

Tynn kapitalisering ved lånefinansierte oppkjøp



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 637 og 750
Leveringsfrist: 26. april 2011

Til sammen 26 887 ord

12.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>DEL I. INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1 Innledning	1
1.1 Tema for oppgaven og avgrensning	2
1.2 Aktualitet	2
1.3 Videre fremstilling	2
2 Rettskilder	3
3 Skatteimplikasjoner ved lånefinansierte oppkjøp	5
3.1 Betydningen av om selskapet er finansiert med gjeld eller egenkapital	5
3.2 Oversikt over problemstillingene i forhold til reglene om tynn kapitalisering som oppstår ved lånefinansierte oppkjøp	6
3.2.1 Innledning	6
3.2.2 Forutsetninger og videre fremstilling	7
3.2.3 Holdingselskap og målselskap i Norge, morselskap i EØS	7
3.2.3.1 Norsk rett	7
3.2.3.2 Internasjonalt	9
3.2.4 Morselskap i Norge, holdingselskap og målselskap i EØS	10
3.2.4.1 Norsk rett	11
3.2.4.2 Internasjonalt	12
3.3 Situasjonen vi vil behandle videre	13
3.4 Særskilt om forholdet til fritaksmetoden	13
<u>DEL II. LÅNEFINANSIERTE OPPKJØP</u>	<u>16</u>
4 Nærmere om lånefinansierte oppkjøp	16
4.1 Innledning	16
4.2 Hva kjennetegner lånefinansierte oppkjøp?	16
4.3 Hvordan gjennomføres lånefinansierte oppkjøp?	18
4.3.1 Strukturen	18
4.3.2 Nærmere om finansieringen	19
4.3.3 Betjeningen av gjelden	21
4.3.4 Tidsrammen	21
4.3.5 Avkastningen på investeringen	22

5	Selskapsrettslige problemstillinger som oppstår ved finansieringen ved lånefinansierte oppkjøp	22
5.1	Innledning	22
5.2	Aksjeloven § 8-10	22
5.3	Aksjeloven § 8-7	24

DEL III. KLASSEKASJONSSPØRSMÅLET **25**

6	Egenkapital eller gjeld?	25
6.1	Innledning	25
6.2	Rettsgrunnlag	26
6.3	Vurderingen av det privatrettslige avtaleforholdet	27
6.4	Skatterettslig klassifisering	29
6.4.1	Realitetsdoktrinen	29
6.4.2	Momenter ved grensedragningen	29
6.4.2.1	Tapsabsorberende evne	30
6.4.2.2	Tilbakebetalingsplikt for innskuddet?	30
6.4.2.3	Beregnes det renter på kapitalinnskuddet?	30
6.4.2.4	Størrelsen på avkastningen	31
6.4.2.5	Avtalt forfallstid?	31
6.4.2.6	Lånets varighet	31
6.4.2.7	Rett på likvidasjonsutbytte?	32
6.4.2.8	Avtalt sikkerhet?	32
6.4.2.9	Betydningen av at det foreligger en tegningsrett	32
6.4.2.10	Betydningen av at innskyter har organisatoriske rettigheter i selskapet	33
6.4.2.11	Hvordan partene har klassifisert kapitalinnskuddet	33
6.4.2.12	Betegnelsen av innskuddet i regnskapet	34
6.4.2.13	Særskilte kontraktsvilkår i avtalen om kapitalinnskytelse	35
6.4.2.14	Forholdet til misligholdsklausuler	35
6.4.3	Helhetsvurderingen	36
6.4.4	Interessefelleskap mellom yter og mottaker av kapitaltilskudd	36
6.4.4.1	Generelt	36
6.4.4.2	Lånet går utover selskapets lånekapasitet	37

DEL IV. RESTRUKTURERINGSSPØRSMÅLET **38**

7	Sktl. § 13-1 som hjemmel for restrukturering	38
7.1	Problemstillingen	38

7.2	Veien videre	38
7.3	Rettsgrunnlaget	38
7.4	Hva er en strukturell endring?	39
7.5	Gir § 13-1 og artikkel 9 hjemmel for strukturelle endringer?	40
7.6	Relevansen av Retningslinjene kapittel IX	41
7.7	Vilkårene for å kunne foreta skjønnsfastsettelse	43
7.7.1	Innledning	43
7.7.2	Vilkåret om interessefellesskap	43
7.7.3	Reduksjonsvilkåret	43
7.7.4	Vilkåret om årsakssammenheng	44
7.8	Særskilt om filialer	45
8	Samme kapitalstruktur hos uavhengige selskaper?	45
8.1	Innledning	45
8.2	Forholdet til metodene i Retningslinjene	45
8.3	Sammenligning med kapitalstrukturer hos uavhengige selskaper	46
8.3.1	Utgangspunktene	46
8.3.2	Hvilke selskaper kan holdingselskapet sammenlignes med?	48
8.3.2.1	Innledning	48
8.3.2.2	Konserntilknytning	48
8.3.2.3	Selskapets økonomiske situasjon	48
8.3.2.4	Forretningsstrategien	49
8.3.3	Bruk av gjennomsnittstall ved sammenligningen	49
9	Metoder for å vurdere selskapets kapitalstruktur	52
9.1	Innledning	52
9.2	Kredittanalyse	52
9.3	Sjablongmetode	52
9.4	Konkrete krav til transaksjonens struktur	53
9.5	Realistiske tilgjengelige alternativer	53
10	Unntak for økonomisk substans	54
10.1	Innledning	54
10.2	Maksimal eller optimal opplåning?	54
10.3	Kredittanalyse	56
10.3.1	Innledning	56
10.3.2	Målselskapets eiendeler	57
10.3.3	Utsikter for målselskapet	57
10.3.4	Selskapets inntekter	58
10.3.5	Målselskapets annen gjeld	58

10.3.6	Betydning av eierskap	58
10.3.7	Selskapets betjeningsevne	58
10.3.8	Realisasjonsgevinsten på målselskapet	59
10.4	Sjablongmetode	59
10.4.1	Innledning	59
10.4.2	Petroleumsskatteloven	59
10.4.3	Andre former for sjablongmessige regler	60
10.4.4	Har vi en gjeldende tommelfingerregel i Norge basert på en analogi av tidligere petroleumsskatteloven § 3 bokstav h?	61
10.4.5	Forholdet mellom en sjablongmetode og EØS-avtalen	62
11	Rasjonalitetsunntaket	64
11.1	Innledning	64
11.2	Forretningsmessig rimelig og naturlig	65
11.2.1	Problemstillingene	65
11.2.2	Kriteriets innhold	65
11.2.2.1	To ulike forståelser	65
11.2.2.2	Hva viser rettspraksis?	66
11.2.2.2.1	Rt. 1940 s. 598 Fornebo	66
11.2.2.2.2	Rt. 1992 s. 1588 Loffland	66
11.2.2.2.3	Rt. 2001 s. 1265 Agip	67
11.2.2.2.4	Rt. 2003 s. 536 Storhaugen	68
11.2.2.2.5	Rt. 2007 s. 1025 Statoil Angola	70
11.2.2.2.6	Rt. 2010 s. 790 Telecomputing	72
11.2.2.3	Oppsummering av rettspraksis	72
11.3	Irrasjonalitetsvilkåret	73
11.3.1	Hvilken metode skal anvendes?	73
11.3.2	RTA-standarden	74
11.3.2.1	En vurdering i to trinn	74
11.3.2.2	Realistisk tilgjengelig alternativ?	74
11.3.2.3	Er alternativet klart mer attraktivt?	77
11.3.2.4	Oppsummering	78
11.4	Prishindringsvilkåret	78
11.5	Vår oppfatning	79
12	Fellesspørsmål ved restruktureringsspørsmålet	79
12.1	Tidspunktet for vurderingen	79
12.2	Vil ethvert avvik fra armlengdeprinsippet hjemle skjønnslingning?	81
12.2.1	Innledning	81
12.2.2	Rettsgrunnlag for en forsiktighetsstandard	82

12.2.3	Rettsgrunnlag for armlengdeintervall	84
--------	--------------------------------------	----

DEL V. RETTSVIRKNINGER **85**

13	Primærjustering, korresponderende retting og sekundærjustering	85
13.1	Innledning	85
13.2	Hva menes med primærjustering, sekundærjustering og korresponderende retting?	86
13.3	Primær- og sekundærjusteringer i vårt tilfelle	87
13.3.1	Innledning	87
13.3.2	Nektelse av rentefradrag og disagio	87
13.3.3	Omklassifisering fra renter til utbytte	87
13.3.3.1	Generelt	87
13.3.3.2	Forholdet til fritaksmetoden ved omklassifisering til utbytte	89
13.3.3.3	Hjemmel for å omklassifisere til utbytte hvor det ikke er direkte eierinteresser mellom kapitalyter og kapitalmottager?	90
13.3.4	Gir aksjeloven grenser for hvilke justeringer som kan foretas?	91
13.4	Korresponderende retting i vårt tilfelle	92
13.4.1	De lege lata	92
13.4.2	De lege ferenda-kritikk	93

DEL VI. AVSLUTTENDE DEL **95**

14	Andre veier til Rom?	95
14.1	Innledning	95
14.2	Grunnlag for å endre ligningen	96
14.2.1	Alminnelige tilordningsregler	96
14.2.2	Ulovfestet gjennomskjæring av holdingstrukturen	96
14.2.3	Ikke hjemmehørende?	98
15	Referanseliste	A
15.1	Lovgivning	A
15.1.1	Grunnlov	A
15.1.2	Lover	A
15.1.3	Plenarvedtak	B
15.2	Rettspraksis	B
15.2.1	Rettstidende	B
15.2.2	Utvalget	C
15.2.3	EU-dommer	C
15.2.4	Upubliserte avgjørelser	C

15.3	Forarbeider	C
15.3.1	Norsk offentlig utredning	C
15.3.2	Odelstingsproposisjoner	D
15.3.3	Innstillinger	D
15.4	Uttalelser	D
15.5	Internasjonalt	E
15.5.1	OECD	E
15.5.2	Traktater	F
15.5.3	Skatteavtaler	F
15.6	Litteratur	G
15.7	Avisutklipp	N

Del I. Innledning

1 Innledning

Handel over landegrenser mellom selskaper innenfor samme konsern er av svært stor praktisk betydning. Det er antatt at 60-70 % av all handel foregår mellom selskaper i samme konsern.¹ Betydningen av internasjonale konserner har økt betydelig de siste 20 årene.² Når handelen skjer innad i konsernet er det ikke nødvendigvis kun markedsvilkårene som fastsetter kontraktsbetingelsene. Konsernet vil sett under ett ha interesse i at prisen fastsettes slik at fradrag skjer i land med relativt høyt skattetrykk, mens inntekter beskattes i land med relativt lav skattebelastning.³ Både skatteavtalene og internrett⁴ inneholder hjemmel for å forhindre dette. Problemstillingen omtales som internprising.⁵

Beslektet med internprising er tynn kapitalisering.⁶ Tynn kapitaliseringsproblematikk oppstår fordi skattesystemet medfører at finansiering med fremmedkapital kan være skattemessig gunstigst dersom en ser selskapet og kapitalinnskyter under ett,⁷ nærmere om dette i kapittel 3. Av den grunn kan et morselskap ønske å finansiere datterselskapet med fremmedkapital i stedet for egenkapital. Hvis gjeldsgraden er så stor at den kun kan forklares med partenes interesseforhold, vil selskapet være tynt kapitalisert.⁸ Dersom gjeldsgraden i tillegg overstiger den som kunne vært valgt av parter som ikke er i interessefellesskap, tilsier armlengdeprinsippet at gjeldsgraden ikke kan aksepteres for skatteformål.

¹ Zimmer (2009b) s. 147.

² Retningslinjene preface pkt. 1.

³ l.c.

⁴ Sktl. § 13-1.

⁵ Zimmer (2009b) s. 147.

⁶ ibid. s. 40.

⁷ Kvinge (2008) s. 30, Wilskow (1997) s. 153, Bundegaard (2000) s. 48.

⁸ Bundegaard (2001) s. 290, Bjerke (1997) s. 34.

1.1 Tema for oppgaven og avgrensning

Vi vil i denne oppgaven vurdere reglene om tynn kapitalisering ved lånefinansierte oppkjøp. Lånefinansierte oppkjøp er en særlig oppkjøpsform, som kjennetegnes ved at oppkjøpet av målselskapet i stor grad blir finansiert med fremmedkapital. Hoveddelen av oppgaven vil redegjøre for tilfeller hvor oppkjøpsobjektet er i Norge. Som det vil fremgå av kapittel 3, oppstår de mest interessante problemstillingene i dette tilfellet. Vi søker å gi en mest mulig helhetlig fremstilling av de problemstillingene som reiser seg i dette tilfellet, men av plasshensyn foretar vi en del avgrensninger underveis.

Ved vurderingen av hvorvidt et selskap er tynt kapitalisert, blir det ofte hevdet fra skattemyndighetenes side at det konserninterne lånet ikke har en armlengdes rentesats. Vi velger imidlertid å avgrense mot denne problemstillingen, fordi vi anser den mer som et spørsmål om internprising. Vi avgrenser også mot prosessuelle spørsmål.

1.2 Aktualitet

Tynn kapitalisering er et tema som er i vinden både nasjonalt⁹ og internasjonalt.¹⁰ Også lånefinansierte oppkjøp er praktisk. Blant annet ble Visma kjøpt opp på denne måten for en tid tilbake, hvilket var det største lånefinansierte oppkjøpet i Norge til da.¹¹ Finanskrisen har imidlertid ført til at det har vært lavere aktivitet på private equity-markedet etter 2007 enn hva som var tilfellet på starten av 2000-tallet.¹²

1.3 Videre fremstilling

Vi har delt oppgaven i seks deler. Den første delen vil ta for seg rettskildebildet og gi en oversikt over hvordan skattereglene stimulerer ulike finansieringsformer og lokaliseringen av de ulike selskapene i et internasjonalt konsern. I del II vil vi ta for oss hvordan lånefinansierte oppkjøp gjennomføres. Videre vil vi i del III redegjøre for klassifiseringen av kapitalinnskuddet, mens vi i del IV drøfter når det er grunnlag for å omklassifisere gjeld til egenkapital med hjemmel i sktl. § 13-1 og Mønsteravtalen artikkel 9. I del V tar vi for oss rettsvirkningene av at hjemmel for slik omklassifisering

⁹ <http://www.skatteetaten.no/Upload/PDFer/Frokostseminar130410Skatt%c3%b8st.pdf>.

¹⁰ Retningslinjene pkt. 19.

¹¹ Dagens Næringsliv 27/9-2010 s. 8.

¹² Sveen (2010) s. 223.

foreligger. Avslutningsvis vil vi i del VI drøfte alternative rettsgrunnlag for å oppnå de samme rettsfølgene.

2 Rettskilder

Vi vil ikke redegjøre for alminnelig rettskildelære. Vi vil i stedet kort redegjøre for den særlige rettskildesituasjonen som armlengdeprinsippet bygger på, da det står helt sentralt i fremstillingen.

Fremveksten av armlengdeprinsippet startet for alvor på 1950-tallet med OECDs arbeid med en mønsteravtale, som i 1963 resulterte i et utkast.¹³ Dette regulerte transaksjoner mellom nærstående i henhold til armlengdeprinsippet.¹⁴ Mønsteravtalen har senere fått betydelig innflytelse på internasjonale skatteavtaler, og det er i dag antatt at rundt 2000 skatteavtaler bygger på denne.¹⁵ Alle Norges skatteavtaler som er inngått etter 1963 bygger på Mønsteravtalen,¹⁶ og visstnok inneholder alle disse avtalene bestemmelser som regulerer internprisingsproblematikk.¹⁷ Armlengdeprinsippet har dermed fått et betydelig nedslagsfelt.

Armlengdeprinsippet kommer til uttrykk i sktl. § 13-1 og Mønsteravtalen artikkel 9. OECD har utgitt retningslinjer for den nærmere forståelsen og anvendelsen av artikkel 9, heretter omtalt som Retningslinjene. Disse har en særlig status også ved forståelsen av sktl. § 13-1. Dette er slått uttrykkelig fast i sktl. § 13-1 (4), hvor det fremgår at det “skal” tas hensyn til retningslinjene i grenseoverskridende tilfeller som bygger på en skatteavtale hvor armlengdeprinsippet er nedfelt, samt at retningslinjene “bør” vektlegges i tilfeller utenfor skatteavtalenes anvendelsesområde.

Høyesterett hadde allerede før innføringen av fjerde ledd lagt betydelig vekt på Retningslinjene. Et eksempel på dette er Rt. 2001 s. 1265 Agip, hvor følgende ble uttalt:

¹³ Zimmer (2009b) s. 55.

¹⁴ Utk. til Mønsteravtalen 1963.

¹⁵ Zimmer (2009b) s. 56.

¹⁶ I.c., IFA (2004) s. 591.

¹⁷ Zimmer (2009b) s. 148.

“Jeg antar at skatteloven § 54 første ledd sammenholdt med de kortfattede uttalelser om ‘det såkalte arms length-prinsipp’ i lovforarbeidene ... og med rettspraksis, i prinsippet er uttrykk for det samme som fremgår av OECDs retningslinjer. Det er derfor ikke tale om noen innskrenkende eller utvidende tolkning av lovbestemmelsen når OECDs retningslinjer tillegges betydning. Men retningslinjene gir et mer presist uttrykk for innholdet i skatteloven § 54 første ledd.”

Retningslinjene selv pretenderer ikke å være bindende normer, men oppfordrer både medlemsstater og skattytere til å følge retningslinjene.¹⁸

Vi vil i det følgende knytte drøftelsene opp mot Mønsteravtalen. I konkrete tilfeller vil det være de aktuelle skatteavtalene mellom statene som er rettsgrunnlaget, og som dermed vil være gjenstand for tolkning. Vekten av våre drøftelser vil derfor bero på hvorvidt det er samsvar mellom ordlyden i den aktuelle skatteavtalen og Mønsteravtalen.

Skatteavtaler er traktater, og skal følgelig tolkes i samsvar med Wienkonvensjonen artikkel 31-33. Wienkonvensjonen gir her uttrykk for folkerettslig sedvane,¹⁹ og er dermed av betydning også for land som ikke har ratifisert traktaten, slik som Norge. Internasjonalt har det vært diskutert hvordan man skal plassere Retningslinjene og Kommentaren i forhold til Wienkonvensjonens tolkningsbestemmelser.²⁰ Vi velger å ikke forfølge denne diskusjonen, da det synes å være enighet om at de har stor vekt i praksis.²¹

¹⁸ Retningslinjene, preface, pkt. 16.

¹⁹ Aall (2004) s. 37, Fleischer (2000) s. 172, Ruud (2006) s. 93.

²⁰ Bullen (2010a) s. 25 og Zimmer (2009b) s. 78-79.

²¹ Zimmer (2009b) s. 79.

3 Skatteimplikasjoner ved lånefinansierte oppkjøp

3.1 Betydningen av om selskapet er finansiert med gjeld eller egenkapital

Det får ulike skatterettslige virkninger avhengig av om et selskap er finansiert med egenkapital eller med gjeld. Egenkapitalfinansiering muliggjør inntekter i form av utbytte og realisasjonsgevinst for aksjonæren, mens gjeldsfinansiering gir renteinntekter for kreditor og rentekostnader for debitor. Videre påvirker finansieringsformen selve kapitalstrukturen i selskapet. Hvordan inntektene og kostnadene behandles skatterettslig, varierer imidlertid fra land til land. I et konsern gir derfor et strategisk valg av både finansieringsform og plassering av konsernselskapene muligheter for å redusere konsernets totale skattebelastning. Vi kan for eksempel forutsette at morselskapet er hjemmehørende i et land hvor renteinntekter beskattes med 5 %, mens holdingselskapet er hjemmehørende i et land hvor skattesatsen er 20 %. Dersom holdingselskapet har fradragsrett for rentekostnadene, vil netto virksomhetsinntekter reduseres. Holdingselskapet oppnår dermed en skattebesparelse på 20 % av rentekostnadene.

Når aksjonærer mottar avkastning på investeringen sin, enten i form av utbytte eller realisasjonsgevinster, medfører dette i utgangspunktet skatteplikt etter norsk internrett.²² Dersom en realisasjon av aksjene derimot leder til tap, gir det aksjonæren som utgangspunkt rett til fradrag ved ligningen.²³ For aksjeselskaper medfører imidlertid fritaksmetoden at den praktiske hovedregelen blir at kun 3 % av inntekter blir skattepliktige, og at realisasjonstap ikke blir fradragsberettigede.²⁴ Dersom selskapet går konkurs, vil således fritaksmetoden kunne føre til at aksjonæren ikke får tapsfradrag for innskutt egenkapital.

Dersom investeringen i selskapet er gjort i form av lån, vil kreditors avkastning bestå av renteinntekter og eventuelt valutagevinster. Etter norsk internrett er begge deler skattepliktige.²⁵ For det tilfellet at gjeldsfordringen fører til tap, har kreditor krav på taps-

²² Sktl. § 5-1 (1), jfr. §§ 10-11 og 10-31.

²³ Sktl. § 6-2 (1), jfr. § 10-31.

²⁴ Sktl. § 2-38.

²⁵ Sktl. § 5-1 (1) og § 9-9.

fradrag.²⁶ Også valutatap gir fradragsrett.²⁷ Norsk internrett gir debitor fradragsrett for rentekostnadene.²⁸

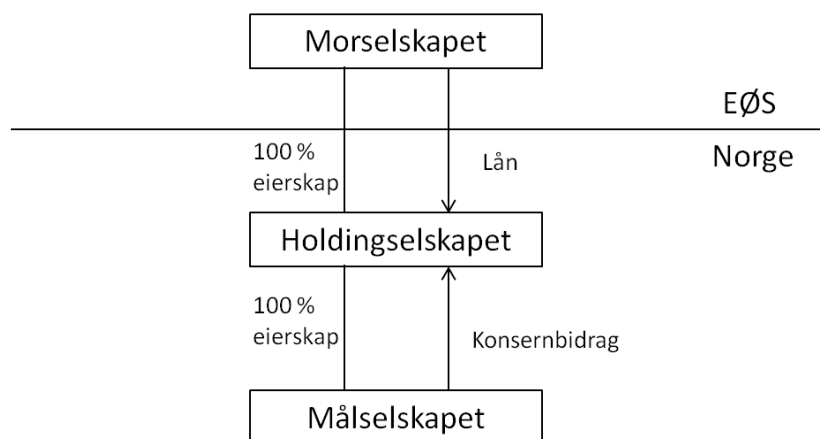
Ved lånefinansierte oppkjøp består den vesentligste delen av finansieringen av lån, se nærmere kapittel 4. Ettersom de involverte partene er selskaper i samme konsern, oppstår problemstillinger tilknyttet reglene om tynn kapitalisering. I det følgende vil vi gi en oversikt over hvilke problemstillinger som oppstår ved lånefinansierte oppkjøp over landegrensler.

3.2 Oversikt over problemstillingene i forhold til reglene om tynn kapitalisering som oppstår ved lånefinansierte oppkjøp

3.2.1 Innledning

Problemstillingene i forhold til reglene om tynn kapitalisering som oppstår ved lånefinansierte oppkjøp, er ulike avhengig av i hvilket land de involverte selskapene er hjemmehørende. Vi vil redegjøre for to ulike tilfeller. Det første er tilfellet der holdingselskapet og målselskapet er hjemmehørende i Norge, mens morselskapet er hjemmehørende i en annen EØS-stat. Det andre tilfellet er når morselskapet er hjemmehørende i Norge, mens holdingselskapet og målselskapet er hjemmehørende i en annen EØS-stat.

Tilfelle 1:

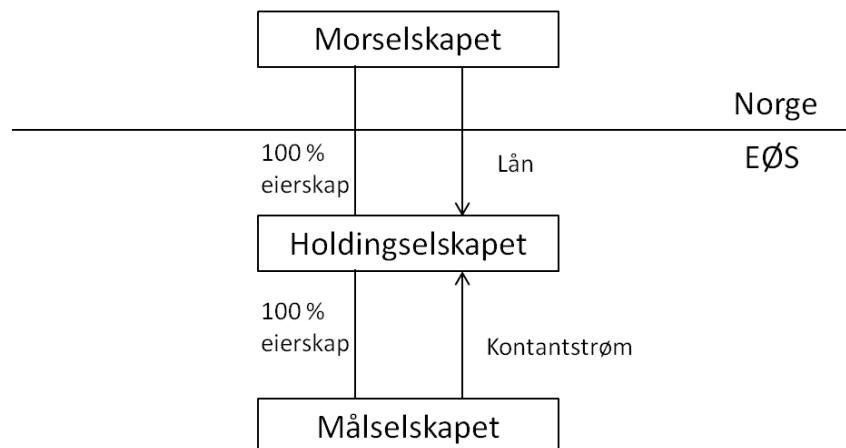


²⁶ Sktl. § 6-2 (2).

²⁷ Sktl. § 6-2 (2), jfr. § 9-4, jfr. § 9-9.

²⁸ Sktl. § 6-1 (1), jfr. § 6-40.

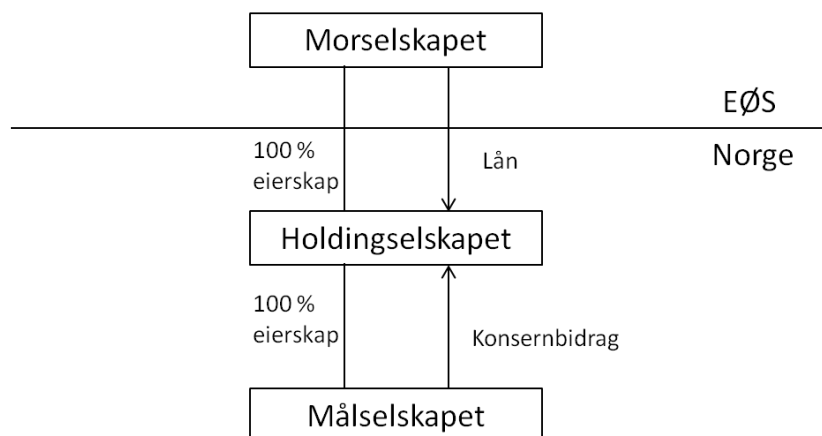
Tilfelle 2:



3.2.2 Forutsetninger og videre fremstilling

Problemene oppstår først og fremst når morselskapet har gitt lån til holdingselskapet. Videre forutsetter vi derfor at et slikt lån er gitt. Vi forutsetter også at selskapene som er involvert er aksjeselskaper eller tilsvarende utenlandske selskaper. I det følgende vil vi gi en kort redegjørelse for hovedproblemstillingene som oppstår.

3.2.3 Holdingselskap og målselskap i Norge, morselskap i EØS



3.2.3.1 Norsk rett

Fra det hjemmehørende holdingselskapet vil det i dette tilfellet gå en kontantstrøm til morselskapet, som er hjemmehørende i en annen EØS-stat. Denne kontantstrømmen vil dels bestå av renter, dels av utbytte, avhengig av hvordan morselskapets investering i holdingselskapet er fordelt mellom egenkapital og lån. Renteutbetalingene gir fradrags-

rett for holdingselskapet, jfr. sktl. § 6-40 (1). Norsk internrett gir imidlertid ikke hjemmel for å ilegge kildeskatt på morselskapets renteinntekter, jfr. sktl. § 2-3 motsetningsvis.

Når det gjelder utbyttebetalinger gir sktl. § 2-3 (1) c, jfr. § 10-13 hjemmel for å kildeskatte selskaper som ikke er hjemmehørende i Norge. I vårt tilfelle kan derfor morselskapet skattlegges for utbyttet det mottar fra holdingselskapet. Skattesatsen er på 25 %, jfr. ssv. § 3-5 (3). Forutsatt at morselskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk virksomhet i EØS-landet, medfører imidlertid fritaksmetoden at utbyttet blir skattefritt, se sktl. § 2-38. Som vi vil se i pkt. 3.2.3.2, reduserer også skatteavtalene denne skattesatsen.

Etter oppkjøpet blir målselskapet datterselskapet til holdingselskapet. Dette muliggjør utbetaling av konsernbidrag fra målselskapet til holdingselskapet, jfr. sktl. § 10-4. På nærmere angitte vilkår kan målselskapet kreve fradrag ved inntektsligningen for konsernbidraget, se sktl. § 10-2. For holdingselskapet er konsernbidraget skattepliktig inntekt, så lenge det ikke overstiger den skattepliktige alminnelige inntekten til målselskapet, jfr. sktl. § 10-3.

Når holdingselskapet således får skattepliktig konsernbidrag fra målselskapet samtidig som det har fradragsrett for renteutbetalingene til morselskapet, vil disse postene utlignes mot hverandre slik at netto skattepliktig inntekt for holdingselskapet blir redusert. Konsekvensene av dette er at holdingselskapet gis insentiv til å argumentere for at størstedelen av morselskapets investering består av gjeld, ettersom det på denne måten oppnår at netto skattepliktig inntekt reduseres. Sett fra et perspektiv om høyest mulig norsk skatteproveny, vil det derimot være av interesse å få så mye som mulig av investeringen klassifisert som egenkapital, ettersom det vil gi holdingselskapet en høyere skattepliktig nettoinntekt. Den første problemstillingen som oppstår er dermed om investeringen skal klassifiseres som gjeld eller egenkapital. Denne problemstillingen omtaler vi i det følgende som klassifikasjonsspørsmålet.

Dersom konklusjonen på klassifikasjonsspørsmålet blir at investeringen skal klassifiseres som gjeld, oppstår det spørsmål om skattemyndighetene kan skjære gjennom med

grunnlag i sktl. § 13-1 og nekte holdingselskapet fullt rentefradrag med den begrunnelse at selskapet er tynt kapitalisert. Om denne problemstillingen vil vi bruke uttrykket restruktureringsspørsmålet.

Hvis det er grunnlag for å nekte fullt rentefradrag på grunn av tynn kapitalisering, vil en ytterligere problemstilling oppstå, nemlig i hvilket omfang gjeldsrentefradrag kan nektes.

3.2.3.2 Internasjonalt

Formålet med skatteavtalene er å unngå internasjonal dobbeltbeskatning, det vil si den situasjonen at to eller flere stater skattlegger den samme skattyteren for den samme ytelsen i den samme perioden.²⁹ Skatteavtalene regulerer dermed de tilfellene hvor det foreligger et grenseoverskridende element. I vårt tilfelle berører skatteavtalene derfor kun forholdet mellom morselskapet og holdingselskapet.

Mønsteravtalen inneholder egne bestemmelser om utbytte og renter, se henholdsvis artikkel 10 og 11. I vårt tilfelle medfører artikkel 10 at morselskapets hjemstat kan opprettholde sin rett til å skattlegge utbyttet etter interne regler, mens Norges kildeskatt begrenses til en sats på 5 %. Det er verdt å merke seg at artikkel 10 ikke oppstiller noe lovlighetsvilkår slik som fritaksmetoden gjør. I tilfeller der utbyttet er utdelt i strid med aksjeloven og regnskapsloven, oppnår derfor skattyter likevel en redusert kildeskatt på utbyttet.

Heller ikke artikkel 11 begrenser morselskapets hjemstats rett til å beskatte renteinntektene. De begrensningene som artikkel 11 legger på kildeskatt, er uten betydning for Norges skattleggingsrett, ettersom Norge uansett ikke har internrettslig hjemmel til å skattlegge renteinntektene, se sktl. § 2-3.

Mønsteravtalen artikkel 9 regulerer tilfeller der et selskap direkte eller indirekte kontrollerer, deltar i ledelsen av eller eier et selskap i en annen stat, se nr. 1 bokstav a. Dersom det mellom disse to selskapene, på grunn av interessefellesskapet, har funnet sted transaksjoner på andre vilkår enn hva uavhengige parter ville avtalt, gir

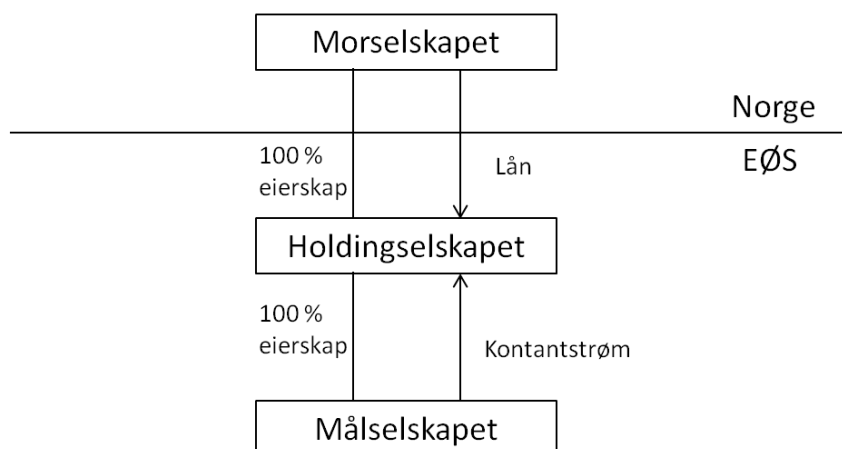
²⁹ Kommentaren introduction pkt. 1-3.

bestemmelsen hjemmel for statene til å skjære gjennom og skattlegge selskapene som om transaksjonene var blitt gjennomført mellom uavhengige parter. Ordlyden er ikke begrenset til å gjelde spesielle former for transaksjoner. Dermed må den i utgangspunktet blant annet omfatte kjøp og salg, kredittytelser, konsernbidrag, rentebetalinger og utbyttebetalinger. Skattemyndighetene kan for eksempel fastsette en skattepliktig inntekt på 1000 i stedet for 800 på et salg som har funnet sted mellom selskapene, eller de kan fastsette at et konsernbidrag skal bedømmes som vederlag for en tjeneste ytt av det mottakende selskapet. For vårt tilfelle er den viktigste funksjonen til artikkel 9 at bestemmelsen gir hjemmel til å omklassifisere gjeld til egenkapital. Grunnen til dette er, som påpekt i punkt 3.2.3.1, at holdingselskapet på grunn av intern norsk rett vil ha interesse av å hevde at så mye som mulig av utbetalingene til morselskapet er å betrakte som renter, og derved oppnå store gjeldsrentefradrag, jfr. sktl. § 6-40 (1).

I det følgende blir det en viktig oppgave å drøfte hva som ligger nærmere i vilkårene i artikkel 9, og å undersøke hva som blir rettsvirkningene dersom vilkårene er oppfylt. Dette vil vi gjøre i Del IV og Del V.

Mønsteravtalen artikkel 11 nr. 6 inneholder også en regel om gjennomskjæring ved interessefellesskap, men det er presisert i Kommentaren at bestemmelsen kun gjelder rentesatsspørsmålet.³⁰ Vi avgrensner derfor mot videre behandling av denne bestemmelsen.

3.2.4 Morselskap i Norge, holdingselskap og målselskap i EØS



³⁰ Kommentaren art. 11 pkt. 35.

3.2.4.1 Norsk rett

Når morselskapet er hjemmehørende i Norge, mens holdingselskapet og målselskapet er hjemmehørende i EØS, er situasjonen at morselskapet har investert i holdingselskapet i form av egenkapitaltilskudd og lån. Morselskapet vil dermed motta inntekter i form av utbytte på egenkapitaltilskuddet og renter på lånet. Hovedreglene er at utbyttet beskattes som inntekt etter sktl. § 5-1 (1), jfr. § 10-11 (1) og (2). Fritaksmetoden medfører imidlertid at disse inntektene i stor grad blir skattefrie, jfr. sktl. § 2-38. Renteinntektene beskattes som inntekt etter sktl. § 5-1 (1).

Fra målselskapet vil det gå en kontantstrøm til holdingselskapet. Ettersom begge disse selskapene er hjemmehørende i en annen EØS-stat, er ikke denne situasjonen av interesse fra et norsk skatterettslig perspektiv. Grunnen til dette er at det ikke er hjemmel i skatteloven for skattlegging av denne kontantstrømmen, se sktl. § 2-3 motsetningsvis.

Hovedproblemstillingen som oppstår, er om renteinntektene som strømmer fra holdingselskapet til morselskapet, med hjemmel i sktl. § 13-1 kan omklassifiseres til utbytte fordi holdingselskapet er tynt kapitalisert. Hvis dette er tilfellet: er det i så fall trolig at norske skattemyndigheter vil ha noen interesse i å foreta en slik omklassifisering? Sentralt i denne forbindelsen er å avgjøre om utbyttebetalingen fra holdingselskapet til morselskapet, omfattes av fritaksmetoden, jfr. sktl. § 2-38. Dersom det er tilfellet, vil kun 3 % av inntekten være skattepliktig, jfr. 2-38 (6). Derimot vil en slik omklassifisering kunne være aktuell for skattemyndighetene i hjemstaten til holdingselskapet. Denne problemstillingen vil vi imidlertid ikke forfølge.

Morselskapet er som skattesubjekt omfattet av fritaksmetoden, jfr. sktl. § 2-38 (1) a, jfr. sktl. § 2-2 (1) a. Videre følger det av sktl. § 2-38 (2) a at utbytte på eierandeler i et tilsvarende utenlandsk selskap som nevnt i (1) a til c, er omfattet av fritaket. Ettersom vi har forutsatt at det utenlandske holdingselskapet tilsvarer et norsk aksjeselskap, er dermed utbytte som utdeles fra dette til morselskapet i Norge, omfattet av fritaksmetoden. Det er imidlertid et vilkår for å falle inn under fritaksmetoden at utbyttet er lovlig etter selskaps- og regnskapsrettslige regler. Dette kan være problematisk i de tilfellene hvor utbetalingen er behandlet som lån av selskapet. Det finnes en rekke unntak fra fritaksmetoden i § 2-38 (3), men ingen av disse er aktuelle i disse tilfellene.

Konsekvensen av en omklassifisering fra renter til utbytte kan bli at morselskapet får en inntekt som omfattes av fritaksmetoden. Dermed blir kun 3 % av inntekten ansett som skattepliktig, jfr. sktl. § 2-38 (6). Dersom omklassifisering ikke finner sted, vil renteinntektene skattlegges i sin helhet med en skattesats på 28 %, jfr. ssv. § 3-3. En slik omklassifisering vil derfor være uheldig sett fra et norsk skatteprovenyperspektiv.

Ulikheten i den skattemessige behandlingen mellom utbytte og renter gir derfor morselskapet insentiv til å argumentere for at alle innskuddene i holdingselskapet består av egenkapital, og at det ikke er ytt et lån. På denne måten kan morselskapet oppnå en samlet skatt på 0,84 % på alle inntektene som strømmer fra holdingselskapet. Dette er en situasjon som det vil være langt mer gunstig sett fra et skatteprovenyperspektiv å skjære gjennom. Dersom skattemyndighetene anser deler av egenkapitalen for reelt sett å være lån, kan dette legges til grunn ved ligningen. Hvis de derimot anser egenkapitalen for å være reell, må det vurderes om det kan foretas en omklassifisering med hjemmel i sktl. § 13-1.

3.2.4.2 Internasjonalt

Det grenseoverskridende elementet foreligger også i dette tilfellet mellom holdingselskapet og morselskapet. Utgangspunktene etter skatteavtalene blir de samme her som i det første tilfellet, se punkt 3.2.3.2. Mønsteravtalen artikkel 10 og 11 gir morselskapets hjemstat rett til å skattlegge både renter og utbytte som strømmer fra holdingselskapet. Ettersom morselskapet i dette tilfellet har alminnelig skatteplikt til Norge, jfr. sktl. § 2-2 (1) a, har Norge hjemmel til å skattlegge både rentene og utbyttet, jfr. sktl. § 5-1 (1) og § 10-11 (1) og (2), og dette med en skattesats på 28 %, jfr. ssv. § 3-3.

Som påpekt i punkt 3.2.4.1, vil morselskapet ha insentiv til å hevde at størsteparten av utbetalingene fra holdingselskapet er å anse som utbytte, ettersom inntekter i form av utbytte faller inn under fritaksmetoden, jfr. § 2-38. Spørsmålet blir derfor om skatteavtalene gir hjemmel til å omklassifisere utbyttet til renter. Dette reguleres av Mønsteravtalen artikkel 9. Bestemmelsen gir som nevnt hjemmel til å fastsette en inntekt i samsvar med det som uavhengige parter ville oppnådd ved en tilsvarende transaksjon. Dersom for eksempel en uavhengig part A yter et lån til en uavhengig part B, ville det

fulgt av låneavtalen at A skulle motta renter og ikke utbytte. Dersom morselskapet har ytt et lån til holdingselskapet, og avtalen går ut på at holdingselskapet skal betale utbytte til morselskapet i stedet for renter, er dette dermed en avtale det kan ses bort fra. Skattemyndighetene kan som en konsekvens av dette skattlegge morselskapet for renteinntekter. En hovedproblemstilling i forhold til dette blir å fastlegge hva to uavhengige parter ville avtalt.

Den motsatte situasjonen – å omklassifisere morselskapets renter til utbytte – er som vist i punkt 3.2.4.1 lite aktuell for skattemyndighetene, ettersom dette kan føre til at morselskapets inntekter faller inn under fritaksmetoden, jfr. sktl. § 2-38. Dersom dette likevel er et ønske, tilsier ordlyden i artikkel 9 at det kan foretas en omklassifisering dersom rentebetalingen ikke har funnet sted på en armlengdes avstand.

3.3 Situasjonen vi vil behandle videre

Av plasshensyn velger vi å bare behandle tilfellet hvor morselskapet er hjemmehørende i en annen EØS-stat, mens holdingselskapet og målselskapet er hjemmehørende i Norge.

3.4 Særskilt om forholdet til fritaksmetoden

I vårt tilfelle oppstår det spørsmål om hvorvidt fritaksmetoden fritar for kildebeskatning på utbytte. Særlige interessante og uavklarte spørsmål reiser seg ved morselskapets stilling som kvalifiserende subjekt. Utgangspunktet er at utenlandske selskaper som “tilsvarer selskaper” som er oppregnet i første ledd, er kvalifiserende subjekter, jfr. sktl. § 2-38 (1) k. I kildeskattsituasjonen innsnevres området enda mer. Her oppstiller § 2-38 (5) vilkår om at selskapet må være “reelt etablert” og drive “reell økonomisk aktivitet” innenfor EØS.

Det første spørsmålet er hva som menes med tilsvarende selskap. Finansdepartementets tidligere oppfatning var at det utenlandske selskapet ikke er tilsvarende hvis det generelt sett er fritatt for beskatning i hjemlandet.³¹ Dette standpunktet ble avvist av EU-domstolen i Aberdeen-saken³², som gjaldt kildeskatt ilagt utbytte fra et finsk selskap til

³¹ Utv. 2007 s. 1568.

³² C-303/07.

et selskap i Luxembourg. Her kom domstolen til at manglende beskatning i Luxembourg ikke kunne begrunne skattemessig forskjellsbehandling. Dette ledet til en ny tolkningsuttalelse av Finansdepartementet hvor Aberdeen-saken ble tatt til etterretning.³³ Det ble samtidig oppstilt vilkår om at det utenlandske selskapet må være et eget skattesubjekt etter sktl. § 2-2, samt skattemessig hjemmeførende i EØS-staten etter vedkommende stats rett. Hvorvidt det er EØS-rettslig adgang til å oppstille et slikt dobbeltkrav, er fortsatt uavklart.

Det neste spørsmålet er hva som ligger i reell etablering og reell økonomisk aktivitet. Disse vilkårene ble tatt inn som følge av Cadbury Schweppes-dommen.³⁴ Spørsmålet kommer særlig på spissen for holdingselskaper, ettersom disse kun har som funksjon å eie et annet selskap. Forarbeidene til § 2-38 (5) fremhever at det må foretas en konkret helhetsvurdering.³⁵ Videre fremheves det at formålet med bestemmelsen er å utelukke tilfeller av kunstige arrangementer med unngåelse av skatt som motiv. Det skal således ses hen til subjektive momenter, men for å påvise de subjektive motivene må en se hen til de objektive karakteristika.³⁶ Objektive karakteristika vil typisk være et forretningssted og ansatte. Hvis fritaksmetoden allikevel hadde medført at de aktuelle inntektene hadde vært skattefrie, vil det ikke kunne foreligge et skatteomgåelsesmotiv.³⁷

Kravet om reell etablering kan være i strid med etableringsretten. Det kan her vises til Farstad,³⁸ som på bakgrunn av EU-domstolens praksis fremhever at det må sondres mellom tilfeller hvor selskapet er et etableringsobjekt, og tilfeller hvor det er et etableringssubjekt. Farstad benytter begrepet etableringssubjekter om selskaper som har rett til å etablere seg i andre stater. Når en slik etablering er foretatt, omtales dette selskapet som etableringsobjekt. Eksempelvis hvor et morselskap etablerer et datterselskap for å starte virksomhet i et annet land, vil morselskapet være etableringssubjekt og datterselskapet etableringsobjekt. Farstad viser i sin redegjørelse hvordan EU-domstolen ikke har stilt kvalitative krav til etableringssubjektets etablering, men at

³³ FIN 29.9.2009.

³⁴ C-196/04.

³⁵ Ot.prp.nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.2.

³⁶ FIN 29.9.2009.

³⁷ Utv. 2010 s. 1240.

³⁸ Farstad (2010).

kravet til reell etablering kun gjelder overfor etableringsobjekter. Illustrert med vårt tilfelle kan en si at den EØS-rettslige adgangen til å oppstille et krav om reell etablering ikke er like vidtgående for morselskapet som for datterselskapet. Det kan her vises til Centros-saken,³⁹ som er mest kjent for å være kilden til den store veksten av NUF-selskaper. I denne saken ble det ikke oppstilt krav om at morselskapet i England måtte være reelt etablert.

³⁹ C-212/97.

Del II. Lånefinansierte oppkjøp

4 Nærmere om lånefinansierte oppkjøp

4.1 Innledning

For å kunne drøfte problemstillinger knyttet til reglene om tynn kapitalisering i forhold til lånefinansierte oppkjøp, er det nødvendig å ha et innblikk i hva slike oppkjøp innebærer. I det følgende redegjør vi derfor for hva som kjennetegner lånefinansierte oppkjøp, samt hvorfor og hvordan disse gjennomføres. Redegjørelsen tar ikke sikte på å gi en økonomisk analyse av denne oppkjøpsformen.

4.2 Hva kjennetegner lånefinansierte oppkjøp?

Lånefinansierte oppkjøp er en type transaksjoner som private equity-firmaer utfører.⁴⁰ Uttrykket private equity brukes om egenkapitalinvesteringer i selskaper som ikke er børsnoterte.⁴¹ I de fleste utviklede økonomier brukes uttrykket vanligvis om tilfeller hvor et fond eller en gruppe av fond investerer penger ved å kjøpe opp hele eller deler av et selskap eller konsern.⁴² Kapital hentes fra et vidt spekter av kilder.⁴³

Lånefinansierte oppkjøp kjennetegnes ved at et selskap kjøper opp et annet selskap eller eiendeler, finansiert med høy grad av fremmedkapital fremfor egenkapital. Dette er noe det synes å være allmenn enighet om.

Den nærmere definisjonen varierer. Reiten og Sundstrøm uttaler at den vanligste definisjonen av lånefinansierte oppkjøp er “transaksjoner hvor en investorgruppering kjøper 100 % av aksjene i et børsnotert selskap, eller en divisjon av et børsnotert selskap, ved hjelp av lånte midler.”⁴⁴ Samme sted uttales det at oppkjøpene er kjennetegnet ved høy grad av gjeldsfinansiering, ofte opp mot 90 % av kjøpesummen. Andre kjennetegn er at det er kompliserte finansieringsstrukturer med mange involverte parter,

⁴⁰ ECB (2007) s. 8.

⁴¹ Yates (2010) s. 2.

⁴² I.c.

⁴³ I.c.

⁴⁴ Reiten (2001).

og at finansieringen er basert på pant i aksjeselskapet og tilgang til kontantstrømmene i målselskapet.⁴⁵ I Norge legger imidlertid asl. § 8-10 begrensninger på i hvilken grad det kan gis slikt pant. Dette kommer vi tilbake til i kapittel 5.

Thoresen og Korsvold uttaler at ved lånefinansierte oppkjøp vil mer enn 50 % av kjøpesummen finansieres med gjeld, og etter oppkjøpet vil gjeldsandelen for selskapet typisk ligge på 75-80 %.⁴⁶

Axelson m.fl. har analysert hva som bestemmer gjeldsgraden og prissettingen av lånefinansierte oppkjøp.⁴⁷ Analysen skiller seg fra tidligere undersøkelser ved at den ikke er begrenset til å gjelde oppkjøp av børsnoterte selskaper, ved at den omfatter lånefinansierte oppkjøp fra 1980 til 2008, og ved at den også omfatter oppkjøp foretatt av vesteuropeiske firmaer.⁴⁸ Samlet gjør dette analysen mer representativ enn tidligere undersøkelser. Et av funnene deres er at gjennomsnittskjøpet involverer en gjeldsfinansiering på 69 %.⁴⁹ Oppkjøp av børsnoterte selskaper som deretter tas av børs, er imidlertid finansiert med en gjeldsandel på gjennomsnittlig 73 %.⁵⁰

En undersøkelse utført av The European Central Bank (ECB) viser at lånefinansierte oppkjøp i 2006 gjennomsnittlig var finansiert med ca. 80 % fremmedkapital.⁵¹ Det høyere gjennomsnittstallet kan forklares med at undersøkelsen gikk over et kortere tidsrom enn analysen som ble gjennomført av Axelson m.fl. Resultatene er derfor ikke sammenlignbare.

I punkt 8.3.3 drøfter vi hvilken betydning slike gjennomsnittstall har ved vurderingen av restruktureringsspørsmålet.

⁴⁵ Reiten (2001).

⁴⁶ Thoresen (2004).

⁴⁷ Axelson (2010).

⁴⁸ *ibid.* s. 2 og 13.

⁴⁹ *ibid.* s. 16.

⁵⁰ *l.c.*

⁵¹ ECB (2007) s. 13.

4.3 Hvordan gjennomføres lånefinansierte oppkjøp?

4.3.1 Strukturen

Når det gjelder den rettslige strukturen, er de fleste fond som foretar lånefinansierte oppkjøp (heretter omtalt som LBO-fond) organisert som selskaper med begrenset ansvar.⁵² Av skattemessige årsaker vil det være viktig at fondet er et kvalifiserende subjekt etter fritaksmetoden, se sktl. § 2-38 (1).

LBO-fondet har typisk to typer “deltakere”. I engelskspråklig litteratur kalles disse for general partners og limited partners. General partners er ansvarlige for å få på plass investeringsavtaler, og de deltar i bestyrelsen av de oppkjøpte selskapene.⁵³ Videre står de for mellom 3 % og 5 % av den totale egenkapitalen som reises av selskapet.⁵⁴ Limited partners er de som står for resten av egenkapitalen.⁵⁵ Det er typisk pensjonsfond, forsikringselskaper, hedgefond og banker som er limited partners.⁵⁶ Det vil være bestemt at egenkapitalen som skytes inn i LBO-fondet, skal benyttes til oppkjøp av selskaper,⁵⁷ herunder hvilke typer selskaper/hvilken bransje.

Når målselskapet er identifisert, oppretter LBO-fondet vanligvis et holdingselskap.⁵⁸ Deler av midlene fra fondet/selskapet, plasseres i holdingselskapet som egenkapital. Det er holdingselskapet som skal foreta oppkjøpet av målselskapet. Før dette kan skje, må imidlertid general partners i LBO-fondet få på plass gjeldsfinansieringen. Normalt er det banker eller det syndikerte lånemarkedet som er de største långiverne,⁵⁹ og lånene ytes til holdingselskapet.⁶⁰

⁵² ECB (2007) s. 8.

⁵³ I.c.

⁵⁴ I.c.

⁵⁵ *ibid.* s. 9.

⁵⁶ I.c.

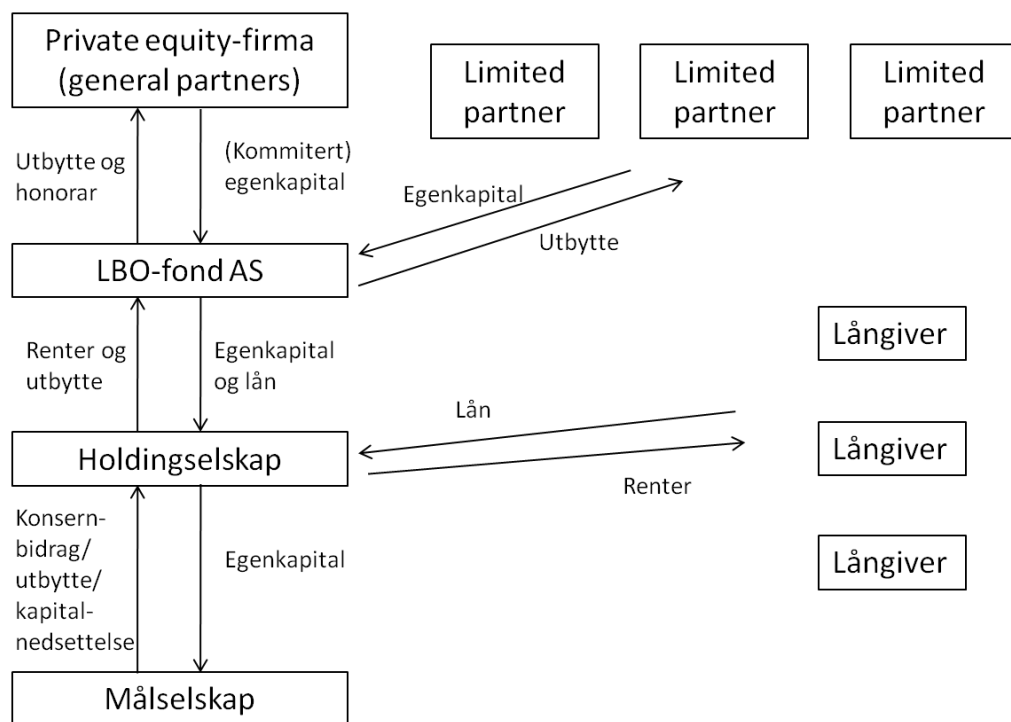
⁵⁷ I.c.

⁵⁸ Axelson (2010) s. 7.

⁵⁹ ECB (2007) s. 9 og Axelson (2010) s. 7.

⁶⁰ Axelson (2010) s. 7.

En typisk struktur på et lånefinansiert oppkjøp vil således se slik ut:



4.3.2 Nærmere om finansieringen

Ved holdingselskapets oppkjøp av målselskapet består finansieringen dels av egenkapital fra LBO-fondet og dels av fremmedkapital fra finansinstitusjonene. Gjeldsfinansieringen vil gjerne være strukturert i ulike lag.⁶¹ Dette kan skje ved såkalt strukturell subordnering. Dette innebærer at en opererer med flere holdingselskaper med 100 % eierskap mellom holdingselskapene, hvor den lagvise gjelden oppdeles slik at hver långiver kun forholder seg til ett holdingselskap. Her vil kreditorene i holdingselskapet nærmest det operative selskapet ha best sikkerhet for gjelden. Hvis det kun opereres med ett holdingselskap, vil det være låneavtalene mellom kreditorene og holdingselskapet som sikrer den lagvise inndelingen. Dette kalles kontraktsrettslig subordnering. Variasjonene mellom gjeldstypene går først og fremst på lånets prioritet, hvordan lånet er sikret, om lånet skal betales i avdrag, når lånet skal tilbakebetales og hvor høye rentene er.⁶²

⁶¹ ECB (2007) s. 9 og 11 og Axelson (2010) s. 43.

⁶² ECB (2007) s. 11 og Axelson (2010) s. 43.

(Bank)lån med førsteprioritet, heretter omtalt som seniorgjeld, utgjør normalt den største delen av den totale gjeldsfinansieringen.⁶³ Denne gjeldskategorien kjennetegnes med at långiverne har sikkerhet i målselskapets eiendeler og aksjer.⁶⁴ Dette gjør at den blir billigere enn annen type gjeld.⁶⁵ Det reiser seg imidlertid særskilte selskapsrettslige problemstillinger i forhold til slik sikkerhetsstillelse, se nærmere kapittel 5.

Det er ulike variasjoner av seniorgjeld. Senior A har den høyeste prioriteten, og er karakterisert ved at det foretas løpende avdragsbetaling.⁶⁶ 68 % av disse lånene nedbetales i løpet av fem år.⁶⁷ Senior B og Senior C skal derimot som regel tilbakebetales samlet ved forfall,⁶⁸ såkalt bulletlån. Datoen for forfall ligger som regel mer enn fem år frem i tid.⁶⁹ Dette medfører at disse formene for seniorgjeld er mer risikofylte for långiverne, hvilket reflekteres i en høyere rente.⁷⁰

Mezzaninegjeld, obligasjonslån og second lien debt er former for underordnet gjeld.⁷¹ Normalt tillates det ikke at det betales avdrag på mezzaninegjeld før seniorgjelden er innfridd.⁷² Dermed blir løpetiden på denne gjelden lengre, vanligvis mellom 5 og 12 år.⁷³

I noen tilfeller kan det være et ytterligere kapitalbehov. Dette kan løses ved et lån fra LBO-fondet til holdingselskapet. Det er særlig i disse tilfellene at spørsmål om tynn kapitalisering oppstår.

⁶³ Axelson (2010) s. 43 og ECB (2007) s. 11.

⁶⁴ ECB (2007) s. 11.

⁶⁵ I.c.

⁶⁶ I.c. og Axelson (2010) s. 43.

⁶⁷ Axelson (2010) s. 43.

⁶⁸ ECB (2007) s. 11 og Axelson (2010) s. 43.

⁶⁹ Axelson (2010) s. 43.

⁷⁰ ECB (2007) s. 11.

⁷¹ I.c. og Axelson (2010) s. 43.

⁷² Reiten (2001).

⁷³ I.c.

Dette er et eksempel⁷⁴ på hvordan et lånefinansiert oppkjøp kan være finansiert:

Kjøpesum 5000 100 %	Egenkapital 750 15 %
	Internlån 1000 20 %
	High Yield 150 3 %
	Mezzaninelån 600 12 %
	Seniorlån 2500 50 %

4.3.3 Betjeningen av gjelden

Det er holdingselskapet som inngår låneavtalene, og som står ansvarlig for betjeningen av både rentene og hovedstolen på lånet. Midlene som brukes til å betjene lånene stammer imidlertid fra målselskapets driftsinntekter, da det er målselskapet som driver operativ inntektsbringende virksomhet. Inntektene kanaliseres til holdingselskapet i form av konsernbidrag, utbytte, eller utbetalinger i forbindelse med kapitalnedsettelse. Dette omtales som en debt-push-down-strategi.⁷⁵

4.3.4 Tidsrammen

Investeringsstrategien går ut på å kjøpe opp et selskap, forbedre dette, og deretter selge det til en høyere pris.⁷⁶ LBO-fondet har normalt en levetid på 7-10 år.⁷⁷ Innen denne tiden utløper, er det general partners' ansvar å avhende målselskapet.⁷⁸

⁷⁴ Pedersen (2010) s. 69.

⁷⁵ Bundegaard (2000) s. 27.

⁷⁶ ECB (2007) s. 10.

⁷⁷ l.c.

⁷⁸ ibid. s. 9-10

4.3.5 Avkastningen på investeringen

Deltakerne i LBO-fondet mottar avkastning på investeringen i form av utbytte, mens långiverne mottar renter.⁷⁹ Limited partners i LBO-fondet vil i tillegg indirekte motta andeler av et eventuelt overskudd ved salg av målselskapet når LBO-fondet oppløses.⁸⁰ General partners i LBO-fondet vil i tillegg til utbytte motta diverse honorarer for sitt arbeid med ledelse, kontroll og transaksjoner.⁸¹

5 Selskapsrettslige problemstillinger som oppstår ved finansieringen ved lånefinansierte oppkjøp

5.1 Innledning

I en oppkjøpsprosess vil det oppstå en rekke selskapsrettslige problemstillinger, blant annet ved stiftelse av et nytt aksjeselskap hvor dette skal gjøres. Slike generelle problemstillinger vil vi ikke forfølge. Hvis det i oppkjøpsprosessen er forutsatt, eller ønsket, at målselskapet skal bidra til finansieringen av oppkjøpet av seg selv, oppstår særlige selskapsrettslige spørsmål. Disse vil vi behandle her. De aktuelle bestemmelsene som vi vil drøfte er §§ 8-10 og 8-7. Paragraf 8-10 oppstiller en begrensning på sikkerhetsstillelse i målselskapets eiendeler, mens § 8-7 begrenser adgangen til å stille sikkerhet for nærstående lån.

5.2 Aksjeloven § 8-10

At målselskapet bidrar til finansieringen av seg selv er i utgangspunktet forbudt etter aksjeloven § 8-10, hvor følgende fremgår:

“Selskapet kan ikke stille midler til rådighet eller yte lån eller stille sikkerhet i forbindelse med erverv av aksjer eller rett til aksjer i selskapet eller selskapets morselskap.”

⁷⁹ ECB (2007) s. 9.

⁸⁰ *ibid* s. 10.

⁸¹ *l.c.*

Formålet bak bestemmelsen er blant annet å vanskeliggjøre “spekulasjonskjøp”.⁸² I tillegg fremstår bestemmelsen som en forlengelse av forbudet mot erverv av egne aksjer,⁸³ jfr. asl. §§ 9-1 flg.

Et sentralt spørsmål er hvilke arrangementer som rammes aksjeloven § 8-10. Er det eksempelvis i strid med bestemmelsen at holdingselskapet betjener finansieringen av oppkjøpet med konsernbidrag eller utbytte ytt av målselskapet? I prinsippet er dette omfattet av ordlyden til bestemmelsen, da slikt konsernbidrag/utbytte faller inn under ordlyden “stille midler til rådighet ... i forbindelse med erverv av aksjer ...”.

Spennet i bestemmelsen viser seg ved at det i prinsippet ved enhver aksjeinvestering er hensikten at den skal finansieres av selskapet, da en investerer i selskapet i håp om aksjeinntekter i form av utbytte, gevinst ved salg eller lignende.⁸⁴

Spørsmålet er hvorvidt § 8-10 må tolkes innskrenkende i de tilfellene hvor holdingselskapets aksjeerverv blir finansiert ved legale utdelinger fra målselskapet. En kan påstå at de reelle hensynene bak bestemmelsens forbud normalt ikke vil gjøre seg gjeldende i en oppkjøpsprosess når målselskapets avkastning brukes til nedbetaling av det lånet som er anskaffet i forbindelse med kjøpet. Tvert i mot vil dette være ganske alminnelig og slik markedskreftene virker. I teorien⁸⁵ er det enighet om at bestemmelsen må tolkes slik at i de tilfellene hvor målselskapet yter konsernbidrag eller utbytte til holdingselskapet innenfor forretningsmessige rimelige grenser, og innenfor aksjelovens formelle og materielle utbytteregler, er dette neppe i strid med bestemmelsen. Derimot kan tilfeller hvor et målselskap er kjøpt for å så likvideres for å benytte likvidasjonsutbyttet til å betale finansieringen, tenkes å bli rammet av § 8-10. Ved lånefinansierte oppkjøp hvor oppkjøpsfondet tar sikte på å sitte i en eierposisjon i 7-10 år, er dette neppe i strid med forbudet.

⁸² Giertsen (1996) s. 27.

⁸³ Andenæs (2006) s. 480, NOU 1992:29 s. 174.

⁸⁴ Giertsen (2000) s. 24.

⁸⁵ Giertsen (1996) s. 157-159, Giertsen (2002) s. 24, Matre (2000) s. 167-173.

5.3 Aksjeloven § 8-7

Aksjeloven § 8-7 oppstiller visse begrensninger for selskapets mulighet til å stille sikkerhet for enkelte av selskapets nærstående. Ved lånefinansierte oppkjøp er det vanlig at finansinstitusjoner får sikkerhet i målselskapet for holdingselskapets seniorgjeld. Spørsmålet er hvordan dette stiller seg i forhold til aksjeloven § 8-7. Bestemmelsen oppstiller ikke noe forbud mot å stille sikkerhet, men setter strengere vilkår for slik sikkerhetsstillelse for en oppregnet personkrets. Inn under denne personkretsen faller “aksjeeier”. Holdingselskapet er dermed omfattet. I vårt tilfelle kommer følgelig hovedregelen i § 8-7 (1) til anvendelse.

Fra denne bestemmelsen gjøres det imidlertid et unntak i § 8-7 (3) annet alternativ for “kreditt eller sikkerhet til fordel for morselskapet eller annet selskap i samme konsern”. Begrunnelsen for dette er at slike disposisjoner normalt vil være forretningsmessig begrunnet.⁸⁶ I vårt tilfelle er holdingselskapet og målselskapet i et konsernforhold, og således foreligger det ingen særskilte selskapsrettslige begrensninger for sikkerhetsstillelse etter § 8-7.

⁸⁶ Ot.prp.nr 19 (1974-1975) s. 192, Andenæs (2006) s. 478.

Del III. Klassifikasjonsspørsmålet

6 Egenkapital eller gjeld?

6.1 Innledning

Som vist i kapittel 3 kan det være gunstig for skattyter i skatterettslig henseende å velge fremmedkapitalfinansiering. I dette kapitlet skal vi redegjøre for den skatterettslige klassifikasjonen av egenkapital og gjeld. Det er nødvendig å foreta en slik skatterettslig klassifisering før en kan vurdere om skjønnslingning etter sktl. § 13-1 er aktuelt.

Et selskap kan finansieres med to typer kapital: egenkapital og fremmedkapital. I norsk skatterett anerkjennes kun disse to alternativene. Det er derfor ikke mulig å klassifisere en finansieringspost som hybridkapital i skatterettslig henseende.⁸⁷ Med hybridkapital menes kapital som har likhetstrekk både med egenkapital og fremmedkapital.⁸⁸ Eksempelvis kan konvertible obligasjoner, warrants og utbyttegivende lån være hybride finansieringsinstrumenter.⁸⁹

Klassifiseringen mellom egenkapital og gjeld kan være ulik i andre lands rettssystemer. Ved grenseoverskridende transaksjoner har Skattedirektoratet uttalt at det i hovedsak ikke er av betydning hvilken klassifikasjon myndighetene i utlandet har ansett kapitalen for å være.⁹⁰ Dette kan sette skattyter i en gunstig posisjon i skatterettslig henseende. For eksempel kan det tenkes at innskuddet fra morselskapet vil bli behandlet som egenkapital i det landet morselskapet er hjemmehørende, mens det blir klassifisert som gjeld i Norge hvor datterselskapet er hjemmehørende.⁹¹ Et eksempel på dette er Utv. 2004 s. 36 hvor kapitalinnskuddet ble behandlet som egenkapital i Canada, og fremmedkapital i Norge. Konsekvensen vil da bli at det gis rentefradrag i Norge, samtidig som renteinntektene ikke blir skattlagt på morselskapets hånd. Dette omtales

⁸⁷ Rt. 2001 s. 851, Kristiansen (2002) s. 136.

⁸⁸ Skaar (2006) s. 464.

⁸⁹ Bundegaard (2000) s. 35.

⁹⁰ Utv. 1997 s. 895. Dette fremgår også i IFA (2008) s. 530.

⁹¹ Lange (2010) s. 69.

som “double-dip financing.”⁹² Disse virkningene kan også ha motsatt effekt på skattyter, og kan således føre til en uheldig usymmetrisk beskatning. En stats regler om klassifiseringen av kapital vil derfor være et moment ved vurderingen av hvor en etablerer morselskapet, sett i lys av skatteplanlegging.

Dette kapitlet vil vise at fremgangsmåten er toleddet. Først fastslås det formuesrettslige forholdet mellom partene. Deretter foretas det en skatterettslig klassifisering.

6.2 Rettsgrunnlag

Rettsgrunnlaget for klassifiseringen kan forankres i prinsippet i norsk skatterett om at rettsforholdet skal avgjøres på grunnlag av sitt reelle innhold.⁹³

Spørsmålet er ikke lovregulert, og det må således baseres på ulovfestet rett som har utkrystallisert seg gjennom praksis og teori. Det er i hovedsak to nyere dommer fra Høyesterett som trekker opp grensene. Den første avgjørelsen falt i 2001 og omtales som Preferansekapitaldommen.⁹⁴ Saken gjaldt ligningen til Christiania Bank og Kredittkasse ASA (Kredittkassen) og Den norske Bank ASA (DnB). Begge selskapene var blitt tilført kapital for å unngå konkurs. Spørsmålet var hvorvidt denne kapitaltilførselen skulle klassifiseres som egenkapital eller fremmedkapital. Saken endte med at retten klassifiserte de aktuelle innskuddene som egenkapital.

Den andre sentrale avgjørelsen er Telecomputingsaken.⁹⁵ Saken gjaldt endring av ligningen til Telecomputing AS (TC), som var et norsk holdingselskap i et konsern som drev med drifting av datasystemer og konsulentvirksomhet over internett. TC etablerte et datterselskap (TINC) i USA. TINC fikk en aksjekapital på 10 USD. Resten ble finansiert ved overføringer fra TC. Med unntak av en avtale om ansvarlig lån på 30 MNOK, ble ikke transaksjonene nedtegnet skriftlig. Transaksjonene ble behandlet som lån i regnskapene. Datterselskapets lånekapasitet ble beregnet til å være drøye 100 MNOK. Dette beløpet ble det beregnet renter på, mens resten ble ytt rentefritt. Utviklingen i USA gikk ikke som håpet, og overføringene fra TC måtte i stor grad anses

⁹² Liland (2002) s. 42.

⁹³ Skaar (2006) s. 465, IFA (1996) s. 636.

⁹⁴ Rt. 2001 s. 851.

⁹⁵ Rt. 2010 s. 790.

som tapt. TC krevde tapsfradrag ved ligningen for overføringene med hjemmel i sktl. § 6-2. Ligningsmyndighetene nektet imidlertid dette, da de mente at alle tilskudd utover datterselskapets lånekapasitet var egenkapital, med den følge at § 6-2 dermed ikke ga hjemmel for tapsfradrag. Høyesterett fant at overføringene var fremmedkapital. Avgjørelsen trekker opp prinsipielle retningslinjer for klassifikasjonsspørsmålet.

Mønsteravtalen gir ingen definisjon av hva som menes med “egenkapital” og “gjeld”. Imidlertid defineres utbytte i avtalens artikkel 10 nr. 3 og renter i artikkel 11 nr. 3, hvilket gir en viss veiledning. Ut over dette gir verken Mønsteravtalen, Kommentaren eller Retningslinjene nærmere anvisning på tolkningen. Dermed kan det også i grenseoverskridende tilfeller legges avgjørende vekt på internrett, jfr. Mønsteravtalen artikkel 3 nr. 2.

6.3 Vurderingen av det privatrettslige avtaleforholdet

Det første leddet i klassifiseringen er å fastslå det privatrettslige forholdet mellom partene.⁹⁶ At det skal tas utgangspunktet i dette, er uttrykt på følgende måte i Telecomputingdommen:

“Som påpekt i Rt-2009-813 avsnitt 54, beror de skattemessige virkninger av en disposisjon eller transaksjon på ‘det innhold partene selv har gitt disposisjonen eller transaksjonen, bedømt etter alminnelige formuesrettslige regler’. Dette innebærer at den materielle ordning partene, innenfor avtalefrihetens rammer, har etablert seg imellom, også styrer de skattevirkninger ordningen skal få.”⁹⁷

Videre uttaler retten følgende om vurderingen av forholdet mellom partene:

“Spørsmålet om kapitaloverføringene fra TC til TINC skal bedømmes som lån eller egenkapitaltilskudd, må dermed som utgangspunkt avgjøres ut fra

⁹⁶ Skaar (2006) s. 465.

⁹⁷ Rt. 2010 s. 790 (43).

det selskaps- og regnskapsrettlige skillet mellom disse finansieringsformer.”⁹⁸

Ved den formuesrettslige vurderingen ser en således hen til hvordan kapitaltilførselen er behandlet regnskapsmessig og selskapsrettslig. Det er ikke avgjørende for den skatterettslige klassifiseringen, men som oftest vil måten tilskuddet er behandlet etter disse reglene samsvare med den skatterettslige klassifiseringen.⁹⁹ Dette er også i tråd med den alminnelige tilnærmingen i skatteretten for øvrig.¹⁰⁰

Utgangspunktet er at partenes felles forståelse skal legges til grunn.¹⁰¹ Ved siden av avtalen gir partenes behandling av avkastningen av innskuddet en klar formening om hva innskuddet er ment som. Eksempelvis at tilbakebetalingen skjer etter aksjelovens formelle regler om utbytteutbetalinger, eller at avkastningen består av renter.

Det er imidlertid ikke gitt at innskudd som det er avtalt renter på alltid vil bli behandlet som gjeld. Et eksempel på at Høyesterett kom til at dette momentet alene ikke tilfredstilte kravet til fremmedkapital, er inntatt i Rt. 1989 s. 296. Her kom Høyesterett til at det forelå et indre selskap hvor det innskutte beløpet var egenkapitaltilskudd gjort av investorene, som etter rettens oppfatning var stille deltakere i det indre selskapet. Riktignok var det bestemt at det skulle beregnes en rente på 5 %, men rentene kunne bare utbetales av likvidasjonsoverskuddet, hvilket er et vilkår som skiller seg fra de fleste ordinære låneavtaler med en bestemmelse om renteberegning. Dommen viser at i de tilfellene hvor det hevdes at en kapitalinnskyter som ikke er eier av selskapet har skutt inn egenkapital, kan en løsning være å anse det slik at et nytt indre selskap er stiftet.¹⁰²

⁹⁸ Rt. 2010 s. 790 (43).

⁹⁹ Utv. 1997 s 895 pkt. 2.

¹⁰⁰ Zimmer (2009a) s. 49, Wilskow (1997) s. 104.

¹⁰¹ Rt. 2009 s. 813.

¹⁰² IFA (1996) s. 630.

6.4 Skatterettslig klassifisering

6.4.1 Realitetsdoktrinen

Uansett om det privatrettslige forholdet blir fastslått som egenkapital, lån eller hybridkapital, skal det deretter foretas en skatterettslig klassifisering av kapitalinnskuddet. Den skatterettslige klassifiseringen skal skje etter den såkalte realitetsdoktrinen. Ved denne vurderingen er utgangspunktet at det må “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”.¹⁰³

Høyesterett inntok det samme rettslige utgangspunktet i Telecomputingdommen:

“Dersom en fortolkning av forpliktelsens grunnlag ikke gir noe bestemt svar, må klassifiseringen skje ved en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet”.¹⁰⁴

Det er således kapitaltilførselens reelle karakter som er avgjørende for klassifiseringen.¹⁰⁵ Dette er opphavet til at vurderingen blir omtalt som realitetsdoktrinen.¹⁰⁶ At det skal legges vekt på realiteten har også støtte i internasjonale rettskilder.¹⁰⁷ Den nærmere redegjørelsen vil derfor bestå av å finne hvilke momenter som er relevante, og vurdere hvordan disse skal vektas mot hverandre.

6.4.2 Momenter ved grensedragningen

For å finne ut hvilke momenter som er sentrale i avgjørelsen av hva kapitalen skal klassifiseres som, må en først se hen til hva som kjennetegner egenkapital og gjeld. I det følgende vil vi redegjøre for hvilke momenter som er relevante ved klassifiseringen, og i hvilken retning de trekker.

¹⁰³ Rt. 2001 s. 851 (862). Samme rettslige utgangspunkt er også tatt av finansdepartementet jfr. Utv. 1997 s. 895 pkt. 2, jfr. også Wilskow (1997) s. 104.

¹⁰⁴ Rt. 2010 s. 790 (44).

¹⁰⁵ Skaar (2006) s. 465, Utv. 1997 s. 895 pkt. 2, IFA (2008) s. 530.

¹⁰⁶ Skaar (2006) s. 465.

¹⁰⁷ Rapporten 1979 Chapter 1 pkt. 23.

6.4.2.1 Tapsabsorberende evne

Det er noe ulike oppfatninger i teorien om hva som menes med tapsabsorberende evne.¹⁰⁸ For denne fremstillingen vil begrepet bli benyttet på den måten Høyesterett gjorde i Preferansekapitaldommen:

“Avtalene inneholder ikke uttrykkelige bestemmelser om at kapitalen kan nyttes til dekning av tap eller underskudd ved løpende drift. Partene i sakene er imidlertid enige om at denne tapsabsorberende evne er en egenskap ved kapitalen gjennom henvisningen i avtalene...”¹⁰⁹

Tapsabsorberende evne er følgelig at kapitalen kan benyttes til å dekke løpende tap.¹¹⁰ Dette blir regnet for å være et tungtveiende moment i retning av egenkapital.¹¹¹ Kvinge uttaler at dette var “det mest tungtveiende for Høyesterett”¹¹² i Preferansekapitaldommen.¹¹³

6.4.2.2 Tilbakebetalingsplikt for innskuddet?

Tilbakebetalingsplikt er en klar karakteristikk for gjeld,¹¹⁴ og dette momentet må således ha særlig vekt. Høyesterett har gitt uttrykk for at manglende tilbakebetalingsplikt “vanskelig [kan] forenes med definisjonen av gjeld, hvor det sentrale er retten til å kreve en ytelse i penger...”(vår tilføyelse).¹¹⁵ Tilbakebetalingsplikten er også nevnt som et sentralt moment i forarbeidene gjort til endringen av skatteloven § 6-40 (3), jf. § 10-11 (2) 4. pkt., hvor lovgiver klassifiserte fondsobligasjoner for å være kjernekapital.¹¹⁶

6.4.2.3 Beregnes det renter på kapitalinnskuddet?

Rentebetalinger er noe av det mest karakteristiske ved lånefinansiering. Det vil derfor være et moment i retning av at kapitalinnskuddet er gjeld hvis renter belastes.¹¹⁷ Norsk

¹⁰⁸ Kvinge (2008) punkt 2.2.1.2 som har en noe snevrere tolkning enn hva Skaar (2006) s. 477 legger til grunn.

¹⁰⁹ Rt. 2001 s. 851 (865).

¹¹⁰ Utv. 1997 s. 895 pkt. 2.

¹¹¹ IFA (2000) s. 557, IFA (2006) s. 483.

¹¹² Kvinge (2008) s. 47.

¹¹³ Rt. 2001 s. 851.

¹¹⁴ Rt. 2010 s. 790, IFA (2000) s. 559, IFA (2006) s. 483.

¹¹⁵ Rt. 2001 s. 851 (866).

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 1 (2001-2002) s. 89.

¹¹⁷ Rt. 2010 s. 790, IFA (2000) s. 556.

internrett gir ingen klar definisjon på hva renter er, men helt kort kan det sies at renter er vederlag for kredittytelser.¹¹⁸

6.4.2.4 Størrelsen på avkastningen

I økonomisk henseende anser en investeringer med høy risiko for å kunne gi høy avkastning, mens den potensielle avkastningen anses mindre når risikoen er lav. Derfor kan det faktum at avkastningen er særlig høy, tale for at det er egenkapitalinnskudd.¹¹⁹ I forhold til finansieringen av lånefinansierte oppkjøp kan det generelt sies at avkastningen er større for high yield-obligasjoner enn hva tilfellet er for seniorgjelden, grunnet ulik sikkerhet.

6.4.2.5 Avtalt forfallstid?

Normalt vil en låneavtale inneholde en forfallstid. Eventuelt kan forfallstiden stå uregulert i avtalen. I så fall vil gjeldsbrevloven § 5 som deklarasjonsrett utfylle avtalen med at betaling skal skje på oppkrav, hvoretter betalingsplikten forfaller “straks”.

I Telecomputingdommen anførte staten til støtte for at kapitalinnskuddet var egenkapital at det ikke var avtalt forfallstid.¹²⁰ Høyesterett la ikke nevneverdig vekt på dette, da retten var av den oppfatning at gjeldsbrevloven § 5 regulerte forfallstiden på en forretningsmessig hensiktsmessig måte, ettersom det var usikkert når betalingsevnen til det mottakende selskapet var god nok.¹²¹

6.4.2.6 Lånets varighet

Hvis et lån har meget lang løpetid, kan dette innebære at långiver tar en større risiko i forhold til selskapets økonomiske utvikling. Denne økte risikoen kan medføre at låneavtalen får karakter av å være egenkapital, selv om lang løpetid i seg selv neppe gir grunnlag for å klassifisere innskuddet som egenkapital.¹²²

¹¹⁸ Zimmer (2009a) s. 211, IFA (2008) s. 535.

¹¹⁹ OECD (1987) pkt. 75.

¹²⁰ Rt. 2010 s. 790.

¹²¹ Avsnitt 51.

¹²² IFA (2008) s. 542.

6.4.2.7 Rett på likvidasjonsutbytte?

Hvorvidt kapitalinnskyteren har rett på likvidasjonsutbytte, er et moment som er tillagt betydelig vekt i retning egenkapital i Rt. 1989 s. 296. Følgende uttales:

“Det er imidlertid andre sider av forholdet som taler avgjørende mot lånesynspunktet. Jeg peker her på at ... investorene deltar på like fot med aksjonærene ved den forholdsmessige fordeling av eventuelt overskudd etter at gjeld, kapitalinnskudd og aksjekapital er dekket.”¹²³

Tilbakebetalingens størrelse vil her være av betydning for å avdekke om det er tale om likvidasjonsutbytte eller tilbakebetaling av lån. Lån vil som regel bestå av hovedstolen i tillegg til en viss rente, mens likvidasjonsutbytte vil være uavhengig av denne.¹²⁴

6.4.2.8 Avtalt sikkerhet?

Avtalt sikkerhet vil tale for at kapitalinnskuddet er gjeld, da sikkerhetsstillelse er vanlig i låneavtaler. Dette er kun et av flere momenter, og *Telecomputingdommen*¹²⁵ er et ferskt eksempel på at Høyesterett ikke tillar det betydelig vekt. At momentet ikke står sterkere kan skyldes at det ikke er rent uvanlig at lån blir ytt uten sikkerhet. Et eksempel på dette er high yield-obligasjoner. Derfor trekker kanskje momentet sterkere i retning av at det er tale om gjeld hvor det er avtalt sikkerhet, enn at det er tale om egenkapital i de tilfellene det ikke er avtalt.

6.4.2.9 Betydningen av at det foreligger en tegningsrett

Med tegningsrett menes her en rett etter aksjeloven § 11-1 (1) til å konvertere en lånefordring til aksjekapital. Hovedregelen er at en slik tegningsrett skal behandles som lån inntil tegningsretten er gjort gjeldende. Dette er uttalt av Høyesterett i *Preferansekapitaldommen*,¹²⁶ og det er enighet i den juridiske litteraturen.¹²⁷ I vårt tilfelle vil det være særlig aktuelt at det foreligger en konverteringsrett på lånet.

¹²³ Rt. 1989 s. 296 (302).

¹²⁴ Skaar (2006) s. 473.

¹²⁵ Rt. 2010 s. 790.

¹²⁶ Rt. 2001 s. 851.

¹²⁷ Kvinge (2008) s. 59, IFA (1996) s. 637, IFA (2008) s. 538.

6.4.2.10 Betydningen av at innskyter har organisatoriske rettigheter i selskapet

Normalt gir egenkapitalinnskudd rett til å stemme ved generalforsamlingen, jfr. asl. § 5-3 (1) første punktum. Selv om stemmerett er en karakteristisk eierbeføyelse for aksjeeiere, er det ikke gitt at momentet har stor vekt. Tvert i mot anføres det i teorien at momentet kun bør tillegges begrenset vekt.¹²⁸ Dette er blant annet begrunnet i at en lånegiver kan ha potensiell stemmerett i selskapet ved et konvertibelt låneinnskudd.¹²⁹ Etter vår oppfatning er det neppe helt treffende å begrense vekten av organisatoriske rettigheter på grunnlag av en slik potensiell stemmerett. Det konsistente – i samsvar med vurderingen av konvertible lån generelt – er å legge vekt på de gitte karakteristika på et bestemt tidspunkt; altså som lån før det er konvertert, og så som aksjekapital etter en eventuell konvertering.

Hvis en innskyter overhodet ikke er gitt noen organisatoriske rettigheter, taler dette for at det ikke kan være ment som egenkapitalinnskudd mellom partene. Begrunnelsen for dette er at det vil være så ekstraordinært.¹³⁰

6.4.2.11 Hvordan partene har klassifisert kapitalinnskuddet

Høyesterett har uttalt at “[p]artenes betegnelse av avtalene [ikke kan] være avgjørende, og neppe heller av vesentlig betydning for vurderingen av dem” (våre tilføyelser) ved klassifiseringen av kapitalinnskuddet.¹³¹

Senere har imidlertid Høyesterett uttalt følgende:

“I betalingsbilagene er kapitaloverføringene betegnet som ‘lån’. ... Når avtalepartene entydig har behandlet kapitaloverføringene som lån, peker det klart i retning av at TINC hadde en alminnelig tilbakebetalingsplikt ikke bare for den andel av overføringene som lå innenfor selskapets lånekapasitet, men også for den overskytende del.”¹³²

¹²⁸ Kvinge (2008) s. 63, Skaar (2006) s. 479

¹²⁹ Aksjeloven §§ 11-1 flg. Kvinge (2008) s. 64

¹³⁰ Kvinge (2008) s. 65.

¹³¹ Rt. 2001 s. 851, synspunktet har også støtte i Kvinge (2008) s. 65.

¹³² Rt. 2010 s. 790.

Disse sitatene fra Høyesterett kan synes å være i uoverensstemmelse med hverandre. Vår oppfatning er allikevel at det ikke er motstrid mellom dommene på dette punktet. I begge dommene tas det utgangspunkt i den formuesrettslige klassifikasjonen av innskuddet. Hvis en i avtaleverket har valgt en betegnelse av innskuddet som ikke stemmer overens med det som faktisk er avtalt, vil betegnelsen være uten betydning. I sin alminnelighet vil likevel betegnelsen av innskuddet være nettopp hva en har ment – og må derfor tillegges vekt. En slik tilnærming er begge avgjørelsene i overensstemmelse med. Det kan her vises til Rt. 2009 s. 813 hvor skattyterne hevdet en annen forståelse av den aktuelle avtalen enn hva som kunne utledes av dens ordlyd. Høyesterett uttalte da at riktignok er utgangspunktet partenes felles forståelse, men ved vurderingen av denne forståelsen vil det bli lagt betydelig vekt på de begivenhetsnære bevisene, som her var avtalen, samt uttalelser som ble gitt i forbindelse med avtaleinngåelsen. En senere forståelse av avtalen, som da viste seg skattemessig gunstig, ble ikke lagt til grunn. Videre ble det uttalt at avtaler mellom forretningsparter i utgangspunktet vil bli tolket etter en objektiv fortolkningsnorm.

6.4.2.12 Betegnelsen av innskuddet i regnskapet

Etter regnskapsloven § 3-2 a første ledd skal regnskapet gi et “rettvisende bilde av den regnskapspliktiges og konsernets eiendeler og gjeld, finansielle stilling og resultat.”

Et av formålene med regnskapet er at det skal kommunisere informasjon til både aksjeiere, offentlige myndigheter og tredjepersoner. Hensynet til forutberegnelighet taler derfor for at den regnskapsmessige klassifikasjonen skal tillegges vekt.¹³³

Preferansekapitaldommen¹³⁴ viser imidlertid at Høyesterett inntar et forholdsvis avisende standpunkt til betydningen av hvordan kapitalinnskuddet er regnskapsført. Her hadde DnB ført kapitalinnskuddet som ansvarlig lånekapital i årsregnskapet, og som konvertibelt ansvarlig lån i årsberetningen. Dette forandret imidlertid ikke Høyesteretts syn på preferansekapitalen som egenkapital.

¹³³ I denne retningen Kvinge (2008) s. 65.

¹³⁴ Rt. 2001 s. 851.

Som vi har vært inne på tidligere, la imidlertid Høyesterett i *Telecomputingdommen* vekt på den regnskapsmessige klassifikasjonen ved bedømmelsen, sammen med momentet om at det var kommunisert til markedet som lån.¹³⁵ Høyesterett er således i begge avgjørelsene inne på momentet om forutberegnelighet for tredjemenn. Dermed kan en kanskje slutte fra avgjørelsene at forutberegnelighetsmomentet er av større betydning enn selve regnskapet, selv om disse ofte henger intimt sammen. Hvordan kapitalinnskuddet kommuniseres til markedet sier også noe om hva innskuddet er ment som. Det skal her bemerkes at selv om kapitalinnskuddet i skattehenseende kan være gunstigst å behandle som fremmedkapital, kan markedshensyn gjøre at det er mest gunstig med egenkapital. Hvordan kapitalinnskuddet er kommunisert til omverdenen er et moment i bevisvurderingen for hva innskuddet er ment som av partene.

6.4.2.13 Særskilte kontraktsvilkår i avtalen om kapitalinnskytelse

I visse avtaler om kapitalinnskytelse kan det være spesielle kontraktsvilkår som medfører at realiteten er en noe annen enn hva den fremstår som ved første øyekast. BFU 69/06 er et eksempel på dette. Her var det inntatt klausuler om henholdsvis mulighet for frivillig utsettelse av renter, og pliktig utsettelse av renter ved en “trigger event”. Skattedirektoratet var noe usikker på hvorvidt klausulene medførte at renten kunne bortfalle på linje med utbytte, dvs. var overskuddsavhengig.¹³⁶ Skattedirektoratet la etter kontakt med skattyter til grunn at dette ikke var tilfellet. Men direktoratets presisering tyder her på at hvis klausulene medførte en justering av rentene på linje med overskudd, ville dette ha vært av betydning. Dette illustrerer at det foretas en individuell og konkret vurdering. Direktoratet kom til at finansinstrumentet skulle karakteriseres som gjeld. Tilbakebetaling av gjeld kjennetegnes således av at tilbakebetalingsbeløpet ikke er avhengig av selskapets utvikling.¹³⁷

6.4.2.14 Forholdet til misligholdsklausuler

De fleste låneavtaler vil inneholde misligholdsklausuler som regulerer rettsvirkningene av et eventuelt mislighold.¹³⁸ Dette vil derimot være unaturlig i en avtale om egen-

¹³⁵ Rt. 2010 s. 790.

¹³⁶ BFU 69/06 s. 6.

¹³⁷ IFA (2000) s. 556, IFA (2006) s. 483.

¹³⁸ Skaar (2006) s. 480.

kapitalinnskudd på grunn av dets tapsabsorberende evne. Fravær av en misligholdsklausul vil derfor tale i retning av at innskuddet er egenkapital.¹³⁹

6.4.3 Helhetsvurderingen

Ved den endelige fastsettelsen av den skatterettslige klassifikasjonen av kapitalinnskuddet, må det foretas en helhetsvurdering av kapitalinnskuddet. Det avgjørende er om det har størst trekk av egenkapital eller gjeld.¹⁴⁰ Det vil her bli lagt størst vekt på det en kan kalle kjernekjennetegn av innskuddet, slik som tilbakebetaling for gjeld, og tapsabsorberende evne for egenkapital. Det som også vises gjennom Høyesteretts praksis, er at det må foretas en reell vurdering ut i fra de aktuelle karakteristika. Vurderingen innebærer ingen sensur i form av innskrenkende tolkning fordi den ene finansieringsmåten er skattemessig gunstigere enn den annen. En eventuell slik sensur skjer først gjennom en anvendelse av sktl. § 13-1, eventuelt den ulovfestede omgåelsesnormen. Dette vil vi behandle i Del IV og kapittel 14.

6.4.4 Interessefelleskap mellom yter og mottaker av kapitaltilskudd

6.4.4.1 Generelt

Ofte vil det foreligge interessefelleskap mellom yter og mottaker i de tilfellene problemstillingen om klassifisering av egenkapital og fremmedkapital oppstår, typisk mellom et morselskap og datterselskap. Spørsmålet er hvilken betydning dette har for klassifiseringen.

Finansdepartementet har uttalt at det tilfellet at et morselskap kunne ha ytt datterselskapet egenkapital ikke kan begrunne at klassifikasjonen skal være egenkapital.¹⁴¹ Transaksjonen skal i prinsippet vurderes som om den var foretatt mellom parter uten interessefelleskap.¹⁴² Heller ikke at et morselskap yter lån motivert av skatterettslige konsekvenser får betydning for klassifikasjonen.

¹³⁹ Skaar (2006) s. 480, IFA (2008) s. 543.

¹⁴⁰ Rt. 2001 s. 851, Rt. 2010 s. 790, Skaar (2006) s. 483.

¹⁴¹ Utv. 1997 s. 895

¹⁴² I.c., IFA (2000) s. 561.

BFU 21/07 er et eksempel på at interessefellesskapet ikke ble tillagt betydning ved klassifikasjonsspørsmålet. Her hadde et skattefritt fond som eide et holdingselskap, valgt å utbetale utbytte fra holdingselskapet til fondet, hvor dette så ble ytt tilbake som et lån fra fondet. Den skatterettslige fordelingen ved transaksjonene var at holdingselskapet fikk rentefradrag, mens det skattefrie fondet ikke ble skattlagt for renteinntektene. Skattedirektoratet tok kun stilling til klassifikasjonen av kapitalinnskuddene, hvor det kom til at det var lån uten at interessefellesskapet ble vurdert. Skattedirektoratet uttalte eksplisitt at det ikke tok stilling til hvorvidt den ulovfestede gjennomskjæringsregelen kom til anvendelse.

Indirekte kan imidlertid interessefellesskapet få betydning, eksempelvis dersom morselskapet yter tilskudd til et datterselskap i en svak finansiell posisjon med behov for egenkapitaltilskudd. Da gir egenkapitalbehovet et indisium på at tilskuddet er ment som egenkapital, men det vil isolert sett ikke være tilstrekkelig etter Finansdepartementets syn.¹⁴³

6.4.4.2 Lånet går utover selskapets lånekapasitet

Et morselskap kan tenkes å finansiere datterselskapet sitt med så mye fremmedkapital at det går utover datterselskapets låneevne. Spørsmålet er da om risikoen for at lånet ikke vil bli tilbakebetalt, innebærer at innskuddet er av en slik karakter at det skal klassifiseres som egenkapital. I *Telecomputingdommen*¹⁴⁴ kom Høyesterett til at det er fullt mulig å fremmedfinansiere et datterselskap utover lånekapasiteten til selskapet, og allikevel få dette beløpet klassifisert som fremmedkapital. Riktignok talte den risikoen som morselskapet tok isolert sett i retning av at innskuddet var ment som egenkapital, men det fantes andre omstendigheter som talte i retning av fremmedkapital. Disse ble tillagt større vekt av retten i den konkrete saken.

¹⁴³ Utv. 1997 s. 895.

¹⁴⁴ Rt. 2010 s. 790.

Del IV. Restruktureringsspørsmålet

7 Sktl. § 13-1 som hjemmel for restrukturering

7.1 Problemstillingen

Hovedproblemstillingen som skal drøftes i det følgende er om holdingselskapets rentefradrag kan nektes helt eller delvis med den begrunnelse at uavhengige parter ikke ville oppnådd tilsvarende mengde lån og dermed heller ikke tilsvarende rentefradrag. Forutsetningen for at problemstillingen oppstår er at kapitalinnskuddet er skatterettslig klassifisert som lån. Dersom dette ikke hadde vært tilfellet, kunne rentefradrag vært nektet etter en tolkning av sktl. § 6-40 (1).

7.2 Veien videre

Som det vil fremgå av den videre drøftelsen, innebærer omklassifisering av gjeld til egenkapital med hjemmel i sktl. § 13-1 en strukturell endring. Verken i norsk rett eller internasjonalt har det vært tradisjon for å behandle spørsmålet om omklassifisering av gjeld til egenkapital for skatteformål (tynn kapitalisering) som et spørsmål om i hvilken grad det er adgang til å foreta strukturelle endringer. Andreas Bullen har imidlertid med sin doktoravhandling¹⁴⁵ brakt spørsmålet om strukturelle endringer frem i lyset, og gitt inngående analyser av hvordan dette bør behandles. Vår systematikk i det følgende vil i store trekk bygge på denne doktoravhandlingen.

7.3 Rettsgrunnlaget

Sktl. § 13-1 gir hjemmel for skjønnsfastsettelse av formue og inntekt ved interessefelleskap. For at skjønnsfastsettelse skal bli aktuelt, må tre vilkår være oppfylt, jfr. første ledd. For det første må skattyters formue eller inntekt være redusert. Videre må det foreligge et direkte eller indirekte interessefelleskap med en annen person, selskap eller innretning. I tillegg må formuen eller inntekten være redusert på grunn av interessefelleskapet. Det er således et reduksjonsvilkår, et vilkår om interessefelleskap og et vilkår om årsakssammenheng.

¹⁴⁵ Bullen (2010a).

Skjønnsfastsettelsen innebærer at skattyters inntekt eller formue skal fastsettes som om interessefellesskapet ikke hadde foreligget, jfr. sktl. § 13-1 (3). Det fremgår av forarbeidene at dette nedfeller armlengdeprinsippet i norsk rett.¹⁴⁶

Armlengdeprinsippet er også nedfelt i Mønsteravtalen artikkel 9. Her kommer det klarere til uttrykk hva prinsippet går ut på:

“Where an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State ... and ... conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.”

Kort sagt fremgår det at dersom et interessefellesskap mellom to selskaper har resultert i en ordning som ikke ville funnet sted mellom uavhengige parter, skal overskuddet som selskapene ellers ville hatt, regnes med ved skattleggingen.

Som redegjort for i kapittel 2 er Retningslinjene av stor betydning ved tolkningen av både sktl. § 13-1 og Mønsteravtalen artikkel 9. Retningslinjene tar først og fremst for seg hvordan problemstillinger knyttet til internprising bør løses. I vårt tilfelle står vi imidlertid ikke overfor et prisingsspørsmål, men derimot et spørsmål om det kan foretas en strukturell endring av holdingselskapets kapitalstruktur; kan forholdet mellom gjeld og egenkapital endres? Dermed oppstår det to spørsmål; Hva er en strukturell endring? Og gir sktl. § 13-1 og artikkel 9 hjemmel for strukturelle endringer?

7.4 Hva er en strukturell endring?

Det fremgår av Retningslinjene at det innebærer strukturelle endringer dersom skattemyndighetene ser bort fra faktiske transaksjoner eller erstatter dem med andre trans-

¹⁴⁶ Ot.prp.nr.62 (2006-2007) pkt. 4.1.1.

aksjoner.¹⁴⁷ Dette kan skje helt eller delvis, og det kan være tale om endringer i både transaksjonenes innhold og deres form.¹⁴⁸

7.5 Gir § 13-1 og artikkel 9 hjemmel for strukturelle endringer?

Spørsmålet som skal drøftes i det følgende er om sktl. § 13-1 og Mønsteravtalen artikkel 9 gir hjemmel for å foreta strukturelle endringer.

Av sktl. § 13-1 (3) fremgår det at inntekten skal fastsettes “som om interessefelleskap ikke hadde foreligget”. Ordlyden er vid, og tilsier ingen begrensninger på adgangen til å foreta strukturelle endringer. Det er dessuten lagt til grunn i rettspraksis¹⁴⁹ at bestemmelsen gir hjemmel for slike endringer.

Heller ikke ordlyden i Mønsteravtalen artikkel 9 tilsier at adgangen til å foreta strukturelle endringer er begrenset.¹⁵⁰ I tillegg fremgår det av Kommentaren at bestemmelsen ikke bare er anvendelig ved vurderingen av om rentesatsen er på en armlengdes avstand, men også ved vurderingen av om det som tilsynelatende er lån, skal anses som lån eller for eksempel egenkapital.¹⁵¹ Kommentaren støtter dermed at Mønsteravtalen artikkel 9 gir hjemmel til å foreta strukturelle endringer.

Derimot er det klart uttrykt i Retningslinjene at skattemyndighetene skal foreta sin vurdering basert på de transaksjonene som faktisk har funnet sted, slik partene har strukturert dem.¹⁵² Vi vil i det følgende omtale dette utgangspunktet som as-structured-prinsippet.¹⁵³ Prinsippet tilsier at strukturelle endringer ikke kan foretas.

På grunn av Retningslinjenes store betydning ved tolkningen av både sktl. § 13-1 og Mønsteravtalen artikkel 9, legger vi til grunn at det må tas utgangspunkt i as-structured-prinsippet ved anvendelsen av bestemmelsene. Konsekvensen av dette er at det kun er prisjusteringer som kan foretas. I vårt tilfelle innebærer det som utgangspunkt at for-

¹⁴⁷ Retningslinjene pkt. 1.64.

¹⁴⁸ Bullen (2010a) s. 173.

¹⁴⁹ Bl.a. Rt. 1940 s. 598 og Rt. 2010 s. 790.

¹⁵⁰ Bullen (2010a) s. 87-95.

¹⁵¹ Kommentaren art 9 pkt. 3.

¹⁵² Retningslinjene pkt. 1.64.

¹⁵³ Som Bullen (2010a) s. 13.

holdet mellom gjeld og egenkapital ikke kan endres, men at rentefradraget kan endres dersom rentesatsen ikke er på en armlengdes avstand.

Imidlertid fremgår det av Retningslinjene at det i to tilfeller kan gjøres unntak fra dette utgangspunktet, slik at strukturelle endringer likevel kan gjennomføres.¹⁵⁴ Det første unntaket gjelder tilfeller der den økonomiske substansen på transaksjonen ikke samsvarer med formen.¹⁵⁵ Her nevnes omklassifisering av gjeld til egenkapital som et eksempel på et slikt tilfelle.¹⁵⁶ Det andre unntaket gjelder tilfeller der transaksjonens form og substans samsvarer, men hvor den strukturen som er valgt, avviker fra det uavhengige parter ville valgt dersom de handler på en måte som er kommersiell rasjonell.¹⁵⁷ I det følgende vil vi omtale det første unntaket som unntaket for økonomisk substans, og det andre som rasjonalitetsunntaket.

Bullen er av den oppfatning at unntaket for økonomisk substans kan anvendes til å omklassifisere gjeld til egenkapital når gjelden overstiger selskapets lånekapasitet.¹⁵⁸ Videre gir han uttrykk for at rasjonalitetsunntaket kan tenkes anvendt når gjelden overstiger selskapets lånevillighet, slik at omklassifisering også kan foretas i dette tilfellet.¹⁵⁹ Dette vil vi redegjøre nærmere for i kapittel 10 og 0.

7.6 Relevansen av Retningslinjene kapittel IX

I 2010 ble Retningslinjene tilføyd et nytt kapittel IX: “Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings”.¹⁶⁰ Spørsmålet som oppstår er om dette kapitlet har betydning for anvendelsen av armlengdeprinsippet i vårt tilfelle. Av Retningslinjene pkt. 9.3 fremgår det at armlengdeprinsippet og veiledningen som kapitlet gir, skal anvendes på samme måte i forhold til alle typer “business restructuring transactions” som omfattes av definisjonen som gis i pkt. 9.1.¹⁶¹ Definisjonen i pkt. 9.1 lyder slik:

¹⁵⁴ Retningslinjene pkt. 1.65.

¹⁵⁵ I.c.

¹⁵⁶ I.c.

¹⁵⁷ I.c.

¹⁵⁸ Bullen (2010a) s. 368-379.

¹⁵⁹ *ibid.* s. 418.

¹⁶⁰ Retningslinjene, forordet.

¹⁶¹ *ibid.* pkt. 9.3.

“In the context of this chapter, business restructuring is defined as the cross-border redeployment by a multinational enterprise of functions, assets and/or risks.”

Kapitlet gjelder således tilfeller der et internasjonalt konserns funksjoner, eiendeler eller risiko flyttes fra et land til et annet.

Spørsmålet er om vårt tilfelle innebærer en slik omplassering; Kan låneavtalen mellom morselskapet og holdingselskapet anses som en omplassering av funksjoner, eiendeler eller risiko?

En låneavtale er verken en funksjon eller en eiendel. Dermed er det omplassering av risiko som fremstår som det eneste aktuelle alternativet. Vi forstår “risiko” slik at det sikter til risiko for tap.

Spørsmålet blir derfor om låneavtalen innebærer at risiko for tap flyttes over fra morselskapet til holdingselskapet eller omvendt. Konsekvensen av låneavtalen er at holdingselskapet får en økt gjeldsgrad. Dette innebærer at en større del av virksomheten blir finansiert med fremmedkapital, hvilket igjen innebærer at risikoen for tap flyttes over på kreditorene, herunder morselskapet. Dermed skjer det ingen omplassering av risiko *fra* morselskapet til holdingselskapet. Derimot skjer det tilsynelatende en flytting av risiko fra holdingselskapet til morselskapet. Imidlertid ville alternativet til låneavtalen vært innskudd fra morselskapet i form av egenkapital. Ettersom egenkapital er dårligere prioritert enn lånekapital, ville derfor morselskapet i realiteten tatt en større risiko ved å yte egenkapital. Konklusjonen må derfor bli at låneavtalen heller ikke innebærer noen omplassering av risiko fra holdingselskapet *til* morselskapet.

Resultatet blir derfor at Retningslinjene kapittel IX ikke kommer direkte til anvendelse i vårt tilfelle. Vi finner imidlertid grunn til å vektlegge generelle prinsipper som kapitlet gir uttrykk for.

7.7 Vilkårene for å kunne foreta skjønnsfastsettelse

7.7.1 Innledning

I det følgende skal vi drøfte hva som skal til for at vilkårene i sktl. § 13-1 og Mønsteravtalen artikkel 9 skal være oppfylt.

7.7.2 Vilkåret om interessefellesskap

Sktl. § 13-1 oppstiller som vilkår at det må foreligge et interessefellesskap mellom partene, i vårt tilfelle mellom morselskapet og holdingselskapet. Ordlyden i sktl. § 13-1 er taus i forhold til hva som ligger i uttrykket interessefellesskap. I forarbeidene til skatteloven av 1911 § 54, som er forgjengeren til sktl. § 13-1, uttales det at interessefellesskapet må gi den ene en faktisk innflytelse over den annens disposisjoner på vesentlig samme måte som for eksempel en deltaker i et foretak.¹⁶²

Også Mønsteravtalen artikkel 9 oppstiller et vilkår om interessefellesskap. Det kreves at et selskap “participates directly or indirectly in the management, control or capital” i et annet selskap. Ordlyden tilsier at enhver deltakelse av denne art i et annet selskap er tilstrekkelig; det oppstilles således ikke et krav om at deltakelsen må være av et visst omfang.

I tilfeller der den omtvistede transaksjonen er lånet fra morselskapet til holdingselskapet, er det klart at vilkåret er oppfylt. Grunnen til dette er at vi står overfor et konsernforhold der morselskapet eier 100 % av aksjene i holdingselskapet.

Det oppstår særskilte spørsmål ved garanterte lån og ved back-to-back lån.¹⁶³ Vi velger å avgrense mot disse, ettersom vi har forutsatt at lånet ytes direkte fra morselskapet til holdingselskapet.

7.7.3 Reduksjonsvilkåret

Sktl. § 13-1 oppstiller som vilkår at selskapets inntekt må være “reduisert”. I vårt tilfelle blir problemstillingen om holdingselskapets inntekt er blitt redusert fordi rentefradragene overstiger rentefradragene som et uavhengig selskap ville hatt, av den grunn

¹⁶² Ot.prp.nr.26 (1980-1981) s. 66.

¹⁶³ Se Skaar (2006) s. 494-497.

at et uavhengig selskap ikke kunne oppnådd den samme andelen av lån som holding-selskapet har fått. Dette innebærer anvendelse av armlengdeprinsippet.

Mønsteravtalen artikkel 9 oppstiller ikke uttrykkelig et reduksjonsvilkår, men det ligger underforstått i bestemmelsen at det ikke er grunnlag for endringer med mindre et av selskapenes inntekter er redusert i forhold til inntektene som uavhengige selskaper ville hatt.

Verken ordlyden i sktl. § 13-1 eller forarbeidene gir veiledning med hensyn til hvordan anvendelsen av armlengdeprinsippet skal foretas, heller ikke Mønsteravtalen artikkel 9. Dermed fremstår Retningslinjene som det naturlige utgangspunktet for den nærmere vurderingen. Følgelig ledes vi tilbake til as-structured-prinsippet, unntaket for økonomisk substans og unntaket for kommersiell rasjonalitet. I kapittel 8 til 12 vil vi redegjøre for hva vurderingen under hvert av unntakene går ut på og hvordan denne skal foretas. Dersom resultatet av vurderingen blir at lånet ikke er på en armlengdes avstand, innebærer det at selskapets inntekt er blitt redusert i bestemmelsenes forstand.

7.7.4 Vilåret om årsakssammenheng

Både sktl. § 13-1 og Mønsteravtalen artikkel 9 oppstiller et vilkår om årsakssammenheng. Det er imidlertid vanskelig å skille vilåret om årsakssammenheng fra reduksjonsvilkåret. Som Skaar m.fl. påpeker, kan vilåret “redusert” vanskelig vurderes i forhold til noe annet enn hva situasjonen ville vært mellom uavhengige parter.¹⁶⁴ Dermed ligger vilåret om årsakssammenheng innbakt i reduksjonsvilkåret.¹⁶⁵ Dette innebærer imidlertid ikke at vilåret ikke har selvstendig betydning. Et eksempel på at vilåret om årsakssammenheng ble utslagsgivende, er Telecomputingdommen.¹⁶⁶ Her ble omklassifisering av lånet til egenkapital med hjemmel i sktl. § 13-1 avvist fordi Høyesterett fant at dette vilåret ikke var oppfylt. Tapet som selskapet var blitt påført, skyldtes ikke valget av finansieringsform, men at satsingen på det amerikanske markedet mislyktes.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Skaar (2006) s. 501.

¹⁶⁵ I.c.

¹⁶⁶ Rt. 2010 s. 790.

¹⁶⁷ Rt. 2010 s. 790 (61).

I det følgende vil vi behandle reduksjonsvilkåret og vilkåret om årsakssammenheng samlet.

7.8 Særskilt om filialer

Det kan tenkes at holdingselskapet ikke er organisert som et eget datterselskap av morselskapet, men at morselskapet driver virksomhet gjennom filial på norsk jord (slik at “holdingselskapet” er filialen). Filialer blir behandlet etter en såkalt selvstendighetsfiksjon.¹⁶⁸ Som en del av selvstendighetsfiksjonen tillegges filialen en viss del av “fri egenkapital” etter selskapets og filialens forhold.¹⁶⁹ Dette fastsettes på en armlengdes avstand.¹⁷⁰ En benytter seg av en tynn kapitaliseringsmetode på samme måte som om det faste driftsstedet hadde vært et eget rettssubjekt.¹⁷¹ Behandlingen blir dermed lik uansett om holdingselskapet er et datterselskap eller en filial ved vurderingen av hvorvidt det kan foretas skjønnsfastsettelse etter sktl. § 13-1.

8 Samme kapitalstruktur hos uavhengige selskaper?

8.1 Innledning

Mønsteravtalen artikkel 9 tar kun sikte på å skjære gjennom overfor tilfeller som ikke ville funnet sted på en armlengdes avstand. Før en restrukturering kan foretas, må det derfor undersøkes om den samme kapitalstrukturen er å finne blant uavhengige selskaper. Dersom dette er tilfellet, mangler således ikke kapitalstrukturen økonomisk substans eller kommersiell rasjonalitet.¹⁷² Med uavhengige selskaper sikter vi til selskaper som ikke er i et kvalifiserende interessefellesskap med andre selskaper.

8.2 Forholdet til metodene i Retningslinjene

For internprisingstilfellene gir Retningslinjene anvisning på fem ulike metoder for å vurdere om priser er på en armlengdes avstand.¹⁷³ Det må imidlertid spørres om disse

¹⁶⁸ OECD PE(2010) Part 1 pkt. 8.

¹⁶⁹ *ibid.* Part 1 pkt. 28 flg.

¹⁷⁰ *ibid.* Part 1 pkt. 28.

¹⁷¹ *l.c.*

¹⁷² Bullen (2010a) s. 313, Retningslinjene pkt. 9.18, 9.35 og 9.172

¹⁷³ Retningslinjene kap. 2.

metodene er anvendelige ved tynn kapitalisering. Tynn kapitalisering er en problemstilling beslektet med internprising, men den er knapt nok kommentert i Retningslinjene. Videre har den trekk ved seg som gjør at den skiller seg fra en typisk internprisingssituasjon. Internprising handler om å finne en armlengdepris på en vare eller tjeneste som er omsatt mellom selskaper innad i et konsern. Her er det selve transaksjonen som står i fokus. Ved tynn kapitalisering er målet å avgjøre om strukturen på finansieringen av selskapet er i samsvar med hva som ville funnet sted på en armlengdes avstand. Fokus blir dermed på selskapet. Dette tilsier at internprisingsmetodene ikke er anvendelige. Dette har også støtte i teorien.¹⁷⁴

8.3 Sammenligning med kapitalstrukturer hos uavhengige selskaper

8.3.1 Utgangspunktene

Ettersom metodene i Retningslinjene ikke er anvendelige, blir oppgaven i det følgende å finne en metode som er egnet til å identifisere sammenlignbare kapitalstrukturer hos uavhengige selskaper.

Av Retningslinjene fremgår det at anvendelsen av armlengdeprinsippet normalt er basert på en sammenligning mellom forhold ved en kontrollert transaksjon og forhold ved en transaksjon mellom uavhengige parter.¹⁷⁵ Dersom dette utgangspunktet overføres til vårt tilfelle, kan en aktuell metode være å sammenligne det kontrollerte selskapets kapitalstruktur med kapitalstrukturen til uavhengige selskaper. Dersom det ikke er avvik mellom disse, tilsier det at det kontrollerte selskapets kapitalstruktur er på en armlengdes avstand.

For at resultatet skal bli pålitelig, må imidlertid selskapene være sammenlignbare, sett hen til hva som er økonomisk relevant å ta hensyn til.¹⁷⁶ For at to selskaper kan sies å være sammenlignbare, kan det ikke foreligge forskjeller mellom disse som kan påvirke

¹⁷⁴ Bullen (2010a) s. 313 og Zimmer (2009b) s. 157.

¹⁷⁵ Retningslinjene pkt. 1.33.

¹⁷⁶ I.c.

resultatet, og som det ikke kan justeres for.¹⁷⁷ Skjønt, Retningslinjene erkjenner at sammenligningsmaterialet ikke alltid er perfekt.¹⁷⁸

For å fastslå om to situasjoner er sammenlignbare, må derfor egenskaper ved både transaksjonen og ved selskapene undersøkes.¹⁷⁹ Det må foretas en analyse av subjektene sammenlignbarhet, med andre ord en sammenlignbarhetsanalyse. Ved klassisk internprising innebærer det en sammenlignbarhetsanalyse av både sammenligningssubjekter på debitorsiden og kreditorsiden, og en sammenlignbarhetsanalyse av sammenligningstransaksjoner. Retningslinjene redegjør for fem faktorer som kan være viktige ved denne analysen: egenskaper ved eiendelene og tjenestene som overføres, funksjonsfordelingen mellom partene, kontraktsvilkårene, partenes økonomiske situasjon, og partenes forretningsstrategier.¹⁸⁰ Vi er av den oppfatning at ikke alle disse faktorene passer like godt ved vurderingen av hvorvidt selskapet er tynt kapitalisert. Derfor vil vi ikke knytte den nærmere drøftelsen opp etter Retningslinjenes systematikk.

I vårt tilfelle er det ikke lånetransaksjonen som er gjenstand for undersøkelse, men selskapets kapitalstruktur – forholdet mellom egenkapital og gjeld. Det er selve investeringen som skal kontrolleres.¹⁸¹ Selskapets andel av egenkapital og gjeld må sammenlignes med hvordan dette forholdet er hos sammenlignbare selskaper som er finansiert med såkalt ukontrollert gjeld.¹⁸² Med dette menes at de sammenlignbare selskapenes låneavtaler ikke kan være inngått med parter som selskapene står i et interessefellesskap med. Grunnen til dette er at det ikke er noen garantier for at de sammenlignbare selskapene, dersom de er finansiert med internlån, ikke er påvirket av interessefellesskapet på en måte som gjør at heller ikke de er finansiert på en arm-lengdes avstand.

¹⁷⁷ Retningslinjene pkt. 1.33.

¹⁷⁸ Retningslinjene pkt. 3.38.

¹⁷⁹ Retningslinjene pkt. 1.36.

¹⁸⁰ Retningslinjene pkt. 1.36.

¹⁸¹ Bullen (2010a) s. 372.

¹⁸² I.c.

8.3.2 Hvilke selskaper kan holdingselskapet sammenlignes med?

8.3.2.1 Innledning

Som påpekt i punkt 8.3.1, må det foretas en sammenlignbarhetsanalyse, slik at det justeres for forskjeller som kan påvirke resultatet. For eksempel må det tas hensyn til dersom et selskap som skal sammenlignes med holdingselskapet har lavere kontantstrømmer. Begrunnelsen er at en slik forskjell kan påvirke et selskaps lånekapasitet, og dermed forholdet mellom egenkapital og gjeld. Det er imidlertid understreket i Retningslinjene at slike justeringer kun skal foretas dersom de kan øke påliteligheten av resultatet når selskapene senere sammenlignes.¹⁸³ I det følgende vil vi drøfte ulike forhold som bør tas i betraktning ved sammenlignbarhetsanalysen.

8.3.2.2 Konserntilknytning

Ettersom holdingselskapet er et datterselskap, bør det sammenlignes med andre datterselskaper for at ikke forskjeller skal påvirke resultatet. Det kan derfor ikke ses bort fra holdingselskapets konserntilknytning.

I Retningslinjene er det imidlertid fremhevet at det må skilles mellom en passiv og aktiv konserntilknytning.¹⁸⁴ Det kan for eksempel aksepteres at et selskap får en høyere kredittvurdering på grunn av en passiv tilknytning til et konsernselskap enn et selskap uten slik konserntilknytning ville fått.¹⁸⁵ Derimot kan det normalt ikke aksepteres at selskapet får en høyere kredittvurdering fordi konsernselskaper har stilt garantier, eller fordi selskapet drar fordel av en aktiv markedsføring utført av de øvrige konsernselskapene.¹⁸⁶ Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.¹⁸⁷

8.3.2.3 Selskapets økonomiske situasjon

Hvilken økonomisk situasjon et selskap er i, vil naturligvis påvirke lånekapasiteten og dermed forholdet mellom egenkapital og gjeld. Dermed blir det viktig i vårt tilfelle å sammenligne holdingselskapet med andre selskaper som er i tilsvarende økonomiske situasjon.

¹⁸³ Retningslinjene pkt. 3.50, 3.51 og 3.53.

¹⁸⁴ Retningslinjene pkt. 7.13.

¹⁸⁵ I.c.

¹⁸⁶ I.c.

¹⁸⁷ I.c.

En rekke faktorer er relevante ved vurderingen av et selskaps økonomiske situasjon. Disse samsvarer etter vår oppfatning med hvilke momenter som er relevante ved en kredittanalyse. Vi nøyer oss derfor med å vise til redegjørelsen for kredittanalyse i punkt 10.3.

8.3.2.4 Forretningsstrategien

Ved lånefinansierte oppkjøp vil forretningsstrategien være et moment ved vurderingen av sammenlignbarhet.¹⁸⁸ Holdingselskapets forretningsstrategi er å kjøpe opp et målselskap, effektivisere dette, for deretter å selge det til en høyere pris.¹⁸⁹ Dette er en offensiv forretningsstrategi, som kan gi et betydelig overskudd. Det er derfor ikke gitt at selskapet kan sammenlignes med selskaper som er mer passive og ikke har samme fokus på effektivisering. For eksempel er det sannsynlig at viljen til å foreta nedbemanning er større ved lånefinansierte oppkjøp enn i en typisk hjørnesteinsbedrift.

8.3.3 Bruk av gjennomsnittstall ved sammenligningen

Det kan tenkes at sammenlignbarhetsanalysen viser at det ikke finnes noen selskaper som er direkte sammenlignbare med holdingselskapet, og at forskjellene er så store at det heller ikke er mulig å foreta tilstrekkelige justeringer for disse. I en slik situasjon kan bruk av gjennomsnittstall fremstå som en løsning. Problemstillingen er om dette er en egnet fremgangsmåte ved anvendelsen av armlengdeprinsippet. Kan denne metoden fastslå om holdingselskapets kapitalstruktur er på en armlengdes avstand?

Flere av artiklene som er omhandlet i kapittel 4, opererer med gjennomsnittstall på hva som er det vanligste gjeldsnivået ved lånefinansierte oppkjøp.¹⁹⁰

Axelson m.fl.¹⁹¹ har som nevnt kommet frem til at gjeldsgraden ved oppkjøpene følger lånemarkedet. Andelen av lånefinansiering blir høy når tilgangen på billig lån er stor, mens den blir lavere når lånefinansiering er dyrt.¹⁹² På lånemarkedet er det svingninger med hensyn til tilgangen på lånekapital. Gjennomsnittstall som er beregnet på grunnlag av oppkjøp som er utført i en periode med slike svingninger, kan dermed bli mis-

¹⁸⁸ Retningslinjene pkt. 1.59 flg.

¹⁸⁹ ECB (2007) s. 10.

¹⁹⁰ Thoresen (2004) og Axelson (2010) s. 16.

¹⁹¹ Axelson (2010) s. 32.

¹⁹² *ibid.* s. 24 og 32.

visende, og vil si lite om hva som for det enkelte selskapet utgjør en lånekapasitet på armlengdes avstand. Dessuten kan det være store ulikheter mellom bransjer. For eksempel kan det tenkes at et selskap kunne oppnådd lånefinansiering på 85 % ved avtaler med uavhengige aktører i tiden før finanskrisen da slik finansiering var på sitt billigste, mens det samme selskapet bare ville oppnådd 60 % etter finanskrisen. Å operere med gjennomsnittstall på for eksempel 75 % blir dermed misvisende i begge tilfeller. Dette tilsier at anvendelse av gjennomsnittstall er i strid med armlengdeprinsippet. Skjønt, retts tekniske hensyn taler for slik anvendelse.

Innvendingen mot bruk av gjennomsnittstall kan også rettes på generell basis. La oss si at i en gitt periode er finansinstitusjoner villige til å yte lån slik at lånefinansieringen ved oppkjøp ligger på 75 %. I den samme perioden kan det tenkes at det er forhold ved selskap A som gjør at finansinstitusjonene ikke ønsker å yte dette et lån på mer enn 60 % av prisen på målselskapet. Samtidig kan det tenkes at de samme finansinstitusjonene ønsker å yte et lån til selskap B på 80 % av prisen på målselskapet. I så fall angir ikke gjennomsnittstallet 75 % en riktig lånekapasitet verken for selskap A eller for selskap B.

Andresen og Nyberg har kritisert skattemyndighetene for å sammenligne børsnoterte og ikke-børsnoterte selskaper av flere ulike grunner.¹⁹³ Vi er enig i dette, særlig sett hen til rapporten skrevet av Axelson m.fl., der det konkluderes med at det ikke er noen sammenheng mellom finansieringen av børsnoterte selskaper og selskaper som ikke er børsnoterte.¹⁹⁴

Konsekvensen av innvendingene bør bli at et selskaps lånekapasitet ikke kan vurderes på bakgrunn av gjennomsnittstall. Hvert enkelt selskaps lånekapasitet bør derimot vurderes konkret. Gjennomsnittstall beregnet i en periode der svingningene i markedet ikke er store, kan gi en indikasjon på hvor stor tilgangen på lån generelt er. Tallene kan dermed gi et utgangspunkt for den nærmere vurderingen. Imidlertid er det flere faktorer som bør tas i betraktning, ettersom et selskaps lånekapasitet ikke alene avhenger av finansinstitusjonenes generelle vilje til å låne ut penger.

¹⁹³ Andresen (2010) s. 61.

¹⁹⁴ Axelson (2010) s. 32.

Rt. 1939 s. 699 *Bækken* støtter dette synspunktet. Saken gjaldt ligningen av en manufakturforretning, Bækken & Co, som stod i et nært forhold til fire grossistfirmaer. Problemstillingen var om det ved ligningen av Bækken & Co kunne foretas skjønnsfastsettelse med hjemmel i landskatteloven § 54. Ligningsmyndighetene hadde i denne forbindelse blant annet lagt vesentlig vekt på at bruttofortjenesten til Bækken & Co lå lavere enn bruttofortjenesten til andre forretninger i samme bransje. Dommen viser at Høyesterett ikke legger vekt på slike gjennomsnittsberegninger, men derimot foretar en konkret vurdering.

Det samme viser Rt. 2001 s. 1265 *Agip*. Som ledd i skjønnsfastsettelsen hadde ligningsmyndighetene beregnet en gjennomsnittlig premierate for forskjellige typer av installasjoner på Ekofiskfeltet. Det var imidlertid tatt hensyn til at Agip hadde krav på en andel i en samordningsrabatt som konsernet oppnådde ved at også andre konsernselskaper plasserte sine forsikringer i det samme forsikringsselskapet. Det ble også tatt hensyn til at forsikringsselskapet hadde oppnådd gode resultater, og dermed hadde muligheter til å utbetale “profit comission”. At disse hensynene ble tatt, viser at ligningsmyndighetene foretok en konkret vurdering, og ikke la gjennomsnittstall ukritisk til grunn, men tok hensyn til særtrekk både ved Agip og ved det konserninterne forsikringsselskapet. Høyesterett godtok denne fremgangsmåten.

Retningslinjene 2010 tar også avstand fra bruk av gjennomsnittstall:

“Where there are differences between the situations being compared that could materially affect the comparison, comparability adjustments must be made, where possible, to improve the reliability of the comparison. Therefore, in no event can unadjusted industry average returns themselves establish arm's length conditions”.¹⁹⁵

Her gis det uttrykk for at om sammenligningen skal bli riktig, må det justeres for forskjeller mellom situasjonene som i vesentlig grad kan påvirke resultatet. Det kan ikke opereres med kriterier om at avkastningen må være i samsvar med hva som

¹⁹⁵ Retningslinjene pkt. 1.35.

gjennomsnittlig er vanlig i bransjen. Det er således en konkret vurdering som må foretas.

Bruk av gjennomsnittstall kan også være problematisk i forhold til EØS-retten. Thin cap-dommen,¹⁹⁶ som vil bli nærmere redegjort for i punkt 10.4.5, fremhever at tynn kapitaliseringsregler kun kan ramme “purely artificial arrangement[s]” (vår tilføyelse). Et selskaps kapitalstruktur kan tenkes å avvike fra gjennomsnittet i bransjen, uten å være et slikt rent kunstig arrangement.

9 Metoder for å vurdere selskapets kapitalstruktur

9.1 Innledning

At tilsvarende kapitalstruktur som holdingselskapets ikke kan identifiseres hos uavhengige selskaper, trenger ikke å bety at kapitalstrukturen ikke er på en armlengdes avstand.¹⁹⁷ Derfor må det vurderes konkret om selskapets kapitalstruktur er i samsvar med armlengdeprinsippet. I det følgende skal vi drøfte hvilke metoder som kan tenkes anvendt ved denne vurderingen.

9.2 Kredittanalyse

En metode som kan tenkes anvendt ved vurderingen av om selskapets kapitalstruktur er i samsvar med armlengdeprinsippet, er å foreta en kredittanalyse av selskapet. En uavhengig långiver vil alltid foreta en slik vurdering før vedkommende sier seg villig til å yte lån til et selskap. Dette tilsier at metoden er i samsvar med armlengdeprinsippet. Vi behandler metoden i punkt 10.3.

9.3 Sjablongmetode

Sjablongmetoden går ut på at lovgivningen oppstiller bestemte krav til et visst forhold mellom selskapers egenkapital og gjeld. Dersom selskapets kapitalstruktur avviker fra dette, kan det legges til grunn at den ikke kan aksepteres for skatteformål. Det stilles

¹⁹⁶ C-524/04.

¹⁹⁷ Retningslinjene pkt. 1.11, 9.19, 9.36, 9.52, 9.138.

ikke krav til at kapitalstrukturen er uten økonomisk substans eller kommersiell rasjonalitet. Dermed fremstår det som svært tvilsomt om denne metoden er i samsvar med armlengdeprinsippet. Vi behandler metoden nærmere i punkt 10.4.

9.4 Konkrete krav til transaksjonens struktur

Bullen beskriver to metoder som baserer seg på konkrete krav til transaksjonens struktur for at den skal bli akseptert.¹⁹⁸ Den første stiller absolutte krav, slik at resultatet av avvik blir restrukturering, uavhengig av om transaksjonen mangler økonomisk substans eller kommersiell rasjonalitet.¹⁹⁹ Den andre metoden stiller samme type krav, men gir imidlertid rom for at skattyter kan føre bevis for at transaksjonen likevel er på en armlengdes avstand.²⁰⁰

Ved tynn kapitalisering kan vi ikke se at disse metodene skiller seg spesielt fra sjablongmetoden som ble beskrevet i punkt 9.3, ettersom det vil være naturlig å fokusere på selskapets kapitalstruktur, og dermed først og fremst stille krav til forholdet mellom egenkapital eller gjeld, hvilket er det samme som sjablongmetoden gjør.²⁰¹

9.5 Realistiske tilgjengelige alternativer

En ytterligere metode som kan tenkes anvendt, er en metode basert på en vurdering av om selskapet hadde realistiske tilgjengelige alternativer til den kontrollerte transaksjonen.²⁰² Dersom dette var tilfellet, og ett av alternativene fremstod som klart mer attraktivt, tilsier det at den kontrollerte transaksjonen ikke var på en armlengdes avstand. Grunnen til det er at en uavhengig part bare vil foreta en transaksjon dersom ingen alternativer fremstår som klart mer attraktive.²⁰³

Å avgjøre om det forelå realistiske tilgjengelige alternativer for selskapet, fordrer en konkret vurdering. Dette tilsier at metoden er egnet til å avgjøre om selskapets kapitalstruktur er på en armlengdes avstand. Vi vil komme tilbake til denne metoden i kapittel 0 om rasjonalitetsunntaket.

¹⁹⁸ Bullen (2010a) s. 175-176.

¹⁹⁹ *ibid.* s. 175.

²⁰⁰ *l.c.*

²⁰¹ Se også Bullen (2010a) s. 176.

²⁰² Bullen (2010a) s. 176.

²⁰³ Retningslinjene pkt. 1.34.

10 Unntak for økonomisk substans

10.1 Innledning

I det følgende skal vi drøfte om unntaket for økonomisk substans gir hjemmel til å omklassifisere deler av holdingselskapets gjeld til egenkapital.

Som nevnt i punkt 7.5 gjelder unntaket i tilfeller hvor den økonomiske substansen til en transaksjon avviker fra dens form.²⁰⁴ Det fremgår av Retningslinjene at skattemyndighetene i disse tilfellene kan se bort fra partenes klassifisering av transaksjonen, og omklassifisere den slik at formen blir i overensstemmelse med innholdet.²⁰⁵ Et eksempel på dette er investeringer i et nærstående selskap i form av rentebærende lån, når de økonomiske omstendighetene i debitorselskapet er av en slik karakter at investeringen ikke ville vært foretatt på den måten på en armlengdes avstand.²⁰⁶ I et slikt tilfelle er det berettiget å omklassifisere kapitalinnskuddet i samsvar med dets økonomiske substans, hvilket kan medføre omklassifisering fra lån til egenkapital.²⁰⁷

Unntaket for økonomisk substans er blitt forstått dit hen at problemstillingen blir om selskapet hadde lånekapasitet.²⁰⁸ Med lånekapasitet menes selskapets finansielle evne til å ta opp og betjene rentebærende lån.²⁰⁹ Dersom slik lånekapasitet ikke forelå, er ikke lånet på en armlengdes avstand.

I det følgende vil vi redegjøre for det nærmere innholdet i vurderingen av selskapets lånekapasitet.

10.2 Maksimal eller optimal opplåning?

I teorien er det blitt drøftet om det både bør og skal sondres mellom maksimal og optimal opplåning ved vurderingen av armlengdes kapitalstruktur.²¹⁰ Skaar m.fl. formulerer problemstillingen slik:

²⁰⁴ Retningslinjene pkt. 1.65.

²⁰⁵ I.c.

²⁰⁶ I.c.

²⁰⁷ I.c.

²⁰⁸ Bullen (2010a) s. 369.

²⁰⁹ Rt. 2007 s. 1025 (7).

²¹⁰ Skaar (2006) s. 513, Pedersen (2010) s. 68-69.

“Skal ligningen baseres på at debitor har utnyttet sin lånekapasitet maksimalt eller på at lånekapasiteten er utnyttet på en forretningsmessig optimal måte?”²¹¹

Skaar m.fl. mener at det fort blir for teoretisk å foreta dette skillet, fordi det forutsetter at det er mulig å forholdsvis nøyaktig konstatere hva som er optimal opplåning for skattyteren.²¹² Derimot mener Pedersen og Arvnes, slik vi tolker dem, at private equity-aktører oppnår en forretningsmessig rimelig og naturlig finansiering av virksomheten når de lånefinansierte oppkjøpene blir finansiert på en optimal måte.²¹³ Dette innebærer at hva som er forretningsmessig rimelig og naturlig blir styrende for selskapets lånekapasitet.

Sondringen har sin bakgrunn i Rt. 1940 s. 598 *Fornebo*. Saken gjaldt et aksjeselskap, Fornebo AS, som ble nektet fradrag for gjeld ved ligningen. Saksforholdet var at tre kreditorer med pant i debtors eiendom Fornebo, inngikk avtale med debitor om at de skulle kjøpe deler av eiendommen. I store deler skulle denne overtas mot at debtors pantegjeld ble cesjonert til Fornebo AS, et selskap som ble opprettet av kreditorene i forbindelse med avtaleinngåelsen. Fornebo AS skulle også overta eiendommen. Etter overtakelsen skyldte således selskapet sine egne aksjonærer det resterende av pantegjelden.

Ved ligningen av Fornebo AS, nektet Bærum kommune fradrag for pantegjelden. Kommunen var av den oppfatning at hele selskapets gjeld måtte behandles som innskutt kapital på linje med den nominelle aksjekapitalen. Begrunnelsen var at selskapet ble ansett som for svakt kapitalisert.

Om vilkårene for å anvende landskatteloven § 54 (1) uttalte førstvoterende at Høyesterett har fastslått at det ikke er nok at det foreligger et interessefelleskap, men at

²¹¹ Skaar (2006) s. 513.

²¹² *ibid.* s. 514.

²¹³ Pedersen (2010) s. 68-69.

“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, men bare kan forklares ved interessefellesskapet, og som har medført en forrykning av skattefundamentene.”

Denne uttalelsen er gjentatt i høyesterettspraksis en rekke ganger, enten direkte eller indirekte.²¹⁴ Vi tolker kriteriet om at ordningen må være forretningsmessig rimelig og naturlig slik at det er rettet mot debitor. Konsekvensen er at en objektiv vurdering av hva som er rimelig og naturlig for debitor, blir styrende for debtors lånekapasitet.

I punkt 10.1 konstaterte vi imidlertid at lånekapasitetsvurderingen er en vurdering av selskapets finansielle evne til å ta opp og betjene lån. For kreditor er det avgjørende om låntakeren er i stand til å tilbakebetale både hovedstolen og renter. Så lenge dette er tilfellet, har det ingen betydning for kreditor om debitor kunne oppnådd et bedre resultat med en annerledes finansiering. Vi mener derfor at det ikke er i overensstemmelse med Retningslinjene å oppstille et kriterium under unntaket for økonomisk substans om at debtors opplåning må være forretningsmessig rimelig og optimal for å kunne aksepteres å være innenfor lånekapasiteten. Derimot hører kriteriet mer naturlig hjemme ved drøftelsen av rasjonalitetsunntaket. Dette vil vi komme tilbake til i kapittel 0.

10.3 Kredittanalyse

10.3.1 Innledning

I det følgende vil vi redegjøre for hvordan en kredittanalyse kan benyttes for å vurdere om selskapet hadde lånekapasitet. Ved en kredittanalyse foretas den samme økonomiske analysen av selskapet som en uavhengig långiver ville foretatt. En kredittvurdering er en utfordrende og krevende oppgave. I tillegg til en analyse av økonomiske nøkkeltall, må det foretas en forretningsstrategisk vurdering.²¹⁵ Det må legges til grunn at långiver i dette tilfellet har meget god kjennskap til debitor, for en må sammenligne med den kunnskapen som morselskapet besitter om datterselskapet og bransjen.

²¹⁴ Rt. 1992 s. 1588, Rt. 2001 s. 1265, Rt. 2003 s. 536, Rt. 2006 s. 1573, Rt. 2007 s. 1025, Rt. 2010 s. 790.

²¹⁵ Andresen (2011) s. 73.

For en långiver vil det sentrale være hvorvidt målselskapet har mulighet til å betjene gjelden. Sentrale forhold som vil analyseres er likvideringsverdien av sikkerhetene, om kontantstrømmene er tilstrekkelige til å betjene gjelden og om det er troverdighet i de finansielle budsjettene.²¹⁶ I tillegg står det sentralt å vurdere den generelle inntjenings- evnen og bransjens attraktivitet og fremtidsutsikter.²¹⁷ Også størrelsen på annen gjeld og dennes prioritet må vurderes.²¹⁸

I den videre fremstillingen vil det redegjøres mer konkret for de ulike faktorene som påvirker kredittvurderingen.

10.3.2 Målselskapets eiendeler

Det er klart at eiendelene til selskapet er viktige ved kredittanalysen. Begrunnelsen for dette er at långiver kan ta pant i selskapets eiendeler, eventuelt begjære utlegg ved mislighold av lånet. Hvis selskapet går konkurs, vil kreditor få en forholdsmessig del av boets eiendeler i form av dividende. Grunnet selskapets verdiers betydning vil långiver vurdere eiendelene til selskapet. Her er antagelser om eiendelenes økonomiske verdi av betydning, samt hvor lang levetid det kan antas at de har. For eksempel vil det være en åpenbar forskjell på eiendelens sårbarhet for tidsslitasje ved elektronikk og bygårder. For andre typer verdier, som eksempelvis patent, vil långiver vurdere hvor sterkt patentet står, og hvor lenge det vil stå seg. Av betydning her er patentloven § 40 som fremholder at et meddelt patent kan opprettholdes i inntil 20 år fra den dag patent- søknaden ble inngitt.

10.3.3 Utsikter for målselskapet

Med utsikter for målselskapet siktes det her til to ulike vurderinger: bransjen generelt og selskapet spesielt. Hvis det er en bransje som er stabil, og inntektsstrømmene har vært jevnt gode i mange år, indikerer dette en høyere kredittkapasitet.

Långiver vil også foreta en konkret vurdering av selskapet. I vårt tilfelle vil det være nærliggende å legge vekt på at det er et private equity-firma som står bak oppkjøpet av

²¹⁶ Reiten (2001).

²¹⁷ I.c.

²¹⁸ I.c.

målselskapet. Dette har som sin ekspertise å vurdere hvilke selskaper som har potensial til å utvikle seg, og å påvirke denne utviklingen.

10.3.4 Selskapets inntekter

Ved vurderingen av selskapets kontantstrømmer vil en se hen til hvor stabile de er, samt deres sårbarhet. Hvis et selskap har hatt jevnt gode kontantstrømmer i lengre tid, taler mye for at disse vil opprettholdes. Ved vurderingen av hvor sikre selskapets kontantstrømmer er, vil det være hensiktsmessig å vurdere selskapets kontrakter med de samarbeidspartnerne som bidrar til kontantstrømmene. Er dette solide kontrakter med en lang løpeperiode, vil selskapets lånepotensial være større enn hvis det ikke foreligger noen kontrakter og kontantstrømmene kun består av kunders tilfeldige kontakt. Imidlertid er dette kun momenter i en vurdering. Selv om Ikea ikke har sikret sine kontantstrømmer fra sine kunder med langsiktige kontrakter, er det usannsynlig at de vil miste alle sine kunder. Dette peker hen mot et annet moment, nemlig selskapets posisjon i markedet.

10.3.5 Målselskapets annen gjeld

Hvis målselskapet allerede har en høy gjeldsgrad hvor alle eiendelene er pantsatt, er det klart at dette taler mot at en uavhengig långiver vil yte ytterligere usikret lån. Begrunnelsen her er at dette medfører en risiko som en uavhengig långiver neppe vil utsette seg for.

10.3.6 Betydning av eierskap

Hvem som eier målselskapet vil ofte være av betydning for en långiver. Hvis det eksempelvis er staten som eier målselskapet, vil dette sannsynligvis medføre at selskapet har større låneevne. Dette gjelder også for store konserner hvor morselskapet ofte vil redde et datterselskap, fordi det vil gi dårlig rykte i markedet om konsernet lot det gå konkurs, selv om det ikke var rettslig forpliktet til å redde selskapet. Her må det imidlertid skilles mellom aktiv og passiv konserntilknytning, se punkt 8.3.2.2.

10.3.7 Selskapets betjeningsevne

I tillegg til kontantstrømmene, vil selvfølgelig selskapets utgifter være av sentral betydning. Et særlig eksempel på utgifter er renteutgiftene knyttet til selskapets gjeld.

Hvis selskapet er finansiert med fremmedkapital med en høy rentesats, medfører dette at den samlede hovedstolen som selskapet får lånt er mindre.

10.3.8 Realisasjonsgevinsten på målselskapet

Et moment som kan tenkes å tillegges vekt, er den potensielle realisasjonsgevinsten på målselskapet. Mange av låneavtalene går ut på at lånet ikke forfaller før et visst antall år. Dersom dette tidspunktet er sammenfallende med tidspunktet for salget av målselskapet, kan den potensielle verdistigningen påvirke kredittvurderingen.

10.4 Sjablongmetode

10.4.1 Innledning

Et alternativ til de konkrete vurderingene som armlengdeprinsippet fordrer, er mer standardiserte sjablongregler. Med sjablongmetode sikter vi her til regler som oppstiller et bestemt krav til egenkapitalandelen, eksempelvis et egenkapitalkrav på 20 %. Hvis skattyter holder seg innenfor dette, vil ikke skattemyndighetene gripe inn.²¹⁹ Sjablongmetoden innebærer således en “safe harbour”. Slike sjablongregler ivaretar forutberegnelighetshensynet for skattyter, men metoden er problematisk fordi den ikke ivaretar de konkrete forskjellene mellom ulike skattytere.

Det er viktig å merke seg at sjablongmetoden ikke er egnet til å vurdere et konkret selskaps lånekapasitet. Grunnen til det er at så lenge selskapets gjeldsgrad ikke overstiger den fastsatte grensen, anses dermed selskapets kapitalstruktur å være på en armlengdes avstand. Dette gjelder selv om en uavhengig långiver i virkeligheten ville ansett selskapets lånekapasitet som overskredet.

I norsk rett har vi ingen generell lovfestet sjablongregel som regulerer tynn kapitalisering. Hvorvidt praksis har medført at det foreligger en ulovfestet sjablongregel vil bli drøftet i punkt 10.4.4.

10.4.2 Petroleumsskatteloven

Inntil 1. jan 2007 hadde man i petrsktl. § 3 bokstav h en sjablongbestemmelse med et 20 % egenkapitalkrav. Hvis selskapet ikke oppfylte egenkapitalkravet, medførte dette

²¹⁹ Bundegaard (2001) s. 89.

en forholdsmessig reduksjon av rentefradraget. Endringen av bestemmelsen ble begrunnet med de utilsiktede skattevirkningene som fulgte av nettofinansposter som oppsto fordi skattereglene tok utgangspunkt i selskapenes regnskapsmessige balanse.²²⁰ Det skal bemerkes at sjablongregelen ikke er fjernet, men i stedet endret slik at det fortsatt gjelder en sjablongregel,²²¹ men utregningen er noe mer kompleks.

10.4.3 Andre former for sjablongmessige regler

Ved vurderingen av hvorvidt det bør opereres med sjablongmessige regler, kan det være nyttig å se hen til reglene i andre land.

Tyskland har nå regler som begrenser fradragretten på renter til 30 % av selskapets EBITDA (earnings before interests, taxes, depreciations and amortizations).²²² Fra dette utgangspunktet gjelder det visse unntak. Dette er altså ikke regler som stiller krav til egenkapitalgrad i den forstand, men i stedet ser hen mot selskapets kontantstrøm ved vurderingen av rentefradraget.

Kina har valgt regler som oppstiller krav til egenkapitalandelen for rentefradrag.²²³ Her er det imidlertid gjort unntak for tilfeller hvor skattyter kan bevise at transaksjonene er foretatt på en armlengdes avstand.²²⁴ Et slikt unntak ville ha vært aktuelt også i Norge, da et betydelig antall skatteavtaler allerede fastslår armlengdeprinsippet på grenseoverskridende transaksjoner. Det ville gi best symmetri i skattesystemet om unntaket også gjaldt på rent innenlandske transaksjoner. Noe annet kunne kanskje stille seg problematisk i forhold til ikke-diskrimineringsbestemmelsen i OECD artikkel 24.

Det skal bemerkes at de fleste land ikke har stort fokus på tynn kapitalisering mellom to selskaper som begge er hjemmehørende i samme stat, fordi en endring ikke har betydning for skatteprovenyet. Norge har et særskatteregime på sokkelen med 78 % beskatning, som medfører at problemstillingen har provenymessig betydning også internt.

²²⁰ Innst.O.nr 10 (2006-2007) 9.1.3.1.

²²¹ Andresen (2010) s. 58.

²²² *ibid* s. 62.

²²³ *l.c.*

²²⁴ *l.c.*

10.4.4 Har vi en gjeldende tommelfingerregel i Norge basert på en analogi av tidligere petroleumsskatteloven § 3 bokstav h?

I dette avsnittet tar vi opp hvorvidt det er grunnlag for å hevde at regelen til tidligere petrsktl. § 3 h om 20 % egenkapital gir grunnlag for en analogi utenfor petroleumsskattelovens anvendelsesområde, altså på generelt grunnlag. Dette blir således et spørsmål om hvorvidt det finnes en gjeldsgrad som medfører at en er på trygg grunn, og derfor fungerer som en safe harbour-regel.

Andresen og Nyberg har fremhevet at egenkapitalkravet på 20 % har fungert som en uformell trygg havn hva angår tynn kapitalisering.²²⁵ I denne forbindelse oppstår det to problemstillinger. For det første hvorvidt det faktisk har foreligget en slik praksis, og for det andre hvilken betydning en slik praksis eventuelt har.

Vedrørende det første spørsmålet har vi ikke funnet publisert ligningspraksis som taler for en slik tommelfingerregel. Selv om vi ikke har funnet publisert materiale, kan det antas at skattemyndighetene har akseptert skattyters tilpasning til tommelfingerreglen med tanke på at saker om tynn kapitalisering har vært lite fremme i rettsapparatet.

Når det gjelder spørsmålet om hvilken vekt en slik eventuell ligningspraksis har, fremgår det av Rt. 1998 s. 811 at praksisen må skyldes en bevisst vurdering fra ligningsmyndighetenes side for å bli tillagt vekt.²²⁶ I denne saken ville en anvendelse av ligningspraksisen vært til skattyters gunst. Ettersom vi ikke har funnet ligningspraksis som viser at en slik bevisst vurdering er foretatt, kan vi ikke se at det er noe rettslig grunnlag for å foreta en analogisk anvendelse av petrsktl. § 3 h.

I teorien har det vært drøftet hvem som bør bære risikoen for hvorvidt tommelfingerregelen er rettslig holdbar. Skal det være skattemyndighetene som har kjent til problemstillingen i 100 år, eller den enkelte skattyter som skal være prisgitt det enkelte skattekontors retrospektive og skjønnsmessige vurderinger?²²⁷ Andresen og Nyberg argumenterer for at i randsonen av tynn kapitaliseringsproblematikken må skatte-

²²⁵ Andresen (2010) s. 62. Synspunktet er også nevnt i Liland (2002) s. 142, IFA (2008) s. 544 og SørDAL (2011) s. 74.

²²⁶ Synspunktet er gjentatt i Rt. 2003 s. 1324 (81) og Rt. 2007 s. 1729 (54).

²²⁷ Andresen (2011) s. 72.

myndighetene vike.²²⁸ På den annen side er den alminnelige regelen at enhver har risikoen for at sin egen rettsopfatning er korrekt, i tråd med prinsippet om at rettsvillfarelse ikke fritar for egen skyld.

Det mest fremtredende argumentet for en analogi er forutberegnelighetshensynet – skattyter bør ha klare retningslinjer å forholde seg til. Videre taler det i samme retning at når lovgiver har oppstilt et 20 %-krav for en bransje preget av så stor risiko som utbygging i petroleumssektoren innebærer, så burde dette også gjelde generelt.²²⁹ At rettskildebildet er såpass uklart og skjønnsmessig kan sies å tale i denne retning.²³⁰

På den annen side taler det mot en analogi av petrsktl. § 3h at bestemmelsen ikke samsvarer med armlengdeprinsippet.

Analogi av en lovbestemmelse fordrer en legislativ begrunnelse. Her er det riktignok vektige praktiske hensyn som taler for en slik analogi, men for det tilfellet at analogien kan komme i strid med uttrykkelig lovgivning, er det etter vår oppfatning neppe grunnlag for å hevde en slik analogi.²³¹

10.4.5 Forholdet mellom en sjablongmetode og EØS-avtalen

EØS-retten setter visse skranker for utformingen av tynn kapitaliseringsregler. Her vil særlig regler som bygger på sjablongmetoden stå i fare for å være EØS-stridige. En særlig relevant avgjørelse i denne forbindelse er *Thin cap-dommen*.²³² Saken gjaldt hvorvidt de britiske tynn kapitaliseringsreglene var i strid med etableringsretten. Disse gikk ut på at renter knyttet til konserninterne lån ytt fra morselskap som ikke var hjemmehørende, ble omklassifisert til utbytte for skatteformål. Domstolen kom til at reglene innebar en begrensning av etableringsfriheten.²³³ Begrunnelsen var at forskjellig behandling av datterselskaper etter hvor morselskapet befinner seg utgjør en hindring,

²²⁸ Andresen (2011) s. 73.

²²⁹ Andresen (2010) s. 58.

²³⁰ I.c.

²³¹ Samme konklusjon i Lange (2010).

²³² C-524/04.

²³³ EF-traktaten artikkel 43.

da det blir mindre attraktivt for selskaper hjemmehørende i andre stater å gjøre bruk av etableringsfriheten.²³⁴

De britiske myndighetene hadde anført at hvis en kom til at reglene stred mot etableringsfriheten, kunne de opprettholdes på grunnlag av hensynet til skattesystemets sammenheng, og hensynet til å unngå skatteunndragelse. Hensynet til skattesystemets sammenheng siktet til symmetri mellom rentefradrag og beskatning av renteinntekter. Ved vurderingen av dette hensynet oppstilte domstolen et krav til en direkte sammenheng mellom reglene, hvilket domstolen ikke fant at det var her.²³⁵

Domstolen vurderte så hensynet til å unngå skatteunndragelse. Dette ble anerkjent som et tvingende allment hensyn, men det ble stilt krav til de reglene som skulle ivareta hensynet. Domstolen uttrykte først at det er sikker rettspraksis for at regler som rammer kunstige arrangementer som har tatt sikte på å omgå hjemstatens interne regler, ikke er EU-stridige. Videre ble det påpekt at den omstendighet at et selskap er finansiert med fremmedkapital fra et grenseoverskridende konsernselskap, i seg selv ikke er tilstrekkelig for å hevde at det er grunnlag for misbruk. Regler som bygger på armlengdeprinsippet vil imidlertid bli godtatt.²³⁶ Omklassifisering fra renter til utbytte vil derfor kun bli godtatt hvis det er i tråd med armlengdeprinsippet.²³⁷ Skattyter må også gis mulighet til å argumentere for at lånefinansieringen bygger på forretningsmessige grunner.²³⁸

²³⁴ Premiss 61.

²³⁵ Premiss 68.

²³⁶ Premiss 80.

²³⁷ Premiss 84.

²³⁸ Premiss 87.

11 Rasjonalitetsunntaket

11.1 Innledning

Rasjonalitetsunntaket er et unntak fra as-structured-prinsippet, og gjelder i tilfeller der det er samsvar mellom transaksjonens form og substans.²³⁹ Dette står i motsetning til unntaket for økonomisk substans. Konsekvensen av dette er at selv om det er foretatt en restrukturering med grunnlag i unntaket for økonomisk substans, kan rasjonalitetsunntaket gi hjemmel for ytterligere restruktureringer.

Rasjonalitetsunntaket oppstiller to vilkår. For det første må ordningen mellom holdingselskapet og morselskapet avvike fra hva uavhengige og kommersielt rasjonelt handlende selskaper ville foretatt seg.²⁴⁰ For det andre må den valgte strukturen forhindre skattemyndighetene fra å fastsette en passende armlengdepris.²⁴¹ Vi vil i det følgende betegne vilkårene som henholdsvis irrasjonalitetsvilkåret og prishindringsvilkåret.²⁴²

Unntaket kan være aktuelt å anvende hvor internlånet medfører at holdingselskapets gjeldsgrad overstiger den opplåningen som uavhengige selskaper ville ønsket. Dermed kan unntaket anvendes i tilfeller hvor holdingselskapets lånevillighet ikke er på en armlengdes avstand.²⁴³

Som redegjort for i kapittel 8 vil selskapets kapitalstruktur alltid være på en armlengdes avstand dersom det er mulig å identifisere sammenlignbare selskaper som har den samme kapitalstrukturen. Vi forutsetter i det følgende at denne undersøkelsen er foretatt, og at det ikke var mulig å finne det samme forholdet mellom egenkapital og gjeld hos sammenlignbare selskaper.

²³⁹ Retningslinjene pkt. 1.65.

²⁴⁰ I.c.

²⁴¹ I.c.

²⁴² Bullen (2011).

²⁴³ Bullen (2010a) s. 370.

11.2 Forretningsmessig rimelig og naturlig

11.2.1 Problemstillingene

Som vi var inne på i punkt 10.2 har det i norsk rettspraksis vært oppstilt et krav om at debitors opplåning må være “forretningsmessig rimelig og naturlig” for å bli akseptert som i overensstemmelse med sktl. 1911 § 54 og sktl. § 13-1.²⁴⁴ I det følgende skal vi vurdere hva som ligger i dette kriteriet. Videre skal vi drøfte om kriteriet er i samsvar med den vurderingsnormen som Retningslinjene gir anvisning på.

11.2.2 Kriteriets innhold

11.2.2.1 To ulike forståelser

Kriteriet “forretningsmessig rimelig og naturlig” har som nevnt sin bakgrunn i Fornebodommen²⁴⁵. Det inngår verken i ordlyden til sktl. § 13-1 eller til sktl. 1911 § 54. Rettspraksis er derfor den viktigste rettskilden for forståelsen av kriteriets nærmere innhold.

Kriteriet er blitt knyttet opp mot vurderingen av om det er maksimal eller optimal opplåning som skal aksepteres å være på en armlengdes avstand.²⁴⁶ Det har imidlertid vært ulike meninger om hva som er den riktige forståelsen. I en artikkel i Revisjon og Regnskap tas dommen til inntekt for at vurderingstemaet ved avgjørelsen av om et selskap er tynt kapitalisert, blir om interessefelleskapet med långiver har resultert i en finansiering av oppkjøpet som ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig, og om dette har medført en forrykning av skattefundamentene.²⁴⁷ Dette peker hen mot at det er optimal opplåning som oppfattes å være på en armlengdes avstand, derimot ikke en opplåning som overstiger denne.²⁴⁸

Bullen er imidlertid av den oppfatning at kriteriets sentrale vurderingstema er om ordningen med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkastning, i og for seg

²⁴⁴ Rt. 1936 s. 833, Rt. 1939 s. 699, Rt. 1940 s. 598, Rt. 1992 s. 1588, Rt. 2001 s. 1265, Rt. 2003 s. 536, Rt. 2006 s. 1573, Rt. 2007 s. 1025, Rt. 2010 s. 790.

²⁴⁵ Rt. 1940 s. 598.

²⁴⁶ Skaar (2006) s. 513.

²⁴⁷ Pedersen (2010) s. 69.

²⁴⁸ Se også SørDAL (2011) s. 76, som for øvrig er uenig i at det er rettslig grunnlag for en slik forståelse.

ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig, men *bare* kan forklares ved interessefelleskapet.²⁴⁹ Vi oppfatter Bullen dit hen at selv om en ordning ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig, kan den likevel aksepteres, forutsatt at den kan forklares med også andre omstendigheter enn interessefelleskapet.²⁵⁰ Dette tilsier at en maksimal opplåning kan aksepteres, selv om den ikke er optimal.

I det følgende vil vi foreta en analyse av høyesterettspraksis for å undersøke hvilken betydning kriteriet har fått.

11.2.2.2 Hva viser rettspraksis?

11.2.2.2.1 Rt. 1940 s. 598 Fornebo

Fornebodommen danner det naturlige utgangspunktet for analysen av hvilken betydning kriteriet “forretningsmessig rimelig og naturlig” tillegges i høyesterettspraksis. Ettersom saken gjaldt spørsmålet om omklassifisering av gjeld til egenkapital etter sktl. § 54, har dommen direkte overføringsverdi til vårt tilfelle. Retten kom imidlertid til at ordningen var forretningsmessig rimelig og naturlig, og dermed ble ikke spørsmålet om omklassifisering satt på spissen. Høyesterett fikk derfor ikke anledning til å drøfte holdbarheten av kriteriet. Dommen gir av den grunn få sikre holdepunkter for hva som konkret skal til for å foreta slik omklassifisering. Dette tilsier at det bør utvises forsiktighet med å legge stor vekt på dommen ved tolkningen av sktl. § 13-1.

Et forhold som derimot kan gi dommen noe større vekt, er at Høyesterett uttaler at tidligere høyesterettsavgjørelser har formulert vilkårene for skjønnsfastsettelse på den samme måten. Fornebodommen fremstår dermed som en tilslutning til tidligere rettspraksis. Det vises til Rt. 1936 s. 833 *Allers* og Rt. 1939 s. 699 *Bækken*. Heller ikke i disse dommene ble imidlertid kriteriet satt på prøve.

11.2.2.2.2 Rt. 1992 s. 1588 Loffland

Rt. 1992 s. 1588 *Loffland* er den første dommen etter Fornebodommen som ser ut til å være inne på kriteriet. Fornebodommen blir ikke uttrykkelig nevnt i dommen, og sktl.

²⁴⁹ Bullen (2010b) s. 234.

²⁵⁰ I.c.

1911 § 54 er kun anført av partene. Likevel er det nærliggende å anta at følgende uttalelse innebærer en henvisning til kriteriet som ble oppstilt i Fornebodommen:

“Når det gjelder hovedspørsmålet i saken, vil jeg først bemerke at saken ikke gjelder spørsmål om leien for riggene var fastsatt forretningsmessig forsvarlig, etter det såkalte ‘arms-length’-prinsippet. Det som hevdes fra ligningsmyndighetenes side, er at riggene i skattemessig henseende må tilordnes leietakeren.”

Høyesterett drøfter ikke armlengdeprinsippet videre, herunder hva som utgjør en forretningsmessig forsvarlig leie, idet saken avgjøres på annet grunnlag. Derfor er det vanskelig å trekke klare konklusjoner fra dommen.

11.2.2.2.3 Rt. 2001 s. 1265 Agip

Den neste høyesterettsavgjørelsen som omhandler Fornebokriteriet er Rt. 2001 s. 1265 *Agip*. Saken gjaldt oljeselskapet Agip, som var blitt nektet fradrag for forsikringspremier, jfr. sktl. § 54. Klagenemnda for oljeskatt mente at Agips nettoinntekter var redusert fordi forsikringspremiene ikke var “forretningsmessig rimelige eller naturlige”.

Vedrørende tolkningen av sktl. § 54 uttaler Høyesterett følgende:

“Jeg antar at skatteloven § 54 første ledd sammenholdt med de kortfattede uttalelser om ‘det såkalte arms length-prinsipp’ i lovforarbeidene ..., og med rettspraksis, i prinsippet er uttrykk for det samme som fremgår av OECDs retningslinjer. Det er derfor ikke tale om noen innskrenkende eller utvidende tolkning av lovbestemmelsen når OECDs retningslinjer tillegges betydning. Men retningslinjene gir et mer presist uttrykk for innholdet i skatteloven § 54 første ledd.”

Dette sitatet viser at norsk rettspraksis, herunder Fornebodommen, ikke har et videre nedslagsfelt enn Retningslinjene.

Uttalelser senere i dommen kan imidlertid tilsi at Høyesterett ikke godtar Fornebokriteriet som forankret i skatteloven § 54. Agip hadde inngått en forsikringsavtale som innebar en risikofordeling mellom Agip og forsikringsselskapet som Klagenemnda mente ikke var i samsvar med hva som er vanlig og forretningsmessig forsvarlig at selskapene bærer selv. Om dette uttalte Høyesterett:

“At det er ‘vanlig og forretningsmessig forsvarlig’ å bære en viss risiko selv, gir i seg selv heller ikke tilstrekkelig grunnlag for gjennomskjæring”.

Klagenemndas avgjørelse på dette punktet ble dermed ikke akseptert.

Dette tilsier at Fornebokriteriet ikke gir en riktig angivelse av vurderingstemaet ved anvendelsen av sktl. § 13-1. Dermed belyser ikke Fornebokriteriet spørsmålet om det er maksimal eller optimal opplåning som skal aksepteres.

11.2.2.2.4 Rt. 2003 s. 536 Storhaugen

Rt. 2003 s. 536 *Storhaugen* gjaldt ligningen av aksjeselskapet Storhaugen Invest AS. Selskapet hadde ervervet en bolig og latt eneaksjonæren og familien hans bo der vederlagsfritt. Det sentrale spørsmålet var om sktl. 1911 § 54 kunne anvendes i kombinasjon med reglene om verdsettelse ved uttaksbeskatning, slik at verdien av uttaket kunne fastsettes høyere enn markedsprisen.

Høyesterett formulerte problemstillingen slik:

“Problemstillingen blir om interessefellesskapet har ‘resultert i en ordning med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkasting, som i og for seg ikke er forretningsmessig rimelig eller naturlig, men bare kan forklares ved interessefellesskapet, og som har medført en forrykning av skattefundamentene’, jf. Rt-1940-598.”²⁵¹

Etter en konkret vurdering konkluderte Høyesterett med at kjøpet av eiendommen i kombinasjon med utleien, måtte anses som en “selskapsfremmed disposisjon”.

²⁵¹ Rt. 2003 s. 536 (48).

Vilkårene for å anvende sktl. § 54 som et supplement til verdsettelsesregelen var dermed oppfylt. Av dette kan det utledes at Høyesterett anser kriteriene “forretningsmessig rimelig eller naturlig” som en del av vurderingstemaet under sktl. § 54. Videre viser dommen at Fornebokriteriet ble brukt aktivt ved vurderingen av om vilkårene for skjønnsfastsettelse etter sktl. § 54 var oppfylt.

Dommen er imidlertid sterkt kritisert. Selv om det er tale om en enstemmig høyesterettsdom, er det ikke gitt at den bør tillegges avgjørende vekt i vårt tilfelle dersom en vurdering av dommen viser at rettens vurderinger er mangelfulle. Dessuten gjaldt dommen et rent internrettslig forhold. På den annen side gjaldt den anvendelsen av den samme regelen i skatteloven, og den gjaldt et spørsmål om strukturelle endringer, selv om Bullens analyse av dommen viser at Høyesterett ikke hadde et bevisst forhold til dette.²⁵²

Dommen er blitt kritisert for måten sktl. § 54 blir anvendt på for å fastsette en høyere leie enn markedsverdien. Zimmer kritiserer dommen først og fremst fordi Høyesterett ikke ville ta hensyn til eventuell verdistigning på eiendommen ved vurderingen av om det hadde skjedd en inntektsreduksjon, og heller ikke ved det skjønnet som skulle foretas.²⁵³ Harboe er kritisk til at Høyesterett anvender “selskapsfremmede disposisjoner” som et nytt, skatterettslig relevant kriterium.²⁵⁴ Etter hans mening, setter retten til side det alminnelige prinsippet om handlefrihet.²⁵⁵

Bullen bruker en vurderingsmodell basert på Retningslinjene for å analysere og vurdere dommen.²⁵⁶ Denne vil vi komme tilbake til i punkt 11.3 og 11.4. Et av hans hovedbudskap er at Høyesteretts vurdering blir feilaktig når retten blander spørsmålet om strukturelle endringer og prisingsspørsmålet, ettersom en transaksjon ikke kan prises før det er tatt stilling til hvilken transaksjon som skal prises.²⁵⁷ Etter Bullens mening er det

²⁵² Bullen (2010b).

²⁵³ Zimmer (2004) s. 348-352.

²⁵⁴ Harboe (2003) s. 124.

²⁵⁵ I.c.

²⁵⁶ Bullen (2010b).

²⁵⁷ *ibid.* s. 271.

spørsmålet om det kan foretas strukturelle endringer som er det sentrale ved spørsmålet om en disposisjon er “selskapsfremmed”.²⁵⁸

Et annet hovedbudskap er at en investerings karakter av å være selskapsfremmed er lite egnet som kriterium ved avgjørelsen av om investeringen er i samsvar med armlengdeprinsippet.²⁵⁹ Bullen uttaler: “Spørsmålet er om investeringen er økonomisk god eller dårlig, ikke om den er ‘fremmed’ for selskapet”.²⁶⁰ Dette fordrer blant annet at verdistigningspotensialet må tas i betraktning, for dersom det ses bort fra dette, “vil vurderingen løsrives fra den økonomiske og kommersielle virkelighet en uavhengig investor ville stå overfor og som ville påvirke dennes investeringsbeslutning”.²⁶¹ Bullen konkluderer med at sktl. § 13-1, jfr. Retningslinjene, ikke ga grunnlag for å foreta en restrukturering, fordi eiendomsinvesteringen kunne forklares med at den økonomisk sett fremsto som mer attraktiv på investeringstidspunktet enn den alternative kapitalplasseringen.²⁶²

11.2.2.2.5 Rt. 2007 s. 1025 Statoil Angola

Rt. 2007 s. 1025 *Statoil Angola* gjaldt ligningen av Statoil ASA. Spørsmålet var om det i medhold av sktl. § 13-1 kunne fastsettes et inntektstillegg for selskapet på grunn av rentefrie lån som selskapet hadde ytt til sitt heleide datterselskap Statoil Angola. Bakgrunnen for saken var at Statoil Angola også hadde fått et lån av et søsterselskap. For dette lånet var det avtalt renter på vanlige markedsvilkår. Lånet lå innenfor Statoil Angolas lånekapasitet. Det gjorde derimot ikke lånet som ble ytt av Statoil ASA, og dette var grunnen til at lånet var rentefritt.

Ligningsmyndighetene nektet å godta denne ordningen, og fastsatte inntektstillegg for Statoil ASA med henvisning til sktl. § 13-1. Oppfatningen var at når det forelå interessefellesskap mellom de involverte partene, måtte de to långiverne likestilles i forhold til renteberegningen. Resultatet ble at lånekapasiteten for skatteformål ble fordelt forholdsmessig mellom lånene fra søsterselskapet og Statoil ASA.

²⁵⁸ Bullen (2010b) s. 271.

²⁵⁹ l.c.

²⁶⁰ l.c.

²⁶¹ *ibid.* s. 240.

²⁶² *ibid.* s. 269.

Ved drøftelsen i tilknytning til sktl. § 13-1 tar flertallet (3-2) utgangspunkt i asl. § 3-9 om at transaksjoner skal foretas på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper. Det uttales videre:

“Det at transaksjoner mellom konsernselskaper er basert på forretningsmessige vilkår og prinsipper, er også en forutsetning for at de skal legges til grunn for beskatningen. Dette fremgår av skatteloven § 13-1, som gir adgang til skjønnsmessig fastsettelse av formue eller inntekt som er blitt redusert på grunn av interessefellesskap”.²⁶³

Videre nevnes det at sktl. § 13-1 bygger på og viderefører bestemmelsen i sktl. 1911 § 54, før Fornebokriteriet deretter siteres. Det blir dessuten vist til at både Storhaugdommen og Rt. 2006 s. 1573 *Fornebuklinikken* har fulgt opp denne forståelsen. Dette kan gi inntrykk av at flertallet er av den oppfatning at vilkårene forretningsmessig rimelig og naturlig inngår i vurderingen etter sktl. § 13-1, slik at det er adgang til å foreta skjønnsfastsettelse dersom disse ikke er oppfylt. Den påfølgende uttalelsen kan imidlertid tyde på dette ikke er en riktig tolkning:

“Som hjelpemiddel for å vurdere om en konsernintern transaksjon er basert på forretningsmessige vilkår og prinsipper, er det blitt utviklet et armlengdeprinsipp”.²⁶⁴

Uttalelsen kan tyde på at flertallet ikke legger mer i kriteriene i Fornebodommen enn at transaksjonen må være basert på forretningsmessige vilkår og prinsipper, og at armlengdeprinsippet blir avgjørende for denne vurderingen. Med andre ord: så lenge ordningen ikke skiller seg fra hva uavhengige parter ville kommet til, er den basert på forretningsmessige vilkår og prinsipper, og dermed er den også rimelig og naturlig. Dette tilsier at maksimal opplåning må aksepteres selv om de sammenlignbare selskapene ikke har valgt høyere enn optimal opplåning.

²⁶³ Rt. 2007 s. 1025 (36).

²⁶⁴ Rt. 2007 s. 1025 (38).

11.2.2.2.6 Rt. 2010 s. 790 *Telecomputing*

I Rt. 2010 s. 790 *Telecomputing* hadde et norsk morselskap overført lånekapital til et heleid datterselskap i Florida. Da satsingen viste seg å være mislykket, konverterte morselskapet lånefordringen til egenkapital, og krevde deretter fradrag for tapet. Ligningsmyndighetene nektet slikt fradrag for den delen av kapitaloverføringen som oversteg datterselskapets lånekapasitet. Begrunnelsen var at denne måtte behandles som egenkapital for skatteformål.

Høyesterett kommer etter en konkret vurdering til at kapitalinnskuddet må klassifiseres som lån. Spørsmålet blir derfor om denne klassifiseringen kan endres med hjemmel i sktl. § 13-1. Innledningsvis gjøres det rede for det nærmere rettsgrunnlaget. I denne forbindelse vises det blant annet til Fornebodommen, og det bemerkes at den lovforståelsen det ble gitt uttrykk for der, er fulgt opp i senere rettspraksis, jfr. Rt. 2007 s. 1025 *Statoil Angola*.

Ved subsumsjonen uttaler Høyesterett at valget av finansieringsform hadde en selvstendig forretningsmessig begrunnelse, uten at dette utdypes i noen retning. Videre finner Høyesterett at vilkåret om årsakssammenheng ikke er oppfylt. Drøftelsen blir derfor kort, og det er vanskelig å trekke klare konklusjoner fra dommen vedrørende Høyesteretts syn på forholdet mellom sktl. § 13-1, Fornebokriteriet og armlengdeprinsippet.

11.2.2.3 Oppsummering av rettspraksis

Gjennomgangen av rettspraksis viser at bare Storhaugendommen bruker Fornebokriteriet aktivt som grunnlag for gjennomskjæring etter sktl. § 13-1. De øvrige dommene henviser til kriteriet ved en teoretisk gjennomgang av rettsgrunnlaget helt innledningsvis, slik at spørsmålet aldri blir satt på spissen. Rt. 2001 s. 1265 *Agip* kan imidlertid tolkes dit hen at det ikke er grunnlag for å oppstille som vilkår for å unngå skjønnsfastsettelse at ordningen er forretningsmessig rimelig og naturlig. Stillingen er dermed at Storhaugendommen taler for en forståelse av Fornebokriteriet som innebærer at maksimal opplåning ikke kan aksepteres når denne overstiger optimal opplåning, mens *Agip*dommen kan tilsa at Fornebokriteriet må forkastes. I tillegg tilsier Rt. 2007 s. 1025 *Statoil Angola* at maksimal opplåning kan aksepteres.

Analysen av rettspraksis viser at rettsstilstanden fremstår som noe uklar når det gjelder innholdet av kriteriet “forretningsmessig rimelig og naturlig” ved anvendelsen av sktl. § 13-1. Videre vil vi derfor redegjøre for Retningslinjenes anbefalinger med hensyn til hvordan vurderingen under rasjonalitetsunntaket skal foretas.

11.3 Irrasjonalitetsvilkåret

11.3.1 Hvilken metode skal anvendes?

Retningslinjene gir ingen konkret veiledning om hvordan vurderingen av irrasjonalitetsvilkåret skal foretas. Bullen påpeker imidlertid at Retningslinjene generelt gir veiledning om hvilken vurdering uavhengige parter foretar seg før de gjennomfører transaksjoner.²⁶⁵ Av Retningslinjene fremgår det at uavhengige parter vil sammenligne en potensiell transaksjon med andre realistiske tilgjengelige alternativer, og at de bare vil foreta transaksjonen dersom de ikke anser et alternativ som klart mer attraktivt.²⁶⁶ Vi vil i det følgende omtale dette som RTA-standarden.²⁶⁷

I kapittel IX i Retningslinjene er det redegjort for hvordan pkt. 1.64-1.69 skal anvendes i tilfeller hvor virksomheten har foretatt omstruktureringer.²⁶⁸ Om vurderingen av irrasjonalitetsvilkåret uttales det at anvendelsen av armlengdeprinsippet er basert på forestillingen om at uavhengige selskaper ikke vil foreta en transaksjon hvis de anser et annet alternativ som mer attraktivt.²⁶⁹ Videre anerkjennes anvendelse av RTA-standarden.²⁷⁰ Som vi redegjorde for i punkt 7.6 kommer kapittel IX i Retningslinjene ikke direkte til anvendelse i vårt tilfelle, men vi er av den oppfatning at metoden likevel bør anvendes. Dette kan begrunnes i hensynet til enhetlig behandling. Bullen er også av den oppfatning at RTA-standarden bør anvendes ved vurderingen av rasjonalitetsunntaket.²⁷¹

²⁶⁵ Bullen (2010a) s. 424.

²⁶⁶ Retningslinjene pkt. 1.34, 9.59-9.60.

²⁶⁷ Som Bullen (2011).

²⁶⁸ Retningslinjene pkt. 9.168-9.187.

²⁶⁹ Retningslinjene pkt. 9.175.

²⁷⁰ Retningslinjene pkt. 9.175-9.176.

²⁷¹ Bullen (2010a) s. 424-426.

11.3.2 RTA-standarden

11.3.2.1 En vurdering i to trinn

RTA-standarden går ut på at et uavhengig selskap vil foreta en vurdering av om det foreligger realistiske tilgjengelige alternativer når de står overfor valget om det skal foreta en transaksjon eller ikke. Selskapet vil ikke velge å foreta transaksjonen dersom det foreligger slike alternativer, og ett av dem fremstår som klart mer attraktivt. Det må således foretas en vurdering i to trinn.

Først må det vurderes om det foreligger realistiske tilgjengelige alternativer. I vårt tilfelle blir det en vurdering av om det var realistisk tilgjengelig for holdingselskapet å foreta egenkapitalfinansiering i stedet for lånefinansiering. Dersom egenkapitalfinansiering ikke fremstod som et realistisk tilgjengelig alternativ, er situasjonen at selskapet ikke hadde noe annet valg. Et uavhengig selskap i samme situasjon ville derfor også vært nødt til å inngå avtale om lån. Konsekvensen blir at lånevilligheten er på en armlengdes avstand, og at holdingselskapets internlån derfor må respekteres.

Dersom det foreligger realistiske tilgjengelige alternativer, blir det neste spørsmålet om ett av alternativene fremstod som klart mer attraktivt. Ved vår vurdering av holdingselskapets lånevillighet blir spørsmålet om det fremstod som klart mer attraktivt for holdingselskapet å bli finansiert med egenkapital fremfor fremmedkapital.

11.3.2.2 Realistisk tilgjengelig alternativ?

Ved det første trinnet i vurderingen oppstår det to hovedspørsmål: hva utgjør et realistisk tilgjengelig alternativ, og hvordan undersøker man om et slikt foreligger?

Når det gjelder spørsmålet om hva som utgjør et realistisk tilgjengelig alternativ, vil det være av betydning å kartlegge hva som gjør de ulike investeringsformene attraktive eller mindre attraktive for morselskapet. Grunnen til dette er at det er morselskapet som besitter kapitalen, og dermed blir det i stor grad morselskapets ønsker som styrer holdingselskapets tilgang på egenkapital.

For at vurderingen i minst mulig grad skal bli påvirket av interessefellesskapet mellom morselskapet og holdingselskapet, bør vurderingen foretas som om det er tale om et uavhengig selskap som vurderer å investere i et annet selskap enten på eiersiden eller kreditorsiden.

Det er ulike kommersielle faktorer som påvirker et uavhengig selskaps valg av investeringsform. Fleksibilitet blir ofte fremhevet som et hensyn for å velge lånefinansiering. Tilbakebetaling av egenkapital fordrer at visse formelle og materielle selskapsrettslige regler blir fulgt. Derfor kan det være forretningsmessig gunstig å velge lånefinansiering, da dette medfører en større fleksibilitet med tanke på å få kapitalinnskuddet tilbakeført fra holdingselskapet. Høyesterett la i Telecomputingdommen²⁷² vekt på at finansieringsformen fremsto som forretningsmessig gunstig, grunnet at fleksibiliteten er større for tilbakebetaling av fremmedkapital. Dette konkretiserte seg i den aktuelle saken i særlig grad, da kapitalinnskuddet var ment å være midlertidig. Dermed gjorde dette hensynet seg i større grad gjeldende enn i alminnelighet.²⁷³ Fleksibilitetsmomentet var også anført som begrunnelsen for fremmedkapital som finansieringsform i Statoil Angola-saken.²⁷⁴

Et kommersielt moment for fremmedkapitalfinansiering er at det kan eliminere valutarisikoen for morselskapet. Ved lån kan morselskapet velge å yte dette i sin hjemstats valuta, hvilket selskapsrettslige begrensninger ofte vil hindre ved egenkapitalinnskudd.²⁷⁵

Videre gir lånefinansiering større grad av forutberegnelighet for morselskapet ved at det lett lar seg beregne en avkastning ut fra renteinntektene, og ikke ut fra holdingselskapets resultat og styrets utbyttevilje.

Et annet aspekt er at låneinnskudd ikke vil endre eierforholdet, som kan være av betydning hvor kun enkelte av eierne skal skyte inn kapital.²⁷⁶

²⁷² Rt. 2010 s. 790.

²⁷³ Avsnitt 50.

²⁷⁴ Rt. 2007 s. 1025 (50).

²⁷⁵ IFA (1996) s. 93.

²⁷⁶ I.c.

Egenkapital er dessuten gjennomgående mer risikoeksponert; ved en eventuell konkurs vil lånekreditorene ha bedre prioritet enn aksjonærene.²⁷⁷ Gjennomgående kan en hevde at for det tilfellet at boet er i stand til å tilbakebetale likvidasjonsutbytte til aksjonærene, så skulle det ikke ha vært åpnet konkurs da insolvensvilkåret neppe var oppfylt.²⁷⁸

Derimot taler det for å velge egenkapitalfinansiering at et selskap med stor egenkapital ofte vil bli sett på som økonomisk trygt og stabilt i markedet. I tillegg kan det gi økonomisk frihet til å kunne utvikle seg. Et ytterligere argument for å velge egenkapitalfinansiering er at den potensielle avkastningen blir større, ettersom armlengdeprinsippet ikke legger samme begrensninger på utbyttebetalinger som det gjør på rentesatsen ved lån.

Drøftelsen viser at det fra et kommersielt standpunkt ikke er gitt at morselskapet er villig til å yte egenkapitalinnskudd som et alternativ til lån.

Imidlertid er det i realiteten morselskapet som har den økonomiske interessen i at holdingselskapet kjøper opp datterselskapet, se kapittel 4. For det tilfellet at holdingselskapet ikke vil akseptere en låneavtale med morselskapet, er det derfor nærliggende å anta at morselskapet likevel vil yte det egenkapitalinnskuddet som er nødvendig for at oppkjøpet kan gjennomføres. Skjønt, det fremstår som urealistisk at holdingselskapet ikke vil akseptere en slik låneavtale, ettersom morselskapet i praksis styrer holdingselskapet.

Det skal bemerkes at det også fremstår som et alternativ for holdingselskapet å ikke foreta oppkjøpet av det planlagte målselskapet. Retningslinjene poengterer at det å ikke foreta en transaksjon også er et alternativ som må vurderes.²⁷⁹ Ettersom formålet med holdingselskapets virksomhet er å foreta oppkjøp av selskaper, fremstår dette som urealistisk, men et alternativ kunne vært å kjøpe opp et selskap som ikke krever samme mengde kapital.

²⁷⁷ Aksjeloven § 16-9.

²⁷⁸ Konkursloven §§ 60, 61 og 62.

²⁷⁹ Retningslinjene pkt. 9.176.

11.3.2.3 Er alternativet klart mer attraktivt?

Forutsatt at det foreligger ett eller flere realistiske tilgjengelige alternativer til internlånet, blir den neste problemstillingen om det fremstod som klart mer attraktivt for selskapet å velge ett av disse. Det første spørsmålet som oppstår i denne forbindelsen, er hva som skal til for at et alternativ fremstår som “klart mer attraktivt”.

I Retningslinjene pkt. 9.59 uttales det om RTA-standarden at “[i]n other words, independent enterprises would only enter into a transaction if it does not make them worse off than their next best option.” (vår tilføyelse). Dette gir inntrykk av at det er tilstrekkelig at alternativet fremstår som mer attraktivt, slik at det således ikke er et klarhetskrav.

En vurdering av hva som fremstår som mest attraktivt for holdingselskapet må bli både subjektiv og svært skjønnsmessig. Dersom det skal være tilstrekkelig for gjennomskjæring under rasjonalitetsunntaket at alternativet fremstår som mer attraktivt, kan rettsanvendelsen fort risikere å fremstå som både tilfeldig og uforutsigbar. Dette tilsier at det bør opereres med en viss terskel før det kan foretas restruktureringer av holdingselskapets kapitalstruktur. Hensynene gjør seg også gjeldende i tilfellene hvor det er tale om restruktureringer under unntaket for økonomisk substans. Vi velger derfor å drøfte spørsmålet generelt i punkt 12.2.

Et spørsmål som må drøftes, er hvilke omstendigheter som bestemmer alternativenes attraktivitet. I vårt tilfelle må det avgjøres hvilken finansieringsform som er mest attraktiv for holdingselskapet. Det foreligger ingen generell enighet i økonomisk teori om hvilken fordeling mellom gjeld og egenkapital som er gunstigst.²⁸⁰ Det må derfor foretas en konkret vurdering. Det er viktig at denne vurderingen foretas fra holdingselskapets perspektiv, og ikke påvirkes av hva som fremstår som gunstigst for morselskapet eller konsernet sett under ett.

²⁸⁰ Bundegaard (2000) s. 35 og IFA (1996) s. 90-91.

Slik vi ser det, vil det for holdingselskapet fremstå som mer attraktivt å bli finansiert med egenkapital, ettersom det i så fall ikke vil foreligge noen tilbakebetalingsforpliktelse. Eventuelle utdelinger fra holdingselskapet vil være resultatavhengige.

11.3.2.4 Oppsummering

Drøftelsen viser at det i vårt tilfelle i stor grad vil bero på hvorvidt et uavhengig selskap i samme situasjon som morselskapet ville investert i form av egenkapital eller fremmedkapital.

11.4 Prishindringsvilkåret

Prishindringsvilkåret går som nevnt ut på at den transaksjonsstrukturen som partene har valgt må hindre skattemyndighetene fra å fastsette en armlengdes pris. I Retningslinjene er vilkåret formulert slik:

“... and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price”.²⁸¹

Sentralt står ordet “impedes”. Dette kan forstås som å hindre eller forhindre, men det kan også forstås som å vanskeliggjøre. Spørsmålet blir hva som skal til for at vilkåret er oppfylt. Er det nok at det er vanskelig for skattemyndighetene å fastsette armlengdespris, må det være svært vanskelig, eller må det være tilnærmet umulig? Bullen drøfter dette spørsmålet, men kommer til at det ikke er mulig å gi noe klart svar.²⁸² Om vilkåret er oppfylt vil måtte avgjøres konkret i hver enkelt sak.²⁸³ Desto større vanskelighetene med å fastsette riktig pris er, desto enklere blir det å argumentere for at prishindringsvilkåret er oppfylt.²⁸⁴

Som Bullen påpeker, gir ikke ordlyden i Mønsteravtalen artikkel 9 holdepunkter for å operere med et prishindringsvilkår, og vilkåret gjør derfor adgangen til å foreta

²⁸¹ Retningslinjene pkt. 1.65.

²⁸² Bullen (2010a) s. 444-445.

²⁸³ I.c.

²⁸⁴ I.c.

restruktureringer mer restriktiv.²⁸⁵ Han lar det stå åpent både om vilkåret kan og bør opprettholdes.²⁸⁶ Vi velger å ikke gå nærmere inn på denne diskusjonen.

11.5 Vår oppfatning

Drøftelsene under punkt 11.2, 11.3 og 11.4 har vist at norsk internrett og Retningslinjene bygger på to ulike tilnærminger. Etter norsk internett skal det foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor det er uklart hva som skal tillegges vekt. Dette er en tilnærming som etter vår mening medfører liten grad av forutberegnelighet. Retningslinjene oppstiller flere og klarere vurderingstemaer. Av den grunn mener vi at Retningslinjenes tilnærming ivaretar forutberegnelighetshensynet i større grad, og gjør rettsanvendelsen enklere. Vår oppfatning er derfor at Retningslinjenes tilnærming bør følges.

12 Fellesspørsmål ved restruktureringsspørsmålet

12.1 Tidspunktet for vurderingen

Før en skal vurdere et selskaps lånekapasitet må en først ha et bevisst forhold til hvilket tidspunkt denne vurderingen skal være knyttet. En låneavtale kan løpe over lang tid, og forholdene kan forandre seg mye underveis. Problemstillingen kan ha ulike løsninger. Blant annet kan det tenkes at det er tidspunktet for låneavtaleinngåelsen som er avgjørende. Videre kan det tenkes at vurderingen må knyttes til en gitt låneperiode. Et annet alternativ er å vurdere lånekapasiteten i forhold til hvordan situasjonen er på tidspunktet for den årlige ligningsbehandlingen.

Hovedtenkningen bak armlengdeprinsippet taler for avtaleinngåelsestidspunktet. Det er på dette tidspunktet en uavhengig utlåner ville tatt stilling til avtalens lånevilkår. Dette har også støtte i Retningslinjene.²⁸⁷ Her fremgår det at en skal legge vekt på

²⁸⁵ Bullen (2010a) s. 445.

²⁸⁶ I.c.

²⁸⁷ Retningslinjene pkt. 2.128.

informasjonen på avtaletidspunktet, eller hva en kunne forutse på dette tidspunktet, slik at en unngår en vurdering basert på etterpåkløkskap.²⁸⁸

Høyesterett avsa i Rt. 2003 s. 1324 en dom vedrørende allokeringen av inntekter mellom sokkel- og landbeskatning. Stridstema i dommen var hvorvidt avtaleverket som regulerte fordelingen av inntektene og utgiftene var i samsvar med sktl. 1911 § 54. Vedrørende tidspunktet for vurderingen etter sktl. § 54 uttaler førstvoterende følgende: “Vurderingen av om en avtale er inngått på armlengdes vilkår, vil måtte skje ut fra situasjonen slik den fortonte seg for partene da avtalen ble inngått.”²⁸⁹ Førstvoterende var riktignok her i mindretall, men retten var samstemt på dette punktet. At avtaleinngåelsen er det avgjørende tidspunktet er også fremholdt i *Freidommen*.²⁹⁰

Lagmannsretten har riktignok inntatt motsatt standpunkt i *Nycomedsaken*.²⁹¹ Saken gjaldt inntektstillegg på ligningen til *Nycomed* som var et norsk morselskap, fordi *Nycomed* hadde ytt rentefrie lån til utenlandske datterselskaper. Lagmannsretten fant at vilkårene for å bruke sktl. § 54 var tilstede, men at skjønnet led av uklarheter og mangler. Dette medførte at ligningen ble opphevet. Vedrørende tidspunktet uttalte retten følgende:

“... datterselskapets lånekapasitet må vurderes på det tidspunktet den aktuelle ligningen gjelder. Det kan ikke være avgjørende om datterselskapet manglet låneevne da lånet opprinnelig ble tatt, dersom den økonomiske stillingen har endret seg, slik at lånet fra morselskapet i mellomtida kunne ha vært erstattet med eksterntlån.”

Retten begrunner ikke nærmere hvorfor den inntar dette standpunktet.

Det er strid mellom Høyesteretts avgjørelse og lagmannsrettens dom på dette punktet. Generelt kan det sies at høyesterettsavgjørelser har større rettskildevekt. Men i dette tilfellet var lagmannsrettens dom direkte knyttet til lånekapasitetsvurderingen, mens

²⁸⁸ Retningslinjene pkt. 2.130 og 3.73.

²⁸⁹ Avsnitt 62.

²⁹⁰ Utv. 1997 s. 181.

²⁹¹ Utv. 1999 s. 540.

høyesterettsavgjørelsen mer generelt var knyttet opp mot allokering med hjemmel i § 54. Spørsmålet blir da hvorvidt dette er en relevant forskjell, og om dette kan begrunne de ulike standpunktene. Etter vår oppfatning er det ingen grunn til at faktum i sakene skal kunne medføre et ulikt rettslig syn med henhold til tidspunktet for vurderingen.

Samlet sett er vår oppfatning at det er best i samsvar med armlengdeprinsippet å ta utgangspunkt i den foreliggende kunnskap på avtaleinngåelsestidspunktet, da dette hadde vært tilfellet for uavhengige kontraktparter.²⁹² Dette kan imidlertid bli et noe teoretisk standpunkt, ettersom det kan være vanskelig for partene å bevise at de faktisk har lagt til grunn forutsetninger for den senere utviklingen som viser seg å være feilslåtte.

12.2 Vil ethvert avvik fra armlengdeprinsippet hjemle skjønnslingning?

12.2.1 Innledning

Anvendelse av armlengdeprinsippet er skjønnsmessig. Derfor oppstår det spørsmål om ethvert avvik åpner for skjønnslingning, eller om det må være et avvik av en viss størrelse. Det er to alternative betraktningmåter som åpner for at det skal foreligge et visst avvik. Det første er en såkalt forsiktighetsstandard. Med forsiktighetsstandard siktes det her til at det gjelder en standard som innebærer at avviket må være forholdsvis klart før en kan skjønnsligne. Den andre betraktningmåten er at det foreligger et armlengdeintervall. Med armlengdeintervall siktes det til et tallfestet intervall som angir grensene for hva som kan aksepteres på en armlengdes avstand. Intervallet kan fremkomme ved at en anvender samme internprisingsmetode på flere sammenlignbare data, eller ved å anvende ulike internprisingsmetoder.²⁹³ For tynn kapitalisering har man ikke utviklet slike metoder som for internprising, men ulike tilnærmelser – som alle er i samsvar med armlengdeprinsippet – kan komme til ulike armlengdes kapitalstrukturer. Dette vil utgjøre et armlengdeintervall.

Forutberegnelighetshensynet taler for at det bør gjelde en forsiktighetsstandard eller et armlengdeintervall for den enkelte skattyter. Hvis kapitalstrukturen er innenfor det som

²⁹² Også i IFA (1996) s. 637.

²⁹³ Retningslinjene definisjoner, s. 23.

er antatt å være på en armlengdes avstand, er en trygg. Videre kan det anføres samfunnsøkonomiske hensyn. I de tilfellene hvor det er ytterst tvilsomt hvorvidt skattyters kapitalstruktur er i strid med armlengdeprinsippet, vil det ikke være samfunnsøkonomisk gunstig om ligningsmyndighetene forfølger en sak de taper. I slike saker vil sannsynligvis også provenyaspektet være lavere. På den annen side kan en få en omfattende rettspraksis som utkrystalliserer reglene for tynn kapitalisering, hvilket igjen øker forutberegneligheten for skattyter. Men innenfor rettsområder hvor reglenes nærmere grensedragninger trenger en klargjøring, bør dette først og fremst skje ved lovgivning, ettersom rettspraksis kan virke som en tilfeldig belastning overfor den enkelte skattyter. Et annet reelt hensyn er at hvis en stat foretar en strukturell endring i et tvilsomt tilfelle, er det fare for at den annen stat ikke aksepterer denne i forbindelse med korresponderende retting.²⁹⁴ Dette taler med tyngde for at det bør gjelde en forsiktighetsstandard.

12.2.2 Rettsgrunnlag for en forsiktighetsstandard

Skaar m.fl. har vist til to tingrettsdommer angående forsiktighetsstandard.²⁹⁵ Begge dommene er avsagt av Oslo Byrett i 1989, og gjaldt tynt kapitaliserte datterselskaper på den norske sokkelen. Selskapene var finansiert med lån fra sine respektive morselskaper. I den første dommen, *Amoco*, uttaler retten følgende om skjønnsutøvelsen: “en viss forsiktighet [bør under enhver omstendighet utvises] både ved vurderingen av om den kapitalstruktur selskapet har valgt for sin virksomhet, skal settes til side for beskatningsformål, og også ved utøvelsen av det konkrete skjønn” (vår tilføyelse).²⁹⁶ Dette begrunnes i at vurderingene ligger mer på det næringspolitiske plan enn det rent juridiske, samt det spinkle rettskildematerialet.

I den andre dommen, *BP Petroleum*, uttaler retten at sktl. § 54 gir hjemmel for skjønnsfastsettelse hvis selskapets kapitalforhold “i vesentlig grad må anses påvirket av interessefellesskapet med morselskapet.”²⁹⁷

²⁹⁴ Retningslinjene pkt. 1.64.

²⁹⁵ Skaar (2006) s. 519.

²⁹⁶ Utv. 1989 s. 304.

²⁹⁷ Utv. 1989 s. 341.

Det skal bemerkes at dette er tingrettsdommer som kun har beskjeden rettskildevækt, og at disse avgjørelsene er avsagt etter at ligningsmyndighetene over lengre tid hadde latt være å bruke § 54 overfor tynn kapitalisering. Dette kommer til uttrykk ved skattyters anførsel om at dersom ligningsmyndighetene skulle begynne å anvende bestemmelsen nå, ville det innebære en vilkårlig myndighetsutøvelse. Dette ble avvist av retten, men kan være et bakteppe for hvorfor retten fant at bestemmelsen kun burde brukes i relativt klare tilfeller.

I Utv. 2004 s. 685 er det inntatt en lagmannsrettsdom om tynn kapitalisering hvor retten uttaler at det ikke foreligger noe vesentlighetskrav til avviket fra en armlengdes avstand. Dommen gir ingen nærmere indikasjon på hvorvidt det foreligger en forsiktighetsstandard, men viser at standarden i hvert fall ikke oppstiller et vesentlighetskrav. I samme retning trekker *Conoco Norway*²⁹⁸ avsagt av Eidsivating lagmannsrett. Her uttaler retten følgende:

“Loven stiller etter ordlyden ikke noe krav om at skjønnsligning bare kan skje der det foreligger en markert eller en vesentlig inntektsreduksjon. Etter det opplyste har imidlertid klagenemnda i slike saker i praksis operert med en terskel. I de praktiske tilfeller ville det også være vanskelig å gripe inn ved små avvik, på grunn av de usikre faktorer som gjør seg gjeldende. Om det ville vært rettslig adgang til å skjønnsligne CNI dersom reduksjonen hadde vært ubetydelig, kan det – blant annet i forhold til likhetsprinsippet – reises spørsmål om. Lagmannsretten finner imidlertid ikke foranledning til å gå nærmere inn på denne problemstilling. Renteavviket er etter lagmannsrettens syn her så markert at vilkårene for skjønnsligning forelå, også om en skulle operere med en terskel.”

I *Baker Hughes*²⁹⁹ avviste Høyesterett at det gjaldt et vesentlighetskrav:

“Den ankende part har anført at reduksjonen må være vesentlig før ligningsmyndigheten kan foreta gjennomskjæring. Jeg kan ikke se at det er grunnlag

²⁹⁸ LE-1990-574.

²⁹⁹ Rt 1999 s. 1087.

for å stille et slikt krav i sin alminnelighet. Denne problemstilling får for øvrig - slik jeg ser det - ikke betydning for avgjørelsen av denne saken.”

Det er imidlertid usikkert hvilken overføringsverdi *Conoco* og *Baker Hughes* har, da de begge dreier seg om prisingsspørsmål, og ikke spørsmål om kapitalstrukturen. En kan anta at restruktureringsspørsmålet er enda mer komplekst og skjønnsmessig enn et prisingsspørsmål,³⁰⁰ som igjen taler for en forsiktighetsstandard.

Etter vår oppfatning er det åpent hvorvidt det rettslig sett foreligger en forsiktighetsstandard, selv om det kan tenkes at det rent faktisk foreligger en slik standard fordi ligningsmyndighetene prioriterer saker som er klare fremfor saker som er tvilsomme. Dette er riktignok kun en antagelse av hvordan det rimeligvis er, da vi ikke er kjent med materiale som underbygger dette.

12.2.3 Rettsgrunnlag for armlengdeintervall

Retningslinjene anerkjenner bruk av armlengdeintervall.³⁰¹ Begrunnelsen for dette er at internprising ikke er eksakt vitenskap, hvilket medfører at armlengdeprinsippet kan føre til ulike resultater.³⁰² Resultater som er i samsvar med armlengdeprinsippet bør kunne legges til grunn, og dermed blir det mest riktig å arbeide ut fra et armlengdeintervall. Retningslinjene har her internprising for øye, men hensynene gjør seg i like stor grad gjeldende for restruktureringsspørsmålet. Etter vår oppfatning kan det derfor opereres med et slikt armlengdeintervall.

³⁰⁰ Bullen (2008) s. 124.

³⁰¹ Retningslinjene pkt. 3.55-3.99.

³⁰² Retningslinjene pkt. 3.55.

Del V. Rettsvirkninger

13 Primærjustering, korresponderende retting og sekundærjustering

13.1 Innledning

I dette kapitlet vil vi behandle hvilke virkninger det har dersom et selskap er tynt kapitalisert. Når det tynt kapitaliserte selskapet er hjemmehørende i Norge, vil norske ligningsmyndigheter typisk nekte rentefradrag. Endring av ligningen hvor rentefradraget nektes, omtales som en primærjustering. Hvor det ved alminnelig internprising foretas en primærjustering i det ene landet, men ikke en tilsvarende speilvendt retting i den nærstående land, vil det medføre økonomisk dobbeltbeskatning. Dette er hovedgrunnen for Mønsteravtalens regulering av spørsmålet.³⁰³

Ved tynn kapitalisering kan situasjonen bli at hjemstaten til holdingselskapet nekter rentefradrag, mens hjemstaten til morselskapet inntektsbeskatter renteinntektene som stammer fra det samme beløpet. Her er det riktignok ingen økonomisk dobbeltbeskatning som blir resultatet, siden renteinntektene kun blir beskattet i den ene staten. Skatleggingen blir imidlertid usymmetrisk,³⁰⁴ med negativ økonomisk konsekvens for konsernet som helhet. Et spørsmål som oppstår, er hvorvidt justeringen i holdingselskapets hjemstat skal få konsekvenser for ligningen i morselskapets hjemland; skal morselskapet foreta en korresponderende retting?

I vårt tilfelle kan det være aktuelt med primærjusteringer, sekundærjusteringer og korresponderende retting. Før vi går nærmere inn på de konkrete justeringene, vil vi redegjøre kort for hva som menes med primærjusteringer, sekundærjusteringer og korresponderende retting.

³⁰³ Kommentaren art. 9 pkt. 5.

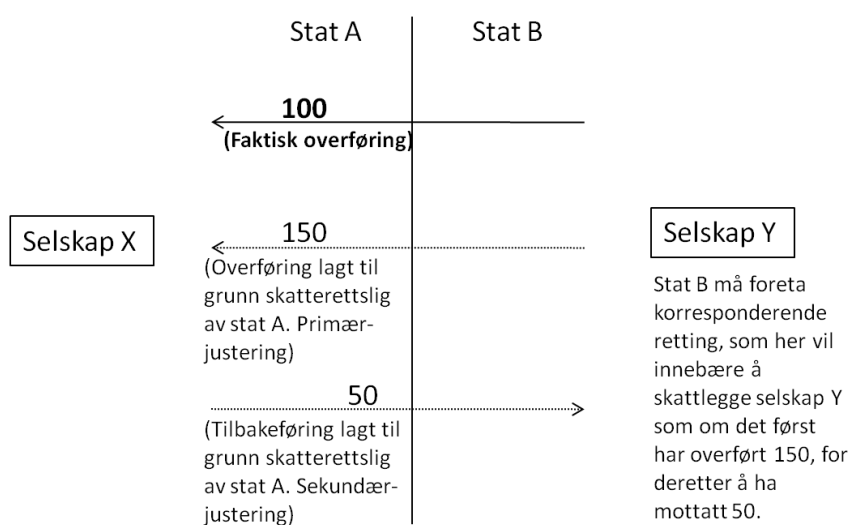
³⁰⁴ Zimmer (2009a) s. 33-34.

13.2 Hva menes med primærjustering, sekundærjustering og korresponderende retting?

Dersom holdingselskapets hjemstat endrer selskapets ligning i samsvar med armlengdeprinsippet, finner det sted en primærjustering. I henhold til artikkel 9 nr. 2 skal morselskapets hjemstat i så fall foreta en korresponderende retting. For å illustrere hva som menes med primærjusteringer og korresponderende retting, vil vi gi et eksempel hentet fra et internprisingstilfelle: Dersom stat A har skattlagt det hjemme-hørende selskapet X for en inntekt på 100, mens armlengdeprinsippet tilsier at 50 av denne inntekten skulle vært tilordnet selskap Y i stat B, og stat B velger å skattlegge selskap Y for 50, skal dermed stat A justere selskap Xs skattepliktige inntekt med -50. På denne måten foretar stat A en korresponderende retting som en følge av stat Bs primærjustering.

Det er ikke alltid at en primærjustering med en tilsvarende korresponderende retting vil bringe skattleggingen i nøyaktig samme stilling som den ville blitt dersom transaksjonen var blitt foretatt mellom uavhengige parter.³⁰⁵ Et eksempel³⁰⁶ som også er hentet fra et internprisingstilfelle er hvor selskap X i stat A mottar en overføring av 100 fra selskap Y i stat B, men stat A velger å sette denne til 150 under henvisning til armlengdeprinsippet. Situasjonen er imidlertid fremdeles den at selskap X rent faktisk ikke har mottatt mer enn 100. For å få til en situasjon mellom to uavhengige parter hvor

selskap X mottar en overføring på 150, men kun sitter igjen med 100, må man se for seg at 150 faktisk blir overført, men at 50 deretter blir ført tilbake til selskap Y, for eksempel i form av



utbytte, lån eller konsernbidrag. For å bringe partene i interessefellesskapet i samme

³⁰⁵ Kommentaren art. 9 pkt. 8.

³⁰⁶ Inspirert av Kommentaren art. 9 pkt. 8.

situasjon som de uavhengige partene, må det derfor foretas en sekundærjustering med tilhørende korresponderende retting. Dette innebærer at stat A ved skattleggingen av selskap X må medregne at selskapet har overført 50 til selskap Y. Dette er sekundærjusteringen. Videre må stat B ved skattleggingen av selskap Y, medregne at selskapet først har overført 150, for deretter å få 50 overført tilbake fra selskap X i stat A. Dette er korresponderende retting.

Noen plikt til å foreta sekundærjusteringer, følger imidlertid ikke av Mønsteravtalen artikkel 9. Dette fremgår uttrykkelig av Kommentaren.³⁰⁷

13.3 Primær- og sekundærjusteringer i vårt tilfelle

13.3.1 Innledning

I tillegg til å nekte rentefradrag, kan det i vårt tilfelle tenkes at ligningsmyndighetene ønsker å omklassifisere renter til utbytte. Videre kan det være aktuelt å nekte fradrag for disagio.

13.3.2 Nektelse av rentefradrag og disagio

Det er ikke tvilsomt at norske ligningsmyndigheter kan nekte rentefradrag for renter knyttet til lån som går utover selskapets låneevne, jfr. sktl. § 13-1. Disagio er kun fradragsberettiget ved gjeldsfordringer, se sktl. § 9-9 jfr. § 9-4. En alminnelig tolkning av bestemmelsen, fører i vårt tilfelle til at slikt fradrag kun er berettiget hvis gjelden er innenfor debitors lånekapasitet.

13.3.3 Omklassifisering fra renter til utbytte

13.3.3.1 Generelt

Norske skattemyndigheter kan ha interesse av å omklassifisere renteutbetalingene til utbytte, med den følge at de kan kildebeskatte utbyttet. Skaar m.fl. uttrykker at det visstnok ikke er tradisjon i Norge for å foreta slik omklassifisering.³⁰⁸ Vi har imidlertid funnet en viss praksis for det motsatte. Det kan i denne forbindelse vises til en av-

³⁰⁷ Kommentaren art. 9 pkt. 8.

³⁰⁸ Skaar (2006) s. 545.

gjørelse³⁰⁹ fra Ligningsnemnda hvor en slik omklassifisering foretas. I avgjørelsen vises det til ytterligere praksis³¹⁰ hvor det samme er gjort.

Skatteloven § 10-13 jfr. § 10-11 gir hjemmel for å ilegge kildeskatt på utbytte som skal utbetales til et morselskap bosatt i et annet land. I disse grenseoverskridende tilfellene følger det av Mønsteravtalen artikkel 10 at retten til å skattlegge deles mellom kildestaten og hjemstaten. Hjemstaten skal her gi kredit for den kildeskatten som ilegges.³¹¹

Den første problemstillingen er renteutbetalingene fra holdingselskapet til morselskapet i vårt tilfelle kan omklassifiseres til renter med hjemmel i sktl. § 10-11. Dette beror på om utbetalingene kan anses som “utbytte” i bestemmelsens forstand. “Utbytte” er definert i § 10-11 (2). Loven operer her med en vid definisjon, hvor formuleringen er tilsiktet omfattende.³¹² Det er i utgangspunktet klart at tilbakebetaling av lån og renter faller utenfor definisjonen, da det ikke er “vederlagsfri” overføring. Hvorvidt renter faller inn under definisjonen vil dermed bero på om kapitalinnskuddet skatterettslig er egenkapital eller gjeld.³¹³ Om innskuddet er egenkapital eller gjeld etter sktl § 10-11, avhenger av hvorvidt det reelt sett er et lån.³¹⁴ Den skatterettslige klassifikasjonen av innskuddet vil være sammenfallende med den som er drøftet i kapittel 6. Dette gjelder følgelig som utgangspunkt uavhengig om lånet er ytt utover datterselskapets lånekapasitet.

Et interessant spørsmål i denne sammenheng er hvorvidt § 10-11 skal tolkes innkrenkende for skatterettslige formål, slik at renteutbetalinger som stammer fra låneinnskudd utover lånekapasiteten skal anses for å være utbytteutdelinger. Det kan her vises til Telecomputingdommen³¹⁵ hvor ligningsmyndighetene hevdet at § 6-2 måtte tolkes slik at bestemmelsen ikke ga tapsfradrag for lån ytt utenfor datterselskapets lånekapasitet. Høyesterett lot ikke lånekapasiteten være styrende, men la vekt på

³⁰⁹ 2000-032LN, inntatt i Almvik (2006) s. 580.

³¹⁰ 1999-026 OLN, Borgarting Lagmannsretts dom av 21.4.2005.

³¹¹ Art. 23A (2) for avtaler som i utgangspunktet bygger på unntaksmetoden, og art. 23B (1) hvor avtalen bygger på kreditmetoden.

³¹² Zimmer (2010) s. 270.

³¹³ Zimmer (2010) s. 288.

³¹⁴ Rt. 1998 s. 383 (på s. 396), Rt. 1981 s. 990, Zimmer (2010) s. 286, Gjems-Onstad (2008) s. 488.

³¹⁵ Rt. 2010 s. 790.

hvorvidt det reelt sett var ytt et lån. I tråd med denne dommen antar vi at § 10-11 ikke kan tolkes innskrenkende på dette punktet.

Det neste spørsmålet er om § 13-1 hjemler en omklassifisering fra renter til utbytte. I realiteten blir det avgjørende om rettsvirkningen av tynn kapitalisering er kun at rentefradrag nektes, eller hvorvidt kapitalinnskuddet skal regnes som egenkapital for skatterettslige formål. Dette beror prinsipielt sett på en tolkning av § 13-1 (3), hvor det fremgår at skjønnet skal fastsettes som om interessefellesskapet ikke forelå. Selve ordlyden taler mot en slik omklassifisering, da egenkapitalinnskudd vanskelig kan tenkes skjedd mellom parter som ikke er i et interessefellesskap. Hovedtenkningen bak armlengdeprinsippet taler imidlertid for en slik omklassifisering. Formålet er å se bort fra skatterettslige disposisjoner som kun skyldes interessefellesskapet. Dette tilsier at bestemmelsen hjemler omklassifisering til en armlengdes kapitalstruktur. Det er alminnelig antatt at armlengdeprinsippet hjemler en slik omklassifisering,³¹⁶ hvilket også er forutsatt i OECD-materiale.³¹⁷

Etter vår oppfatning gir § 10-11 hjemmel for å beskatte utbytte, gitt at § 13-1 medfører at innskuddet skal anses for å være egenkapital for skatterettslige formål.

13.3.3.2 Forholdet til fritaksmetoden ved omklassifisering til utbytte

Hvis det blir omklassifisert til utbytte, er neste spørsmål hvordan betalingen stiller seg i forhold til fritaksmetoden. Fritaksmetoden innebærer i vårt tilfelle at utbytte er skattefritt på morselskapets hånd, jfr. § 2-38 (6) motsetningsvis. Imidlertid er det et vilkår for å falle inn under fritaksmetoden at utbyttet er lovlig utdelt.³¹⁸ Dette kan bli problematisk ettersom utbetalingene ikke har fulgt aksjelovens og regnskapslovens regler, da de er behandlet som lån av selskapene. Lovlighetsvilkåret har imidlertid blitt tolket noe lempeligere.³¹⁹ Begrunnelsen for dette er at hvis fritaksmetoden ikke kommer til anvendelse, leder dette til kjedebeskatning, hvilket kan være meget hardt for skattyter.

³¹⁶ Skaar (2006) s. 504, Zimmer (2009b) s. 165, Løchen (1991) s. 459-460, Jansen (2005) s. 442, Utv. 1997 s. 895 pkt. 4, IFA (2008) s. 43.

³¹⁷ Kommentaren art. 10 pkt. 15d. Retningslinjene pkt. 1.65.

³¹⁸ Sktl. § 2-38 (2) a.

³¹⁹ Utv. 2003 s. 796 oppstiller et vesentlighetskriterium. Uttalelsen gjelder saksbehandlingsreglene ved fisjon og fusjon, men det er ingen grunn til å anta at dette ikke også skal gjelde for lovlighetskravet etter sktl. 2-38.

Av den grunn bør ikke enhver feil lede til at fritaksmetoden ikke kommer til anvendelse. Men hvis både aksjelovens formelle og materielle regler er brutt, taler meget for at utbetalingen ikke oppfyller lovlighetsvilkåret.

Artikkel 10 regulerer grenseoverskridende utbyttebetalinger. For selskaper i konserner vil dette som regel medføre en skattesats på 5 %.³²⁰ Mønsteravtalen oppstiller ikke noe vilkår om at utbyttet skal være lovlig utdelt. Derfor blir konsekvensen, selv om lovlighetsvilkåret medfører en beskatning på 28 %, at den endelige skattesatsen kun blir 5 %.

13.3.3.3 Hjemmel for å omklassifisere til utbytte hvor det ikke er direkte eierinteresser mellom kapitalyter og kapitalmottager?

Dersom vi vrir litt på vårt tilfelle, og forutsetter at internlånet ytes fra holdingselskapets søsterselskap, er det ikke like opplagt at renter kan omklassifiseres til utbytte. Grunnen til det er at søsterselskapet ikke har direkte eierinteresser i holdingselskapet. Problemstillingen som oppstår, er om det er adgang til å fingere at søsterselskapet har eierandeler i holdingselskapet, og dermed blir berettiget utbytteutdelinger. Hvis et slikt eierskap fingeres, vil en ikke bare restrukturere lånetransaksjonen, men gå enda lenger – en vil skjære gjennom en eierstruktur som meget vel kan ha dype forretningsmessige forankringer. Retningslinjene viser generell skepsis overfor strukturelle endringer,³²¹ og mye taler for at en slik fingering vil være å gå for langt.³²²

Et alternativ til å fingere et eierskap, er å fingere at det er gått en utbyttebetaling fra holdingselskapet til det felles morselskapet, og videre fingere at dette beløpet er skutt inn i søsterselskapet fra morselskapet.³²³ En vil også ved denne tilnæringsmetoden bevege seg langt fra de strukturerte transaksjonene, hvilket tilsier at en bør være varsom. Imidlertid åpner Retningslinjene for å gjennomskjære strukturen på selve avtalen, slik at transaksjonene samsvarer med den økonomiske og forretningsmessige realiteten som ville ha vært inngått mellom forretningsparter på en armlengdes

³²⁰ Mønsteravtalen art. 10 nr. 2 bokstav b.

³²¹ Retningslinjene pkt. 1.64.

³²² Samme konklusjon på eksemplet Skaar (2006) s. 545.

³²³ Retningslinjene pkt. 4.70, Skaar (2006) s. 546.

avstand.³²⁴ Selv om Retningslinjene her kan tas til inntekt for å åpne for en slik tilnærming, kan det hende at en slik fingering av utbytte og innskudd vil være for vidtgående.³²⁵

13.3.4 Gir aksjeloven grenser for hvilke justeringer som kan foretas?

Et spørsmål som oppstår, er om aksjeloven setter grenser for hvilke justeringer som kan foretas med hjemmel i sktl. § 13-1 og artikkel 9.

Rt. 2007 s. 1025 *Statoil Angola* viser at asl. § 3-9 kan sette grenser for hvilke strukturelle endringer som kan foretas. Det fremgår av bestemmelsen at konserninterne transaksjoner skal skje på “vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper”.

Ligningsmyndighetene hadde foretatt strukturelle endringer som medførte at et finansieringsselskap i konsernet, som ikke hadde eierinteresser i Statoil Angola, ble ansett å delvis ha ytt rentefrie lån til Statoil Angola. Flertallet på tre dommere var av den oppfatningen at en slik transaksjon stred mot asl. § 3-9, fordi det ikke er i samsvar med god forretningskikk å yte rentefrie lån. Resultatet ble derfor at det ikke kunne foretas en strukturell endring for skatteformål i strid med asl. § 3-9.

Dommen stadfester således at § 3-9 setter en grense for hvilke strukturelle endringer ligningsmyndighetene kan fastsette ved skjønnsutøvelsen.

Et annet spørsmål som oppstår hvor det er skjedd en skatterettslig omklassifisering fra fremmedkapital til egenkapital, er hvorvidt denne kapitalstrukturen kan legges til grunn ved utbyttereguleringene etter asl. §§ 8-1 flg. En kan tenke seg at omklassifiseringen innebærer at utbetalingene bryter aksjelovens krav til egenkapitalandel for utbytteutdelinger. Dette kan være problematisk i forhold til grensen for strukturelle endringer. Skjønt, det skal bemerkes at sktl. § 10-11 ikke oppstiller noe vilkår om at utbytte skal følge aksjelovens utbytteregler for å være skattepliktig.

³²⁴ Retningslinjene pkt. 1.66.

³²⁵ I denne retning Skaar (2006) s. 546.

13.4 Korresponderende retting i vårt tilfelle

13.4.1 De lege lata

I vårt tilfelle blir spørsmålet om hjemstaten til morselskapet har plikt til å foreta korresponderende retting. Dette beror på statens interne rett, og på en eventuell skatteavtale. Vi velger her å se hen til skatteavtalenes reguleringer, da vi anser det for upraktisk at andre land har interne reguleringer som strekker seg lengre enn skatteavtalene på dette punktet. For det tilfellet at den internrettslige reguleringen ikke strekker seg like langt som skatteavtalens, vil staten være folkerettslig forpliktet til å la skatteavtalens regulering være avgjørende.

Mønsteravtalen artikkel 9 nr. 2 fremhever at hvis den ene staten har foretatt en primærjustering i samsvar med armlengdeprinsippet, har den annen stat en plikt til å foreta en korresponderende justering. Kommentaren fremhever at den annen stat kun er pliktig til en slik korresponderende retting hvis staten er enig i at “the figure of adjusted profits correctly reflects what the profits would have been if the transactions had been at arm’s length.”³²⁶ Norge har imidlertid valgt å ikke innta denne bestemmelsen i flere av sine skatteavtaler, hvilket kan synes å være i samsvar med tidligere skatteavtalepolitikk.³²⁷ Eksempler på land Norge har skatteavtale med uten en slik bestemmelse er Albania, Barbados, Kina og Pakistan. Et nyere eksempel på at Norge derimot har inngått skatteavtale med en bestemmelse i samsvar med Mønsteravtalens, er skatteavtalen med Polen. Denne inneholder imidlertid følgende passus som ikke er inntatt i Mønsteravtalen: “if that State considers the adjustment justified.”³²⁸ Etter hva vi kan se, har ikke denne passusen selvstendig betydning utover hva som allerede følger av Mønsteravtalen tolket på bakgrunn av Kommentaren.³²⁹

Eksempel på en annen type regulering av spørsmålet finner man i skatteavtalen med Storbritannia, hvor det i stedet for å oppstilles en plikt til korresponderende retting fremheves at “the competent authorities of the Contracting States may consult together with a view to reaching an agreement”, gitt at primærjusteringen bygger på

³²⁶ Kommentaren art. 9 pkt. 2.

³²⁷ Zimmer (2009b) s. 165.

³²⁸ Polen art. 9 nr. 2.

³²⁹ Kommentaren artikkel 9 pkt. 2.

armlengdeprinsippet.³³⁰ Overligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter har i forbindelse med skatteavtalen med Storbritannia artikkel 9 nr. 2, uttalt at det ikke medfører et krav på endring at vilkårene er oppfylt, men at det vil være et “tungtveiende argument for endring”.³³¹ Overligningsnemnda tok allikevel ikke stilling til spørsmålet i sin behandling, da den av andre årsaker ikke tok saken opp til realitetsbehandling.

Hva blir tilfellet i de skatteavtalene hvor det ikke er inntatt en bestemmelse om korresponderende retting? I en konkret sak vil det kunne være aktuelt at statene inngår en gjensidig avtale om korresponderende retting, jfr. Mønsteravtalen artikkel 25. Hvis en skattyter mener han er blitt utsatt for skattlegging i strid med skatteavtalen – her armlengdeprinsippet – kan skattyteren anmode hjemstaten om å inngå en gjensidig avtale med den kontraherende staten dersom hjemstaten ikke klarer å løse saken på egenhånd, jfr. artikkel 25 nr. 1 og nr. 2. Dette må skje innen tre år fra skattyteren blir kjent med at skattleggingen er i strid med skatteavtalen. Dersom statene ikke kommer til enighet innen to år etter at slik anmodning er gitt, kan skattyter kreve voldgift, jfr. artikkel 25 nr. 5. Ettersom denne bestemmelsen ble innført i 2008,³³² har den per dags dato neppe stor utbredelse i Norges skatteavtaler.

13.4.2 De lege ferenda-kritikk

At det har vært norsk skattepolitikk å unngå skatteavtalerettslige reguleringer av plikten til korresponderende retting, medfører rettsusikkerhet både for norske skattytere, og for skattytere som driver handel med Norge. Grunnen til det er at skattyterne blir prisgitt en internrettslig regulering der skatteavtalen ikke regulerer spørsmålet.

Det er alminnelig enighet om at dobbeltbeskatning er lite heldig for internasjonal handel, og for samfunnsøkonomien generelt. Det kan derfor spørres hvorfor norske myndigheter ikke ønsker å påta seg en forpliktelse om korresponderende retting. En begrunnelse som kan tenkes for dette, er at en finner internprising klanderverdig av skattyter, og derfor ikke ønsker å bidra til å hindre dobbeltbeskatning. Dette er i så fall uheldig, fordi resultatet i norsk rett blir at ligningsmyndighetenes diskresjonære skjønn blir avgjørende, jfr. lignl. § 9-1. Legalitetsprinsippet fordrer imidlertid at regler med

³³⁰ Art. 9 nr. 2.

³³¹ Utv. 2006 s. 122.

³³² Retningslinjene pkt. 4.31.

pønalt preg bør komme klart til uttrykk i lovgivningen, først og fremst på grunn av forutberegnelighetshensyn.

En annen begrunnelse som kan tenkes for norske myndigheters skepsis til korresponderende retting, kan være manglende tiltro til andre lands bruk av primærjustering. Dette synes imidlertid ubegrunnet, da Mønsteravtalen artikkel 9 nr. 2 oppstiller som vilkår at den staten som skal foreta korresponderende retting er enig i at primærjusteringen er skjedd med grunnlag i armlengdeprinsippet.

Hvis begrunnelsen til norske myndigheter derimot er knyttet til et ønske om å sikre norsk skatteproveny, kan det her vises til at regler som medfører dobbeltbeskatning er ødeleggende for internasjonal handel, noe som igjen vil medføre lavere skatteinntekter. Dessuten bygger korresponderende retting på allment godtatte prinsipper som alle skatteavtalene bygger på, og det kan derfor synes tilfeldig at norske skattemyndigheter er skeptiske til denne reguleringen. Videre vil inngåelse av skatteavtaler med forpliktelser om korresponderende retting komme skattytere bosatt i Norge til gunst hvor primærjusteringen foretas i Norge. Dette sikrer en normal skattlegging av norske skattytere, hvilket igjen gir grunnlag for forretningsdrift.

Det skal bemerkes at ligningsmyndighetene visstnok har vært imøtekommende hvor det ikke er tvil om at den korresponderende rettingen er berettiget og bygger på armlengdeprinsippet.³³³

³³³ SørDAL (2004b).

Del VI. Avsluttende del

14 Andre veier til Rom?

14.1 Innledning

I vårt tilfelle kan skattemyndighetene ønske å endre ligningen til skattyter, på grunnlag av at rentefradraget etter ligningsmyndighetenes oppfatning er uforholdsmessig høyt. En slik endring (som her brukes som en fellesbetegnelse uavhengig av rettsgrunnlag) kan tenkes å foretas ut fra en tolkning av den enkelte skatteregel, den ulovfestede omgåelsesnormen, eller alminnelige tilordningsprinsipper.

Internasjonalt er det en generell tendens til mer restriktive rentefradragsregler.³³⁴ Flere stater velger striktere regler som setter en øvre grense for størrelsen på rentefradrag, typisk knyttet til låners EBIT (earnings before interests and taxes) eller verdier.³³⁵ Disse reglene medfører at behovet for tradisjonelle tynn kapitaliseringsregler synker. I 2008 hadde 75 % av alle EU-stater slike regler.³³⁶

For å motvirke skattetilpasninger med den følge at skattefundamentet svekkes grunnet store rentefradrag, ser en internasjonalt at dette motvirkes ved; a) tynn kapitaliseringsregler eller generelle fradragsbegrensninger, b) CFC-regler³³⁷, c) rentefradragsbegrensninger hvor utlåner er hjemmehørende i et skatteparadis, d) generelle omgåelsesregler (riktignok ikke så vanlig).³³⁸ Per dags dato har vi ingen generelle rentefradragsbegrensninger i Norge, så dette vil ikke bli drøftet nærmere. Videre er ikke NOKUS-reglene relevante for vårt typetilfelle, da holdingselskapet er hjemmehørende i Norge, og dermed ikke er et norskkontrollert utenlandsk selskap.

³³⁴ IFA (2008) s. 23.

³³⁵ I.c.

³³⁶ I.c.

³³⁷ På norsk oversatt til NOKUS-regler, inntatt i sktl. §§ 10-60 flg.

³³⁸ IFA (2008) s. 47.

Vi beveger oss her utenfor temaet tynn kapitalisering, men skattemyndighetenes fokus er å begrense store gjeldsrentefradrag. Om man oppnår dette ved anvendelse av § 13-1 eller ved anvendelse av den ulovfestede omgåelsesnormen, har mindre betydning sett fra skattyters side. Vi vil derfor kort skissere problemstillingene som disse alternative fremgangsmåtene reiser. Av plasshensyn er det ikke anledning til en dyptgående drøftelse.

14.2 Grunnlag for å endre ligningen

14.2.1 Alminnelige tilordningsregler

Et spørsmål blir om rentefradraget kan allokere morselskapet i stedet for holdingselskapet med hjemmel i alminnelige tilordningsregler. Tilordningsspørsmålet i norsk skatterett er spørsmålet om hvem som er berettiget ulike fradrag, eller hvem som skal tilordnes skattebyrden. Hovedregelen om tilordning er at den skal skje i henhold til det underliggende privatrettslige forholdet.³³⁹ Denne hovedregelen kan sies å være nedfelt implisitt i de enkelte skattelovreglene.³⁴⁰

Dersom lånet mellom morselskapet og holdingselskapet er reelt, sett hen til det underliggende privatrettslige forholdet, vil skattemyndighetene vanskelig kunne få gjennomslag for en slik anførsel. Hvis lånet derimot er proforma, vil tilordningsreglene medføre endring.

14.2.2 Ulovfestet gjennomskjæring av holdingstrukturen

Et annet spørsmål blir om selve opprettelsen av en holdingstruktur kan tenkes å rammes av den ulovfestede omgåelsesnormen. Dette er særlig aktuelt hvor det foretas en reorganisering i selskapsstrukturen som medfører en holdingstruktur lik vårt eksempel.

Høyesterett har angitt vurderingstemaet for ulovfestet omgåelse på følgende måte:

“Den ulovfestede gjennomskjæringsregel er blitt utviklet i et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori og består – slik den er utformet i høyesterettsavgjørelser de senere år – av et grunnvilkår og en total-

³³⁹ Zimmer (2009a) s. 163.

³⁴⁰ *ibid.* s. 111.

vurdering. Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen...”³⁴¹

Liland drøfter spørsmålet om ulovfestet gjennomskjæring av en holdingstruktur.³⁴² Han mener at den ulovfestede omgåelsesnormen ikke gir hjemmel for en slik endring, da fradragreglene om gjeldsrenter fra lovgivers side bevisst er generelt utformet. Etter hans oppfatning må derfor en innstramning foretas av lovgiver, og ikke skattemyndighetene. Liland fremhever at det kan være forretningsmessige grunner som medfører at en ønsker at lånet knyttet til oppkjøpet skal være i samme land som målselskapet. Grunnen til dette er at dersom rentekostnadene betjenes i det samme landet som målselskapet, medfører dette et sterkt konserninternt ledelses- og ansattefokus på å oppnå resultater i den oppkjøpte bedriften som også tar hensyn til renteutgiftene.³⁴³

I denne sammenheng kan det spørres hvorvidt opprettelse av en holdingstruktur er et resultat av lovlig skatteplanlegging eller ulovlig skatteomgåelse. Her skal det vises til Rt. 2008 s. 1510, hvor følgende uttales:

“Borgerne har i tilfeller hvor de står overfor valgmuligheter som gir forskjellige skatte- eller avgiftsmessige konsekvenser, ikke plikt til å velge det alternativ som gir høyest skatt eller avgift. Så lenge det alternativ som blir valgt, er reelt og ikke fremstår som forretningsmessig unaturlig, er det fullt lovlig å innrette seg slik at skatten eller avgiften blir lavest mulig.”

³⁴¹ Rt. 2008 s. 1537 (41), Rt. 2008 s. 1510, Rt. 2007 s. 209, Rt. 2006 s. 1232.

³⁴² Liland (2010).

³⁴³ *ibid.* s. 29.

Etter vår oppfatning er opprettelse av en holdingstruktur lovlig skatteplanlegging som ikke kan rammes av den ulovfestede omgåelsesnormen. Dette er fordi det er en rekke hensyn som gjør seg gjeldende ved en slik opprettelse. Det må derfor foreligge særlige omstendigheter før en kan tenkes å vinne frem med en slik tilnærming.

Det kan også tenkes at ligningsmyndighetene anfører at selve lånetransaksjonen er skattemessig illojal fordi den har som eneste funksjon å oppnå rentefradrag. Etter vår oppfatning blir en gjennomskjæring av disse transaksjonene i realiteten å skjære gjennom holdingstrukturen. Vurderingen blir derfor den samme i dette tilfellet.

14.2.3 Ikke hjemmehørende?

Det følger av sktl. § 2-2 at selskaper som er “hjemmehørende” i Norge er skatte-subjekter, hvilket innebærer at de er skattepliktige til Norge, og også har rett på gjeldende skattefradrag. Loven bygger her på et materielt kriterium; det er ikke avgjørende hvor selskapet formelt er stiftet.³⁴⁴ Det avgjørende er hvorvidt selskapets ledelse er i Norge.³⁴⁵ Forarbeidene til bestemmelsen uttrykker følgende:

“Kravet til selvstendig bestyrelse er i praksis stillet lavt. I retts- og ligningspraksis er vilkåret om selvstendig bestyrelse ikke tolket som et krav om at det skal foreligge et eget styreorgan eller lignende. Det er ansett for tilstrekkelig at det er selskapet eller innretningen som har rådigheten over midlene i selskapet mv, og at avgjørelsesmyndigheten i saker med tilknytning til selskapet mv ligger hos det selv eller eierne”³⁴⁶

Som det her fremgår er kravet for skatteplikt etter § 2-2 stilt relativt lavt. Det ville da medføre en uheldig og selektiv tolkning hvis denne bestemmelsen ble tolket annerledes i tilfeller hvor det var mest gunstig sett fra et skatteprovenyaspekt. Det ville domstolene neppe godta.

³⁴⁴ Zimmer (2009b) s. 126.

³⁴⁵ IFA (2006) s. 481.

³⁴⁶ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) s. 34.

15 Referanseliste

15.1 Lovgivning

15.1.1 Grunnlov

Grl. Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814 av 17. mai 1814 (Grunnloven)

15.1.2 Lover

Sktl. 1911 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 18. august 1911 nr. 08 (opphevet)

Gbl. Lov om gjeldsbrev (gjeldsbrevlova) 17. februar 1939 nr 01

Patentl. Lov om patenter (patentloven) av 15. desember 1967 nr. 9

Petrsktl. Lov om skattlegging av undersjøiske petroleumsforekomster m.v. (petroleumsskatteloven). 13. juni 1975 nr 35

Lignl. Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr 24

Kkl. Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58

Asl. Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) 13. juni 1997 nr. 44

Rskl. Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven). 17. juli 1998
nr 56

Sktl. Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26.
mars 1999 nr. 14

15.1.3 Plenarvedtak

Ssv. Stortingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for
inntektsåret 2011 (Stortingets skattevedtak)

15.2 Rettspraksis

15.2.1 Rettstidende

Rt. 1936 s. 833	Allers
Rt. 1939 s. 699	Bækken
Rt. 1940 s. 598	Fornebo
Rt. 1989 s. 296	
Rt. 1992 s. 1588	Loffland
Rt. 1998 s. 383	
Rt. 1998 s. 811	
Rt. 2001 s. 851	Preferansekapital
Rt. 2001 s. 1265	Agip
Rt. 2003 s. 536	Storhaugen
Rt. 2003 s. 1324	
Rt. 2006 s. 1232	
Rt. 2006 s. 1573	Fornbuklinkken
Rt. 2007 s. 1025	Statoil Angola
Rt. 2007 s. 1729	
Rt. 2008 s. 813	
Rt. 2008 s. 1510	
Rt. 2008 s. 1537	

Rt. 2010 s. 790 Telecomputing

15.2.2 Utvalget

Utv. 1989 s. 304 Amoco

Utv. 1989 s. 341 BP Petroleum

Utv. 1997 s. 181 Freia

Utv. 1999 s. 540 Nycomed

Utv. 2004 s. 685 Scribona

15.2.3 EU-dommer

C-212/97 Centros
<http://curia.europa.eu> (22.2.2010)

C-196-04 Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas
<http://curia.europa.eu> (22.2.2011)

C-303/07 Aberdeen Property Fininvest Alpha
<http://curia.europa.eu> (22.2.2011)

15.2.4 Upubliserte avgjørelser

Amerada Hess Eidsivating Lagmannsrett av 28. mars 1989. Amerada Hess Norge A/S mot Staten v/Finansdepartementet. (utskrift mottatt av Borgarting Lagmannsrett 17. februar 2011)

15.3 Forarbeider

15.3.1 Norsk offentlig utredning

NOU 1992:29 Lov om akseselskaper

NOU 1991:25. Lånefinansierte selskapsoppkjøp

15.3.2 Odelstingsproposisjoner

Ot.prp.nr.62 (2006-2007) Skattelovgivningen (internprising) (endringslov)

Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) Skatte- og avgiftsopplegget 2005
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/regpubl/otprp/20042005/otprp-nr-1-2004-2005-/6.html?id=393690>
(22.1.2010)

Ot.prp.nr.1 (2001-2002) Skatte- og avgiftsopplegget 2002 - lovendringer

Ot.prp.nr.86 (1997-1998) Ny skattelov

Ot.prp.nr.26 (1980-1981) Om lov om endringer i lov nr. 8 av 18. august 1911 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) m v.

Ot.prp.nr.19 (1974-1975) Om lov om aksjeselskaper

15.3.3 Innstillinger

Innst.O.nr 10 (2006-2007) Innstilling frå finanskomiteen om skatte- og avgiftsopplegget 2007.

15.4 Uttalelser

Utv. 1997 s. 895 FIN

Utv. 2006 side 122 SfS www.rettsdata.no (31.1.2011)

BFU 69/06 Skattedirektoratet www.skatteetaten.no (24.3.2011)

BFU 21/07 Skattedirektoratet www.skatteetaten.no (24.3.2011)

Utv. 2007 side 1568 FIN www.lovdatabasen.no (22.1.2011)

FIN 29.9.2009 Prinsipputtalelse av Finansdepartementet, 29. september 2009.
http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/andre/brev/prinsipputtalelser_fortolkninger/2009/utenlandske-selskaper-i-eos-som-subjekt-.html?id=578464 (22.1.2011)

Uttalelse fra Skattedirektoratet. Holding 1929 – Fritaksmetoden. Av 18. mars 2010.
<http://www.skatteetaten.no/no/Artikler/2010/Holding-1929---fritaksmetoden/>
(22.1.2011)

Utv. 2010 s.1240 FIN www.lovdata.no (22.1.2011)

15.5 Internasjonalt

15.5.1 OECD

Utk. til Mønsteravtalen 1963 Draft Convention for the Avoidance of Double Taxation With Respect to Taxes on Income and Capital. 21 st of February 1963 (<http://www.taxtreatieshistory.org/>).
(11.4.2011)

Rapporten 1979 Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs on Transfer Pricing and Multinational Enterprises (1979). 16. May 1979. (www.ifbd.org)

OECD (1987) Thin Capitalisation (adopted by the OECD Council on 26 November 1986) (www.oecd.org) (3.1.2011)

Mønsteravtalen Model Tax Convention on Income and on Capital. 2010. (www.oecd.org) (14.1.2011)

Kommentaren	Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention. 2010. (www.oecd.org) (14.1.2011)
Retningslinjene	Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. 22. July 2010 (www.oecd.org) (3.1.2011)
OECD PE (2010)	Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments. 22. July 2010 (www.oecd.org) (4.1.2011)
15.5.2 Traktater	
Wienkonvensjonen	Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969.
15.5.3 Skatteavtaler	
Albania	Overenskomst mellom Kongeriket Norge og Republikken Albania til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebyggelse av skatteunndragelse med hensyn til skatter av inntekt og av formue. 14. oktober 1998. www.regjeringen.no (1.2.2011)
Barbados	Overenskomst mellom Kongeriket Norge og Barbados til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebyggelse av skatteunndragelse med hensyn til skatter av inntekt og av formue. www.regjeringen.no (1.2.2011)
Kina	Overenskomst mellom Kongeriket Norges Regjering og Folkerepublikken Kinas Regjering til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebyggelse av skatteunndragelser med hensyn til skatter av inntekt og formue. www.regjeringen.no (1.2.2011)

- Pakistan Overenskomst mellom Kongeriket Norge og Den Islamske Republikken Pakistan til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebygging av skatteunndragelse med hensyn til skatter og inntekter. www.regjeringen.no (1.2.2011)
- Polen Convention between the Kingdom of Norway and the Republic of Poland for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income. Undertegnet 9. sept. 2009. www.regjeringen.no (1.2.2011)
- Storbritannia Convention between The Government of the Kingdom of Norway and The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital. 12. oktober 2000. www.regjeringen.no (1.2.2011).
- 15.6 Litteratur
- Aall (2004) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utg. Bergen 2004.
- Almvik (2006) Almvik, Fred-Ove og Vegard Kristiansen. *Bedriftsbeskatning i praksis. Sentralskattekontoret for storbedrifter*. 3. utg. Bergen 2006.
- Andenæs (2006) Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 2. utg. Oslo 2006.

- Andresen (2010) Andresen, Svein G. og Per Daniel Nyberg. *Tynn kapitalisering – skattejakt uten kart*. Revisjon og regnskap 2010 nr. 6 side 56.
- Andresen (2011) Andresen, Svein G. og Per Daniel Nyberg. *Tynn kapitalisering – grumsete farvann*. Revisjon og regnskap 2011 nr. 1 side 72.
- Aulstad (2008) Aulstad, Johan Greger. *Ny Høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet (Rt-2008-560)*. Jussens Venner 2008 s. 262. www.lovdata.no (10.2.2011).
- Axelsson (2010) Axelsson, Ulf, Tim Jenkinson, Per Strömberg og Michael S. Weisbach. *Borrow Cheap, Buy High? The Determinants of Leverage and Pricing in Buyouts*. 26. april, 2010. <http://www.sifr.org/PDFs/AJSWApril26.pdf> (3.1.2011).
- Bråthen (2008) Bråthen, Tore. *Selskapsrett*, 3. utg. Oslo 2008.
- Bullen (2008) Bullen, Andreas. *Et skråblikk på Høyesteretts dom i Statoil Angola (Rt 2007 s 1025 Også inntatt i 'Dommer, uttalelser m.v. i skattesaker og skattesporsmål' ('Utv.') 2007 s 1063)*. Publisert i Skatterett 2008 nr. 2. www.idunn.no (11.4.2011).
- Bullen (2010a) Bullen, Andreas. *Arm's length transaction structures: Recognising and restructuring controlled transactions in transfer pricing*. Faculty of Law. University of Oslo, 2010.

- Bullen (2010b) Bullen, Andreas. *“Selskapsfremmede” disposisjoner à la Storhaugen Invest: - Kritisk analyse og raffinert vurderingsmodell basert på OECDs retningslinjer for internprising*. Skatterett 2010 nr. 03. www.idunn.no (2.2.2011).
- Bullen (2011) Bullen, Andreas. *Armlengdeprinsippet – skattemyndighetenes adgang til å restrukturere transaksjoner*. Forlesningsdisposisjon fra det årlige skatterettskurset i Sandefjord, fredag 21. januar 2011. Kursnr. 2011006. Juristenes utdanningscenter.
- Bundegaard (2000) Bundegaard, Jakob. *Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling*. København 2000.
- Bundegaard (2001) Bundegaard, Jakob og Jens Wittendorff. *Armlængdeprincippet & Transfer Pricing*. København 2001.
- ECB (2007) European Central Bank. *Large Banks and Private Equity-sponsored leveraged buyouts in the EU*. April 2007. s. 9 <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/largebanksandprivateequity200704en.pdf> (11.1.2011).
- Farstad (2010) Farstad, Snorre. *Er tilknytningskravet etter sktl. § 2-38 tredje eller femte ledd strengere enn tilknytningskravet i EØS-avtalens regler om etableringsrett? - Forholdet mellom EF-domstolens avgjørelser i Aberdeen og - Cadbury Schweppes*. Publisert i Skatterett 2010 nr. 2 side 158.
- Fleischer (2000) Fleischer, Carl August. *Folkerett*. 7. utg. Oslo 2000.

- Giertsen (1996) Giertsen, Johan. *Selskapsfinansierte aksjeerverv. Kan et selskap stille midler til rådighet for erverv av aksjer i selskapet?* Bergen 1996.
- Giertsen (2002) Giertsen, Johan. *Selskapsfinansierte aksjeerverv: Aksjeloven og allmennaksjeloven § 8-10.* Publisert i Revisjon og Regnskap 2002 nr 6 side 18.
www.lovdatab.no (12.01.2011).
- Gjems-Onstad (2008) Gjems-Onstad, Ole. *Norsk Bedriftsskatterett.* 7. utg. Oslo, 2008.
- Harboe (2003) Harboe, Einar. *Egen bolig i aksjeselskap – Høyesteretts dom av 30. april 2003.* Publisert i Skatterett 2003 side 115. www.lovdatab.no (1.2.2011).
- Henriksen (2010) Henriksen, Carl Fredrik og Mette Granheim. *Trender innenfor internprising – Fokus og finansielle transaksjoner.* www.idunn.no (3.1.2011).
- Hærem (1990) Hærem, Axel. *Skatteproblemer ved selskapsfinansiering – tynn kapitalisering.* Utv. 1990 s. 1198-1229.
- IFA (1996) International Fiscal Association. *International Aspects of Thin Capitalization.* 50 th Congress of the International Fiscal Association, Geneva Congress 1996, Volume LXXXIb.
- IFA (2000) International Fiscal Association. *Tax treatment of hybrid financial instruments on cross-boarder transactions.* 54 th Congress of the International Fiscal Association, Munich Congress 2000. Volume LXXXVa.

- IFA (2004) International Fiscal Association. *Double non-taxation*. 58 th Congress of the International Fiscal Association, Vienna Congress 2004. Volume 89a.
- IFA (2006) International Fiscal Association. *New tendencies in tax treatment of cross-boarder interest of corporations*. 60 th Congress of the International Fiscal Association, Amsterdam Congress 2006. Volume 91a.
- IFA (2008) International Fiscal Association. *New tendencies in tax treatment of cross-boarder interest of corporations*. 62 th Congress of the International Fiscal Association, Brussels Congress 2008. Volume 93b.
- Jansen (2005) Jansen, Jan B. og Rune T. Andersen. *IBDF VOL. 45 NO. 9/10 september/october 2005, European Taxation, s. 442-444*.
- Kristiansen (2002) Kristiansen, Vegard og Harry A. Veum. *Hybridfinansiering av aksjeselskaper – Høyesteretts dom i "banksakene", jfr Rt.2001 s. 851*. Publisert i Skatterett 2002 nr. 2. www.idunn.no (7.3.2011).
- Kvinge (2008) Kvinge, Lars Stakston. *Hybridfinansiering av aksjeselskaper; særskilt om den skatterettslige grensen mellom egenkapital og gjeld*. Publisert i Skatterett 2008 nr. 1. www.idunn.no (3.1.2011).
- Lange (2010) Lange, Frank og Hanne Flood. *Tynn kapitalisering uten safe harbour-regel*. Revisjon og regnskap 2010 nr. 8. http://revreg.pdc.no/index.php?seks_id=135033&element=artikkel (23.2.2011).

- Liland (2002) Liland, Anders H. og Espen Nordbø (red.). *Internasjonal Skattekåndbok*, Oslo 2002.
- Liland (2010) Liland, Anders H. *Holdingselskapers rentebetalinger til utlandet på konserninterne lån – grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring?* Publisert i Skatterett 2010 nr. 1 s. 17. www.idunn.no (6.1.2011).
- Løchen (1991) Løchen, Håkon. *Tynn kapitalisering – skatteloven § 54 første ledd*. Publisert i Skatterett 1991 nr. 4 side 444. www.lovdatab.no (3.1.2011).
- Matre (2000) Matre, Hugo P. *Utbyttefinansierte aksjeerverv*, LoR 2000 side 165. www.lovdatab.no (12.1.2011).
- Pedersen (2010) Pedersen, Bente Huber og Frode Arvenes. *Tynn kapitalisering og gjeldsfinansierte oppkjøp*. Revisjon og regnskap 2010 nr. 8. http://revreg.pdc.no/index.php?seks_id=134859&element=artikkel (23.2.2011).
- Reiten (2001) Reiten, Narve og Erlend Sundstrøm. *En praktisk tilnærming til lånefinansierte oppkjøp*. I: Magma. Publisert 2/2001. <http://www.magma.no/?nid=183432> (3.1.2011).
- Ruud (2006) Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*, 3. utg. Oslo 2006.
- Skaar (2006) Skaar, Arvid Aage (red.). *Internasjonal skatteavtalerett*, Oslo 2006.

- Skoghøy (2002) Skoghøy, Jens Edvin. *Domstolenes kompetanse til å prøve ligningsvedtak som bygger på skjønn*. Publisert i Tidsskrift for rettsvitenskap 2002 side 109. www.lovdata.no (19.1.2011).
- Sollund (1984) Sollund, Stig. *Inntektsbeskatning av multinasjonale foretak – Regler om Transfer Pricing i skatteavtalene*. Publisert i Skatterett 1984 side 163. www.lovdata.no (3.1.2011).
- Sveen (2010) Sveen, Robert og Odd Erik Johansen. Private Equity in 33 jurisdictions worldwide 2010, editor Casey Cogut. s. 219-223.
- Sørdal (2004a) Sørdal, Ulf H. *Internprising i praksis del I. Internprising – rettslige rammer og prissettingen*. Revisjon og regnskap 2004 nr. 5. http://revreg.pdc.no/index.php?seks_id=19778&element=artikkel (15.2.2011).
- Sørdal (2004b) Sørdal, Ulf H. *Internprising i praksis del II*. Revisjon og regnskap 2004 nr. 6. http://revreg.pdc.no/index.php?seks_id=21392&element=artikkel (15.2.2011).
- Sørdal (2011) Sørdal, Ulf og Arne Hjertholm. *Kommentar til artikkel i RR nr. 8 2010: Tynn kapitalisering og Skatteetatens ønsketenkning*. Revisjon og regnskap 2011 nr. 2.
- Thoresen (2004) Thoresen, Anders, Korsvold, Thor Kristian. *Gjeldsfinansierte oppkjøp – det er fali' det!* Publisert 11. februar 2004.

<http://www.lederkilden.no/topp/vis?&contentItemId=947070> (3.1.2011).

- Yates (2010) Yates, Geoff, Hinchliffe, Mike. *A Practical Guide to Private Equity Transactions*. 1. utg. Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Zimmer (2004) Zimmer, Frederik. *Høyesterettsdommer i skattesaker 2003 del II*. Skatterett 2004 s. 341. www.lovdata.no (01.02.2011).
- Zimmer (2009a) Zimmer, Fredrik. *Lærebok i Skatterett*. 6. utg. Oslo, 2009.
- Zimmer (2009b) Zimmer, Fredrik. *Internasjonal inntektskatterett*. 4. utg. Oslo, 2009.
- Zimmer (2010) Zimmer, Fredrik (red.) i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen. *Bedrift, selskap og skatt. Skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere*. 5. utg. Oslo, 2010.

15.7 Avisutklipp

Dagens Næringsliv mandag 27. september 2010 s. 8 (papirutgaven).