

Tynn kapitalisering – skattejakt uten kart

Manglende retningslinjer om hva som skal være tilstrekkelig egenkapital for å få skattemessig fradrag for konserninterne rentekostnader, har ikke stoppet norske skattemyndigheter fra å søke å reklassifisere deler av et gjeldsinstrument til egenkapital.

Artikkelen er forfattet av:



Advokat
Svein G. Andresen
Partner KPMG Law Advokatfirma.
Han er leder av KPMGs internprisingsgruppe i Norge



Økonom/advokatfullmektig
Per Daniel Nyberg
KPMG Law Advokatfirma
Han arbeider hovedsakelig med internprisings spørsmål

Artikkelforfatterne har flere prinsipielle innvendinger til de observerte angrepsvinklinger som skattemyndighetene har anført det seneste året for delvis å underkjenne skattemessige fradrag for gjeldsrenter. For ordens skyld nevnes at artikkelforfatterne representerer flere selskaper som er i dialog/klageprosess i forhold til norske skattemyndigheter vedrørende armlengdes rentefastsattelse og problemstillingen tynn kapitalisering.

I april 2010 avholdt Skatt øst/Skattedirektoratet et seminar¹ om internprising hvor de avslutningsvis redegjorde for sine satsningsområder for 2010; omstruktureringer, betaling av royalt, underskuddsselskaper, renter og garantier samt tynn kapitalisering. Temaet for denne artikkelen er egenkapitalisering og lånekapasiteten til norske selskaper (låntakere) som er eiet av selskaper (långivere) hjemmehørende i utlandet. Vi vil i artikkelen se nærmere på praksis og de ulike angrepsvinklinger som vi har observert fra norske skattemyndigheter samt drøfte prinsipielle spørsmål knyttet til skattemessig fradrag for rentekostnader.

I det følgende legges til grunn at kapitaltilførselen til det norske datterselskapet, basert på de faktiske forhold, har de nød-

vendige karakteristika som kjennetegner et gjeldsinstrument. Videre vil vi avgrense oss mot problemstillinger knyttet til hva som utgjør armlengdes rentesats på konserninterne lån. Vi vil heller ikke drøfte om det er grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring av etablerte holdingstrukturer² eller de ulike praktiske konsekvenser som en retrospektiv reklassifisering av et gjeldsinstrument til egenkapital for skatteformål vil kunne få for skattyter.

Tynn kapitalisering

Som hovedregel kan et selskap finansieres med to former for kapitaltilførsel; egenkapital og fremmedkapital (gjeld). Skattemessige konsekvenser av valgt finansieringsform har betydning i flere henseende idet renter og utbytte behandles ulikt ved skattyternes inntektsfastsettelse. Stikkordmessig nevnes at det i Norge i utgangspunktet er løpende fradrag for gjeldsrenter uavhengig av om det foreligger tilknytning til skattepliktig inntekt eller ikke, mens utbytte ikke er fradragberettiget. For renter skal det ikke, i motsetning til utbytte, svares kildeskatt til staten beroende på om det foreligger skatteavtale mv. Ved rentebetalinger slipper skattyter også å forholde seg til aksjelovens prosessuelle og materielle lovbestemmelser, herunder lovlighetskravet mv.

De tilfeller hvor et datterselskap er finansiert med en uforholdsmessig stor andel fremmedkapital i forhold til egenkapital, blir ofte referert til som «tynn kapitalisering». Problemstillingen som reises når låntaker er norsk, er om han av norske skattemyndigheter kan nektes helt eller delvis skattemessig fradrag for rentekostnader betalt til utenlandsk långiver. Dette på grunn av at låntaker angivelig har en kunstig høy andel fremmedkapital i forhold til egenkapital. Selv om et finansielt instrument basert på sine karakteristika klassifi-

seres som gjeld, har rettspraksis³ vist at det ikke nødvendigvis innrømmes skattemessig fradrag for totale rentekostnader knyttet til lånet.

I Norge er det, i motsetning til i en hel rekke industrielle land vi gjerne sammenligner oss med, ikke utarbeidet spesifikke lovregler eller retningslinjer knyttet til tynn kapitalisering. Et hederlig unntak er olje og gassindustrien som har hatt kodifiserte kapitaliseringsbestemmelser for skatteformål siden 1. januar 1994.⁴

Med utgangspunkt i armlengderegelelen i skatteloven § 13-1 er det støttepunkter for at fradragretten for rentebetalinger på konserninterne lån kan begrenses⁵ dersom;

- den fastsatte rentesats på lånet overstiger det som ville vært avtalt mellom uavhengige parter (armlengdes rentesats), eller
- låntakerselskapet har en unaturlig høy gjeldsgrad i forhold til hva som ville ha blitt avtalt mellom uavhengige parter (tynn kapitalisering).

Vi har erfart at norske skattemyndigheter først stiller spørsmål om hvorvidt rentesatsen på det konserninterne lånet er markedsmessig fastsatt, for deretter å fokusere på gjeldsgraden til selskapet. Dette gjerne uten å gi noen signaler eller tilbakemeldinger til skattyter om hva de mener om den fastsatte rentesats på det konserninterne lånet. Videre, at de i enkelte tilfeller ønsker å kreve en adskillig høyere egenkapitalandel enn hva som kreves i det åpne markedet, samt hva som til dags dato har vært ansett for å være gjeldende egenkapitalnorm eller «tommelfingerregel», om man vil, blant akademikere og praktikere i Norge.

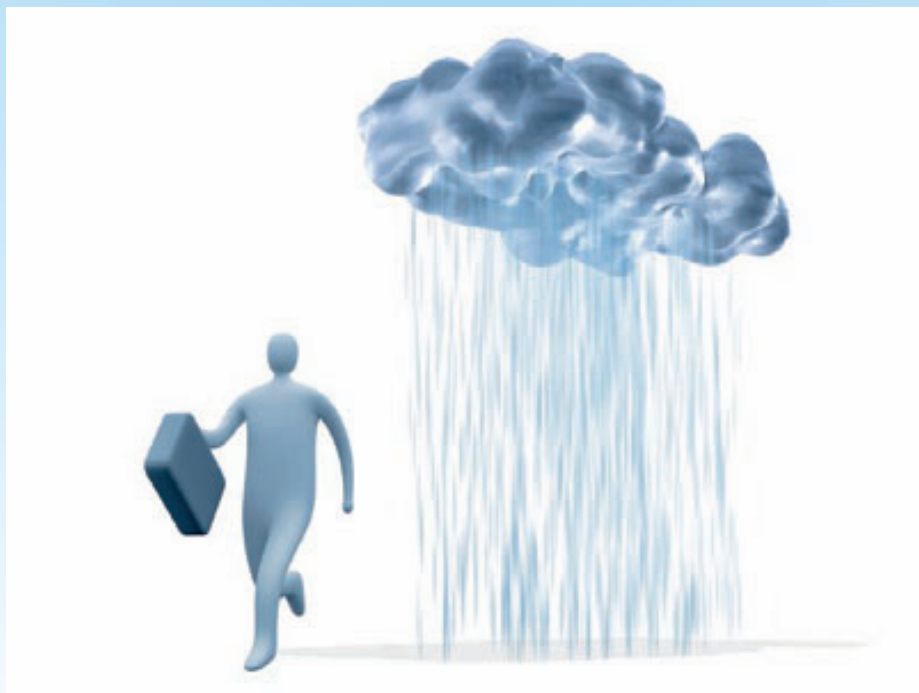
Forretningsmessig rimelig kapitaltilførsel – individuell vurdering

Rt. 1940 s. 598 *Fornebo* gjaldt retten til fradrag for gjeldskostnader for et selskap som var finansiert med en høy andel fremmedkapital. Høyesterett uttalte følgende for at daværende skattelovs internprisingsbestemmelse⁶ skulle komme til anvendelse:

«... det [er] ikke nok at det foreligger et interessefellesskap (deltakerinteresse); dette må ha resultert i en ordning med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkasting, som i og for seg ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig...»⁷ (vår tilføyelse).

Dommen har blitt tatt til inntekt for at det i prinsippet er mulig å justere inntekten til skattyter dersom det foreligger inntekts- eller formuesreduksjon som følge av interessefellesskap.⁸ Dommen gir imidlertid etter vår oppfatning begrenset veiledning for vurderingen av under hvilke omstendigheter skattemyndighetene kan foreta en slik inntektsjustering.

I praksis kan ikke forretningsmessig rimelige og naturlige forhold mellom gjeld og egenkapital tilskrives én bestemt gitt størrelse for den enkelte låntaker. Skjønnsmessige faktorer som for eksempel låntakers og/eller låntakers datterselskap(er)s forventede fremtidige kontantstrøm, rentebetingelser, bransjetilhørighet, relasjoner til finansielle institusjoner samt selskapets og bankers holdninger til risiko vil kunne være avgjørende. En kan heller ikke utelukke låntakers faktiske lånevillighet som et moment, da ønsket om å påta seg høy gjeld ikke bare er et spørsmål om låneevne, men også et spørsmål om hvor høy risiko låntaker ønsker å påta seg. Spesielt selska-



RISIKO: *Et ønske om å påta seg høy gjeld er ikke bare et spørsmål om låneevne, men også et spørsmål om hvor høy risiko låntaker ønsker å påta seg.*

pets holdning til risiko innebærer at hva som utgjør et «forretningsmessig rimelig og naturlig» forhold mellom egenkapital og gjeld, er et vanskelig spørsmål. Ulike selskaper vil gjerne ha ulik oppfatning om risiko og dermed ulik oppfatning om hva som utgjør «forretningsmessig rimelig og naturlig» forhold mellom egenkapital og gjeld.

I forarbeidene⁹ til en endring av skatteloven 1911 § 54, som var forløperen til dagens § 13–1, heter det:

«Det må videre ha skjedd en inntekts- eller formuesreduksjon hos skattyter på grunn av interessefellesskapet. Dette er tilfelle når en transaksjon – eller en samhandel totalt

over tid – er økonomisk dårligere for skattyter enn den ville ha vært i et uavhengig forhold. Måten dette er skjedd på er i prinsippet uten betydning. Det kan gjøres ved uriktig prisfastsetting på varer, tjenester eller andre ytelser, unaturlig høy lånefinansiering m.v.» (vår understreking).

I Høyesterettsdom fra i år i den såkalte Telecomputing-saken ble følgende uttalt vedrørende valg av konsernintern finansiering¹⁰:

«Når TINCs [låntaker] kapitalbehov ble dekket ved lån i stedet for egenkapitaltilskudd, var det fordi den nødvendige kapitalbase for selskapets virksomhet – ut fra markedsutsiktene ved etableringen i USA

IASB diskusjonsforum 13. oktober 2010



Norsk RegnskapsStiftelse

Temaer:	Inntektsføring, leasing, IASBs arbeidsplan
Innledere fra IASB:	Styremedlemmene Jan Engström og Prabhakar Kalavacherla
Tid:	Onsdag 13. oktober 2010, kl 13:00–17:30
Sted:	KPMG-Huset, Majorstua, Oslo (Sørkedalsveien 6)
Hvem:	Regnskapsprodusenter, brukere, revisorer og akademikere
Pris:	Gratis
Påmelding:	nrs@revisorforeningen.no innen 7. oktober 2010
Mer informasjon:	www.regnskapsstiftelsen.no

– ble antatt å kunne skaffes til veie på grunnlag av selskapets egen inntjening. Behovet for kapitalinnførsel fra TC [långiver] ble vurdert å være midlertidig. Da det er lettere å tilbakebetale fremmedkapital enn egenkapital, ble det i denne situasjonen ansett som den beste forretningsmessige løsning at virksomheten inntil den nødvendige kapitalbase var opparbeidet, ble finansiert ved lån i stedet for ved egenkapital. Dette fremstår etter min oppfatning som en velfundert forretningsmessig begrunnelse for å velge lån fremfor egenkapitaltilskudd.» (vår tilføyelse)

I lys av ovennevnte kan det etter vår oppfatning være gode grunner, i hvert fall inntil lovgiverne vedtar spesifikke lovregler på området, til kun å åpne for skjønnsjustering i det tilfellet hvor forholdet mellom egenkapital og gjeld åpenbart ikke er kommersielt rasjonelt og egenkapitalandelen er klart lavere enn hva den ville ha vært i et uavhengig forhold uten interessefelleskap mellom partene.

Lånekapasitetsvurderingen – analogi fra petroleumskatteretten

Inntil 1. januar 2007 inneholdt petroleumskatteloven spesifikke regler om tynn kapitalisering for petroleumindustrien som etter vår oppfatning ga en klar overføringsverdi til andre selskaper. Petroleumskatteloven § 3 litra h (opphevet med virkning fra 1. januar 2007) anga at skattytere som var omfattet av bestemmelsen under visse forutsetninger, måtte ha en egenkapitalandel på minst 20 prosent av total kapitalen for å få skattemessig fradrag for totale rentekostnader. Dersom utbyggingsselskapet hadde gjeld som oversteg 80 prosent av total kapitalen, ble det kun gitt skattemessig fradrag for en forholdsvis andel av rentekostnadene. Det kan sies at den tidligere bestemmelsen i petroleumskatteloven § 3 litra h som ble lovfestet med virkning fra 1994, kodifiserte Oljeskattenemndas retningslinjer og praksis som ble utviklet på 1980-tallet.¹¹

Denne regelen ble også i mangel av andre autoritative og relevante rettskilder på området benyttet som en form for «tommelfingerregel» også for andre skattytere enn olje- og gasselskaper. 20 prosent egenkapitalandel har også av academia blitt ansett for å være en uformell «trygg havn» hva angikk tynn kapitalisering. Hugo P. Matre uttaler følgende på side 544 i «IFA Cahiers 2008 – Volume 93B New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations – Norway»:

«Further, importance will be attached to the level of equity capital: approximately 20 per cent equity capital will be enough to prevent a loan classification on this ground, but it is somewhat uncertain how lower percentages will be considered (at least outside the oil and gas taxation).»

Det er etter vår oppfatning flere grunner til at en analogi fra den tidligere bestemmelsen i petroleumskatteloven § 3 h var og er rimelig når man vurderer tynn kapitalisering. For det første ga regelen i petroleumskatteloven en klar rettesnor for hva som var ansett som tilstrekkelig egenkapitalandel for utbyggingsselskap i petroleumssektoren. Dette er en type virksomhet som må karakteriseres som både kapitalintensiv og risikofylt, i tillegg er effekten av skattemessig rentefradrag høy på grunn av den høye skattesatsen (78 prosent).

For det andre finnes det ingen andre lovregler eller retningslinjer knyttet til temaet tynn kapitalisering i Norge. Følgelig er det rimelig at skattytere skjeller til de få rettesnorer som finnes. Den generelle bestemmelsen i skatteloven § 13–1 gir ingen konkret veiledning til skattytere for hva som kan anses å være et armlengdes forhold mellom egenkapital og fremmedkapital. OECDs retningslinjer for internprising, som det nå henvises til i skatteloven § 13–1 fjerde ledd¹², gir heller ingen slik veiledning.

Etter vårt skjønn er spørsmålet følgelig ikke hvorvidt 20 prosent er tilstrekkelig for skattytere i andre bransjer, men snarere hvor langt under 20 prosent egenkapitalandel som kan anses for å være tilstrekkelig for norske skatteformål. Poenget er at når det ble fastsatt klare regler for en type virksomhet med betydelig risiko og innenfor et skatteregime med 78 prosent skattesats, så skal det mye til for at det kan gjelde strengere krav til egenkapitalandel og låneevne for andre typer av virksomheter.

Avslutningsvis vedrørende det logiske ved å trekke en analogi til petroleumskatteloven vil vi påpeke at kapitaliseringsreglene i petroleumskatteloven ikke er fjernet, men at de snarere er endret. Det gis fremdeles fradrag for netto finanskostnader påløpt på rentebærende gjeld. I dette inngår summen av rentekostnader og valutatap fratrukket valutagevinster på gjelden. Fradraget settes til andelen av selskapets netto finanskostnader som svarer til 50 prosent av forholdet mellom skattemessig nedskre-

vet verdi 31. desember i inntektsåret av formuesobjekter tilordnet sokkeldistriktet og gjennomsnittlig rentebærende gjeld gjennom inntektsåret, jf. petroleumskatteloven § 3 litra d.

Det er på bakgrunn av endringene i 2007 muligens ikke lenger like innlysende å trekke en analogi som tidligere basert på lex specialis-betraktninger. Like fullt er vi av den oppfatning at skattytere som har lagt «tommelfingerregelen» om 20 prosent egenkapital til grunn i sine konserninterne lånearrangementer, bør innrømmes skattemessig fradragsrett for alle tilhørende rentekostnader, forutsatt at den benyttede rentesatsen kan anses å være i henhold til armlengdeprinsippet.

Lånekapasitetsvurderingen – analogi fra selskapsretten

Aksjeloven har selskapsrettslige regler som stiller krav til styrking og binding av kapitalen i norske aksjeselskaper. Eksempelvis angir aksjeloven § 8–1 begrensninger på utdelinger fra selskapet. Ifølge aksjeloven § 8–1 (2) kan selskapet ikke dele ut utbytte dersom egenkapitalen etter utdelingen utgjør mindre enn 10 prosent av balansesummen. Dette så fremt en ikke følger fremgangsmåten for nedsetting av aksjekapitalen. At egenkapitalen «etter balansen» er avgjørende, betyr at de regnskapsmessige verdiene skal legges til grunn ved denne konkrete vurderingen.¹³

Videre skal det etter aksjeloven § 8–1 (4) foretas en forsiktighetsvurdering. Forsiktighetsvurderingen knytter seg særlig til selskaps kapital- og likviditetsbehov, vurdert opp mot kreditorinteresser og andre interesser som knytter seg til selskapet.¹⁴

Vi vil i denne forbindelse i tillegg fremheve at det ikke uten videre foreligger handleplikt etter aksjeloven § 3–5 dersom minstekravet etter aksjeloven § 8–1 (2) på 10 prosent ikke er oppfylt, bl.a. fordi aksjeloven § 3–5 baserer seg på reell egenkapital mens § 8–1 (2) knytter seg til balanseført egenkapital.¹⁵

Poenget som ønskes illustrert her, er at 10 prosent egenkapital selskapsrettslig anses som forenlig med forsiktig og god forretningskikk. Basert på nevnte autoritative kilder, er det etter vår oppfatning naturlig å trekke den slutning at en egenkapitalandel mellom 10 til 20 prosent bør anses som forretningsmessig rimelig og naturlig for skattemessige formål for andre skattytere enn olje- og gasselskaper.

Lånekapasitetsvurdering og vilkåret om inntektsreduksjon i seneste års rettspraksis

Den skatterettslige betydningen av lånekapasitetsvurderingen har vært gjenstand for flere tvister.¹⁶ Rettspraksis vedrørende låntakers lånekapasitetsvurdering har som oftest omhandlet norske långivere som har ytet rentefrie lån til utenlandske låntakere. Spørsmålet i disse sakene er hvorvidt låntaker har lånekapasitet idet lånekapasitet indikerer at låntaker kunne oppta lån hos uavhengige tredjeparter. Når det ikke ville ha vært mulig for låntaker å oppnå lån fra en uavhengig kredittgiver, kan manglende rentebelastning ikke anses å være et resultat av interessefellesskapet.¹⁷ Lånekapasitetsvurderingen er slik vi vurderer det den samme der utenlandsk långiver yter lån til norsk låntaker.

Det er ofte problemstillingen om hvorvidt vilkåret til inntektsreduksjon er oppfylt som er tvistetema, det vil si om låntaker har krevd skattemessig fradrag for uforholdsmessig høy andel av rentekostnadene på grunn av at skattyter angivelig har en svak egenkapitalandel. Hovedproblemstillingen som gjerne reiser seg, er om låntaker gjennom den konserninterne lånefinansieringen har en høyere andel gjeld enn selskapet hadde kunnet ha dersom kapitaltilførselen måtte finansieres uavhengig av konserntilknytningen.

Da ovennevnte problemstilling synes å ha ligget i «dvale» i noen år for nå å ha «blusset opp», ønsker vi idet følgende å knytte noen korte kommentarer og vurderinger til den domstolspraksis som foreligger fra de senere år.

Scribona¹⁸

Scribona Norge AS var datterselskap av det svenske morselskapet Esselte AB. Scribona Norge AS ble finansiert av lån fra det belgiske selskapet Esselte Finance International N.V., et datterselskap av Esselte AB. Det sentrale spørsmålet lagmannsretten måtte vurdere i Scribona-saken var om vilkåret om inntektsreduksjon var oppfylt.

Det var åpenbart at Scribona Norge AS var tynt kapitalisert idet selskapet hadde negativ egenkapitalandel i to av de inntektsårene endringsvedtaket gjaldt. Det interessante i denne saken er således ikke domstolens vurdering av lånekapasitet. Det interessante i saken er at ved omklassifiseringen av gjeld til egenkapital, så la overligningsnemnda til grunn at en egenkapitalandel på 15 prosent representerte armlengdes forhold mellom gjeld og egenkapital de årene egenkapitalandelen var negativ. Det er her grunn til å merke seg at Scribona-saken gjaldt inntektsårene 1990–92 som også var preget av gjelds- og bankkrise i Norge, samt at selskapet ikke hadde fylt ut selvangivelsespapirene på en korrekt måte vedrørende konserninterne renter og lån.

Statoil Angola

I Statoil Angola-saken¹⁹ var problemstillingen motsatt sammenlignet med Scribona-saken. Problemstillingen Høyesterett tok stilling til var om det i medhold av skatteloven § 13–1 kunne fastsettes inntektstillegg for Statoil ASA på grunn av rentefritt lån ytet til datterselskapet Statoil Angola Block 17 AS (heretter Statoil Angola). Finansiering av Statoil Angola ble gjennomført ved rentefritt lån fra Statoil ASA og lån fra det belgiske Statoil Coordination Center N.V. (heretter SCC). SCC var et selskap eid direkte og indirekte av Statoil ASA. Lånet gitt av SCC utgjorde størstedelen av Statoil Angolas finansiering, og det var på dette lånet avtalt markedsmessige renter. Høyesterett (under dissens

Levende strategi

For alle medarbeidere

Hver dag

Raskere endringsevne

Bedre ledelse

Økt lønnsomhet

Se oss på styre2010dagen på BI 14.oktober

Orchestration

Conductor

- Living strategies!



ANGOLA: I Statoil Angola-saken tok Høyesterett stilling til om det i medhold av skatteloven § 13–1 kunne fastsettes inntektstillegg for Statoil ASA på grunn av rentefritt lån yttet til datterselskapet Statoil Angola Block 17 AS.

3–2) konkluderte med at det ikke var grunnlag for inntektstillegg.²⁰

I dommens premiss 7 viser førstvoterende til de tidligere retningslinjene vedrørende tynn kapitalisering for petroleumssektoren slik.

«Ved vurderingen av Statoil Angolas lånekapasitet tok nemnda utgangspunkt i de retningslinjer den tidligere hadde fastsatt vedrørende tynn kapitalisering av oljeselskaper. Virksomhet med å lete etter petroleum er etter disse retningslinjene ansett for å være forbundet med så stor økonomisk risiko at den bare kan finansieres ved egenkapital. Utbyggingsvirksomhet er etter retningslinjene ansett for å kunne finansieres med inntil 80 prosent lånekapital. I motsetning til letevirksomhet, som overheadet ikke blir ansett for å gi grunnlag for lånekapasitet, blir utbyggingsvirksomhet således ansett for å gi grunnlag for lånekapasitet innenfor en ramme på 80 prosent av utbyggingskostnadene.»

Ovennevnte retningslinjer var også basis for ligningen ved vurderingen av Statoil Angolas lånekapasitet selv om saken omhandlet ligningen av långiver. Spørsmålet om gyldigheten av disse retningslinjene var så vidt vi vet ikke omstridt i saken. Etter vår oppfatning kan dommen gi uttrykk for at disse retningslinjene også anses å representere gjeldende rett hva angår tynn kapitalisering og at en slik sett over en lengre tidsperiode har hatt en

såkalt norm eller «trygg havn»-regel i norsk rett.²¹

Praktiske problemstillinger Virkelige verdier eller regnskapsmessige verdier?

Et hittil uløst spørsmål er hvorvidt man skal ta utgangspunkt i låntakers balanseverdier basert på regnskapsmessige eller virkelige markedsmessige verdier. Det har til nå vært vanlig å ta utgangspunkt i regnskapsmessige verdier, sannsynligvis på bakgrunn av ligningsadministrative hensyn.²² Etter vår oppfatning er det gode grunner som taler for å legge til grunn virkelige markedsmessige verdier dersom virkelige markedsmessig verdi overstiger de regnskapsmessige. Regnskapsloven forutsetter også at det løpende foretas en vurdering av de reelle underliggende verdier i selskapet.

Vi er av den oppfatning at i et armlengdes perspektiv vil uavhengige långivere (les: finansinstitusjoner) i sin lånekapasitetsvurdering skjele til balansen basert på virkelige markedsmessige verdier hos låntaker. Det er de virkelige markedsmessige verdiene som er avgjørende dersom långiver må realisere låntakers verdier for å sikre sitt krav, ikke hva som tilfeldigvis står i balansen. Vår erfaring tilsier at typiske lånevilkår, eller såkalte «covenants», ofte tar utgangspunkt i selskapets virkelige markedsmessige verdier.

Som støtte for at den virkelige verdien av egenkapitalen skal legges til grunn, vil vi også vise til bestemmelsene i aksjeloven §§ 3–4 og 3–5, som omhandler krav om forsvarlig egenkapital og handleplikt ved tap av egenkapital. Poenget er at etter nevnte bestemmelser siktes det til selskapets virkelige egenkapital, ikke den regnskapsmessige.²³

Da en beregning av selskapets eiendeler til virkelig verdi formodentlig gir et mer korrekt bilde av egenkapitalen enn hva som ville vært tilfelle dersom en legger regnskapsmessige verdier til grunn, må en, etter vår oppfatning, legge til grunn selskapets virkelige markedsmessige verdier ved vurderingen av skattyters forhold mellom egenkapital og gjeld.

Subjektive kriterier

Det er vanskelig å sette et eksakt tall på subjektive kriterier som eksisterende relasjoner, låntakers ledelse og merkenavn. Betydningen av morselskapets kredittverdighet vil også kunne påvirke debitorposisjonen positivt. Slike subjektive kriterier har utvilsomt en positiv effekt på en uavhengig långiver. De kan også si noe om virkelig verdi og således er det en del av vurderingen under armlengdeprinsippet. Det er nødvendigvis ikke slik i uavhengige låneforhold at långiver og låntaker ikke kjenner til hverandre eller at de ikke har opparbeidet seg et relasjonsforhold. Vår erfaring er at slike relasjoner ofte er avgjørende for om selskapet får lån eller ikke, uavhengig av lånekapasiteten basert på de regnskapsmessige verdier. Det kan derfor ikke ses bort i fra slike effekter ved vurderingen av lånekapasiteten til et konsernselskap. Vi har dessverre observert en økende tendens hos skattemyndighetene hvor «uavhengig» defineres nærmest som «ukjent». Dette er etter vår oppfatning i strid med armlengdeprinsippet som kun krever at en ser bort i fra interessefellesskapet; ikke alle relasjoner som sådan.

I den såkalte Nycomed-saken inntatt i Utv. 1999 på side 540 (Borgarting), ble det på side 544 ble uttalt:

«Det tilføyes at det ved vurderingen av om det forelå lånekapasitet, etter rettens syn er relevant også å legge en viss vekt på datterselskapenes konserntilknytning, jf Eidsivating lagmannsretts dom 28. september 1992 i sak nr 90–00 574A,1) der tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i en sak vedrørende fravikelse av krav om rentefradrag på internlån for et selskap i oljesekto-

ren. Selv om man må ta utgangspunkt i datterselskapenes egen finansielle situasjon, kan man ikke se bort fra at tilknytningen til et solid internasjonalt konsern ville hatt en positiv effekt for en ekstern långivers vurdering av datterselskapenes kredittverdighet.»

Subjektive kriterier som relasjoner, låntakers ledelse og merkenavn har utvilsomt en positiv effekt for en uavhengig långiver og må, etter vår oppfatning, tas med i vurderingen av låntakers lånekapasitet selv om det kan være vanskelig å oppgi en nøyaktig effekt. Det er også klart at en i slike tilfeller ikke har mottatt en konsernintern tjeneste som krever vederlag, i motsetning til hvor det er stilt morselskapsgaranti.²⁴

Sammenligninger av ikke-børsnoterte selskaper med børsnoterte selskaper

I praksis blir vi ofte møtt med at skattemyndighetene sammenligner nøkkeltall, spesielt egenkapitalandel, hos ikke-børsnoterte skattytere med børsnoterte selskaper, både innenfor samme næring og på generelt grunnlag. Etter vårt syn er dette ikke en tilfredsstillende fremgangsmåte eller

metodikk og kan etter vår oppfatning være direkte i strid med armlengdeprinsippet.

For det første tar fremgangsmåten sjelden i betraktning økonomiske forskjeller mellom skattytere og selskaper i en referansegruppe av børsnoterte selskaper.²⁵ Selv for to tilsynelatende sammenlignbare selskaper som driver virksomhet i samme bransje, kan både lånevnen og låneviljen avvike betraktelig. Det er et faktum at det kan eksistere store økonomiske forskjeller blant selskaper innen samme industri som vil kunne påvirke selskapets kapitalstruktur i vesentlig grad. Oljeserviceindustrien er et eksempel på dette, da økonomiske forskjeller mellom FPSO-, rigg-, forsynings-, og ingeniørselskaper vil kunne ha stor innvirkning på valgt kapitalstruktur.

For det andre må forretningsstrategier undersøkes nærmere for å avgjøre sammenlignbarhetsgraden for internprisingsformål da de vil påvirke kapitalstrukturen til ethvert selskap.²⁶ I en gruppe børsnoterte selskaper vil forretningsstrategien i stor grad være varierende. Eksempelvis eksisterer det børsnoterte selskaper som har som en del av sin forretningsidé å være

gjeldsfrie, mens andre selskaper søker høyere risiko med dertil høyere gjeldsandel. Det er rimelig klart at selskaper med klart fravikende forretningsstrategier ikke kan anses å være sammenlignbare hva angår kapitalisering.

For det tredje vil også de tilsynelatende sammenlignbare selskapene være preget av konsernintern finansiering. Når man tar i bruk finansiell statistikk fra uavhengige selskaper, må det finansielle tallmaterialet fra de uavhengige selskapenes transaksjoner ikke være påvirket av dette selskapets kontrollerte transaksjoner. Selskaper som er påvirket av internprising, vil kunne gi et misvisende sammenligningsgrunnlag og bør utelates fra sammenligningen.²⁷

For det fjerde er børsnoterte selskaper ofte konsernspisser, da blir det etter vår oppfatning misvisende å sammenligne et slikt selskap med et utenlandsk eid norsk datterselskap.

For det femte vil børsnoterte selskaper være underlagt andre krav av regulatorisk art, allmenne interesser og krav fra investorgupper sammenlignet med ikke-børs-

www.skattekurs.no

Videregående ajourføringskurs

- Skattekurset'11
- Avgiftskurset'11

Spesialiseringskurs

- Transaksjonskurset

www.skattekurs.no
Skal du på kurs, bruk tiden effektivt

Forelesere:

- Professor dr juris Ole Gjems-Onstad (faglig ansvarlig)
- Førsteamanuensis, statsautorisert revisor Tor S Kildal

Ole Gjems-Onstad

Faglig ansvarlig og kursleder er professor dr juris Ole Gjems-Onstad, professor i skatterett ved Handelshøyskolen BI, Universitetet i Oslo og Universitetet i Stavanger.



Leder BIs nye Masterstudium i skatte- og avgiftsrett. Redaktør Norsk Elektronisk Skattebibliotek og Skattelovsamlingen (www.rettsdata.no).

Tor S Kildal, førsteamanuensis og statsautorisert revisor er ko-leder av Avgiftskurset.

Kursoversikt 2010/11 - påmelding:

Send påmeldingsblanketten til:
SKATTEKURS.NO, Pb 2627 Solli, 0203 Oslo, faks 22 20 00 81
eller e-post: postmaster@skattekurs.no

- 8-9 november 2010 –Transaksjonskurset
- 17 november 2010 –Avgiftskurset 11
- 18-19 november 2010 –Skattekurset 11
- 28-29 Januar 2011 –Skattekurset 11

- Jeg ønsker overnatting i weekenden (fre-lør) inkludert frokost til kr 995,- (enkeltrum) på Norlandia Karl Johan hotell i Oslo sentrum
- Jeg ønsker overnatting på hverdag inkludert frokost natt til kr 1105,- (enkeltrum) på Norlandia Karl Johan hotell i Oslo sentrum

Deltager: Telefon:.....
Adresse:
Poststed/nr:
Firma m/kontaktperson:
E-post adresse:

noterte selskaper. Slike forhold vil i varierende grad kunne påvirke låntakers låneevne og lånevilje.

Dersom et intervall av oppnåelige lånekapasitetsstrukturer blant faktisk sammenlignbare selskaper er mulig å identifisere, bør en akseptere låntakers faktiske valgte kapitalstruktur dersom denne ligger innenfor et slikt intervall, selv om denne måtte ligge i nedre del av intervallet.²⁸ Det er den laveste observasjonen i en referansegruppe som formodentlig angir maksimal lånekapasitet. Etter vår oppfatning bør referansegrupper av børsnoterte selskaper anvendes med forsiktighet der låntaker som granskes ikke er børsnotert. I alle tilfeller må slike datagrunnlag og metodevalg behørig presenteres for skattyter da skjulte og anonyme sammenligningsgrunnlag ikke er forenlig med OECDs arbeid²⁹ eller skatteetatens visjon om en «åpen dialog».

Andre relevante kriterier

En uavhengig långiver vil analysere den potensielle låntakers finansielle kapasitet ved hjelp av en rekke ulike finansielle nøkkeltall, avhengig av type gjeld og bransje skattyter opererer i. I eksempelvis eiendomsbransjen vil mange uavhengige långivere benytte lånetakstandel³⁰ i stedet for egenkapitalandel som grunnlag for langsiktig belåning. Lånetakstandel måler lånets størrelse i forhold til markedsverdien av eiendommen(e) som er registrert som en eiendel i balansen. Med andre ord, lånetaktsandeler kan gi et annet resultat enn egenkapitalandeler og like fullt være forenlig med armlengdeprinsippet. Praksis fra Storbritannia har vist at en lånetakstan-

del rundt 90 prosent kan anses forenlig med armlengdeprinsippet.³¹

Poenget er at dersom andre relevante finansielle nøkkeltall aksepteres av uavhengige långivere, må også slike grunnlag etter vår oppfatning aksepteres av norske skattemyndigheter.

Internasjonale trender

I motsetning til Norge har flere land introdusert klare regler og retningslinjer både for rentefradrag og tynn kapitalisering.

Eksempelvis har Tyskland nå regler som begrenser fradragsretten til 30 prosent av EBITDA. Det gjelder unntak for netto rentekostnader som årlig ikke overstiger EUR tre millioner, låntaker som ikke inngår i konsern og de tilfeller hvor låntaker har en egenkapitalandel på linje med konsernets konsoliderte egenkapitalandel. Rentekostnader som ikke er fradragsberettigede, skal ikke reklassifiseres som utbytte, men kan fremføres uten noen form for tidsbegrensning.³²

Kina har valgt en fremgangsmåte basert på en såkalt sjablongmetode. Rentekostnader betalt til en långiver i interessefellesskap er som hovedregel kun fradragsberettiget dersom egenkapitalandelen er 5:1 for finansinstitusjoner, og 2:1 for andre virksomheter. Det er oppstilt unntak fra hovedregelen hvor egenkapitalandelen er under sjablongverdiene dersom låntaker likevel kan påvise at de kontrollerte transaksjoner er foretatt på armlengdes vilkår. Rentekostnader som ikke er fradragsberettigede kan ikke fremføres.³³

Videre har Danmark innført nærmere bestemte regler som begrenser fradragsretten for rentekostnader og tynn kapitaliseringsregler. I Sverige var det inntil 1. januar 2009 tilstrekkelig med SEK 100 000 i egenkapital. Det fantes ingen bestemmelser i den svenske «Inkomstskattelagen» som begrenset fradragsretten for rentekostnader, det avgjørende var om rentesatsen på lånet var markedsmessig fastsatt. Dette vakte naturlig nok irritasjon hos skattemyndighetene som fremmet saker vedrørende dette, men Regeringsråden avviste statens argumenter idet domstolen konkluderte med at det ikke var lovhjemmel for å nekte skattemessig fradrag for rentekostnader. Blant annet på denne bakgrunn har svenske myndigheter innført lovregler som begrenser skattemessig fradrag for rentekostnader, noe som også har blitt fulgt opp av finske myndigheter.

Uavhengig av hvilken metode og prinsipp en har valgt og hvor rettferdig eller riktig dette er, gir dette i det minste, i motsetning til i Norge, forutberegnelighet for skattyter. Forutberegnelige rettsregler vil formodentlig spare samfunnet og skattyter for betydelige prosesskostnader.

Avslutningsvis kan en spørre hvordan slike nasjonale regler stiller seg i forhold til skatteavtaler og OECDs retningslinjer. En problemstilling som kan oppstå, er dersom rentefradrag aksepteres etter armlengdeprinsippet, som skatteavtalene bygger på. Må da rentefradraget aksepteres uavhengig av de nasjonale reglene? Det blir imidlertid for omfattende å gå inn på en slik problemstilling i denne artikkelen.

Avsluttende bemerkninger – et lite hjertesukk!

Det er vanskelig å si seg uenig i at skattemyndighetenes lånekapasitetsvurderinger er viktige for å sikre korrekt skattemessig behandling av rentekostnader og rett skatteproveny til staten(e).

Det er imidlertid et faktum at tynn kapitalisering og såkalt lånekapasitetsvurdering ikke er spesifikt lovregulert i Norge, og verken skattemyndighetene eller Finansdepartementet har utarbeidet administrative uttalelser eller retningslinjer. Basert på de alminnelige rettsprinsipper tilsier dette etter vår oppfatning at skattemyndighetene bør være særdeles forsiktige med å utvikle ny praksis gjennom krav om hva som utgjør minimum armlengdes egenkapital i enkeltsaker. Dette har også en rettspolitisk side hva angår hensynet til forutberegnelighet og likebehandling av skattytere idet den mangelfulle klargjøringen fra myndighetenes side åpner for vilkårlig og uensartet skjønnsutøvelse.

I sin iver etter å endre ligninger har vi erfart både skriftlige og muntlige utsagn fra norske skattemyndigheter om at 20 prosent egenkapitalandel ikke er tilstrekkelig eller kan anses å være noen form for «trygg havn»-regel om man vil, uten at det gis noen nærmere legislativ begrunnelse for dette. Videre har vi erfart at man angivelig har pratet med ansatte i norske banker om hva som ville være naturlig egenkapitalandel for ulike kategorier skattytere. Basert på blant annet nevnte «autorative» rettskilder presser en på retrospektivt for å skape ny praksis på området til skattyters ugunst. Det forhold at utvikling av ny gjeldende ligningspraksis som i realiteten nærmer seg lovgivers rolle vitterlig er en funksjon som er tillagt lovgiverne, synes beklageligvis å være fortrent.



RETNINGSLINJER: I motsetning til Norge har flere land introdusert klare regler og retningslinjer både for rentefradrag og tynn kapitalisering.

Vi viser i denne forbindelse til Rt. 2001 s. 1444 Skøyen næringspark der Høyesterett la vekt på at dersom en ønsker å endre eller presisere en rettsoppfatning, vil muligheten for å legge spørsmålet om endring frem for lovgiver alltid være til stede.³⁴ Når rettstilstanden er usikker, har Finansdepartementet således en sterk oppfordring til å fremme forslag om fremtidig klargjøring, blant annet av hensyn til forutberegnelighet for skattyter.

Inntil lovgiver vedtar lovregler for gjeldsrentefradrag og/eller tynn kapitalisering, er det interessante spørsmålet etter vår oppfatning hvor mye lavere enn 20 prosent egenkapitalandel andre skattytere enn olje- og gasselskaper kan ha før en andel av låntakers rentekostnader kan avskjæres av norske skattemyndigheter med hjemmel i skatteloven § 13-1. Etter vår oppfatning kan egenkapitalandeler ned mot 10 prosent anses armlengdes avhengig av de faktiske og konkrete omstendigheter.

1 13. april 2010 ble det avholdt frokostseminar i Skatt øst med representanter fra både næringslivet og rådgivermiljøet til stede.

- 2 Se Liland, Anders H., «Holdingselskapers rentebetalinger til utlandet på konserninterne lån – grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring?», Skatterett nr. 1 2010 s. 16–45.
- 3 Se bl.a. Rt. 1940 s. 598, Utv. 1989 s. 304, Utv. 1989 s. 341, Utv. 2004 s. 685.
- 4 Lov av 1975 nr. 35 lov om skattlegging av under-sjøiske petroleumforekomster m.v. § 3 litra h (opphevet med virkning fra 1.1.2007) se nå § 3 litra d.
- 5 Ot.prp. nr. 62 (2006–2007) s. 20, Rt. 2001 s. 1025, Utv. 1989 s. 304, Utv. 1989 s. 341, Zimmer, Frederik, *Internasjonal inntektskatterett* 4. utg. s. 163, Skaar, Arvid Aage mfl., *Norsk skatteavtalerett* s. 486.
- 6 Skatteloven (1911) § 54 (nå § 13-1).
- 7 Rt. 1940 s. 598 s. 601.
- 8 Skaar, Arvid Aage, *Norsk skatteavtalerett*, s. 461.
- 9 Ot.prp. nr. 26 (1980–1981) side 66.
- 10 HR-2010–1072-A (premiss 50).
- 11 Ot.prp. nr. 12 (1994–1995) s. 4.
- 12 Nytt fjerde ledd fra 1.1.2008.
- 13 Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 154.
- 14 Kommentarer til asl. § 8-1 (4) ved Hugo P. Matre (rettsdata).
- 15 Kommentarer til asl. § 8-1 (2) ved Hugo P. Matre (rettsdata).
- 16 Blant annet; Utv. 1996 s. 201, Utv. 1997 s. 816, Utv. 1999 s. 540, Utv. 1999 s. 849, Utv. 2000 s. 1756 samt Utv. 1997 s. 895 FIN.
- 17 Rt. 2007 s. 1025 (premiss 44) og Utv. 1997 side 895 (FIN).
- 18 Utv. 2004 s. 685 (Borgarting).
- 19 Rt. 2007 s. 1025.
- 20 Dommens begrunnelse er kritisert av Andreas Bullen i «Et skråblikk på Høyesteretts dom i *Siatoil Angola* (Rt. 2007 s 1025)», *Skatterett* 2008 nr. 2 s. 110–142.
- 21 Se også Zimmer, Frederik, *Internasjonal inntektskatterett*, 4 utg., s. 163.
- 22 Ot.prp. nr. 12 (1994–1995) s. 10.
- 23 Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) s. 50.
- 24 OECDs retningslinjer pkt. 7.13.
- 25 OECDs retningslinjer pkt. 1.30 flg.
- 26 OECDs retningslinjer pkt. 1.31 flg.
- 27 OECDs retningslinjer pkt. 3.42.
- 28 Jf. OECDs retningslinjer pkt. 1.48.
- 29 Se også «OECD Comparability: Public invitation to comment on a series of draft issues notes» pkt. 8 flg. (mai 2006).
- 30 Engelsk: «Loan to asset ratio».
- 31 HM Revenue & Customs, *The International Manual, Thin Capitalisation cases: practical guidance* INTM579 040 (www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual 20.08.2010).
- 32 Liland, Anders H., «Holdingselskapers rentebetalinger til utlandet på konserninterne lån – grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring?», *Skatterett* nr. 1 2010 s. 16–45 (s. 19).
- 33 Caishui [2008] 121, 23. September 2008 – «The State administration of Taxation and Ministry of Finance».
- 34 Rt. 2001 s. 1444 s. 1455.



Komplett løsning for revisjonsbransjen

Timeregistrering, planlegging og oppfølging

Endelig kan du få en totalløsning med et godt timesystem tilpasset akkurat ditt behov! Med Duett vil du få følgende muligheter:

- Håndtering av to revisjonsår samtidig
- Timesats pr. person, oppgave eller ut fra kompetansenivå
- Timebudsjett pr. klient / ansatt / oppgave og år
- Inntektsbudsjett pr. konto automatisk generert fra timebudsjett
- Gode timerapporter, beholdningslister, fakturagrad mv.

Faktureringsgrad



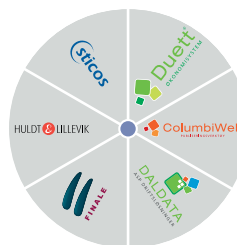
Fakturering

Ved fakturering trenger du fleksibilitet. I Duett er dette slik:

- Registrerte timer overføres direkte til faktura
- Velg mellom fast pris pr. kunde eller medgått tid
- Mulighet for a-kontofakturering og avregning
- Oversiktlige fakturagrunnlag
- Utlegg kan faktureres sammen med timer

Øvrige økonomi- og IT-funksjoner

Duett er et komplett økonomisystem med løsninger for elektronisk bilagshåndtering, webportal for timeregistrering og alt en revisor ellers trenger. Vi leverer også markedsledende løsninger for lønn, reiseregninger, oppslagsverk og hjemmesider. Vi tilbyr IT-drift av alle dine programmer, slik at du kan jobbe på kontoret, fra hjemmekontor eller ute hos klientene med sikker og stabil pålogging.



Totalpakke for revisjonsbransjen

Daldata As - din totalleverandør

Med Daldata som samarbeidspartner reduserer du antall leverandører og kontaktpunkter vesentlig. Vi tar ansvar for din totale IT-løsning slik at du kan konsentrere deg om din kjernevirksomhet.

Daldata leverer smarte IKT-produkter og tjenester som er gull verdt for kundene. Vi er en solid samarbeidspartner med høy kunnskap og lang erfaring. Bli en vinner sammen med oss - velg løsninger og kompetanse fra Daldata!

