

Tynn kapitalisering uten safe harbour-regel

Andresen og Nyberg skriver i en artikkel i Revisjon og Regnskap 6.2010 at det eksisterer en safe harbour-regel på 20 % egenkapital og mener skattytere kan anvende den inntil det foreligger spesifikke lovkrav. Etter vårt syn holder ikke argumentasjonen.

Artikkelen er forfattet av:



Senior Rådgiver
Frank Lange
Transfer pricing-teamet i Skattedirektoratet



Seniorskatteljurist
Hanne Flood
Transfer pricing-teamet i Skattedirektoratet

Artikkelen står for forfatternes egen regning og representerer ikke nødvendigvis synspunktene til Skattedirektoratet.

Regler om tynn kapitalisering

Forfatterne gir et inntrykk av at det ikke eksisterer lovregler på området og at ligningsmyndighetene nærmer seg lovgivers rolle ved skjønnsfastsettelsen i forbindelse med endringsaker. Dette er ikke korrekt.

Tynn kapitalisering er dekket av armlengdeprinsippet (ALP) i skatteloven (sktl.) § 13–1 hvorefter inntekten kan fastsettes ved skjønn såfremt denne er redusert på grunn av interessefellesskapet. Ved skjønnet skal inntekten fastsettes som om interessefellesskapet ikke hadde foreligget. Allede under forberedelsene av skatteloven av 1911 ble emnet drøftet.¹ Størrelsen av egenkapital (EK) avhenger av foretakets risiko og må i utgangspunktet fastsettes på grunnlag av sammenligning med uavhengige parter.² Mulighetene for sammenligning er økt betraktelig siden *Fornebo*³ og *Scribona*⁴. Økonomiske analyser av virksomheten kan også anvendes til å bestemme nivået på EK-graden som for eksempel kontantstrømanalyser,⁵ kreditt- og lånekapasitetsvurderinger samt konkrete forhold som for eksempel lånevillighet mv. EK-graden i den enkelte saken er basert på et skjønn. Da et slikt skjønn ofte vil inneholde forskjellige usikkerhetsmomenter, må det selvfølgelig tas hensyn til dette ved skjønnsutøvelsen.

Ingen safe harbour-regel

Forfatterne påstår at petroleumsskatteloven (petrsktl.) § 3h kan anvendes analogt. Samtidig etterlyser forfatterne en legislativ begrunnelse for at det ikke eksisterer en 20 % safe harbour-regel. Forfatterne fremhever at virkelige verdier bør legges til grunn og ikke regnskapsmessige.

I forarbeidene til bestemmelsen i petrsktl. § 3 h som gjelder for utvinningsselskaper, bemerket OLF/Norret at den nye regelen «bør virke som «safe haven» (tilstrekkelighetsnorm)». Departementet kommenterte dette og presiserte hvordan vurderingen iht. petrsktl. § 3 h skulle foretas. Klassifisering av gjeld/EK for skatteformål skulle først vurderes etter tidligere sktl. § 54, 1. ledd (nåværende § 13–1), og det korrigerte resultatet (EK-størrelsen) skulle deretter legges til grunn ved vurderingen av EK-kravet etter petrsktl. § 3 h. Kommentarene i forarbeidene tilsier således at departementet allerede ved innføring av ny bestemmelse i loven presiserte at bestemmelsen ikke var å anse som en safe harbour-regel.

Minstekravet på 20 % iht. petrsktl. ble beregnet på grunnlag av regnskapsmessige verdier, mens kapitalkravet iht. sktl. § 13–1 også skal ta hensyn til ikke-balanseførte verdier. Det vil si at man i forbindelse med en sammenligning skal korrigere for forskjellen i ikke-balanseførte verdier (som kan gi lånekapasitet⁶) mellom selskapet og sammenligningsgrunnlaget.

Forfatternes drøftelse av anvendelse av regnskapsmessige kontra virkelige verdier bygger formentlig på et ønske om å anvende en analogi til petrsktl. Det er vanskelig å være uenig med forfatterne i at det skal tas hensyn til virkelige verdier i forbindelse med en vurdering etter § 13–1 og at dette kan begrunnes med ALP.

Avsluttende bemerkning

Tynn kapitalisering avgjøres ut i fra faktiske omstendigheter i den enkelte sak sammenholdt med armlengdeprinsippet og ikke ut fra minimumskrav i hhv. petrsktl. eller selskapsretten. Selv om det er opplagt at de generelle prinsippene som er anvendt av Klagenemnda for petroleumskatt, har tilsvarende relevans også utenfor petroleumssektoren,⁷ er vi under henvisning til foranstående av den oppfatningen at det *ikke foreligger en safe harbour på 20 %*.⁸⁺⁹⁺¹⁰

Endnotes

- Håkon Løchen, Skatterett 4/91, side 444 ff., 1.1 Historie – Systematikk.
- Utv. 2004 s. 685 Scribona, vedr. EK-kravet på 15 % se tingrettsdommen inntatt i Utv. 2002 s. 1537.
- Rt. 1940 s. 698.
- Se note 2.
- Jan Syversen, skatt på petroleumsutvinning, s. 195, 2. avsnitt om Klagenemnda for oljeskatt sine retningslinjer gjelder for petrsktl. § 3h. «Klagenemndas «retningslinjer» ... tar utgangspunkt i en løpende analyse av selskapets kontantstrøm over flere år».
- Utv. 2002 s. 1542, 4. avsnitt Scribona, «I det hele finner retten at merverdier ikke er klart nok synliggjort til at en ekstern långiver ville lagt vekt på disse ved långivning, på det aktuelle tidspunkt.»
- Arvid Aage Skaar m fl, Norsk skatteavtalerett, 1. utg. 1. opplag 2006, s. 462, 1. avsnitt.
- Fredrik Zimmer, Internasjonal inntektsskatterett, 4. utgave 2009, s. 164, 2. avsnitt. Zimmer skriver oljeskattekontorets praksis er basert på en «80–20 sjablong».
- Arvid Aage Skaar m. fl. Norsk skatteavtalerett, 1. utg. 1. opplag 2006, skriver på s 462, 1. avsnitt at «[k]lagenemnda understreket at retningslinjene skulle være av veiledende karakter og at de kunne fravikes dersom et selskaps konkrete finansieringssituasjon skulle tilsa dette, hvilket imidlertid sjeldent er gjort».
- Hærem, «skatteproblemer ved selskapsfinansiering – tynn kapitalisering (Praksis ved ligningen av oljeselskaper, Utv 1990, s 1227, 4. avsnitt, «Men det vil ikke alltid passe like godt å anvende for eksempel retningslinjene om 100% egenkapitalfinansiering av leteomkostninger og 20 % egenkapitalfinansiering av utbyggingskostninger. Et selskap som befinner seg i etableringsfasen, vil imidlertid måtte ha betydelig høyere egenkapital enn et selskap som er kommet så godt i gang at det har rimelig sikre inntekter å se frem til.»