

Restrukturering av transaksjoner mellom nærstående foretak:

En kommentar om økonomisk substans



Artikkelen er forfattet av:

Skattejurist
Anine Karstensen
Skatt øst
Artikkelen gir ikke nødvendigvis uttrykk for skatteetatens offisielle syn

Artikkelen forsøker å belyse at unntaket ikke nødvendigvis er avgrenset til tynn kapitalisering som anvendelsesområde, men også kan være relevant i andre tilfeller.

Unntaket om økonomisk substans etter OECDs retningslinjer

Den økonomiske substansen avviker fra dennes form

Artikkelen er ment som en kommentar til Jim Krüger Olsens artikkel i Revisjon & Regnskap nr. 7 2012, som i stor grad avgrenser mot selvstendig behandling av unntaket om økonomisk substans og fokuserer på unntaket om kommersiell rasjonalitet. Formålet med denne kommentaren er derfor å drøfte rekkevidden og anvendelsesområdet for å belyse at unntaket om økonomisk substans kan tenkes anvendt på andre forhold enn tynn kapitalisering.

Hovedregelen etter retningslinjene er at internprising skal skje på bakgrunn av den faktisk foretatte transaksjon og således at skattyters struktur står seg ved internprisingen (slik skattyter har strukturert transaksjonen, også kalt as is-prinsippet). Det kan imidlertid i visse tilfeller være grunn til ikke å anerkjenne skattyters struktur og endre denne slik at for eksempel form og underliggende realitet samsvarer i større grad.¹ Strukturelle justeringer, i motsetning til verdijusteringer, har vært et kontroversielt tema internasjonalt. Retningslinjene selv advarer mot å restrukturere

Artikkelen drøfter anvendelsen av unntaket om økonomisk substans i punkt 1.65 i OECDs retningslinjer og er **en kommentar til Jim Krüger Olsens artikkel i Revisjon og Regnskap nr. 7 2012.**

berettigede forretningsstrategier og det er derfor viktig at unntakene tolkes i lys av sin kilde; OECDs Mønsteravtale artikkel 9 (1). Unntakene er ikke kumulative etter retningslinjenes ordlyd; det er tilstrekkelig at den kontrollerte transaksjonen anses for å falle inn under ett av dem for at strukturelle endringer kan gjennomføres.

Det åpnes for to relativt snevre unntak fra as is-prinsippet i retningslinjene punkt 1.65. Det første unntaket baserer seg på forhold tilknyttet transaksjonens økonomiske substans:

«The first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form. In such a case the tax administration may disregard the parties' characterisation of the transaction and re-characterise it in accordance with its substance.»

Artikkelen vil fokusere på de problemstillinger som reiser seg ved anvendelse av unntaket og utdype unntakets innhold og rekkevidde.

Tolkningsversjoner av «mangel på økonomisk substans»

Det første spørsmålet som reiser seg, er hva som menes med mangel på økonomisk substans. Retningslinjene selv definerer ikke økonomisk substans og begrepet kan tolkes på mange ulike måter. Andreas Bullen skriver i sin doktorgradsavhandling at det kan utledes tre ulike tolkningsversjoner av «mangel på økonomisk substans» som brukt i retningslinjene. Disse tolkningsversjonene er omgælsesversjonen,

faktisk substansversjonen og armlengdeversjonen.²

Armlengdeversjonen er ifølge Bullen den versjonen som er relevant ved anvendelsen av unntaket,³ fordi det harmonerer med armlengdeprinsippet oppstilt i OECDs Mønsteravtale artikkel 9 (1). Økonomisk substans mangler etter armlengdeversjonen når de nærståendes transaksjon har en form som avviker fra det som uavhengige foretak ville ha valgt. Synspunktet kan også begrunnes i retningslinjene som konsekvent knytter armlengdevurderingen til anvendelsen av unntaket:

«Article 9 would thus allow an adjustment of conditions to reflect those which the parties would have attained had the transaction been structured in accordance with the economic and commercial reality of parties transacting at arm's length.»⁴

Rekkevidde og årsakssammenheng

Retningslinjene utdype ikke rekkevidden av unntaket selv, men gir anvisning på bruken gjennom et eksempel på et tilfelle av tynn kapitalisering. Det er derfor nødvendig å analysere rekkevidden på bakgrunn av hva retningslinjene faktisk sier og supplere dette med øvrig materiale fra OECD.

Det første spørsmålet som reiser seg, er i hvilke tilfeller den økonomiske substansen avviker fra dennes form. Økonomisk substans i denne sammenheng forutsetter et

² Bullen (2010) s. 348.

³ Bullen (2010) s. 355.

⁴ OECD 2010, 1.66.

¹ OECD 2010, 1.65.

interessefellesskap; interessefellesskapet som sådan forårsaker ubalansen mellom form og økonomisk substans.⁵

Bullen skriver at vurderingen blir underlagt en test bestående av to trinn: den første øvelsen går ut på å kartlegge hvorvidt transaksjonen har en økonomisk substans som avviker fra dennes form. Deretter må det undersøkes hvorvidt dette er forårsaket av interessefellesskapet og problemstillingen blir da om uavhengige foretak kunne benyttet samme form under tilsvarende omstendigheter. Dersom konklusjonen på den siste vurderingen er nei, vil det foreligge et brudd på armlengdeprinsippet og vilkårene for å benytte unntaket være oppfylt. Eksempler på en avtaleform og struktur som uavhengige parter ikke ville ha valgt, kan være en risiko allokert til en part som ikke har mulighet til å kontrollere den gitte risiko, og det kan presumeres at dette er en form som bryter med armlengdeprinsippet.

I de tilfeller hvor det kan påvises at uavhengige parter faktisk benytter seg av samme form, vil det i prinsippet foreligge økonomisk substans etter unntakets ordlyd.

Det andre spørsmålet som reiser seg, er hva retningslinjene legger i begrepet «avvik». Det kan være uklart hvorvidt ethvert avvik anses som kvalifiserende eller om avviket blir gjenstand for en vesentlighetsvurdering. Ordlyden indikerer at det kan foreligge noe økonomisk substans; det er intet krav om at det ikke er noen økonomisk substans.⁶ Bullen tolker ordlyden slik at det er et tilstrekkelig avvik dersom transaksjonen har en annen effekt på den økonomiske situasjonen enn formen tilsier, for eksempel i et tilfelle der en risiko er lagt til en part som åpenbart ikke har evne til å bære den, men må støttes av den andre parten dersom risikoen materialiserer seg.⁷

Tynn kapitalisering

Retningslinjene trekker frem tynn kapitalisering som eksempel på et tilfelle der økonomisk substans avviker fra dennes form:

«An example of this circumstance would be an investment in an associated enterprise in the form of interest bearing debt when, at arm's length, having regard to the

economic circumstances of the borrowing company, the investment would not be expected to be structured in this way. In this case it might be appropriate for a tax administration to characterise the investment in accordance with its economic substance with the result that the loan may be treated as a subscription of capital.»⁸

Fordi tynn kapitalisering eksplisitt nevnes, kan det være hensiktsmessig å knytte noen kommentarer til emnet. Tradisjonelt kan et selskap finansieres på to måter; enten i form av lån eller innskudd i form av egenkapital. De to finansieringsformene har ulike skattemessige rettsvirkninger og det kan være flere grunner til at man velger det ene fremfor det andre.

Tynn kapitalisering innebærer at et datterselskap er finansiert med påfallende mye gjeld og lite egenkapital; lånebeløpet overstiger dermed selskapets lånekapasitet.⁹ Det skattemessige poenget ved en slik finansiering er fordelene ved gjelds- og rentefradrag for datterselskapet og således en redusert skattbar inntekt. Her kan den økonomiske substansen ved transaksjonen avvike fra partenes formelle betegnelse fordi risikoen for manglende tilbakebetaling av både renter og hovedstol er stor.¹⁰

Likevel kan det ikke utelukkes fullstendig at uavhengige långivere er villige til å ta svært stor risiko, men til gjengjeld kreve en tilsvarende høy rentesats. Et eksempel på dette kan være såkalte krisepakker til land som er nær ved å gå konkurs. Land som Hellas kan bli tilbudt lån, men til en svært

høy rente. Et spørsmål som kan reise seg i den forbindelse, er hvorvidt dette fører til at rentesatsen vil bli satt svært høyt av myndighetene. Problemstillingen ser ikke ut til å ha blitt reist i norsk rettspraksis.

Sondringen mellom egenkapital og gjeld i norsk rett belyses blant annet i Preferansekapitaldommen, der førstvoterende uttaler at «når et kapitalinstrument har egenskaper som har trekk både fra gjeld og egenkapital, må det etter vanlig oppfatning finne sted en klassifisering på grunnlag av en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet for å fastlegge om likheten er størst med gjeld eller egenkapital.»¹¹

Utgangspunktet i norsk rett er dermed ikke ulikt det som oppstilles i retningslinjene, der utgangspunktet er den økonomiske substansen i transaksjonen. I begge tilfeller vil fokuset være den underliggende realiteten i transaksjonen. Etter retningslinjene vil det skje en armlengdevurdering fordi vurderingen av økonomisk substans henspiller på armlengdeprinsippet, mens det etter norsk intern rett skal vurderes om det foreligger en inntektsreduksjon forårsaket av interessefellesskap etter skatteloven § 13-1. I begge tilfeller er momenter som risiko, lånekapasitet og ikke minst transaksjonens underliggende økonomiske substans svært tungtveiende, og vil ofte føre til det samme resultatet.

Utleie av personell – secondment arrangements

Utleie av personell innad i et konsern over landegrensene kan reise særlige spørsmål i forbindelse med økonomisk substansunntak.

⁸ OECD 2010, 1.65.
⁹ Bullen (2010) s. 369.
¹⁰ Bullen (2010) s. 370.

¹¹ Rt. 2001 s. 851 (863).



ØKONOMISK SUBSTANSUNNTAKET: Utleie av personell innad i et konsern over landegrensene kan reise særlige spørsmål i forbindelse med økonomisk substansunntaket.

⁵ Bullen (2010) s. 361.
⁶ Bullen (2010) s. 362.
⁷ Bullen (2010) s. 362.

taket. Dersom et morselskap i stat A leier ut noen av sine arbeidstakere til datterselskapet hjemmehørende i stat B, gir ikke tilstedeværelsen av morselskapets ansatte grunnlag for å gi morselskapet status som fast driftssted i stat B. Ved slik utleie av personell har dermed som hovedregel stat B ikke beskatningsrett for lønn og utgifter som betales til de utleide arbeidstakerne fra datterselskapet, enten de betales direkte til arbeidstakerne fra datterselskapet, eller datterselskapet betaler dette til morselskapet som betaler videre til de utleide arbeidstakerne.

Det er således mottakerselskapet som anses som den virkelige arbeidsgiver fordi det har instruksjonsmyndighet ovenfor arbeidstakeren og bærer dennes kostnader; derfor skattlegges ikke morselskapet for inntekten innvunnet gjennom det utleide personell. De kostnader som påføres mottakerselskapet, vil typisk være direkte kostnader tilknyttet arbeidstakerne slik som lønn, bonus osv. Utleieselskapet får dekket bruken av sine arbeidstakere, men normalt ikke utover hva de samme arbeidstakerne ville ha kostet selskapet i stat A. Internasjonalt kalles disse avtalene for «secondment arrangements», og brukes blant annet for å hindre etablering av fast driftssted for utleieselskapet.¹²

Restrukturering fra utleieavtale til tjenesteavtale

Problemstillingen i det følgende vil være i hvilke tilfeller en avtale som oppstilt ovenfor, kan restruktureres til å være en avtale om tjenester, og ikke utleie av personell. Poenget med restruktureringen er å etablere skatteplikt for staten som leier ut arbeidskraften, og benytte retningslinjenes unntak om økonomisk substans som grunnlag for dette.

Når morselskapet i stat A leier ut arbeidskraft til selskapet i stat B, er et av de viktigste momentene for å fastlegge fast driftssted for stat A om arbeidstakerne har et resultatansvar eller ikke. Dersom disse har et resultatansvar, kan dette medføre status som fast driftssted for morselskapet, selv om avtalen mellom selskapene kun omhandler utleie av personell.¹³ Her kan også prisen gi en indikasjon på hva avtalen reelt sett omhandler; ved resultatansvar vil prisen normalt bli satt høyere mellom uavhengige parter, fordi resultatansvar medfører økt risiko. Dette henger også sammen med de utleide ansattes funksjoner. Der-

som resultatansvaret er lagt til datterselskapet i stat B, kan det spørres om datterselskapet har evne til å bære denne risikoen, eller om den i realiteten bæres av morselskapet i stat A.

Dersom de ansattes funksjoner er distribuert rundt i datterselskapet og konsernet på en måte som ikke er forretningsmessig begrunnet, kan det være et tegn på mangel på økonomisk substans. Et eksempel på dette kan være at man bruker lokale arbeidere til produksjon ved en fabrikk i stat B, mens de utleide arbeiderne fra stat A har lederstillinger over lang tid. Det kan da spørres om hvem som reelt sett driver og drifter selskapet; dersom den avgjørende kompetansen for selskapet i stat B er representert ved arbeiderne fra stat A, kan ikke selskapet i stat B sies å ha instruksjonsmyndighet i praksis overfor dem. Zimmer skriver at problemstillingen om de ansattes funksjoner er kontroversiell og foreløpig uten en ensartet løsning i OECD¹⁴, men en avklaring på dette området kan ha betydning for forutberegnelighet og avverging av dobbeltbeskatning samt restrukturering etter unntaket.

Det kan reises en problemstilling om hvorvidt utleieavtalen som oppstilt ovenfor er en løsning som velges fordi partene inngår i et konsern, og om uavhengige parter ville ha inngått en tilsvarende avtale under tilsvarende forhold. Dersom uavhengige parter ikke ville ha strukturert en tilsvarende utleieavtale, kan det være grunnlag for restrukturering etter unntaket om økonomisk substans. En slik restrukturering til tjenesteavtale vil kunne medføre fast driftssted for morselskapet og kan således etablere skatteplikt.

Eksempel på restrukturering til tjenesteavtaler; circular 103

Et eksempel som kan bidra til å belyse problemstillingen nærmere er Kina som i juli 2009 begynte å skattlegge utenlandske selskaper som hadde leid ut arbeidstakere til kinesiske datterselskaper. Dette blir gjort ved at lokale kinesiske skattemyndigheter tolker avtalegrunnlaget mellom selskapene på bakgrunn av et rundskriv («circular 103») utstedt av statlige skattemyndigheter.¹⁵ Dersom avtalene reelt sett innebærer utveksling av tjenester, kan det være grunnlag for å fastslå at det foreligger fast driftssted og dermed skatteplikt til Kina. Vurderingen av om det foreligger fast driftssted, kan gjøres ved å se på resultatansvar og

risiko, samt de ansattes funksjoner og kompetanse.

Denne endringen i kinesisk skattepolitikk ble gjort for å styrke kinesiske skattefundamenter. For konsernselskaper som får påvist fast driftssted gjennom utleieavtalene, kan de skatterettslige konsekvensene bli beskatning på opptil 30 %.¹⁶

Oppsummering

Som nevnt ovenfor er det ikke åpenbart at unntaket om økonomisk substans kun kan anvendes på tilfeller som gjelder tynn kapitalisering. Det kan også tenkes ytterligere eksempler som kan falle inn under unntakets anvendelsesområde. Både rettspraksis og OECDs dynamiske arbeid vil bidra til å konkretisere og synliggjøre unntakets rammer, selv om det også kan hevdes at OECDs materiale ikke representerer noe banebrytende i forhold til norsk intern rett. Retningslinjene og OECDs materiale spiller imidlertid en svært viktig rolle i internasjonal sammenheng, blant annet for unngåelse av både juridisk og økonomisk dobbeltbeskatning. I den sammenheng kan det være viktig med en forståelse av OECDs system og fremgangsmåte som kan gi viktige innspill til armlengdeprinsippets anvendelse og utvikling i norsk rett.

Innholdet i artikkelen er i vesentlig grad hentet fra masteroppgave levert våren 2012 ved det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo med tittel «Strukturelle endringer etter OECDs retningslinjer for internprising».

Litteratur og kilder

- Andreas Bullen, Arm's length transaction structures: Recognising and restructuring controlled transactions in transfer pricing, Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2010
- Frederik Zimmer, Internasjonal inntektsskatterett, 4. utgave, Oslo, Universitetsforlaget 2009.
- White & Case, China Tax Bulletin, juli og august 2009 (www.whitecase.com/files/Uploads/Documents/China_Tax_Bulletin_July_August_2009.pdf)
- Deloitte, Tax Law Commentary, september 2009 (www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedStates/Local%20Assets/Documents/us_csg_ChinaTaxLawCommentary_0925_09.pdf)

¹² Deloitte (2009) s. 1.

¹³ Zimmer (2009) s. 242.

¹⁴ Zimmer (2009) s. 243.

¹⁵ White & Case (2009) s. 1.

¹⁶ Deloitte (2009) s. 1.