvis indeståendet er 0 kr., men et selskab har indskudt 100 og et andet selskab har lånt 100, er der i realiteten tale om lån mellem koncernforbundne selskaber, og renterne skal behandles i overensstemmelse hermed.(31) I SKM2010.270.LSR udtalte Skattecentret i øvrigt, at en cash-pool låneaftale i forholdets natur er en koncernintern ordning.(32)

Konsekvensen heraf er, at selskaber, som anvender cash pools, kan risikere at blive fradragsbeskåret efter reglerne om tynd kapitalisering. Det gælder særligt ved zero-balancing cash pools, hvor midlerne flyttes mellem konti, da gældsforholdet vil være at anse mellem koncernselskaber og derved udgøre kontrolleret gæld. Ligeledes kan selskaber ved anvendelse af notional cash pools risikere at blive fradragsbeskåret efter reglerne om tynd kapitalisering, selvom lånet eksempelvis er ydet af en bank. Dette gælder, såfremt den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed, hvilket eksempelvis kan ske ved krydsгарantier, -kautioner eller back-to-back lån.(33) Renteudgifter på placeringer i en cash pool kan således, ligesom anden koncernfinansiering, blive fradragsbeskåret efter reglerne om tynd kapitalisering, da disse som hovedregel må anses for kontrolleret gæld.

Om den kontrollerede gæld er markedskonform, vurderes herefter ud fra, om selskabets gæld set i forhold til selskabets egenkapital overstiger forholdet 4:1 ved udløbet af indkomståret.(34) Såfremt dette er tilfældet, vil retsfølgen være, at renteudgifter og kurstab, der vedrører den overskydende del af den kontrollerede gæld, ikke kan fradrages. Mere præcist sker der fradragsbeskæring af de renteudgifter og kurstab, der anses for at vedrøre den del af den kontrollerede gæld, som skulle omkvalificeres til egenkapital for, at forholdet mellem fremmedkapital (gæld) og egenkapital ved indkomstårets udløb udgør 4:1.(35)

Reglerne om tynd kapitalisering synes derved ikke at finde anvendelse på renteudgifter på fordringer. Dette skyldes, at der efter reglerne om tynd kapitalisering udelukkende skal ske fradragsbeskæring af renteudgifter og kurstab på *gæld*. Der vil hos rentebetaleren ved negative renter være tale om renteudgifter på en *fordring*, hvilket altså efter ordlyden ikke omfattes af en potentiel fradragsbeskæring efter reglerne om tynd kapitalisering. Ligeledes må det gælde, at den tilsvarende renteindtægt hos rentemodtageren, det vil sige renteindtægt på gæld, ej heller indgår i opgørelsen af en eventuel fradragsbeskæring efter reglerne om tynd kapitalisering, da der er tale om en bruttoopgørelse af renteudgifter og kurstab.

4.2 RENTELOFTS- OG EBIT-REGLEN

Rentelofts-reglen og EBIT-reglen indførtes ved lov nr. 540 af 6. juni 2007 med det formål at sikre, at finansieringsudgifter alene fradrages, såfremt finansieringsudgifterne har en sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst i Danmark.

Efter rentelofts-reglen i SEL § 11 B identificeres og opgøres aktiver, som antages at skabe skattepligtig indkomst i Danmark efter SEL § 11 B, stk. 5. Den skattemæssige værdi af disse aktiver anses for at udtrykke det maksimale lånebehov, som kan anses for at vedrøre aktiviteter, som skaber skattepligtig indkomst til Danmark. Dette maksimale lånebehov multipliceres herefter med standardrenten som opgjort efter SEL § 11 B, stk. 2, hvilket således udtrykker de maksimale finansieringsudgifter, der kan anses for at vedrøre aktiviteter, som skaber skattepligtig indkomst til Danmark. Nettofinansieringsudgifter, der overstiger dette renteloft, anses

derimod ikke for at have en sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst i Danmark og kan derfor ikke fradrages i Danmark, jf. SEL § 11 B, stk. 1.

Efter EBIT-reglen i SEL § 11 C anses nettofinansieringsudgifter, der overstiger 80% af selskabets skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter, ikke for at vedrøre aktiviteter, som skaber skattepligtig indkomst til Danmark. Disse overstigende nettofinansieringsudgifter kan derfor ikke fradrages i Danmark, jf. SEL § 11 C, stk. 1.(36)

Fælles for rentelofts-reglen og EBIT-reglen er at identificere de finansieringsudgifter, som potentielt fradragsbeskæres, hvilket er nærmere defineret i SEL § 11 B, stk. 4. Det følger heraf, at der er tale om en nettoopgørelse af både skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter.

I lyset af ovenstående lovændring (lov nr. 1883 af 29. december 2015) vedrørende negative renter er det ligeledes betydningsfuldt, om renteindtægter på gæld skal medgå i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, samt om renteudgifter på fordringer skal indgå og derved potentielt fradragsbeskæres efter SEL § 11 B og SEL § 11 C. Dette må i lyset af lovændringerne af SL § 6 (og SL § 4) bekræftes, da opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne i både rentelofts-reglen og EBIT-reglen hviler på den grundlæggende rentekvalifikation.

De negative renter vil ligeledes påvirke opgørelse af, om nettokurstab på fordringer skal fradragsbeskæres efter SEL § 11 B, da sådanne nettokurstab kun fradragsbeskæres i det omfang, de overstiger indkomstårets **netto**renteindtægter jf. SEL § 11 B, stk. 1, 3. pkt. Derved vil negative renter også påvirke denne opgørelse.

Sluttelig skal det bemærkes, at såfremt et selskab har negative renter vedrørende varekreditorer og varedebitorer, vil disse negative renter efter bestemmelsens ordlyd fortsat indgå i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, da kun **renteindtægter** fra varedebitorer mv. (fordringer) og **renteudgifter** til varekreditorer mv. (gæld) ikke medgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Dermed synes der ikke taget højde

for eventuelle negative renter i forhold til renteudgifter til varedebitorer eller renteindtægter fra varekreditorer.

Derved må det konkluderes, at den skattemæssige behandling af negative renter bevirker, at renteudgifter på fordringer forøger en potentiel fradragsbeskæring, mens eventuelle renteindtægter på gæld formindsker en potentiel fradragsbeskæring efter både SEL § 11 B og SEL § 11 C.

5. Opsummering

Koncernfinansiering resulterer i sig selv i en række skatteretlige problemstillinger, men som behandlet i denne artikel synes de seneste års negative rentemarked at komplicere området yderligere. Den oprindelige tvivl om skattepligt af og fradragsret for negative indlånsrenter blev afklaret med vedtagelsen af lov nr. 1883 af 29. december 2015. Derimod synes særligt potentielle negative synergieffekter ved deltagelse i koncerninterne cash pools samt fordelingen heraf at kræve en detaljeret analyse for at sikre overensstemmelse med armslængdeprincippet. Endvidere skal der tages højde for det negative rentemarked ved fastsættelse af renten på koncerninterne lån, herunder i koncerninterne cash pools, idet långivers alternative investeringsmuligheder vil være påvirket af, at indlånsrenten er negativ, hvilket alt andet lige vil afspejles i en lavere basisrente. Også i forhold til de danske rentefradragsbegrænsningsregler bør de særlige forhold i cash pools samt det negative rentemarked have for øje. For så vidt angår reglerne om tynd kapitalisering risikerer renteudgifter til udlån i både zero-balancing og notional cash pools at blive fradragsbeskåret, såfremt der er stillet koncernintern sikkerhed. Derimod synes reglerne om tynd kapitalisering ikke at finde anvendelse på negative indlånsrenter, idet der efter reglerne om tynd kapitalisering udelukkende skal ske fradragsbeskæring af renteudgifter og kurstab på *gæld*. Modsat synes både rentelofts- og EBIT-reglen at betyde, at negative indlånsrenter forøger en potentiel fradragsbeskæring, da nettokurstab – uanset om det er på gæld eller fordringer – fradragsbeskæres i det omfang, de overstiger indkomstårets nettorenteindtægter.

- (1) Se første gang Naskovhusdommen i UfR 1941, 563 H.
- (2) Som vedtaget ved lov nr. 1883 af 29. december 2015.
- (3) Se OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018. Det oplyses samtidig, at der endnu ikke er enighed medlemsstaterne imellem.
- (4) OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018, Box B.4.
- (5) OECDs Transfer Pricing Guidelines (2017), kapitel 1 pkt. 1.36 og afsnit D.1.1.–D.1.5 samt OECD Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July- 7 September 2018 afsnit B.2.
- (6) OECDs Transfer Pricing Guidelines (2017), kapitel 2 pkt. 2.15.
- (7) OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018, afsnit C.1.7.
- (8) OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018, pkt. 67. Se også Russo og Moerer i Transfer Pricing and Intra-Group Financing (2012), s. 20. Se dog også General Electric Capital Canada Inc. v. Her Majesty The Queen (2010 DTC 1007 TCC).
- (9) OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018 afsnit C.1.2.
- (10) OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018 afsnit C.1.3.
- (11) OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018 afsnit C.1.3. pkt. 68.
- (12) OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018 afsnit C.1.3. pkt. 69.
- (13) OECDs Transfer Pricing Guidelines (2017), 1.40 Options realistically available samt OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018 afsnit B.1. pkt. 19.
- (14) Se Russo og Moerer i Transfer Pricing and Intra-Group Financing (2012), s. 40, samt OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018, afsnit C.2.1.
- (15) Eller deponering afhængig af løbetiden, hvilket endvidere vil påvirke armslængderenten.
- (16) En lignende fortolkning af afgørelsen fremgår af Okholm, Nielsen og Sørensen i SR-Skat 2016.35 "Erfaringer med skattemyndighedernes behandling af koncerninterne cash pools".
- (17) Se OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018 afsnit C.2.2. pkt. 104 og 105 samt OECDs Transfer Pricing Guidelines kapitel 1 afsnit D8.
- (18) Se Russo og Moerer i Transfer Pricing and Intra-Group Financing (2012), s. 43 samt OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018 afsnit C.2.3., pkt. 111 og Eksempel 1.
- (19) Se Haller og Chand i Physical cash pooling in a negative interest rate environment, Kluwer International Tax Blog 19. Marts 2018. Russo og Moerer i Transfer Pricing and Intra-Group Financing (2012), s. 44 samt OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018 afsnit C.2.3., pkt. 112 og Eksempel 2.
- (20) No. II FSK 2299/14 af 16. september 2016.
- (21) 88 DTC 6053 (FSA)
- (22) Se Russo og Moerer i Transfer Pricing and Intra-Group Financing (2012), s.165, hvoraf det fremgår, at fordelene som udgangspunkt skal fordeles mellem cash pool deltagerne og cash pool lederen. I det tilfælde, cash pool lederen alene udfører rutineprægede funktioner og ikke påtager sig nogen risici, skal cash pool lederen ikke have en andel af fordelene.
- (23) OECDs Public Discussion draft BEPS Actions 8-10 Financial transactions 3 July-7 September 2018 afsnit C.2.3., pkt. 127-129.
- (24) OECDs Transfer Pricing Guidelines (2017), 1.40 Options realistically available samt Haller og Chand i Physical cash pooling in a negative interest rate environment, Kluwer International Tax Blog 19. marts 2018.
- (25) Lignende synspunkter fremføres af Haller og Chand i Physical cash pooling in a negative interest rate environment, Kluwer International Tax Blog 19. marts 2018.
- (26) Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.
- (27) Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.
- (28) Se bilag 4 til L 101 1997-1998.
- (29) Se bilag 8 til L 101 1997-1998.
- (30) Se mere herom i Michael Tell: Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter (2012), s. 72 ff.
- (31) Se bilag 21 til lovforslag nr. 119 2003-04.
- (32) Sagen vedrørte primært en fortolkning af konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4. Se mere herom i Michael Tell: Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter (2012), s. 140 ff.
- (33) Se også Bundgaard i SU 2004, 207.
- (34) Dette vurderes på koncernniveau, såfremt der skal ske konsolidering efter SEL § 11, stk. 4.
- (35) Reglerne om tynd kapitalisering finder alene anvendelse, såfremt den samlede kontrollerede gæld overstiger 10 mio.kr.
- (36) Der forventes væsentlige ændringer af SEL § 11 C ved implementering af Skatteundgåelsesdirektivet, herunder at den skattepligtige indkomst før overstigende låneomkostninger og afskrivninger (EBITDA) maksimalt kan nedsættes med 30% som følge af låneomkostninger, se udkast til lovforslag om implementering af Skatteundgåelsesdirektivet sendt i høring af Skatteministeriet den 31. maj 2018.