

ringen. Kreditors kredittrisiko vil påvirke fradragets størrelse.

Dersom det for eksempel er avtalt at kreditor skal ha kredittrisikoen for 1/3 av tapet (og factoringselskapet 2/3), vil kreditor bare kunne kreve tapsfradrag for 1/3 av avgiften (dersom øvrige vilkår er oppfylt).

Skattedirektoratet²³ har imidlertid akseptert en ordning hvor fordringen ved endelig tap tilbaketransporteres til kreditor, hvorefter denne kan kreve fullt tapsfradrag. Det forutsettes imidlertid at tilbaketransporten er reell og at denne fremgår av regnskapene. Videre må det etterfølgende garantioppgjøret mellom kreditor og factoringselskapet holdes regnskapsmessig adskilt fra tilbaketransporten.

Etterfølgende aktivitet

Det fremgår ikke eksplisitt av lovteksten, men etter avgiftsmyndighetenes praksis må kreditor innberette og innbetale tapsførte avgiftsbeløp i den utstrekningen debitor likevel foretar innbetaling av fordringen.

Det kan reises spørsmål om det kan oppstilles noen form for aktivitetsplikt for kreditor etter at fordringen er tapsført.

Vi er ikke kjent med at det i praksis er oppstilt slike krav, og vi antar at dette henger sammen med de strenge kravene til at fordringen må anses endelig tapt. Etter

²³ Merverdiavgiftshåndboken 2015 s. 369.

vårt syn, vil derfor kreditor, etter tapsføringen, som utgangspunkt stå fritt til å utvise passivitet – slik at kravet for eksempel bortfaller som foreldet.

Et annet spørsmål er om kreditor, etter at fordringen er tapsført, har anledning til aktivt å ettergi denne. En slik ettergivelse vil kunne skje umiddelbart etter tapsføringen, eller etter lengre tid. Ettergivelsen vil innebære at kreditor ikke lenger har krav på oppfyllelse, uavhengig av debtors økonomiske stilling og betalingsevne.

Etter vårt syn taler gode grunner for å åpne for ettergivelse etter tapsføring, forutsatt at fordringen kan anses endelig konstatert tapt også på ettergivelsestidspunktet. De strenge kriteriene for tapsføring innebærer at det er helt på det rene at fordringen ikke blir oppfylt, og kreditor kan i en slik situasjon ha fornuftige forretningsmessige grunner til å ville ettergi med befriende virkning for debitor.

Det er videre slik at kreditor som ettergir hele eller deler av en fordring i forbindelse med offentlig gjeldsforhandling ikke mister sin rett til tapsfradrag. Tvert imot innebærer resultatet i gjeldsforhandlingen at fordringen kan anses endelig konstatert tapt. Det samme gjelder ved gjeldsettergivelse i forbindelse med frivillig gjeldsforhandling og akkord.²⁴ Når kreditor kan

²⁴ Merverdiavgiftshåndboken 2015 s. 372.

kreve tapsfradrag for fordringer som på tapsføringstidspunktet er ettergitt frivillig, er det vanskelig å se begrunnelsen for at en allerede tapsført fordring ikke skal kunne ettergis uten at dette får følger for tapsfradraget.

Løsningen fremstår imidlertid ikke som sikker. Dersom det er aktuelt å ettergi en tapsført fordring, kan det derfor være hensiktsmessig å avklare de avgiftsmessige konsekvensene med skattekontoret.

Den praktiske gjennomføringen

Det følger av mval. § 4–7 at beregningsgrunnlaget for utgående avgift kan korrigeres dersom en ordinær kundefordring anses endelig konstatert tapt. Dette burde i utgangspunktet tilsi at man ved den avgiftsmessige rapporteringen korrigerer (reduserer) omsetningsoppgavens post for utgående avgift.

Korreksjonen skal imidlertid skje ved øking av posten for inngående avgift. Bakgrunnen for dette er at tapet skattemessig behandles som en fradragspost. For å oppnå enhetlig skatte-, regnskaps- og avgiftsmessig behandling av tap på krav skal tapet derfor avgiftsmessig innberettes ved å øke posten for inngående avgift.

I del II av artikkelen omtales skattemessig fradrag for tap på fordringer.

Transfer pricing:

Tynn kapitalisering – hva nå?

En metode for overskuddsflytting, er bruk av «tynn kapitalisering» og renter på gjeld. Fra 1. januar 2014 gjelder særskilte rentebegrensningsregler, jf. sktl. § 6–41, som langt på vei vil motvirke bruk av gjeld og renter som virkemiddel for overskuddsflytting.



Artikkelen er forfattet av:

Seniorskattejurist
Sten-Frode Olsen
Sentralskattekontoret for
storbedrifter

Internasjonalt skjer det mye innenfor Transfer pricing (TP)-området, se eksempelvis BEPS¹, som er et resultat av internasjonalt samarbeid i regi av OECD for å motvirke problemet med uthuling av skattegrunnlag (skatteerosjon) og overskuddsflytting.

¹ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), jf. OECD-rapport av 19. juli 2013.

I kontorvedtak (2004–063KV²), behandlet Sentralskattekontoret for storbedrifter spørsmål om det var grunnlag for å justere inntekten etter skatteloven (sktl.) § 13–1 med den begrunnelse at den norske delen av konsernet var tynt kapitalisert.

² Også omtalt i kontorets artikkel i Utv. 2015 s. 512 (punkt 2.3.18).

Det foreligger fortsatt flere saker under arbeid i skatteetaten, og ulike problemstillinger omkring tynn kapitalisering vil fortsatt være aktuelt selv etter innføring av rentebegrensingsregler. Et eksempel er om det skal beregnes renter på lån gitt fra norsk selskap til utenlandsk datterselskap. Nedenfor redegjøres nærmere for noen av problemstillingene som ble behandlet i ovennevnte sak. Dette knytter seg særlig til spørsmålet om på hvilket tidspunkt lånekapasitetsvurderingen skal finne sted (ved låneopptaket eller løpende) og spørsmålet om bruk av data fra Standard & Poors – datterselskapet *Leveraged Commentary & Data* (LCD³-data) som sammenligningsgrunnlag.

Kort om saksforholdet

I 2004 kjøpte det utenlandske X-konsernet opp Y-konsernet som hadde datterselskap i Norge. Kort tid etter oppkjøpet inngikk det nyopprettede norske holdingselskapet A en kjøpsavtale med selskap Y1 om kjøp av selskap Y2 med datterselskaper. Aksjeerhvervet ble finansiert med et konserninternt lån fra morselskapet (utgjørende 72 % av vederlaget), samt egenkapital med 28 %. Lånet var på ti år, med fast rente og uten løpende avdrag.

I 2005 ble det etablert et ytterligere lån i et nyopprettet holdingselskap lenger ned i den norske delen av konsernstrukturen. Låneforholdet ble i hovedsak brukt til styrking av arbeidskapital i konsernet, samt til finansiering av en kapitalnedsettelse i selskap A.

Låneforpliktelsen som ble etablert i 2005, bestod av en rekke mindre lån som samlet utgjorde en betydelig låneforpliktelse. Lånene forfalt kvartalsvis/halvårlig, men med rett til fornyelse. Disse lånene var gitt av et konsernselskap registrert i Nederland, med selskapsformen CV, men som ble ansett hjemmehørende på Bermuda.

Spørsmålet i saken var om lånefinansieringen i 2004, 2005 og etterfølgende år medførte at den norske delen av X-konsernet var tynt kapitalisert. Nærmere bestemt om konsernet hadde høyere gjeldsbelastning enn det som hadde blitt avtalt om långiverne og låntakerne ikke var en del av samme konsern. Er gjelden høyere enn det som ville ha blitt avtalt mellom uavhengige, kan rentefradraget for den gjelden som overstiger armlengdes gjeldsbetjeningsevne, avskjæres med hjemmel i sktl. § 13–1.

Sentralskattekontoret kom til at inntekten i selskapene var redusert gjennom forhøyet

rentefradrag og vilkåret om inntektsreduksjon i sktl. § 13–1 var dermed oppfylt. Kontoret fastsatte på denne bakgrunn en skjønnsmessig inntektsøkning for inntektsårene 2004 til 2010.

Skattyters anførsler

Skattyter mente det ikke var grunnlag for skjønnfastsettelse av inntekten. Det ble anført at gjeldsgraden i konsernet måtte måles med forholdstallet virksomhetsverdi (EK)/gjeld på lånetidspunktet, og at sentralskattekontorets identifisering og anvendelse av finansielle forholdstall som LCD-data ikke var i samsvar med armlengdeprinsippet. Videre at gjeldsnivået kunne vært oppnådd fra en uavhengig långiver, og at selskapene hadde oppfylt samtlige forpliktelser i henhold til låneavtalene i den aktuelle perioden.

Grunnlag for skjønn

Renter av gjeld er fradragberettigede kostnader, jf. sktl. § 6–40 første ledd. Etter sktl. § 13–1 første ledd kan imidlertid skattyters inntekt fastsettes ved skjønn dersom skattyter får sin skattepliktige inntekt redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefelleskap med en annen person, selskap eller innretning. Innledningsvis la kontoret til grunn at sktl. § 13–1 omfatter tynn kapitalisering, og det ble i den forbindelse vist til forarbeider,⁴ rettspraksis,⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines⁶ og OECDs rapport «Thin Capitalization» fra 1987, som drøfter temaet spesielt.

Subjekt for inntektsreduksjonsvurderingen?

Det forelå to lån, «topplånet» i A, etablert i inntektsåret 2004 og CV-lånene i B, etablert i inntektsåret 2005. Begge selskaper er holdingselskaper og selskapenes renter og avdrag (lånekapasitet) måtte derfor betjenes av de samme underliggende kontantstrømmene. Dette reiste spørsmål om hvordan og i hvilket subjekt lånekapasitetsvurderingen og derav inntektsreduksjonen skulle foretas.

Kontoret mente at lånekapasitetsvurderingen måtte vurderes samlet for A og B. På opptrekstidspunktet for topplånet forelå ikke CV-lånene, og debitor (A), ville derfor kunne benytte alle underliggende kontantstrømmer til betjening av renter og avdrag på «topplånet». Dette endres imidlertid i

2005, ved at CV-lånene etableres. B ligger lenger ned i den norske strukturen (datterdatterdatter av A), og er således nærmere de operative selskapene som genererer kontantstrømmer. Etableringen av CV-lånene vil dermed som et utgangspunkt kunne redusere kontantstrømmene som kan gå til betjening av renter og gjeld på «topplånet». En *isolert* vurdering av lånekapasiteten til B, herunder tilgjengelige kontantstrømmer, synes imidlertid å være tilstrekkelig for betjening av renter og avdrag på CV-lånene.

Kontoret tok derfor utgangspunkt i de samlede kontantstrømmene som ble generert innenfor den norske delen av X-konsernet (selskaper eid under selskap B), og vurderte disse opp mot samlet (netto) gjeld. En slik vurdering/tilnærming, er også i samsvar med hva uavhengige parter gjør, eksempelvis ved LBO-transaksjoner (lånefinansierte oppkjøp).

I forhold til kontantstrømmer tok kontoret også hensyn til kontantstrømmer generert utenfor Norge, som utgjorde ca. 40 % av totale kontantstrømmer.

Tidspunkt for lånekapasitetsvurderingen – lånetidspunktet eller årlig?

Kontoret bemerket at et selskaps lånekapasitet vil kunne avhenge av en rekke faktorer som er gjenstand for endring over tid. Lånekapasiteten vil følgelig kunne endres i perioden etter at debitor har tatt opp lån. Dette reiser spørsmål om på hvilket tidspunkt det er korrekt å vurdere lånekapasiteten, på lånetidspunktet eller etter en løpende vurdering?

I uavhengige lånetransaksjoner vil kreditor sikre seg kontroll over de kontantstrømmene som er lagt til grunn for lånet gjennom covenants og ulike pant- og sikkerhetsstillelser. Ved lån i interessefelleskap vil slike covenants eller sikkerhetsstillelse ofte ikke foreligge. Dette fordi kreditor og debitor gjennom interessefelleskapet allerede kontrollerer kontantstrømmene.

Selskapene mente lånekapasitetsvurderingen måtte foretas på det tidspunktet hvor lånet tas opp, og viste i den forbindelse til at det er dette en uavhengig långiver/kreditinstitusjon gjør.

Sentralskattekontoret var enig i at uavhengige långivere/kreditinstitusjoner gjør en vurdering av selskapets lånekapasitet på tidspunktet hvor lånet gis, men mente lånekapasitetsvurderingen måtte gjøres årlig eller løpende i den konkrete situasjonen. Som nærmere begrunnelse for dette

3 Hentet fra Standard & Poors *Leveraged and Commentary Data*.

4 Ot.prp. nr. 26 (1980–81) s. 66, paragrafen omfatter også «... naturlig høy lånefinansiering».

5 Eksempelvis *Amocodom I* (Urv. 1989 s. 304 URD).

6 Eksempelvis punkt 1.65 flg. som nevner tynn kapitalisering som eksempel på tilfeller hvor transaksjonen kan justeres.

viste kontoret til *Nycomed-dommen*.⁷ Lagmannsretten gir der anvisning på at lånekapasiteten må vurderes på det tidspunktet den aktuelle ligningen gjelder for. Dette tilsier en årlig vurdering. Retten gir imidlertid også anvisning på at det skal være en løpende vurdering gjennom året dersom debitors lånekapasitet endres i løpet av året. Dommen legger følgelig til grunn at det skal foretas en løpende vurdering av debitors lånekapasitet.

Videre bemerket kontoret at det ikke forelå særegne forhold i foreliggende sak som skulle tilsi at lånekapasiteten ikke var gjenstand for en løpende vurdering. Tvert imot var det konkrete forhold i foreliggende sak som tilsa en årlig vurdering av lånekapasiteten.

I foreliggende sak gjennomførte selskapene en rekke transaksjoner som påvirket gjeldsgraden i selskapene etter oppkjøpet i 2004, herunder kapitalnedsettelse og ytterligere låneopptak i inntektsåret 2005. Det kan også vises til andre forhold, f.eks. at netto rentebærende gjeld i konsernet hadde økt i perioden 2004–2007.

Sammenligningsgrunnlaget

Ved vurderingen av om selskapene (konsernet) var tynt kapitalisert, valgte sentralskattekontoret å sammenligne med LBO-transaksjoner (lånefinansierte oppkjøp). LBO-transaksjoner kjennetegnes ved at det oppkjøpende selskapet (investor) ønsker en så høy belåning som mulig. Ved å sammenligne den interne lånetransaksjonen med eksterne lånetransaksjoner, hvor långiverne har strukket seg i forhold til hvor mye lån det er mulig å oppnå i det uavhengige markedet, vil dette gi et godt grunnlag for maksimal konsernintern lånefinansiering. En annen åpenbar fordel er at det finnes pålitelig informasjon i LCD på hvor høy gjeldsgrad det er mulig å oppnå mellom uavhengige. LBO-transaksjoner er av långiverne ansett som låneforhold med høy risiko. Før det gjennomføres en LBO-transaksjon blir det brukt betydelige ressurser fra forretningsbankene som tilrettelegger transaksjonen på å analysere oppkjøpsobjektet. I LBO-transaksjoner har derfor långiverne svært høy innsikt i låntakernes gjeldsbetjeningsevne.

I sammenligningsvurderingen med LBO-transaksjoner var det først og fremst forholdstallene gjeld/EBITDA og EBITDA/rentekostnad som ble benyttet/vektlagt. Dette er forholdstall som er mye benyttet

blant uavhengige långivere når lånekapasitet måles. Både i økonomisk teori og i uttalelser fra banknæringen fremheves kontantstrøm som den viktigste faktoren når lånekapasitet skal vurderes.

I tillegg til en sammenligning mot LBO-transaksjoner hadde skattyter lagt frem et omfattende databasesøk som viste gjeldsbelastning i en rekke europeiske og amerikanske selskaper i perioden 2004 til 2006. Også dette sammenligningsgrunnlaget ble benyttet i lånekapasitetsvurderingen, men i motsetning til selskapene målte sentralskattekontoret forholdstallene på netto gjelds nivå, samt benyttet proforma EBITDA-tall der dette var tilgjengelig. Dette for å gi et sammenligningsgrunnlag tilsvarende det som finnes i de uavhengige LBO-transaksjonene. I tillegg foretok sentralskattekontoret et skille i data-grunnlaget mellom produsenter og tjenesteleverandører, da kontoret mente at en sammenligningsanalyse mot produsenter var mest relevant i foreliggende sak.

Bruk av LCD-data

Selskapene anførte blant annet at de opplysningene som fremgikk av LCD ikke oppfylte kravene som oppstilles i OECDs retningslinjer, fordi de ikke er transparente og etterprøvbare.

Kontoret bemerket at data fra LCD er markedsdata og derfor er relevante. Dataene kan ikke umiddelbart likestilles med databasesøk som er transparente og etterprøvbare. Det ble imidlertid påpekt at kontoret verken hadde ekskludert eller lagt til transaksjoner eller gjort andre subjektive vurderinger av de dataene som LCD rapporterer. Når det gjaldt sentralskattekontorets korrigering av selskapets sammenligningsanalyse, var disse justeringene transparente og etterprøvbare, ved at skattyter hadde mottatt regneark som viste de justeringene som var gjort⁸. Det er også slik at bruk av markedsdata kan være aktuelt for å styrke eller underbygge et konkret sammenligningsgrunnlag⁹. LCD-dataene styrket/underbygget det armlengdeintervallet som fremkom av selskapets sammenligningsanalyse.

Nærmere om lånekapasitetsvurderingen

I lånekapasitetsvurderingen la kontoret også noe vekt på forholdet mellom gjeld og markedsverdi, da det er en nær sammenheng mellom kontantstrømmer i et selskap og markedsverdien. I tilknytning til dette bemerket kontoret at også forholdstallet markedsverdi og gjeld ga klare indikasjoner på at selskapene var tynt

kapitalisert. Videre at det for inntektsårene 2004 til 2010 ikke ble utbetalt utbytte fra den norske konsernstrukturen. Aksjonæren hadde dermed ingen løpende avkastning på sin investering. Det var kun långiverne i konsernet som fikk løpende avkastning på finansieringen. Det var heller ikke slik at det i perioden ble bygget opp kapital. Tvert imot økte netto gjeld, og dette til tross for at det forelå et betydelig lån med forfall i 2014. Også dette trakk i retning av at selskapene var tynt kapitalisert.

Skjønnsutøvelsen

I tilknytning til skjønnsutøvelsen la kontoret særlig vekt på de konkrete låneavtalene (som trakk lånekapasiteten ned), og forventet vekst (som trakk lånekapasiteten noe opp), som etter en samlet vurdering gjorde at kontoret falt ned på en skjønnsutøvelse omkring gjennomsnittet av LBO-transaksjoner innenfor den aktuelle bransjen.

Vedtaket er påklagd, men selskapet har anmodet om MAP-forhandlinger (MAP = Mutual Agreement Procedure). Klagen er dermed stilt i bero i påvente av disse.

Noen kommentarer

Oppsummert vil fokus på løpende kontantstrømmer være sentralt når en skal måle et selskaps lånekapasitet. Denne vurderingen må også finne sted løpende, slik at betydelige transaksjoner foretatt av debitor i ettertid, kan medføre at selskapets lånekapasitet endres vesentlig, med den følge at det er grunnlag for å fastsette selskapets inntekt skjønnsmessig, jf. sktl. § 13–1. Standpunktet om løpende vurdering samsvarer med rentebegrensingsregelen i sktl. § 6–41 som medfører en årlig prøving av rentefradragene.

I og med at det fra 1. januar 2014 er innført en særskilt rentebegrensingsregel i interesseforhold, antas imidlertid bruk av renter og gjeld som virkemiddel for overskuddsflytting å bli mindre aktuelt. Dette tilsier at tynn kapitalisering blir et mindre fokusområde fra skatteetatens side. På den annen side vil spørsmål om lånekapasitet fortsatt være aktuelt, og da særlig i forhold til lån ytet fra norske kreditorer til utenlandske datterselskaper. Videre er det mange saker under arbeid, og i den grad sakene bringes inn for domstolsapparatet, kan dette ta tid.

Et forhold av særlig interesse for skatteetaten å kartlegge nærmere, er om og hvordan konsern/selskaper foretar tilpasninger. I så måte vil «tynn kapitalisering» derfor fortsatt være et fokusområde innen TP også i fremtiden.

7 Lagmannsrettsdom inntatt i Urv. 1999 s. 540.

8 Jf. OECDs retningslinjer art. 3.46.

9 Se f.eks. OECDs retningslinjer art 3.33.