

UiO • **Det juridiske fakultet**

Lovforslag om begrensning av rentefradrag i interessefelleskap

- Samspillet med armlengdeprinsippet

Kandidatnummer: 534.

Leveringsfrist: 25. november 2013.

Antall ord: 17 967.



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Aktualitet	1
1.2	Tema og problemstilling.....	2
1.3	Rettskildebildet og metode	4
1.3.1	Intern rett	4
1.3.2	Internasjonal skatteavtalerett.....	6
1.4	Avgrensning.....	8
1.5	Struktur	9
2	SKATTEPOLITISKE HENSYN	11
2.1	Begrunnelsen for fradrag for gjeldsrenter	11
2.1.1	Fradragsretten i skatteloven § 6-40	11
2.1.2	Fradragsretten i enkeltelskaper vs. konserner.....	13
2.2	Begrunnelsen for begrensning i fradragsretten.....	15
3	ARMLENGDEPRINSIPPET	17
3.1	Skatteloven § 13-1	17
3.1.1	Lovbestemmelsens innhold.....	17
3.1.2	Problemstillinger for konsernintern finansiering	18
3.1.3	Rettspraksis om tynn kapitalisering	20
3.1.4	Nærmere om vilkårene i skatteloven § 13-1 ved tynn kapitalisering.....	21
3.1.5	Nærmere om skjønnsfastsettelsen ved tynn kapitalisering	23
3.2	OECDs Mønsteravtale artikkel 9.....	25
3.2.1	Armlengdeprinsippets innhold.....	25
3.2.2	Armlengdeprinsippet for konserninterne lån.....	26
3.2.3	Adgangen til å justere den kontrollerte transaksjonen	28

4	UTENLANDSK RETT.....	34
4.1	Nasjonale regler om tynn kapitalisering.....	34
4.2	Rentebegrensningsregler i utvalgte OECD-land	36
4.2.1	Innledning	36
4.2.2	Danmark.....	36
4.2.3	Finland.....	37
4.2.4	Nederland	37
4.2.5	Tyskland.....	38
4.2.6	Konsensus om «beste praksis»?	38
5	LOVFORSLAG OM BEGRENSNING AV RENTEFRADRAG	41
5.1	Forslaget til skatteloven § 6-41	41
5.2	Valg av hovedmodell – en sjablongregel	45
5.3	Utvalgte høringsuttalelser.....	47
6	RETTSLIG ANALYSE OG VURDERING AV SAMSPILLET MELLOM RENTEBEGRENSNINGSREGELN OG ARMLENGDEPRINSIPPET.....	49
6.1	Samspillet med armlengdeprinsippet i intern rett.....	49
6.1.1	Rentebegrensningsregelens tilpasning i intern rett	49
6.1.2	Rentebegrensningsregelens tilsiktede formål.....	51
6.1.3	Motstridende regler?	55
6.2	Samspillet med armlengdeprinsippet i MTC artikkel 9.....	55
6.2.1	Generelle utgangspunkter.....	55
6.2.2	Nærmere om problemstillingene.....	57
6.2.3	Er artikkel 9 en begrensningsregel eller en illustrativ regel?.....	58
6.2.4	Anvendelsesområdet til artikkel 9 nr. 1	60
6.2.5	Utenfor anvendelsesområdet til artikkel 9 nr. 1	62
6.2.6	Begrensninger for nasjonale tynn kapitaliseringsregler	63
6.2.7	Konsekvensen av «brudd» med artikkel 9 nr. 1 – økonomisk dobbeltbeskatning.....	68

6.2.8	Oppsummering	71
7	UTVIKLINGEN VIDERE	72
7.1	Nytt skatteutvalg	72
7.2	BEPS	72
7.3	Burde Stortinget avvente?	73
8	LITTERATURLISTE	75
8.1	Norske lover	75
8.2	Forskrifter	75
8.3	Lovforarbeider	76
8.4	Høringsnotat og høringsuttalelser	77
8.5	Traktater og konvensjoner	77
8.6	Avgjørelser	78
8.7	OECD	79
8.8	EU	79
8.9	Bøker og artikler	80
8.10	Nettsider/nettressurser	82

1 Innledning

1.1 Aktualitet

Den 11. april 2013 sendte Finansdepartementet på høring¹ et lovforslag om begrensning av fradrag for gjeldsrenter når långiver og låntaker er nærstående («høringsforslaget»)². Høringsforslaget er fulgt opp i Statsbudsjettet for 2014,³ som gjennomgående er opprettholdt i Regjeringen Solbergs endringsforslag til Statsbudsjettet⁴ fremlagt for Stortinget («lovforslaget»). Lovforslaget innebærer at låntaker (skattyter) ikke innrømmes fradrag for interne rentekostnader som overstiger 30 prosent av en særskilt fastsatt resultatstørrelse («rentebegrensningsregelen»)⁵. Rentebegrensningsregelen har som formål å hindre flernasjonale konserners uthuling av skattegrunnlaget i Norge gjennom rentefradrag, samt å bidra til å utjevne konkurransevilkårene mellom internasjonale og nasjonale virksomheter.⁶

Flere OECD-land har innført lignende begrensningsregler for å motvirke flernasjonale konserners skatteplanlegging gjennom rentefradrag.⁷ Tiltak mot skatteplanlegging og uthuling av skattegrunnlag er dessuten på dagsorden hos OECD.⁸ OECD har på anmodning fra G20 utarbeidet en handlingsplan⁹ for å motvirke problemet med uthuling av skattegrunnlag og overskuddsflytning. Søkelyset er rettet mot tilfellene der ulike nasjonale skattesystemer og anvendelsen av skatteavtaler fører til at overskudd fra selskapers grenseoverskridende aktiviteter beskattes lavt eller ikke overhodet («dobbel ikke-beskatning»)¹⁰. Begrensning av rentefradrag er ett av tiltakene mot uthuling av skattegrunnlag foreslått i BEPS.¹¹

¹ Høringsbrev datert 11. april 2013.

² Høringsnotat «Begrensning av fradrag for renter i interessefellesskap».

³ Prop. 1 LS (2013-2014) Del II 4 («proposisjonen») av 14. oktober 2013.

⁴ Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013-2014) 6.1 («tilleggsproposisjonen») av 8. november 2013.

⁵ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 102.

⁶ Høringsnotat s. 14.

⁷ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 102.

⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development.

⁹ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting («BEPS») publisert 19. juli 2013.

¹⁰ BEPS s. 10-11.

¹¹ BEPS Action 4.

1.2 Tema og problemstilling

Selskaper kan finansieres enten ved egenkapital eller fremmedkapital (gjeld).¹² Temaet for avhandlingen er rentebegrensningsregelen og derav konsernintern gjeldsfinansiering. «Gjeld» er ikke definert i skatteloven eller dens forarbeider, men med gjeld menes enhver rettslig forpliktelse til å yte noe til andre i penger.¹³ Renter av gjeld kan defineres som “the compensation for the use or forbearance of money”.¹⁴

Egenkapital og gjeld behandles skattemessig forskjellig.¹⁵ Skatteloven § 6-40 oppstiller hovedregelen om fradrag for renter av skattyters gjeld. Motsvarende renteinntekter er skattepliktig inntekt.¹⁶ Siden utbetalinger knyttet til egenkapital ikke er fradragsberettiget har internasjonale konserner insentiv til å plassere store andeler gjeld i selskaper hjemmehørende i Norge, som har en relativt høy selskapskatt og derav høyt skattemessig fradrag for gjeldsrentene, mens renteinntektene kanaliseres til nærstående selskaper i land med lav eller ingen beskatning. Ved en slik skattemotivert plassering av gjeld reduseres samlet skattebelastning i konsernet og skatteproveny tapes i Norge.¹⁷ Skattemotivert plassering av gjeld vil ofte medføre en skjev kapitalstruktur hos selskapet, det vil si i forholdet mellom egenkapital og gjeld.

Lovforslaget om begrensning av rentefradrag i skatteloven § 6-41 er nyskapende i norsk rett og bryter med skattelovens gjeldende regel om fradrag for gjeldsrenter. Finansdepartementet innrømmer:

¹² Skaar (2006) s. 457.

¹³ Skatteetaten (2012) s. 640.

¹⁴ Deputy v. du Pont U.S 488, 498 (1940).

¹⁵ Utbytte fra selskaper er skattepliktig for mottakeren jf. skatteloven § 10-11, uten at selskapet får tilsvarende fradrag, se St.meld. nr. 29 (2003–2004) pkt. 11.7.

¹⁶ Skatteloven § 5-1 jf. § 5-20 første ledd litra b.

¹⁷ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 103.

«Det er komplisert å utforme regler som er både enkle og treffsikre. En god rentebegrensingsregel må også være tilpasset det øvrige regelverket i Norge.»¹⁸

Uttalelsen er kjernen i avhandlingen. Er lovforslaget tilpasset det gjeldende regelverket, både nasjonalt og internasjonalt? Er rentebegrensingsregelen treffsikker – treffer den sitt tilsiktede formål?

Det er hevdet at lovforslaget vil være i strid med armlengdeprinsippet inntatt i Norges skatteavtaler som en følge av at bestemmelsen legger begrensninger for anvendelsen av nasjonale regler.¹⁹ Avhandlingens hovedproblemstilling er samspillet mellom rentebegrensingsregelen og armlengdeprinsippet. Skatteloven § 13-1 er det internrettslige uttrykket for armlengdeprinsippet.²⁰ Den første problemstillingen gjelder lovforslagets tilpassning i norsk rett. Det vil si om forslaget til skatteloven § 6-41 og skatteloven § 13-1 kan anvendes ved siden av hverandre eller om rettsreglene er motstridende og må harmoniseres (punkt 6.1). Den andre problemstillingen er om armlengdeprinsippet i OECDs Mønsteravtale artikkel 9 legger begrensninger for anvendelsen av lovforslaget, og eventuelle konsekvenser av en slik begrensning (punkt 6.2).

Et særskilt spørsmål er om og hvordan skatteloven § 13-1 og OECDs Mønsteravtale artikkel 9 skal anvendes i tilfellene av tynn kapitalisering.²¹ «Tynn kapitalisering» er tilfeller der debitorselskapet har overskredet sin lånekapasitet, det vil si at selskapet har en høyere andel gjeld og en lavere andel egenkapital enn hva selskapet ville vært i stand til uten konserntilknytningen.²² Det finnes ingen optimal størrelse for forholdet mellom egenkapital og gjeld, men en høy andel gjeld i forhold til egenkapital vil være en indikasjon på å oppnå

¹⁸ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 138.

¹⁹ F.eks. Høringsuttalelse KPMG og Wiersholm.

²⁰ Ot.prp.nr.26 (1980-1981) s. 56.

²¹ Zimmer (2009a) s. 163.

²² Skaar (2006) s. 459.

skattefordeler.²³ Gjeldende regler om fradrag for skattyters gjeldsrenter inviterer til tynn kapitalisering av konsernselskaper på grunn av skattefordelene som oppnås ved store rentefradrag. Forslag til skatteloven § 6-41 begrenser rentefradrag og derav omfanget av tynn kapitalisering.²⁴ På denne bakgrunn er tynn kapitalisering den røde tråden i avhandlingen.

Forslaget til skatteloven § 6-41 vil i det følgende bli omtalt som «skatteloven § 6-41», «lovforslaget» eller «rentebegrensningsregelen».

1.3 Rettskildebildet og metode

1.3.1 Intern rett

I avhandlingen anvendes alminnelig juridisk metode som gjelder på skatterettens område.²⁵ Det vil ikke redegjøres nærmere for metodelæren, siden faget rettskildelære alene reiser omfattende problemstillinger.²⁶ Alminnelig juridisk metode vil like fullt ligge til grunn for de rettslige analyser og vurderinger avhandlingens problemstillinger reiser.

Den sentrale loven på skatterettens område er skatteloven, som ilegger skattesubjektene skatteplikt til stat, kommune og fylkeskommune.²⁷ Skatteloven § 6-40 om gjeldsrenter og skatteloven § 13-1 om skjønnsfastsettelse ved interessefelleskap er sentrale lovbestemmelser i avhandlingen.

Høringsnotatet med forslag til skatteloven § 13-2 er et forarbeid som innleder lovgivningsprosessen.²⁸ I Statsbudsjettet for 2014 fremla Stoltenberg II-regjeringen et noe endret lov-

²³ OECD (1987) pkt. 12 s. 11.

²⁴ Høringsnotat s. 19.

²⁵ Zimmer (2009b) s. 47.

²⁶ Eckhoff (2000) s. 15-17.

²⁷ Skatteloven § 1-1 første ledd jf. skatteloven kap. 2.

²⁸ Eckhoff (2000) s. 65.

forslag om begrensning av rentefradrag i ny § 6-41. Lovforslaget er på enkelte punkter lempeligere enn høringsforslaget. For eksempel er fradragrammen økt fra 25 til 30 prosent, terskelbeløpet er økt fra 1 til 3 millioner kroner og fremføringsadgangen er utvidet fra fem til ti år. Rent lovteknisk er rentebegrensningsregelen foreslått plassert i ny § 6-41 i motsetning til høringsforslagets § 13-2.²⁹ Regjeringen Solberg opprettholder den forrige regjeringens lovforslag, men foreslår å øke terskelbeløpet fra 3 til 5 millioner kroner. I tillegg foreslår regjeringen å sende på høring en forskrift om unntak for enkelte typer lån med sikkerhetsstillelse fra nærstående part.³⁰

I påvente av Stortingets behandling³¹ av lovforslaget er høringsnotatet, proposisjonen og tilleggsproposisjonen de eneste rettskildene (forarbeidene) tilknyttet lovforslaget. Lovforarbeiders vekt kan ikke besvares generelt, men uttalelser om formålet og meningen med bestemmelsen bør få betydning for tolkningen av lovteksten.³² Tilleggsproposisjonen gir uttrykk for den siste utviklingen i lovgivningsprosessen, og derfor er avhandlingen basert på tilleggsproposisjonens forslag til rentebegrensningsregel. Proposisjonen er selve grunnlaget for tilleggsproposisjonens lovforslag, mens Høringsnotatet vil være relevant i den utstrekning det utfyller proposisjonen.

Rettspraksis fra Høyesterett er en sentral rettskilde på skatterettens område.³³ I tilfellene av tynn kapitalisering foreligger få høyesterettsavgjørelser, og underrettspraksis får derfor større betydning enn normalt.³⁴ Ligningspraksis er dessuten relevant, noe også Høyesterett

²⁹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 103.

³⁰ Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013-2014) s. 63-64.

³¹ Finanskomiteens innstilling er ventet 28. november d.å. Stortingets behandling er tentativt 5. desember d.å.

³² Eckhoff (2000) s. 70.

³³ Zimmer (2009b) s. 52.

³⁴ Eckhoff (2000) s. 162.

har lagt vekt på.³⁵ Tynn kapitalisering kom under ligningsmyndighetenes lupe særlig i 1980-årene vedrørende beskatningen av petroleumsvirksomhet på norsk sokkel.³⁶

1.3.2 Internasjonal skatteavtalerett

Norge har inngått til sammen 82³⁷ dobbeltbeskatningsavtaler med andre stater. Hovedformålet med dobbeltbeskatningsavtalene er å eliminere juridisk dobbeltbeskatning.³⁸ Juridisk dobbeltbeskatning inntreffer når en og samme inntekt beskattes hos det samme skattesubjektet med likeartede skatter i mer enn en stat. Når samme inntekt skattlegges hos forskjellige skattesubjekter innen samme økonomiske enhet (typisk konserner), foreligger *økonomisk* dobbeltbeskatning.³⁹ Skatteavtalene inneholder derfor ingen selvstendig hjemmel for statene til å ilegge skatt, men fordeler beskatningsretten når begge statene har beskatningsrett i medhold av internrettslig hjemmel.⁴⁰

I 1956 startet OECD arbeidet med en mønsteravtale for å forhindre dobbeltbeskatning mellom OECD-medlemsland.⁴¹ Dobbeltbeskatningsavtalene Norge har inngått er basert på Mønsteravtalen fra 1963. Nyere eller reforhandlede avtaler er normalt basert på Mønsteravtalen fra 2010.⁴² Det er inntatt en bestemmelse tilsvarende MTC artikkel 9 nr. 1 i alle skatteavtalene Norge har inngått.⁴³ Medlemslandene er sterkt oppfordret til å benytte MTC, selv om de ikke er formelt forpliktet.⁴⁴ OECD har utarbeidet en utfyllende kommentar som er veiledende for tolkningen av MTCs enkeltbestemmelser («kommentaren»)⁴⁵ I tillegg har

³⁵ F.eks. Rt. 1973 s. 87.

³⁶ Løchen (1991) s. 450.

³⁷ Antall dobbeltbeskatningsavtaler i kraft per 1. oktober 2013.

³⁸ OECD komm. art. 1 pkt. 7 s. 59.

³⁹ NOU 2003:9 pkt. 13.2.2.2 s. 272.

⁴⁰ Naas (2010) s. 77.

⁴¹ OECD intro. pkt. 6 s. 8.

⁴² OECD Model Tax Convention on Income and on Capital ("MTC").

⁴³ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 105.

⁴⁴ OECD intro. pkt. 3 s. 7.

⁴⁵ OECD intro. pkt. 28 s. 14.

OECD utformet retningslinjer⁴⁶ som gir veiledning for anvendelsen av armlengdeprinsippet i MTC artikkel 9.⁴⁷

I norsk rett skal det tas hensyn til OECD-retningslinjene når et interessefellesskap er underlagt armlengdeprinsippet nedfelt i skatteavtale der Norge er part, jf. skatteloven § 13-1 fjerde ledd. Henvisningen til OECD-retningslinjene gir utfyllende veiledning for skatteloven § 13-1.⁴⁸ Høyesterett har gitt sin tilslutning til at OECD-retningslinjene skal vektlegges ved tolkningen av skatteloven § 13-1, siden de gir et mer presist uttrykk for bestemmelsens innhold.⁴⁹

Skatteavtaler er folkerettslige traktater inngått mellom stater. Det er derfor ikke selvsagt at den alminnelige juridiske metode skal få anvendelse ved tolkningen av skatteavtaler.⁵⁰ Høyesterett har i den anledning uttalt:

«Skatteavtaler skal tolkast i samsvar med folkerettslege reglar om tolking av traktatar.»⁵¹

De folkerettslige reglene for tolkning av traktater er nedfelt i “Vienna Convention on the Law of Treaties” («Wien-konvensjonen»). Norge har ikke ratifisert Wien-konvensjonen, men i kraft av å være ansett som folkerettslig sedvanerett er den relevant også for Norge.⁵² Wien-konvensjonen oppstiller to grunnleggende prinsipper om traktatstolkning.⁵³ For det første skal en traktat tolkes i overensstemmelse med en naturlig forståelse av dens ordlyd og begreper. For det andre skal traktatens ordlyd tolkes i lys av dens kontekst og formål.

⁴⁶ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations («OECD-retningslinjene»).

⁴⁷ OECD komm. art. 9 pkt. 1 s. 181.

⁴⁸ Ot.prp.nr.62 (2006-2007) pkt. 4.1 s. 15.

⁴⁹ Rt. 2001 s. 1265 (Agip).

⁵⁰ Naas (2010) s. 84.

⁵¹ Rt. 2011 s. 1581 avs. 41.

⁵² Russo (2007) s. 17.

⁵³ Wien-konvensjonen artikkel 31.

Henvisningen til traktatens formål tilsier at det ved tolkningen av skatteavtaler skal tas hensyn til å avhjelpe dobbeltbeskatning.⁵⁴

I avhandlingen er det selve MTC artikkel 9 som er gjenstand for tolkning. Av den grunn er det naturlig å legge stor vekt på OECDs materiale tilknyttet MTC, herunder kommentaren og OECD-retningslinjene.

1.4 Avgrensning

Over 3000 bilaterale skatteavtaler er basert på OECDs mønsteravtaler.⁵⁵ Dette viser at det er nødvendig å foreta avgrensninger for avhandlingen. Det avgrenses mot andre skatteavtaler unntatt OECDs Mønsteravtale fra 2010 (MTC). Det tas verken hensyn til konkrete dobbeltbeskatningsavtaler Norge har inngått med varierende utforminger av særlig artikkel 9 nr. 2, eller selve inkorporeringen av skatteavtaler i norsk rett.

Det avgrenses i sin helhet mot EØS-retten og problemstillingen om skatteloven § 6-41 er i strid med EØS-avtalen. Det kunne for eksempel vært stilt spørsmål ved om lovforslaget er i strid med reglene om fri etableringsrett, og om det medfører indirekte forskjellsbehandling.⁵⁶

I kjerneområdet for avhandlingen er aksjeselskaper som tilhører et konsern. Selskapsrettslig foreligger et konsern når et morselskap har bestemmende innflytelse over et annet selskap (datterselskap) ved stemmeflertall gjennom eierskap eller avtale, jf. aksjeloven § 1-3. Av hensyn til variasjon omtales konserntilknytningen mellom mor- og datterselskaper som «interessefellesskap» eller «nærstående selskaper». Det avgrenses mot særlige spørsmål

⁵⁴ Naas (2010) s. 86.

⁵⁵ Bemerkninger fra OECDs Generalsekretær.

⁵⁶ Høringsuttalelse EY.

som gjelder rentebegrensning for selskaper med begrenset skatteplikt til Norge, herunder norsk filial av utenlandske selskap, jf. skatteloven § 6-41 femte ledd. Avhandlingen behandler heller ikke spørsmål som oppstår for særlige virksomheter, som for eksempel rederivirksomheter eller kraftforetak.⁵⁷

Tynn kapitalisering vil bli brukt som definert i punkt 1.2. Begrepet har i tillegg blitt brukt om tilfellet der tilsynelatende gjeld reelt sett er å betrakte som egenkapital.⁵⁸ Bedømmelsen av om en kapitaltilførsel er egenkapital eller gjeld er i juridisk teori omtalt som «klassifikasjonsspørsmålet».⁵⁹ Det avgrenses mot «klassifikasjonsspørsmålet», se nærmere punkt 3.1.2. I forlengelsen av dette avgrenses det mot «hybridfinansiering», det vil si kapitaltilførsel som ligger i grenseområdet mellom egenkapital og gjeld.⁶⁰

Den ulovfestede gjennomskjæringsregelen er en alternativ hjemmel ligningsmyndighetene kan anvende på låneforhold i flernasjonale foretak.⁶¹ Gjennomskjæringsregelen er en selvstendig hjemmel ved siden av armlengdeprinsippet og faller således utenfor avhandlingens hovedproblemstilling.

1.5 Struktur

Avhandlingens hovedproblemstilling er samspillet mellom rentebegrensningsregelen og armlengdeprinsippet. Som et bakteppe for en analyse og vurdering av hovedproblemstillingen, er hensynene bak gjeldende rett og innføringen av rentebegrensningsregelen inntatt i avhandlingens punkt 2. Armlengdeprinsippet behandles i punkt 3, der det først redegjøres for innholdet i skatteloven § 13-1 og deretter MTC artikkel 9 nr. 1. Dette gjelder særlig bestemmelsenes forhold til konsernintern finansiering og tynn kapitalisering. I punkt 4 er

⁵⁷ Se Prop. 1 LS (2013-2014) s. 125 og s. 134-137.

⁵⁸ OECD (1987) pkt. 12-13 s. 11.

⁵⁹ Skaar (2006) s. 465.

⁶⁰ Matre (2012) s. 18.

⁶¹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 105-106.

utenlandsk rett kort beskrevet for å plassere lovforslaget i en rettslig kontekst. Samtidig diskuteres det hvorvidt det finnes en internasjonal standard for rentebegrensningsregler. Lovforslagets nærmere innhold klargjøres i avhandlingens punkt 5, der også utvalgte høringsuttalelser er inntatt.

Hovedproblemstillingen behandles i punkt 6. I punkt 6.1 analyseres rentebegrensningsregelens tilpasning i norsk rett, og i tillegg vurderes lovforslagets tilsiktede formål. I punkt 6.2 analyseres først problemstillingen om artikkel 9 nr. 1 begrenser anvendelsen av skatte-loven § 6-41 ved at bestemmelsen reguleres av artikkel 9. Deretter analyseres problemstillingen om lovforslaget begrenses av skatteavtalen selv om bestemmelsen ikke faller inn under artikkel 9's regulering (se nærmere om problemstillingene i punkt 6.2.2). Avslutningsvis følger bemerkninger om lovforslagets videre utvikling i punkt 7.

2 Skattepolitiske hensyn

2.1 Begrunnelsen for fradrag for gjeldsrenter

2.1.1 Fradragsretten i skatteloven § 6-40

Skatteloven er basert på de to beregningsgrunnlagene alminnelig inntekt og personinntekt. Siden personinntekt kun gjelder fysiske personer, skal alminnelig inntekt legges til grunn for beregningen av skatteplikt for juridiske personer (selskaper).⁶² Alminnelig inntekt er et netto inntektsbegrep,⁶³ som innebærer at det skal gis fradrag for relevante kostnader pådratt for å erverve skattepliktig inntekt.⁶⁴ Rentekostnader trekkes fra i alminnelig inntekt, samtidig som renteinntekter inngår i det samme beregningsgrunnlaget,⁶⁵ som netto skattlegges med 28⁶⁶ prosent.⁶⁷

Begrunnelsen for gjeldsrentefradrag er først og fremst hensyn til symmetri i regelverket.⁶⁸ Symmetri i inntektsbeskatningen vil si at inntekter og tilhørende utgifter skal behandles på samme måte. Kostnader skal derfor komme til fradrag med samme skattesats som motsvarende inntekt skattlegges.⁶⁹ Siden renteinntekter alltid er skattepliktige, og gjeldsrenter ubegrenset kommer til fradrag, ivaretas symmetrihensynet. Samtidig er det i skatteloven inntatt en fordelingsregel for selskaper med begrenset skatteplikt, som kun gis fradrag for gjeld og gjeldsrenter stiftet for å fremme virksomhet som er skattepliktig i Norge.⁷⁰

En naturlig forståelse av ordlyden «gis fradrag» i skatteloven § 6-40 første ledd tilsier at gjeldsrentefradrag skal gis uansett tilknytningen til skattepliktig inntekt. I forarbeidene be-

⁶² Zimmer (2009b) s. 87 og 93.

⁶³ Matre (2012) s. 39.

⁶⁴ Hovedregelen om fradragsrett for kostnader er skatteloven § 6-1 første ledd.

⁶⁵ Skatteloven § 5-1 første ledd jf. § 5-20 første ledd bokstav b.

⁶⁶ Foreslått endret til 27 prosent, jf. Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013–2014) s. 27.

⁶⁷ Stortingets skattevedtak § 3-3.

⁶⁸ Zimmer (2009b) s. 210.

⁶⁹ NOU 1989: 14 s. 18.

⁷⁰ Skatteloven § 6-40 fjerde ledd jf. § 4-31 femte ledd.

kreftes at det ikke er et vilkår for fradragsrett at gjelden er tilknyttet skattepliktig inntekt. Bestemmelsen kan være et unntak fra hovedregelen i skatteloven § 6-1 om fradrag for kostnader pådratt for erverv av inntekt.⁷¹ På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål om symmetrihensyn står seg som begrunnelse for fradragsregelen når det ikke kreves en tilknytning mellom inntekt og kostnad.

Ifølge forarbeidene er skatteloven § 6-40 den generelle regelen for gjeldsrenter.⁷² Dette innebærer at fradrag for gjeldsrenter også gjelder for privatpersoner, for eksempel fradrag for bolig- og studielån. Siden rentefradrag for privatpersoner normalt er tilknyttet privat forbruk og ikke har sammenheng med inntektsskapende aktivitet, oppstår det en asymmetri. For selskaper er gjeldsrentene normalt en naturlig del av det finansielle grunnlaget for å drive inntektsskapende aktivitet og gjeldsrentene er dermed ordinære driftskostnader.⁷³ Av den grunn kan fradragsregelen for juridiske personer begrunnes i symmetrihensyn.

En annen begrunnelse for generell fradragsrett er ligningstekniske hensyn. Det vil være krevende for ligningsmyndighetene å kontrollere et låns formål og hva det faktisk anvendes til. Samtidig vil det være ligningsteknisk vanskelig å skille mellom ulike typer lån for å avgjøre om de aktuelle gjeldsrentene er fradragsberettigede eller ikke.⁷⁴

Symmetri- og nøytralitetshensyn er to av hovedprinsippene som lå til grunn for skattereformen i 1992. Nøytralitet innebærer at ulike typer kapital skal skattlegges med samme effektive skattesats, samt en likebehandling av ulike typer bedrifter, investeringer og finansieringsformer.⁷⁵ På den ene siden er ikke utbetaling av selskapsoverskudd til aksjonære-

⁷¹ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) pkt. 7.6 s. 62.

⁷² Ot.prp.nr.86 (1997-1998) pkt. 7.6 s. 62.

⁷³ Matre (2012) s. 47.

⁷⁴ Zimmer (2009b) s. 210.

⁷⁵ NOU 2003:9 pkt. 3.2 s. 58.

ne fradragsberettiget for selskapet i likhet med rentebetalinger.⁷⁶ Dette er i konflikt med hensynet til en nøytral skattemessig behandling av avkastningen for finansieringsformene egenkapital og gjeld. På den andre siden er nøytralitetshensynet isolert sett ivaretatt når rentefradrag innrømmes uavhengig av hvordan selskaper er organisert (enkeltselskap eller konsern). Symmetri- og nøytralitetsprinsippet er grunnleggende for den alminnelige oppfatningen av et velfungerende og rettferdig skattesystem.⁷⁷

2.1.2 Fradragsretten i enkeltselskaper vs. konserner

Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper er selvstendige skattesubjekter.⁷⁸ Høyesterett har presisert at aksjeselskaper som inngår i et konsern er selvstendige skattesubjekter.⁷⁹ Etter MTC artikkel 9 skal selskaper i interessefellesskap behandles som separate subjekter, siden armlengdeprinsippet innebærer å justere skattepliktig inntekt til det beløpet uavhengige selskaper ville oppnådd i sammenlignbare situasjoner.⁸⁰ Et entydig rettskildebilde viser at selskaper i interessefellesskap er selvstendige skattesubjekter. Det skal derfor gis fradrag for gjeldsrenter uavhengig av om gjelden skriver seg fra et nærstående selskap eller en ekstern kreditor.

Selskaper i interessefellesskap har større tilpasningsmuligheter i valget av finansieringsform enn frittstående selskaper. Ved ekstern finansiering vil långiver normalt kreve en viss grad av egenkapital hos låntakerselskapet av hensyn til risikofordeling. Er risikoen høy, vil lånekostnaden øke tilsvarende. Selskapet må veie lånekostnaden mot behovet for kapital som vil medføre en naturlig begrensning på selskapets gjeldsgrad. I konserner vil valget av finansiering ikke være begrunnet i risikofordeling, siden både gjeld og egenkapital i utgangspunktet kan tilføres fra aksjonærene. På grunn av de skattemessige fordelene i form

⁷⁶ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 104.

⁷⁷ Høringsuttalelse PwC.

⁷⁸ Skatteloven § 2-2 første ledd bokstav a.

⁷⁹ Rt. 2007 s. 1025 (Statoil Angola).

⁸⁰ OECD Guidelines pkt. 1.6 s. 33.

av rentefradrag vil særlig internasjonale konserner ha sterkere intensiv til å velge gjeldsfinansiering fremfor egenkapitalfinansiering, som ikke er fradragberettiget.⁸¹

Bør selskaper på denne bakgrunn behandles som selvstendige skattesubjekter når de er en del av et interessefellesskap?⁸²

Et konsern er i utgangspunktet en økonomisk enhet, og samlet resultat og utvikling er normalt det avgjørende for aksjonærene.⁸³ Selskapsrettslig skal konserninterne transaksjoner foretas på «vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper».⁸⁴ Skatterettslig er utgangspunktet at konserninterne transaksjoner skal bedømmes som enhver annen transaksjon mellom uavhengige parter på markedsmessige vilkår.⁸⁵ Hensynet til nøytralitet tilsier derfor at nærstående selskaper skal skattlegges på samme måte som om all virksomhet hadde funnet sted i ett og samme selskap.⁸⁶

Rosenbloom problematiserer i en artikkel forekomsten av gjeldsrenter i interessefellesskap definert som “the cost of money borrowed”. En påstand er at gjeld i interessefellesskap er et nyttig verktøy for skatteplanlegging. For eksempel kan en utnyttelse av ulike skattesatser føre til høye fradrag for gjeldsrenter uten en korresponderende skattlegging av renteinntekter. Resultatet er skattebesparelser innenfor konsernets økonomiske enhet.⁸⁷ En annen påstand gjelder den konserninterne gjeldens substans. Gjeldsrenter i interessefellesskap er ikke “the cost of money borrowed”, men isteden en skattemessig begrunnet kapitaloverfø-

⁸¹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 109.

⁸² Rosenbloom (2004).

⁸³ Morselskapet har plikt til å utarbeide konsernregnskap som omfatter morselskapet og alle datterselskapene, jf. regnskapsloven § 3-2 tredje ledd.

⁸⁴ Aksjeloven § 3-9 første ledd.

⁸⁵ Skatteloven § 13-1.

⁸⁶ Zimmer (2010) s. 431-432.

⁸⁷ Rosenbloom (2004) s. 88-89.

ring fra ett selskaps «lomme» til ett annet. I en slik situasjon er ikke gjeldsrentene «legitime» driftskostnader på lik linje med uavhengige selskaper.⁸⁸

Som vist kan fradrag for gjeldsrenter i interessefellesskap ha uheldige virkninger. Skatte- loven § 6-41 vil kunne bidra til å korrigere visse utslag av at selskaper i interessefellesskap skatterettslig behandles som selvstendige rettssubjekter.

2.2 Begrunnelsen for begrensning i fradragsretten

Resultatet av rentebegrensningsregelen er at det oppstår en asymmetri i regelverket når fradrag for rentekostnader begrenses uten en korresponderende effekt for motsvarende renteinntekter. Asymmetri er særlig fremtredende i norske konserner når långiverselskapet er skattepliktig for 28 prosent av renteinntektene i sin helhet, selv om låntakerselskapet kan få avskåret rentefradrag i medhold av skatteloven § 6-41.⁸⁹ Departementet er i utgangspunktet enig i at det ikke er ønskelig å ramme rentebetalingen der motsvarende renteinntekter skattlegges med ordinær skattesats.⁹⁰

Behovet for å innføre rentebegrensningsregelen er illustrert ved hjelp av eksempler på bruk av rentefradrag som ledd i skatteplanlegging. Et eksempel er å erstatte egenkapital med en stor andel gjeld i et datterselskap hjemmehørende i Norge (tynn kapitalisering). Rentekostnader kommer til fradrag i Norge, mens motsvarende renteinntekter skattlegges hos morselskapet i utlandet med en lavere skattesats. Et annet eksempel gjelder bruk av internbank i konsernet som plasseres i et land med lav skatt på renteinntekter. Egenkapital i konsernet overføres til internbanken, som deretter finansierer nærstående selskaper hjemmehørende i

⁸⁸ Rosenbloom (2004) s. 90-91.

⁸⁹ Høringsuttalelse KPMG.

⁹⁰ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 130.

land med rentefradrag av høy skatteverdi.⁹¹ Skatteplanlegging gjennom bruk av rentefradrag resulterer i lavere skattemessig overskudd og tap av skatteproveny for Norge.

Lovforslaget vil motvirke skatteplanlegging ved at begrensningene i fradragsretten gjør det mindre attraktivt for utenlandske selskaper å plassere gjeld i Norge for å utnytte reglene. Dette vil igjen beskytte det norske skatteprovenyet. Hovedbegrunnelsen for lovforslaget må være å motvirke for sterk utnyttelse av dagens fradragsregler. Dette samsvarer med andre lands begrunnelse for innføring av rentefradragsbegrensninger, som gjennomgående er begrunnet i konkrete omstendigheter om antatt misbruk og ikke generelle hensyn mot fradragsrett.⁹²

Rentebegrensningsregelen skal medføre færre ressurskrevende internprisingssaker for ligningsmyndighetene.⁹³ Ligningstekniske hensyn er således en ytterligere begrunnelse for lovforslaget. For det første kan armlengdeprinsippet i skatteloven § 13-1 være problematisk å anvende for å finne en saklig og forsvarlig målestokk til å vurdere selskapets kapitalstruktur.⁹⁴ For det andre er skatteloven § 13-1 ansett krevende for ligningsmyndighetene å anvende på skattemotiverte låneforhold i flernasjonale konserner.⁹⁵ Særlig vil komplekse eierstrukturer, taushetsplikt og manglende innsyn i nærstående selskapers regnskaper gjøre ligningsmyndighetenes kontrolloppgaver ressurskrevende.⁹⁶

⁹¹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 104.

⁹² Matre (2012) s. 47.

⁹³ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 138.

⁹⁴ Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) (s. 313).

⁹⁵ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 103.

⁹⁶ Ot.prp.nr. 26 (1980-1981) s. 56-57.

3 Armlengdeprinsippet

3.1 Skatteloven § 13-1

3.1.1 Lovbestemmelsens innhold

Skatteloven § 13-1 første ledd går ut på å fastsette skattyters inntekt ved skjønn hvis «skattyters formue eller inntekt er redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefelleskap med annen person, selskap eller innretning». Lovbestemmelsen har lang tradisjon i norsk rett med røtter tilbake til skattelovene av 1911,⁹⁷ da prinsippet om å justere inntekt redusert på grunn av interessefelleskap første gang ble lovfestet.⁹⁸ Skatteloven § 13-1 er en videreføring av dagjeldende § 54 første ledd.⁹⁹

Skatteloven § 13-1 innebærer en vurdering i to trinn. Det første trinnet går ut på å vurdere om vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Det andre trinnet går ut på en skjønnsmessig fastsettelse av skattyters inntekt, forutsatt at bestemmelsens vilkår er oppfylt. Skatteloven § 13-1 oppstiller tre kumulative vilkår for å justere skattyters inntekt. Det må for det første foreligge et «direkte eller indirekte interessefelleskap» mellom skattyter og annen person, selskap eller innretning. For det andre må skattyters inntekt eller formue være « redusert ». For det tredje må skattyters inntekt eller formue være redusert «på grunn av» interessefelleskapet, det krever altså en årsakssammenheng mellom de to første vilkårene.

Skatteloven § 13-1 nedfeller armlengdeprinsippet. Ordlyden henviser ikke til armlengdepris eller -vilkår, men ifølge tredje ledd skal inntekten ved skjønn «fastsettes som om interessefelleskap ikke hadde foreligget». Ifølge forarbeidene ligger det implisitt i regelen å bruke armlengdepris og -vilkår som standard for justeringen. Rettesnoren for skjønnsutøvelsen er en sammenligning av faktisk sammenlignbare transaksjoner under lignende om-

⁹⁷ Landskatteloven § 54 og byskatteloven § 46.

⁹⁸ Harboe (2012) s. 335.

⁹⁹ Ot.prp.nr. (1997-1998) pkt. 7.13 s. 75.

stendigheter og markedsforhold.¹⁰⁰ Høyesterett har uttalt at armlengdeprinsippet er en vurdering av:

«... at disposisjoner som er foretatt mellom parter i et interessefellesskap, blir sammenlignet med disposisjoner som under sammenlignbare omstendigheter ville ha vært foretatt mellom uavhengige parter.»¹⁰¹

Skatteloven § 13-1 er dermed ligningsmyndighetenes lovhjemmel for å fastsette skattyters inntekt ved skjønn hvis det er grunn til å tro at inntekten er redusert som en følge av interessefellesskap med et annet selskap. Skattyters inntekt skal justeres til det som ville vært avtalt mellom uavhengige parter (armlengdevilkår).¹⁰²

Formålet til skatteloven § 13-1 er å motvirke omgåelser av skattelovgivningen gjennom skjev prissetting av inntekt og formue som overføres ved transaksjoner mellom nærstående skattytere. Bestemmelsen omtales som en gjennomskjæringsregel, siden den sikrer at en transaksjon mellom nærstående skal beskattes etter sitt reelle innhold.¹⁰³ Skatteloven § 13-1 inneholder ingen krav om en subjektiv omgåelseshensikt fra skattyter. Dette tilsier at bestemmelsen er en objektiv norm. Det er derfor mer passende at bestemmelsen har som et viktig formål å være en nasjonal beskyttelsesmekanisme mot ulovlig skatteflukt til utlandet.¹⁰⁴

3.1.2 Problemstillinger for konsernintern finansiering

I utgangspunktet vil det ikke utløse skattemessige konsekvenser etter skatteloven § 13-1 når et datterselskap tar opp lån fra morselskapet. Skatteloven § 13-1 kommer først til anvendelse når finansieringen fra morselskapet har ført til at datterselskapets inntekt eller

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.62 (2006-2007) pkt. 4.1 s. 15.

¹⁰¹ Rt. 2007 s. 1025 (Statoil Angola) avs. 38.

¹⁰² Prop. 1 LS (2013-2014) s. 105.

¹⁰³ Ot.prp.nr.86 (1997-1998) pkt. 7.13 s. 75.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.26 (1980-1981) s. 56.

formue er blitt «reduert». Dette gjelder særlig tilfellet hvor datterselskapet har lånt på mer tyngende betingelser enn det kunne fått fra en uavhengig långiver, eller datterselskapet har tatt opp et større lån enn det ville vært i stand til med en utenforstående långiver.¹⁰⁵

Juridisk teori har på bakgrunn av rettspraksis oppstilt tre hovedspørsmål for konsernintern finansiering av selskaper. Det første er «klassifikasjonsspørsmålet», det vil si om kapitaltilførselen skal klassifiseres som egenkapital eller gjeld.¹⁰⁶ Klassifikasjonen beror på en konkret fortolkning av rettsgrunnlaget for overføringen,¹⁰⁷ som ikke er avledet fra armlengdeprinsippet og vil derfor ikke behandles nærmere i avhandlingen. Forutsatt at kapitalen klassifiseres som gjeld, oppstår spørsmålet om fordelingen av egenkapital og gjeld samsvarer med armlengdeprinsippet («kapitalstrukturspørsmålet»). Vurderingen går ut på om debitorselskapet har overskredet sin lånekapasitet gjennom lån fra nærstående, og dermed har en høyere andel av gjeld sammenlignet med hva en uavhengig debitor ville vært i stand til uten konserntilknytningen. Hvis lånet delvis er innenfor debitorselskapets lånekapasitet, oppstår det tredje spørsmålet som gjelder hvorvidt avtalt rente samsvarer med armlengdeprinsippet («rentespørsmålet».¹⁰⁸

I lignings- og rettspraksis oppstår særlig to spørsmål for grenseoverskridende finansiering av nærstående selskaper. Den første situasjonen gjelder «inngående lån», det vil typisk være når et morselskap hjemmehørende i utlandet lånefinansierer et datterselskaps virksomhet hjemmehørende i Norge. Spørsmålet vil her være om det norske selskapet kan nektes fradrag for gjeldsrentene på grunn av for lav egenkapital i forhold til gjeld (tynn kapitalisering).¹⁰⁹ Den andre situasjonen gjelder «utgående lån», det vil typisk være når et datterselskap i utlandet er finansiert med et rentefritt lån (eventuelt lav rente) fra et morselskap

¹⁰⁵ Løchen (1991) s. 455-456.

¹⁰⁶ Skaar (2006) s. 458.

¹⁰⁷ Rt. 2010 s. 790 (Telecomputing) avs. 44 og 46.

¹⁰⁸ Skaar (2006) s. 458-459.

¹⁰⁹ F.eks. Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) og Utv. 2004 s. 685 (Scribona).

hjemmehørende i Norge. Spørsmålet vil da være om det kan tilordnes en renteinntekt til det norske långiverselskapet.¹¹⁰

Problemstillingene er omfattende og ytterligere avgrensninger er nødvendig. Det avgrenses mot «rentespørsmålet», samt situasjonen for «utgående lån» og tilordning av renteinntekt. Det må undersøkes om og hvordan skatteloven § 13-1 gir hjemmel for justering av inntekt ved tynn kapitalisering av selskaper.

3.1.3 Rettspraksis om tynn kapitalisering

Høyesterett behandlet ligningsmyndighetenes adgang til skjønnslingning av tynt kapitaliserte selskaper i Fornebo-saken fra 1940.¹¹¹ Selskapet A/S Fornebo ble stiftet med en aksjekapital på 20.000 kroner for at kreditorene skulle overta og utparsellere en eiendom beheftet med betydelig gjeld. Selskapet overtok pantegjelden på ca. 411.000 kroner. Samtidig ble det utstedt et gjeldsbrev på 5 prosent rente med en restriktiv betalingsklausul. Ligningsmyndighetene betraktet gjelden som egenkapitaltilførsel fra aksjonærene og innrømmet ikke fradrag for gjelden. Saken gjaldt spørsmålet om selskapet var berettiget til gjeldsrente-fradrag.

Høyesterett drøftet spørsmålet i henhold til landskatteloven § 54 første ledd og kom til at rentefradrag ikke kunne nektes. Selskapets egenkapital var ikke for lav i forhold til gjelden, siden en større driftskapital ikke var nødvendig for selskapet. Høyesterett oppstilte ikke et fast og normalt prosentmessig forhold mellom egenkapital og gjeld, som isteden måtte bero på en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle.

¹¹⁰ F.eks. Utv. 1999 s. 540 (Nycomed) og Rt. 2007 s. 1025 (låntaker- og långiverselskap hjemmehørende i Norge).

¹¹¹ Rt. 1940 s. 598 (Fornebo).

Uavhengig av resultatet i saken viste Høyesterett at bestemmelsen er relevant for tynn kapitalisering. Bestemmelsen gir adgang til skjønnsfastsettelse dersom det på grunn av interessefellesskap 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.»*¹¹²

Høyesteretts uttalelse i Fornebo-saken er fulgt opp i senere rettspraksis, blant annet i Statoil Angola-saken.¹¹³ Etter forarbeidene er bestemmelsen anvendelig på tilfeller av unaturlig høy lånefinansiering fra utenlandske selskaper.¹¹⁴ Underrettspraksis har med henvisning til Fornebo-saken og forarbeidene lagt til grunn at bestemmelsen kan anvendes når et selskap er finansiert av et nærstående selskap, og egenkapitalen av denne grunn er lavere enn den ville ha vært med finansiering fra et uavhengig selskap.¹¹⁵ Et entydig rettskildebilde gir klart uttrykk for at skatteloven § 13-1 gir hjemmel for ligningsmyndighetene til å fastsette skattyters inntekt ved skjønn i tilfellene av tynn kapitalisering.

3.1.4 Nærmere om vilkårene i skatteloven § 13-1 ved tynn kapitalisering

Tre kumulative vilkår må være oppfylt for å foreta skjønnsfastsettelse av skattyters inntekt. Det må foreligge interessefellesskap, inntektsreduksjon og årsakssammenheng. Det kreves ikke ytterligere vilkår, for eksempel utnyttelse eller tapping, for å anvende bestemmelsen ved tynn kapitalisering.¹¹⁶

¹¹² Rt. 1940 s. 598 (Fornebo).

¹¹³ Rt. 2007 s. 1025 (Statoil Angola).

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 26 (1980-1981) s. 66.

¹¹⁵ Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) og Utv. 1989 s. 341 (BP Petroleum).

¹¹⁶ Utv. 1989 s. 341 (BP Petroleum).

Det første vilkåret knytter seg til interessefellesskapet mellom skattyter og annen person, selskap eller innretning. Det følger av ordlyden at interessefellesskapet kan være direkte eller indirekte. En naturlig forståelse av ordlyden er at det kreves en form for tilknytning mellom partene i transaksjonen, i den reneste form innflytelse eller kontroll som følge av eierskap eller felles ledelse. Et låneforhold mellom mor- og datterselskap vil klart tilfredsstille vilkåret til direkte interessefellesskap, siden morselskapet har innflytelse og kontroll over datterselskapet.¹¹⁷ Garanterte lån, det vil si lån tatt opp med uavhengig långiver som er garantert for av nærstående selskap, oppfyller vilkåret til interessefellesskap.¹¹⁸ Indirekte interessefellesskap vil kunne foreligge mellom parter som har samme eier (typisk søsterselskaper).¹¹⁹

Det andre vilkåret knytter seg til reduksjon av skattyters inntekt eller formue. Forarbeidene legger til grunn at vilkåret er oppfylt dersom en transaksjon er økonomisk dårligere for skattyter sammenlignet med situasjonen i et uavhengig forhold.¹²⁰ I Fornebo-saken ble vilkåret forklart som en forrykning av skattefundamentene. I underrettspraksis er vilkåret presisert til å gå ut på en sammenligning av det konkrete forhold med et tilsvarende normalforhold.¹²¹ Ved tynn kapitalisering vil altså inntekt eller formue være redusert som følge av at selskapet er gjeldsfinansiert helt eller delvis fra nærstående part. At debtors faktiske egenkapitalgrad er lavere enn den ville ha vært i et uavhengig låneforhold, er en indirekte årsak til inntektsreduksjonen. Inntekten vil være direkte redusert når debitor får fradrag for gjeldsrenter som for skattemessige formål skal betraktes som egenkapital. Det må i vurderingen av om vilkåret er oppfylt tas stilling til om debtorselskapet ville oppnådd tilsvarende lån i et eksternt tilfelle.¹²² Det er ikke krav om en vesentlig reduksjon av inntekten eller formuen.¹²³

¹¹⁷ F.eks. Utv. 1989 s. 304 (Amoco I).

¹¹⁸ Utv. 1989 s. 304 (Amoco I).

¹¹⁹ F.eks. Rt. 1982 s. 654.

¹²⁰ Ot.prp.nr.26 (1980-1981) s. 66.

¹²¹ Utv. 1989 s. 304 (Amoco I).

¹²² Skaar (2006) s. 499.

¹²³ Rt. 2001 s. 1265 (Agip).

Det tredje vilkåret oppstiller en årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntekts- eller formuesreduksjonen, jf. skatteloven § 13-1 første ledd «på grunn av». Vilket må ses i sammenheng med reduksjonsvilkåret, som innebærer en vurdering av om skatt-yters formue eller inntekt er lavere sammenlignet med lignende omstendigheter i et uavhengig låneforhold. Hvis reduksjonsvilkåret er oppfylt, vil det normalt være som en følge av interessefellesskapet. I rettspraksis behandles ofte vilkårene om inntektsreduksjon og årsakssammenheng samlet.¹²⁴ I Telecomputing-saken var ikke interessefellesskapet årsaken til inntektsreduksjonen. Valget av finansieringsform hadde en forretningsmessig begrunnelse, og inntektsreduksjonen var en følge av at satsningen i det amerikanske markedet ikke var vellykket.

3.1.5 Nærmere om skjønnsfastsettelsen ved tynn kapitalisering

Forutsatt at vilkårene i skatteloven § 13-1 første ledd er oppfylt, er rettsvirkningen at skatt-yters inntekt for skattemessige formål kan fastsettes ved skjønn til det inntekten ville ha vært om interessefellesskap ikke hadde foreligget.¹²⁵

Ifølge rettspraksis gir skatteloven § 13-1 hjemmel for å tilsidesette selskapets ligning og foreta en skjønnsmessig fastleggelse av den fradragsberettigede andelen av gjelden og tilhørende gjeldsrenter. Ligningsmyndighetene kan derfor korrigere selskapets gjeld til den antatte egenkapital selskapet ville hatt, dersom selskapet var finansiert med gjeld fra en utenforstående långiver på forretningsmessige forsvarlige og saklige lånevilkår. Rettspraksis viser at skjønnsstemaet er hvilken kapitalstruktur selskapet måtte antas å ha hatt dersom det hadde drevet tilsvarende virksomhet uavhengig av interessefellesskapet.¹²⁶ I Amoco I-

¹²⁴ Utv. 2004 s. 685 (Scribona) s. 686 og Rt. 2010 s. 790 (Telecomputing) avs. 61.

¹²⁵ Skatteloven § 13-1 tredje ledd.

¹²⁶ Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) og Utv. 1989 s. 341 (BP Petroleum) s. 343-344.

saken er skjønnstemaet presisert til et estimat av en forretningsmessig rimelig og naturlig¹²⁷ kapitalstruktur, det vil si en forholdsmessighet mellom egenkapital- og lånefinansiering. Hva som er «rimelig og naturlig» vil være et resultat av en forsvarlig bedriftsøkonomisk vurdering. Skjønnstemaet ble nyansert i Scribona-saken.¹²⁸ Lagmannsretten undersøkte der om en uavhengig finansinstitusjon i den situasjonen som forelå ville gitt et videre lån og om det i så fall ville blitt stilt krav til økt egenkapital eller garantier. Sentrale elementer i den samlede vurderingen var selskapets gjeld, egenkapital og inntjening.

I Amoco I-saken ble det påpekt at ligningsmyndighetene skal utvise forsiktighet med å overprøve selskapets kapitalstruktur for beskatningsformål, og ofte kan sammenligningsgrunnlaget for lignende virksomheter være tynt. Dette ble også fremhevet i Fornebo-saken, der Høyesterett uttalte at det vanskelig kan oppstilles en alminnelig regel for forholdet mellom egenkapital og gjeld.

I den konkrete vurderingen av selskapets kapitalstruktur antok byretten i Amoco I-saken at utbygningsutgifter til et petroleumsfelt krevde en viss andel av egenkapital og ikke fullt ut kunne lånefinansieres. Det ble lagt til grunn at et krav om 20 prosent egenkapitalfinansiering var en forsvarlig og naturlig norm for ligningen, sett hen til en betydelig økonomisk risiko for feltutbygging som ville vært tatt i betraktning av uavhengige långivere. Etter en konkret vurdering kom byretten til at selskapets etablering av forholdet mellom egenkapital og gjeld ikke kunne anses som forretningsmessig rimelig og naturlig. Selskapets egenkapital utgjorde ca. 1,7 prosent, og selskapet ville ikke oppnådd den aktuelle gjeldsgraden på uavhengig basis. Klagenemnda fikk medhold i omstruktureringen av gjeld til egenkapital for skattemessige formål med en tilsvarende reduksjon av gjeldsrentene.¹²⁹

¹²⁷ Skjønnstemaet skissert av Høyesterett i Rt. 1940 s. 598 (Fornebo).

¹²⁸ Utv. 2004 s. 685 (Scribona) s. 687.

¹²⁹ Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) s. 316.

Ligningsmyndighetene fikk også medhold i Scribona-saken. Lagmannsretten fant det lite sannsynlig at en uavhengig bank ville påta seg risikoen med en så betydelig kapitaltilførsel til selskapet. Det ble lagt til grunn at misforholdet mellom egenkapital og gjeld var for stort til at banken ville gi lån uten sikkerhet fra selskapet i form av garanti eller økt egenkapital.¹³⁰

3.2 OECDs Mønsteravtale artikkel 9

3.2.1 Armlengdeprinsippets innhold

Armlengdeprinsippet er nedfelt i MTC artikkel 9 nr. 1. Bestemmelsen gjelder grenseoverskridende transaksjoner mellom flernasjonale foretak i interessefellesskap når:

“...conditions are made or imposed between 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^[131] of that enterprise and taxed accordingly.”

Artikkel 9 nr. 1 tillater (jf. “may be included”) en justering av skattepliktig inntekt når det foreligger et spesielt forhold mellom partene i transaksjonen («primærjustering»)¹³² Bestemmelsen gir den kontraherende stat adgang til å endre ligningen hos et selskap hjemmehørende i denne stat ved å foreta en justering av skattepliktig inntekt, som forutsetter at det spesielle forholdet mellom selskapene i transaksjonen har påvirket beskatningen i en slik grad at denne ikke reflekterer et skattepliktig overskudd mellom uavhengige parter.¹³³

¹³⁰ Utv. 2004 s. 685 (Scribona) s. 688.

¹³¹ “Profits” er ikke definert i MTC, men skal gis en “broad meaning including all income derived in carrying on an enterprise”, jf. OECD komm. art. 7 pkt. 71 s. 149.

¹³² Bammens (2013) s. 149.

¹³³ OECD komm. art. 9 pkt. 2 s. 181.

Hovedbegrunnelsen for anvendelsen av armlengdeprinsippet er den generelle skattemessige likebehandlingen av flernasjonale foretak i interessefellesskap og uavhengige foretak.¹³⁴ OECDs medlemsland er enige om at transaksjoner mellom nærstående selskaper skal kunne justeres for å tilfredsstillende armlengdes vilkår. En passende justering for å ivareta et armlengdeprinsipp er de forretningsmessige og finansielle relasjoner som ville ligget til grunn for lignende transaksjoner under sammenlignbare omstendigheter mellom uavhengige parter. Hvis transaksjoner mellom nærstående selskaper ikke reflekterer armlengdeprinsippet, vil selskapenes skattebelastning, og staters skatteproveny, kunne reduseres.¹³⁵ Et armlengdes resultat reflekterer den transaksjonen uavhengige og rasjonelle aktører ville kommet frem til, som normalt er bestemt av markedskreftene og aktørenes ønske om egen profittmaksimering.¹³⁶

3.2.2 Armlengdeprinsippet for konserninterne lån

Armlengdeprinsippet innebærer en sammenligning av de vilkår som foreligger i transaksjonen mellom nærstående selskaper («den kontrollerte transaksjonen») med de vilkår som faktisk er avtalt i en sammenlignbar transaksjon mellom uavhengige parter («den ukontrollerte transaksjonen»). Transaksjonene må være tilstrekkelig sammenlignbare. Det vil si at ingen av forskjellene i situasjonene som blir sammenlignet i vesentlig grad vil påvirke de vilkårene som undersøkes, eller at rimelig presise justeringer kan gjennomføres for å redusere effekten av slike forskjeller. Det er nødvendig med en forståelse av hvordan uavhengige parter ville ha vurdert lignende transaksjoner for å kunne foreta en sammenligning.¹³⁷

¹³⁴ OECD Guidelines pkt. 1.8 s. 34.

¹³⁵ OECD Guidelines pkt. 1.3 s. 32.

¹³⁶ OECD Guidelines pkt. 1.2 s. 31.

¹³⁷ OECD Guidelines pkt. 1.33 s. 41-42.

Forutsatt at det finnes et sammenligningsgrunnlag, skal de materielle og vesentlige forskjellene i transaksjonene under lupen. Det må foretas en sammenligning av egenskapene ved transaksjonen med de faktiske vilkårene som har påvirket i en armlengdes transaksjon, for å avgjøre graden av forskjeller og deretter foreta justeringer i medhold av armlengdeprinsippet. Viktige egenskaper («sammenlignbarhetsfaktorer») er karakteren av de overførte eiendelene eller tjenestene, funksjoner utført av partene (hvilken risiko er tatt og hva slags aktiva er benyttet), kontraktsvilkår, økonomiske omstendigheter (markedsforhold mv.) og forretningsstrategier.¹³⁸ På denne bakgrunn gir artikkel 9 de kontraherende stater adgang til først å foreta en sammenligning, for deretter å gjennomføre en eventuell prisjustering av den kontrollerte transaksjonen («internprising»).

Hvordan skal konserninterne lån «prises» for å være i overensstemmelse med armlengdeprinsippet?

OECD-retningslinjene gir ingen konkret veiledning om prisingen av konserninterne lån, selv om dette er en av de vanligste formene for konserninterne transaksjoner.¹³⁹ De generelle prinsippene må derfor anvendes for prisingen. «Prising» er imidlertid ikke et godt uttrykk for vurderingen av om et konserninternt lån er i overensstemmelse med armlengdeprinsippet. For eksempel ved tynn kapitalisering, som etter norsk rett kan føre til en omstrukturering av selskapets gjeld til egenkapital, bærer lite preg av å være en prisjustering.¹⁴⁰

Ifølge MTC artikkel 9 og OECD-retningslinjene er testen om lånet er inngått på armlengdes vilkår. Konsernselskaper kan derfor ikke følge et «magefølelse-prinsipp» for

¹³⁸ OECD Guidelines pkt. 1.36 s. 43.

¹³⁹ Nedrelid (2013) s. 40.

¹⁴⁰ Wittendorff (2009) s. 185.

å fastlegge lånevilkårene.¹⁴¹ Sammenligningsgrunnlaget for om lånet er armlengdes kan være eksterne lån eller kredittvurderinger. I utgangspunktet vil det beste sammenligningsgrunnlaget være et eksternt lån tatt opp av den konserninterne låntakeren, der de ulike lånene sammenlignes ved hjelp av sammenlignbarhetsfaktorene nevnt ovenfor. For eksempel hvis lånevilkårene (sikkerhet, prioritet, nedbetalingsplan, risiko osv.) avviker vesentlig og rentesatsene er ulike, vil det være en indikasjon på at det konserninterne lånet ikke er i overensstemmelse med armlengdeprinsippet.¹⁴² Imidlertid vil sjelden et slikt nøyaktig sammenligningsgrunnlag foreligge. Et alternativt sammenligningsgrunnlag kan være eksterne lånepriser i tillegg til kredittratinger utført av banker eller andre kredittgivere. Kredittrating innebærer en vurdering av kredittverdighet som angir et estimat av sannsynligheten for mislighold av låneforpliktelsen.¹⁴³ For eksempel vil en lav kredittrating gi indikasjoner på at selskapet ikke har mulighet til å ta opp mye gjeld og eventuelt er tynt kapitalisert. «Prisingen» av konserninterne lån er ingen eksakt vitenskap, og det kan vanskelig oppstilles et fasitsvar for når konserninterne lån er i overensstemmelse med armlengdeprinsippet.

3.2.3 Adgangen til å justere den kontrollerte transaksjonen

3.2.3.1 Er artikkel 9 nr. 1 til hinder for å justere transaksjonens struktur?

Utgangspunktet for skattemyndighetenes granskning er den kontrollerte transaksjonen slik den faktisk har funnet sted og er strukturert mellom de nærstående selskapene (jf. artikkel 9 nr. 1 “...conditions are made or imposed between two enterprises...”). Resultatet kan ellers bli dobbeltbeskatning hvis ulike staters skattemyndigheter ikke legger til grunn det samme synet på transaksjonens struktur.¹⁴⁴

¹⁴¹ Nedrelid (2013) s. 40.

¹⁴² Nedrelid (2013) s. 42.

¹⁴³ Nedrelid (2013) s. 42 og 44.

¹⁴⁴ OECD Guidelines pkt. 1.64 s. 51.

Det samme utgangspunktet legges til grunn i norsk Høyesteretts praksis, og det er i et obiter dictum uttalt:

*«... utgangspunktet i skatteretten [er] at de skattemessige virkninger av en disposisjon, eller en transaksjon, beror på det innhold partene selv har gitt disposisjonen eller transaksjonen, bedømt etter alminnelige formuerettslige regler. Den materielle ordning partene har etablert seg imellom, innenfor avtalefrihetens ramme, styrer også de skattevirkninger ordningen skal få.»*¹⁴⁵

Til tross for denne uttalelsen viser rettspraksis at armlengdeprinsippet i skatteloven § 13-1 er anvendelig for å fravike et selskaps kapitalstruktur, dersom et selskap har en høyere andel gjeld og en lavere andel av egenkapital enn det ville vært i stand til uten konserntilknytningen.¹⁴⁶ Ligningsmyndighetene har i disse situasjonene omstrukturert det tilsynelatende lånet til egenkapital basert på en lånekapasitetsvurdering i overensstemmelse med armlengdeprinsippet.

Er artikkel 9 nr. 1 til hinder for at staters skattemyndigheter ser bort fra den kontrollerte transaksjonens struktur slik den er lagt til grunn av partene?

Ordlyden i artikkel 9 nr. 1 er i utgangspunktet taus med hensyn til omstrukturering av transaksjoner. Det er allikevel anført at ordlyden i artikkel 9 nr. 1 generelt er til hinder for skattemyndighetenes omstrukturering av den kontrollerte transaksjonen. Én tolkning går ut på at “conditions” (vilkår¹⁴⁷) kun omfatter enkelte vilkår som etablerer prisen og er til hinder for en omstrukturering som vil involvere justering av flere typer av vilkår.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Rt. 1994 s. 1064 (Bye) jf. Rt. 2010 s. 790 (Telecomputing).

¹⁴⁶ F.eks. Utv. 1989 s. 304 (Amoco I).

¹⁴⁷ Norsk oversettelse av OECD-retningslinjene fra 1995.

¹⁴⁸ Bullen (2011) s. 109.

Det er ikke åpenbart at en snever tolkning av “conditions” skal legges til grunn. For det første er justeringen i medhold av artikkel 9 nr. 1 relatert til skattlegging av “profits” (inntekt). Pris vil normalt være ett av flere vilkår som påvirker inntekten. For det andre er det ingen eksplisitt referanse til pris i bestemmelsens ordlyd.¹⁴⁹ For det tredje er “conditions” angitt i flertall som gir en indikasjon på at andre vilkår enn pris omfattes. En alminnelig språklig forståelse av “conditions” tilsier at begrepet omfatter alle typer kontraktsvilkår i en transaksjon.¹⁵⁰ Dette taler samlet for en vid forståelse av begrepet “conditions” som utvider myndighetenes kompetanse til å foreta en omstrukturering.

En annen tolkning går ut på at artikkel 9 nr. 1 kun gir skattemyndighetene kompetanse til å justere “conditions” og ikke i forbindelse med “commercial or financial relations” (kommersielle eller finansielle samkvem).¹⁵¹ Tolkningen tar ikke høyde for den nære sammenhengen mellom “conditions” og “relations”, som innebærer at samkvemmet er et resultat av vilkårene lagt til grunn for transaksjonen. Skattemyndighetenes justering av et vilkår vil ha innvirkning på samkvemmet i større eller mindre grad. Hvis ordlyden ikke leses i sammenheng, hindres skattemyndighetene i å foreta justeringer rent generelt.¹⁵² Effektivitetshensyn taler heller for en kontekstuell tolkning av artikkel 9 nr. 1. Dette åpner for en justering av både “conditions” og “relations” som samlet kan påvirke transaksjonens struktur.

Ordlyden i artikkel 9 nr. 1 er ikke klar når det gjelder om den er til hinder for skattemyndighetenes generelle adgang til å justere transaksjonens struktur. Det må derfor undersøkes om det finnes øvrige holdepunkter i OECD-materialet som kan klargjøre skattemyndighetenes kompetanse.

¹⁴⁹ Bullen (2011) s. 109-110.

¹⁵⁰ Bullen (2011) s. 113.

¹⁵¹ Bullen (2011) s. 113.

¹⁵² Bullen (2011) s. 114-115.

Kommentaren legger uten videre til grunn at artikkel 9 nr. 1 er relevant for å bestemme om et tilsynelatende lån skal anses som et lån eller som en annen betaling.¹⁵³ Ifølge OECD-retningslinjene kan skattemyndighetene i to unntakstilfeller se bort fra den kontrollerte transaksjonen slik den er lagt til grunn mellom partene. Det første unntaket gjelder når transaksjonens form avviker fra dens økonomiske substans. Som eksempel er nevnt situasjonen når et selskap yter et rentebærende lån til et nærstående selskap, men en armlengdevurdering av låntakers økonomiske situasjon tilsier at kapitaltilførselen ville vært strukturert annerledes. Det andre unntaket gjelder når transaksjonens vilkår samlet sett avviker fra det som ville vært avtalt mellom uavhengige parter og transaksjonsstrukturen vanskeliggjør skattemyndighetenes gjennomføring av en korrekt internprising.¹⁵⁴ Det første unntaket må forstås som et eksempel på tynn kapitalisering, siden selskapet trolig vil ha en høyere andel gjeld enn dets lånekapasitet tilsier og lånet ikke ville vært gjennomført med en uavhengig långiver.¹⁵⁵

Etter OECD-retningslinjene er skattemyndighetene innenfor det første unntakstilfellet berettiget til å omstrukturere selve transaksjonen i overensstemmelse med dens substans slik at lånet kan behandles som tilførsel av egenkapital.¹⁵⁶ OECD-materialet gir dermed klare holdepunkter for at artikkel 9 nr. 1 ikke er til hinder for skattemyndighetenes justering av transaksjonens struktur.

3.2.3.2 Nærmere om artikkel 9 nr. 1 ved tynn kapitalisering

OECDs rapport om tynn kapitalisering er fra 1987 («Rapporten»). Rapporten gjelder nasjonale regler om tynn kapitalisering og hvordan reglene er påvirket av MTC.¹⁵⁷ Rapporten behandler blant annet spørsmålet om en tilsynelatende rentebetaling kan anses

¹⁵³ OECD komm. art. 9 pkt. 3b s. 181.

¹⁵⁴ OECD Guidelines pkt. 1.65 s. 51-52.

¹⁵⁵ Bullen (2011) s. 463 og Skaar (2006) s. 382-383.

¹⁵⁶ OECD Guidelines pkt. 1.65 s. 51-52.

¹⁵⁷ OECD (1987) pkt. 19 s. 13.

som utbetaling av utbytte til aksjonærene, og hvorvidt hele eller deler av betalingen er fradragsberettiget i medhold av artikkel 9 nr. 1.¹⁵⁸ Rapporten legger til grunn at artikkel 9 nr. 1 er relevant for spørsmål om tynn kapitalisering, selv om bestemmelsen ikke positivt regulerer forholdet mellom lån og tilførsel av egenkapital.¹⁵⁹ OECD-retningslinjene kunne derfor vært tydeligere på at artikkel 9 nr. 1 ikke er til hinder for en omstrukturering av den kontrollerte transaksjonen i tilfellene av tynn kapitalisering.

Vurderingen av om et tilsynelatende lån skal anses som egenkapital beror på om kapitaltilførselen ville vært lagt til grunn som et lån i en armlengdes situasjon, det vil si om en uavhengig part ville fremskaffet den aktuelle kapitalen i form av gjeld tatt i betraktning låntakers finansielle og økonomiske forhold.¹⁶⁰ Hvis dette ikke er tilfelle, har skattemyndighetene adgang til å anse lånet som tilførsel av egenkapital.¹⁶¹ Det kan synes som om skattemyndighetene har adgang til å omstrukturere lånet i sin helhet, forutsatt at selskapet ikke ville vært i stand til å ta opp lånet i en armlengdes situasjon.

I tilfellene av tynn kapitalisering vil justeringen normalt gå ut på å nekte rentefradrag for den delen av lånet som er omstrukturert.¹⁶² Begrunnelsen er at artikkel 9 gir skattemyndighetene i kontraherende stater adgang til å justere skattepliktig inntekt ved å inkludere den fortjenesten som ville ha påløpt i en armlengdes situasjon. For eksempel hvis en rentebetaling har kommet til fradrag, men kapitaltilførselen ville vært karakterisert som egenkapital mellom uavhengige parter og rentebetalingen derav ikke er fradragsberettiget, kan skattemyndighetene inkludere rentefradraget i skattepliktig inntekt i medhold av artikkel 9.¹⁶³

¹⁵⁸ OECD (1987) pkt. 28 s. 17-18.

¹⁵⁹ OECD (1987) pkt. 48 s. 21.

¹⁶⁰ OECD (1987) pkt. 48 s. 21 og pkt. 76 s. 30-31.

¹⁶¹ OECD komm. art. 9 pkt. 3b s. 181.

¹⁶² Bullen (2011) s. 471.

¹⁶³ OECD (1987) pkt. 49 s. 22.

Nasjonale tynn kapitaliseringsregler med internasjonale ringvirkninger må være i overensstemmelse med armlengdeprinsippet.¹⁶⁴ På denne bakgrunn oppstiller artikkel 9 begrensninger for anvendelsen av slike regler. For det første er nasjonale regler om tynn kapitalisering tillatt i den utstrekning effekten av reglene er tilnærmet lik den skattepliktige fortjenesten som ville tilfalle låntaker i en armlengdes situasjon. For det andre bør nasjonale regler som håndterer tynn kapitalisering normalt ikke ha en effekt av å øke de skattepliktige inntektene for selskapene til mer enn et armlengdes overskudd. For det tredje må prinsippet følges for anvendelsen av eksisterende skatteavtaler.¹⁶⁵

¹⁶⁴ OECD (1987) pkt. 70 s. 29.

¹⁶⁵ OECD komm. art. 9 pkt. 3a og c s. 181-182.

4 Utenlandsk rett

4.1 Nasjonale regler om tynn kapitalisering

I OECD-materialet legges det til grunn at MTC artikkel 9 begrenser anvendelsen av nasjonale regler om tynn kapitalisering. Flere OECD-medlemsstater har stilt spørsmål om en slik tolkning av artikkel 9 er holdbar og hensiktsmessig. Det er blant annet anført at artikkel 9 ikke er anvendelig for kapitalstrukturspørsmål, som innebærer at gjeld ikke kan omstruktureres til egenkapital og tilhørende renter til utbytte.¹⁶⁶

I det følgende legges OECD-materialets tolkning til grunn, noe som gjør det nødvendig å undersøke hva som kjennetegner nasjonale regler om tynn kapitalisering.

Nasjonale regler om tynn kapitalisering tar sikte på å nekte fradrag for gjeldsbetalinger som synes å være for vidtgående for skatteformål.¹⁶⁷ Reglene innebærer normalt spørsmål om den tilsynelatende rentebetalingen isteden skal behandles som en utbetaling av utbytte. Konsekvensen er at rentefradraget nektes og nasjonale regler for utbytte, som ofte er skattepliktig for mottaker, anvendes. Formålet som ligger til grunn for reglene er å imøtegå skattefordeler som oppstår ved tynn kapitalisering, samt å beskytte stater mot tap av skatteproveny.¹⁶⁸

Praksis er varierende for land som har vedtatt lovgivning for å motvirke tynn kapitalisering. OECD har gitt uttrykk for at det er vanskelig å gi konkrete retningslinjer om hvordan slike regler burde utformes. Generelt ble medlemslandene anbefalt en “flexible approach” for å ta hensyn til de konkrete omstendigheter i hvert enkelt tilfelle.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Wittendorff (2009) s. 185-187.

¹⁶⁷ Russo (2007) s. 221.

¹⁶⁸ OECD (1987) pkt. 26 s. 17.

¹⁶⁹ OECD (1987) pkt. 82 s. 33.

På bakgrunn av OECD-medlemslandenes praksis kan regler om tynn kapitalisering inndeles i to grupper. Den første gruppen gjelder land som anvender generelle standarder som armlengdeprinsippet, “anti-avoidance”-lovgivning, “abuse of law”-regler eller regler som skjærer igjennom transaksjonens form når den ikke er i overensstemmelse med realiteten. Felles for mange av reglene er at de går ut på å undersøke kapitaltilførselens karakter, vilkår og omstendighetene for øvrig, for å avgjøre om tilførselen i realiteten er egenkapital eller gjeld. Armlengdevurderingen vil basere seg på hva størrelsen på gjelden ville vært i en armlengdes situasjon.¹⁷⁰ Tilnærmingen å prøve kapitalstrukturen for skatteformål basert på armlengdeprinsippet er valgt i Norge, siden Høyesterett har anvendt skatteloven § 13-1 på tilfellene av tynn kapitalisering. Skatteloven § 13-1 er ofte omtalt som en gjennomskjæringsregel,¹⁷¹ men en konkret karakteristikk av bestemmelsen, og hvilke prinsipper den bygger på, er vanskelig å angi.¹⁷²

Den andre gruppen gjelder regler med et definert prosentforhold mellom egenkapital og gjeld. Hvis den aktuelle gjelden overstiger en bestemt andel av egenkapitalen, er rentebetalinger for den overskytende delen av gjelden ikke fradragsberettiget eller betalingene behandles isteden som utbytte. Enkelte medlemsland har i tillegg “safe haven”-regler, som gir selskaper muligheten til å bevise at kapitalstrukturen har en armlengdes fordeling av gjeld og egenkapital, og dermed aksepteres av skattemyndighetene.¹⁷³ Flere land innførte i løpet av 90-tallet regler som innebærer et definert prosentforhold mellom egenkapital og gjeld. Reglene er imidlertid varierende,¹⁷⁴ blant annet med hensyn til definert prosentforhold.¹⁷⁵

¹⁷⁰ OECD (1987) pkt. 25 s. 15.

¹⁷¹ Harboe (2012) s. 333 og Ot.prp.nr.86 (1997-1998) pkt. 7.13 s. 75.

¹⁷² Sollund (1987) s. 84.

¹⁷³ OECD (1987) pkt. 25 s. 15-16.

¹⁷⁴ Eksempler i Russo (2007) s. 223-225.

¹⁷⁵ IFA (utg.) (1996) s. 100-101 og 106.

I mangel av nye anbefalinger fra OECD står medlemslandene fortsatt fritt til å vedta nasjonale regler om tynn kapitalisering i den utstrekning reglene er i overensstemmelse med armlengdeprinsippet nedfelt i MTC artikkel 9.¹⁷⁶

4.2 Rentebegrensningsregler i utvalgte OECD-land

4.2.1 Innledning

Flere OECD-land har nylig vedtatt regler som begrenser fradragsretten for gjeldsrenter. For å plassere den norske rentebegrensningsregelen i en rettslig kontekst, er utvalgte OECD-lands rentebegrensningsregler kort beskrevet nedenfor. Sentralt er reglenes beregningsgrunnlag, størrelsen på fradragsrammen, terskelbeløpet og hvilke rentekostnader (eksterne og/eller interne) som omfattes av begrensningen.

4.2.2 Danmark

Danmark har tre regelsett som samlet skal motvirke utnyttelse av rentefradrag. Det første tiltaket er en regel om tynn kapitalisering fra 1998. Regelen innebærer at et selskap ikke kan fradragsføre renter på intern gjeld som overstiger 10 millioner danske kroner og i tillegg overstiger fire ganger egenkapitalen. Det andre tiltaket er en begrensning av selve rentefradraget («renteloft») fra 2007. Renteloftet går ut på å begrense fradraget for netto finansieringskostnader, som innebærer lån fra nærstående og uavhengige, til en bestemt andel av den skattemessige verdien av selskapets aktiva. I 2013 er fradraget et beløp tilsvarende inntil 3 prosent av selskapets aktiva. Det gis imidlertid fullt fradrag innenfor et terskelbeløp på 21,3 millioner danske kroner. Det er ikke adgang til å framføre ubenyttet fradrag. Det tredje tiltaket er en begrensning på i hvor stor grad rentefradraget kan redusere resultatstørrelsen EBIT (skattepliktig inntekt før renter og skatt). Regelen går ut på at netto finansieringskostnader kan redusere selskapets skattepliktige

¹⁷⁶ OECD komm. art. 9 pkt. 3 s. 181-182.

overskudd før renter med maksimalt 80 prosent. Renter som ikke kommer til fradrag kan for dette tiltaket framføres til senere inntektsår.¹⁷⁷

4.2.3 Finland

Finland har vedtatt regler om begrensninger av rentefradrag med virkning fra 2014. Begrensningen kommer til anvendelse for selskapets netto rentekostnader som overstiger et terskelbeløp på 500 000 euro. I slike tilfeller vil kun 30 prosent av en skattemessig EBITDA (inntekt før renter, skatt og avskrivninger) komme til fradrag, men fradragsbegrensningen kan ikke være høyere enn selskapets netto rentekostnader til nærstående selskap. Utgangspunktet for beregningen er driftsresultatet, der rentekostnader og skattemessige avskrivninger inngår i grunnlaget. Når de totale rentekostnadene overstiger 30 prosent av beregningsgrunnlaget, avskjæres fradrag for overskytende konserninterne rentekostnader. Rentekostnader som avskjæres kan framføres til det påfølgende inntektsår.¹⁷⁸

Det er nylig foreslått en innstramning i de finske reglene ved å redusere prosentandelen for tillatt fradrag fra 30 til 25 prosent av EBITDA.¹⁷⁹

4.2.4 Nederland

I Nederland gjelder reglene om begrensning av rentefradrag for selskaper i samme selskapsgruppe og for beslektede selskaper. Dette er tilfelle hvis skattyterselskapet eier minst en tredjedel, eller det er eiet med minst en tredjedel, av et annet selskap. Begrensningen gjelder når låntakerselskapet har en gjennomsnittlig gjeldsgrad på 75 prosent (3:1) i løpet av året, og gjelden samtidig overstiger egenkapitalen med 500 000 euro. Begrensningen

¹⁷⁷ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 106.

¹⁷⁸ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 107.

¹⁷⁹ Nyhetsbrev fra Attorneys at law Borenius Ltd.

omfatter med andre ord de rentekostnadene som tilsvarer den delen av gjelden som overstiger 75 prosent av egenkapitalen. Begrensningen er knyttet til netto rentekostnader, det vil si rentekostnader fra lån mellom beslektede selskaper og innad i selskapsgruppen.¹⁸⁰

4.2.5 Tyskland

I 2008 innførte Tyskland rentebegrensningsregler som gjelder samlet for selskapsgruppen som er omfattet av de tyske konsernbekskatningsreglene. Begrensningsreglene innebærer at fradraget for netto rentekostnader begrenses til 30 prosent av skattyterens/selskapsgruppens EBITDA. Det gis fullt fradrag for netto rentekostnader på inntil 3 millioner euro. Netto rentekostnader omfatter gjeld til nærstående og uavhengige selskaper, herunder bankgjeld. Det er adgang til å framføre renter som på grunn av begrensningen ikke er fradragsberettiget, samt framføre ubenyttet fradragskvote i inntil fem år.¹⁸¹

4.2.6 Konsensus om «beste praksis»?

Rentebegrensningsreglene varierer blant OECD-land, men reglene kan grovt inndeles i to ulike tilnærminger. Den første tilnærmingen går ut på at fradragsretten avhenger av selskapets egenkapitalgrad («tradisjonell» regel om tynn kapitalisering), som for eksempel i Nederland og for så vidt Danmark. Den andre tilnærmingen går ut på at begrensning i fradragsretten baserer seg på en resultatstørrelse (EBITDA), som gjelder reglene i Tyskland, Finland og Danmark. Dette viser en internasjonal utvikling i retning av at rentebegrensningsreglene baserer seg på selskapets resultat, og samtidig at de «tradisjonelle» reglene om tynn kapitalisering ikke lenger er like aktuelle.¹⁸²

¹⁸⁰ Høringsnotat s. 12-13.

¹⁸¹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 107.

¹⁸² Høringsnotat s. 14.

Det er per i dag ingen enighet blant OECDs medlemsland om en felles standard for rentebegrensningsregler, men BEPS tar sikte på å utvikle anbefalinger om en «beste praksis» for å hindre uthuling av skattegrunnlaget gjennom rentefradrag.¹⁸³

Ifølge EUs årlige rapport om skattepolitiske utfordringer “Tax reforms in EU Member States 2013” («EU-rapporten») favoriserer et flertall av medlemsstatenes skattesystemer gjeldsfinansiering av selskaper grunnet fradrag for rentekostnader. Rentefradragene gir selskaper insentiver til å velge finansiering i form av gjeld fremfor egenkapital, siden det ikke er tilsvarende fradrag for kostnader tilknyttet egenkapitalfinansiering.¹⁸⁴ Skattefordelene ved gjeldsfinansiering resulterer i overskuddsflytning og tap av skatteproveny når flernasjonale selskaper fradragsfører rentekostnader i høyskatteland og renteinntektene skattlegges i lavskatteland.¹⁸⁵

EU-rapporten foreslår to regelsett som hver for seg eller i kombinasjon skal redusere virkningene av den ulike skattemessige behandlingen av egenkapital og gjeld. Det første forslaget er omtalt som et ACE-system (“Allowance for Corporate Equity”) og innebærer en skattelettelse for egenkapitalfinansiering ved å frita en nominell rente av avkastningen (“a normal rate of return”) fra selskapsbeskatningen. Selv om systemet beholder de eksisterende fradragene for rentekostnader, skal ACE-fradraget bidra til å redusere skjevhetene i finansieringen som i realiteten vil bero på om den faktiske renten avviker fra den nominelle avkastningen på egenkapitalen. Det andre forslaget er omtalt som en CBIT-regel (“Comprehensive Business Income Tax”) og innebærer å fjerne fradragsrett for rentebetalinger.¹⁸⁶

¹⁸³ BEPS Action 4.

¹⁸⁴ EU Report (2013) s. 22.

¹⁸⁵ EU Report (2013) s. 62.

¹⁸⁶ EU Report (2013) s. 63.

Flere av EU-medlemslandene har innført CBIT-regler som begrenser rentefradrag. Italia innførte ACE-regler i 2011.¹⁸⁷ Reglene gir selskaper hjemmehørende i Italia fradrag i netto skattegrunnlag for en nominell rente beregnet i forhold til selskapets økning i egenkapital fra 2010. Den nominelle renten er på 3 prosent per 2013. Italia har i tillegg en CBIT-regel fra 2008, som begrenser tillatt rentefradrag til 30 prosent av selskapets EBIT-DA. Begrensningen gjelder alle rentekostnader, både rentekostnader i interessefellesskap og eksterne rentekostnader. Avskåret rentefradrag kan framføres til påfølgende inntektsår.¹⁸⁸

Det er heller ingen konsensus om rentebegrensningsreglers utforming i EU. EU-rapporten innebærer en utveksling av “best practice on tax reforms”.¹⁸⁹ Regelsettene kan derfor forstås som en anbefalt «beste praksis» i EU.

¹⁸⁷ EU Report (2013) s. 22.

¹⁸⁸ Nyhetsbrev fra PwC og Eversheds.

¹⁸⁹ EU Report (2013) s. 14.

5 Lovforslag om begrensning av rentefradrag

5.1 Forslaget til skatteloven § 6-41

Skatteloven § 6-41¹⁹⁰ foreslår en begrensning av fradrag for netto rentekostnader betalt til selskap i interessefellesskap. Lovforslaget innebærer at fradrag for interne rentekostnader som overstiger 30 prosent av en beregnet resultatstørrelse avskjæres. Rentebegrensingsregelen skal ikke få anvendelse dersom samlede netto rentekostnader er 5 millioner kroner¹⁹¹ eller lavere. Overstiges terskelbeløpet på 5 millioner kroner, skal begrensningen gjelde fullt ut. Terskelbeløpet er derfor ikke et bunnfradrag. Avskåret rentefradrag kan framføres de ti påfølgende inntektsårene.¹⁹² Begrensningen av rentefradrag skal beregnes for hvert enkelt selskap, selv om selskapet tilhører et konsern.¹⁹³

Viktig for å forklare lovforslagets innhold er beregningsgrunnlaget for fradragsrammen, begrepet «netto rentekostnader» og subjektene som omfattes av forslaget (interessefellesskapet mellom långiver og låntaker).

Ifølge skatteloven § 6-41 tredje ledd er utgangspunktet for beregningen av fradragsrammen skattyters alminnelige inntekt (skattemessige inntekter fratrukket kostnader) eller årets udekkede underskudd. I beregningsgrunnlaget inkluderes skattemessige avskrivninger og netto rentekostnader, samt eventuelt mottatt eller avgitt konsernbidrag. I begrepet netto rentekostnader, det vil si renteinntekter fratrukket rentekostnader, inngår både skattyters rentebetalinger til og fra selskaper i interessefellesskap (interne renter) og uavhengige tredjeparter (eksterne renter). Selskapets samlede rentebelastning får dermed betydning for størrelsen på tillatt rentefradrag, som utgjør 30 prosent av bereg-

¹⁹⁰ Forslag til ny § 6-41 i Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013–2014) s. 85-87.

¹⁹¹ Terskelbeløpet hevet i Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013–2014) s. 65.

¹⁹² Prop. 1 LS (2013-2014) s. 102.

¹⁹³ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 111.

ningsgrunnlaget.¹⁹⁴ Avskåret rentefradrag som ikke framføres, forhøyer skattepliktig inntekt ved at selskapet tilordnes et tilsvarende tillegg i alminnelig inntekt. Avskåret rentefradrag (tillegget) kan imidlertid ikke overstige netto *interne* rentekostnader.^{195 196}

Beregningen av tillatt rentefradrag er en skattemessig tilnærming til det regnskapsmessige begrepet EBITDA, som gir en indikasjon på debitors kontantstrøm og gjeldsbetalingssevne.¹⁹⁷

Utgangspunktet for lovforslagets definisjon av «netto rentekostnader» er skatteloven § 6-40.¹⁹⁸ Bestemmelsen oppstiller vide rammer for begrepet rentekostnader, siden hovedregelen er fradrag for alle renter av skattyters gjeld uavhengig av tilknytningen til skattepliktig inntekt. Garantiprovisjon, det vil si vederlag til andre enn långiver for garantistillelse, medregnes som rentekostnad forutsatt at provisjonen tilsvare den høyere renten som ville blitt forlanget uten garantien.¹⁹⁹ Videre skal renteelementet ved under- og overkurs ved låneopptak medregnes i realisasjonsåret. For eksempel skal gevinst eller tap ved første gangs salg i annenhåndsmarkedet av ren under- eller overkursobligasjon inngå som renteinntekt eller rentekostnad i begrensningen.²⁰⁰ Samtidig skal gevinst og tap på sammensatte obligasjoner, som ikke skal dekomponeres for skatteformål, omfattes av rentebegrepet.²⁰¹

Avgrensningen av interessefellesskapet som må foreligge mellom långiver og låntaker er definert ut fra vilkåret «nærstående person, selskap eller innretning», jf. skatteloven § 6-41

¹⁹⁴ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 111.

¹⁹⁵ Skatteloven § 6-41 tredje ledd andre setning.

¹⁹⁶ Eksempel på beregningen i Prop. 1 LS (2013-2014) s. 138.

¹⁹⁷ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 111.

¹⁹⁸ Skatteloven § 6-41 andre ledd.

¹⁹⁹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 114.

²⁰⁰ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 116.

²⁰¹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 118.

første og fjerde ledd. Lovforslaget oppstiller ingen begrensninger for hvilke subjekter som kan være långiver. Nærstående långiver kan derfor være fysisk person, innretning, selskap, stat eller kommune. Av hensyn til EØS-avtalen og forbudet mot ulovlig forskjellsbehandling av innenlandske og utenlandske lånetransaksjoner, kan långiver være hjemmehørende både i utlandet og i Norge.²⁰²

Skatteloven § 6-41 første ledd angir uttømmende en vid krets av låntakere fradragsbegrensningen gjelder for. Hovedformålet med lovforslaget er å motvirke uthuling av det norske skattegrunnlaget gjennom bruk av rentefradrag i flernasjonale konserner, og aksje- og allmennaksjeselskaper er således i kjerneområdet for lovforslaget. Av hensynet til likebehandling gjelder lovforslaget generelt og uavhengig av organisasjonsform, og derav er selvstendige skattesubjekter oppregnet i skatteloven § 2-2 første ledd omfattet. Deltakerlignede selskaper, norsk-kontrollerte selskaper hjemmehørende i lavskatteland (NOKUS-selskaper) og begrenset skattepliktige selskaper og innretninger i skatteloven § 2-3 er omfattet av lovforslaget.²⁰³

Enkeltpersonforetak er unntatt fra lovforslaget på bakgrunn av hovedformålet.²⁰⁴ Finansinstitusjoner som definert i finansieringsvirksomhetsloven § 1-3 og § 2-1 andre setning er heller ikke omfattet av rentebegrensningsregelen. Dette er begrunnet med at lovforslaget ikke er tilpasset inntektsstrukturen i bank- og finansieringsvirksomhet.²⁰⁵

Lovforslagets krav til interessefellesskap skal tilsvare ligningsloven § 4-12 fjerde ledd, som angir en vid definisjon av «nærstående».²⁰⁶ Selskaper eller innretninger som låntaker har direkte eller indirekte eierinteresser i, og motsatt personer eller selskaper som har direkte

²⁰² Prop. 1 LS (2013-2014) s. 120-121.

²⁰³ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 119.

²⁰⁴ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 120.

²⁰⁵ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 131-132.

²⁰⁶ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 123.

eller indirekte interesse i låntaker, skal omfattes av rentebegrensingsregelen. I tillegg omfattes som «nærstående» selskaper der nærstående eier av låntaker har direkte eller indirekte eierinteresse, samt nærmere angitte slektninger til fysisk person som eier selskapet (låntaker) og selskaper der slektningene har direkte eller indirekte eierinteresse. Terskelen for direkte eller indirekte eierskap, eller kontroll, er på minst 50 prosent.²⁰⁷ Kravet til eierandel eller kontroll må være oppfylt på ett eller annet tidspunkt i løpet av inntektsåret.²⁰⁸ «Kontrollerer» retter seg mot tilfeller der bestemmende innflytelse over det andre rettssubjektet utøves på annet grunnlag enn eierskap, for eksempel ved stemmeflertall på generalforsamling, retten til å velge styremedlemmer eller gjennom avtale som sikrer slik innflytelse.²⁰⁹

Skatteloven § 6-41 bygger særlig på de finske og tyske rentebegrensingsreglene. En vesentlig forskjell mellom reglene er om begrensningen omfatter rentekostnader på lån både fra nærstående og fra uavhengige parter. Skatteloven § 6-41 avskjærer rentekostnader kun for interne lån, selv om eksterne renter inngår i netto rentekostnader og således kan fortrenge fradrag for interne renter.²¹⁰ Departementet har varslet at det kan bli aktuelt å inkludere eksterne rentekostnader i begrensningen siden det i praksis er vanskelig å skille mellom eksterne og interne lån.²¹¹ Av den grunn er visse eksterne lån allerede omfattet av lovforslaget, blant annet indirekte lån via en uavhengig part (“back-to-back”-lån) og eksterne lån som nærstående har stilt sikkerhet for (typisk morselskapsgaranti).²¹² Dette opprettholdes i tilleggsproposisjonen, men Finansdepartementet foreslår å sende på høring en forskrift som unntar visse typer lån med sikkerhetsstillelse fra nærstående part.²¹³ En annen vesentlig forskjell mellom skatteloven § 6-41 og andre lands rentebegrensingsregler er selve innslagspunktet for begrensningen. I Danmark og Tyskland gjelder et terskelbeløp på 20-30 millioner kroner, mens lovforslagets er 5 millioner kroner. På denne bakgrunn er

²⁰⁷ Skatteloven § 6-41 fjerde ledd.

²⁰⁸ Skatteloven § 6-41 fjerde ledd i.f.

²⁰⁹ Ot.prp.nr.62 (2006-2007) s. 43.

²¹⁰ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 108.

²¹¹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 110.

²¹² Prop. 1 LS (2013-2014) s. 126.

²¹³ Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013-2014) s. 64.

Norge i ferd med å innføre en «strengere» rentebegrensningsregel som vil ramme skattytere bredt.

5.2 Valg av hovedmodell – en sjablongregel

Skatteloven § 6-41 er en «sjablongregel».²¹⁴ Det finnes ingen definisjon av sjablongregel i skatteloven. En alminnelig forståelse av begrepet «sjablong» er et mønster eller en modell. Det er derfor naturlig å legge til grunn at en sjablongregel må forstås som en standardisert regel som kommer til anvendelse for en definert kategori skattytere.

Departementet begrunner skatteloven § 6-41 som en sjablongregel med at regelen begrenser rentefradraget som en andel av en regnskapsmessig eller skattemessig størrelse.²¹⁵ Med andre ord tilsier den standardiserte begrensningen på 30 prosent at lovforslaget er en sjablongregel. Et alternativ til standardiserte sjablongregler er skjønnsbaserte regler. Et eksempel på dette er skatteloven § 13-1, som blant annet stiller krav til årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen. Lovforslaget er en sjablongregel som innebærer en enkel modell og er uten innslag av skjønsmessige vurderinger (forretningsmessig motiv mv.).²¹⁶

Forutsigbarhet og konsekvent håndheving av regelverket er relevante hensyn som taler for sjablongregler.²¹⁷ En «firkantet» sjablongregel vil gi ligningsmyndighetene noe mer konkret å forholde seg til og trolig føre til færre ressurskrevende skjønnsligninger etter skatteloven § 13-1.²¹⁸ Ligningsmyndighetene kan isteden allokere ressurser til andre saksområder. For skattyterne vil sjablongregler medføre større forutberegnelighet,

²¹⁴ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 110.

²¹⁵ Høringsnotat s. 14.

²¹⁶ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 109.

²¹⁷ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 109.

²¹⁸ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 138.

siden skattyterne kan beregne tillatt rentefradrag og dermed organisere finansieringen slik at det blir mest gunstig for konsernet som helhet.

OECD er i en revisjon av OECD-retningslinjene positive til standardiserte “safe harbour”-regler for å lempe den administrative byrden som pålegges skattyter og skattemyndighetene ved anvendelsen av internprisingssystemer basert på armlengdeprinsippet. “Safe harbour” er bestemmelser som gjelder for en bestemt kategori skattytere eller transaksjoner, og fritar de kvalifiserte skattyterne for skatteforpliktelser som normalt følger av nasjonale internprisingsregler. “Safe harbour” kan enten utformes som unntaksregler der visse skattytere eller transaksjoner ekskluderes fra internprisingsreglenes anvendelsesområde, eller innebære at skattemyndighetene forenkler systemet ved å tillate skattyterne å etablere internprising på en bestemt måte.²¹⁹

Skatteloven § 6-41 kan neppe karakteriseres som en “safe harbour” i OECD-retningslinjenes forstand. Lovforslaget er obligatorisk for skattyter sammenlignet med “safe harbour”-regler skattyter valgfritt kan benytte. Samtidig innebærer “safe harbour” en skattelettelse i motsetning til lovforslaget som skjerper beskatningen når avskåret rentefradrag tillegges i skattyters alminnelige inntekt. Revisjonen av OECD-retningslinjene viser imidlertid at OECD er positive til å forenkle armlengdeprinsippet, men for å unngå dobbeltbeskatning og dobbelt ikke-beskatning oppmuntres stater til å fremforhandle “safe harbour” i bilaterale skatteavtaler.²²⁰

²¹⁹ OECD (2013) E.2 s. 4.

²²⁰ OECD (2013) E.5 s. 9.

5.3 Utvalgte høringsuttalelser

Høringsforslagets rentebegrensningsregel har møtt motstand, og Finansdepartementet har mottatt 36 høringsuttalelser med merknader. I lys av den internasjonale utviklingen og innføring av rentebegrensningsregler i flere land, er det allikevel bred forståelse for nødvendigheten av departementets forslag om begrensninger av rentefradrag.²²¹

Det er i høringsuttalelsene blant annet stilt spørsmål til Finansdepartementet om forholdet til armlengdeprinsippet er tilstrekkelig vurdert.²²²

For det første stilles det spørsmål om lovforslaget medfører et skjerpet armlengdeprinsipp. I utgangspunktet skal prinsippet sikre et skattemessig resultat som samsvarer med hva uavhengige parter ville oppnådd i sammenlignbare situasjoner. Lovforslaget rammer selskaper i interessefellesskap, som ikke har drevet med skatteplanlegging, med en begrensning av rentefradrag på lån inngått på armlengdes vilkår. Det er i armlengdebegrepsets natur at beskatningen faktisk skal være armlengdes, verken mer eller mindre. Norge kan ikke strekke begrepet lengre enn dette, eller uthule et allmenngyldig og internasjonalt prinsipp.²²³ Argumentet er at armlengdeprinsippet er en folkerettslig forpliktelse som setter begrensninger for anvendelsen av skatteloven § 6-41.

For det andre stilles det spørsmål ved lovforslagets utforming som en sjablongregel, og om denne utformingen i realiteten er en omgåelse av begrensningene for anvendelsen av nasjonale tynn kapitaliseringsregler som følger av MTC artikkel 9 nr. 1. Siden lovforslaget kun begrenser fradragsretten for renter på kontrollerte lån, må bestemmelsen holde seg innenfor de rammer armlengdeprinsippet oppstiller. Med andre ord beskytter artikkel 9 nr. 1 mot en begrensning av rentefradrag når disse utgjør en lavere fradragsberettiget

²²¹ F.eks. Høringsuttalelse Aker ASA m.fl.

²²² F.eks. Høringsuttalelse Advokatforeningen, KPMG og Wiersholm.

²²³ Høringsuttalelse Advokatforeningen.

rente i forhold til rentefradrag mellom uavhengige parter i en armlengdes situasjon. Begrensningene som følger av artikkel 9 nr. 1 kan ikke omgås ved å utforme lovforslaget som en sjablongregel istedenfor en tynn kapitaliseringsregel.²²⁴

Departementet innrømmer at lovforslaget kan tenkes å gå lengre enn det som følger av armlengdeprinsippet. Dette gjelder selskaper som ikke får fullt fradrag på grunn av fradragssrammen, selv om en armlengdevurdering tilsier at det samme lånet kunne tas opp i markedet hos en uavhengig långiver. I så fall henvises selskapene til å ta opp eksterne lån i markedet for å sikre riktige rentefradrag.²²⁵

²²⁴ Høringsuttalelse Wiersholm.

²²⁵ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 113 og 137.

6 Rettslig analyse og vurdering av samspillet mellom rentebegrensingsregelen og armlengdeprinsippet

6.1 Samspillet med armlengdeprinsippet i intern rett

6.1.1 Rentebegrensingsregelens tilpasning i intern rett

Skatteloven § 6-41 er formell lov og rangerer likt som skatteloven § 13-1.²²⁶ Utgangspunktet er derfor at reglene er selvstendige, det vil si at de har ulike anvendelsesområder og rettsfølger, og kan anvendes side om side.

Skatteloven § 13-1 er en «skjønnsregel». Vilkårene som angir bestemmelsens anvendelsesområde er direkte eller indirekte interessefellesskap, inntektsreduksjon og årsakssammenheng. Hvis vilkårene er oppfylt, er rettsfølgen at ligningsmyndighetene skjønnsmessig kan fastsette skattyters inntekt, som ved tynn kapitalisering innebærer en fastleggelse av konsernintern gjeld og fradragsberettigede rentekostnader etter en lånekapasitetsvurdering.

Skatteloven § 6-41 er en «sjablongregel», der det ikke stilles krav til inntektsreduksjon, årsakssammenheng eller skjønnsmessige lånekapasitetsvurderinger. I likhet med skatteloven § 13-1 oppstiller lovforslaget krav om interessefellesskap, men det er departementets oppfatning at vilkåret ikke skal forstås tilsvarende vidt som skatteloven § 13-1.²²⁷ Lovfor­slagets rettsfølge går ut på å begrense rentefradrag mellom nærstående ved å avskjære interne rentekostnader som overstiger 30 prosent av en beregnet resultatstørrelse.

Til tross for reglenes ulike karakter, har de delvis overlappende anvendelsesområder (konserninterne lån i interessefellesskap) og likeartede rettsfølger (begrensninger av interne rentekostnader). Den naturlige forklaring er at skatteloven § 13-1 frem til nå har regulert

²²⁶ Eckhoff (2000) s. 350.

²²⁷ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 122.

noen av de tilfeller som vil falle inn under skatteloven § 6-41. Av den grunn kan det være vanskelig å se reglene adskilt. Imidlertid vil sjablongregelen i skatteloven § 6-41 ramme langt flere konserninterne lån og skattytere enn skatteloven § 13-1.

Skatteloven § 6-41 er ikke til hinder for at skatteloven § 13-1 anvendes. Bestemmelsens vilkår må være oppfylt før det foretas en skjønnsmessig fastsettelse av skattyters inntekt, som for eksempel går ut på en reduksjon av rentekostnadene som en følge av omstrukturering av gjeld til egenkapital i overensstemmelse med armlengdeprinsippet. Rentebegrensingsregelen kommer deretter til anvendelse på de skjønnsmessige størrelser fastsatt i medhold av skatteloven § 13-1.²²⁸

Rentebegrensingsregelen bygger altså på forutsetningen om at gjelden og rentekostnadene er armlengdes i overensstemmelse med skatteloven § 13-1. Hvis ligningsmyndighetene unnlater å foreta en skjønnsmessig reduksjon av rentekostnadene selv om vilkårene i skatteloven § 13-1 er oppfylt, vil rentebegrensingsregelen komme til anvendelse på størrelser som ikke reflekterer et armlengdes lån. Dette kan for eksempel føre til at et selskap får fradrag for rentekostnader av gjeld som skulle vært ansett som egenkapital. Et slikt resultat kan ikke være tilsiktet av departementet. I de tilfellene ligningsmyndighetene har anvendt skatteloven § 13-1, virker skatteloven § 13-1 og skatteloven § 6-41 *etter hverandre* i tid. Reglene virker for så vidt *side om side* for de tilfeller av interessefellesskap som faller utenfor anvendelsesområdet til rentebegrensingsregelen. I så fall skal skatteloven § 13-1 virke på vanlig måte, for eksempel for behandlingen av nærstående lån for enkeltpersonforetak.²²⁹

²²⁸ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 110.

²²⁹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 120.

6.1.2 Rentebegrensningsregelens tilsiktede formål

Det er en klar sammenheng mellom skatteloven § 13-1 og skatteloven § 6-41 som følge av at reglene virker etter hverandre i tid. Dette har særlig to konsekvenser.

For det første må ligningsmyndighetene fortsatt kontrollere konserninterne lån der det foreligger mistanke om tynn kapitalisering slik at de reelle forhold blir gjenstand for beskatning. Rentebegrensningsregelen vil således ikke være like ressursbesparende for ligningsmyndighetene som først antatt.²³⁰

For det andre vil lån fra selskaper i interessefellesskap de facto bedømmes strengere sammenlignet med lån fra uavhengige selskaper. Dette gjelder både når størrelser fastsatt etter skatteloven § 13-1 legges til grunn for begrensningen, og når den konserninterne gjelden er markedsmessig og inngått på armlengdes vilkår fra begynnelsen av. Rentekostnadene til nærstående långiver vil som en følge av skatteloven § 6-41 bli nektet fradragført ut over fradragrammen og isteden tillagt skattepliktig inntekt. Rentebegrensningen «spiser av» rentefradragene til et lån som allerede samsvarer med armlengdeprinsippet nedfelt i skatteloven § 13-1, og rentebegrensningsregelen medfører et strengere skattemessig resultat enn det armlengdeprinsippet tilsier.

Forklaringen på hvorfor rentebegrensningsregelen er strengere enn armlengdeprinsippet kan finnes i regelens bakgrunn og dens tilsiktede formål.

Bakgrunnen for rentebegrensningsregelen er at skatteloven § 13-1 er krevende å anvende på flernasjonale låneforhold. Bestemmelsen er ikke tilstrekkelig for å hindre uthuling av skattegrunnlaget som oppstår ved en utnyttelse av dagens regler. Formålet til skatteloven

²³⁰ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 138.

§ 6-41 er derfor å hindre uthuling av skattegrunnlaget gjennom rentefradrag, samt å bidra til like konkurransevilkår for internasjonale og nasjonale virksomheter.²³¹

I utgangspunktet vil skatteloven § 6-41 ramme internasjonale konserner som utnytter dagens regler og skatteplanlegger ved bruk av rentefradrag. For eksempel vil selskaper hjemmehørende i Norge rammes, som fram til nå har fått fradrag for rentekostnader etter skatteloven § 6-40 og der tilhørende renteinntekter har blitt beskattet lavt i utlandet. Siden rentebegrensningsregelen vil omfatte alle grenseoverskridende låneforhold mellom nærstående selskaper, vil incentivet til å utnytte dagens regler reduseres og skattegrunnlaget vil beskyttes i større grad. Konserners innrettelse etter rentebegrensningsregelen vil dessuten avlaste ligningsmyndighetene fra å foreta krevende skjønnsvurderinger etter skatteloven § 13-1. Samlet underbygger dette behovet for en standardisert og vidtfaende rentebegrensningsregel.

Departementet legger til grunn at skatteloven § 6-41 ikke vil ha vesentlige konsekvenser for selskaper som ikke driver med skatteplanlegging. Samtidig viser departementet til at selskaper i interessefellesskap ikke er forhindret fra å foreta kapitaltilførsler som følge av rentebegrensningsregelen. Riktignok innrømmer departementet at lovforslaget vil innebære ulemper for konserner som på grunn av skjev kapitalstruktur vil foreta omorganiseringer i selskapers finansiering.²³²

Departementets vurderinger er unyanserte. Lovforslaget rammer alle interne rentekostnader i interessefellesskap, også selskaper som ikke driver med skatteplanlegging gjennom rentefradrag. Andre grunner enn skattefordeler kan være avgjørende for å velge konsernintern gjeldsfinansiering. For eksempel vil en sentralisering av långivning på morsselskapsnivå medføre bedre lånevilkår og administrative fordeler enn om hvert enkelt selskap i

²³¹ Høringsnotat s. 14 jf. Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013–2014) s. 63.

²³² Prop. 1 LS (2013-2014) s. 137-138.

et konsern skulle fremforhandlet eksterne lån. Det er dessuten vanlig at morselskapet i et *internasjonalt* konsern eier og forvalter internbanken til konsernet. Internbanken vil normalt være ansvarlig for å innhente fremmedkapital, finansiere nærstående selskaper med egenkapital eller lån, samt å forvalte konsernets overskuddslikviditet.²³³ I tillegg kan en kapitaltilførsel i form av gjeld fremfor egenkapital være begrunnet med å bevare kapitalmobiliteten. Det kan være mer fordelaktig å betale renter på et betydelig lån istedenfor en tilsvarende utbetaling av utbytte.²³⁴ En høy gjeldsgrad opp mot grensen for tynn kapitalisering kan være begrunnet med at Norge ikke har internrettslig hjemmel for kildeskatt på renter, slik at et nærstående långiverselskap i utlandet vil kunne ta ut selskapsoverskudd tilnærmet skattefritt i form av renteinntekter i motsetning til utbytte.²³⁵

I de situasjonene konsernintern gjeldsfinansiering har en legitim begrunnelse, er selskapene allikevel henvist til å ta opp eksterne lån for å sikre riktige rentefradrag i den grad rentene overstiger fradragssrammen. Begrunnelsen er at konserninterne lån inngått på markedsvilkår bør kunne erstattes med eksterne lån.²³⁶ Dermed tas det ikke hensyn til økonomisk effektivisering og samordning som nevnt ovenfor. Konsekvensen er at selskaper i konserner med overskuddslikviditet «tvinges» til å ta opp lån i det eksterne markedet, selv om kapital finnes tilgjengelig internt.²³⁷ Rentebegrensningsregelen vil dermed få vesentlige konsekvenser også for selskaper som ikke driver med skatteplanlegging gjennom rentefradrag. Departementet har avvist å innføre unntak fra rentebegrensningsregelen for lånetransaksjoner som er gjennomført på markedsmessige vilkår.²³⁸

Skatteplanlegging med rentefradrag har dessuten en side til – likebehandling av nasjonale og internasjonale virksomheter. Det er på den ene siden klart at internasjonale selskaper har

²³³ Høringsuttalelse EY.

²³⁴ OECD (1987) pkt. 10 s. 10.

²³⁵ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 105.

²³⁶ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 137.

²³⁷ Høringsuttalelse KPMG.

²³⁸ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 109.

større mulighet til å utnytte fradragreglene i ulike skattejurisdiksjoner. Dermed vris konkurransen i favør av selskaper som kan oppnå mindre skatt ved slike tilpasningsmuligheter.²³⁹ Rentebegrensningsregelen vil motvirke konkurransefortrinn som følge av skatteplanlegging med rentefradrag på tvers av landegrenser.

På den andre siden rammer rentebegrensningsregelen like fullt konsernselskaper hjemmehørende i Norge med helnorsk finansiering, som verken skatteplanlegger eller har skattemessige fordeler av finansieringen på tvers av landegrenser.²⁴⁰ Norske konserner vil kunne rammes hardt av rentebegrensningsregelen når långiverselskapet er skattepliktig for 28 prosent av renteinntektene, selv om låntakerselskapet kan få avskåret rentefradrag i medhold av skatteloven § 6-41. Rentebegrensningsregelen vil kunne bidra til ulike konkurransevilkår for norske konserner sammenlignet med internasjonale konserner, som kan oppnå lavere inntektsskatt. Departementet avviser en innføring av unntak fra rentebegrensningsregelen som går ut på en fradragbegrensning på konsernnivå, overføringsordninger eller et generelt unntak for norske konserner. Dette er begrunnet med en henvisning til EØS-avtalen som er til hinder for forskjellsbehandling av rentebetalinger innad i Norge og på tvers av landegrensene, samt at unntaksregler vil medføre en uønsket kompleksitet i regelverket.²⁴¹

Samlet viser dette at en standardisert rentebegrensningsregel, uten sikkerhetsventiler eller unntaksregler, særlig kan ramme norske selskaper hardt som ikke utnytter dagens regelverk. Dermed favner rentebegrensningsregelen videre enn dens formål om likebehandling og beskyttelse av skattegrunnlaget tilsier.

²³⁹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 103.

²⁴⁰ Høringsuttalelse Aker ASA m.fl.

²⁴¹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 130.

6.1.3 Motstridende regler?

Skatteloven § 6-41 og skatteloven § 13-1 har delvis samme formål, anvendelsesområde og rettsfølge. Motstrid mellom rettsregler oppstår først når regler med samme anvendelsesområde har uforenlige rettsfølger.²⁴² I dette tilfellet vil det være unaturlig å konkludere med at reglene har uforenlige rettsfølger. For det første er reglene to ulike verktøy for å oppnå samme resultat, nemlig en begrensning av interne rentekostnader for å beskytte skattegrunnlaget mot uthuling gjennom utnyttelse av rentefradrag. For det andre virker reglene etter hverandre i tid, og internrettslig står lovgiver fritt til å vedta nye regler som begrenser gjeldende rett.

Skatteloven § 6-41 og skatteloven § 13-1 er selvstendige regler som kan anvendes ved siden av hverandre, og det er ikke nødvendig å foreta en harmonisering av rettsreglene gjennom tolkning. Imidlertid vil norske konserner, som ikke driver skatteplanlegging gjennom rentefradrag, kunne bli hardt rammet av rentebegrensningsregelen. Dette kan oppfattes som en urettferdighet, noe som ikke kan løses via rettslig tolkning. Det er derimot en lovgiveroppgave å vurdere virkningen og hensiktsmessigheten av rettsregler.

6.2 Samspillet med armlengdeprinsippet i MTC artikkel 9

6.2.1 Generelle utgangspunkter

Lovgivningsmyndigheten er i kjernen av statssuvereniteten siden alle stater er suverene og underkastet sin egen vilje.²⁴³ Norge står i utgangspunktet fritt til å vedta skatteregler for renter generelt, samt regler som begrenser rentefradrag i interessefellesskap.

MTC er en dobbeltbeskatningsavtale med hovedformål å forhindre internasjonal juridisk dobbeltbeskatning som foreligger når flere stater pålegger det samme skattesubjektet like-

²⁴² Eckhoff (2000) s. 343.

²⁴³ Ruud (2006) s. 22.

artede skatter for ett og samme saksforhold.²⁴⁴ På denne bakgrunn går MTC ut på en *fordeling* av beskatningsretten for ulike typer inntekt mellom stater som i utgangspunktet har beskatningsrett. For eksempel innebærer MTC artikkel 7 en fordeling av beskatningsretten for virksomhetsinntekt mellom bostedsstat og kildestat.²⁴⁵ MTCs bestemmelser om fordeling av beskatningsretten legger derfor *begrensninger* på staters anvendelse av nasjonale skatteregler. MTC legger i utgangspunktet ikke begrensninger på nasjonale skatteregler om *beregning* av skattepliktig inntekt, herunder regler om fradragberettigede kostnader.²⁴⁶

Artikkel 9 skiller seg fra de øvrige bestemmelsene i MTC. For det første gjelder ikke bestemmelsen fordelingen av beskatningsrett mellom bostedsstat og kildestat, men innebærer isteden fordelingen av beskatningen mellom statene hvor de nærstående selskapene er hjemmehørende. Nærmere bestemt gir artikkel 9 nr. 1 stater adgang til å justere skattepliktig inntekt for transaksjoner foretatt av selskaper der det spesielle forholdet mellom selskapene har påvirket transaksjonens innhold og derav beskatningen.²⁴⁷ For det andre fremkommer ikke formålet til artikkel 9 nr. 1 klart verken av bestemmelsens ordlyd eller av kommentaren. Artikkel 9 nr. 2 har derimot som formål å forhindre økonomisk dobbeltbeskatning, dersom stat A oppjusterer skattepliktig inntekt mellom nærstående selskaper uten at stat B foretar en korresponderende nedjustering av inntekten som allerede er skattlagt i sistnevnte stat.²⁴⁸ Det er i juridisk teori enighet om at artikkel 9 nr. 1 også har til formål å forhindre økonomisk dobbeltbeskatning begrunnet med at formålet til artikkel 9 nr. 2 bør leses i sammenheng med artikkel 9 nr. 1.²⁴⁹ Videre var det blant OECD-medlemslandenes intensjoner at MTC skulle omfatte økonomisk dobbeltbeskatning i medhold av artikkel 9.²⁵⁰

²⁴⁴ OECD intro. pkt. 1 og 3 s. 7.

²⁴⁵ OECD komm. art. 7 pkt. 10 s. 132.

²⁴⁶ Bullen (2011) s. 68-69.

²⁴⁷ Bullen (2011) s. 70.

²⁴⁸ OECD komm. art. 9 pkt. 5 s. 182.

²⁴⁹ Wittendorff (2009) s. 174-175.

²⁵⁰ OECD komm. art. 25 pkt. 11 s. 356.

6.2.2 Nærmere om problemstillingene

Artikkel 9 er ikke en alminnelig bestemmelse om fordeling av beskatningsretten i likhet med øvrige bestemmelser i MTC som normalt begrenser anvendelsen av nasjonale skatteregler. Det må derfor undersøkes om det er rettslig grunnlag for at artikkel 9 på noen måte påvirker samspillet med skatteloven § 6-41, som forutsetter at det foreligger skatteavtale mellom Norge og en annen stat.

Den første problemstillingen er om artikkel 9 nr. 1 begrenser anvendelsen av skatteloven § 6-41. Dette vil for det første bero på om artikkel 9 generelt, i likhet med andre bestemmelser i MTC, begrenser anvendelsen av nasjonal lovgivning ved å være en restriktiv regel («begrensningsregel») eller om artikkel 9 er en illustrativ regel (punkt 6.2.3). For det andre vil det bero på om skatteloven § 6-41 omfattes av anvendelsesområdet til artikkel 9 nr. 1 og dermed «reguleres» av artikkel 9 (punkt 6.2.4).²⁵¹

Den andre problemstillingen er om lovforslaget «begrenses» av skatteavtalen selv om bestemmelsen ikke faller inn under artikkel 9's regulering, enten i kraft av at armlengdeprinsippet er et internasjonalt allmenngyldig prinsipp (punkt 6.2.5) eller som en følge av artikkel 9's begrensninger for nasjonale tynn kapitaliseringsregler (punkt 6.2.6).

Avslutningsvis omtales først konsekvensene av et eventuelt «brudd» med artikkel 9 nr. 1, som forutsetter at lovforslaget reguleres av artikkel 9 (punkt 6.2.7), og deretter foretas en oppsummering (punkt 6.2.8).

²⁵¹ Bullen (2011) s. 69.

6.2.3 Er artikkel 9 en begrensingsregel eller en illustrativ regel?

Det er av stor betydning om artikkel 9 er en begrensingsregel eller en illustrativ regel. Forutsatt at artikkel 9 er en begrensingsregel, vil nasjonale regler ikke kunne føre til en justering av inntekt som overskrider det som ville vært et armlengdes resultat. Hvis det derimot forutsettes at artikkel 9 kun er en illustrativ regel og et eksempel på justering av inntekt, kan nasjonale regler føre til en justering av skattepliktig inntekt ut over det som korresponderer med et armlengdes resultat.²⁵² En illustrativ regel vil dessuten kunne åpne for en anvendelse av andre normer enn armlengdeprinsippet.²⁵³

Det er ingen klar oppfatning blant OECD-land om artikkel 9 er en illustrativ eller en restriktiv regel.²⁵⁴ Imidlertid taler flere argumenter for at artikkel 9 er en begrensingsregel.²⁵⁵

For det første vil artikkel 9 være overflødig hvis bestemmelsen ikke virker begrensende på nasjonal lovgivning. Artikkel 9 vil verken være selvstendig hjemmel for justering av inntekt eller pålegge begrensninger for anvendelsen av nasjonale regler. Det er et grunnleggende prinsipp for tolkning av traktater at ord og setninger skal tillegges en mening.²⁵⁶ Effektivitetsbetraktninger taler for å ta artikkel 9 på ordet og gi bestemmelsen rettsvirkninger i form av en begrensning på nasjonal lovgivning.

For det andre er det ikke selvsagt at ordlydens “may” betyr at artikkel 9 er en illustrativ regel. På den ene siden kan “may” leses som en motsetning til “shall”. Dette innebærer at beløp som ikke har påløpt som følge av interessefelleskapet *kan* bli inkludert i skattepliktig inntekt eller *andre typer justeringer* kan foretas. På den andre siden kan “may” forstås

²⁵² OECD (1987) pkt. 29 s. 18.

²⁵³ Wittendorff (2009) s. 208-209.

²⁵⁴ OECD (1987) pkt. 50 s. 22 og Wittendorff (2009) s. 208.

²⁵⁵ I det følgende fra Bullen (2011) s. 70-71 og Wittendorff (2009) s. 211-213.

²⁵⁶ Wien-konvensjonen artikkel 31.

som at *statene* kan gjøre justeringer, hvilket gir statene en kompetanse de ikke er forpliktet til å utøve.

For det tredje vil en illustrativ regel føre til at stater vedtar ulike nasjonale regler om justering av inntekt. I mangel av et felles prinsipp for justeringen vil det kunne føre til økonomisk dobbeltbeskatning når en av statene justerer uten korresponderende retting hos den andre stat (se nærmere punkt 6.2.7). Et slikt resultat vil være i uoverensstemmelse med bestemmelsens formål om å hindre økonomisk dobbeltbeskatning. Artikkel 9 har derfor bare mening når den begrenser anvendelsen av nasjonale beskatningsregler ved å forplikte statene til å anvende armlengdeprinsippet som justeringsnorm.²⁵⁷

Til slutt skal nasjonale regler om tynn kapitalisering normalt ikke resultere i en høyere beskatning av selskapet enn det som ville vært tilfellet i en armlengdes situasjon. Dette taler klart for at artikkel 9 skal forstås som en generell begrensingsregel for anvendelsen av nasjonale regler.²⁵⁸

Samlet tilsier dette at artikkel 9 er en restriktiv regel (begrensingsregel). Konsekvensen er for det første at armlengdeprinsippet er den justeringsnormen som skal anvendes for transaksjoner mellom nærstående selskaper.²⁵⁹ For det andre er artikkel 9 til hinder for justeringer av transaksjoner som øker skattepliktig inntekt til mer enn et armlengdes resultat.²⁶⁰

²⁵⁷ Wittendorff (2009) s. 211.

²⁵⁸ Wittendorff (2009) s. 213.

²⁵⁹ Wittendorff (2009) s. 213.

²⁶⁰ Bammens (2013) s. 150.

6.2.4 Anvendelsesområdet til artikkel 9 nr. 1

6.2.4.1 Klar tale fra Finansdepartementet

Ifølge departementet vil ikke en generell rentebegrensningsregel være i strid med MTC artikkel 9. Det vises til at artikkel 9 er en regel om tilordning og beregning av fortjeneste for transaksjoner foretatt av nærstående selskaper. Bestemmelsen gjelder ikke hvordan fortjenesten skattlegges av statene. Dermed står statene fritt til å skattlegge fortjenesten etter interne rettssystemer, herunder å unnlate beskatning av enkelte inntekter eller å nekte fradrag for enkelte kostnader.²⁶¹

Departementets sakkyndige uttalelse i proposisjonen er relevant for tolkningen av skatteloven § 6-41 og forholdet til artikkel 9 nr. 1.²⁶² Imidlertid kan departementet neppe fravike en skatteavtalebestemmelse i et forarbeid. Derfor bør det undersøkes om artikkel 9 begrenser anvendelsen av skatteloven § 6-41 ved at rentebegrensningsregelen etter sitt formål og innhold gjennomfører eller effektiviserer armlengdeprinsippet. Et naturlig utgangspunkt for en slik begrensning vil være om skatteloven § 6-41 faller innenfor artikkel 9's anvendelsesområde og dermed reguleres av bestemmelsen. Alternativet er at skatteloven § 6-41 etablerer en internrettslig fradragsbegrensning som ikke reguleres av artikkel 9.

6.2.4.2 Er skatteloven § 6-41 omfattet av anvendelsesområdet til artikkel 9 nr.1?

Artikkel 9 nr. 1 gir altså stater adgang til å justere selskapers inntekt dersom et spesielt forhold mellom selskapene har resultert i at den aktuelle inntekten ikke er skattlagt tilsvarende en transaksjon mellom uavhengige parter. Ifølge kommentaren kommer artikkel 9 nr. 1 kun til anvendelse dersom spesielle vilkår ligger til grunn mellom nærstående selskaper (jf. “apply only if...”). Det er ikke tillatt med en justering hvis

²⁶¹ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 113.

²⁶² Eckhoff (2000) s. 74.

transaksjonen mellom selskapene er inngått under normale markedsmessige forhold (på armlengdes vilkår).²⁶³

Kommentaren til artikkel 9 nr. 1 anerkjenner justering kun i bestemte situasjoner, det vil si når transaksjoner ikke er inngått på armlengdes vilkår. En motsetningsslutning er nærliggende som innebærer at det ikke kan foretas justering i situasjoner som ikke er oppregnet i bestemmelsens ordlyd.²⁶⁴ Derfor må artikkel 9 nr.1 forstås slik at bestemmelsen kun virker begrensende for de omstendighetene som er omfattet av ordlyden og dermed er innenfor bestemmelsens anvendelsesområde.

Nasjonale regler om justering av selskapers inntekt på grunn av interessefelleskap er utvilsomt omfattet av anvendelsesområdet til artikkel 9. Et eksempel på dette er skatte- loven § 13-1, og anvendelsen av regelen er begrenset til de rammene skatteavtalens artikkel 9 setter.²⁶⁵

Den nevnte problemstillingen er om skatteloven § 6-41 er innenfor anvendelsesområdet til artikkel 9. Skatteloven § 6-41 er i utgangspunktet en regel for beregning av skattepliktig inntekt siden rentebegrensningsregelen sier noe om hvor stor andel rentekostnader som kan komme til fradrag i alminnelig inntekt. Lovforslaget går imidlertid ikke ut på en justering av inntekt på grunn av spesielle vilkår lagt til grunn i lånetransaksjoner mellom nærstående selskaper. Artikkel 9 er taus med hensyn til den internrettslige materielle behandlingen av fradragsrett for renter, selv om artikkel 9 er ansett relevant for tynn kapitalisering. Med andre ord bestemmer verken MTC eller artikkel 9 hvordan statene skal skattlegge fortjenesten til skattesubjektene, herunder beregningen av skatteplikt for alminnelig inntekt.²⁶⁶ Dette

²⁶³ OECD komm. art. 9 pkt. 2 s. 181.

²⁶⁴ Wittendorff (2009) s. 216.

²⁶⁵ Zimmer (2009a) s. 148.

²⁶⁶ Asimakopoulos (2012) s. 408.

tilsier klart at skatteloven § 6-41 ikke er omfattet av ordlyden eller anvendelsesområdet til artikkel 9 nr. 1 og dermed ikke reguleres av skatteavtalen.

Departementet åpner for at MTC artikkel 9 nr. 1 kan utgjøre en skranke for rentebegrensningsregler som ikke er generelle, for eksempel hvis de kun gjelder rentefradrag i grenseoverskridende låneforhold.²⁶⁷ På den ene siden er skatteloven § 6-41 generell i den forstand at både innenlandske og grenseoverskridende lån er omfattet av regelen. På den andre siden gjelder lovforslaget kun en begrensning av rentekostnader på interne lån. Rentebegrensningsreglene i Tyskland og Italia er mer generelle, siden renter på både eksterne og interne lån er omfattet av begrensningene. Lovforslaget er dermed ikke like generelt utformet som andre lands regler. Dette kan isolert sett tilsi at artikkel 9 nr. 1 har en begrensende effekt ved at skatteloven § 6-41 ikke er en tilstrekkelig generell regel.

6.2.5 Utenfor anvendelsesområdet til artikkel 9 nr. 1

Forutsetningen er i det følgende at skatteloven § 6-41 faller utenfor anvendelsesområdet til artikkel 9 nr. 1. Imidlertid resulterer skatteloven § 6-41 i et skjerpet armlengdeprinsipp siden rentebegrensningen kommer til anvendelse på kontrollerte lån. Kan artikkel 9 nr. 1 på denne bakgrunn begrense anvendelsen av skatteloven § 6-41? En slik begrensning vil bety at artikkel 9 gis et videre anvendelsesområde enn det ordlyden tilsier i kraft av å være et internasjonalt allmenngyldig prinsipp.

I juridisk teori foreligger uenighet om artikkel 9 nr. 1 virker begrensende for situasjoner utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.²⁶⁸ En uttalelse i norsk teori kan forstås slik at artikkel 9 nr. 1 virker begrensende utenfor sitt anvendelsesområde når sjablongregler fører

²⁶⁷ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 113.

²⁶⁸ Wittendorff (2009) s. 213-217.

til resultater som avviker fra armlengdestandarden.²⁶⁹ Motsatt konklusjon trekkes i dansk og tysk teori. Argumentet er at artikkel 9 nr. 1 ikke kan virke begrensende utenfor sitt anvendelsesområde siden MTC i utgangspunktet begrenser beskatningsretten mellom stater (i praksis kildestaten). MTC begrenser normalt ikke bostedsstatens beskatningsrett (staten der selskapet er hjemmehørende). Dette tilsier at en utvidende begrensning for bostedsstaten til å foreta justering eksplisitt må fremgå av artikkel 9. I mangel av en slik eksplisitt begrensning står statene fritt til å anvende internrettslige rentebegrensningsregler. Dessuten er artikkel 9's formål å forhindre økonomisk dobbeltbeskatning av selskaper i interessefellesskap. Formålet er ikke i et større omfang å begrense staters adgang til å foreta justering av selskapers inntekt.²⁷⁰

Artikkel 9 kan ikke tillegges et videre anvendelsesområde i kraft av å være et internasjonalt allmenngyldig prinsipp. I så fall kreves klare rettslige holdepunkter som tilsier at statene gjennom skatteavtale godkjenner en ytterligere begrensning for anvendelsen av nasjonale skatteregler.

6.2.6 Begrensninger for nasjonale tynn kapitaliseringsregler

Skatteloven § 6-41 er omtalt som en sjablongregel og ikke som en tynn kapitaliseringsregel. Finansdepartementet legger til grunn at regler om tynn kapitalisering innebærer at fradragsretten avhenger av selskapets egenkapitalgrad. Lovforslaget er derimot en sjablongregel som knytter rentefradraget til en resultatstørrelse.²⁷¹ Departementet skiller mellom reglens innhold og utforming med den konsekvens at lovforslaget ikke er omfattet av begrensningene artikkel 9 oppstiller for anvendelsen av nasjonale tynn kapitaliserings-

²⁶⁹ Skaar (2006) s. 339 om petroleumsskatteloven § 4 (normpris).

²⁷⁰ Wittendorff (2009) s. 217.

²⁷¹ Høringsnotat s. 14.

regler. Departementet er kritisert for å omgå disse begrensningene ved å utforme rentebegrensingsregelen som en sjablongregel.²⁷²

6.2.6.1 Er skatteloven § 6-41 i realiteten en tynn kapitaliseringsregel?

Regler om tynn kapitalisering kan enten anses for å være regler med et bestemt innhold (definert prosentforhold av egenkapital og gjeld), eller regler som rammer en bestemt situasjon uten krav til et bestemt innhold (se punkt 4.1). Situasjonen foreligger når selskaper har en høyere andel gjeld og en lavere andel egenkapital enn selskapet ville vært i stand til uten konserntilknytningen.

Formålet til regler om tynn kapitalisering er å beskytte stater mot tap av skatteproveny ved å nekte rentefradrag når debitors gjeldsgrad overskrider visse nivåer.²⁷³ Skatteloven § 6-41 har som formål å hindre uthuling av skattegrunnlag som oppstår ved skatteplanlegging gjennom rentefradrag, samt å bidra til like konkurransevilkår for nasjonale og internasjonale virksomheter.²⁷⁴ Reglens formål er i stor grad sammenfallende. Samtidig vil regler om tynn kapitalisering kunne bidra til utjevning av konkurransevilkår, siden selskaper i interessefellesskap generelt hindres fra tilpasningsmuligheter uavhengig av nasjonal tilhørighet.

Skatteloven § 6-41 gjelder en avgrenset krets av nærstående selskaper. Et låneforhold mellom selskaper i interessefellesskap, der et selskap er konserninternt finansiert med lite egenkapital og mye gjeld, er en forutsetning for anvendelsen av en tynn kapitaliseringsregel. Selskaper i interessefellesskap er således i kjerneområdet for reglene. Videre går tynn kapitaliseringsregler normalt ut på en vurdering av om et selskaps gjeld er for høy i forhold til egenkapitalen på grunn av konserntilknytningen,

²⁷² Høringsuttalelse Wiersholm.

²⁷³ OECD (1987) pkt. 26 s. 17.

²⁷⁴ Høringsnotat s. 14.

og resultatet av lånekapasitetsvurderingen vil påvirke størrelsen på tillatt rentefradrag. Skatteloven § 6-41 innebærer en fradragssamme for interne rentekostnader. Begge regelsettene gjelder fradragretten for rentekostnader i interessefellesskap. Reglene har således sammenfallende anvendelsesområde.

Skatteloven § 6-41 og regler om tynn kapitalisering har likeartede rettsfølger ved at fradrag for interne rentekostnader nektes, eller i det minste begrenses, ut over en bestemt størrelse. Imidlertid er selve fastsettelsen av fradragenes størrelse ulik. Lovforslaget gir anvisning på en standardisert avskjæring av rentefradrag beregnet av resultatstørrelsen EBITDA.²⁷⁵ Ved tynn kapitalisering vil ligningsmyndighetene etter norsk rett skjønnsmessig korrigere gjeld til egenkapital som innebærer en tilbakeføring av tilhørende rentefradrag.²⁷⁶ Dette medfører en vesentlig forskjell i regelsettene. Etter skatteloven § 6-41 bortfaller ikke rentefradragene med endelig virkning siden skattyter kan framføre avskåret rentefradrag i de ti påfølgende inntektsårene, og rentene beholder sin klassifikasjon som renter. Ved tynn kapitalisering bortfaller retten til rentefradrag for alltid, og isteden oppstår spørsmålet om rentebetalingene skal klassifiseres som noe annet (for eksempel utbytte).

Skatteloven § 6-41 er riktignok ikke utformet som en regel der rentefradraget avhenger av selskapets egenkapitalgrad, det vil si et definert prosentforhold av egenkapital og gjeld. Hvis dette er kjennetegnet på en tradisjonell tynn kapitaliseringsregel, er rentebegrensningsregelen ikke i realiteten en tynn kapitaliseringsregel. Det er imidlertid ikke noe krav til at tynn kapitaliseringsregler skal utformes på en bestemt måte. Det finnes med andre ord ingen entydig *tradisjonell* tynn kapitaliseringsregel i medhold av OECD-materialet eller internasjonal praksis. Selve ordlyden og lovforslagets utforming bør derfor tillegges mindre vekt i vurderingen av om rentebegrensningsregelen i realiteten er en tynn kapitaliseringsregel.

²⁷⁵ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 111.

²⁷⁶ F.eks. Utv. 1989 s. 304 (Amoco I).

Skatteloven § 6-41 har flere fellestrekk med regler om tynn kapitalisering. Ett av eksemplene som viser behovet for rentebegrensningsregelen er nettopp skatteplanlegging gjennom rentefradrag ved tynn kapitalisering av selskaper. I et slikt skatteplanleggingstilfelle erstattes et selskaps egenkapital med en stor andel gjeld slik at selskapet får høye rentefradrag, mens renteinntektene kanaliseres til nærstående selskap i et lavskatteland.²⁷⁷ Eksempelet gjør det vanskelig å holde skatteloven § 6-41 adskilt fra tynn kapitalisering.

OECDs handlingsplan BEPS innebærer tiltaket å etablere “best practices in the design of rules” for å beskytte mot uthuling av skattegrunnlag gjennom bruk av rentefradrag.²⁷⁸ For det første setter BEPS fokus på en nyere trend av skatteplanlegging gjennom rentefradrag det er ønskelig å motvirke. For det andre er det per i dag ingen enighet om en felles praksis for utformingen av rentefradragsregler. For det tredje er ikke rentefradragsreglenes innvirkning på gjeldende regler i skatteavtalene vurdert. BEPS viser at regler om rentefradrag er «upløyd mark». Det bør derfor utvises forsiktighet med å klassifisere skatteloven § 6-41 som en tynn kapitaliseringsregel. Det er imidlertid ikke til å legge skjul på at reglene har fellestrekk, herunder formål, anvendelsesområde og delvis samme rettsfølge. Gode grunner taler således for at lovforslaget er underlagt de samme begrensningene som en tynn kapitaliseringsregel.

6.2.6.2 Konsekvensen av å være en tynn kapitaliseringsregel

Forutsettes det at skatteloven § 6-41 er underlagt begrensningene som for nasjonale tynn kapitaliseringsregler, vil artikkel 9 kunne få betydning for anvendelsen av rentebegrensningsregelen. Ifølge kommentaren gjelder dette for det første at effekten av de nasjonale reglene må være lik den skattepliktige fortjenesten som ville tilfalt låntaker i en armlengdes

²⁷⁷ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 104.

²⁷⁸ BEPS Action 4.

situasjon. For det andre bør reglene normalt ikke ha en effekt av å øke de skattepliktige inntektene for nasjonale selskaper til mer enn et armlengdes overskudd.²⁷⁹

Finansdepartementet antar at en rentebegrensning på 30 prosent gjennomgående ikke går lenger enn det som ville følge av armlengdeprinsippet.²⁸⁰ Det er flere forhold som kan tale for at departementets uttalelse ikke er helt dekkende for de faktiske forhold. For det første vil en slik standardisert rentebegrensning være i overensstemmelse med armlengdeprinsippet i et fåtall av situasjoner grunnet de konserninterne lånenes ulike karakter og lånevilkår. For det andre stemmer dette lite overens med at rentebegrensningsregelen kommer til anvendelse på kontrollerte lån. Lovforslaget innebærer at selskaper får avskåret fradrag for interne rentekostnader ut over 30 prosent av beregningsgrunnlaget. Samtidig forutsettes at gjeldsrentene som inngår i fradragsbegrensningen er inngått på armlengdes vilkår. Det betyr at det allerede er tatt høyde for at interessefellesskapet kan påvirke beskatningen. Avskjæring av rentefradrag ut over 30 prosent medfører derfor en ytterligere begrensning enn det armlengdeprinsippet innebærer. Effekten av lovforslaget er derfor ikke lik den skattepliktige fortjeneste som tilfaller låntaker i en armlengdesituasjon.

I mangel av 100 prosent rentefradrag, som i en armlengdes situasjon, vil netto skattepliktig inntekt for selskapene i interessefellesskap bli høyere når avskårede interne rentekostnader tillegges skattepliktig inntekt. Følgelig økes skattebelastningen for selskapene i interessefellesskap som rammes av rentebegrensningsregelen, som forutsetter at netto rentekostnader overstiger 5 millioner kroner, sammenlignet med uavhengige selskaper med samme reelle resultat.

Selv om skatteloven § 6-41 anses for ikke å være en tynn kapitaliseringsregel, taler formuleringen i artikkel 9's kommentar "the application of rules designed to deal with thin capi-

²⁷⁹ OECD komm. art. 9 pkt. 3 s. 181-182.

²⁸⁰ Prop. 1 LS (2013-2014) s. 113.

talisation” for at artikkel 9 uansett begrenser lovforslaget til *ikke å øke* de skattepliktige inntektene til mer enn en armlengdes fortjeneste.²⁸¹ Det må i det minste være klart at lovforslaget omfatter *situasjonene* for tynn kapitalisering, jf. eksempelet fra proposisjonen i punkt 6.2.6.1 ovenfor.

6.2.7 Konsekvensen av «brudd» med artikkel 9 nr. 1 – økonomisk dobbeltbeskatning

Dobbeltbeskatning kan bli resultatet dersom mer enn en armlengdes fortjeneste beskattes i en stat uten at det korrigeres for beskatningen i en annen stat.²⁸² Samme resultat kan oppstå ved tynn kapitalisering hvis debitorselskapet nektes fradrag for gjeldsrenter samtidig som kreditorselskapet skattlegges for renteinntekten.²⁸³ Det tilsvarende kan tenkes hvis rentebegrensingsregelen begrenser rentekostnadene i Norge uten en korreksjon av renteinntektene i den andre stat.

Økonomisk dobbeltbeskatning kan elimineres ved korresponderende retting i medhold av MTC artikkel 9 nr. 2. Korresponderende retting innebærer at en motsvarende justering til primærjusteringen foretas av den andre stat slik at statene legger til grunn de samme verdiene for beskatningen.²⁸⁴ Ordlyden i artikkel 9 nr. 2 (“shall”) oppstiller en tilsynelatende plikt til alltid å gjennomføre korresponderende retting. Ifølge kommentaren er den andre stat kun forpliktet til slik retting i de tilfellene vedkommende stat anser primærjusteringen i overensstemmelse med armlengdeprinsippet.²⁸⁵

Konsekvensene av økonomisk dobbeltbeskatning, som et resultat av rentebegrensingsregelen, vil bero på om skatteloven § 6-41 reguleres av artikkel 9 nr. 1.

²⁸¹ OECD komm. art. 9 pkt. 3c s. 182.

²⁸² OECD (1987) pkt. 72 s. 29-30.

²⁸³ Utv. 2004 s. 363.

²⁸⁴ OECD Guidelines pkt. 4.32 s. 141.

²⁸⁵ OECD komm. art. 9 pkt. 6 s. 182.

Forutsatt at lovforslaget etablerer en internrettslig begrensning i fradrag retten som ikke er underlagt artikkel 9, vil økonomisk dobbeltbeskatning sannsynligvis oppstå på grunn av den asymmetriske behandlingen av renteinntekter og rentekostnader i ulike skattejurisdiksjoner. Hvis rentebegrensningsregelen ikke omfattes av artikkel 9, vil trolig ingen land foreta korresponderende retting som medfører en nedjustering av skattepliktige renteinntekter.²⁸⁶

Hvis det derimot forutsettes at rentebegrensningsregelen omfattes av artikkel 9's anvendelsesområde, vil korresponderende retting kunne avbøte økonomisk dobbeltbeskatning. Problemet vil imidlertid være om den andre stat anser seg forpliktet til en korresponderende retting når primærjusteringen som følge av rentebegrensningen normalt vil være strengere enn det armlengdeprinsippet i artikkel 9 tilsier.

Om Norge er forpliktet til korresponderende retting ble vurdert i en sak for Sentralskattekontoret for storbedrifter. Spørsmålet var om et norsk kreditorselskap kunne unnlate å inntektsføre renteinntekter fra et datterselskap i Nederland som ikke fikk fradrag for rentekostnader grunnet nye nederlandske regler om tynn kapitalisering. Reglene innebar at ca. 40 prosent av datterselskapets gjeld ville gi grunnlag for fradrag. Det norske kreditorselskapet hevdet at en manglende tilsvarende reduksjon av skattepliktig inntekt ville medføre dobbeltbeskatning.

Kontoret kom til at ligningsmyndighetene i dette tilfellet hadde adgang til å foreta korresponderende retting, men de var ikke forpliktet til det. Om korresponderende retting bør gjennomføres vil bero på en konkret vurdering av den andre stats primærjustering, og et viktig moment vil være debitorsselskapets lånekapasitet i et uavhengig marked, samt hen-

²⁸⁶ Høringsuttalelse EY.

synet til å unngå dobbeltbeskatning når den annen stats regler er basert på OECD-retningslinjene.²⁸⁷ Saken viser at skattemyndighetene etter eget skjønn må vurdere å gjennomføre korresponderende retting, noe som medfører lite forutberegnelighet for skattyter.

Det er enighet om at økonomisk dobbeltbeskatning bør unngås siden det utgjør et hinder for internasjonal handel og investeringer.²⁸⁸ Skatteavtaler med bestemmelser tilsvarende artikkel 9 nr. 2 vil bidra til å redusere økonomisk dobbeltbeskatning. Selv uten artikkel 9 nr. 2 kan korresponderende retting skje innenfor rammen av MTC artikkel 25 om Mutual Agreement Procedure (“MAP”). Dette er en følge av at økonomisk dobbeltbeskatning er et av formålene omfattet av MTC, og derfor burde stater forsøke å unngå slik dobbeltbeskatning ved korresponderende retting tilsvarende artikkel 9 nr. 2.²⁸⁹ Det har vært, og er Finansdepartementets oppfatning at slik korresponderende retting skal gjennomføres når dette er saklig velbegrunnet.²⁹⁰

MTC artikkel 25 går i grove trekk ut på at statenes skattemyndigheter bestreber å inngå gjensidig avtale etter klage fra skattyter, blant annet der “taxation [is] not in accordance with the provisions of this Convention” eller i andre tilfeller av dobbeltbeskatning “in cases not provided for in the Convention”.²⁹¹ Dette tilsier at skattytere uansett kan påberope seg eventuell skatteavtale og klage i medhold av artikkel 25 nr. 1 hvis en stats rentebegrensningsregel resulterer i dobbeltbeskatning og således er i strid med skatteavtalens formål.

²⁸⁷ Utv. 2004 s. 363.

²⁸⁸ OECD Guidelines pkt. 4.2 s. 131.

²⁸⁹ OECD komm. art. 25 pkt. 11-12 s. 356.

²⁹⁰ Sollund (1987) s. 100.

²⁹¹ MTC art. 25 nr. 1 og 3.

6.2.8 Oppsummering

Fremstillingen viser at MTC artikkel 9 er en begrensingsregel, men hvilke begrensninger artikkel 9 setter for anvendelsen av skatteloven § 6-41 er uklart. På den ene siden er rentebegrensingsregelen ikke en regel om justering av inntekt omfattet av artikkel 9's ordlyd og anvendelsesområde. Det er heller ikke tilstrekkelige holdepunkter for at artikkel 9's anvendelsesområde kan utvides i medhold av å være et allmenngyldig prinsipp. På denne bakgrunn kan ikke artikkel 9 begrense anvendelsen av skatteloven § 6-41 siden bestemmelsen ikke reguleres av artikkel 9.

På den andre siden kan det argumenteres for at artikkel 9 begrenser anvendelsen av skatteloven § 6-41 som kun avskjærer interne rentekostnader og ikke er en generell rentebegrensingsregel. De italienske og tyske rentebegrensingsreglene omfatter interne og eksterne rentekostnader, og reglene er så vidt bekjent ikke siden innføringen i 2008 problematisert under artikkel 9. Det kan videre argumenteres for at artikkel 9 begrenser anvendelsen av skatteloven § 6-41 som følge av fellestrekkene med nasjonale regler om tynn kapitalisering. I så fall vil artikkel 9 kunne begrense anvendelsen av lovforslaget til ikke å øke de skattepliktige inntektene til mer enn en armlengdes fortjeneste. Under forutsetning av at lovforslaget reguleres av artikkel 9, bør det gjennomføres korresponderende retting i den andre stat enten i medhold av skatteavtalens artikkel 9 nr. 2 eller MAP for å avhjelpe eventuell dobbeltbeskatning rentebegrensingsregelen medfører.

7 Utviklingen videre

7.1 Nytt skatteutvalg

Den 15. mars 2013 utnevnte Stoltenberg II-regjeringen et nytt offentlig skatteutvalg («Scheel-utvalget») som skal vurdere den norske selskapsbeskatningen i lys av den internasjonale utviklingen. Scheel-utvalget skal utrede tiltak for å beskytte det norske skattegrunnlaget, deriblant tiltak for å hindre at skattegrunnlaget uthules ved forflytting av inntekter og fradrag mellom land. I tillegg skal utvalget vurdere om egenkapital og gjeld bør likebehandles i større grad enn i dag. En vurdering av rentefradragsbegrensningen vil derfor være en naturlig del av utvalgets innstilling, som skal ferdigstilles innen 15. oktober 2014.²⁹² I høringsuttalelsene er det en felles oppfatning at rentebegrensningsregelen burde vært avventet Scheel-utvalgets utredninger.²⁹³

7.2 BEPS

BEPS Action 4 innebærer å utvikle anbefalinger om «beste praksis» for utformingen av regler for å motvirke uthuling av skattegrunnlaget gjennom rentefradrag. Parallelt skal det utvikles retningslinjer for internprising vedrørende konsernintern finansiering.²⁹⁴ Forhåpentligvis vil OECD-retningslinjene avklare forholdet mellom rentefradragsregler og artikkel 9, samt forholdet til tynn kapitalisering. Tiltakene skal ferdigstilles i tidsrommet september til desember 2015.²⁹⁵

OECD anbefaler ikke stater å innføre unilaterale tiltak for å beskytte mot tap av skatteproveny. Unilaterale tiltak, som ofte ikke er tilstrekkelig tilpasset eksisterende skatteavtaler, vil kunne føre til massiv dobbeltbeskatning.²⁹⁶ Statene anbefales derfor

²⁹² Mandat for skatteutvalg.

²⁹³ F.eks. Høringsuttalelse Advokatforeningen, Aker ASA m.fl. og PwC.

²⁹⁴ BEPS Action 4.

²⁹⁵ BEPS s. 31.

²⁹⁶ BEPS s. 10-11.

å avvente OECDs arbeid. Det knytter seg store forventninger til arbeidet, her ved Russlands president Vladimir Putin:

*“The G20 Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), developed with the support of the OECD, can be considered the most prominent step towards modernization and coordination of our countries’ tax policies in a hundred years.”*²⁹⁷

7.3 Burde Stortinget avvente?

Det er behov for tiltak som motvirker skatteplanlegging gjennom rentefradrag for å beskytte mot tap av skatteproveny som følge av at selskaper i interessefellesskap utnytter gjeldende regelverk. Skatteloven § 6-41 er derfor foreslått å få virkning fra og med inntektsåret 2014,²⁹⁸ og rentebegrensningsregelen er anslått å øke skatteprovenyet med 2,45 milliarder kroner. Rentebegrensningsregelen vil gjøre det mindre attraktivt for flernasjonale konserner å plassere gjeld i Norge,²⁹⁹ noe som også vil påvirke Norges attraktivitet som investeringsstat. Det gjenstår å se hvilken *samlet* virkning rentebegrensningsregelen vil få for norsk skatteproveny.

Scheel-utvalgets innstilling vil inneholde en grundig vurdering av tiltak for å beskytte skattegrunnlaget. I tillegg vil Scheel-utvalget se rentebegrensningsregelen i en større sammenheng og blant annet vurdere større nøytralitet i beskatningen av egenkapital og gjeld. En skattelettelse for egenkapitalfinansiering er dessuten anbefalt i EU i form av ACE-regler. På denne bakgrunn kunne en vedtagelse av skatteloven § 6-41 med fordel vært avventet Scheel-utvalgets innstilling og OECDs tiltak og konklusjoner. Finansdepartementet ville i så fall ha et bredere grunnlag for å vurdere om skatteloven § 6-41 er en treffsikker regel, og om den er tilpasset det øvrige regelverket ved å være uttrykk for «beste praksis».

²⁹⁷ OECDs Generalsekretæren om G20-toppmøtet 5. september 2013.

²⁹⁸ Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013–2014) s. 63.

²⁹⁹ Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013–2014) s. 66.

Dersom Stortinget vedtar rentebegrensningsregelen kan den uansett evalueres på et senere tidspunkt, både på bakgrunn av Scheel-utvalgets innstilling og i lys av den internasjonale utviklingen. Finansdepartementet har varslet at de fortløpende vil vurdere virkningene av rentebegrensningsregelen og behovet for revisjon av regelverket, særlig av hensyn til negative effekter for næringslivet og eventuelle omgåelsesmuligheter.³⁰⁰

³⁰⁰ Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013–2014) s. 66.

8 Litteraturliste

8.1 Norske lover

- 1911 Lov om skatt av formue og inntekt (landskatteloven) av 18. august 1911 nr. 8 (Opphevet).
- 1911 Skattelov for byene (byskatteloven) av 18. august 1911 nr. 9 (Opphevet).
- 1975 Lov om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v. (petroleumsskatteloven) av 13. juni 1975 nr. 35.
- 1980 Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr. 24.
- 1988 Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner (finansieringsvirksomhetsloven) 10. juni 1988 nr. 40.
- 1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44.
- 1998 Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr. 56.
- 1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14.

8.2 Forskrifter

- 2012 FOR-2012-11-27 nr. 1211. Stortingsvedtak om skatt av inntekt og formue m.v. for inntektsåret 2013 (Stortingets skattevedtak).

8.3 Lovforarbeider

NOU 1989: 14	NOU 1989: 14. <i>Bedrifts- og kapitalbeskatning – en skisse til reform.</i>
NOU 2003:9	NOU 2003: 9. <i>Skatteutvalget - Forslag til endring i skattesystemet.</i>
Ot.prp.nr.26 (1980-1981)	Ot.prp.nr.26 (1980-1981). <i>Om lov om endringer i lov nr. 8 av 18. august 1911 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) m v.</i>
Ot.prp.nr.86 (1997-1998)	Ot.prp.nr.86 (1997-1998). <i>Ny skattelov.</i>
Ot.prp.nr.62 (2006-2007)	Ot.prp.nr.62 (2006-2007). <i>Om lov om endringer i skattelovgivningen (internprising).</i>
Prop. 1 LS (2013-2014)	Prop. 1 LS (2013–2014). <i>Skatter, avgifter og toll 2014.</i>
Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013–2014)	Prop. 1 LS Tillegg 1 (2013–2014). <i>Endring av Prop. 1 LS (2013–2014) - Skatter, avgifter og toll 2014.</i>
St.meld. nr. 29 (2003–2004)	St.meld. nr. 29 (2003–2004). <i>Om skatterreform.</i>

8.4 Høringsnotat og høringsuttalelser

Høringsnotat	Høringsnotat 11. april 2013. <i>Begrensning av fradrag for renter i interessefellesskap.</i>
Høringsuttalelse Advokatforeningen	Høringsuttalelse fra Den Norske Advokatforening. 24. juni 2013.
Høringsuttalelse Aker ASA m.fl.	Høringsuttalelse fra Aker ASA, Aker Solutions ASA, Kværner ASA, Aker BioMarine AS, Havfisk ASA og Ocean Yield ASA. 24. juni 2013.
Høringsuttalelse EY	Høringsuttalelse fra Ernst & Young AS. Oslo, 24. juni 2013.
Høringsuttalelse KPMG	Høringsuttalelse fra KPMG Law Advokatfirma DA. Oslo, 24. juni 2013.
Høringsuttalelse PwC	Høringsuttalelse fra Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS. Oslo, 24. juni 2013.
Høringsuttalelse Wiersholm	Høringsuttalelse fra Advokatfirmaet Wiersholm AS. Oslo, 24. juni 2013.

8.5 Traktater og konvensjoner

EØS-avtalen	Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oslo, 2. mai 1992.
Wien-konvensjonen	Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969.

8.6 Avgjørelser

Norske rettsavgjørelser:

Rt. 1940 s. 598 (Fornebo).

Rt. 1973 s. 87.

Rt. 1982 s. 654.

Rt. 1994 s. 1064 (Bye).

Rt. 2001 s. 1265 (Agip).

Rt. 2007 s. 1025 (Statoil Angola).

Rt. 2010 s. 790 (Telecomputing).

Rt. 2011 s. 1581.

Utv. 1989 s. 304 (Amoco I).

Utv. 1989 s. 341 (BP Petroleum).

Utv. 1999 s. 540 (Nycomed).

Utv. 2004 s. 685 (Scribona).

Avgjørelse fra Sentralskattekontoret for
storbedrifter:

Utv. 2004 s. 363.

Utenlandske rettsavgjørelser:

U.S. Supreme Court,

Deputy v. du Pont U.S 488, 498 (1940).

8.7 OECD

- BEPS OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. July, 2013.
- OECD (1987) OECD. *Thin Capitalisation – Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen*. Issues in International Taxation, No 2. Paris, 1987.
- OECD Guidelines OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris, July, 2010.
- OECD (2013) OECD. *Revised Section E on Safe Harbours in Chapter IV of the Transfer Pricing Guidelines*. 16. mai 2013.
- OECD intro. OECD. “*Introduction*” i Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version). Paris, July, 2010.
- OECD komm. OECD. “*Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention*” i Model Tax Convention on Income and on Capital (condensed version). Paris, July, 2010.

8.8 EU

- EU Report (2013) European Commission's Directorate General for Taxation and Customs Union and Directorate General for Economic and Financial Affairs. *Tax reforms in EU Member States 2013: Tax policy challenges for economic growth and fiscal sustainability*. 2013.

8.9 Bøker og artikler

- Asimakopoulos (2010) Asimakopoulos , Konstantinos. *Fixed Ratio Thin Capitalization Rules in Conflict with the Arm's Length Principle and Relative Issues of Deductibility*. International Transfer Pricing Journal, Issue no 6 (Vol. 19) – 2012, s. 405-411 (siteret fra Ibfd.org).
- Bammens (2013) Bammens, Niels. *Articles 24 (4) and 24 (5) of the OECD Model Applied to Domestic Thin Capitalization Rules*. World Tax Journal, Issue no 2 – 2013, s. 148-171 (siteret fra Ibfd.org).
- Bullen (2011) Bullen, Andreas. *Arm's length Transaction Structures: Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*. Amsterdam, 2011. IBFD Doctoral Series Volume 20.
- Eckhoff (2000) Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2000.
- Harboe (2012) Harboe, Einar. *Skattemessig gjennomskjæring*. Oslo, 2012.
- IFA (utg.) (1996) International Fiscal Association (utgiver). *International aspects of thin capitalisation*. 1996 Geneva Congress. Kluwer Law International. Nederland, 1996. (Cahiers de droit fiscal international: vol. LXXXIb).
- Løchen (1991) Løchen, Håkon. *Tynn kapitalisering – skatteloven § 54 første ledd*. Skatterett 4/1991, s. 444-464 (siteret fra Lovdata.no).
- Matre (2012) Matre, Hugo P. *Gjeld og renter: fradragsrett for renter ved hybridfinansiering av aksjeselskaper*. Oslo, 2012.

- Naas (2010) Naas, Henning [et al.]. *Norsk internasjonal skatterett*. Oslo, 2010.
- Nedrelid (2013) Nedrelid, Cecilie Dahle. *Konserninterne lån i praksis*. Revisjon og regnskap 6/2013, s. 40-50 (siteret fra Revisorforeningen.no)
- Rosenbloom (2004) Rosenbloom, H. David. *Banes of an Income Tax: Legal Fictions, Elections, Hypothetical Determinations, Related Party Debt*. Skatterett 1/2004, s. 75-96 (siteret fra Idunn.no).
- Russo (2007) Russo, Raffaele [et al.]. *Fundamentals of International Tax Planning*. Amsterdam, 2007.
- Ruud (2006) Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. 3. utg. Oslo, 2006.
- Skaar (2006) Skaar, Arvid Aage [et al.]. *Norsk skatteavtalerett*. Oslo, 2006.
- Skatteetaten (2012) Skatteetaten. *Lignings-ABC 2012/13*. 34. utg. Oslo, 2012.
- Sollund (1987) Sollund, Stig. *Internprissättning i multinationaella koncerner. Norsk nasjonalrapport*. Saltsjöbaden, 1987. (Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie; NSFS 19).
- Wittendorff (2009) Wittendorff, Jens. *Armslæmgdeprincippet i dansk og international skatteret*. København, 2009.
- Zimmer (2009a) Zimmer, Frederik. *Internasjonal inntektsskatterett*. 4. utg. Oslo, 2009.

- Zimmer (2009b) Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. 6. utg. Oslo, 2009.
- Zimmer (2010) Zimmer, Frederik (red.) i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen (BA-HR). *Bedrift, selskap og skatt: skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere*. 5. utg. Oslo, 2010.

8.10 Nettsider/nettressurser

Høringsbrev datert 11. april 2013:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/hoeringer/hoeringsdok/2013/horing---forslag-om-begrensning-av-fradr/horingsbrev.html?id=722367>

Høringsuttalelser tilgjengelig på:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/hoeringer/hoeringsdok/2013/horing---forslag-om-begrensning-av-fradr/horingsuttalelser.html?id=722364>

Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) tilgjengelig på:

<http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

Lovforslagets saksbehandling i Stortinget:

<http://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=58386>

(Sisert 13. november)

Finansdepartementets liste over Norges skatteavtaler tilgjengelig på:

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/tema/skatter_og_avgifter/skatteavtaler-mellom-norge-og-andre-stat.html?id=417330

Bemerkninger fra OECDs Generalsekretær (antall skatteavtaler basert på MTC):

<http://www.oecd.org/investment/theglobaleconomyandtheglobalinvestmentagenda-anoecdperspective.htm>

(Sisert 8. november 2013)

Norsk oversettelse av OECD Guidelines fra 1995 tilgjengelig på:

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/tema/skatter_og_avgifter/oecd-retningslinjer-for-internprising-f.html?id=475968

Nyhetsbrev fra Attorneys at law Borenus Ltd (forslag til endring i den finske rentebegrensingsregelen):

<http://www.borenus.com/InEnglish/News/Legalalerts/Article/tabid/10572/ArticleId/1542/Default.aspx?Return=10572>

(Sisert 23. oktober 2013)

“Tax reforms in EU Member States 2013” er publisert på:

http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2013/pdf/ee5_en.pdf

(Sisert 23. oktober 2013)

Nyhetsbrev fra PwC og Eversheds (Italias rentebegrensingsregler):

<http://www.landwell.fr/italy-notional-interest-deduction-regulations.html>

http://www.eversheds.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Tax_planning_and_consultancy/Tax_deductibility_of_financing_costs_Italy_050413

(Sisert 23. oktober 2013)

OECDs revisjon av “safe harbour” i kapittel IV i OECD-retningslinjene tilgjengelig på:

<http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Revised-Section-E-Safe-Harbours-TP-Guidelines.pdf>

(Sisert 9. november 2013)

Mandat for skatteutvalg:

<http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/fin/Nyheter-og-pressemeldinger/pressemeldinger/2013/nytt-offentlig-skatteutvalg/mandat-for-skatteutvalg.html?id=717833>

(Sisert 16. november 2013)

OECDs Generalsekretæren om G20-toppmøtet (St. Petersburg 5. september 2013):

<http://www.oecd.org/g20/meetings/saint-petersburg/g20-leaders-summit-growth-and-global-economy.htm>

(Sisert 19. november 2013)