

TYNN KAPITALISERING

Skattemotivert tilpasning av lån og egenkapital

Kandidatnr: 249

Veileder: Frederik Zimmer

Leveringsfrist: 25.04.2005

Til sammen 17.897 ord

23.04.2005

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	PRESENTASJON AV PROBLEMSTILLINGEN	1
1.2	AVGRENSNING AV OPPGAVEN	2
1.3	RETTSKILDEBRUK	3
1.4	OVERSIKT OVER DEN VIDERE FREMSTILLING	4
2	<u>TYNN KAPITALISERING SOM SKATTERETTLIG PROBLEM</u>	5
2.1	INTERNPRISING	5
2.2	FINANSIERING AV DATTERSELSKAP I NORGE	6
2.3	KONSEKVENSEN AV VALGET AV LÅNEFINANSIERING	7
2.4	TRANSAKSJONENS REELLE INNHOLD	9
3	<u>SKATTELOVEN OG TYNN KAPITALISERING</u>	13
3.1	LOVFESTET GJENNOMSKJÆRING	13
3.2	ARMLENGDEPRINSIPPET	14
3.3	REKKEVIDDEN AV SKATTELOVEN § 13-1	15
3.4	OMKLASSIFISERING I RETTSPRAKSIS	17
3.4.1	GRÆNSEN	18
3.4.2	KRISTIANIA HYPOTEK- OG REALKREDITBANK	18
3.4.3	BÆKKEN & CO	19
3.4.4	FORNEBO	22
3.4.5	AMERADA HESS	27
3.4.6	AMOCO	29
3.4.7	BRITISH PETROLEUM	31
4	<u>VILKÅR FOR OMKLASSIFISERING ETTER § 13-1</u>	33
4.1	INNLEDNING	33
4.2	VILKÅRENE	33
4.2.1	INTERESSEFELLESKAP	33
4.2.2	INNTEKTSREDUKSJON	35

4.2.3	ÅRSÅKSSAMMENHENG	41
4.3	BEVISBYRDEREGELEN	44
4.4	RETTSVIRKNING	45
4.5	RETNINGSLINJER FOR SKJØNN	47
5	<u>PETROLEUMSKATTELOVEN OG TYNN KAPITALISERING</u>	50
6	<u>INTERNASJONALE BEGRENSENINGER</u>	53
6.1	OECD	53
6.2	EØS	55
7	<u>SVENSK OG DANSK LOVGIVNING</u>	59
7.1	SVERIGE	59
7.2	DANMARK	61
8	<u>SAMMENFATNING</u>	63
9	<u>LITTERATURLISTE</u>	67
10	<u>VEDLEGG</u>	A

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstillingen

Denne spesialoppgaven behandler de grunnleggende skatterettslige problemstillinger som oppstår ved tynt kapitaliserte selskap og de rettsreglene som regulerer slike problemstillinger i Norge samt en oversikt over hvordan Sverige og Danmark har løst tilsvarende problem.

Tynn kapitalisering er en direkte oversettelse av det amerikanske begrepet "*Thin Capitalization*",¹ som kan sies å være et mål på hvor stabilt et selskap er finansiert. Med tynn kapitalisering forstås skattemotivert tilpasning av lån og egenkapital (aksjekapital), og disse skattespørsmål "*are sometimes referred to, though rather loosely, as problems of 'thin capitalization'*".² Et annet begrep for det samme forhold er underkapitalisering eller lav kapitalisering.³ Aksjeselskap er tynt kapitalisert når de ved aksjonærenes disposisjoner har blitt lånefinansiert ut over det som synes forretningsmessig rimelig og naturlig. De er følgelig utrustet med utilstrekkelig egenkapital for den aktuelle virksomhet. Det er forholdet mellom gjeld og egenkapital som er det grunnleggende i denne sammenheng.

Skatterettslige problemstillinger kan oppstå fordi selskapsretten oppstiller relativt vide grenser for eiernes adgang til å velge finansieringsform. Et selskap kan finansieres ved innskyting av egenkapital eller tilførsel av gjeld. Fordelingen mellom disse finansieringsformene kan få store skattemessige konsekvenser. Det sentrale er at det ligger konsernbetraktninger til grunn og ikke nødvendigvis betraktninger som er til det beste for det enkelte selskap.⁴ Et vesentlig moment ved sontringen mellom gjeld og egenkapital er at utbytte som utgangspunkt ikke er fradragsberettiget ved

¹ Fløystad, 1990, s. 53.

² OECDs mønsteravtale 1997 BD s R (4)-3.

³ Se for eksempel Løchen, 1982, s. 72.

⁴ Fløystad, 1990, s. 53.

inntektsbeskatningen i Norge, mens rentebetalinger er fradragsberettigede. Med dette utgangspunkt kan det tenkes situasjoner der skattemotivert gjeldsfinansiering blir gjennomført i Norge. Selskapets kapitalbehov finansieres gjennom uforholdsmessig stor fremmedkapital i form av lån fra et morselskap eller av en tredjepart, men med morselskapets garanti.

For skattemyndighetene vil det uavhengig av selskapsrettens klassifisering, være spørsmål om transaksjonen skatterettslig skal anses som gjeld eller egenkapital. Selv om kapitaltilførselen etter det underliggende forhold har karakter av gjeld, kan det derfor reises spørsmål om transaksjonen skatterettslig skal klassifiseres som egenkapital i den utstrekning låntakeren ikke ville ha vært i stand til å oppnå tilsvarende lån uavhengig av interessefellesskapet med långiver.

Spørsmålene om tynn kapitalisering har fått vesentlig større betydning i takt med den økende internasjonaliseringen av økonomien, men problemstillingen om tynn kapitalisering er ikke ny i norsk skattepraksis. Et tilfelle av tynn kapitalisering gjorde at Finansdepartementet i 1910 foreslo⁵ å innta regelen i skatteloven⁶ § 54.1 for landet og § 46.1 for byene:⁷

”Naar ligningsvæsenet varsles gjennom et utvilsomt tilstedeværende betydelig misforhold – navnlig virksomhetens eller kreditens store omfang i forhold til kapitalens eller indtægtens ringhet – kan der i virkeligheten ofte med stor sikkerhet sluttes til en skjult interessents tilstedeværelse. Derimot er det oftest særdeles vanskelig eller umulig for ligningsvæsenet at skaffe nærmere rede paa, hvorledes det hele er arrangert.”⁸

1.2 Avgrensning av oppgaven

Problemstillinger knyttet til tynn kapitalisering kan forekomme uavhengig av om mor- og datterselskapet er norske eller utenlandske. Denne spesialoppgaven avgrenser seg til problemstillinger der norske datterselskap blir underkapitalisert av morselskap hjemmehørende i utlandet.

⁵ Ot.prp. 43 1910.

⁶ Lov av 18. august 1911 nr. 08.

⁷ Bakka, 1990, s. 7.

⁸ Ot.prp. 43 1910 s. 26.

Det vil videre i denne oppgaven avgrensnes mot to lignende situasjoner som økonomisk sett har en del til felles med tynn kapitalisering.

Den første avgrensningen er tilfeller der partene har avtalt en rentesats som ligger over markedsrenten. Slike tilfeller vil også kunne svekke skattefundamentene i datterselskapets hjemstat, men spørsmålet er vanligvis omtalt som riktig prissetting ved transaksjoner mellom selskap i interessefellesskap, ofte omtalt som internprising. Det vil kort bli redegjort for forholdet mellom internprising og tynn kapitalisering.

Den andre avgrensningen av oppgaven går ut på at det ikke vil bli drøftet tilfeller av leasing eller andre tilfeller hvor selskapet har leid et driftsmiddel i stedet for å lånefinansiere det. På grunn av ulike regnskapsregler kan dermed gjelden i selskapet bli skjult gjennom ulike leasingavtaler, og følgen blir at selskapets egenkapitalprosent blir høyere.⁹ Reglene om tynn kapitalisering kan tenkes brukt på slike tilfeller også, men jeg vil i det følgende ikke drøfte denne problemstillingen nærmere.

1.3 Rettskildebruk

Lovteksten er den viktigste rettskilden i skatteretten. Legalitetsprinsippet kommer inn og setter grenser for hvor langt vekk fra ordlyden en tolkning kan strekke seg. Her er forutberegnelighet for skattyteren et viktig hensyn.

Lovforarbeider har ofte stor vekt som rettskilde i skatteretten, men her som ellers må senere praksis vurderes mot denne.

Høyesterettspraksis er en viktig rettskilde. Den sentrale høyesterettsdom i forhold til spørsmål om tynn kapitalisering er Fornebo-dommen.¹⁰ Underrettspraksis har ikke så stor vekt som avgjørelser fra Høyesterett. Flere saker fra lavere domstoler vil likevel i denne oppgaven bli benyttet til å belyse problemstillingen fordi sakene aldri er blitt behandlet av Høyesterett. Årsaken var enten at sakene ikke ble anket eller at anken ble

⁹ Bakka, 1990, s. 10.

¹⁰ Rt.1940.598.

nektet fremmet. Underrettspraksis og andre vedtak fra skattesaker publiseres i Dommer og uttalelser m.v. i skattesaker (Utv.), slik at tilgjengeligheten er bedre enn på mange andre rettsområder.

I tillegg til dette kommer hensyn som konsekvens og harmoni i lovstoffet, formålet med regelen og hensynet til forutberegneligheten for skattyter i tillegg til hensynet til å unngå dobbeltbeskatning. I denne oppgaven vil jeg forsøke å trekke frem de sentrale rettskildene med fokus på høyesterettspraksis. Der rettskilder av lavere vekt som uttalelser og underrettspraksis kan illustrere problemstillingen og forhold som ikke er tilstrekkelig klargjort av Høyesterett, vil jeg også ta for meg disse.¹¹

1.4 Oversikt over den videre fremstilling

Spesialoppgaven er delt inn i åtte hovedkapitler, inkludert dette innledningskapitlet. I de to neste hovedkapitler settes fokus på hovedtrekkene i internprisproblematikken med hovedvekt på tynn kapitalisering. Deretter presenteres og drøftes sentral lovgivning med eksempler fra rettspraksis. Det vil så bli redegjort for spørsmål i tilknytning til Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling (OECD) og avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), samt for tilsvarende lovgivning i våre naboland. Spesialoppgaven avsluttes med en sammenfatning.

¹¹ Smith, 2003, s. 5.

2 Tynn kapitalisering som skatterettslig problem

2.1 Internprising

Tynn kapitalisering er en del av internprisproblematikken som er en aktuell og viktig problemstilling i skatteretten. Internprising vil si fastsettelse av priser på ytelser i transaksjoner mellom parter med interessefellesskap. For multinasjonale konsern vil internprising på tvers av landegrenser være spesielt aktuelt. Slike konsern står for en stor del av verdenshandelen, og konsernintern prisfastsettelse kan innebære betydelige forskyvninger av skattefundamentene mellom landene.

I skattemessig sammenheng er et hovedprinsipp i internprisingsspørsmål at transaksjoner og priser mellom parter med interessefellesskap skal avtales som mellom uavhengige parter. I forhold til skattleggingen kan partene inngå avtaler seg i mellom som fører til at begge selskapene oppnår en gunstigere skattesituasjon. Ved å avtale priser som avviker fra markedspris kan partene flytte inntekter til land med lav beskatning og føre utgiftene til land med høy beskatning.

Skatterettslige problemstillinger om internprising kan oppstå i mange varianter. Det kan skilles mellom tre hovedgrupper.

Første hovedgruppe omfatter typiske internprisingssituasjoner der to konserndeltagere kjøper varer og tjenester av hverandre. Spørsmålet er om det er satt riktig pris på varene og tjenestene, slik at skattleggingen blir mest mulig lik den uavhengige parter ville avtalt. For eksempel kan det norske datterselskap selge varer til det utenlandske morselskap til en pris som ligger høyere enn det konkurrentene måtte betalt. På denne måten får konsernet flyttet en del av inntektene til norsk beskatning. Motsatt kan de sette prisen lavere enn markedspris slik at de får flyttet en del av beskatningen ut av Norge. Da kan konsernet utnytte ulikheter i selskapsbeskatningen i forskjellige stater.

Andre hovedgruppe omfatter situasjoner der konsernet må fordele felles omkostninger. For eksempel betaler morselskapet kostnader til regnskap og internkontroll for hele konsernet. Kostnadene må fordeles på de ulike selskapene i konsernet. Konsernet kan fordele kostnadene skjevt, med skattebesparelser som formål.

Tredje hovedgruppe omfatter en mer indirekte form for internprising. Tynn kapitalisering anvendes på tilfeller der et datterselskap er konsernfinansiert med lite egenkapital og mye gjeld. Uten konserntilknytningen hadde selskapet normalt måttet velge en annen finansiering som ville gitt mindre fradragsrett og dermed høyere skatter.¹² Tynn kapitalisering hører derfor med til internprisproblematikken siden det skjer en overføring av skattefundamenter.

2.2 Finansiering av datterselskap i Norge

Når et utenlandsk morselskap skal etablere virksomhet i Norge, er flere konsernmodeller aktuelle. Etablering av filial eller aksjeselskap er det mest aktuelle. I større forhold er det vanligst at virksomhet i andre stater drives gjennom datterselskaper. Men spesielt innen bank og annen finansnæring er virksomhet gjennom filialer i andre land utbredt.¹³ Velges aksjeselskapsformen, er det norske datterselskap et selvstendig aksjeselskap og skal som utgangspunkt skattlegges som om det var et uavhengig selskap. Mor- og datterselskapet utgjør da et konsern, se aksjeloven¹⁴ § 1-3. Selskapene eies av de samme interesser, og det vil derfor foreligge et interessefellesskap.

Valget av finansiering av norske datterselskap beror på en rekke økonomiske overveielser.

I norsk rett betaler ikke aksjonærene eller selskapet skatt ved innskyting av egenkapital. I enkelte land, som for eksempel i Nederland, er det derimot lovfestet en skatt på 1 % på slike transaksjoner.

¹² Zimmer, 2003, s. 179.

¹³ Zimmer, 2003, s. 133.

¹⁴ Lov av 13. juni 1997 nr. 44.

For et selskap som må låne på det åpne kredittmarked, vil mulighetene for å få lån være avhengig av selskapets kredittverdighet. Kredittverdigheten vil i seg selv være avhengig av en rekke faktorer.

Datterselskap som blir gjeldsfinansiert av morselskapet, behøver ikke ha tilsvarende kredittverdighet. Morselskapet som långiver har ikke samme behov for sikkerhet som en ekstern långiver. Av skattemessige hensyn kan det derfor være viktig å vurdere fradragsretten for gjeldsrenter på konserninterne lån mer inngående.

Eneste krav til egenkapital ved etablering av aksjeselskap i Norge er minimumsbeløpet i aksjeloven § 3-1. Ved inngangen av 2005 er beløpet satt til NOK 100.000.¹⁵

En rekke land har regler som skal motvirke provenytnap grunnet uthuling av nasjonale skattegrunnlag som oppstår ved at konsern henter tilbake overskudd og samtidig får trekke fra gjeldsrentene som utgift.¹⁶ Derfor er det i flere jurisdiksjoner innført minimumskrav til forholdet mellom gjeld og egenkapital. Reglene er oftest utformet som et forholdstall eller en faktor. Et eksempel på dette er den danske regel som er utformet som en 4:1 faktor.¹⁷ Det innebærer at den danske skattyter må ha minimum 25 % egenkapital i forhold til totalkapitalen for å bli godskrevet fullt gjeldsrentefradrag. Det betyr at i forholdet mellom egenkapital og gjeld, må egenkapitalen utgjøre minst 20 %. Som vi skal se i det følgende er det i Norge bare i petroleumsbeskatningen at det er innført faktorregler for forholdet mellom egenkapital og gjeld.

2.3 Konsekvensen av valget av lånefinansiering

Et aksjeselskap skattlegges på grunnlag av sitt overskudd. Overskuddet utgjør differansen mellom inntekter og kostnader. For at det norske datterselskap skal ha skatteplikt til Norge, kreves det at norsk rett gir hjemmel til beskatning og at Norge ikke har gitt avkall på beskatningsrett i skatteavtale. Norsk beskatning av et utenlandsk morselskap er tilsvarende avhengig av norsk hjemmel og at Norge ikke har gitt avkall på beskatningsrett i skatteavtale med hjemstaten til morselskapet. Foreligger det ikke

¹⁵ Aksjeloven § 1-3.

¹⁶ For eksempel Polen, Spania, Canada, Japan, Frankrike og Storbritannia.

¹⁷ Selskabskatteloven § 11.

skatteavtale, er norsk rett avgjørende for skatteplikten til Norge selv om det eventuelt leder til internasjonal dobbeltbeskatning.¹⁸

Når morselskap A gjeldsfinansierer sitt norske datterselskap, betaler datterselskapet gjeldsrenter på lånet. Ved ligningen i Norge får datterselskapet fradragsføre gjeldsrentene de betaler til morselskapet, jf. skatteloven § 6-40 første ledd. Slik får datterselskapet et lavere beregningsgrunnlag for den norske selskapsskatten.

Det er som hovedregel ingen forskjell i fradragsretten for et norsk datterselskap om gjeldsrentene er betalt til en långiver i Norge eller i utlandet. Det vil si at om morselskapet selv har gitt lånet eller om morselskapet for eksempel har stilt garantier slik at en norsk eller utenlandsk tredjepart har gitt lånet til det norske datterselskap, ikke er avgjørende for fradragsretten.

I forhold til det utenlandske morselskap er det ingen regel om gjeldsrenteinntekter i norsk rett. Det er derfor ikke hjemmel for å beskatte en utenlandsk kreditor for renteinntekter fra norsk debitor.

Alternativt kunne morselskap B finansiere datterselskapet med egenkapital. Datterselskapet vil da overføre overskuddet til morselskapet i form av aksjeutbytte. Det utbetalte aksjeutbytte er ikke fradragsberettiget hos det norske datterselskap, da det ikke er hjemmel i norsk rett for slikt fradrag.

I tillegg skal aksjeutbytte som betales fra norsk datterselskap til et utenlandsk morselskap beskattes i Norge, jf. skatteloven § 2-3 første ledd bokstav c.¹⁹ Etter Stortingets skattevedtak for inntektsåret 2005 (SSV)²⁰ § 3-5 fjerde ledd skal skattesatsen være 25 %, men i skatteavtalene er beskatningsretten gjerne delt mellom statene. Norge som kildestat er vanligvis gitt rett til å gjennomføre en viss beskatning, gjerne med en sats på 15 %, ²¹ men med lavere sats i mor- og datterselskapsforhold.²² Disse reglene innebærer at Norge som hjemstat for datterselskapet og kildestat for utbyttet har gitt

¹⁸ Zimmer, 2001, s. 492.

¹⁹ Zimmer, 2001, s. 494.

²⁰ Stortingets skattevedtak, med hjemmel i Grunnloven § 75.

²¹ Se NSA art. 10 nr. 3.

²² Se NSA art. 10 nr. 3.

avkall i skatteavtalene på noe av den beskatningsrett som følger av reglene i norsk intern rett.²³

Med denne begrunnelse er det derfor et behov for å regulere tilfeller der interessefellesskapet har påvirket selskapets regnskapsføring.

EF-domstolen omtaler problemstillingen i Lankhorst-Hohorst-dommen og uttaler:

”Under i øvrigt samme omstendigheter vil det skattemæssigt være mere fordelagtigt, at et datterselskab finansieres ved hjælp af lån end ved kapitalindskud. I så fald overføres datterselskabets overskud til moderselskabet i form af renter, der er fradragsberettigede ved beregningen af datterselskabets skattepligtige overskud, og ikke i form af ikke-fradragsberettiget udbytte. I tilfælde, hvor datterselskabet og moderselskabet har hjemsted i forskellige lande, vil skattetilsvaret dermed kunne overføres fra ét land til et andet.”²⁴

Når EF-domstolen trekker frem muligheten for å flytte inntekter mellom ulike stater, er det flere ulike situasjoner som legges til grunn. Spesielt aktuelt er situasjonen når et morselskap finansierer en virksomhet i et utenlandsk datterselskap med lån i stedet for kapitalinnskudd. Det kan være skattemessig fordelaktig om gjeldsrentefradraget gjøres i et land med høy skattesats, samtidig som långiveren beskattes for renteinntekten eller aksjeutbytte i et lavskatteland.²⁵ På denne måten kan konsernet få overført deler av beskatningen til en annen skattejurisdiksjon.

2.4 Transaksjonens reelle innhold

Den første problemstilling som må drøftes, er om kapitaltilførselen skal klassifiseres som gjeld eller egenkapital etter sitt egen privatrettslige innhold. På grunn av oppgavens omfang vil jeg begrense meg til å gi en oversikt over problemstillingen.

Det er ikke nødvendig for skattemyndighetene å gå veien om omklassifisering, hvis realiteten er at finansieringen som partene har betegnet som lån, skal behandles som egenkapital. Det sentrale for skattemyndighetene blir å fastslå om finansieringen privatrettslig er gjeld eller egenkapital. Det er en totalvurdering av avtaleforholdet

²³ Zimmer, 2001, s. 495.

²⁴ C-324/00 (34).

²⁵ Pelin, 2000, s. 90.

mellom partene som kan tilsi at det som formelt er gitt betegnelsen gjeld, reelt må bedømmes som egenkapitaltilskudd. Ved bedømmelsen av kapitaltilførselens reelle innhold må det legges vekt på hva som er karakteristisk for fremmedkapital i motsetning til egenkapital.²⁶

Begrepene gjeld og egenkapital er ikke definert i skatte- eller aksjeloven. Man må skille mellom de juridiske og de økonomiske ulikhetene ved begrepene. I teorien har Aarbakke omtalt de regnskapsmessige definisjonene på gjeld og egenkapital. Han benytter uttrykkene fremmedkapital og egenkapital. Aarbakke skriver om fremmedkapital:

”som fremmedkapital må regnes alle poster hvor det foreligger en betalingsforpliktelse som ikke er begrenset til en andel i differansen mellom de eiendeler og de forpliktelser som er tilknyttet debitors virksomhet på et bestemt tidspunkt, for eksempel ved likvidasjon av eller utløsning fra virksomheten. Til fremmedkapital hører altså alle forpliktelser som kan kreves dekket i debitors alminnelige formue eller i bestemte eiendeler som debitor eier – typisk pant.”²⁷

Om egenkapital skriver Aarbakke videre:

”egenkapital er på den annen side forpliktelser som ikke kan kreves dekket som nevnt, men er begrenset til en andel i differansen mellom eiendeler og forpliktelser knyttet til debitors virksomhet på et gitt tidspunkt.”²⁸

Det må foretas en helhetsvurdering av om det som er betegnet som gjeld, i realiteten er et egenkapitalinnskudd. I helhetsvurderingen vil en rekke momenter legges til grunn for vurderingen av den enkelte transaksjon. Dette er egentlig en regnskapsmessig og selskapsrettslig vurdering, men danner grunnlag for den skatterettslige vurderingen.²⁹ Det er imidlertid viktig å poengtere at heller ikke regnskapsrettslig vil man utelukkende legge vekt på partenes betegnelser, men også her skal det gjøres en vurdering.

Aarbakke har også fremhevet de mest karakteristiske kjennetegnene for egenkapital:

²⁶ Fløystad, 1990, s. 55.

²⁷ Aarbakke, 1982, s. 99.

²⁸ Aarbakke, 1982, s. 99.

²⁹ Løken, 1996, s. 73.

”a) Det typiske ved låneforhold er at det er avtalt noe om forfallstid, (...) For egenkapital vil tilfellet være et annet: vanligvis vil flertallet av eierne bestemme når egenkapital skal betales tilbake.(...)

b) I et låneforhold vil det normalt være gitt hvor mye som skal betales tilbake.(...)

c) (...)i en insolvenssituasjon: Den som har skutt inn egenkapital vil bare kunne få tilbake noe dersom det er noe igjen etter at all gjeld er dekket (...)

d) Den som skyter inn kapital i et foretak forventer å få avkastning av denne kapital. I et låneforhold vil det normalt avtales at en bestemt rente skal betales (...)

e) (...) det som er karakteristisk for den som har tilført egenkapital i et foretak er at vedkommende har hatt vil normalt ta en større risiko enn den som gir et lån (...)

f) Den som har skutt inn kapital i et foretak vil kunne få rett til innsyn i, kontroll med og innflytelse på foretakets virksomhet (...)³⁰

Det vil være en glidende overgang fra denne vurderingen til vurderingen skatteloven § 13-1 foreskriver. Aarbakkes punkter gjelder blant annet måten som kapitalen er tilført på og mange av de samme momentene er viktige å ta med i vurderingen når mulighetene for låneopptak i det frie markedet skal vurderes etter § 13-1.

Aarbakkes vurdering støttes av Fløystad i hans artikkel i Regnskap og Revisjon, men poengterer at ingen av disse momentene bør tillegges avgjørende betydning, men være deler av en helhetsvurdering.³¹

Helhetsvurderingen vil innholde en rekke momenter, der låneavtalen er av stor betydning. Hvis det for eksempel fra morselskapet ytes et usikret lån på NOK 100 millioner med rente- og avdragsfrihet i 50 år, og med rett til å konvertere til aksjer, ville skattemyndighetene raskt kunne komme til at dette er vilkår som innebærer at de ser på hele lånet som aksjekapital eller egenkapital, og nekte rentefradrag helt eller delvis. Det er et vesentlig poeng at dette kan skattemyndighetene gjøre uavhengig av om selskapet er tynt kapitalisert.

Videre vil et moment være om det er avtalt en rentesats som varierer med selskapenes økonomiske utvikling. Er renten for eksempel gjort avhengig av låntagers økonomiske

³⁰ Aarbakke, 1982, s. 99.

³¹ Fløystad, 1990, s. 55.

utvikling, kan det indikere at långiver har innskutt kapital istedenfor et lån. Omvendt kan avtalen avhenge av låntagers økonomiske utvikling. Dette kan være et moment for at långiver er deltager og ikke kreditor til selskapet.

Er partene ikke kommet til enighet om en nedbetalingsplan, skal det ikke være avgjørende i seg selv for spørsmålet om transaksjonen er lån eller egenkapital. Tilsvarende vil gjelde om det foreligger utilstrekkelig eller uvanlig sikkerhet for lånet.

Videre kan et moment være om tilbakebetalingstidspunktet på lånet er avtalt langt frem i tid. Dette medfører at kapitalen er bundet til selskapet over en lang periode og ligner mer på innskutt egenkapital enn et tradisjonelt lån. Risikoen for at långiver ikke kan tilbakebetale, blir også aktuell. I forhold til andre kreditorer ligner finansieringen da mer på egenkapital enn på lån.

I den videre fremstilling forutsettes det at selskapet enten reelt eller i alle fall for skatteformål har en forholdsmessig stor andel lånefinansiering i forhold til egenkapitalen. Spørsmålet er om lånet kan omklassifiseres til egenkapital for skatteformål.

3 Skatteloven og tynn kapitalisering

3.1 Lovfestet gjennomskjæring

Tynn kapitalisering regnes som en sentral problemstilling under skatteloven § 13-1.³² Det er ingen legaldefinisjon av tynn kapitalisering i norsk lov. Det er heller ikke en egen bestemmelse som regulerer disse tilfellene i skatteloven. Skatteloven § 13-1 er en generell gjennomskjæringsbestemmelse for inntektsreduksjoner som følge av interessefellesskap mellom parter.

Anvendelsesområdet for den lovfestede gjennomskjæringsbestemmelsen i skatteloven § 13-1 er vidt. Bestemmelsen grenser opp mot, og overlapper til dels, den ulovfestede omgåelsesstandard.

Skatteloven § 13-1 kan brukes om de typiske internprisingstilfellene, men rekker til dels langt lengre.³³ Bestemmelsen i § 13-1 kan ses på som en presisering av skattelovens alminnelige regler om hvem som skal tilordnes skattepliktig inntekt og formue. § 13-1 er ingen hjemmel for skatteplikt, men derimot en korrigeringsregel som skal bidra til at prinsippene i § 5-1 første ledd: *”fordel vunnet ved virksomhet”* og § 6-1 første ledd: *”kostnad som er pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt”* blir oppfylt.³⁴

I forarbeidene til den nye skatteloven av 1999 ble det forutsatt at den nye § 13-1 skulle være en videreføring av § 54.1 i skatteloven av 1911.³⁵ Det forutsettes derfor at praksis og teori om § 54 er anvendelig ved tolkningen av § 13-1 sitt anvendelsesområde.

³² Gjems-Onstad, 2003, s. 1401.

³³ Gjems-Onstad, 2003, s. 1399.

³⁴ Brudvik, 2003, s. 102.

³⁵ Ot.prp. 86 1997/1998.

Formålet med bestemmelsen er å motvirke enkelte typer omgåelser av skattelovgivningen. Først og fremst gjelder dette omgåelser ved at inntekts- eller formuesposter søkes overført fra en skattyter til en annen ved skjev prissetting. Bestemmelsen er kun en av flere omgåelses- eller gjennomskjæringsregler. Omgåelses- eller gjennomskjæringsregler innebærer at transaksjonen eller forholdet får andre rettsvirkninger enn skattyteren har søkt å oppnå. Bakgrunnen for at forholdet får andre rettsvirkninger enn skattyteren har søkt å oppnå, er hovedsakelig at resultatet ellers ville fremstå som urimelig og i strid med lovgivers intensjon.

Det foreligger også enkelte bestemmelser i særlovgivningen som regulerer tynn kapitalisering. Den nåværende lovgivningen for skattlegging av petroleumsvirksomhet ble vedtatt i 1975. Med lovendringen i 1994 ble det i § 3 h innført en minimumsgrense på 20 % egenkapital for selskaper som omfattes av lovgivningen. Denne hjemmelen regulerer tilfeller av tynt kapitaliserte selskaper direkte.

Den videre fremstilling må derfor skille mellom selskaper som reguleres av petroleumskatteloven og andre selskaper. Når det gjelder praksis fra petroleumsskattesaker før lovendringen i 1994, vil disse fortsatt ha en vekt på saker som ikke rammes av petroleumskatteloven.

3.2 Armlengdeprinsippet

Skatteloven § 13-1 gir uttrykk for et armlengdeprinsipp og bygger på samme prinsipp som OECDs mønsteravtale artikkel 9(1).³⁶ Armlengdeprinsippet innebærer at økonomiske transaksjoner mellom beslektede selskaper må samsvare med hva som ville vært avtalt mellom uavhengige parter i en tilsvarende eller lignende transaksjon, jf. ordlyden i første ledd: *”inntekt er redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap”*.³⁷ Om det utenlandske morselskap A finansierer et norsk datterselskap, skal morselskapet tilstrebe å gjennomføre finansieringen som om det var et ikke-beslektet selskap som stod for finansieringen. Som det fremgår innebærer både selve uttrykket armlengdeprinsippet og definisjonen av den en standard som igjen kan

³⁶ Sverre, 1999, s. 39.

³⁷ Fløystad, 1990, s. 54.

være gjenstand for tolkninger. Både mellom uavhengige og avhengige parter kan det gjøres gode og dårlige avtaler uten at det i og for seg er i strid med armlengdeprinsippet.

Armlengdeprinsippet er også et anerkjent prinsipp i internasjonal sammenheng.³⁸ I OECD-rapporten fra 1979³⁹ blir det lagt til grunn at armlengdeprinsippet er det grunnleggende prinsipp for skattemessige vurderinger av alle transaksjoner mellom beslektede selskaper. Armlengdeprinsippet innebærer at disposisjoner mellom skattytere som deler et interessefellesskap, kan settes til side i den utstrekning de avviker fra det som ville vært avtalt mellom uavhengige parter på forretningsmessig basis for å få lavere skattegrunnlag.

3.3 Rekkevidden av skatteloven § 13-1

Det var tidligere omstridt om skatteloven § 13-1 var anvendelig på tilfeller av tynn kapitalisering.⁴⁰ I teorien er det konkludert med at tvilen rundt anvendelsen av § 13-1 i tilfeller av tynn kapitaliserings ikke lenger er begrunnet.⁴¹ Fløystad uttaler at § 54.1 (§ 13-1) er ”den sentrale gjennomskjæringsbestemmelsen” i norsk rett.⁴² Videre uttaler han at:

”Spørsmålet [er] om bestemmelsen overhodet er anvendelig (...), men jeg finner ingen grunn til å gå nærmere inn på disse i denne sammenheng da løsningen etter mitt syn ikke er tvilsom.”⁴³

Forarbeidene til skatteloven taler også for en slik løsning. Det vises uttrykkelig til uttrykket ”*unaturlig høy lånefinansiering*” og tilsvarende forutsetninger i etterarbeidene i forbindelse med endringen av petroleumskattloven.⁴⁴ I teorien er det antatt at etter denne lovendring er det ”*liten tvil*” om at lovgiver har ment at § 13-1 hjemler adgang til reduksjon i fradragsretten av gjeldsrenter når selskapet på grunn av et interessefellesskap har fått unaturlig lav egenkapital.⁴⁵ Hos andre teoretikere er det

³⁸ Fløystad, 1990, s. 55.

³⁹ OECD, 1979.

⁴⁰ Bjerke, 1997, s. 46.

⁴¹ Se for eksempel Gjems-Onstad, 2003, s. 1403.

⁴² Fløystad, 1990, s. 54.

⁴³ Fløystad, 1990, s. 56.

⁴⁴ Ot.prp. 26 1980/1981 s. 66 og Ot.prp. 12 1994/1995.

⁴⁵ Brudvik, 2004, s. 1060.

imidlertid antatt at reduksjon av inntekt som stammer fra renter fra konsernlån, ”antagelig” kan korrigeres med hjemmel i § 13-1.⁴⁶

Den mest siterte rettsavgjørelse på området er trolig Fornebo-dommen.⁴⁷ Selv om vilkårene for omklassifisering ikke var oppfylt i det konkrete tilfellet, fremgår det av Høyesteretts uttalelser at bestemmelsen er anvendelig på tilfeller av underkapitaliserte selskap når det sies at:

”Betingelsen for at landskattelovens §54, 1. ledd [skatteloven § 13-1] skal kunne anvendes, (...) [innebærer] at det ikke er nok at det foreligger et interessefellesskap (deltakerinteresse); dette må ha resultert i en ordning med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkasting, som i og for seg ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig, men bare kan forklares ved interessefellesskapet, og som har medført en forrykning av skattefundamentene.”⁴⁸

I ligningspraksis ble ikke § 13-1 brukt om tynn kapitalisering før Klagenemnda for oljeskatt traff sin første kjennelse i mai 1981. I forarbeidene til lovendringen⁴⁹ samme år er det uttrykkelig antatt at bestemmelsen får anvendelse ved ”unaturlig høy lånefinansiering”.⁵⁰ Utstrakt lånefinansiering blir også nevnt som en formålsangivelse ved paragrafen:

”Finansiering av norske datterselskap kan skje ut fra rent skattemessige hensyn. Selskapet utstyres for eksempel med minimal egenkapital, og finansieres i stedet med lån opptatt fra beslektede selskaper i utlandet. Lånerenten er i utgangspunktet fradragsberettiget i Norge og overskuddet tas på denne måte skattefritt ut av landet.”⁵¹

I tre rettsavgjørelser vedrørende oljeselskaper,⁵² før spesialregelen i petroleumsskatteloven ble vedtatt, godtok domstolen bruken av skatteloven § 54.1 (§ 13-1) i tilfeller av tynn kapitalisering.⁵³ I BP-dommen⁵⁴ hevdet saksøker at

⁴⁶ Lødrup, 2002, s. 3048.

⁴⁷ Rt.1940.598.

⁴⁸ Rt.1940.598 s. 601.

⁴⁹ Lovendring 29. mai 1981 nr. 29.

⁵⁰ Ot.prp. 26 1980/1981 s. 66.

⁵¹ Ot.prp. 26 1980/1981 s. 56.

⁵² Utv.1989.304 Amoco, Utv.1989.341 BP og Eidsivating lagmannsretts dom 28. mars 1989 - Amerada Hess (ikke inntatt i Utv.).

⁵³ Utv.1989.304, Utv.1989.341 og upubliserte Amerada Hess.

⁵⁴ Utv.1989.341.

bestemmelsen ikke var anvendelig på tilfeller av tynn kapitalisering. Byretten var uenig i dette og uttalte:

”Etter bestemmelsens ordlyd og enhver rimelig tolkning av bestemmelsen tar den direkte sikte på å gi hjemmel for å sette regnskapet til side og fastsette den fradragsberettigede del av gjeld og gjeldsrenter m.v. ved skjønn, hvis et selskaps kapitalforhold i vesentlig grad må ansees påvirket av interessefellesskapet med morselskapet”⁵⁵

Oslo byrett avgjorde i Amoco-dommen at Klagenemndas anvendelse av bestemmelsen var rettmessig, og uttalte at:

”Etter rettens oppfatning er det i dag ikke tvilsomt at bestemmelsen vil kunne anvendes i tilfelle hvor et selskap finansieres ved lån fra en person, selskap eller innretning som har et direkte eller indirekte interessefellesskap med selskapet, og selskapets egenkapital av denne grunn er blitt lavere enn det må antas at den ville ha vært, dersom det hadde vært henvist til å søke lån uavhengig av interessefellesskapet.”⁵⁶

Fra disse uttalelsene kan det konkluderes med at domstolene har ansett bestemmelsen anvendelig. Hensynet til et effektivt vern av skattefundamentet tilsier det samme. Likevel kan det uttrykkes en viss usikkerhet ettersom Høyesterett ikke har fattet avgjørelser i konkrete saker der bestemmelsen er funnet anvendelig.

3.4 Omklassifisering i rettspraksis

Utgangspunktet for anvendelsen av § 13-1 i tilfeller av tynn kapitalisering er en tolking av § 13-1, der alle relevante rettskilder må legges til grunn. Før gjennomgangen av vilkårene for omklassifisering i § 13-1, vil det først bli fokusert på hvordan domstolene har anvendt bestemmelsen i praksis i tilfeller av tynn kapitalisering.

Skatteloven § 13-1 er ikke ofte oppe i rettspraksis, men den har en viktig funksjon som en siste utvei for skattemyndighetene.

⁵⁵ Utv.1989.341 s. 343.

⁵⁶ Utv.1989.304 s. 307.

Det har i Norge vært fire høyesterettsdommer som omhandler reklassifisering av selskapers låneopptak med bakgrunn i skatteloven § 13-1.⁵⁷ Høyesterett fant ikke at vilkårene for omklassifisering var tilstede i noen av sakene. Alle sakene gjelder nasjonale problemstillinger, slik at overføringsverdien på internasjonale problemstillinger eventuelt må vurderes i hver enkelt sak.

3.4.1 Grænsen

Høyesteretts dom, 19. juni 1923, gjengitt i Rt.1924.49.

Grænsen-dommen er i teorien omtalt som den første i rekken av avgjørelser som omhandler problemstillingen rundt tynn kapitalisering. I eldre praksis ble det prinsipp som § 54.1 bygger på, anført som grunnlag for å anse den som tilførte pengekapi tal som deltaker i mottakerens virksomhet. Dette ble forkastet av Høyesterett i Grænsen-dommen.

Eiendommen Grænsen 5 og 7 var eid av et aksjeselskap. Hovedaksjonæren i selskapet hadde fått utbetalt overskuddet i selskapet i form av en pantobligasjon på eiendommen. Kristiania kommune hevdet at pantobligasjonen og avkastningen på den skulle skattlegges på selskapets hånd, fordi dette var å likestille med en situasjon der pantaveren var deltaker i selskapet. Høyesterett var ikke enig i denne vurderingen:

”For at en saadan opfatning av forholdet skulde være berettiget maatte der foreligge særlige omstændigheter, som pekte i den retning.”⁵⁸

Dommen kan dermed tolkes som om tilsvarende tilfeller må bedømmes etter bestemmelsene som anvender virksomhetsbegrepet.⁵⁹

3.4.2 Kristiania Hypotek- og Realkreditbank

Høyesteretts dom 16. juni 1926, gjengitt i Rt.1926.519.

⁵⁷ Rt.1924.49 (pantobligasjoner), Rt.1926.519 (lånebeviser), Rt.1939.699 (varekreditter) og Rt.1940.598 (pantobligasjoner).

⁵⁸ Rt.1924.49 s. 50.

⁵⁹ Brudvik, 2004, s. 1043.

På generalforsamlingen i 1922 ble det besluttet at Kristiania Hypotek- og Realbank (KHR) skulle nedskrive halvparten av sin aksjekapital og overføre beløpet til lån fra aksjonærene. Lånet ble satt med fast rente, og lånebevisene skulle på angitte vilkår kunne innløses av eierne. For selskapet fikk transaksjonen den skattemessige konsekvens at gjelden kunne fradragføres på formuesligningen.

Kommunen hevdet at beskatningen fortsatt skulle skje hos selskapet etter landskatteloven § 46 fordi:

”(...)laanebevisindehaverne maa ansees at være interessert i bankens virksomhet ”paa vesentlig samme maate som en deltager”⁶⁰

Førstvoterende sa seg ikke enig i kommunens påstand og uttalte at:

”(...) den ordning, hvorved dette nu opnaaes, er saa væsentlig annerledes end den oprindelige ordning med en aktiekapital paa 10 000 000 kroner – med hensyn til retsvirkninger, den nye ordning medfører saavel for banken som for laanebevisindehaverne, - at dette ikke kan undlate at faa virkninger ogsaa for beskatningen.”⁶¹

Dette innebærer at Høyesterett ikke anså at selskapet var for tynt kapitalisert. Følgen ble at KHR ble gitt gjeldsfradrag for lånene til aksjonærene.

3.4.3 Bækken & Co

Høyesteretts dom 13. oktober 1939, gjengitt i Rt.1939.699.

Bækken-dommen omhandler ligningen for skatteåret 1933 for forretningen Bækken & Co. A/S i Odda (Bækken). Fire grossistfirmaer hadde kontraktmessig fortrinnsrett som hovedleverandører til selskapet. I tillegg ble det lagt til grunn at leverandørene hadde eierinteresser i selskapet. I forbindelse med driften solgte leverandørene varer til Bækken og ga samtidig en betydelig 4 måneders varekreditt. I det aktuelle skatteår hadde leverandørene levert ca. 47 % av forretningens vareinnkjøp, men stod som kreditorer for ca. 76 % av varegjelden. Skattemyndighetene mente at den betydelige

⁶⁰ Rt.1926.519 s. 520.

⁶¹ Rt.1926.519 s. 521.

varekreditten hadde medført at Bækken hadde fått en lavere bruttofortjeneste enn andre forretninger i bransjen. Dette innebærer at selskapet hadde fått større varegjeld enn andre uavhengige låntagere ville fått. Odda ligningsråd godtok ikke selvangivelsen:

”(...) idet saksøktes gjeld til hovedleverandørene ikke erkjentes fradragberettiget”.⁶²

Det ble lagt til grunn at selskapet i realiteten var finansiert ved en unormal høy varegjeld som hadde oppstått på grunn av interessefellesskapet. Hovedleverandørene hadde gitt en mer omfattende varekreditt enn det uavhengige leverandører ville gjort. Selskapet ble derfor lignet skjønnsmessig etter landskattelovens § 54. Skattyter var på den annen side uenig i at selskapskommunen var berettiget til å underkjenne forretningens betydelige varegjeld til sine hovedkreditorer. Saken ble påanket både til Hardanger herredsrett og Gulating lagmannsrett som igjen stadfestet ligningen.

I motsetning til herredsretten og lagmannsretten fant Høyesterett at vilkårene for å foreta en skjønnsmessig ligning av selskapet etter § 54, i den konkrete sak ikke var oppfylt. I likhet med tidligere retter anså Høyesterett likevel at leverandørene reelt måtte regnes som eiere. Førstvoterende uttalte at saken:

”(...) ikke gir plass for noen annen opfatning enn den at det er hovedleverandørene som er de virkelige innehavere av aksjonær interessene i selskapet for så vidt den alt overveiende del av aksjekapitalen angår.”⁶³

Med dette utgangspunkt sa Høyesterett seg enig i den foreliggende høyesterettspraksis om at dette i seg selv ikke var avgjørende for anvendelsen av § 54. Heller ikke var det avgjørende at leverandørene i forbindelse med sine betydelige leveranser til forretningen har ytet selskapet en utstrakt varekreditt og at denne kredittordning:

”(...) efter hvad jeg må gå ut fra, har vært en vesentlig betingelse for at forretningen har kunnet holdes gående på den tid det her er spørsmål om.”⁶⁴

⁶² Rt.1939.699 s. 703.

⁶³ Rt.1939.699 s. 700.

⁶⁴ Rt.1939.699 s. 700.

Høyesterett tolket ordlyden i § 54 slik at selskapets fradragsrett skulle vurderes ut fra hvilken stilling leverandørene hadde til selskapet. Vurderingen tok utgangspunkt i den stilling leverandører normalt kan antas å inneha. Høyesterett la til grunn at varene faktisk hadde blitt solgt og det til en normal pris og at varene som var levert, var kurante. Dette var momenter som talte mot å anse finansieringen unormal.

Høyesterett underkjente derfor ligningen da det ikke var godtgjort at aksjonærenes interesser:

”(...) har vært utøvd på en sådan måte at hovedleverandørene har oppnådd fordeler som går ut over hva deres interesser som aksjonærer, selgere og kredittgivere normalt vil medføre og som derfor, sett fra selskapskommunens synspunkt innebærer en forskyvning i den naturlige ordning med hensyn til forretningens midler og avkastning.”⁶⁵

Bækken-dommen skiller seg dermed på enkelte punkter fra de klassiske tilfellene av tynn kapitalisering.

Vurderingen av om selskapet var tynt kapitalisert, tok ikke utgangspunkt i selskapets opprinnelige finansiering. Det var ikke de formelle eierne som hadde finansiert selskapet unormalt. Det var de reelle eiere, leverandørene, som hadde gitt selskapet lån, ikke i rollen som formelle eiere, men i rollen som hovedleverandører i form av varekreditt.

Høyesterett anså at hovedleverandørene ikke hadde oppnådd fordeler som gikk ut over det en kan forvente av en aktør i en tilsvarende stilling. Slik jeg forstår Høyesterett, var det ikke forventet av en vareleverandør at han istedenfor å gi en varekreditt, som var vanlig i bransjen, heller skulle valgt å skyte inn mer egenkapital for at selskapet med disse midlene skulle kjøpe varen av han. Det var i rollen som vareleverandører at varegjelden hadde oppstått, og Høyesterett anså ikke at leverandørene med dette hadde gått ut over det man kan forvente i av dem i rollen som aksjonærer, selgere eller kredittgivere. Gjelden bygget på et ordinært salg, og Bækken hadde fått motytelser i form av varer. Et moment var også at Høyesterett ikke anså at bruttofortjenesten til selskapet var betydelig lavere enn sammenlignbare selskap i bransjen.

⁶⁵ Rt.1939.699 s. 700-701.

En enstemmig Høyesterett avgjorde at ny ligning skulle skje uten anvendelse av § 54. For selskapet innebar dette at gjeldsfradraget ble godkjent.

3.4.4 Fornebo

Høyesteretts dom 3. desember 1940, gjengitt i Rt.1940.598.

Problemstillingen ble reist på ny allerede året etter. Fornebo-dommen regnes som den mest betydningsfulle dommen på området. Avgjørelsen er den hittil siste høyesterettsdom hvor § 54.1 (§13-1) er blitt prøvet på et selskaps lånefinansiering. Klagenemnda for oljeskatt har lagt dommen til grunn som den sentrale retningslinje for sine kjennelser. Problemstillingen i saken var om kommunen var berettiget til å se bort fra selskapets langsiktige gjeld til hovedaksjonærene, og i stedet behandle gjelden som om den helt eller delvis var egenkapital.⁶⁶

I begynnelsen av 1930-årene var eieren av Fornebo gård, oberstløytnant Sverre, ikke i stand til å betjene sin gjeld. Tre pantekreditorer hjemmehørende i Oslo ble enige med skyldneren at kreditorene skulle overta en del av en eiendom i Bærum kommune for kr 430.000. Kreditorene stiftet et aksjeselskap med tanke på utparsellering og senere salg av eiendommen. Selskapet fikk en egenkapital på kr 20.000, som ble innskutt av de tre eierne. De resterende kr 410.000 av kjøpesummen ble gjort opp ved at aksjonærene overtok pantegjelden som lå på eiendommen. Egenkapitalen utgjorde da under 5 %.

For skatteåret 1936/37 ble A/S Fornebo lignet for formue kr 430.000 og null i gjeld. Bærum kommune så altså bort fra gjelden på kr 410.000 selskapet hadde til sine aksjonærer, og ga ikke fradrag på beløpet. Begrunnelsen for nektelsen var at det ikke hadde vært mulig for selskapet å overta en så betydelig eiendom uten at eierne samtidig øket egenkapitalen. Kommunens påstand innebar at A/S Fornebo var tynt kapitalisert, fordi andre uavhengige långivere ikke ville oppnådd tilsvarende låneavtaler uten samtidig å øke egenkapitalen.

⁶⁶ Bakka, 1990, s. 29.

Twisten som oppstod gjaldt tolking av landskattelovens § 54 og betingelsene for å anse en person interessert i virksomhet som beskattes innenfor kommunen på ”*vesentlig samme måte som en deltager*”.⁶⁷ Problemstillingen var om eierne måtte antas å være interessert i virksomheten vesentlig på samme måte som en deltager, slik at det eventuelt skulle foretas en gjeldsfordeling som om aksjonærene var medeiere for sine fordringers beløp, slik at bare fordringenes nettoverdi etter forholdsmessig gjeldsfradrag blir å beskatte på selskapets hånd.

Riksskattestyret anså § 54 anvendelig, slik at bare fordringens nettoverdi ble å skattlegge i Bærum. Bærum kommune bestred adgangen til slikt fradrag og fikk medhold i byretten.

Høyesterett forkastet Riksskattestyrets anførsel om at aksjekapitalen i selskapet var langt lavere i forhold til gjelden enn tilfellet ville vært om uavhengige kreditorene skulle ha finansiert selskapet. Høyesterett synes å ha funnet at opplegget bygget på en ordinær kredittvurdering. Høyesterett legger til grunn en forståelse av § 54 som samsvarer med tidligere rettspraksis.⁶⁸ Den tidligere høyesterettspraksis har støttet sin tolkning på bestemmelsens formål og ordlyden. For å anvende § 54 var det ikke tilstrekkelig at det forelå et interessefellesskap. Resultatet av interessefellesskapet og avtalevilkårene måtte etter Høyesteretts vurdering i tillegg:

“(…) ha resultert i en ordening med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkastning, 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.”⁶⁹

Dette resonnementet har mange likhetstrekk med normen som kom til uttrykk i Allersdommen.⁷⁰ I denne dommen ble det sett bort fra at et dansk selskap formidlet annonsering i et norsk ukeblad. Ordningen ble betraktet som stridende mot hva som var ”*forretningsmessig (...) rimelig og naturlig*”, og kunne bare forklares ved at de samme eierinteresser sto bak begge selskaper. Det norske selskap måtte tilordnes alle

⁶⁷ Rt.1940.598 s. 598.

⁶⁸ Blant annet Rt.1936.833 og Rt.1939.699.

⁶⁹ Rt.1940.598 s. 601.

⁷⁰ Rt.1936.833.

annonseinntekter. Det kunne altså ikke tilordnes noe fradrag for provisjoner til det danske selskap.⁷¹ Høyesterett uttalte at:

”Den ordning som var truffet (...) kan ikke ansees stemmende med hva der forretningsmessig er naturlig og rimelig, men kan bare forklares ved [interesserefelleskapet, nemlig] at den alt overveiende interesse i de to selskaper var paa samme hender.”⁷²

I Fornebo-dommen konstaterte Høyesterett at det ikke var grunnlag for å hevde at låneavtalen ikke var forretningsmessig rimelig og naturlig. Selskapets lån ble godtatt for skatteformål. Resultatet i dommen taler for at Høyesterett i det konkrete tilfellet fant egenkapitalen tilstrekkelig høy. Noen egentlig avgjørelse av i hvilke tilfeller gjennomskjæring på grunnlag av tynn kapitalisering kan gjennomføres, fikk man derfor ikke.

Det sentrale i dommen, som Klagenemnda for oljeskatt senere har henvist til, er uttrykket: *”ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig, men bare kan forklares ved interesserefelleskapet”*.⁷³ I praksis er dermed Fornebo-dommen benyttet som argument for å sette til side avtaler som ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig. Hvor grensen for det forretningsmessig rimelige og naturlige går, sier dommen lite om.

Fornebo-dommen støtter dermed den vurdering som fremkommer i Bækken-dommen om at det skal foretas en konkret vurdering av om finansieringen tilfredstilte armlengdeprinsippet. Spørsmålet er om en uavhengig kreditor ville gått med på en tilsvarende låneavtale med den lave egenkapitalgraden, eller om villigheten til lån bygger på at partene innehar felles interesser. I Bækken-dommen var rettens vurdering knyttet opp mot kredittgivers rolle som både leverandører og som reelle eiere. Det sentrale var da om andre uavhengige leverandører ville gitt en tilsvarende kreditt. Tilsvarende var det i Fornebo-dommen der problemstillingen også var om uavhengige kreditorer ville gitt selskapet en tilsvarende finansiering, når selskapet hadde så lav egenkapitalgrad og det heller ikke forelå noen annen form for sikkerhetsstillelse. Førstvoterende i Fornebo-dommen uttaler at:

⁷¹ Syversen, 1991, s. 199.

⁷² Rt.1936.833 s. 834.

⁷³ Rt.1940.598 s. 601.

” (...) ligningsmyndighetene plikter å ha åpent øye for de forskjelligartede, fullt lojale behov og følgelig å se rommeligere på de foreliggende ordninger enn Riksskattestyret her har gjort, er kommet særlig klart fram ved Høyesteretts før nevnte dom i Bækken-saken (...) hvor et aksjeselskaps hovedleverandører ved nyttegning hadde overtatt aksjemajoriteten, dels for å verne sine ganske store kreditorinteresser, dels for å beholde selskapet som avtager av sine varer. Sammenligner man saksforhold i Bækken-saken med A/S Fornebos tilfelle, skjønner jeg ikke at det i det siste skulle foreligge noen mindre naturlig ordning enn den Bækken og Co.s kreditorer hadde truffet med sin debitor (...) Skjønnsmessig ligning skulje det derfor ikke være mer plass for i det ene tilfelle enn i det annet.”⁷⁴

I Fornebo-dommen var det tvist om beskatning mellom ulike kommuner. Saken sto for Høyesterett mellom Riksskattestyret med intervenient Oslo kommune mot Bærum kommune.

Det er interessant at dommen siden er brukt nokså ukritisk som argument på internasjonale forhold. Det kan vurderes om resultatet i dommen er strukket for langt. For det første gjaldt saken en nasjonal problemstilling. Det kan legges til grunn at Høyesterett som utgangspunkt ikke så for seg dagens internasjonale problemstillinger når de tolket landskatteloven i 1940. Internasjonaliseringen av selskaper har utviklet seg sterkt siden dommen ble avsagt. Bestemmelsen hadde på den tiden fordeling av kommunal beskatning for øye. Vurderinger av beskatningshjemmelen i tiden før annen verdenskrig var bygget på andre hensyn enn dagens internasjonale problematikk. Den konkrete problemstilling med fordeling av beskatning mellom kommuner har lenge vært en uaktuell problemstilling, men problemstillingen ble definitivt gjort uaktuell etter innføringen av bare statsskatt for selskaper i Norge i 1999. I moderne internasjonale forhold der norske datterselskaper blir underkapitalisert, er vurderingen av gjennomskjæring først og fremst bygget på hensynet om at norsk verdiskapning skal skattlegges i Norge. Det vil si at regelen i dette henseende skal hindre internasjonal skatteflukt. Fordi Fornebo-dommen ikke hadde noen internasjonal side, må aktuelle internasjonale problemstillinger hente argumenter langt utenfor det konkrete tilfellet som ble behandlet av Høyesterett.

⁷⁴ Rt.1940.598 s. 602-603.

For det andre fant Høyesterett at vilkårene for omklassifisering i § 54.1 ikke forelå i det konkrete tilfellet. Med dette utgangspunkt gir ikke Fornebo-dommen noe holdepunkt for yttergrensen for § 54.1 i tilfeller av tynn kapitalisering annet enn at grensen i alle fall ikke går lenger ut en det omtalte. Med denne tolkning lagt til grunn kan Høyesteretts vurderinger for det første støtte påstander om omklassifisering fordi Høyesterett åpnet for muligheten og for det andre støtte påstander mot omklassifisering fordi finansieringen i det konkrete tilfellet ikke ble funnet unaturlig. Dette fremkommer også av uttalelser i Amoco-dommen:

”Spørsmålet om tynn kapitalisering gir grunnlag for en tilbakeføring i henhold til sktl. § 54, første ledd, har - såvidt vites - bare vært oppe for Høyesterett en enkelt gang, i Fornebusaken i Rt. 1940 s. 598. (23)) Det ble imidlertid ikke avgjort her, idet Høyesterett, i det tilfelle som forelå til avgjørelse, ikke fant at egenkapitalen var for lav. Rettskildematerialet hos oss er derfor meget begrenset på det foreliggende område.”⁷⁵

For det tredje avslutter Høyesterett med å vise til at formålet med bestemmelsen er å ”verne kommunene mot vilkårlige ordninger, som etter sitt innhold forrykker deres skattefundamenter”.⁷⁶ Skattetapet for Bærum kommune ville i den konkrete sak maksimalt bli ca. 45 kroner⁷⁷. Høyesterett mente at:

”(…) en her har gått lengre enn hva som tilsies av §54's formål som er å verne kommunene mot vilkårlige ordninger, som etter sitt innhold forrykker deres skattefundamenter.”

Dette kan tolkes som om Høyesterett uansett ikke hadde vært villig til å endre ligningen når formålet i så liten grad var truet. En konsekvens av en slik tolkning blir at lavere egenkapitalgrad godtas for skatteformål om skattetapet er tilsvarende lite. Når Høyesterett har vurdert det potensielle skattetapet med ”*atskillig interesse*”,⁷⁸ taler det for at beløpets størrelse også i andre saker kan tillegges vekt.

Fornebo-dommen kan dermed sammenfattes ved å si at skattemyndighetene kan omklassifisere i de tilfeller der det foreligger et interessefellesskap som har:

⁷⁵ Utv.1989.304 s. 306.

⁷⁶ Rt.1940.598 s. 603.

⁷⁷ Tilsvarende ca. 1190 kr i 2005.

⁷⁸ Rt.1940.598 s. 603.

“(…) resultert i en ordning med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkastning, 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.”⁷⁹

Fornebo-dommen er den nyeste høyesterettsavgjørelsen på området. Det har vært avsagt forholdsvis få saker av lavere domstoler om tynt kapitaliserte selskaper etter dette. I slutten av 1970-årene tok interessen for tynt kapitalisering seg opp igjen ved etableringen av oljeleteselskap på norsk kontinentalsokkel. Virksomheten var preget av stor risiko. Hvis ikke prøveboringen var vellykket, hadde få virksomheter økonomisk grunnlag til å overleve. Fra begynnelsen av 80-tallet utviklet det seg en ligningspraksis på området med de kjennelsene som Klagenemnda for oljeskatt avsa. Tre av kjennelsene til Klagenemnda har vært prøvd for domstolene. Det var British Petroleum, Amoco og Amerada Hess.⁸⁰

Selskapene hadde fått tilsidesatt ligningen med hjemmel i § 54.1, og skjønnsligning ble foretatt. Det er for en stor grad skjønnsligningen selskapene var uenig i. Det ble prosedert på at skattemyndighetene ikke hadde behandlet hver sak skjønnsmessig og individuelt, slik saksøker mente § 54 foreskrev.

I alle tre sakene ble Staten ved Finansdepartementet frikjent i Oslo byrett, og retten stadfestet tilbakeføringen av gjeld og gjeldsrenter som var skjedd ved klagebehandlingen. Alle sakene ble anket. Amerada Hess tapte også saken i Eidsivating lagmannsrett, mens de to andre ankene ble trukket tilbake.

3.4.5 Amerada Hess

Eidsivating lagmannsrett 28. mars 1989, upublisert.

Amerada Hess Norge AS (Amerada) saksøkte Staten ved Finansdepartementet på grunn av uenighet om ligningen for 1982. Spørsmålet var om Klagenemnda kunne fravike regnskapet, fordi den regnskapsmessige egenkapital utgjorde for liten andel av totalkapitalen. I 1982 gjennomførte Amerada en omfattende refinansiering. Kapitalen

⁷⁹ Rt.1940.598 s. 601.

⁸⁰ Utv.1989.341, Utv.1989.304 og upubliserte Amerada Hess.

ble gitt av uavhengige institusjoner, men med garantier fra morselskapet. Ligningsmyndighetene godtok ikke at hele finansieringen ble klassifisert som gjeld for skatteformål. Ved ligningen ble NOK 570 millioner av kapitaltilførselen klassifisert som egenkapital. Selskapet godtok ikke dette og påklaget ligningen til Klagenemnda for oljeskatt. Klagenemnda reduserte omklassifiseringen av egenkapital til NOK 305 millioner, med henvisning til § 54.1. Begrunnelsen var at interessefellesskapet etter nemndas mening, hadde medført en egenkapitalandel som var lavere enn det som ville forretningsmessig rimelig og naturlig for et uavhengig selskap. Beregningen av egenkapitalen bygget på at selskapet skulle egenkapitalfinansiere alle leteutgiftene og 20 % av utbyggingsutgiftene.

Amerada hevdet at vilkårene for å benytte seg av § 54.1 ikke var tilstede. Saksøker hevdet at morselskapsgarantien kun hadde medført at Amerada hadde fått lån til lavere rente og mindre omkostninger for øvrig, samtidig som det var raskere, billigere og enklere.

Oslo byrett kom i likhet med nemnda til at selskapet var tynt kapitalisert, fordi selskapet hadde lavere egenkapital enn et tilsvarende uavhengig selskap ville hatt. Det vil si at selskapet ikke hadde godtgjort at egenkapitalprosenten etter refinansieringen var forretningsmessig rimelig og naturlig. Av en gjeld etter refinansieringen i 1982 på over NOK 3 milliarder godtok retten Nemndas omklassifisering av NOK 305 millioner til egenkapital. Det vil si at selskapet skulle ha en egenkapitalprosent på ca. 10 %.

Lagmannsretten kom til samme resultat som byretten og la til grunn at selskapet ikke kunne ha foretatt refinansieringen uten økning av egenkapital eller med annen støtte fra morselskapet. Til grunn for dette la lagmannsretten at en uavhengig långiver ikke ville gitt et lån på ca. NOK 3 milliarder til selskapet med den foreliggende egenkapital og mangel på sikkerhetsstillelse. Retten la derfor til grunn at:

” (...) Amerada i 1982 ikke kunne ha gjennomført sin refinansiering med den regnskapsførte egenkapital”⁸¹

⁸¹ Upublisert dom, s. 12.

Det er interessant at lagmannsretten går inn og vurderer andre finansieringsalternativ. Dette taler for at retten så det slik at om selskapet kunne vise at de faktisk hadde fått uavhengige långivere til å gi tilsvarende lån, så ville dette tale for at det foreliggende alternativ skulle ansees som ”rimelig og naturlig”. I det konkrete tilfellet ser lagmannsretten på de alternativ som faktisk forelå, men vurderer det slik at alternativet:

” (...) ikke var et tilnærmet likeverdig alternativ til det faktisk etablerte refinansieringslån.”⁸²

Lånet og dermed gjeldsrentefradraget innebar derfor etter rettens mening en reduksjon i inntekten til selskapet. Årsakssammenhengen mellom inntektsreduksjonen og interessefelleskapet var oppfylt i og med at morselskapet som eier hadde garantert for datterselskapets gjeld. Det medførte at retten reduserte beregningsgrunnlaget for selskapets fradragrett for gjeldsrente fra NOK 3 til 2,7 milliarder.

3.4.6 Amoco

Oslo byrett 20. januar 1989, gjengitt i Utv.1989.304.

Amoco Norway Oil Company (Amoco) hadde en bokført egenkapital for 1982 på NOK 57 millioner og krevde samtidig fradrag for renter av bokført gjeld på over NOK 3 milliarder. Gjelden skrev seg hovedsakelig fra lån fra morselskapet og banklån garantert av morselskapet. Ved ligningen for 1982 ble egenkapitalforholdene i Amoco tatt opp til fornyet vurdering, og Oljeskattenemnda kom da til at selskapet var for tynt kapitalisert, fordi egenkapitalen var for lav sett i forhold til selskapets totale aktivitet på norsk sokkel.

”Det ble følgelig ved ligningen for 1982 lagt til grunn at 600 mill. kroner utover selskapets bokførte egenkapital på ca. 57 mill. skulle betraktes som egenkapital for skatteformål. Det ble antatt at et uavhengig norsk selskap med tilsvarende virksomhet på sokkelen, ville ha måttet finansiere det vesentligste av leteutgiftene selv, samt noe av utbyggingsutgiftene.”⁸³

Oljeskattenemndas vurdering fikk den konsekvensen at:

⁸² Upublisert dom, s. 11.

⁸³ Utv.1989.304 s. 304.

”(...) 600 mill. kroner av selskapets regnskapsmessige gjeld ikke ble betraktet som skattemessig gjeld ved formuesligningen, og at utgiftsførte gjeldsrenter og disagio på nevnte skattemessige egenkapital ikke ble godkjent fradratt ved inntektsligningen.”⁸⁴

Ligningen ble påklaget til Klagenemnda for oljeskatt. Her ble Amocos klage delvis tatt til følge. Klagenemnda kom til at gjeld tilsvarende NOK 225 millioner på reklassifiseringstidspunktet utover selskapets bokførte egenkapital på NOK 57 millioner skulle betraktes som egenkapital for skatteformål.

Amoco reiste så saken for Oslo byrett. Byretten fant også at selskapet var for tynt kapitalisert og frikjente staten slik at Klagenemndas vedtak ble stående. Det vil si at egenkapitalen ved ligningen ble satt til NOK 282 millioner.

Retten vurderte konkret om selskapet var tynt kapitalisert. Om innholdet av kriteriet ”forretningsmessig rimelig og naturlig” uttaler byretten at:

”For avrundingsmessig å gi svar på spørsmålet om hva som er ”forretningsmessig rimelig og naturlig”, ser ikke retten det annerledes enn at svaret må bli synonymt med hva som etter normal forretningsskikk bør anses som resultatet av en forsvarlig fundert bedriftsøkonomisk vurdering.”⁸⁵

På spørsmålet om hvordan et uavhengig selskap ville blitt finansiert i den konkrete situasjon, svarer retten at det antas ”at den gjeldsgrad som saksøkeren hadde ikke ville ha vært oppnåelig på uavhengig basis.”⁸⁶ Retten fortsetter med å si:

”[at] en slik etter forholdene uvanlig kapitalstruktur ville vært valgt av et uavhengig selskap, finner retten dernest lite trolig.”⁸⁷

Byrettens vurdering er bygget på samme norm som de eldre høyesterettsdommer. Dette taler for at alle sider av låneavtalen skal legges til grunn i vurderingen, men at det er viktig å understreke at tynn kapitalisering utelukkende refererer seg til forholdet mellom gjeld og egenkapital, og ikke til rentenivået i avtalen. Rentenivået fastsettes blant annet

⁸⁴ Utv.1989.304 s. 305.

⁸⁵ Utv.1989.304 s. 319.

⁸⁶ Utv.1989.304 s. 319.

⁸⁷ Utv.1989.304 s. 319.

med referanse til gjeld- og egenkapitalforholdet, men er ikke en del av selve vurderingen av om selskapet er tynt kapitalisert. Om renten er satt unaturlig høy, vil det være et spørsmål om internprising i den første hovedgruppe, i form av fastsettelsen av rentesatsen på låneavtalen i interessefellesskap og ikke tynn kapitalisering.

I likhet med Amerada Hess-saken ble egenkapitalprosenten oppjustert til ca. 10 %, med den direkte følge at gjeldsrenten på den del av gjelden som ble omklassifisert til egenkapital, ikke lenger kom til fradrag på ligningen.

3.4.7 British Petroleum

Oslo byrett 6. februar 1989, gjengitt i Utv.1989.341.

I forbindelse med utbyggingen av ULA-feltet på norsk sokkel ble BP Development (Norway) Limiteds (BP) lete- og utbyggingskostnader finansiert med kapital fra det engelske morselskap. Tilskuddene ble bokført som lån, men regnskapet ble ikke godkjent og ligningen fastsatt ved skjønn. Selskapet ble funnet for tynt kapitalisert, fordi en uavhengig långiver ville krevd økning av egenkapitalen eller annet sikkerhet for en tilsvarende låneavtale. Selskapets ligning for 1982 ble endret i samsvar med den retningslinje som Oljeskattenemnda utviklet utover 1980-tallet, slik at samtlige letekostnader og 20 % av utbyggingskostnadene ble ansett som egenkapitalfinansiert ved formuesligningen. BP gikk til søksmål og hevdet at Klagenemndas avgjørelse var bygget på en feil tolkning av § 54 og at Klagenemndas benyttelse av generelle retningslinjer i sin skjønnsutøvelse motstred et reelt skjønn. Retten uttaler at:

”Det sentrale spørsmål som foreligger til avgjørelse i denne sak er om BPs selvangivelse for 1982 skal legges til grunn for ligningen, eller om sktl. § 54,1 gir ligningsmyndighetene hjemmel for å sette BPs regnskap til side og foreta en skjønsmessig ligning av formue og inntekt.”⁸⁸

Retten konkluderer med at ligningsmyndighetene hadde hjemmel for gjennomskjæring og at denne bestemmelsen spesielt går inn på transaksjoner innenfor et interessefellesskap som har til hensikt å innrette seg skattemessig gunstigst. Spesielt

⁸⁸ Utv.1989.341 s. 342.

interessant er det at retten bekreftet tolkningen av § 54 som Klagenemnda hadde lagt til grunn og påpekte at:

”Etter bestemmelsens ordlyd og enhver rimelig tolkning av bestemmelsen tar den direkte sikte på å gi hjemmel for å sette regnskapet til side og fastsette den fradragberettigede del av gjeld og gjeldsrenter m.v. ved skjønn hvis et selskaps kapitalforhold i vesentlig grad må anses påvirket av interessefellesskapet med morselskapet.”⁸⁹

⁸⁹ Utv.1989.341 s. 343-344.

4 Vilkår for omklassifisering etter § 13-1

4.1 Innledning

Som vi har sett har Høyesterett åpnet for muligheten for omklassifisering på grunnlag av tynn kapitalisering. I petroleumsdommene har lavere domstoler vist at § 13-1 gir hjemmel til omklassifisering. Den videre drøftelse av omklassifiseringsadgangen vil bli knyttet til de ulike vilkårene i ordlyden. I norsk skatterett er vurderingen av tilfeller av tynn kapitalisering i § 13-1 gjerne formulert som et spørsmål om transaksjonen er ”forretningsmessig rimelig og naturlig”, jf. Fornebo-dommen.⁹⁰ Klagenemnda for oljeskatt har formulert spørsmålsstillingen slik:

”Skjønnsstemaet vil være hvilken kapitalstruktur selskapet måtte antas å ha hatt om det skulle drevet en tilsvarende virksomhet uavhengig av interessefellesskapet.”⁹¹

Skjønnsstemaet vil da være hvilken kapitalstruktur selskapet måtte antas å ha hatt om det skulle ha drevet en tilsvarende virksomhet uavhengig av interessefellesskapet. Det vil si om finansieringen som foreligger, fremstår ”rimelig og naturlig”.⁹²

4.2 Vilkårene

4.2.1 Interessefellesskap

Det første vilkåret for anvendelse av § 13-1 er at det foreligger et ”direkte eller indirekte interessefellesskap” mellom kontrahentene. Interessefellesskap vil foreligge når partene i et rettsforhold har felles interesse i å underkapitalisere det norske datterselskapet. Hva som kreves for at to parter skal anses å ha interessefellesskap i

⁹⁰ Rt.1940.598.

⁹¹ Fløystad, 1990, s. 57.

⁹² Utv.1989.304.

skattelovens forstand, er ikke nærmere regulert. Utgangspunktet etter en naturlig språklig forståelse av ”*direkte eller indirekte interessefellesskap*”, er at to eller flere parter har felles interesser.

Det kan legges til grunn at ”*interessefellesskap*” i alle fall er mer omfattende enn mønsteravtalen artikkel 9(1)s konkrete definisjon. Det taler for at tilfeller som faller inn under artikkel 9(1) i alle fall omfattes av § 13-1. Det betyr at parter som er ”*directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise*”, etter dette omfattes av ”*interessefellesskap*” etter den norske regelen.

Eierskap er det kanskje mest praktiske forhold der interessefellesskap vil foreligge, typisk gjennom et mor- og datterforhold. Her vil morselskapet eie hele eller store deler av datterselskapet. Eierskapet vil her i seg selv være tilstrekkelig til å fastslå at det foreligger et interessefellesskap.

Interessefellesskap kan også bygges på andre forhold enn eierinteresser. En tolkning av ordlyden i § 13-1 sammenholdt med ordlyden i mønsteravtalen 9(1) tilsier at det er rimelig å anta at långivere, garantister og leverandører også kan ha deltagerinteresser i et selskap. Dette kom også klarere frem av den tidligere bestemmelse som inneholdt uttrykket ”*interessert i nogen næringsdrift eller virksomhet (...) på vesentlig samme måte som en deltager*”.⁹³ Et eksempel på dette fra høyesterettspraksis er Bækken-dommen. At lånet ikke behøver å gis direkte fra selskapet med felles interesser fremkommer blant annet av Amerada Hess-dommen. Det norske datterselskap hadde ikke fått lånet direkte fra morselskapet, men av en uavhengig tredjepart som ga lånet under forutsetning av en morselskapsgaranti:

”I det foreliggende tilfellet hjemler bestemmelsen skattemessig oppjustering av den regnskapsførte egenkapital dersom retten kommer til at refinansiering med den regnskapsførte egenkapital bare var mulig med morselskapets garanti. Ville høyere egenkapital vært nødvendig om denne garanti tenkes borte, foreligger formuesreduksjon og nødvendig årsakssammenheng.”⁹⁴

⁹³ Skatteloven § 54.1 av 1911, før endringslov av 29.mai 1981 nr.29.

⁹⁴ Upublisert dom, s. 10.

Ved å stille garantier har morselskapet benyttet sin formue til å skaffe datterselskapet en høyere gjeldsgrad enn det selv hadde evnet på uavhengig basis.

I praksis har vilkåret om interessefellesskap ikke reist mange problemer i norsk praksis om § 13-1. I Scribona-saken ble det ikke engang argumentert fra saksøkers side at finansieringsselskapet ikke hadde felles interesser med det norske selskap.

Lagmannsretten sier kort:

”Partene er enige om at det var et interessefellesskap mellom Scribona og EFI.”⁹⁵

Tilsvarende i Amerada Hess-dommen uttaler saksøker utvetydig:

”Interessefellesskapet mellom Amerada og morselskapet bestrides ikke.”⁹⁶

4.2.2 Inntektsreduksjon

Det andre vilkåret for å anvende § 13-1 i tilfeller av tynn kapitalisering er at selskapets ”*inntekt (...) er redusert*”. Begrepet ”*redusert*” viser til en sammenligning med situasjonen hvis interessefellesskapet ikke hadde foreligget. Etter eldre praksis⁹⁷ må forholdet mellom to skattesubjekter avvike fra markedsmessige vilkår på en måte som påvirket skattesubjektenes inntekt eller formue. Dette er kommet til uttrykk i flere av høyesterettsdommene.⁹⁸ I Bækken-dommen uttales det at skattyteren må ha:

”(...) oppnådd fordeler som går ut over hva deres interesser som aksjonærer, selgere og kredittgivere normalt vil medføre og som derfor, sett fra selskapskommunens synspunkt innebærer en forskyvning i den naturlige ordning med hensyn til forretningens midler og avkastning”⁹⁹

I Fornebo-dommen uttalte Høyesterett at:

“[Dette må ha] resultert i en ordning med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkastning, som i og for seg ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig,

⁹⁵ Utv.2004.685 s. 686.

⁹⁶ Upublisert dom, s. 4.

⁹⁷ Praksis fra før lovendringen av § 54.1 i 1981.

⁹⁸ Syversen, 1991, s. 180.

⁹⁹ Rt.1939.699 s. 700-701.

men bare kan forklares ved interessefellesskapet, og som har medført en forrykning av skattefundamentene.”¹⁰⁰

Som Klagenemnda formulerte det, er spørsmålet hvilken kapitalstruktur må man anta at selskapet ville ha hatt om det skulle drevet en tilsvarende virksomhet uavhengig av interessefellesskapet. For å fastslå om det foreligger en inntektsreduksjon er det derfor naturlig å sammenligne med den finansieringsstruktur som ville vært naturlig om selskapet opererte på uavhengig basis.¹⁰¹ I Amoco-dommen blir det konkretisert:

”For videre å finne om dette vilkår er oppfylt, må man sammenligne det konkrete forhold med et tilsvarende normalforhold.”¹⁰²

Som vi har sett er det i teorien antatt at § 13-1 er anvendelig på tilfeller av tynn kapitalisering.¹⁰³ Det innebærer at ordlyden ”*inntekt*” skal tolkes presiserende i betydningen nettoinntekt. Både lovens system, forarbeidene og foreliggende rettspraksis taler for en slik løsning.

Dette kommer til uttrykk i Amoco-dommen der det sies at:

”Etter rettens oppfatning er det i dag ikke tvilsomt at bestemmelsen vil kunne anvendes i tilfelle hvor et selskap finansieres ved lån fra en person, selskap eller innretning som har et direkte eller indirekte interessefellesskap med selskapet, og selskapets egenkapital av denne grunn er blitt lavere enn det må antas at den ville ha vært, dersom det hadde vært henvist til å søke lån uavhengig av interessefellesskapet.”¹⁰⁴

I tilfeller av tynn kapitalisering kan inntektsreduksjonen sies å være indirekte. Det er den unaturlige finansieringen som fører til at datterselskapet får for store gjeldsrentefradrag. En tolkning av ordlyden er at andre uavhengige selskap ville ha blitt tilført egenkapital, mens det i interessefellesskap medfører et uberettiget gjeldsrentefradrag på grunnlag av fellesinteressen.

¹⁰⁰ Rt.1940.598 s. 601.

¹⁰¹ Bakka, 1990, s. 25.

¹⁰² Utv.1989.304 s. 309.

¹⁰³ Se mer om dette i avsnittet om rekkevidden av skatteloven § 13-1.

¹⁰⁴ Utv.1989.304 s. 307.

Vurderingen skal da skje opp mot forholdet mellom egenkapital og gjeld der lånets størrelse er det sentrale. Spørsmålet er om selskapet kunne oppnådd lån med den aktuelle størrelse i markedet. En problemstilling blir da hva inntektsreduksjonen skal sammenlignes med. Når vurderingen skal tas i den konkrete situasjonen, må det legges opp en målestokk for hva som ville være realiteten om interesserefellesskapet tenkes bort. Ordlyden begrenser ikke den alternative finansieringen til egenkapitalfinansiering. Det åpner for problemstillinger knyttet til hva slags ekstern lånefinansiering den foreliggende skal sammenlignes med. For eksempel kunne tunge investeringer i driftsmidler vært leaset av uavhengige leasingselskap. Alternativt kunne selskapet blitt finansiert med prosjektlån eller et ansvarlig lån. Likevel taler den omtalte praksis for at en ikke skal ta hensyn til at selskapet kunne ha vært finansiert på slike vilkår. Ved prosjektlån kan også mer marginale prosjekter lånefinansieres 100 %.¹⁰⁵ Etter Klagenemndas retningslinjer godtas ikke slike prosjektlån som sammenligningsgrunnlag med konsernlån. Dette kan begrunnes med at ved konsernlån unngår det låntagende selskap de særegne bindinger som oppstår ved prosjektlån.¹⁰⁶ Problemstillingen om inntektsreduksjon må derfor i tilfeller av tynn kapitalisering knyttes opp mot lånets størrelse og ikke vilkårene ved låneavtalen.

I det praktiske liv vil et selskaps lånefinansiering hovedsaklig avhenge av to forhold. Det er selskapets kredittverdighet og i hvilken grad selskapet ønsker å utnytte denne kredittverdigheten. Spørsmålet om selskapet faktisk kunne og ville valgt lånefinansiering, vil kunne besvares innsiktsfullt av sakkyndige innenfor økonomi og bankvesen. Som utgangspunkt vil disse vurderingene måtte legges til grunn. Det grunnleggende spørsmål vil uansett i tilfeller av tynn kapitalisering være hvor stort lån kreditor anser debitor for å kunne betjene eller stille betryggende sikkerhet for. En uavhengig långiver vil foreta en konkret vurdering i det aktuelle tilfellet. Det er en tilsvarende vurdering som i ettertid må foretas ved anvendelsen av § 13-1. Kredittverdigheten er altså selskapets maksimale mulighet for lånefinansiering, vurdert som uavhengig.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Et eksempel er finansieringen av enkelte deltagere på Heimdal-feltet.

¹⁰⁶ Syversen, 1991, s. 197.

¹⁰⁷ Bakka, 1990, s. 27.

Det fremkommer av Allers-dommen at § 13-1 en objektiv regel.¹⁰⁸ Det vil si at det ikke kreves noe forsett eller hensikt om å unngå skatt, jf. ”(...) ikke er nogen betingelse for anvendelsen [av § 13-1] (...) at der foreligger (...) hensikt at forrykke beskatningsforholdene.”¹⁰⁹

Vurderingen av inntektsreduksjonen skal foretas individuelt for det norske datterselskap. Spørsmålet er om selskapet har fått inntekten redusert. Dette vil ikke være tilfellet når et norsk datterselskap er tynt kapitalisert med et rentefritt konsernlån. Da lånet ikke forrenter seg, vil gjeldsrentefradraget ikke aktualiseres, og den tynne kapitalisering medfører ingen faktisk inntektsreduksjon. Et motsatt tilfelle kan oppstå i tilfeller der långiverselskapet er et norsk morselskap.¹¹⁰ Problemstillingen går imidlertid utenfor det som vil bli tatt opp i denne oppgaven.

Fra sitatet over fra Bækken-dommen kan det virke som om konsernselskapet må ha mottatt en fordel i form av en inntektsoverføring. Dette er imidlertid ikke et vilkår for omklassifisering etter § 13-1. Det er tilstrekkelig at inntekten blir redusert hos det norske datterselskap. Det vil si at anvendelsen av § 13-1 er uavhengig av om konsernet som helhet får en inntekstreduksjon.¹¹¹ Om morselskapet får en tilsvarende inntektsøkning, som det norske datterselskap får en reduksjon, slik at den samlede inntekt blir lik, hindrer ikke at regelen kan anvendes på det norske datterselskap. Dette innebærer at anvendelsen av § 13-1 åpner for problemstillinger omkring internasjonal dobbelbeskatning.

Problemstillingen om inntektsreduksjon var sentral i Scribona-saken.¹¹² Scribona Norge AS var datter av det svenske selskap Esselte AB. Scribona ble fra 1988 finansiert fra Esselte Finance International NV (EFI) som fungerte som en bank for konsernet. Etter bokettersyn fant ligningsmyndighetene at Scribona var tynt kapitalisert, slik at en del av fordringene fra EFI ble omklassifisert til egenkapital, med tilsvarende tap av fradrag for gjeldsrenter. I tingretten ble ligningen stadfestet slik at selskapets renter til

¹⁰⁸ Rt.1936.833.

¹⁰⁹ Rt.1936.833, s. 834.

¹¹⁰ Se Utv.1999.540.

¹¹¹ Utv. 1994 s. 1160.

¹¹² Dom avsagt 6. november 2002 av Oslo tingrett, gjengitt i Utv.2002.1537 og dom avsagt 29. april 2004 av Borgarting lagmannsrett, gjengitt i Utv.2004.685.

konsernselskapet ble skjønnsmessig redusert for inntektsårene 1990-92 basert på et krav til egenkapital på 15 %, med hjemmel i § 54.1. Forholdet mellom egenkapital og lån i det konkrete forhold var som følgende:¹¹³

År	Gjeld	Egenkapital	Egenkapital %
1989	252,5	35,1	12,2
1990	398	-72,9	0
1991	306	-202,5	0
1992	140,7	40,8	22,5

Lagmannsretten konstaterte faktum og uttalte:

”Pr. 1. oktober 1990 overtok Scribona innmaten i Esselte Kontor og Data AS. Frem til overtakelsestidspunktet hadde Scribona en positiv egenkapital på godt og vel 30 millioner kroner og et relativt beskjedent negativt resultat. Oppkjøpet førte til en dramatisk endring av selskapets egenkapital og gjeldssituasjon. Ved utgangen av 1990 var egenkapitalen minus 72,9 millioner kroner og gjelden til EFI var økt til 398 millioner kroner.”¹¹⁴

Dette betyr at om Norge hadde hatt en faktorregel om tynn kapitalisering, så ville fradragsretten til Scribona bli redusert til null i og med at egenkapitalen var negativ.¹¹⁵

Problemstillingen i § 13-1 er om inntekten er redusert på grunn av den unaturlige finansieringen. Staten ved Oslo likningskontor anførte at det:

”(...) sentrale spørsmål [er] om en uavhengig bank eller annen finansieringsinstitusjon, i den situasjon som forelå, ville ha fortsatt sitt engasjement med videre utlån og om det i så fall ville ha blitt stilt krav til den svenske eieren om økt egenkapital eller garantier.”¹¹⁶

Eieren av Scribona tilførte selskapet ny egenkapital i desember 1990 og november 1991 på henholdsvis NOK 42,5 millioner og NOK 75 millioner. Retten konkluderte med at selv om egenkapitalen var økt, var det utilstrekkelig i forhold til de krav en bank ville ha stillet for å gi ytterligere lån til den krevende snuoperasjonen selskapet stod overfor. Misforholdet mellom selskapets egenkapital og gjeld var uansett for stort til at en bank

¹¹³ Utv.2004.685 s. 685.

¹¹⁴ Utv.2004.685 s. 687.

¹¹⁵ Se for eksempel den danske regel i selskapskatteloven § 11.

¹¹⁶ Utv.2004.685.

ville ha øket utlånet uten bidrag fra eieren. Det kan se ut som om retten tolker loven slik at det skal legges en forholdsnorm til grunn tilsvarende den danske regelen.

Forutsetningen er at uavhengige långivere ville vurdert hvor mye de ville finansiert selskapet med ut fra forholdet mellom egenkapital og gjeld. Andre vilkår ved låneavtalen, som rentesats, sikkerhet og risiko, blir ikke trukket frem i dommen.

Lagmannsretten la etter dette til grunn at en uavhengig långiver ikke ville gitt et tilsvarende lån uten at Scribonas eier stilte garantier eller annen sikkerhet. Dette er krav som ville ha ført til at eieren enten måtte økt selskapets egenkapital eller gitt garantier for lånet. Etter dette var det lagmannsrettens konklusjon at staten har sannsynliggjort at Scribonas inntekt og formue var blitt redusert.

I teorien har Syversen reist spørsmålet om hvor stort avviket fra markedsmessige vilkår må være.¹¹⁷ Et utgangspunkt er at avvik fra markedsmessige vilkår er en forutsetning ved vurderingen av om det foreligger en inntektsreduksjon. Er ethvert avvik nok til å anvende bestemmelsen, eller kreves det at avviket må være betydelig eller kvalifisert? Verken ordlyden eller rettspraksis gir sikre holdepunkter fordi avviket var vesentlig i alle sakene. Syversen mener det ikke bør stilles krav om kvalifisert avvik. Denne vurdering støttes også av Scribona-dommen der lagmannsrettens uttalte at:

”Loven oppstiller ikke noe krav om at reduksjonen skal være vesentlig. Lagmannsretten går derfor ikke nærmere inn på spørsmålet om reduksjonens størrelse.”¹¹⁸

Høyesterett var enig og bekreftet dette i Baker Hughes-dommen:

”Den ankende part har anført at reduksjonen må være vesentlig før ligningsmyndigheten kan foreta gjennomskjæring. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å stille et slikt krav i sin alminnelighet.”¹¹⁹

En klagekjennelse fra Klagenemnda i 1989 inneholder derimot en uttalelse om at tillegg for manglende egenkapital bare skal gjøres når kapitalforholdene ”i vesentlig grad må ansees påvirket av interessefelleskap med beslektet selskap”. Sammenholdt med

¹¹⁷ Syversen, 1991, s. 188.

¹¹⁸ Utv.2004.685 s. 688.

¹¹⁹ Rt.1999.1087 s. 1096.

Fornebo-dommen der Høyesterett legger ”atskillig interesse” i kommunens potensielle skattetao, kan det tolkes som om rettsregelen ikke oppstiller noe vilkåo om at skattyterens inntektsreduksjon må være vesentlig, men at det kan være et moment mot omklassifisering at det potensielle skattetaoet er lite.

Selv om konsernet som helhet taper på å finansiere det norske datterselskap tynt eller som i Lankhorst-Hohorst-dommen,¹²⁰ der konsernet i alle fall ikke tjente på finansieringsordningen, er det den norske selskapsskatten som den norske regelen skal verne. Det vil si at om selskapet er unaturlig finansiert og dette har ført til at uforholdsmessig store gjeldsrentefradrag har redusert den norske skatteplikten, er vilkåoret oppfylt selv om konsernet senere pådrar seg en større skattebelastning i långivers hjemstat. Det er ikke noe vilkåo for anvendelse av § 13-1 at omgåelseshensyn har vært motivasjonen bak transaksjonen. Dette er spesielt et poeng i EØS-sammenheng. På den annen side har det rettspolitisk vært et poeng at regelen skal verne mot omgåelser slik det kan tillegges en viss vekt der det foreligger.

Det er en nær sammenheng mellom vilkåoret om at inntekten skal være redusert og det skjønn som skal foretas hvis vilkåorene foreligger. I begge tilfeller vil det springende punkt være en sammenligning mellom den aktuelle kontrollerte transaksjon og markedsvilkåo for en tilsvarende transaksjon mellom skattytere som det ikke er interessefelleskap mellom.

4.2.3 Årsakssammenheng

Det tredje vilkåoret for anvendelse av § 13-1 er at det foreligger årsakssammenheng mellom interessefelleskapet og inntektsreduksjonen. I de tilfeller der det kan påvises både markedsmessig avvik og interessefelleskap mellom partene i en transaksjon, er ofte årsakssammenhengen lett synlig. Normalt vil det ikke være nødvendig med en særskilt vurdering av om årsakssammenhengen foreligger.

¹²⁰ C-324/00. Mer om saken under.

Kravet til årsakssammenheng volder sjelden problemer når inntektsreduksjonen og interessefellesskapet er på det rene. Interessefellesskapet er en forutsetning for at problemstillingen om tynn kapitalisering skal bli aktuell. Årsakssammenheng mellom det høye konsernlånet og det forhold at selskapene tilhører samme konsern er nærliggende. I Amerada Hess-saken hevder saksøker at vurderingen må knyttes til om selskapet kunne oppnådd en tilsvarende låneavtale uten morselskapsgarantien eller økning av egenkapitalen.¹²¹ I den vurderingen kommer saksøker selv til at:

”Amerada kunne på uavhengig basis oppnådd finansiering med den egenkapital regnskapet viste.”¹²²

Finansdepartementet var enig i selve vurderingstemaet, men uenig i den konkrete vurdering og la til grunn Fornebo-dommen der tilsvarende situasjon ble tenkt utført uten interessefellesskapet.¹²³ Lagmannsretten var enig i sistnevnte vurdering og konkluderte med å si:

”Lagmannsretten legger derfor til grunn at Amerada i 1982 ikke kunne ha gjennomført sin refinansiering med den regnskapsførte egenkapital uten morselskapets garanti. Som uavhengig foretak ville Amerada måtte forhøye sin egenkapital (...)”¹²⁴

Spørsmålet er om forholdet mellom lån og egenkapital tilsvarer det som ville forekommet dersom partene ikke stod i et interessefellesskap. Denne vurderingen setter armlengdeprinsippet på spissen.

For en långiver vil villigheten til å inngå et lån med et selskap med lav egenkapital være avhengig av inntjeningen ved avtalen. Er rentesatsen høy, vil villigheten til å gi lån til selskap med lav sikkerhet øke tilsvarende. I vurderingen av om inntekten er redusert i § 13-1 kan det da spørres om det er et argument i mot ”er redusert” at partene som står i et interessefellesskap har avtalt en høy gjeldsrente ved låneavtalen. Spørsmålet er da om det skal tale for at inntekten ikke er redusert om den avtalte rente mellom interessepartene er satt tilsvarende høy. Argumentet vil i så fall være at en uavhengig

¹²¹ Upublisert dom, s. 4.

¹²² Upublisert dom, s. 5.

¹²³ Upublisert dom, s. 8.

¹²⁴ Upublisert dom, s. 12.

långiver ikke ville gitt lån til et tilsvarende tynt kapitalisert selskap eller uten annen sikkerhetsstillelse, uten en tilsvarende høy gjeldsrente. Dette vil i så fall føre til at avhengige selskap øker sjansen for at lånearrangementet blir godtatt, samtidig som de får et større gjeldsrentefradrag i Norge.

Det er naturlig at lån til selskap med lav grad av sikkerhet kan begrunne en høyere rentesats enn lån til selskap med høy grad av sikkerhet. Likevel er det nok i spørsmålet om tynn kapitalisering et utgangspunkt at det ikke øker sjansene for at lånet blir ansett armlengdes selv om renten er høyere enn vanlig i bransjen. Om dette var tilfellet ville det lede til at praktisk talt intet kunne rammes som tynn kapitalisering i norsk rett. Norske skattemyndigheter skal derfor ikke fokusere på om renten er tilstrekkelig høy, men i stedet vurdere om forholdstallet mellom gjeld og egenkapital er i overensstemmelse med armlengdeprinsippet. Vurderingen vil da gå ut på å sammenligne gjeldsgraden med andre selskap i bransjen.

Fra et internprisingsståsted vil det være grunnlag for å kreve en høyere rentesats hvis gjeldsgraden er høy. For eksempel vil en långiver kreve en høyere rente på et lån når egenkapitalandelen til låntager er 20 % enn når den er 40 %. Dette kan begrunnes i mangelen på sikkerhet som egenkapitalen utgjør. Det vil likevel være en grense for hvor høy rentesats skattemyndighetene vil godkjenne på grunn av lav egenkapital. For eksempel vil man kunne si at hvis egenkapitalandelen faller under for eksempel 5 %, vil man antagelig ikke få gjeldsfradrag i det hele tatt, og en høy rente vil i et slikt tilfelle virke mer som et varseltegn for myndighetene enn ett tegn på at gjelden er rimelig og naturlig. Dette blir et spørsmål om internprising som faller utenfor denne oppgaven.

En annen situasjon kan tenkes å oppstå, der det viser seg at låntagerselskapet ikke får utnyttet gjeldsrentefradraget fullt ut og ønsker å omgjøre et lån til egenkapital. Det kan for eksempel være at renteinntekter blir beskattet lavere enn mottatt utbytte i morselskapsstaten. Situasjonen kan oppstå der låntager eventuelt får omdefinert lånet til egenkapital, mens långivers hjemstat ikke godtar å fritta långiver for inntektsskatten på gjeldsrentene. Spørsmålet er om det åpnes for gjennomskjæring for skattemyndighetene, åpner det da for selskapenes rett til å omdefinere sine disposisjoner når regnskapet foreligger og det mest lønnsomme alternativ foreligger.

Et særlig spørsmål oppstår om man skal ta hensyn til at datterselskapet er del av et stort konsern, eller om selskapet skal vurderes på selvstendig basis. En uavhengig långiver ville sannsynligvis lettere låne ut penger til et datterselskap av et internasjonal anerkjent morselskap, selv uten morselskapsgaranti, enn til et datterselskap av et ukjent morselskap i et skatteparadis. Det fører for langt å gå inn i denne problemstillingen her, men den generelle oppfatning er nok at skattemyndighetene må vurdere datterselskapet uavhengig av konsernforholdet.

Selv om det er enighet om at et selskap er tynt kapitalisert, er det ikke dermed klart at det foreligger en rett for skattemyndighetene til omklassifisere lån til egenkapital. Det kan indikeres at realiteten skal gå foran form i enkelte saker der tynn kapitalisering foreligger, men det må foretas en konkret helhetsvurdering der alle relevante momenter må tas med.

4.3 Bevisbyrderegelen

I forhold til tilfeller der partene i interessefellesskapet er hjemmehørende i Norge, må ligningsmyndighetene sannsynliggjøre at alle vilkår for omklassifisering foreligger. Det vil si at det foreligger årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen.¹²⁵

I tilfeller der lånet er gitt av en utenlandsk skattyter, er det vedtatt en særegen bevisregel. Det vil i slike tilfeller være spesielt aktuelt å tilsidesette ligningen av norske datterselskap som vern mot undergraving av det norske skattefundamentet.

Lovendringen av § 54 i 1981 ble vedtatt for å lette bevissituasjonen ved interessefellesskap med utenlandske selskap.¹²⁶

Regelen som i dag er hjemlet i § 13-1 annet ledd, medfører en presumsjon om at et markedsmessig avvik skyldes interessefellesskapet med den annen part. Det vil si at det foreligger en presumsjon for både interessefellesskapet og årsakssammenhengen. Det blir da opp til skattyter å motbevise denne presumsjonen.¹²⁷

¹²⁵ Syversen, 1991, s.191.

¹²⁶ Lødrup, 2002, s. 3048.

¹²⁷ Syversen, 1991, s.191.

Av lovteksten og forarbeidene til endringsloven¹²⁸ fremgår det at skattyteren selv må påvise at enten vilkåret ”*interessefellesskap*” eller ”*årsakssammenheng*” ikke foreligger når skattemyndighetene kan sannsynliggjøre at ”*inntekten har blitt redusert*”. Dette innebærer at bevisspørsmålet snus og at det er den norske skattyter som må påvise at ikke ”*reduksjonen anses for å være en følge av interessefellesskapet*”.

Motivet for lovendringen var forenkling av bevisbyrden for norske skattemyndigheter, noe som indikerer at lovgiver har ansett det som spesielt problematisk å påvise årsakssammenheng i slike tilfeller. Dette kan blant annet bygge på at norske ligningsmyndigheter ikke har samme kontroll- og innsynsmulighet i forhold til utenlandske selskaper. I forarbeidene heter det at:

”For utenlandske forretningsforhold eller lignende vil en foreslå en viss lette i ligningsmyndighetenes bevisbyrde. Dette anbefales gjort ved for det første å redusere noe på graden av sannsynliggjøring som skal til for at en skal kunne legge til grunn som bevis at konkrete transaksjoner o.l. har redusert skattyters inntekt eller formue mot hva en ville ventet mellom uavhengige parter. Klarer ligningsmyndighetene å oppfylle denne bevisbyrde vil en dernest pålegge skattyteren å godtgjøre at interessefellesskap ikke foreligger eller i alle fall ikke har bevirket inntekts- eller formuesreduksjon.”¹²⁹

Regelens betydning kommer tydelig frem i såkalte ”*back to back loans*”. Utad fremtrer en frittstående bank som långiver overfor datterselskapet, men virkeligheten er at banken bare har lånt innskudd som morselskapet har satt inn i banken med det formål at det skulle viderebefordres til datterselskapet. Det er klart at det vil være svært vanskelig for skattemyndighetene å påvise de faktiske forhold i slike tilfelle. Bevisbyrderregelen vil da kunne være til god hjelp.¹³⁰

4.4 Rettsvirkning

Dersom skattemyndighetene i det konkrete tilfelle kommer til at vilkårene er oppfylt, kan de foreta en omklassifisering. Det vil si at inntekten kan fastsettes ved skjønn. Skatteloven § 13-1 tredje ledd lyder:

¹²⁸ Ot.prp. 26 1980/1981.

¹²⁹ Ot.prp. 26 1980/1981.

¹³⁰ Fløystad, 1990, s. 57.

”Ved skjønnnet skal formue eller inntekt fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget.”

En naturlig språklig forståelse av ordlyden taler for at siktemålet er å komme frem til den inntekten som ville foreligget ved transaksjonen om partene var uavhengige.

Klagenemnda for oljeskatt har uttalt at:

” (...) ligningsmyndighetene vil kunne tilbakeføre til beskatning en så stor del av selskapets konserngjeld at det får den egenkapital som det antas å ville ha hatt, om det hadde vært henvist til å finansiere virksomheten ved kreditt fra en frittstående långiver, på forretningsmessig rimelige og naturlige vilkår. Utgiftsførte gjeldsrenter, eventuelt også disagio, vil kunne tilbakeføres på tilsvarende måte”¹³¹

Spørsmålet er hvilken inntekt skattyteren ville hatt hvis han ikke hadde stått i et interessefellesskap med sin medkontrahent. Det må med andre ord oppstille en alternativ transaksjon mellom uavhengige parter, og foreta en sammenligning med den transaksjonen som foreligger i konsernforholdet.¹³² Spørsmålet er særlig hvilken egenkapital en uavhengig långiver hadde vært villig til å godta. Vurderingen må være konkret ut fra bransje og risiko. Det må tas hensyn til alle de konkrete forhold rundt lånet. Her må det imidlertid tas forbehold hvis de konkrete lånebetingelser er skattebestemt.¹³³

Vurderingen av om en uavhengig finansinstitusjon ville gitt et tilsvarende lån, vil alltid avhenge av størrelsen på motytelsen. For en långiver vil høy låneandel og tilsvarende lav andel av egenkapital hos låntaker utgjøre en økt risiko ved låneavtalen. Denne risikoen er en av flere faktorer som långiver må vurdere når han setter renten. En långiver vil være villig til å gi lån til mer risikofylte prosjekter om renten er tilsvarende gunstig. At låntager kunne ha stilt sikkerhet vil være et sterkt argument mot at tynn kapitalisering foreligger. I forhold til rentesatsen skriver Gjems-Onstad at der det norske selskap lett kunne stilt sikkerhet, er det mer tvilsomt om manglende sikkerhetsstillelse kan godtas som et argument for høyere rentesats enn markedsmessig lånerente ved

¹³¹ Fløystad, 1990, s. 57.

¹³² Syversen, 1991, s.197.

¹³³ Gjems-Onstad, 2003, s. 1403.

ordinært sikrede lån.¹³⁴ Denne problemstillingen illustrerer hvorfor vurderingstema i tilfeller av tynn kapitalisering kan være problematisk.

I tynn kapitalisering er det selve låneavtalen som rammes. Det er morselskapets valg av finansieringsform som blir angrepet. Å sette tilside en avtaletype, lånet, for å beskatte selskapet som om lånet er et egenkapitalinnskudd, er mer inngripende enn en justering av et avtalevilkår som i internprisingstilfellene der rentesatsen er unaturlig.

Ordlyden taler for at det avgjørende er om selskapet ville vært gjeldsfinansiert uten interessefellesskapet. Det vil si at når vilkårene for skattemessig tilsidesettelse foreligger, skal ligningsmyndighetene foreta beløpsmessig endring i inntekt hos skattyteren slik at skattegrunnlaget vil tilsvare det skattyteren ville ha blitt lignet for i et uavhengig forhold.¹³⁵ Skjønnen fastsettes etter armlengdeprinsippet ved at inntekten fastsettes som om interessefellesskapet ikke hadde foreligget. Dette innebærer at vurderingen av om inntekten er redusert og senere fastsettelse av inntekten ved skjønn, i utgangspunktet er den samme vurderingen.

4.5 Retningslinjer for skjønn

En problemstilling som oppstår er om skattemyndighetene kan lage standardiserte retningslinjer for skjønnsutøvelsen eller om det kreves konkrete vurderinger i hver enkelt tilfelle. Spørsmålet er om et standardisert skjønn er i overensstemmelse med armlengdeprinsippet og om § 13-1 krever en konkret vurdering.

Utgangspunktet må være at det må foretas et konkret skjønn. Dette fremkommer av Fornebo-dommen hvor det uttaltes at:

”Jeg har vanskelig for å skjønne hvordan det i og for seg skulle la seg gjøre i forhold som det foreliggende å oppstille noe i retning av et fast, prosentmessig bestemt forhold mellom aksjekapital og gjeld som ”det normale”. Størrelsen av den kreditt som kan oppnås (...) må i hvert enkelt tilfelle avhenge av kredittgiverens vurdering (...).”¹³⁶

¹³⁴ Gjems-Onstad, 2003, s. 1403.

¹³⁵ Lignings-ABC, 2004, s. 1102.

¹³⁶ Rt.1940.598 s. 602.

Dommen synes imidlertid å bygge på en forutsetning om at ligningsmyndighetene kan tilsidesette kapitalstrukturen i et selskap dersom det forsynes med en egenkapital som fremstår som utilstrekkelig i forhold til den drevne virksomhet, noe som vil ha til følge at selskapet opererer med et høyere gjeldsfradrag ved formuesligningen og høyere fradrag for renter ved inntektsligningen enn det er grunnlag for hvis forholdet mellom gjeld og egenkapital hadde vært basert på eksterne långivere.¹³⁷

I praksis forekommer et relativt stort antall likeartede saker hvor de skjønsmessige avgjørelser er vanskelige. Det vil i slike tilfeller være en fordel både for skattyterne og skattemyndighetene om det forelå visse retningslinjer for skjønnet. I avgjørelser truffet av Klagenemnda for oljeskatt er det fra og med inntektsåret 1980 utformet forholdsvis detaljerte retningslinjer for skjønnet. Det er i ettertid en tendens til at dette skjønnet er blitt ganske standardisert.¹³⁸ Klagenemnda utarbeidet for skatteåret 1982 utførlige retningslinjer for skjønnet.

Retningslinjene går i hovedsak ut på at letekostnader skal anses finansiert med 100 % egenkapital og at utbyggingskostnader skal anses finansiert med 20 % egenkapital.¹³⁹ Lavere egenkapital kan godtas hvis selskapet har fått eksterntfinansiering på prosjektlån. Det vil si lån der långiver utelukkende har sikkerhet i prosjektet og de inntekter det gir.¹⁴⁰

Selv om retningslinjene ikke formelt er bindende, ble de i stor utstrekning lagt til grunn i ligningspraksis. Likevel er ikke retningslinjen forutsatt å være absolutt bindende i situasjoner der en konkret vurdering leder til at et annet resultat fremstår som mer rimelig. Dessuten oppstår en del beregningstekniske spørsmål som retningslinjen ikke tar stilling til.

Spørsmålet om det i det hele tatt var adgang til å anvende retningslinjene, ble blant annet drøftet i Amoco-dommen.¹⁴¹ Bruken av retningslinjene er tilsvarende akseptert i

¹³⁷ Brudvik, 2004, s. 1059.

¹³⁸ Bjerke, 1997, s. 307.

¹³⁹ Fløystad, 1990, s. 112.

¹⁴⁰ Syversen, 1991, s. 195.

¹⁴¹ Utv.1989.304 s. 311.

den rettspraksis som foreligger innenfor oljesektoren.¹⁴² Situasjonen på området synes avklart etter ikrafttredelsen av petroleumskatteloven § 3 h. På landsektoren er spørsmålet ikke avklart.

¹⁴² Se Utv.1989.341 og upubliserte Amerada Hess.

5 Petroleumskatteoven og tynn kapitalisering

Oljeskattemyndighetene har i lengre tid, med støtte i Fornebo-saken, anvendt § 13-1 i tilfeller hvor man har konstatert en uvanlig høy fremmedfinansiering og hvor dette forhold må antas å være påvirket av et interessefelleskap.¹⁴³ I administrativ praksis ble det oppstilt krav om en viss egenkapitalgrad som følge av armlengdeprinsippet og fikk medhold av underordnede domstoler.¹⁴⁴ Oljeskattemyndighetenes standpunkt ble aldri prøvet for Høyesterett, men ble langt på vei kodifisert for særskattepliktige selskaper ved petroleumskatteoven § 3 h, vedtatt ved endringslov 23. desember 1994 nr. 74.¹⁴⁵

Endringen av petroleumskatteoven i 1994 førte til den første konkrete regelen med definerte kapitalgrenser i norsk lov. Det var et aktuelt tema, men lovgiveren avviste uttrykkelig å vedta regler om kapitalbinding i den generelle aksje- eller selskapslovgivningen. Finanskomiteen mente at:

”(...) ei løysing innanfor skattesystemet vil vere betre enn å gje slike selskapsrettslege reglar med krav om kapitalbinding særskilt for oljeselskapa. Komiteen meiner på denne bakgrunn at ein best kan hindre omfattande kapitaluttak gjennom å stille krav til egenkapital i utvinningselskapa”¹⁴⁶

Petroleumskatteovens virkeområde er begrenset til områdene i indre norsk farvann, norsk sjøterritorium og den norske kontinentalsokkelen, jf. § 1. Loven gjelder også enkelte andre forhold, og spesielt aktuelt er ilandføringen av petroleum og virksomhet og arbeid tilknyttet dette.¹⁴⁷ En særegen gruppe spørsmål, som av hensyn til oppgavens omfang ikke vil bli omtalt i det følgende, oppstår der et selskap både driver virksomhet

¹⁴³ Brudvik, 2004, s. 1060.

¹⁴⁴ Utv.1989.341, Utv.1989.304 og upubliserte Amerada Hess.

¹⁴⁵ Ot.prp. 12 1994/1995 og Innst.O. 17 1994/1995.

¹⁴⁶ Ot.prp. 12 1994/1995 pkt. 3.1.

¹⁴⁷ Brudvik, 2003, s. 467.

innenfor og utenfor petroleumskattelovens virkeområde. Et eksempel på dette er Statpipe-saken.¹⁴⁸

Loven regulerer ligningsmyndighetenes adgang til å endre privatrettslige disposisjoner som selskapene har gjort og som reflekteres i regnskapet. For de selskap som omfattes av loven er retten til fradrag for betalte gjeldsrenter avhengig av at egenkapitalen overgår en viss prosentsats. Dersom andelen av egenkapital er lavere enn minstekravet, skal ligningsmyndighetene redusere fradragsretten for gjeldsrenter tilsvarende.

Petroleumskatteloven § 3 h krever at særskattepliktige selskap skal ha ”en egenkapitalandel som minst utgjør 20 % av selskapets gjeld og egenkapital i henhold til balansen i årsregnskapet”. Egenkapitalandelen beregnes ut fra regnskapsmessig balanse.

Dersom selskapet har gjeld som overstiger 80 % av summen av regnskapsmessig gjeld og egenkapital, ”gis det bare fradrag ved ligningen for en forholdsmessig andel av netto finansutgifter”, jf. § 3 h. Hvis et selskap for eksempel har 90 % gjeld vil bare 80/90 av gjeldsrentene være fradragsberettiget. Denne begrensningen gjelder både for beregningen av den alminnelige selskapskatt og for særskatten etter petroleumskatteloven.¹⁴⁹

En vesentlig forskjell mellom reglene om tynn kapitalisering i skatteloven og petroleumskatteloven er at det i petroleumskatteloven ikke er noen forutsetning at den lave egenkapitalen skyldes direkte eller indirekte interessefellesskap og dermed heller ikke stilles noe krav om årsakssammenheng. Det har ingen betydning for anvendelsen av petroleumskatteloven om gjeldsgraden fremstår som skattemotivert eller om den er markedsbestemt. I praksis har petroleumskatteloven særlig betydning for konsernselskap.

Det følger av petroleumskatteloven § 3 h tredje avsnitt at hvis det norske datterselskap har lån hos det utenlandske morselskap, skal ligningsmyndighetene først vurdere om skatteloven § 13-1 kommer til anvendelse. Hvis denne bestemmelsen medfører at gjeld

¹⁴⁸ Rt.2003.1324.

¹⁴⁹ Brudvik, 2003, s. 474.

skal ansees som egenkapital ved ligningen, skal det korrigerede resultatet legges til grunn ved anvendelse av minstekapitalregelen i petroleumskatteloven § 3 h. Dersom selskapet fremdeles har lavere egenkapitalandel enn det som kreves etter petroleumskatteloven, skal det ytterligere nektes fradrag for en del av gjeldsrentene som er godkjent til fradrag etter anvendelsen av skatteloven § 13-1. Vurderingen av om egenkapitalkravet etter § 3 h er oppfylt, skal først gjennomføres etter at gjeld og egenkapital er klassifisert med hjemmel i skatteloven § 13-1.¹⁵⁰

Det vil være en ulovlig omgåelse av regelen å nedbetale gjeld umiddelbart før utløpet av regnskapsåret og deretter ta opp et nytt lån etter årsskiftet.¹⁵¹ Dette kommer til uttrykk i § 3 h annet avsnitt som oppstiller en regel om bindingstid for å hindre tilpasninger rundt årsskiftet.

Reglene i petroleumskatteloven § 3 h er innført for å redusere provenytapet av at oljeselskapene etter Skattereformen 1992 har øket sin gjeldsgrad vesentlig. Oljeselskapene mister med dette mye av fordelene ved å tynt kapitalisere sine datterselskap på norsk sokkel.¹⁵²

¹⁵⁰ Gjems-Onstad, 2003, s. 1229.

¹⁵¹ Brudvik, 2003, s. 474.

¹⁵² Brudvik, 2003, s. 475.

6 Internasjonale begrensninger

6.1 OECD

Problemer rundt tynt kapitaliserte selskap er som før nevnt et internasjonalt fenomen. OECD tok opp problemstillingen, dels i *Transfer Pricing and Multinational Enterprises* (1979) og dels i rapporten *Thin Capitalization* (1987).¹⁵³

I 1979-rapporten anbefalte OECD-medlemmene ikke å vedta bestemmelser med streng regulering av forholdet mellom lån og egenkapital, det vil si debt to equity-regler.¹⁵⁴ Avgjørelsen skulle heller vurderes konkret i den enkelte situasjon. Rapporten slår fast viktigheten av å definere kapitaloverføringen som selskapet klassifiserer som lån, som enten lån eller egenkapital. Spørsmålet er hvordan OECD-landene skal behandle slike finansieringsformer skatterettslig. Om det viser seg at lånet skal behandles som egenkapital, blir følgen at deler av gjeldsrentene ikke blir godtatt som fradrag hos datterselskapet.

1979-rapporten angir også en rekke momenter som kan være relevante i vurderingen av om lånet skal behandles som egenkapital eller konsernlån:¹⁵⁵

- Foreligger det avtale om vilkårene for tilbakebetaling av lånet?
- Hva er forholdet mellom lån og egenkapital?
- Har lånene blitt delt mellom aksjeeierne etter forholdet på deres aksjeinnehav?
- Kan lånene konverteres til aksjer?
- Hvilke rettigheter har långiver i tilfelle av uteblitt rentebetaling?

I OECD-rapporten fra 1987¹⁵⁶ ble det oppstilt retningslinjer for hvordan problemene med tynn kapitalisering kan løses. I rapporten kan man finne ulike angrepspunkter mot

¹⁵³ OECD 1987.

¹⁵⁴ OECD 1979, pkt. 191.

¹⁵⁵ OECD 1979, pkt. 186.

¹⁵⁶ OECD 1987.

tynn kapitalisering. Det påpekes eksempelvis at korrigeringsregelen i artikkel 9(1) i OECDs mønsteravtale for dobbeltbeskatning er relevant ved tynt kapitaliserte selskap. Samtidig er det ikke noe hinder for at statene har interne korrigeringsregler som kan brukes til å omklassifisere gjeldsrente til utbytte. Man skal ved anvendelse av mønsteravtalens korrigeringsregel spørre seg om en frittstående långiver hadde vært villig til å gi et så stort lån som det aktuelle med hensyn til at låntager er et tynt kapitalisert selskap. Kanskje skulle denne frittstående långiver foruten renten kreve en del av gevinsten?¹⁵⁷ 1987-rapporten slår også fast at vurderinger av låneavtaler kan gjøres med utgangspunkt i de momenter som ble nevnt i 1979-rapporten.

Problemer omkring tynn kapitalisering ble også tatt inn i kommentarene til 1992-utgaven av mønsteravtalen. I punkt 3 i kommentaren til artikkel 9(1) slås det fast at bestemmelsen ikke er til hinder for anvendelse av nasjonale regler om tynn kapitalisering forutsatt at disse leder til resultater som er i overensstemmelse med armlengdeprinsippet.

OECD-rådet godkjente 13.juli 1995 Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrators. Retningslinjene fra 1995 erstatter rapporten fra 1979 om Transfer Pricing. Retningslinjene er revidert en rekke ganger etter dette.¹⁵⁸

Retningslinjen fra 1995 punkt 1.37 drøfter internprising og muligheten for å fravike partenes transaksjoner og vilkår. Videre omtales omklassifisering fra gjeld til egenkapital uttrykkelig. I kommentaren fra 2003 er det ansett at artikkel 9(1) ikke er noe hinder for vedtagelsen av nasjonale regler om tynn kapitalisering så lenge formålet er å regulere låntagers overskudd:

” (...) corresponding to the profits which would have accrued in an arm’s length situation.”¹⁵⁹

Videre slås det fast at artikkelen ikke bare er relevant i forhold til regulering av rentesatsen etter armlengdeprinsippet, men også om det partene har klassifisert som gjeld i realiteten:

¹⁵⁷ OECD 1987, pkt. 76.

¹⁵⁸ Gjems-Onstad, 2003, s. 1391.

¹⁵⁹ OECD, 2003, s. 139.

” (...) should be regarded as some other kind of payment, in particular a contribution to equity capital.”¹⁶⁰

En begrensning er også omtalt i forhold til de nasjonale reglene om tynn kapitalisering. Forutsetningsvis skal ikke reglene:

” (...) have the effect of increasing the taxable profits of the relevant domestic enterprise to more than the arm’s length profits, and that this principle should be followed in applying existing tax treaties.”¹⁶¹

Den norske praksis om tynn kapitalisering, som er basert på § 13-1, burde derfor være på den sikre siden.¹⁶²

6.2 EØS

Selv om Norge ikke er medlem av EU, har Norge i EØS-avtalen bundet seg til reglene om de fire friheter.

EF-domstolen avsa 12. desember 2002 dom i Lankhorst-Hohorst GmbH-saken (LH).¹⁶³ Saken kan få store konsekvenser for EØS-statenes interne ligningsbehandling av saker om tynn kapitalisering når begge skattytere er hjemmehørende i EØS-området. Problemstillingen var om internrettslige regler om tynn kapitalisering var konvensjonsstridige dersom de ikke også omfattet konsernlån gitt av morselskap hjemmehørende i samme stat som datterselskapet, eventuelt om reglene også i slike tilfeller ga hjemmel til gjennomskjæring, men at skattemyndighetene ikke benyttet sin adgang i slike tilfeller. På grunn av at långiver i Norge blir inntektsbeskattet tilsvarende som låntager får gjeldsrentefradrag, kan det tenkes at regelsettet og myndighetspraksis forskjellsbehandler utenlandske långivere også her i landet.

I 1996 mottok tyske Lankhorst-Hohorst et lån fra et hollandsk søsterselskap på DEM 3 millioner. Lånet gikk til å dekke renter og avdrag på et annet lån til et finansieringsselskap. LH hadde i årene 1996-1998 en negativ egenkapital, og rentene på

¹⁶⁰ OECD, 2003, s. 139.

¹⁶¹ OECD, 2003, s. 139.

¹⁶² Zimmer, 2003, s. 181.

¹⁶³ C-324/00.

lånet til finansinstitusjonen var dobbelt så høye som på lånet fra det hollandske søsterselskap.

Etter de tyske reglene om tynn kapitalisering¹⁶⁴ ble LH nektet fradrag for renteutgiftene på lånet til det hollandske selskap, og de tyske skattemyndighetene omklassifiserte rentebetalingen til maskert utbytte.

Domstolen anså de tyske reglene som ulovlig diskriminering og dermed konvensjonsstridige. Tyske skattemyndigheter nektet fradrag for gjeldsrenter på konserninterne lån med hjemmel i bestemmelser om tynn kapitalisering i intern skattelovgivning. Det var på det rene at tysk intern lovgivning ga hjemmel til å gjøre fradrag for renten dersom morselskapet hadde vært hjemmehørende i Tyskland. I foreliggende sak hadde tyske skattemyndigheter nektet fradrag fordi långiver ikke var tysk.

EF-domstolen fant at ulik behandling av datterselskaper, alt etter som hvor morselskapet er hjemmehørende, utgjør en hindring for etableringsfriheten. Domstolen konkluderte med at de tyske interne reglene om tynn kapitalisering er i strid med artikkel 43:

”En sådan forskjellig behandling af hjemmehørende datterselskaber, alt efter hvor deres moderselskabs hjemsted befinder sig, gør det mindre attraktivt for selskaber, der er etableret i andre medlemsstater, at gøre brug af etableringsfriheden, idet de som følge heraf kan give afkald på at erhverve, oprette eller opretholde et datterselskab i den medlemsstat, der har truffet foranstaltningen, og foranstaltningen udgør en hindring for etableringsfriheden, der som udgangspunkt er forbudt i henhold til artikel 43 EF.”¹⁶⁵

Etter denne avgjørelsen ble den tyske regelen foreslått utvidet til å også å omfatte konsernlån mellom tyske selskaper.

Utenlandske konsern hjemmehørende i EØS-området med datterselskap eller filialer i Norge bør etter LH-dommen ikke uten videre akseptere påstand om tynn kapitalisering som kan ha diskriminerende virkning. Den norske regelen skiller seg likevel vesentlig

¹⁶⁴ Körperschaftsteuergesetz (selskapsskatteloven) § 8a stk. 1.

¹⁶⁵ C-324/00.

fra faktorregel i tysk rett. Omklassifisering i norsk rett forutsetter en konkret vurdering der Norges forpliktelser etter EØS-avtalen også kan ha betydning. I den foreliggende norske praksis er det ikke noe som tilsier at skattemyndigheter gjør forskjell på innenlandske og utenlandske långivere.

Videre kan en uttalelse av generaladvokaten ved EF-domstolen 7.april 2005 i Marks & Spencer-saken (M&S) indikere at EØS-avtalen kan komme til å få indirekte faktisk virkning på nasjonale regler om tynn kapitalisering.¹⁶⁶ Det engelske selskapet har krevet å få avgi underskudd innad i konsernet mellom selskap hjemmehørende i forskjellige land. Sammenlignet med norske forhold ville det innebære å avgi konsernbidrag fra et selskap beliggende i Norge til et selskap beliggende i et annet EØS-land. På samme måte som Norge tillater ikke britisk rett dette, men M&S hevder at denne begrensningen er i strid med den frie etableringsretten etter EF-traktaten.

Generaladvokaten konkluderer med at det er i strid med EU traktaten at de britiske reglene om underskuddsoverføring begrenses til kun å gjelde mellom selskaper hjemmehørende i England.

EU domstolen er ikke bundet av innstillingen fra Generaladvokaten, men domstolen følger normalt Generaladvokatens innstilling. Dersom dette også blir utfallet av den endelige dommen i EF-domstolen, betyr det at regler i alle EU- og EØS-land som begrenser retten til å konsolidere skattemessige resultater over landegrensene vil være ulovlige. Et slikt resultat vil medføre behov for store endringer i de nasjonale skattesystemene.

I Norge er dette syn også uttalt av Finansminister Per-Kristian Foss:

”Jeg ser at konsekvensene kan bli store også for det norske skattesystemet dersom Marks & Spencer vinner frem med sitt syn.”¹⁶⁷

Sett i lys av Generaladvokatens innstilling kan det dermed stilles spørsmål ved om de norske konsernbidragsreglene bryter med EØS avtalens bestemmelser om

¹⁶⁶ C-446/03.

¹⁶⁷ Dagens Næringsliv 6.2.2004.

etableringsfriheten. Konsekvensen kan i så fall bli at norske selskaper med skattemessig overskudd kan gi konsernbidrag med skattemessig virkning til konsernselskaper innenfor EØS området. En faktisk konsekvens en slik regelendring vil være at utenlandske morselskap kan overføre overskudd fra norske datterselskap i form av konsernbidrag, og behovet for overføringer i form av gjeldsrenter vil reduseres tilsvarende. Det kan poengteres at en eventuell regelendring også kan reises i forhold til de øvrige internprisingstilfellene og at en eventuell endring bare vil gjelde for transaksjoner mellom EØS-statene.

Som følge av mangelen på en lik skattesats i EU og derav følgende mulighetene for omfattende skatteplanlegging, er det mer sannsynlig at de norske konsernbidragsreglene helt eller delvis blir avvirket dersom EU domstolen følger Generaladvokatens innstilling. Det kan derfor godt bli resultatet av M&S-saken at den faktisk medfører en innstramning og skatteskjerpelse for norsk og europeisk virksomhet. For norske datterselskap av utenlandske morselskap vil en slik innskjerpelse ikke innebære noen endring i forhold til dagens lovverk, fordi konsernbidrag til utenlandske selskap etter dagens regler heller ikke gir fradrag hos det norske selskap.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Skatteloven § 10-4 første ledd.

7 Svensk og dansk lovgivning

Det første land som innførte konkret regulering av tynn kapitalisering var Canada i 1971.¹⁶⁹ Siden har mange kommet til, særlig OECD-landene. For å belyse problemstillingen vil jeg kort forklare hvordan Norges to nærmeste naboer har løst problemstillingen i sin lovgivning. Som vi skal se er ulike modeller valgt.

7.1 Sverige

Den svenske korrigeringsregelen er hjemlet i inkomstskattelagen (1999:1229)14 kap 19 § IL.¹⁷⁰ Regelen erstattet den eldre lov i kommunalskattelagen 43 § 1 moment (SFS 1928:370). Regelen regulerer tilfeller av uriktig prissetting av selskap med felles interesser. Regelens formål er å hindre at svenske selskapers overskudd overføres skattefritt til utenlandske skattesubjekt som ikke er skattepliktig til Sverige. Bestemmelsen har mange likheter med den norske korrigeringsregelen i § 13-1. Dette kommer klart uttrykk i tilfeller av internprising. Skattemyndighetene må påvise at den prissetting som to nærstående selskap har benyttet avviker fra markedsvilkår. Den svenske regelen utgår også fra armlengdeprinsippet.¹⁷¹

Reglene i 19 § IL stiller opp fire vilkår for anvendelse av korrigeringsregelen. Det må foreligge en avtale mellom et svensk selskap og et utenlandsk selskap som ikke er skattepliktig til Sverige for den omtvistede inntekt. Videre kreves det at det foreligger et ”*ekonomisk intrassegemenskap*” mellom partene.¹⁷² Avtalevilkårene må i tillegg avvike fra de vilkår som ”*skulle ha avtalats sinsemellan oberoende företag*” og det må foreligge ”*kausalitet mellan den ekonomiska intrassegemenskapen och prisavvikelsen*”.

¹⁶⁹ Sec. 18(4)-(6),(8) Income Tax Act.

¹⁷⁰ Rabe, 2004, s. 496.

¹⁷¹ Aldén, 1998, s. 110.

¹⁷² Se IL 14 kap 20 § eller tidligere KL 43 § 1 mom.

Til slutt kreves det at ”*det svenska företagens inkomster har minskat till följd av de avvikande avtalsvillkoren*”.

Problemstillingen som forelå i Sverige var om korrigeringsregelen var anvendelig på tilfeller av tynn kapitalisering. Den svenske forvaltningsdomstolen, Regeringsrätten, har avsagt en rekke avgjørelser der regelen har blitt godtatt når de avtalte rentevilkår i interessefellesskap har ført til at inntekter er unndratt svensk beskatning.¹⁷³ Retten har da godtatt ligninger der renteinntekten er endret til markedsvilkår. På den annen side var det ikke omtvistet at regelen først og fremst ga hjemmel for regulering av de klassiske internprisingstilfellene.

Spørsmålet om regelen ga hjemmel for å endre selve lånet til egenkapital var ikke oppe i disse sakene. Problemstillingen ble reist i Mobil Oil-avgjørelsen¹⁷⁴ i 1990. Det svenske selskapet Mobil Oil AB hadde SEK 13 millioner i aksjekapital og en varegjeld til et amerikansk søsterselskap på SEK 128 millioner. I 1975 ble SEK 16 millioner av varegjelden gjort om til lån til morselskapet. Med en omsetning på SEK 420 millioner i 1975 mente retten at:

”Dotterbolagets egne kapital har varit ovanligt litet i förhållande till dess skulder.”

Regeringsrätten la til grunn at lånet var et lån og ikke reelt en annen type kapitaltilskudd. Videre gikk Regeringsrätten over til å vurdere de enkelte vilkår i korrigeringsregelen.¹⁷⁵ Retten sammenlignet de avtalte vilkår med de vilkår som ville ha blitt avtalt om selskapet hadde blitt finansiert av et uavhengig selskap. På dette punkt konstaterte Regeringsrätten:

”Finansiering mellan näringsidkare som är oberoende av varandra sker inte genom riskkapital utan genom lån på marknadsmässiga villkor. En jämförelse med vad som skulle ha gällt om bolagets verksamhet i stället finansierats av ett utomstående företag kan därför inte leda till att man med stöd av korrigeringsregeln skatterättsligt behandlar det avtalade lånet som någon form av aktieägartillskott. Därvid saknar den omständigheten att bolagets egna kapital var ovanligt litet i förhållande till dess skulder självständig betydelse.”¹⁷⁶

¹⁷³ Se blant annet RÅ 1970 Fi 923, RÅ 1980 1:59 og RÅ 1984 1:16.

¹⁷⁴ Avgjørelse av Regeringsrätten 11. april 1990, publisert i RÅ 1990 ref 34.

¹⁷⁵ Kommunalskattelagen 43 § 1 mom (SFS 1928:370).

¹⁷⁶ RÅ 1990 ref 34, nest siste avsnitt.

I teorien er Regeringsrättens utsagn regnet som en avgjørelse om at korrigeringsregelen ikke kan benyttes i tilfeller av tynn kapitalisering.¹⁷⁷

Med dette utgangspunkt har Sverige per dags dato ikke regler som gir skattemyndighetene hjemmel til å omklassifisere konsernlån til egenkapital i tilfeller av underkapitaliserte svenske datterselskap. Leif Gäverth konkluderer i sin doktoravhandling med at svenske ligningsmyndigheter har begrensede muligheter til å gripe inn i forhold rundt tynn kapitalisering:

”Att det föreligger en underkapitaliseringssituasjon kan inte enbart i sig medföra ingripande.”¹⁷⁸

7.2 Danmark

Danmark har valgt en annen løsning. Som et ledd i den såkalte pinsepakken fra juni 1998, ble det i Danmark innført egentlige regler om tynn kapitalisering i selskabsskatteloven¹⁷⁹ (SEL) § 11.¹⁸⁰

I motsetning til den norske og svenske regelen er den danske konkret og utgår fra et 4:1 forhold. Den danske regel kan sies å være bygget på samme prinsipp som petroleumskatteloven § 3 h. Det betyr at danske selskap ikke får gjeldsrentefradrag for konsernlån som utgjør mer en 25 % av det totale kapitalbehov. Dette innebærer at gjelden ikke kan utgjøre mer enn 20 % av egenkapitalen. Dette betyr ikke at danske datterselskap ikke kan fullfinansieres med konsernlån. Det er fradragsretten for gjeldsrenter som begrenses i SEL § 11.

Det kan poengteres at det i de danske reglene om tynn kapitalisering er innført et minstebeløp på konserngjeld på DKK 10 millioner, den såkalte ”*bagatelgrænse*”. Dette betyr at reglene om tynn kapitalisering ikke får anvendelse på konserngjeld under denne sum.

¹⁷⁷ Rabe, 2004, s. 498.

¹⁷⁸ Gäverth, 1999, s. 80.

¹⁷⁹ Lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. nr. 432 af 26.6.1998 (L 101).

¹⁸⁰ Bundgaard, 2000, s. 71.

Dansk lovgivning stod i en tilsvarende situasjon som den tyske etter LH-dommen. Ved lovendring i januar 2004 av Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (selskabskatteloven) § 11 endret man reglene om tynn kapitalisering til også å gjelde mellom danske konsernselskaper. Det vil si at uansett om kreditor er dansk eller fra et annet EU-land så skal danske myndigheter nekte fradrag for renter om forholdet mellom gjeld og egenkapital overstiger forholdet 4:1, jf. § 11 tredje ledd.

8 Sammenfatning

Problemstillingen jeg reiste innledningsvis knyttet seg til regulering av tynt kapitaliserte selskap i Norge samt hvordan tynn kapitalisering er behandlet i Sverige og Danmark.

Skattespørsmål om tynn kapitalisering oppstår hovedsakelig i to situasjoner: der mor- og datterselskapet er hjemmehørende i Norge, og som det er avgrenset til i denne oppgaven, tilfeller der et utenlandsk morselskap underfinansierer et norsk datterselskap. Et beslektet tilfelle kalt tykk kapitalisering kan oppstå der morselskapet er hjemmehørende i Norge mens datterselskapet er utenlandsk.

Norske skatteregler skal verne de norske skattefundamentene samtidig som de ikke må virke avskrekkende på potensielle utenlandske investorer. Når utenlandske konsernselskaper underfinansierer norske datterselskaper, er det potensielle skattetapet for Norge stort. Som vi så eksempler på i oljeskattesakene, blir store beløp unndratt norsk beskatning som følge av tynn kapitalisering. For de utenlandske selskapene kan den potensielle skattebesparelsen i forbindelse med finansieringen være avgjørende for om en investering i Norge lar seg forsvare økonomisk. Det utenlandske selskap vil av økonomiske hensyn ønske å kapitalisere det norske datterselskap så tynt som de norske skattereglene til enhver tid tillater.

Selskap som er tynt kapitalisert, kjennetegnes ved lav egenkapitalgrad og tilsvarende høy grad av gjeldsfinansiering. Spørsmålet er om skattemyndighetene kan omklassifisere de privatrettslige disposisjonene.

Før skattemyndighetene tar stilling til en eventuell omklassifisering, må det gjøres en helhetsvurdering av transaksjonens reelle forhold. Det vil si at likningsmyndighetene må vurdere om det foreligger et reelt låneforhold. Hvis ligningsmyndighetene finner at det som i regnskapet er gitt betegnelsen lån etter sitt innhold i virkeligheten er en

egenkapitaltilførsel, er det kapitaltilførselens reelle innhold som skal legges til grunn.¹⁸¹ Dette vil medføre at gjeldsrentene for skatteformål skal behandles som om det var utbytte.

Når de skatterettslige forhold er klarlagt, kan skattemyndighetene undersøke om det norske datterselskap er tynt kapitalisert. I denne vurderingen må myndighetene skille mellom selskaper som omfattes av petroleumsskatteloven og andre selskap. For selskap under petroleumsskatteloven kan problemstillingen rundt tynn kapitalisering karakteriseres som avklart etter endringen av petroleumsskattelovens § 3 h. Loven definerer selskapene som tynt kapitaliserte når de har gjeld som overstiger 80 % av den regnskapsmessige gjeld og egenkapital. Dersom selskapet har gjeld ut over dette, gis det bare et forholdsmessig fradrag for gjeldsrentene.

I andre bransjer er det skattelovens generelle armlengdebestemmelse i § 13-1 som kommer til anvendelse. Problemstillingen er om uavhengige långivere ville gitt lån med tilsvarende betingelser når selskapet hadde en så lav egenkapitalgrad. Skattemyndighetene må fastslå om partene i transaksjonen stod i et interessefelleskap og om det norske datterselskap har hatt en inntektsreduksjon. I tillegg kreves det at inntektsreduksjonen oppstod på grunn av interessefelleskapet.

Interessefelleskap vil typisk foreligge i mor og datterforhold. I praksis er det vanlig at et av konsernselskapene fungerer som investor. Selskapene er eid av de samme interesser og vilkåret vil være oppfylt. For å fastslå om det foreligger en inntektsreduksjon kan det spørres om tilsvarende lån ville vært oppnåelig mellom uavhengige parter på et fritt marked. Vurderingen skal skje opp mot forholdet mellom egenkapital og gjeld, der lånets størrelse er det sentrale. Spørsmålet er om selskapet kunne oppnådd lån med den aktuelle størrelse i markedet. For en uavhengig långiver vil villigheten til å gi lån være avhengig av en rekke økonomiske vurderinger. Långiver må foreta en vurdering der risiko, sikkerhet, rentesats, nedbetalingsplan og øvrige lånebetingelser står sentralt. Som vi har sett vil ikke alltid partene i et interessefelleskap se seg tjent med å inngå låneavtaler på markedsvilkår.

¹⁸¹ Fløystad, 1990, s. 55.

I praksis brukes ofte uttalelsene fra Fornebo-dommen:

” [Spørsmålet er om finansieringen har] 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.”¹⁸²

Dette innebærer at utgangspunktet i vurderingen av om et selskap er tynt kapitalisert er avtalens klausuler. Som det ble fremstilt vil likevel konkrete avtalevilkår, som for eksempel høy rentesats, først og fremst være et spørsmål om internprising og ikke tynt kapitalisering.

Dersom inntekten er redusert på grunn av interessefellesskapet, kan skattemyndighetene fastsette inntekten ved skjønn. Etter § 13-1 tredje ledd skal inntekten settes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget.

Da petroleumskatteloven ble endret i 1994, valgte lovgiver å ikke innføre noen tilsvarende faktorregel i de generelle skatte- eller selskapslovene.¹⁸³ For skattemyndighetene, domstolene og ikke minst skattyterne betyr det at rettssituasjonen på området fortsatt innebærer en stor grad av usikkerhet. Som vi har sett ble den siste høyesterettsdommen om tynt kapitalisering avgjort før 2. verdenskrig, og temaet i sakene som ble reist, dreide seg ikke om internasjonale forhold, men om kommunal beskatning. Videre fant ikke Høyesterett at vilkårene for omklassifisering forelå i noen av de fire sakene. Det er derfor begrenset hvilke slutninger som kan trekkes fra den foreliggende høyesterettspraksis. Underrettsdommene som foreligger, stammer fra petroleumsbransjen. Etter innføringen av spesialregelen i petroleumskatteloven har vekten av argumentene bare betydning på selskaper utenfor petroleumsbransjen.

Det har vært interessant å se at to av Norges naboland har valgt ulike løsninger på problemstillingen. Sverige har per dags dato ikke vedtatt konkrete rettsregler til vern mot tynt kapitalisering. Motsatt har Danmark innført en faktorregel på 4:1. Det kan nevnes at en rekke av OECD-landene i dag har etablert faste grenser for forholdet

¹⁸² Rt.1940.598 s. 601.

¹⁸³ Ot.prp. 12 1994/1995 pkt. 3.1.

mellom gjeld og egenkapital. Blant annet gjelder dette Polen, Spania, Canada og Japan Frankrike og Storbritannia.¹⁸⁴

De lege ferenda kan det spørres om det hadde vært en fordel om Norge innførte en faktorregel også for selskaper utenfor petroleumsbransjen. Dette ville forenkle problemstillingen både for skattemyndighetene, domstolene og skattyterne. Om man tolker signalene som lovgiver uttrykte i forbindelse med endringsloven av petroleumskatteloven i 1994¹⁸⁵ og lovgivers taushet siden, er det lite som tyder på en lovendring med det første.¹⁸⁶ På den annen side kan det tenkes at Norges forpliktelser gjennom EØS-avtalen kan tvinge frem en lovendring.

¹⁸⁴ Bundgaard, 2000, s. 116.

¹⁸⁵ Endringslov 23. desember 1994 nr. 74.

¹⁸⁶ Ot.prp. 12 1994/1995 pkt. 3.1.

9 Litteraturliste

Bøker og artikler:

- Aldén, Stefan. *Om regelkonkurrens innom skatteretten*. Nerenius & Santérus förlag, 1998
- Arvidsson, Richard. *Dolda vinstöverföringar*. Stockholm, 1990.
- Bakka, Pål Magne. *Tynn kapitalisering: noen sider ved skatteloven § 54 første ledd*, Det juridiske fakultets skriftserie nr.26, UiB, 1990
- Bjerke, Joachim M. *Internprissetting*. Oslo, 1997
- Brudvik, Arthur J. *Skatterett for næringsdrivende*. 26. utg. Oslo, 2003
- Brudvik, Greni, Syversen og Aarbakke. *Skattelov-kommentaren 2003/2004*. Oslo, 2004
- Bundgaard, Jakob. *Tynd kapitalisering: en skatteretlig fremstilling*. 1. utg. København, 2000
- Fløystad, Torstein. *Tynn kapitalisering (del1)*, Regnskap og Revisjon nr.2, 1990
- Fløystad, Torstein. *Tynn kapitalisering (del2)*, Regnskap og Revisjon nr.3, 1990
- Gjems-Onstad, Ole. *Norsk bedriftsskatterett*. 6. utg. Oslo, 2003
- Gäverth Leif, *Skatteplanering och Kapitaliseringsfrågor*, doktoravhandling ved Uppsala universitet, 1999
- Harboe, Einar. *Cashiers de droit fiscal international IFA*, 1996
- Klingenberg, Olav. *Skattedommer*. Wikborg Rein, 2004.
- Løchen, H. *Skattrett. Tidsskrift for skatt og avgift*. Oslo. 1982
- Lødrup, Peter. *Norsk lovkommentar*. 4. utg. Peter Lødrup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland. Oslo, 2002
- Melchior Arne, *Nasjonalstater. Globale markeder og ulikhet: Politiske spørsmål og institusjonelle utfordringer*. NUPI, 2001
- Michelsen, Aage. *International skatterett*. 3. utg. København, 2003
- Pelin Lars. *Internasjonal skatterett ur ett svensk perspektiv*, Prose design & grafikk, 2000
- Rabe, Gunnar. *Det svenska skattesystemet*. 17. opplagan. Gunnar Rabe og Johan Bojs. Stockholm, 2004
- Skatteetaten. *Lignings-ABC 2004*. 26. utgave, 2004
- Skoghøy, Jens Edvin A. *Domstolenes kompetanse til å prøve ligningsvedtak som bygger på skjønn*. TFR-2002-109, 2002
- Sverre, Øystein A. *Skatt i internasjonal virksomhet*. Oslo, 1999
- Syvvertsen, Jan. *Skatt på petroleumsutvinning: Petroleumskatterettslige emner*, Oslo, Sjørettsfondet, 1991
- Zimmer, Frederik. *Internasjonal inntektsskatterett*. 3. utg. Oslo, 2003
- Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. 4. utg. Oslo, 2001
- Aarbakke, Magnus. *Grensen mellom egenkapital og fremmedkapital etter regnskapslovgivningen*, Revisjon og Regnskap nr.3, 1982

Lover:

Lov av 18.august 1911 nr. 08 om skatt av formue og inntekt.

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

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

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

Forarbeider / Norges offentlige utredninger:

Innst.O. 37 1996/1997 Lov om Oppgaveregisteret.

Innst.O. 17 1994/1995 Endringer i finanslovgivningens regler om særskilte eierbegrensninger mv

NOU 1992:34 Skatt på kraftselskap

NOU 2000:18 Skattlegging av petroleumsvirksomhet

Ot.prp. 1 2003/2004 Skatte- og avgiftsopplegget 2004 - lovendringer.

Ot.prp. 12 1994/1995 Endringer i lov av 13. juni 1975 nr. 35 om skattlegging av undersjøiske petroleumsforekomster m.v.

Ot.prp. 16 1979/1980 Om lov om endringer i lov av 19. juni 1969 nr. 71 om særregler for skattlegging av aksjeselskaper og aksjonærer og lov om endringer i lov av 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper

Ot.prp. 26 1980/1981 Om lov om endringer i lov nr 8 av 18. august 1911 om skatt av formue og inntekt (Skatteloven) mv

Ot.prp. 86 1997/1998 Ny skattelov.

Avgjørelser:**Internasjonale avgjørelser:**

Sag C-324/00 EF-domstolen (Lankhorst-Hohorst)

Sag C-446/03 EF-domstolen (Marks & Spencer)

Rettstidene:

Rt.1924.49 (Grønsen)

Rt.1926.519 (Kristiania Hypotek- og Realkreditbank)

Rt.1936.833 (Allers)

Rt.1939.699 (Bækken)

Rt.1940.598 (Fornebo)

Rt.1999.1087 (Baker Hughes)

Rt.2003.1324 (Statpipe)

Utvalget:

Utv.1989.304 (Amoco), dom i Oslo Byrett 20.januar 1989

Utv.1989.341 (British Petroleum), dom i Oslo Byrett 6.februar 1989

Utv.1994.1160

Utv.1999.540 (Nycomed)

Utv.2002.1537 (Scribona), dom i Oslo tingrett 6. november 2002

Utv.2004.685 (Scribona), dom i Borgarting lagmannsrett 29.april 2004

Upublisert dom, Amerada Hess Norge AS mot Staten v/Finansdepartementet, dom i Eidsivating lagmannsrett 28.mars 1989 (ikke inntatt i Utv.)

Regeringsrättens årsbok (Sverige):

RÅ 1970 Fi 923
RÅ 1980 1:59 (Ericsson)
RÅ 1984 1:16 (Edet)
RÅ 1990 ref 34 (Mobil Oil)

Utenlandske lover:

Danmark Lov om inkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (selskabsskatteoven), jf. lovbekendtgørelse nr. 736 af 28. august 2002

Sverige Inkomstkattelag (1999:1229) (IL)
Kommunalskattelagen 43 § 1 moment (SFS 1928:370).

Tyskland Körperschaftsteuergesetz § 8a stk. 1

OECD:

Report of the OECD Committee law affairs: Transfer Pricing and Multinational Enterprises, 1979

Thin Capitalization – Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen, Issues in International taxation, No.2, 1987

Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrators, OECD, 1995

Report of the OECD Committee law affairs: *Model Tax Convention on Income and on Capital* (OECDs mønsteravtale), 1997

Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed version, OECD, 2003

Skatteavtaler:

Den nordisk skatteavtale [NSA]. Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue, av 23. september 1996. Trådte i kraft 11.mai 1997

Kongresspublikasjoner:

International aspects of thin capitalization: Congress of the International Fiscal Association. Geneva 1996

Internetsider:

ORS.NO. Norsk forening for oljeregnskap og skatt, 9.mars 2005
www.ors.no/ligningen_98/Floystad-Ligningen-1998-36.htm

RETTSDATA.NO. Skattelovskommentaren på nett, 29.mars 2005
[www.rettssdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=nes.htm\\$3.0\\$vid=skatt:default](http://www.rettssdata.no/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=nes.htm$3.0$vid=skatt:default)
[www.rettssdata.no/NXT/gateway.dll/forskr/f19991119nr1158/f19991119nr1158k13?f=templates\\$fn=document-frameset.htm\\$3.0 \(note 908\)](http://www.rettssdata.no/NXT/gateway.dll/forskr/f19991119nr1158/f19991119nr1158k13?f=templates$fn=document-frameset.htm$3.0 (note 908))

Avhandlinger:

Løken, Håvard Waage. *Tynn kapitalisering*. Håvard Waage Løken og Pål-Christian Baastad. BI, Oslo, 1996. Diplomoppgave.

Smith, Nikolai. *Realisasjon som innvinningskriterium*. Juridiske fakultet, Oslo, 2003. Spesialoppgave

Avisartikler:

Dagens Næringsliv, "Fort og gæli" om EØS, Per-Kristian Foss, 6.2.2004

10 Vedlegg

Skatteloven § 13-1 lyder:

“(1) Det kan foretas fastsettelse ved skjønn hvis skattyters formue eller inntekt er redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap med annen person, selskap eller innretning.

(2) Er den andre personen, selskapet eller innretningen som er nevnt i første ledd, bosatt eller hjemmehørende i utlandet¹ og det er grunn til å anta at formuen eller inntekten er redusert, skal reduksjonen anses for å være en følge av interessefellesskapet med mindre skattyteren godtgjør at det ikke er tilfelle.

(3) Ved skjønnen skal formue eller inntekt fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget.”

Skatteloven § 54.1 av 1911 lød:

"For skattyter som får formue eller inntekt redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap med annen person, selskap eller innretning, kan formuen eller inntekten fastsettes ved skjønn. Er den annen person, selskap eller innretning bosatt eller hjemmehørende i utlandet og det foreligger grunn til å anta at inntekten eller formuen er redusert, skal dette anses å være en følge av interessefellesskap med mindre skattyteren godtgjør noe annet. Ved skjønnen skal formue eller inntekt settes til det den antas å ville ha vært om interessefellesskap ikke hadde foreligget."

Skatteloven § 54.1 av 1911, før endringslov av 29. mai 1981, nr. 29 lød:

”Hvis utenfor kommunen hjemmehørende person, selskap eller innretning – uansett om vedkommende i formen opptrer som leverandør, långiver, garant eller lignende – efter omstendighetene må antas å være interessert i nogen næringsdrift eller virksomhet, som beskattes i kommunen, på vesentlig samme måte som en deltager, blir der ved beskatningen å ta hensyn dertil. Ligningsmyndighetene kan i et sådant tilfelle ansette formue og inntekt etter eget skjønn over forretningens midler og avkastning. På samme måte forholdes, når en skattyder kjøper eller selger varer eller leier eller bortleier kraft for en pris, som på grunn av et interessefellesskap må antas å være satt annerledes enn i tilfelle vilde ha vært, om sådant interessefellesskap ikke hadde foreligget.”

Skatteloven § 6-40 lyder:

- ” (1) Det gis fradrag for renter av skattyters gjeld.
(2) Det gis fradrag for renter som er betalt i inntektsåret ved kjøp av løsøre på kreditt. Departementet kan gi forskrift om begrensning av og vilkår for fradragsretten etter dette ledd.
(3) Det gis fradrag for renter av fondsobligasjoner som kan likestilles med kjernekapital etter de vilkår som er fastsatt i lov eller i medhold av lov.
(4) I tilfelle skattyter skal gis begrenset eller fast fradrag for gjeld etter §§4-31 femte ledd og 4-53, gis det fradrag bare for rente av den gjeld som kommer til fradrag ved formuesfastsettelsen.
(5) Det gis ikke fradrag for
a. renter som sparebank og gjensidige forsikringsselskap, kreditt- og hypotekforening og selveiende finansieringsforetak har utbetalt på grunnfondsbevis, jf. lov om sparebanker §2 annet ledd, lov om forsikringsvirksomhet §4-2 annet ledd og lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner,
b. renter som omfattes av skattebetalingsloven §§23 nr. 2 og 27 nr. 7 ved for lite innbetalt skatt,
c. rentetillegg som omfattes av ligningsloven §9-10 nr. 1.
(6) Det gis ikke fradrag for rente av gjeld til utenlandsk fordringshaver hvis rentekostnaden ikke dokumenteres på den måten departementet har bestemt.
(7) Rentekompensasjon etter avtale om verdipapirlån som nevnt i §9-11 , regnes som renter på gjeld. Som rentekompensasjon regnes et beløp som motsvarer den rente som i låneperioden er utdelt på et utlånt verdipapir. Bestemmelsen i §10-11 tredje ledd tredje punktum gjelder tilsvarende.”

Petroleumskatteloven § 3 h av 1975 lyder:

”h) Selskap som nevnt i §5 skal i forhold til inntektsansettelsen ha en egenkapitalandel som minst utgjør 20 pst. av summen av selskapets gjeld og egenkapital i henhold til balansen ved det regnskapsmessige årsoppgjør. Dersom selskapet i henhold til balansen ved utløpet av inntektsåret har gjeld som utgjør mer enn 80 pst. av summen av gjeld og egenkapital, gis det bare fradrag ved ligningen for en forholdsmessig andel av netto finansutgifter som fordeles til sokkeldistriktet etter §3d , og som svarer til forholdet mellom 80 pst. av summen av gjeld og egenkapital og samlet gjeld ifølge balansen. Ved anvendelse av bestemmelsen i foregående punktum skal gjelden ikke i noe tilfelle anses for å utgjøre mer enn 100 pst. av summen av gjeld og egenkapital
Egenkapital som er tilført virksomheten i løpet av inntektsåret skal bare medregnes som egenkapital ved anvendelse av bestemmelsen i første ledd dersom den har vært i behold i virksomheten til utløpet av etterfølgende inntektsår.
Egenkapital som ikke medregnes som egenkapital etter foregående punktum skal i

stedet medregnes som gjeld. Skattepliktig som nevnt i §5 skal sende melding til Oljeskattekontoret dersom det tas skritt til å ta egenkapital ut av særskattepliktig virksomhet utover det som følger av årsoppgjøret.

Ved anvendelse av bestemmelsen i første ledd skal regnskapsmessig balanse ved årsoppgjøret¹² endres i samsvar med korreksjoner av regnskapsmessig gjeld og egenkapital som er lagt til grunn ved ligningen for skatteformål.

Renteutgifter vedrørende lån som er opptatt for å finansiere driftsmidler som avskrives etter §3b kan ikke aktiveres som del av kostprisen for slikt driftsmiddel i større grad enn renteutgiftene kunne vært utgiftsført etter første ledd i denne bokstav.”

Den danske Selskabsskatteloven § 11 lyder:

”Hvis et selskab eller en forening

- 1) er omfattet af, § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 c-2 f, 3 a-5 b
- 2) har gæld til udenlandske fysiske eller juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B, stk. 1 (kontrolleret gæld) og
- 3) selskabets eller foreningens fremmedkapital (gæld) set i forhold til selskabets egenkapital ved udløbet af indkomståret overstiger forholdet 4:1, kan renteutgifter og kurstab, der vedrører den overskydende del af den kontrollerede gæld, ikke fradrages.”

Den svenske inkomstskattelagen (1999:1229)14 kap 19 § 1L lyder:

”Om resultatet av en näringsverksamhet blir lägre till följd av att villkor avtalats som avviker från vad som skulle ha avtalats mellan sinsemellan oberoende näringsidkare, skall resultatet beräknas till det belopp som det skulle ha uppgått till om sådana villkor inte funnits. Detta gäller dock bara om

1. den som på grund av avtalsvillkoren får ett högre resultat inte skall beskattas för detta i Sverige enligt bestämmelserna i denna lag eller på grund av ett skatteavtal,
2. det finns sannolika skäl att anta att det finns en ekonomisk intressegemenskap mellan parterna, och
3. det inte av omständigheterna framgår att villkoren kommit till av andra skäl än ekonomisk intressegemenskap.”

Den svenske Kommunalskattelag (1928:370) 43 § 1 mom lød:

”Har näringsidkares inkomst blivit lägre till följd av att villkor avtalats som avviker från vad som skulle ha avtalats mellan sinsemellan oberoende näringsidkare, skall inkomsten beräknas till det belopp som den skulle ha uppgått till om sådana villkor inte förekommit, under förutsättning att

a) den som på grund av avtalsvillkoren tillförts inkomst inte skall beskattas för denna här i riket,

b) det finns sannolika skäl att anta att ekonomisk intressegemenskap föreligger mellan näringsidkaren och den med vilken avtalet träffats och

c) det inte av omständigheterna framgår att villkoren tillkommit av andra skäl än ekonomisk intressegemenskap. Lag (1983:123).”

OECDs mönsteravtale artikkel 9(1) lyder:

“Where

a)

an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or

b)

the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State,

and in either case 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.”

OECDs mönsteravtale artikkel 11(1) lyder:

“Interest arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.”