

UiO : **Det juridiske fakultet**

Tykk kapitalisering

Gir sktl. § 13-1 (1) hjemmel for å justere egenkapital til lån ved tykk kapitalisering?

Kandidatnummer: 208

Leveringsfrist: 15.06.2021

Antall ord: 34461



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og aktualitet.....	1
1.2	Problemstilling.....	3
1.3	Rettskildebildet og metodiske betraktninger.....	7
1.4	Den videre fremstillingen.....	11
2	SKATTELOVEN § 13-1 OG TYKK KAPITALISERING – ET SPØRSMÅL OM «STRUKTURELL JUSTERING»	12
2.1	Innledning	12
2.1.1	Innledende om armlengdeprinsippet i sktl. § 13-1	12
2.1.2	Utgangspunkt; den kontrollerte transaksjonen skal legges til grunn	12
2.1.3	Sammenlignbar transaksjon mellom uavhengige parter.....	13
2.1.4	Unntak; strukturell justering.....	15
2.2	Vilkårene for strukturell justering.....	16
2.2.1	Innledning	16
2.2.2	Høyesterettspraksis	17
2.2.3	OECDs retningslinjer	19
2.2.4	Harmonisering; omfattet av skatteavtale	22
2.2.5	Harmonisering; utenfor skatteavtale.....	24
2.2.6	Sammenfatning	27
3	ER VILKÅRENE FOR STRUKTURELL JUSTERING OPPFYLT VED TYKK KAPITALISERING?	28
3.1	Innledning	28
3.2	Irrasjonalitetsvilkåret	29
3.2.1	Innledning	29
3.2.2	Hadde skattyter andre «realistisk tilgjengelige alternativer»?.....	29
3.2.3	Var det realistiske alternativet «klart mer attraktivt»?	30
3.2.4	Sammenfatning	41
3.3	Prisingshindringsvilkåret	42
3.4	Den strukturelle justeringen	42
3.5	Konklusjon.....	45
3.6	Perspektiver.....	46
4	KAN SKTL. § 13-1 LIKEVEL IKKE ANVENDES PÅ TYKK KAPITALISERING?	49

4.1	Innledning	49
4.2	Ordlyd	49
4.3	Forarbeider	50
4.4	Ikea-dommen	53
4.4.1	Innledning	53
4.4.2	Analyse av Høyesteretts obiter dictum	54
4.4.3	Sammenfatning	60
4.5	OECDs retningslinjer	62
4.6	Systembetraktninger	63
4.6.1	Forholdet til sktl. § 8-15 (7) – regulering av egenkapitalandel	63
4.6.2	Forholdet til sktl. § 6-41 – rentebegrensningsregelen	64
4.6.3	Forholdet til sktl. § 13-2 – omgåelsesnormen	64
4.7	Juridisk teori	65
4.8	Formål og reelle hensyn	67
4.9	Konklusjon	69
5	BEGRENSER SKATTEAVTALENS ART. 9 ANVENDELSE AV SKTL. § 13-1 PÅ TYKK KAPITALISERING?	71
5.1	Innledning	71
5.1.1	Nærmere om problemstillingen	71
5.1.2	Innledende om skatteavtalens art. 9	72
5.2	Ordlyd	73
5.2.1	Innledning	73
5.2.2	«[C]onditions [...] made or imposed»	73
5.2.3	«[C]ommercial or financial relations»	74
5.2.4	Sammenfatning	75
5.3	Kontekst	75
5.4	Formål	76
5.5	OECDs retningslinjer og kommentarer	77
5.6	BEPS Action Plan	78
5.7	Andre staters praksis	80
5.8	Juridisk teori	82
5.9	Konklusjon	85
6	AVSLUTNING	86
6.1	Sammenfatning	86
6.2	Perspektiver	87
7	LITTERATURLISTE	90

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Tema for denne oppgaven er «tykk kapitalisering». Tykk kapitalisering refererer til at et morselskap finansierer et datterselskap med (nesten) bare egenkapital.¹ Det er ingen enighet om hvor mye egenkapital i forhold til lån et selskap må være finansiert med for å falle inn under «tykk kapitalisering».² Det sentrale er at selskapet er finansiert med høyere egenkapitalandel enn det som er vanlig for tilsvarende selskap.

Ved at morselskapet finansierer datterselskapet med bare egenkapital, mottar morselskapet all avkastning på innskutt kapital i datterselskapet i form av utbytte. Der morselskapets utbyttebetaling er omfattet av fritaksmetoden i sktl. § 2-38, er utbytte skattefritt. Fordi utbytte fra datterselskapet til morselskapet er skattefritt, kan egenkapitalfinansiering være gunstig hvis skattebyrden i datterselskapet er lavere enn i morselskapet. Begrunnelsen er at morselskapets avkastning fra datterselskapet i så fall bare skatlegges etter de mer gunstige reglene som gjelder i datterselskapet. Hadde morselskapet i stedet lånt kapitalen til datterselskapet, ville en del av datterselskapets avkastning kommet i form av renteinntekter til morselskapet, som morselskapet hadde måttet betale inntektsskatt av, jf. sktl. §§ 5-1, jf. 5-30. Også der morselskapets utbyttebetaling ikke er omfattet av fritaksmetoden, kan tykk kapitalisering gi en skattefordel. Begrunnelsen er at utbyttebetalingene fra det egenkapitalfinansierte datterselskapet kan, i motsetning til rentebetalinger, utsettes. Dermed gir tykk kapitalisering morselskapet mulighet til å oppnå en skattefordel i form av utsatt beskatning.

Tykk kapitalisering er aktualisert ved at flere norske morselskaper har benyttet denne finansieringsstrukturen ved etablering av et datterselskap i Belgia som fungerer som internbank for øvrige selskaper i konsernet. Skattemyndighetene har i vedtak endret skattefastsettelsen til flere av morselskapene som har etablert slik internbank og fremmet krav om tilbakebetaling av mange milliarder norske kroner.³

Etableringen av internbanker i Belgia har fått mye oppmerksomhet i media.⁴ I en artikkel i Aftenposten heter det i ingressen at «Statoil og Statkraft risikerer tidenes skattesmell – de statseide selskapene har brukt belgiske internbanker og spart milliarder av kroner».⁵ Senest i

¹ Furuseth (2017) s. 275, i fotnote 2.

² Internasjonalt brukes typisk «thick capitalization», «fat capitalisation» og «excessive capital» som betegnelse på at et selskap er finansiert med høy andel egenkapital i forhold til lån, se blant annet Andrus og Collier (2017) s. 277 og s. 207, OECD (2014-2015) s. 42.

³ E24 (2018), Olsen og Lie (2020) s. 1.

⁴ Aftenposten (2021), Dagens Næringsliv (2018), E24 (2018) og Aftenposten (2016).

⁵ E24 (2018).

mai 2021 var problemstillingen igjen tema i Aftenposten under overskriften «Statkraft gir seg ikke i skattestrid».⁶ Allmennhetens interesse for problemstillingen kan sees i sammenheng med de store skattebesparelsene etablering av internbank har gitt for konsernene. Videre, at Statkraft og Equinor, som er henholdsvis heleid og delvis eid av den norske staten, er blant selskapene som har etablert slik internbank i Belgia.

Tykk kapitalisering ga skattebesparelser ved etablering av internbank i Belgia på grunn av særlige belgiske skatteregler.⁷ Vedtakene mot Statkraft og Equinor gjelder inntektsårene 2008-2014.⁸ Da var selskapsskattesatsen i Belgia 34 %.⁹ Med virkning fra skatteåret 2007 ble det imidlertid innført et såkalt Notional Interest Deduction-regimet («NID-regimet») i Belgia. NID-regimet innebar at selskap hjemmehørende i Belgia fikk fradrag for en tenkt kostnad knyttet til å ha *egenkapital* bundet opp i selskapet («NID-fradrag»). NID-regimet hadde således til formål å sikre en skattemessig likebehandling av gjelds- og egenkapitalfinansiering.¹⁰ NID-fradraget ble beregnet ved å multiplisere en fastsatt rente som tilsvarte den årlige renten på en 10 års statsobligasjon med selskapets egenkapital (etter visse justeringer).¹¹ Dette beløpet kunne selskapene trekke fra ved beregning av skattepliktig inntekt. Konsekvensen av NID-regimet var dermed at bare avkastning som oversteg fradrag for både egenkapital og gjeld, ble skattlagt med alminnelig belgisk selskapsskattesats.

Tykk kapitalisering ga dermed skattebesparelser ved etablering av internbank i Belgia fordi NID-regimet ga særlig høye fradrag som førte til veldig lav skattepliktig inntekt i internbanken.¹² Samtidig som egenkapitalfinansiering medførte at morselskapet kunne ta ut avkastningen fra internbanken skattefritt som utbytte, jf. sktl. § 2-38.

Hvis det var nødvendig for konsernet å hente inn ekstern kapital i forbindelse med finansieringen av internbanken, ble denne kapitalen hentet inn av morselskapet, i stedet for av internbanken selv.¹³ Den skattefordelen som er beskrevet ovenfor, høye fradrag i kombinasjon med at avkastningen fra internbanken kunne tas ut skattefritt som utbytte, kunne vært oppnådd selv om internbanken hadde hentet inn dem eksterne kapitalen. Men fordi NID-regimet ga

⁶ Aftenposten (2021).

⁷ Internbanker har vært fordelaktig beskattet i Belgia siden 1982. I 2006 la EU-domstolen til grunn at de daværende reglene innebar ulovlig statsstøtte, se C-182/03 og C-217/03. Regelverket ble da avløst av NID-regimet. NID-regimet har blitt modifisert en rekke ganger de senere årene, se bla. NOU 2014:13 pkt. 5.3.2.3.

⁸ Aftenposten (2016) og Dagens Næringsliv (2020).

⁹ Trading Economics (2021).

¹⁰ NOU 2014:13 pkt. 5.3.2.3.

¹¹ Hermie og Peters (n.d.) s. 7.

¹² Statkraft betalte 1,1 % skatt av resultatet i internbanken i 2014, Aftenposten (2016).

¹³ Aftenposten (2021) og Olsen og Lie (2020) s. 4.

tilsvarende fradrag ved beregningen av skattepliktig inntekt enten internbanken var finansiert med lån eller egenkapital, ga det bedre utnyttelse av rentefradraget å foreta opplåningen i det norske morselskapet. Fordi eventuell opplåning ble gjennomført i morselskapet, bestod internbankens kapitalstruktur av nesten bare egenkapital uavhengig av om det ble hentet inn ekstern kapital i forbindelse med finansieringen av internbanken eller internbanken ble finansiert med kontanter fra morselskapet.

Skattemyndighetene har som nevnt angrepet denne praksisen, både i vedtak under arbeid og i vedtak som er påklaget til Skatteklagenemnda.¹⁴ Hjemmelen er armlengdeprinsippet i skatteloven («sktl.») § 13-1. Vedtakene er begrunnet i at internbankens kapitalstruktur, tilnærmet bare egenkapital, skiller seg fra hvordan uavhengige bankinstitusjoner er finansiert. Derfor kan ikke internbankens kapitalstruktur «anses kommersiel[t] rasjonell».¹⁵ For å etablere en armlengdes kapitalstruktur, har skattemyndighetene justert en del av internbankens egenkapital til lån, «slik at kapitalstrukturen i de konserninterne selskapene tilsvarer kapitalstrukturen til uavhengige selskaper», jf. sktl. §§ 13-1 (1), jf. 13-1 (3).¹⁶ Deretter er det beregnet en armlengdes rente på den delen av kapitalen som etter justeringen er å anse som lån. Dette innebærer at det norske morselskapet tilordnes en markedsmessig renteinntekt på den kapitalen som anses lånt fra morselskapet til internbanken, og denne er skattepliktig etter sktl. §§ 5-1, jf. 5-30.¹⁷

Det er altså det at internbankene ble finansiert med tilnærmet bare egenkapital som er angrepet i vedtakene. Derfor har det ingen betydning for skattemyndighetenes rettsanvendelse om morselskapet har tatt opp eksterne lån eller ikke i forbindelse med finansieringen av internbanken, internbanken er i begge tilfeller finansiert med tilnærmet bare egenkapital.

1.2 Problemstilling

Problemstillingen er på denne bakgrunn om sktl. § 13-1 (1) gir hjemmel for å justere egenkapital til lån ved tykk kapitalisering.

Problemstillingen reiser tre forskningsspørsmål. *Det første* er om vilkårene for å fastsette skattyters inntekt ved skjønn etter sktl. § 13-1 (1) er oppfylt ved tykk kapitalisering. Skjønnsfastsettelse etter sktl. § 13-1 (1) er betinget av at tre kumulative vilkår er oppfylt, det må foreligge et interessefellesskap, en inntektsreduksjon og årsakssammenheng. Det forutsettes

¹⁴ Olsen og Lie (2020) s. 2, Aftenposten (2021), Aftenposten (2016) og Dagens Næringsliv (2020).

¹⁵ Olsen og Lie (2020) s. 17.

¹⁶ Olsen og Lie (2020) s. 17.

¹⁷ Statkraft må betale 2,4 milliarder norske kroner hvis vedtaket blir stående, Aftenposten (2021).

i oppgaven at skattyter er morselskapet til den egenkapitalfinansierte internbanken, slik at vilkåret om interessefellesskap er oppfylt, jf. sktl. § 13-1 (1). Kravet om årsakssammenheng og inntektsreduksjon anses som to sider av samme sak. Hvorvidt det foreligger årsakssammenheng vil dermed følge implisitt av om inntektsreduksjonsvilkåret er oppfylt.¹⁸ Avgjørende for om skattyters inntekt kan fastsettes ved skjønn ved tykk kapitalisering er dermed om inntektsreduksjonsvilkåret er oppfylt. Spørsmålet er i den sammenheng om det å finansiere en internbank med tilnærmet bare egenkapital fører til at morselskapets «inntekt er redusert», jf. Sktl. § 13-1 (1).¹⁹

Ved vurderingen av inntektsreduksjonsvilkåret er utgangspunktet at det må foretas en sammenligning av inntekten skattyter har fått fra den kontrollerte transaksjonen, med inntekten en tilsvarende ordning ville gitt i et uavhengig forhold. Det hender imidlertid at det ikke kan identifiseres en sammenlignbar uavhengig transaksjon. I så fall oppstår spørsmål om skattemyndighetene kan foreta en justering av den transaksjonen partene har inngått og heller legge til grunn den ordningen som ville vært etablert om partene var uavhengige. En slik justering av den kontrollerte transaksjonen kalles «strukturell justering».²⁰ Hvis det er grunnlag for strukturell justering, kan det undersøkes hvilken inntekt en uavhengig part ville fått fra en tilsvarende transaksjon som den justerte. Er skattyters inntekt lavere enn den inntekten sammenligningen viser at skattyter ville hatt om den justerte transaksjonen hadde vært inngått i stedet, foreligger det en inntektsreduksjon. Inntektsreduksjonen skyldes i tillegg interessefellesskapet (årsakssammenheng) og vilkårene for skjønnsfastsettelse vil i så fall være oppfylt, jf. § 13-1 (1).

For å kunne ta stilling til om inntektsreduksjonsvilkåret er oppfylt ved tykk kapitalisering, må det altså først vurderes om det er mulig å identifisere en sammenlignbar disposisjon mellom uavhengige parter (kapittel 2). Hvis det ikke er mulig, oppstår spørsmål om det er grunnlag for å foreta en strukturell justering av en del av morselskapets egenkapitalinnskudd til lån. I den anledning må det undersøkes hva vilkårene for strukturell justering er (kapittel 2). Deretter, om disse er oppfylt ved tykk kapitalisering (kapittel 3).

¹⁸ Skaar (2006) s. 362–363, Skaar og Kristensen (2017) s. 467, Bullen og Beck (2018) s. 75.

¹⁹ Aksjeselskaper betaler som regel ikke formuesskatt, det undersøkes derfor ikke om «formue» er redusert som følge av interessefellesskapet, jf. Sktl. § 13-1 (1), se Skaar og Kristensen (2017) s. 387.

²⁰ Bullen (2010) s. 13, Zimmer (2012) s. 195. Ulike termer brukes om denne justeringen av den kontrollerte transaksjonen, for eksempel «omklassifisering» (Rt-2010-790) og «gjennomskjæring» (Rt-2006-1573). «Strukturell justering» tydeliggjør at det er tale om noe annet enn både privatrettslig klassifisering og anvendelse av omgåelsesnormen, og skiller i tillegg denne justeringen fra de mer normale verdijusteringene som foretas i medhold av sktl. § 13-1, se Bullen (2010) s. 13-14.

Det andre forskningsspørsmålet er om sktl. § 13-1 (1) likevel ikke gir grunnlag for skjønnsfastsettelse ved tykk kapitalisering der vilkårene er oppfylt, fordi *egenkapitalinnskudd* er en type disposisjon som faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Bakgrunnen for forskningsspørsmålet er at Høyesterett i HR-2016-2165-A («Ikea») uttalte i et obiter dictum at sktl. § 13-1 ikke kommer til anvendelse på «egenkapitaldisposisjoner».²¹ Dermed har det vært hevdet at også tykk kapitalisering, som innebærer at sktl. § 13-1 anvendes til å justere størrelsen på et *egenkapitalinnskudd*, faller utenfor anvendelsesområdet til sktl. § 13-1.²² I så fall gir ikke sktl. § 13-1 (1) hjemmel for skjønnsfastsettelse, selv om de tre vilkårene i bestemmelsen skulle være oppfylt. Dette undersøkes i kapittel 4.

Det tredje forskningsspørsmålet er om armlengdeprinsippet i art. 9 i Norges skatteavtaler begrenser anvendelse av sktl. § 13-1 på tykk kapitalisering. Det er sikker rett at skatteavtalen ikke i seg selv gir hjemmel for skjønnsfastsettelse av skattyters inntekt, den åpner for og *kan begrense* hvordan det interne armlengdeprinsippet kan anvendes.²³ Det innebærer at der internbanken ligger i et skatteavtaleland må det undersøkes om det støter an mot skatteavtalens art. 9 å anvende sktl. § 13-1 på tykk kapitalisering. Art. 9 kan tenkes å legge begrensninger både på adgangen til å foreta strukturelle justeringer av den kontrollerte transaksjonen, og hva slags disposisjoner sktl. § 13-1 kan anvendes på. Dette undersøkes i kapittel 5.

Dersom vilkårene for skjønnsfastsettelse er oppfylt, sktl. § 13-1 (1) kan anvendes på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering og slik anvendelse av bestemmelsen ligger innenfor rammene art. 9,²⁴ skal skattyters inntekt fastsettes som om interessefellesskapet ikke hadde foreligget, jf. § 13-1 (3). Skjønnsfastsettelsen etter sktl. § 13-1 (3) henger nært sammen med vurderingen av inntektsreduksjonsvilkåret i sktl. § 13-1 (1) og innebærer at skattyters inntekt skal justeres tilsvarende den inntektsreduksjonen som konstateres i § 13-1 (1).

Her vil skjønnsfastsettelsen etter sktl. § 13-1 (3) innebære at en del av egenkapitalen internbanken er finansiert med for skattemessige formål betraktes som et låneinnskudd, og at morselskapet tilordnes en armlengdes renteinntekt på den delen av kapitalen som anses som lån. Dette er skattepliktig inntekt etter sktl. §§ 5-1, jf. 5-30. Den nærmere skjønnsfastsettelsen etter sktl. § 13-1 (3) avgrenses det i hovedsak mot, men fordi inntektsreduksjonsvilkåret henger så nært sammen med skjønnsfastsettelsen kommenteres likevel noen særlig forhold i pkt. 3.4.

²¹ HR-2016-2165 (81).

²² Furuset (2017) s. 292.

²³ Zimmer (2017) s. 65 og s. 164, Wittendorff (2009) s. 144 og 174.

²⁴ Bare nødvendig i skatteavtalesituasjoner.

Oppgaven undersøker altså om sktl. § 13-1 gir grunnlag for å angripe tykk kapitalisering ved å justere en del av morselskapets egenkapitalinnskudd til lån. Denne innfallsvinkelen er valgt fordi den er sammenfallende med den skattemyndighetene har benyttet i sine vedtak, og det gir oppgaven aktualitet og relevans å vurdere spørsmålet på tilsvarende måte. Videre må det antas at skattemyndighetenes valg bygger på en vurdering av at dette grunnlaget har størst sannsynlighet for å føre frem.

For tilfellene der *morselskapet* har tatt opp eksternt lån i forbindelse med finansieringen av internbanken, kunne anvendelsen av sktl. § 13-1 også gått ut på at man vurderte om lånet måtte anses tatt opp av internbanken. I så fall må rentefradragene tilordnes internbanken i stedet for morselskapet. Konsekvensen ville altså vært en avskjæring av morselskapets rentefradrag og dermed økt skattepliktig inntekt. Denne innfallsvinkelen vil imidlertid bare være aktuell der morselskapet har tatt opp eksternt lån i forbindelse med finansieringen av datterselskapet, hvilket ikke er en forutsetning for å oppnå en skattefordel ved tykk kapitalisering. Derfor er ikke denne innfallsvinkelen valgt i oppgaven, men det knyttes likevel noen kommentarer til hvordan en slik vurdering ville slått ut i pkt. 3.2.3.3 og 3.2.3.4.

Det kan også tenkes at tykk kapitalisering kan utfordres på grunnlag av andre bestemmelser i skattelovgivningen. Omgåelsesnormen i sktl. § 13-2 er i den forbindelse et nærliggende alternativ, men er i denne oppgaven prioritert bort som følge av at skattemyndighetene har valgt å angripe strukturen på grunnlag av sktl. § 13-1. Skattemyndighetene har trolig valgt bort omgåelsesnormen fordi det etter denne blant annet må kunne påvises at hovedformålet med etableringen av internbank i Belgia var å spare skatt. Det kan være vanskelig fordi slik etablering av internbank har vært ansett for å bygge på forretningsmessige realiteter og motiver.²⁵ Det kan kanskje spørres om hovedformålet med å finansiere internbanken *med bare egenkapital* var å spare skatt, men i denne oppgaven forfølges ikke omgåelsesnormen videre. På grunn av bevisvurderingens sentrale plass i sktl. § 13-2, ville det for øvrig vært krevende å vurdere om omgåelsesnormen gir hjemmel for å angripe tykk kapitalisering i en masteroppgave, jf. sktl. § 13-2 (2) a.

Tema for oppgaven er som nevnt aktualisert ved at skattemyndighetene har angrepet norske konserners etablering av egenkapitalfinansierte internbanker i Belgia. Denne fremstillingen har først og fremst disse internbanktilfellene for øye ved vurderingen av om sktl. § 13-1 (1) gir hjemmel for å justere egenkapital til lån ved tykk kapitalisering. Skattefordelen tykk kapitalisering kan gi er imidlertid ikke begrenset til etablering av internbank i Belgia. Strukturen kan gi en skattefordel så lenge datterselskapets inntekter skattlegges mer gunstig enn morselskapets. Skattefordelens størrelse beror på hvor mye mer gunstig beskatningen i

²⁵ Skaar og Kristensen (2017) s. 473.

datterselskapet er. Grunnen til at datterselskapets inntekter skattlegges mer gunstig er uten betydning, det kan være at selskapene ligger i ulike land eller er omfattet av ulike skatteregimer i samme land.

Alt annet likt, vil fordelene være størst der morselskapets utbytte er omfattet av fritaksmetoden, hvilket er tilfelle ved etableringen av internbank i Belgia. Skattefordelens størrelse kan i disse tilfellene likevel reduseres hvis datterselskapets hjemstat har kildeskatt på utbytte, ettersom det ikke gis kredit for kildeskatt der morselskapets utbytte er omfattet av fritaksmetoden, jf. sktl. § 16-21. I skatteavtalen mellom Norge og Belgia som ble undertegnet i 2014, men ikke trådte i kraft før i 2018, er adgangen til å ilegge kildeskatt på utbytte frafalt der utbytte utbetales til et selskap som har eid minst 10 % av kapitalen i minst 12 måneder.²⁶ Men i den tidligere skatteavtalen mellom Norge og Belgia var det i disse tilfellene adgang til å ilegge kildeskatt med inntil 5 % av utbyttets bruttobeløp.²⁷ Jeg har ikke oversikt over hvor mye utbytte fra internbankene til de norske morselskapene som har blitt utbetalt da den eldre skatteavtalen gjaldt. Men det er nærliggende å tro at utbyttebetalinger til morselskapet ble utsatt i størst mulig grad inntil den nye skatteavtalen trådte i kraft.

Også der utbytte ikke er omfattet av fritaksmetoden, kan strukturen gi en skattefordel i form av utsatt beskatning. I disse tilfellene vil morselskapet normalt kunne kreve kredit i norsk skatt for kildeskatt betalt i datterselskapets hjemstat, jf. sktl. § 16-20. I tillegg til skattebyrden i datterselskapet, beror da skattefordelens størrelse på hvor lenge utbyttebetalingen utsettes.

Spørsmålene som reises ved vurderingen av om sktl. § 13-1 (1) gir hjemmel for å justere egenkapital til lån ved tykk kapitalisering er i hovedsak de samme uavhengig av hva datterselskapets virksomhet er og hvor dette er etablert. Vurderingene i oppgaven vil dermed som utgangspunkt ha overføringsverdi også til andre tilfeller av tykk kapitalisering enn etablering av internbank i Belgia.²⁸ Der etablering av internbank i Belgia aktualiserer særlige problemstillinger, kommenteres dette særskilt.

1.3 Rettskildebildet og metodiske betraktninger

Problemstillingene denne oppgaven reiser er utfordrende å besvare. Det skyldes at få rettskilder eksplisitt drøfter forholdet mellom sktl. § 13-1 og tykk kapitalisering. Lovteksten i sktl. § 13-1

²⁶ Prop.100 S (2013–2014) art. 10 nr. 3 a.

²⁷ St.prp. nr. 18 (1988-1989) art. 10 nr. 2 a.

²⁸ Statens vedtak gjelder bare tilfeller hvor det egenkapitalfinansierte datterselskapet fungerer som internbank, se Olsen og Lie (2020) s. 4. Det skattemyndighetene anser som «armlengdes kapitalstruktur» for et finansieringsselskap, vil ikke ha direkte overføringsverdi til andre typer virksomhet. Så vidt jeg har forstått er det likevel i prinsippet mulig, etter statens syn, å bruke samme metode for å finne «armlengdes kapitalstruktur» i andre sektorer.

er kortfattet og gir begrenset veiledning. Forarbeidene til sktl. § 13-1 drøfter ikke anvendelse av bestemmelsen på tykk kapitalisering. Det er heller ikke avsagt noen dommer om dette. OECDs «Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations» («retningslinjene») gir vanligvis omfattende bidrag ved tolkningen av armlengdeprinsippet, men heller ikke her er tykk kapitalisering diskutert.

I norsk skatterettslitteratur er det skrevet to artikler som vurderer anvendelse av sktl. § 13-1 på tykk kapitalisering mer inngående. Den ene er skrevet av Olsen og Lie, som begge er ansatte i skatteetaten og har jobbet med vedtakene som er truffet i internbanktilfellene.²⁹ Jeg har ikke fått innsyn i vedtakene, men det er nærliggende å legge til grunn at de synspunktene som fremmes i artikkelen er sammenfallende med den rettsforståelsen skattemyndighetene har lagt til grunn i vedtakene. Artikkelen tar opp både det første og det andre forskningsspørsmålet som undersøkes i denne oppgaven. Forfatterne konkluderer med at vilkårene i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt ved tykk kapitalisering, herunder at det er grunnlag for å justere egenkapital til lån. Videre konkluderer de med at sktl. § 13-1 kan anvendes på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.³⁰

Den andre artikkelen er skrevet av Eivind Furueth og vurderer denne oppgavens andre forskningsspørsmål. Furueth konkluderer med at egenkapitalinnskudd er en type disposisjon som faller utenfor anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 og at bestemmelsen derfor ikke gir hjemmel for å justere egenkapital til lån ved tykk kapitalisering.³¹ Artikkelen illustrerer dermed at anvendelse av sktl. § 13-1 på tykk kapitalisering er omtvistet og gir relevante bidrag til hvordan problemstillingene kan analyseres. Artikkelen har imidlertid beskjedent vekt utover sin argumentasjonsverdi.³²

Det foreligger altså ingen autoritative rettskilder som diskuterer hvorvidt sktl. § 13-1 gir hjemmel for å justere egenkapital til lån ved tykk kapitalisering. Derfor må vurderingen av oppgavens forskningsspørsmål i stor grad basere seg på argumenter utledet fra mer generelle og tilgrensende rettskilder knyttet til tolkningen av sktl. § 13-1 og armlengdeprinsippet i art. 9.

For spørsmålet om vilkårene i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt, herunder om det er grunnlag for strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen, innebærer det at rettskildefaktorer som belyser vilkårene for strukturell justering står sentralt. Høyesterett har akseptert at det kan foretas justeringer av den kontrollerte transaksjonen (strukturell justering). Det foreligger

²⁹ Olsen og Lie (2020) s. 1, fotnote 4.

³⁰ Olsen og Lie (2020) s. 21.

³¹ Furueth (2017) s. 292.

³² Boe (2012) s. 323.

imidlertid ikke en fast og entydig praksis knyttet til hvilke vilkår som må være oppfylt for at det kan foretas slike justeringer. Dette spørsmålet er bare i begrenset grad utforsket i norsk praksis og teori. OECDs retningslinjer gir imidlertid veiledning. I tillegg er Andreas Bullen sin doktoravhandling fra 2010, som diskuterer adgangen til å foreta strukturell justering etter skatteavtalens armlengdeprinsipp med utgangspunkt i OECDs retningslinjer, særlig relevant. Dette gjelder selv om den er skrevet på basis av en tidligere versjon av retningslinjene.³³ Begrunnelsen er at det unntaket for strukturell justering som er aktuelt i oppgaven her, er en videreføring fra retningslinjene som Bullens avhandling er basert på.

Hva gjelder oppgavens andre forskningsspørsmål, om sktl. § 13-1 (1) likevel ikke kan anvendes på tykk kapitalisering selv om vilkårene er oppfylt, er dette en problemstilling som i liten grad har vært diskutert i norsk rett før Høyesteretts obiter dictum i HR-2016-2165-A (Ikea). I dommen avgrenset Høyesterett tilsynelatende anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 mot «egenkapitaldisposisjoner».³⁴ Likevel gjaldt ikke avgjørelsen tykk kapitalisering og heller ikke strukturell justering. Det er derfor nødvendig å analysere Høyesteretts uttalelse i lys av det øvrige rettskildet bildet og konkret vurdere dens overføringsverdi til spørsmålet her.

Opgavens tredje forskningsspørsmål, om skatteavtalens art. 9 begrenser anvendelse av sktl. § 13-1 på tykk kapitalisering, er også en lite utforsket problemstilling. Art. 9 kan som nevnt tenkes å legge begrensninger både på adgangen til å foreta strukturelle justeringer av den kontrollerte transaksjonen, og hva slags disposisjoner sktl. § 13-1 kan anvendes på. Hva gjelder det siste, er det sentralt at flere teoretikere antar at anvendelsesområdet til art. 9 må avgrenses mot «shareholder relations».³⁵ OECD har imidlertid ikke tatt eksplisitt stilling til dette spørsmålet. For øvrig er forholdet mellom art. 9 og tykk kapitalisering bare i begrenset grad diskutert internasjonalt, og vurderingene av art. 9 må derfor også i stor grad baseres på slutninger fra mer generelle rettskilder.

Et særtrekk ved metoden er at sktl. § 13-1 (4) bestemmer at OECDs retningslinjer for internprising «skal» og «bør» tas hensyn til ved tolkningen av sktl. § 13-1 (1) der transaksjonen henholdsvis er og ikke er underlagt skatteavtale. Sktl. § 13-1 (4) trådte i kraft 1. januar 2008. Bakgrunnen for bestemmelsen er blant annet den folkerettslige forpliktelsen Norge har til å anvende sktl. § 13-1 innenfor rammene av skatteavtalens armlengdeprinsipp i art. 9 der transaksjonen er underlagt skatteavtale.³⁶ Retningslinjene er den fremste kilden til å fastlegge

³³ Se tilsvarende hos Zimmer (2017) s. 174.

³⁴ HR-2016-2165-A (81).

³⁵ Bullen (2010) s. 592, noe tilsvarende i Kofler i Reimer og Rust (red.) (2015) s. 637 og Wittendorff (2009) s. 241.

³⁶ Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) s. 13.

innholdet i skatteavtalens armlengdeprinsipp i art. 9. Sktl. § 13-1 (4) medfører dermed at det i stor grad vil være overlapp mellom armlengdeprinsippet i skatteavtalen og i norsk internrett. Retningslinjene er ikke bindende regler, men anbefalinger til OECDs medlemsland.³⁷ Fordi retningslinjene er inntatt i norsk rett etter sktl. § 13-1 (4), må alminnelig norsk juridisk metode anvendes ved tolkningen og avveiningen av retningslinjenes vekt mot andre rettskildefaktorer.³⁸

Et spørsmål er hvilken versjon av retningslinjene som skal benyttes. De kontrollerte transaksjonene som skattemyndighetenes vedtak gjelder, ligger flere år tilbake i tid. Det var dermed eldre versjoner av OECDs retningslinjer som gjaldt da de kontrollerte transaksjonene ble gjennomført. Fordi denne oppgaven pretenderer å si noe generelt om hvordan tykk kapitalisering må vurderes etter sktl. § 13-1, er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i gjeldende rett. Det er dermed den nyeste versjonen av OECDs retningslinjer fra 2017 som benyttes. Det antas imidlertid at dette ikke får avgjørende betydning fordi de delene av retningslinjene som er relevante for spørsmålene i oppgaven, i stor grad er videreføringer av eldre retningslinjer.³⁹ Dersom endringer i retningslinjene ikke medfører ny rettsforståelse til skattyters ugunst, men bare presiserer det som allerede fulgte av retningslinjene, er det for øvrig lagt til grunn at nye retningslinjer kan anvendes på eldre forhold.⁴⁰

Fordi den siste versjonen av retningslinjene fra 2017 ikke foreligger i offisiell norsk oversettelse, er det den engelske versjonen av retningslinjene som benyttes. Der retningslinjene gir uttrykk for vilkår som har fått en innarbeidet oversettelse i norsk rett benyttes imidlertid denne, men likevel slik at tolkningen av vilkåret foretas på bakgrunn av den offisielle engelske teksten.

Ved vurderingen av om skatteavtalens armlengdeprinsipp i art. 9 begrenser anvendelse av sktl. § 13-1 på tykk kapitalisering er det folkerettslig metode som benyttes. Fordi internbanken ligger i Belgia, er det strengt tatt spørsmål om art. 9 i skatteavtalen med Belgia begrenser anvendelse av sktl. § 13-1 på tykk kapitalisering. Alle Norges skatteavtaler inngått etter 1963 er imidlertid inngått med OECDs modellskatteavtale som forbilde og det er lagt til grunn at armlengdeprinsippet i all hovedsak har det samme innholdet etter alle skatteavtalene.⁴¹ For at vurderingen skal ha overføringsverdi også til andre tilfeller av tykk kapitalisering, vurderes

³⁷ Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) s. 13.

³⁸ Bullen og Anfinsen (2013) s. 185.

³⁹ OECDs retningslinjer fra 2010 ga grunnlag for strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen i to situasjoner, se pkt. 1.65. I retningslinjene fra 2017 er bare det ene grunnlaget videreført. For anvendelse av sktl. § 13-1 på tykk kapitalisering har dette antagelig ingen betydning fordi det bare er det videreførte grunnlaget som er aktuelt.

⁴⁰ Skatte-ABC (2019) pkt. 4.1, Andrus og Collier (2017) s. 154. Se og Rt-2001-1265.

⁴¹ Ot. prp. nr. 62 (2006-2007) s. 9, Bullen (2010) s. 10, Naas (2017) s. 86, se og Zimmer (2017) s. 59-60.

derfor heller om art. 9 i OECDs modellskatteavtale begrenser anvendelse av sktl. § 13-1 på tykk kapitalisering. Dette fører til at rettskilder som bare har betydning for inngåelsen av en enkelt skatteavtale, slik som partenes forhandlinger og etterfølgende avtaler, ikke tillegges vekt.⁴² Når det i det følgende refereres til en kontrollert transaksjon «underlagt skatteavtale» forutsettes det at det er inntatt en armlengdebestemmelse i skatteavtalen.

I Rt-2012-1025 (Nordland) er det lagt til grunn at domstolene kan prøve fullt ut om vilkårene i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt, men at skjønnsfastsettelsen i sktl. § 13-1 (3) i utgangspunktet er underlagt forvaltningens frie skjønn. Det er stilt spørsmål ved om dette utgangspunktet må anses modifisert i og med HR-2020-1130-A (Shell), som kan tolkes slik at Høyesterett la til grunn at domstolen også kan prøve om skjønnsfastsettelsen etter § 13-1 (3) er i tråd med armlengdeprinsippet og OECDs retningslinjer.⁴³ I denne oppgaven avgrenses mot omfanget av domstolenes prøvelsesrett og jeg går derfor ikke nærmere inn på dette.

1.4 Den videre fremstillingen

I det følgende vurderes forskningsspørsmålene i den rekkefølgen som er skissert ovenfor. Avgjørende for om vilkårene i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt ved tykk kapitalisering, er som nevnt om det er grunnlag for strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen. I kapittel 2 ser jeg på hvilke vilkår som må være oppfylt for at sktl. § 13-1 (1) skal gi grunnlag for en strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen. Deretter undersøker jeg i kapittel 3 om vilkårene for strukturell justering er oppfylt ved tykk kapitalisering. I kapittel 4 vurderer jeg oppgavens andre forskningsspørsmål, om sktl. § 13-1 likevel ikke kan anvendes på tykk kapitalisering fordi justeringer av egenkapitalinnskudd faller utenfor anvendelsesområdet til sktl. § 13-1. Det tredje forskningsspørsmålet, om skatteavtalens art. 9 begrenser anvendelse av sktl. § 13-1 på tykk kapitalisering, drøfter jeg i kapittel 5.

Til denne strukturen kan det innvendes at det kan synes mer logisk å først vurdere om sktl. § 13-1 overhodet kommer til anvendelse på egenkapitalinnskudd, før man vurderer om vilkårene i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt. Vurderingen av hva som er bestemmelsens anvendelsesområde henger imidlertid nært sammen med strukturell justering og forhold som vurderes i den sammenheng. For å unngå dobbeltbehandling gir det dermed en mer hensiktsmessig struktur å starte med vurderingen av hva som er vilkårene for strukturell justering og om disse er oppfylt, for deretter å undersøke om sktl. § 13-1 likevel ikke kan anvendes på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.

⁴² Wienkonvensjonen art. 31 og art. 32.

⁴³ Wiersholm (2020) og HR-2020-1130-A (43).

2 Skatteloven § 13-1 og tykk kapitalisering – et spørsmål om «strukturell justering»

2.1 Innledning

2.1.1 Innledende om armlengdeprinsippet i sktl. § 13-1

Sktl. § 13-1 ble inntatt i den nye skatteloven av 1999, men er en videreføring av tidligere skattelov § 54 (1911).⁴⁴ Rettskilder knyttet til forståelsen av den tidligere § 54 vil dermed også være relevant for tolkningen av sktl. § 13-1.

Sktl. § 13-1 gir uttrykk for armlengdeprinsippet i norsk rett.⁴⁵ Armlengdeprinsippet innebærer at pris og vilkår i en transaksjon mellom parter i et interessefellesskap («den kontrollerte transaksjonen») skal svare til den pris og de vilkår som ville vært avtalt i en tilsvarende transaksjon mellom uavhengige parter («den ukontrollerte transaksjonen»)⁴⁶ For å kunne avgjøre om den kontrollerte transaksjonen er inngått på armlengdes avstand, må det først vurderes hva som er den kontrollerte transaksjonens reelle innhold. Deretter må den kontrollerte transaksjonen sammenlignes med en tilsvarende transaksjon inngått mellom uavhengige parter. Til sist må skattyters inntekt fra den kontrollerte transaksjonen sammenlignes med inntekten skattyter ville hatt om den ukontrollerte transaksjonen var inngått i stedet.⁴⁷ Hvis sammenligningen viser at skattyter hadde hatt høyere inntekt om den ukontrollerte transaksjonen hadde vært inngått, er skattyters «inntekt [...] redusert» på grunn av interessefellesskapet, jf. sktl. § 13-1 (1).

Armlengdeprinsippetets primærområde er inntektskorreksjoner der skattyters inntekt er redusert som følge av at den kontrollerte transaksjonen er inngått til en *pris* som avviker fra den som ville vært avtalt mellom uavhengige parter. Prinsippet kan imidlertid også gi grunnlag for inntektskorreksjoner der det er andre forhold enn skjev prissetting som har ført til at skattyters inntekt er redusert.⁴⁸

2.1.2 Utgangspunkt; den kontrollerte transaksjonen skal legges til grunn

Det er foran etablert at ved tykk kapitalisering er det avgjørende for om vilkårene i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt, om morselskapets «inntekt er redusert». Ved vurderingen av inntektsreduksjonsvilkåret er første steg å fastlegge den kontrollerte transaksjonens reelle

⁴⁴ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 55 og Kvamme (2014) s. 29.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 26 (1980-1981) s. 56.

⁴⁶ Naas (2017) s. 971.

⁴⁷ Rt-2001-1265 s. 1268.

⁴⁸ For eksempel tynn kapitalisering, selv om lånet i og for seg er priset riktig, kan det ha ført til en inntektsreduksjon at låntager har tatt opp et mye større lån enn en det som ville vært mulig uten interessefellesskapet, se Bullen (2010) s. 369.

innhold. I den sammenheng er det et grunnleggende skatterettslig prinsipp at den kontrollerte transaksjonen skal legges til grunn slik den er inngått. Dette prinsippet omtales gjerne som «as is»- eller «as-structured»-prinsippet,⁴⁹ og er i retningslinjenes pkt. 1.121 formulert slik:

«Every effort should be made to determine pricing for the actual transaction as accurately delineated under the arm's length principle.»

Tykk kapitalisering aktualiserer imidlertid spørsmål om en del av den kontrollerte transaksjonen, egenkapitalinnskudd, kan justeres til lån. Denne justeringen innebærer en endring av transaksjonens form og fordrer derfor at det er grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen om at den kontrollerte transaksjonen skal legges til grunn. Unntak fra hovedregelen kan først være aktuelt dersom det ikke er mulig å identifisere en sammenlignbar transaksjon mellom uavhengige parter.⁵⁰ Spørsmålet i det følgende er dermed om det ved tykk kapitalisering er mulig å identifisere en sammenlignbar transaksjon mellom uavhengige parter.

2.1.3 Sammenlignbar transaksjon mellom uavhengige parter

Det forutsettes at den kontrollerte transaksjonen ved tykk kapitalisering innebærer at et morselskap har finansiert et datterselskap med bare egenkapital, og at datterselskapet ikke har eksterne kreditorer. Spørsmålet er om det kan identifiseres en transaksjon som er sammenlignbar med dette mellom uavhengige parter. Det følger av blant annet Rt-1940-598 at armlengdeprinsippet også omfatter «ordninger» som er etablert mellom to parter i et interessefellesskap.⁵¹ At det kan synes anstrengt å anse måten et selskap er finansiert på som en «transaksjon» er dermed ikke til hinder for at strukturen kan reguleres av armlengdeprinsippet.

Hvilke ordninger som kan identifiseres mellom uavhengige parter beror på empiriske undersøkelser som det faller utenfor rammene av denne oppgaven å foreta. Vurderingen i det følgende bygger dermed på at de aktuelle ordningen som det nedenfor undersøkes om er sammenlignbare, lar seg identifisere. Hvis det motsatt viser seg at disse disposisjonene ikke er mulige å identifisere, følger det allerede av det at en tilsvarende ordning ikke kan observeres mellom uavhengige parter.

Gitt at det kan identifiseres andre *internbanker* som også er finansiert med bare egenkapital, er dette en ordning som synes sammenlignbar. Denne ordningen er imidlertid ikke inngått mellom uavhengige parter. Når partene ikke er uavhengige foreligger det ikke en interessemotsetning

⁴⁹ Folkvord (2018) s. 1122, Bullen (2010) s. 67 og Kofler i Reimer og Rust (red.) (2015) s. 664.

⁵⁰ OECDs retningslinjer pkt. 1.122, Skaar og Kristensen (2017) s. 469, Zimmer (2017) s. 173 og Naas (2017) s. 1015.

⁵¹ Rt-1940-598 s. 601.

mellom selskapene som sikrer at den etablerte ordningen er inngått på armlengdes avstand. En slik ordning vil dermed være dårlig egnet som grunnlag for å vurdere hvorvidt den kontrollerte transaksjonen er armlengdes. I retningslinjene er det på denne bakgrunn lagt til grunn at «[c]omparisons [...] with other controlled transactions [...] are irrelevant [...] and should not be used».⁵² Dette ville dermed ikke vært et relevant sammenligningsgrunnlag.

Gitt at det kan identifiseres et selskap med en veldig spredt aksjonærkrets hvor ingen har en majoritetspost, og selskapet er finansiert med bare egenkapital fra aksjonærene, kan det spørres om dette er en sammenlignbar ordning mellom uavhengige parter.

At selskapet, i likhet med hva som er tilfelle ved tykk kapitalisering, er finansiert med bare egenkapital, kan tilsi at dette er en sammenlignbar situasjon. Hvis det forutsettes at selskapet driver bankvirksomhet som har likhetstrekk med internbankens virksomhet, kan også det tilsi at selskapene er sammenlignbare. Det er imidlertid forhold som tilsier at denne situasjonen likevel ikke er en sammenlignbar ordning mellom uavhengige parter. Det er et vesentlig trekk ved tykk kapitalisering at morselskapet har full kontroll over datterselskapet. Kontrollen innebærer at morselskapet alene bestemmer hva datterselskapets virksomhet skal være og hvordan kapitalen skal benyttes. I tillegg, når og hvor mye utbytte datterselskapet skal utbetale til morselskapet. Denne kontrollen innebærer at morselskapet tar en mye mindre risiko ved å skyte inn kapital i datterselskapet sammenlignet med den risikoen en minoritetsaksjonær som skyter inn kapital i et selskap tar. Dette tilsier at situasjonen hvor det egenkapitalfinansierte selskapet har en spredt aksjonærkrets, ikke er sammenlignbar.

Det kan i tillegg spørres om denne ordningen vil være etablert mellom uavhengige parter. At to parter er uavhengige synes å stå i motsetning til at to parter er i et «interessefellesskap», jf. sktl. § 13-1 (1). For å avgjøre om en ordning er uavhengig, kan det derfor være relevant å se hen til når det foreligger et «interessefellesskap». I forarbeidene til sktl. § 13-1 (1) heter det at «[i]nnflytelsesgrunnlaget [...] kan være eiendomsrett til en *dominerende* aksjepost».⁵³ (uthevet her). Under henvisning til dette, er det i teorien lagt til grunn at det avgjørende er om aksjonæren i realiteten har mulighet til å utøve kontroll over selskapet.⁵⁴

Fordi det er forutsatt at selskapet har en spredt aksjonærkrets, har ingen av aksjonærene en dominerende aksjepost. Selv om en minoritetsaksjonær også har en viss innflytelse over selskapet ved sin stemmerett, synes ikke denne innflytelsen tilstrekkelig til at

⁵² OECDs retningslinjer pkt. 3.25, se også Zimmer (2017) s. 175.

⁵³ Ot.prp. nr. 26 (1980-1981) s. 66.

⁵⁴ Naas (2017) s. 1006.

minoritetsaksjonæren kan anses for å utøve *kontroll* over selskapet. Det er dermed vanskelig å se at det vil foreligge et interessefellesskap mellom den enkelte minoritetsaksjonær og selskapet, hvilket kan tilsi at ordningen vil være etablert mellom uavhengige parter.

Likevel er ikke en minoritetsaksjonær uavhengig av selskapet på samme måte som to selskap helt uten eierinteresser i hverandre er. Mellom to selskap uten eierinteresser i hverandre vil det være interessemotsetninger som fører til at begge partene har en egeninteresse i å forhandle frem markedsvilkår- og pris i transaksjonene seg imellom. Denne interessemotsetningen sikrer at transaksjonen inngås på armlengdes avstand. Mellom en minoritetsaksjonær og et selskap foreligger det ikke på samme måte en slik interessemotsetning. Det som er gunstig for selskapet, må antas å også komme minoritetsaksjonæren til gode. Det tilsier at man i disse tilfellene ikke vil ha samme garanti for at partenes disposisjoner er gjennomført på armlengdes avstand, og det er dermed usikkert om partene er tilstrekkelig uavhengig fra hverandre.

Dersom man skulle kunne identifisere et selskap som er finansiert med bare egenkapital fra en uavhengig og spredt aksjonærkrets, viser vurderingen ovenfor at det er så mange forskjeller mellom denne og den kontrollerte transaksjonen ved tykk kapitalisering, at dette ikke kan anses som en sammenlignbar ordning. Selv om det ikke foreligger et interessefellesskap mellom en minoritetsaksjonær og et selskap, er det også usikkert om partene vil være tilstrekkelig uavhengige av hverandre til at ordningen vil være etablert mellom uavhengige parter. På denne bakgrunn legges det til grunn at det ikke er mulig å identifisere en sammenlignbar transaksjon mellom uavhengige parter ved tykk kapitalisering.⁵⁵

2.1.4 Unntak; strukturell justering

Der det ikke kan identifiseres en sammenlignbar ordning mellom uavhengige parter kan det etter sktl. § 13-1 (1) være adgang til å foreta en strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen. Hvis det er grunnlag for strukturell justering innebærer det at den kontrollerte transaksjonen endres til den transaksjonen som ville vært gjennomført i et uavhengig forhold. Formålet med strukturell justering er altså å tilrettelegge for den sammenligningen som armlengdeprinsippet krever.

Dersom det er grunnlag for strukturell justering ved tykk kapitalisering, innebærer det at en del av morselskapets egenkapitalinnskudd kan justeres til lån. Etter justeringen foreligger det en lånetransaksjon, og spørsmålet er da hvilken inntekt en tilsvarende lånetransaksjon ville gitt mellom uavhengige parter. I denne oppgaven er det tilstrekkelig å konstatere at en tilsvarende lånetransaksjon som den justerte ville generert en armlengdes renteinntekt i et uavhengig forhold. Hadde morselskapet i stedet inngått den justerte transaksjonen, ville det altså gitt en

⁵⁵ Se tilsvarende Furuseth (2017) s. 280.

skattepliktig renteinntekt i morselskapet. Den kontrollerte transaksjonen, egenkapitalinnskuddene, har derimot bare generert inntekter i form av *skattefritt* utbytte i morselskapet.⁵⁶ Sammenlignes morselskapets skattepliktige inntekt fra den kontrollerte transaksjonen med inntekten morselskapet ville hatt om den justerte transaksjonen hadde vært inngått i stedet, er det dermed klart at morselskapets skattepliktige inntekt ville vært høyere om morselskapet heller hadde inngått den justerte transaksjonen.⁵⁷

Hvis det er grunnlag for strukturell justering, er altså morselskapets «inntekt [...] redusert» som følge av at morselskapet har finansiert internbanken med bare egenkapital i stedet for en rimeligere blanding av lån og egenkapital, jf. sktl. § 13-1 (1). I tillegg vil det foreligge årsakssammenheng mellom inntektsreduksjonen og interessefellesskapet. Det betyr at dersom det er grunnlag for strukturell justering ved tykk kapitalisering, er vilkårene for skjønnsfastsettelse av skattyters inntekt i sktl. § 13-1 (1) oppfylt.

For å kunne ta stilling til om det er grunnlag for strukturell justering ved tykk kapitalisering, må det først undersøkes hva vilkårene for strukturell justering er. Det er spørsmålet i det følgende.

2.2 Vilkårene for strukturell justering

2.2.1 Innledning

Det følger ikke eksplisitt av ordlyden i sktl. § 13-1 (1) at bestemmelsen gir grunnlag for strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen, men dette må anses forutsatt i forarbeidene fra 1981. Der legges det til grunn at sktl. § 13-1 (1) kommer til anvendelse på tynn kapitalisering.⁵⁸ Anvendelse av sktl. § 13-1 (1) på tynn kapitalisering forutsetter at sktl. § 13-1 (1) gir grunnlag for å justere formen på en del av den kontrollerte transaksjonen, et lån, til egenkapital.⁵⁹ Rt-2001-2165 (Agip) illustrerer at endringer av den kontrollerte transaksjonen ikke er forbeholdt tilfeller av tynn kapitalisering. I saken hadde Klagenemnda blant annet justert størrelsen på egenandelen Agip betalte i en konsernintern forsikringsavtale (captive). I Høyesterett ble denne justeringen av den kontrollerte transaksjonen opprettholdt.

⁵⁶ Det er sikker rett at det avgjørende etter sktl. § 13-1 (1) er om skattyters skattepliktige inntekt er redusert, se for eksempel Skaar (2006) s. 326.

⁵⁷ Også der morselskapets utbyttebetaling fra det egenkapitalfinansierte datterselskapet ikke er omfattet av fritaksmetoden, vil det foreligge en inntektsreduksjon som følge av at morselskapet ikke har mottatt utbytte fra datterselskapet og ville mottatt skattepliktige renteinntekter dersom datterselskapet også hadde vært finansiert med lån fra morselskapet, jf. Sktl. § 13-1 (1).

⁵⁸ Ot.prp. nr. 26 (1980-1981) s. 62.

⁵⁹ Zimmer (2017) s. 185.

At det kan være grunnlag for å se bort fra eller erstatte den kontrollerte transaksjonen, følger også av OECDs retningslinjer, jf. sktl. § 13-1 (4). I retningslinjene er prinsippet kommet til uttrykk i pkt. 1.121. Der uttales at dersom de «exceptional circumstances» som er angitt foreligger, kan det være grunnlag for å se bort fra eller endre den kontrollerte transaksjonen.⁶⁰ Det foreligger også en samstemt oppfatning i teorien om at sktl. § 13-1 kan gi grunnlag for strukturell justering.⁶¹

Det er altså bred enighet om at det kan være grunnlag for å gjøre unntak fra utgangspunktet om at den kontrollerte transaksjonen skal legges til grunn ved vurderingen av inntektsreduksjonsvilkåret i sktl. § 13-1 (1). Det er imidlertid ikke like klart hva *vilkårene* for å foreta slik strukturell justering er.⁶² Hverken ordlyden i sktl. § 13-1 (1) eller forarbeidene til bestemmelsen gir i den sammenheng veiledning,⁶³ men det gjør både høyesterettspraksis og OECDs retningslinjer.

2.2.2 Høyesterettspraksis

I høyesterettspraksis er Rt-2001-1265 (Agip) det tydeligste eksempelet på at Høyesterett har akseptert skattemyndighetenes strukturelle justering av den kontrollerte transaksjonen. Avgjørelsen er dermed et naturlig utgangspunkt for å fastlegge vilkårene for strukturell justering.⁶⁴

I Rt-2001-1265 hadde Norsk Agip AS («Agip») tegnet forsikringer for en andel av selskapets oljeinstallasjoner på Ekofisk i et konserninternt forsikringsselskap (captive) på Bermuda. Klagenemnda for oljeskatt hadde ved skattefastsettelsen nektet Agip til sammen 41 millioner kroner i fradrag for betalte forsikringspremier med hjemmel i sktl. § 54 første ledd. Vedtaket var begrunnet i at Agips premierater var høyere enn premieratene til de andre selskapene med lignende forsikringsavtaler på Ekofisk. Det omtvistede spørsmålet var dermed om Agips «inntekt» var «reduisert» som følge av at de fradragsberettigede premiebetalingene var fastsatt høyere enn de ville vært mellom uavhengige parter, jf. sktl. § 54 første ledd.

Ved anvendelsen av sktl. § 54 første ledd hadde nemnda først fastlagt det reelle innholdet i den kontrollerte transaksjonen, en konsernintern forsikringsavtale. I den sammenheng hadde

⁶⁰ OECDs retningslinjer pkt. 1.121 og 1.122.

⁶¹ Bjerke (1997) s. 171, Skaar (2006) s. 383, Zimmer (2017) s. 173, Bullen (2010) s. 401, Naas (2017) s. 1014, Folkvord (2018) s. 1122.

⁶² Høyesterett har aldri anvendt vilkårene for strukturell justering slik de følger av OECDs retningslinjer, men viser typisk til «Fornebo-standardene», se nedenfor i pkt. 2.2.2.

⁶³ Jeg har her ikke undersøkt forarbeidene før 1980-1981.

⁶⁴ Naas (2017) s. 1014, Bullen (2008) s. 113, Zimmer (2012) s. 196 og Zimmer (2017) s. 173.

Klagenemnda foretatt strukturelle justeringer av forsikringsavtalen på to punkter. For det første ble det sett bort fra en bølgeskadedeforsikring. For det andre ble egenandelene i forsikringsavtalen oppjustert fordi de fastsatte egenandelene var mye lavere enn det som var vanlig i lignende forsikringsavtaler. For Høyesterett bestred Agip de strukturelle justeringene. For så vidt gjaldt bølgeskadedekningen fant Høyesterett at anførselen måtte føre frem. Derimot aksepterte Høyesterett nemndas strukturelle justering av forsikringsavtalens egenandeler.⁶⁵

Etter justeringen av forsikringsavtalens egenandeler, ble det undersøkt hva lignende selskaper betalte i forsikringspremie for tilsvarende forsikringsdekning, det vil si med bølgeskadedekning og høyere egenandel. Høyesterett fant at disse forsikringsavtalene hadde lavere premierater enn Agips. Sammenligningen viste dermed at Agips inntekt var redusert som følge av at den høye premien ga rett til fradrag for et høyere beløp enn Agip ville hatt om forsikringsavtalen hadde vært inngått mellom uavhengige parter.

De strukturelle justeringene av den kontrollerte transaksjonen hadde Klagenemnda forankret «i skatteloven § 54 første ledd sammenholdt med en uttalelse i høyesterettsdommen i Rt-1940-598 [Fornebo-dommen].»⁶⁶ Om rettsgrunnlaget uttalte Høyesterett:

«Jeg lar det stå hen om det ville hatt mer for seg å forankre justeringene i de alminnelige gjennomskjæringsprinsipper som særlig i tiden etter 1960 er blitt utviklet i nokså omfattende rettspraksis. Justeringene må etter min mening bli de samme om de nevnte gjennomskjæringsprinsipper legges til grunn.»⁶⁷

Selv om Høyesterett uttalte at justeringene også kunne vært gjennomført med hjemmel i alminnelige gjennomskjæringsprinsipper, må uttalelsen forstås slik at sktl. § 54 første ledd sammenholdt med uttalelsen i Rt-1940-598 ga rettslig grunnlag for den strukturelle justeringen. Uttalelsen fra Rt-1940-598 (Fornebo) som skatteklagenemnda supplerte sktl. § 54 med har i ettertid fått navnet «Fornebo-standard»⁶⁸ og lyder:

«Høyesterett [har] fastslått at det ikke er nok at det foreligger et interessefellesskap (deltakerinteresse): dette må ha resultert i en ordning med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkasting, *som i og for seg ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig*, men bare

⁶⁵ Rt-2001-1265 s. 1283.

⁶⁶ Rt-2001-1265 s. 1281.

⁶⁷ Rt-2001-1265 s. 1281.

⁶⁸ Bullen (2010a) s. 233.

kan forklares ved interessefellesskapet, og som har medført en forrykning av skattefundamentene.»⁶⁹ (uthevet her).

At vilkårene i forsikringsavtalen ble vurdert opp mot denne standarden, kommer til syne i det som er gjengitt fra nemndas vedtak. Om forsikringsavtalen kunne justeres, berodde på om vilkårene gikk «ut over det som ville vært en forretningsmessig naturlig avtale mellom to uavhengige parter».⁷⁰ Videre fant Klagenemnda at Agips nettoinntekter var redusert idet de forsikringspremiene som Agip hadde påstått fradrag for «ikke var forretningsmessig rimelige eller naturlige.»⁷¹

Analysen viser dermed at Høyesterett i Rt-2001-1265 aksepterte at sktl. § 54 første ledd sammenholdt med «Fornebo-standard» ga grunnlag for å foreta en strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen der den «ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig».⁷²

Det er også andre høyesterettsdommer som kan analyseres slik at retten i realiteten vurderte om det var grunnlag for en strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen med hjemmel i sktl. § 13-1. Bullen har analysert både Rt-2003-536 (Storhaugen Invest) og Rt-2007-1025 (Statoil Angola) i dette perspektivet.⁷³ Også Rt-2010-790 (Telecomputing), hvor det ble stilt spørsmål ved om sktl. § 13-1 ga grunnlag for å omklassifisere et låneinnskudd til egenkapital, må anses som et spørsmål om strukturell justering.⁷⁴ Felles for disse dommene er at Høyesterett henviste til «Fornebo-standard» ved vurderingen av sktl. § 13-1.⁷⁵ Det er likevel nærliggende å tolke disse dommene slik at Høyesterett avgjorde sakene uten å gå veien om strukturell justering, og dommene har dermed begrenset relevans for fastleggelsen av vilkårene for strukturell justering.⁷⁶

2.2.3 OECDs retningslinjer

Det følger av sktl. § 13-1 (4) at det «skal» og «bør» «tas hensyn til» OECDs retningslinjer for internprising ved vurderingen av om «inntekt er redusert» etter sktl. § 13-1 (1), der den aktuelle transaksjonen henholdsvis er og ikke er underlagt skatteavtale. OECDs retningslinjer er dermed

⁶⁹ Rt-1940-598 s. 601.

⁷⁰ Rt-2001-1265 s. 1283.

⁷¹ Rt-2001-1265 s. 1268.

⁷² Rt-1940-598 og Rt-2001-1265.

⁷³ Bullen (2010a) og Bullen (2008).

⁷⁴ Rt-2010-790 (53).

⁷⁵ Rt-2003-536 (27), Rt-2007-1025 (37) og Rt-2010-790 (60).

⁷⁶ I Rt-2007-1025 forelå det ikke en inntektsreduksjon fordi datterselskapet ikke hadde lånekapasitet (44) og (45) og i Rt-2010-790 var ikke kravet til årsakssammenheng oppfylt (61).

ikke bare en relevant rettskilde, men også en rettskilde som det i hvert fall i førstnevnte tilfelle er påbudt å ta i betraktning ved tolkningen av sktl. § 13-1 (1).

Som nevnt åpner retningslinjene for at det kan være grunnlag for å endre eller se bort fra den kontrollerte transaksjonen i «exceptional circumstances»⁷⁷, det er altså en høy terskel. I det følgende beskrives hvilke vilkår retningslinjene oppstiller for at slik strukturell justering kan skje.⁷⁸

Etter retningslinjene er det en forutsetning for strukturell justering at den kontrollerte transaksjonen ikke kan gjenfinnes mellom uavhengige parter. Der transaksjonen kan observeres mellom uavhengige parter, vil det ikke være grunnlag for strukturell justering.⁷⁹ Fraværet av en sammenlignbar transaksjon er altså et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for strukturell justering.

De ytterligere vilkårene som må være oppfylt for at kunne foreta en strukturell justering, er sammenfattet i retningslinjenes pkt. 1.122.⁸⁰ Etter retningslinjene kan skattemyndighetene se bort fra eller erstatte den kontrollerte transaksjonen med en annen hvis:

«[The] arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner in comparable circumstances, thereby preventing determination of a price that would be acceptable to both of the parties taking into account their respective perspectives and the options realistically available to each of them at the time of entering into the transaction.»

Bullen har strukturert denne formuleringen i to kumulative vilkår, det første er «irrasjonalitetsvilkåret» og det andre er «prisingshindringsvilkåret».⁸¹ Irrasjonalitetsvilkåret krever at den ordningen partene har etablert, må skille seg fra de ordninger som ville vært «adopted by independant enterprises behaving in a commercially rational manner in

⁷⁷ OECDs retningslinjer pkt. 1.121.

⁷⁸ Fremstillingen av vilkårene for strukturell justering etter OECDs retningslinjer bygger på Bullen (2010) og Bullen (2010a).

⁷⁹ OECDs retningslinjer pkt. 1.122.

⁸⁰ Andrus og Collier (2017) s. 176 og Bullen (2010) s. 403 og 418.

⁸¹ Bullen (2010a) s. 232 og Bullen (2010) s. 232. Bullen bruker «rasjonalitetsunntaket» som betegnelse på begge disse vilkårene, Bullen (2010a) s. 232. «Rasjonalitetsunntaket» stod i motsetning til «økonomisk substans unntaket». I retningslinjene fra 2017 er bare «rasjonalitetsunntaket» videreført. Derfor er det ikke lenger nødvendig å operere med to ulike unntak fra hovedregelen om at den kontrollerte transaksjonen skal legges til grunn.

comparable circumstances».⁸² Vilkåret minner dermed om vurderingstema etter Fornebo-standarden, det sentrale er i begge sammenhenger om den aktuelle transaksjonen er kommersielt rasjonell.

Etter retningslinjene må imidlertid vurderingen av om transaksjonen er kommersielt rasjonell foretas ved hjelp av den såkalte «RAO»-standarden («realistically available options»)⁸³ RAO-standarden er kommet til uttrykk flere steder i retningslinjene, og er beskrevet nærmere i retningslinjenes pkt. 1.38.⁸⁴ RAO-standarden gir anvisning på en to-trinns vurdering. Først må det undersøkes om skattyter hadde andre «realistisk tilgjengelige alternativer» enn den kontrollerte transaksjonen. Hvis det er tilfelle, må det vurderes om noen av disse var «klart mer attraktive» enn den transaksjonen skattyter har inngått (den kontrollerte transaksjonen).⁸⁵ Hvis skattyter hadde et realistisk tilgjengelig alternativ, som var klart mer attraktivt enn den kontrollerte transaksjonen, er irrasjonalitetsvilkåret oppfylt.

At RAO-standarden skal benyttes for å vurdere om en transaksjon er kommersielt irrasjonell følger for det første av retningslinjenes punkt 1.122 om strukturell justering. Der uttales at det skal sees hen til «[...] the options realistically available to each of [the parties] at the time of entering into the transaction». Retningslinjenes eksempel på strukturell justering gir også klare holdepunkter for at denne standarden må benyttes ved vurderingen av kommersiell rasjonalitet.⁸⁶ Videre har Bullen foretatt en inngående analyse av denne standardens relevans for vurderingen av kommersiell rasjonalitet, og konkludert med at «the RAO standard [...] governs the analysis of commercial rationality».⁸⁷ Standpunktet er særlig begrunnet med at RAO-standarden sammenfatter grunnleggende økonomiske erfaringssetninger; hvis skattyter hadde et realistisk tilgjengelig alternativ som var klart mer attraktivt enn den transaksjonen skattyter valgte, så er den kontrollerte transaksjonen kommersielt irrasjonell, og altså et resultat av interessefellesskapet. I tillegg er det bred enighet i juridisk teori om at kommersiell rasjonalitet skal vurderes ut fra RAO-standarden, både internasjonalt og nasjonalt.⁸⁸

⁸² OECDs retningslinjer pkt. 1.122.

⁸³ Bullen (2010) s. 424.

⁸⁴ Eksempelvis OECDs retningslinjer pkt. 1.38, 9.27, 9.28, 9.29, 9.31, 9.84.

⁸⁵ Etter RAO-standarden er spørsmålet om skattyter hadde andre «realistically available options» som var «clearly more attractive». Bullen har oversatt disse vilkårene til «realistisk tilgjengelige alternativer» som var «klart mer attraktive», se Bullen (2010a) s. 233.

⁸⁶ OECDs retningslinjer pkt. 1.126.

⁸⁷ Bullen (2010) s. 426.

⁸⁸ Andrus og Collier (2017) s. 179, Bullen (2010) s. 426, Gjems-Onstad og Furuset (red.) (2013) s. 412-417 pkt. 19.3.3. flg., Olsen (2012) s. 48, Zimmer (2017) s. 173 (her «et viktig moment»).

Etter at det er tatt stilling til om irrasjonalitetsvilkåret er oppfylt, må det vurderes om prisingshindringsvilkåret er oppfylt. Vilkåret er oppfylt hvis det kommersielt irrasjonelle i den ordningen partene har etablert «preven[ts] determination of a price that would be acceptable to both of the parties [...]».⁸⁹ Av «preventing» kan utledes at prisingshindringsvilkåret ikke er oppfylt allerede fordi det er vanskelig å fastsette en riktig pris. Det kan videre utledes fra ordlyden at det stilles krav om årsakssammenheng mellom det kommersielt irrasjonelle i transaksjonen og det at skattemyndighetene er forhindret fra å fastsette en pris som er akseptabel for begge partene. Dette er også lagt til grunn i litteraturen.⁹⁰

Dersom både irrasjonalitetsvilkåret og prisingshindringsvilkåret er oppfylt, gir retningslinjene grunnlag for å «disregard the actual transaction or substitute other transactions for it»,⁹¹ altså foreta en strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen.

2.2.4 Harmonisering; omfattet av skatteavtale

Gjennomgangen har vist at vilkårene for strukturell justering kan utledes både fra høyesterettspraksis og OECDs retningslinjer. Vilårene for strukturell justering bygger både etter høyesterettspraksis og retningslinjene på det samme grunnleggende prinsipp, det avgjørende er om disposisjonen er forretningsmessig rasjonell.⁹² I teorien er det likevel hevdet at både Rt-2001-1265 (Agip) og Rt-2003-536 (Storhaugen Invest) er eksempler på at Høyesterett anser sktl. § 13-1 for å hjemle strukturelle justeringer i større grad enn det retningslinjene gjør.⁹³ Uansett om dette er riktig eller ikke, krever retningslinjene at kommersiell rasjonalitet vurderes etter RAO-standarden og at prisingshindringsvilkåret må være oppfylt. Det er derfor nødvendig å vurdere hvilken av disse modellene som uttrykker vilkårene for strukturell justering etter gjeldende rett. Jeg ser først på situasjonen der transaksjonen er underlagt skatteavtale og OECDs retningslinjer «skal» tas hensyn til, jf. Sktl. § 13-1 (4).

Utgangspunktet er at høyesterettsavgjørelser i kraft av sin prejudikatsverdi har betydelig vekt.⁹⁴ Det tilsier at sktl. § 13-1 (1) gir grunnlag for strukturell justering der den kontrollerte transaksjonen ikke er «forretningsmessig rimelig og naturlig», men at det ikke kan kreves at vurderingen av kommersiell rasjonalitet foretas etter RAO-standarden eller at det må oppstilles et prisingshindringsvilkår.

⁸⁹ OECDs retningslinjer pkt. 1.122.

⁹⁰ Bullen (2010) s. 440.

⁹¹ OECDs retningslinjer pkt. 1.121.

⁹² Zimmer (2012) s. 196.

⁹³ Bullen (2010a) s. 269 og Naas (2017) s. 1016.

⁹⁴ Mestad i Høgberg og Sunde (red.) (2019) s. 91.

Rt-2001-1265 gjaldt imidlertid en transaksjon med Bermuda, som Norge på det tidspunktet ikke hadde skatteavtale med. Her er spørsmålet hva vilkårene for strukturell justering er der transaksjonen er underlagt skatteavtale. Fordi det ikke er gitt at sktl. § 13-1 (1) skal tolkes likt i disse tilfellene, innebærer det at dommens vurdering av strukturell justering ikke har umiddelbar overføringsverdi til spørsmålet her.

I tillegg kommer at siden 2008 bestemmer sktl. § 13-1 (4) at OECDs retningslinjer «skal» «tas hensyn til» der den kontrollerte transaksjonen er underlagt skatteavtale, jf. sktl. § 13-1 (4). Ordlyden tilsier at det i dag iallfall må undersøkes hva retningslinjenes vilkår for strukturell justering er i skatteavtalesituasjoner. Hvorvidt retningslinjene også må tillegges avgjørende vekt, sier ikke ordlyden eller forarbeidene noe om. Dette må bero på en konkret vurdering og avveining mot andre relevante rettskilder i den enkelte sak.⁹⁵ Det er i denne sammenheng en rekke argumenter som tilsier at retningslinjene bør tillegges utslagsgivende vekt ved vurderingen av hva som er vilkårene for strukturell justering.

For det første, formålet med å innta en referanse til retningslinjene i lovteksten var å «medvirke til at skattyterne og skattemyndighetene *i enda større grad enn i dag* [2006-2007], bestreber seg på å anvende anbefalingene i retningslinjene i det løpende arbeidet med å fastsette og dokumentere interne overføringspriser og vilkår.»⁹⁶ (uthevet her). Det er altså i tråd med lovgivers intensjoner å gi retningslinjene tyngre vekt enn tidligere.

For det andre bidrar vektlegging av retningslinjene til å overholde Norges folkerettslige forpliktelser.⁹⁷ For det tredje gir retningslinjene et tydeligere og bedre verktøy for å håndtere spørsmål om strukturell justering sammenlignet med Fornebo-standarden. Fornebo-standarden har i teorien vært kritisert for å innby til subjektive vurderinger.⁹⁸ Videre er det pekt på at den bør brukes «med en viss forsiktighet» fordi Fornebodommen gjaldt et særegent tilfelle av tynn kapitalisering, og fordi formuleringen (Fornebo-standarden) ikke ble satt ordentlig på prøve fordi skattemyndighetene ikke vant frem.⁹⁹ I tillegg kan det pekes på at Fornebo-standarden i realiteten ikke synes være noe mer enn en omskriving av vilkårene i sktl. § 13-1 (1). Hvis det foreligger en inntektsreduksjon *på grunn av* interessefellesskapet, er transaksjonen neppe «forretningsmessig rimelig og naturlig». Motsatt må transaksjonen antas å være «forretningsmessig rimelig og naturlig» dersom inntektsreduksjonen ikke er forårsaket av interessefellesskapet.

⁹⁵ Bullen og Anfinsen (2013) s. 185.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) s. 15.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) s. 15 og Bullen og Anfinsen (2013) s. 174.

⁹⁸ Bullen (2010a) s. 234

⁹⁹ Zimmer (2012) s. 196. Også i Harboe (2011) er bruken av Fornebo-standarden kritisert.

Fornebo-standarden synes altså ikke uttrykke noe mer enn det som allerede følger av ordlyden i sktl. § 13-1 (1). Fornebo-standarden gir heller ikke veiledning for hvordan vurderingen av om den kontrollerte transaksjonen er «forretningsmessig rimelig og naturlig» skal foretas, og det er svært uklart hvor høy terskelen for å foreta strukturell justering etter den er. Det tilsier at standarden kan gi vilkårlige utslag og at den representerer en lite hensiktsmessig norm for når hovedregelen om at den kontrollerte transaksjonen skal legges til grunn, kan fravikes.¹⁰⁰

Til sammenligning bygger retningslinjenes modell for å vurdere kommersiell rasjonalitet på økonomisk logikk og gir rettsadvenderen klare vilkår med tilhørende veiledning å knytte vurderingen til.¹⁰¹ Videre gjør retningslinjene det tydelig at terskelen for å foreta strukturell justering er svært høy. Dette fremmer forutberegnelighet og kan bidra til en mer enhetlig praktisering av reglene.

Mot disse argumentene kan det innvendes at Høyesterett aldri har anvendt OECDs retningslinjer i saker som har aktualisert spørsmål om å justere den kontrollerte transaksjon, heller ikke etter vedtakelsen av § 13-1 (4). Dette kan imidlertid begrunnes i at Høyesterett har avgjort disse sakene på annet grunnlag. I Rt-2007-1025 fant for eksempel Høyesterett at det ikke forelå en inntektsreduksjon fordi datterselskapet ikke hadde lånekapasitet og i Rt-2010-790 var ikke kravet til årsakssammenheng oppfylt.¹⁰² At Høyesterett ikke har anvendt retningslinjenes vilkår for strukturell justering synes dermed ikke være et argument mot at disse er å anse som gjeldende rett. Sentralt i den forbindelse er også at det finnes flere eksempler fra nyere underrettspraksis på at vilkårene for strukturell justering, i all hovedsak, utledes fra retningslinjene.¹⁰³

På denne bakgrunn har jeg kommet til at vilkårene for strukturell justering må utledes fra OECDs retningslinjer der den kontrollerte transaksjonen er underlagt skatteavtale.

2.2.5 Harmonisering; utenfor skatteavtale

Fordi Norge har skatteavtale med Belgia er det strengt tatt ikke nødvendig å også vurdere hva vilkårene for strukturell justering er *utenfor* skatteavtalesituasjoner, jf. sktl. § 13-1 (4) siste pkt. Ettersom tykk kapitalisering kan gi en skattefordel også utenfor skatteavtalesituasjoner, er det imidlertid av interesse å undersøke hva vilkårene for strukturell justering er også i disse situasjonene.

¹⁰⁰ Rt-2003-536 er et godt eksempel i så måte, se Bullen (2010a).

¹⁰¹ Bullen og Anfinsen (2013) s. 172.

¹⁰² Se Rt-2007-1025 premiss (44) og (45) og Rt-2010-790 premiss (61).

¹⁰³ Utv-2009-201 og Utv-2017-1471.

Der transaksjonen ikke er underlagt armlengdebetingelser i skatteavtale følger det av sktl. § 13-1 (4) siste punktum at retningslinjene «bør» «så langt de passer tas tilsvarende hensyn til». At retningslinjene er en relevant rettskilde også i disse tilfellene er klart. Det har imidlertid vært diskutert om bestemmelsen gir skattemyndighetene frihet til å velge om retningslinjene overhodet skal vektlegges i disse tilfellene.¹⁰⁴ For så vidt gjelder vilkårene for strukturell justering, er spørsmålet om skattemyndighetene i et konkret tilfelle kan velge å se bort fra retningslinjenes vilkår for strukturell justering og heller foreta justeringene basert på andre vilkår utledet fra nasjonale kilder. I tråd med Rt-2001-1265 vil da det mest nærliggende alternativet være Fornebo-standarden.

Spørsmålet vil kunne komme på spissen hvis adgangen til å foreta justeringer ikke er sammenfallende etter norsk internrett og etter retningslinjene. Som nevnt kan det være en praktisk problemstilling fordi enkelte har tatt til orde for at adgangen til å foreta strukturelle justeringer er videre etter Fornebo-standarden enn etter retningslinjene.¹⁰⁵

Det kan for det første konstateres at drøftelsen over viser at retningslinjene «passer» på strukturell justering, og dette gjelder også utenfor skatteavtalesituasjoner, jf. § 13-1 (4). Språklig tilsier ordlyden i sktl. § 13-1 (4) siste punktum «bør», at skattemyndighetene da oppfordres, men ikke må ta retningslinjene i betraktning ved tolkningen av sktl. § 13-1. Det er imidlertid hevdet at «bør» ikke kan tolkes slik at bestemmelsen «overlater til ligningsmyndighetene og domstolene selv å avgjøre om de ønsker å anvende retningslinjene i et konkret tilfelle».¹⁰⁶ Standpunktet er blant annet underbygget med at dette ville redusere retningslinjenes vekt betydelig sammenlignet med rettstilstanden før § 13-1 (4) og at det ikke er holdepunkter i forarbeidene for at bestemmelsen tok sikte på det.¹⁰⁷

Å slutte fra at forarbeidene er tause om hvorvidt ordbruken og endring av rettstilstanden var tilsiktet, til at ordlyden ikke kan tas på ordet, er imidlertid problematisk. Når forarbeidene er tause, synes det mer nærliggende å heller legge større vekt på en naturlig forståelse av ordlyden. Taushet i forarbeidene kan dermed ikke tas til inntekt for at lovgiver har ment å sikte til noe annet enn begrepet bør, når det er termen «bør» som er brukt. Det er likevel klart at

¹⁰⁴ Bullen og Anfinsen (2013) s. 203 som mener retningslinjene må tillegges betydelig vekt, motsatt Kvamme (2014) s. 41, som mener det ikke kan oppstilles noe krav om å ta hensyn til retningslinjene utenfor skatteavtalesituasjoner.

¹⁰⁵ Bullen (2010a) pkt. 5.11 og Naas (2017) s. 1016.

¹⁰⁶ Bullen og Anfinsen (2013) s. 188.

¹⁰⁷ Bullen og Anfinsen (2013) s. 188.

skattemyndighetene ikke kan endre rettsforståelse fra sak til sak etter hva som passer staten best, og spørsmålet er dermed hva handlingsrommet som ligger i «bør» omfatter.¹⁰⁸

Armlengdeprinsippet bygger i stor grad på økonomisk teori og erfaringssetninger om hvordan rasjonelle aktører opererer i markedet. OECDs retningslinjer er i all hovedsak et systematisert og mer presist uttrykk for disse grunnleggende økonomiske prinsippene, spesielt tilpasset anvendelsen av armlengdeprinsippet.¹⁰⁹ Selv om det er vanskelig å utlede en plikt for skattemyndighetene til å legge avgjørende vekt på retningslinjene utenfor skatteavtalesituasjoner, er det likevel klart at de ved anvendelsen av armlengdeprinsippet må forholde seg til de samme grunnleggende økonomiske prinsippene som retningslinjene bygger på. At en rasjonell aktør i valget mellom et mindre og et mer attraktivt alternativ, velger det mest attraktive, er det for eksempel ikke mulig å bestride. I tilfeller der retningslinjene uttrykker slike økonomiske prinsipper som skattemyndighetene uansett må forholde seg til, synes det i praksis lite rom for å se bort fra retningslinjene.

I andre tilfeller, hvor retningslinjene for eksempel gir uttrykk for en mer politisk preget avveining, er det rimeligere å anse handlingsrommet til skattemyndighetene større fordi disse avveiningene i mindre grad er nødvendigheter, men verdivalg. Det kan for eksempel gjelde terskel eller gradsspørsmål; hvor mye mer attraktivt et alternativ må være for å kunne kreve at skattyter skulle valgt det. Der retningslinjenes bidrag til tolkningen av armlengdeprinsippet uttrykker slike vurderinger, tilsier ordlyden i sktl. § 13-1 (4) at skattemyndighetene må kunne velge å se bort fra retningslinjene i et tilfelle hvor man ikke ville kunnet det om transaksjonen var underlagt skatteavtale. En slik tolkning støttes av at det ellers ikke vil ligge noen realitet i at lovgiver har valgt ulik ordlyd for de to tilfellene.

Formålet med strukturell justering er å fastlegge om to parter i et interessefellesskap har gjennomført en transaksjon som er kommersielt irrasjonell. Dette er en vurdering som er utpreget styrt av økonomiske erfaringssetninger og teori. Det tilsier at skattemyndighetenes mulighet til å se bort fra vilkårene for strukturell justering slik de følger av retningslinjene er svært liten, særlig fordi Fornebo-standarder er alt for knapp og uklar til å representere et hensiktsmessig alternativ.

Det kan likevel tenkes at tolkningen av enkelte sider av vilkårene for strukturell justering ligger nærmere den andre kategorien, for eksempel hvilken grad av irrasjonalitet som kreves.¹¹⁰ I så

¹⁰⁸ På skatterettens område gjelder det et likebehandlingsprinsipp også ved rettsanvendelsesskjønn, se Rt-2007-302 (63), HR-2019-273-A (68), Borgarting Lagmannsretts dom av 19. mai 2021 i sak 18-175803ASD-BORG/01/.

¹⁰⁹ Se Bullen og Anfinen (2013) s. 172.

¹¹⁰ Etter retningslinjene må eksempelvis skattyters realistiske alternativ være «klart mer attraktivt».

fall tilsier ordlyden i sktl. § 13-1 (4) at det er rom for å se bort fra retningslinjene og heller vektlegge andre interne rettskilder, og dermed etablere en særlig modell for strukturell justering tilpasset transaksjoner som ikke er underlagt skatteavtale. Det er likevel vanskelig å komme bort fra at det er upraktisk å ha ulike regler for transaksjoner avhengig av om de er underlagt skatteavtale eller ikke. Det tilsier at skattemyndighetene bør tilstrebe å legge samme vilkår til grunn i begge situasjonene.

2.2.6 Sammenfatning

Jeg har ovenfor påvist at det foreligger en snever adgang til å gjøre unntak fra hovedregelen om at den kontrollerte transaksjonen må legges til grunn ved anvendelse av sktl. § 13-1 (1), såkalt strukturell justering. Vilkårene for strukturell justering må etter gjeldende rett utledes fra OECDs retningslinjer. Bullen har sammenfattet retningslinjenes vilkår for strukturell justering i to kumulative vilkår, irrasjonalitetsvilkåret og prisingshindringsvilkåret.

Jeg har videre kommet til at dette må anses som vilkårene for strukturell justering både i og utenfor skatteavtalesituasjoner. Fordi ordlyden i sktl. § 13-1 (4) åpner for å legge mindre vekt på retningslinjene utenfor skatteavtale, kan det likevel ikke utelukkes at det i nærmere bestemte situasjoner kan være mulighet for å se bort fra enkelte sider av retningslinjenes vilkår for strukturell justering, men dette er et usikkert spørsmål. Jeg har ovenfor argumenter for at det i så fall må forbeholdes situasjoner hvor retningslinjenes vilkår er uttrykk for annet enn økonomiske erfaringssetninger og logikk. I det følgende tas det utgangspunkt i at vilkårene for strukturell justering vil være de samme både i og utenfor skatteavtalesituasjoner.

3 Er vilkårene for strukturell justering oppfylt ved tykk kapitalisering?

3.1 Innledning

Jeg går så over til en konkret vurdering av om vilkårene for strukturell justering er oppfylt ved tykk kapitalisering. Spørsmålet er om det kan foretas en strukturell justering av en del av morselskapets egenkapitalinnskudd i et tilfelle der morselskapet har finansiert en internbank i Belgia med bare egenkapital. At morselskapet bare har skutt inn egenkapital, hindrer ikke at internbanken kan ha gjeld til andre. I det følgende forutsettes imidlertid at internbanken ikke har eksterne kreditorer, slik at dens kapitalstruktur består av 100 % egenkapital. Begrunnelsen er at det er dette, altså at internbanken er finansiert med (nesten) bare egenkapital, som er grunnlaget for at skattemyndighetene har angrepet praksisen. Videre forutsettes at morselskapets utbytte fra internbanken er skattefritt etter fritaksmetoden i sktl. § 2-38. Det legges også til grunn at internbanken er omfattet av det belgiske NID-regimet, slik dette er beskrevet innledningsvis.¹¹¹

Selv om vurderingen har internbanktilfelle i Belgia for øye, vil den som utgangspunkt ha tilsvarende gyldighet for andre tilfeller av tykk kapitalisering. Med andre tilfeller av tykk kapitalisering siktes både til tilfeller hvor den kontrollerte transaksjonen ikke er underlagt skatteavtale¹¹² og hvor morselskapets utbyttebetaling ikke er omfattet av fritaksmetoden. I tillegg, situasjoner der datterselskapet har annen virksomhet enn internbank. Der etablering av internbank i Belgia reiser særlige problemstillinger, kommenteres det fortløpende.

Etter retningslinjene er det en forutsetning for strukturell justering at det ikke kan observeres en sammenlignbar transaksjon mellom uavhengige parter under tilsvarende omstendigheter.¹¹³ Hvis en slik transaksjon kan observeres, formodes nemlig disposisjonen å være kommersielt rasjonell. Det at en tilsvarende disposisjon ikke kan observeres mellom uavhengige parter betyr imidlertid ikke at disposisjonen er kommersielt irrasjonell, men at man må foreta ytterligere undersøkelser.¹¹⁴ Jeg har i pkt. 2.1.3 kommet til at det ikke synes mulig å identifisere en

¹¹¹ Som følge av EU-kommisjonens innvendinger har NID-regimet blitt modifisert en rekke ganger de senere årene, se Council of the European Union (2018) s. 3 og NOU 2014:13 pkt. 5.3.2.3. Jeg har ikke oversikt over hvordan endringene i NID-regimet har påvirket muligheten til å oppnå skattefordeler ved etablering av internbank i Belgia i dag.

¹¹² Det har som hovedregel ingen betydning for skattefordelen om internbanken ligger i et skatteavtaleland eller ikke. Begrunnelsen er at skatteavtalen ikke regulerer kredit for kildeskatt betalt i datterselskapet. Skatteavtalen regulerer riktignok kildeskatt, men bare i form av å legge begrensninger på hvor høy kildeskatten kan være. Men hvis Norge ikke har skatteavtale med hjemstaten, er det gjerne fordi dette landet er et såkalt skatteparadis. Da er det sjelden noe kildeskatt å snakke om.

¹¹³ OECDs retningslinjer pkt. 1.122.

¹¹⁴ OECDs retningslinjer pkt. 1.122 og Bullen (2010) s. 313.

sammenlignbar transaksjon mellom uavhengige parter ved tykk kapitalisering, og samme resonnement gjør seg gjeldende her.¹¹⁵ Inngangsvilkåret for å vurdere strukturell justering er dermed oppfylt.

Jeg ser i det følgende først på irrasjonalitetsvilkåret og deretter på prisingshindringsvilkåret. Jeg tolker først enkelte sider ved det aktuelle vilkåret. Deretter vurderer jeg om vilkåret er oppfylt ved tykk kapitalisering.

3.2 Irrasjonalitetsvilkåret

3.2.1 Innledning

Spørsmålet under irrasjonalitetsvilkåret er om den ordningen som er etablert mellom morselskapet og datterselskapet sett under ett, «differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner in comparable circumstances».¹¹⁶ Det sentrale er altså om disposisjonen er kommersielt rasjonell.¹¹⁷

Vurderingen av om den kontrollerte transaksjonen er kommersielt rasjonell, foretas ved hjelp av den såkalte RAO-standarden, jf. punkt 2.2.3.¹¹⁸ RAO-standarden gir som nevnt anvisning på en to-leddet vurdering. I det følgende undersøkes først om morselskapet hadde andre «realistisk tilgjengelige alternativer». Deretter om alternativet var «klart mer attraktivt» enn det faktisk valgte alternativet. Hvis morselskapet hadde andre «realistisk tilgjengelige alternativer» som var «klart mer attraktive», er det kommersielt irrasjonelt at morselskapet likevel valgte å finansiere internbanken med bare egenkapital. I så fall er irrasjonalitetsvilkåret oppfylt.

3.2.2 Hadde skattyter andre «realistisk tilgjengelige alternativer»?

I denne oppgaven er spørsmålet om en del av morselskapets egenkapitalinnskudd kan justeres til lån. Det følger av dette at det bare er relevant å undersøke om ett alternativ var realistisk tilgjengelig for morselskapet, nemlig om en del av egenkapitalen morselskapet har skutt inn i internbanken, heller kunne ha vært gitt som lån.

Spørsmålet er om det var et «realistisk tilgjengelig alternativ» for morselskapet å skyte inn en større del av kapitalen som lån. Språklig tilsier «realistically available»¹¹⁹ at alternativet må være praktisk tilgjengelig. I retningslinjenes pkt. 1.38 er RAO-standarden beskrevet nærmere

¹¹⁵ Olsen (2012) s. 47.

¹¹⁶ OECDs retningslinjer pkt. 1.122.

¹¹⁷ Zimmer (2017) s. 173.

¹¹⁸ OECDs retningslinjer 1.121, Bullen (2010) s. 426, Andrus og Collier (2017) s. 179, Gjems-Onstad og Furuseth (red.) (2013) s. 412-417, Olsen (2012) s. 48, Zimmer (2017) s. 173 («et viktig moment»).

¹¹⁹ OECDs retningslinjer pkt. 1.122.

og det må som nevnt legges til grunn at det som sies her har gyldighet også ved anvendelsen av RAO-standarden i forbindelse med strukturell justering. I pkt. 1.38 er det blant annet pekt på at i «realistically available» ligger at selskapets «commercial objective» med den kontrollerte transaksjonen må kunne oppnås på en like tilfredsstillende måte gjennom alternativet.¹²⁰

Morselskapets kommersielle formål med å tilføre datterselskapet egenkapital, er å sikre finansieringen av internbanken slik at den kan låne ut kapital til andre selskaper i konsernet. Dersom en del av egenkapitalen heller hadde vært gitt som lån, hadde internbanken måttet betale renter til morselskapet. Denne forskjellen mellom egenkapitalinnskudd og lån synes imidlertid ikke medføre at morselskaps kommersielle formål, tilførsel av kapital, ikke også kunne vært oppnådd om en større del av kapitalen hadde vært gitt som lån. Det tilsier at alternativet er realistisk tilgjengelig.

Videre følger det av retningslinjene at for å være realistisk tilgjengelig må det aktuelle alternativet «comport as closely as possible with the facts of the actual transaction undertaken».¹²¹ Blant andre mulige alternativer, for eksempel å se helt bort fra at internbanken er opprettet, synes det å justere en del av egenkapitalen til lån å være blant de alternativene som ligger nærmest den faktisk gjennomførte transaksjonen.

Det var dermed et «realistisk tilgjengelig alternativ» for morselskapet å skyte inn en del av kapitalen som lån.

3.2.3 Var det realistiske alternativet «klart mer attraktivt»?

3.2.3.1 Innledende om «klart mer attraktivt» vurderingen

Spørsmålet er om det ville vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en del av egenkapitalinnskuddene heller hadde vært skutt inn som lån. Jeg knytter først noen kommentarer til hva som ligger i at et alternativ er «clearly more attractive» enn et annet.¹²² Jeg ser først på hva som ligger i at et alternativ er «more attractive» enn ett annet, og deretter hva som ligger i at alternativet må være «clearly» mer attraktivt.

Språklig tilsier «more attractive» at den alternative transaksjonen må være mer fordelaktig enn den kontrollerte transaksjonen. Armlengdeprinsippet bygger på et grunnleggende premiss om at enhver markedsaktør søker å maksimere profitt ved å øke sin inntjening og redusere sine kostnader. Attraktivitet beror i en slik kontekst på alternativets evne til å bidra positivt til

¹²⁰ OECDs retningslinjer pkt. 1.38.

¹²¹ OECDs retningslinjer pkt. 1.124

¹²² Bullen (2010) s. 431.

selskapets profittmaksimering.¹²³ I Bullen uttales at en transaksjon vil være klart mer attraktiv enn en annen dersom førstnevnte forventer å ha en «klart mer fordelaktig virkning på investorens totale økonomiske situasjon, herunder i form av inntektsøkninger og kostnadsreduksjoner, enn sistnevnte».¹²⁴ I Andrus og Collier er vurderingstema sammenfattet slik: «The test seems to be whether, taking into account all relevant risk, reward, and opportunity a transferor is worse off in economic terms.»¹²⁵ Det er altså tale om en bred økonomisk vurdering.

Det er i tillegg klart at det avgjørende er om alternativet ville vært mer attraktivt for den aktuelle skattyteren, ikke om det generelt er forbundet fordelaktige virkninger til det aktuelle alternativet.¹²⁶ Det betyr at vurderingen må gjøres «in the context of the business and circumstances of the entity concerned»,¹²⁷ og at selskapets konserntilknytning skal anerkjennes ved vurderingen.¹²⁸

Utv-2009-210 (Lyse Energi) er egnet til å illustrere attraktivitetsvurderingen. Et sentralt spørsmål i dommen var om det var grunnlag for en strukturell justering av den lånetransaksjonen Lyse Energi hadde inngått.¹²⁹ I den sammenheng ble det vurdert om det ville vært mer attraktivt for Lyse Energi å ta opp et ordinært lån, i stedet for det ansvarlige lånet selskapet hadde tatt opp. Lagmannsretten vurderte i denne sammenheng flere momenter. Det ble først påpekt at et ordinært lån hadde lavere rente enn et ansvarlig lån, hvilket generelt tilsa at et ordinært lån ville vært mer attraktivt for selskapet. Det var imidlertid knyttet andre fordeler til det ansvarlige lånet, og disse hadde stor betydning for det konkrete selskapet. Det ansvarlige lånet gjorde det blant annet mindre kostbart for selskapet å oppnå ytterligere belåning sammenlignet med om det i stedet hadde vært tatt opp et ordinært lån. I tillegg ga det ansvarlige lånet større forutsigbarhet og fleksibilitet.¹³⁰ At det var lavere rente på det ordinære lånet, var dermed ikke tilstrekkelig til å anse dette som mer attraktivt.

Hva gjelder tidspunktet for attraktivitetsvurderingen, foretas den *ex ante*, det vil si ut i fra hvordan de faktiske forholdene var da transaksjonen ble inngått. Det betyr at informasjon og kunnskap som er ervervet i ettertid ikke er relevant ved vurderingen av hvor attraktive de

¹²³ Bullen (2010) s. 432.

¹²⁴ Bullen (2010a) s. 237 pkt. 5.1.

¹²⁵ Andrus og Collier (2017) s. 180.

¹²⁶ Se for eksempel Utv-2017-1471 under «Nærmere om det foreligger skjønnsadgang».

¹²⁷ Andrus og Collier (2017) s. 179.

¹²⁸ Skaar (2006) s. 509, Andrus og Collier (2017) s. 178 og Wittendorff (2009) s. 506.

¹²⁹ Naas (2017) s. 1016.

¹³⁰ Utv-2009-210.

aktuelle handlingsalternativene var da avgjørelsen ble tatt.¹³¹ Dette er blant annet lagt til grunn i Rt-2003-1324 (Statpipe) og Utv-2009-210 (Lyse Energi).¹³²

Spørsmålet er så hva som ligger i at det realistisk tilgjengelige alternativet må være «*clearly more attractive*»¹³³ (uthevet her). Språklig synes dette klarhetskravet i hvert fall å sikte til at det realistiske alternativet må være *kvalifisert* mer attraktivt, altså et materielt krav. Det følger imidlertid ikke av retningslinjene hvor mye mer attraktivt enn den kontrollerte transaksjonen alternativet må være for at klarhetskravet skal være oppfylt. Det er naturlig å se klarhetskravet som et utslag av at det er mye usikkerhet knyttet til en vurdering av om selskapet hadde et klart mer attraktivt alternativ, og det tilsier at det legges inn en sikkerhetsmargin. Ved tynn kapitalisering skal det for eksempel anvendes en «forsiktighetsstandard» ved vurderingen av om debitor har overskredet sin lånekapasitet.¹³⁴ I Bullen er det lagt til grunn at klarhetskravet innebærer at det aktuelle alternativet må ha en *betydelig* høyere grad av attraktivitet.¹³⁵ Klarhetskravet uttrykker altså en høy terskel.

Det kan bemerkes at det etter ordlyden i sktl. § 13-1 (1) ikke oppstilles noe krav om kvalifisert inntektsreduksjon, hvilket innebærer at enhver reduksjon i inntekt vil gi grunnlag for *skjønnsfastsettelse*. Som det har fremgått, er det imidlertid ikke en umiddelbar sammenheng mellom inntektsreduksjonsvilkåret og vilkårene for strukturell justering. Strukturell justering er bare et første ledd for å tilrettelegge for den inntektssammenligningen armlengdeprinsippet krever der den aktuelle transaksjonen ikke kan gjenfinnes mellom uavhengige parter. Strukturell justering er som nevnt et snevert unntak fra hovedregelen om at skattyters transaksjoner skal legges til grunn etter sitt innhold og terskelen for å foreta slik justering er høy. Det er derfor ikke urimelig å kreve et kvalifisert avvik ved vurderingen av strukturell justering, selv om enhver inntektsreduksjon gir grunnlag for skjønnsfastsettelse.

Det er i tillegg antatt at klarhetskravet medfører at forhold ved alternativenes attraktivitet som beror på subjektive vurderinger, ikke er relevante.¹³⁶ At en risikosøkende aktør vil vurdere et «high risk – high reward» alternativ som mer attraktivt enn en risikoavers aktør, betyr altså ikke at det mer risikofylte alternativet anses er mer eller mindre attraktivt. Derimot må attraktivitet

¹³¹ Bullen (2010) s. 433.

¹³² Rt-2003-1324 (62) og Utv-2009-210.

¹³³ OECDs retningslinjer pkt. 1.38.

¹³⁴ Skaar (2006) s. 519 og Utv-1989-304.

¹³⁵ Bullen (2010) s. 437.

¹³⁶ Bullen (2010) s. 437.

vurderes basert på forhold ved alternativene som antas å ha generell gyldighet for alle rasjonelle aktører.¹³⁷

Språklig kan «clearly» også tolkes som et beviskrav, altså slik at det må være «klart» at alternativet er mer attraktivt. I bevissammenheng refererer gjerne «klart» til at det oppstilles strengere beviskrav enn det alminnelige overvektsprinsippet.¹³⁸ Hvis klarhetskravet i retningslinjene også har en side til bevisvurderingen, er det imidlertid ikke grunnlag for at sktl. § 13-1 må tolkes i tråd med retningslinjene på dette punkt. Begrunnelsen er at retningslinjene bare er relevante for den materielle tolkningen av sktl. § 13-1 (1), ikke prosessuelle krav.¹³⁹

Jeg går så over til den konkrete vurderingen av om det ville vært «klart mer attraktivt» for et norsk morselskap som har finansiert en internbank i Belgia med bare egenkapitalinnskudd hvis en del av kapitalen heller hadde vært gitt som lån.

Staten har i konkrete vedtak som gjelder egenkapitalfinansiering av internbanker i Belgia konkludert med at vilkårene for strukturell justering er oppfylt.¹⁴⁰ Jeg har ikke fått innsyn i vedtakene, men den tidligere omtalte artikkelen om samme tema skrevet av to ansatte i skatteetaten, antas å ligge nære den rettsforståelsen staten har lagt til grunn i vedtakene. I artikkelen konkluderer forfatterne med at det er kommersielt irrasjonelt for et morselskap i Norge å finansiere en internbank med tilnærmet 100 % egenkapital.¹⁴¹ Dette er for det første begrunnet i empiriske undersøkelser av hva slags kapitalstruktur andre uavhengige finansieringsinstitusjoner har.¹⁴² For det andre, økonomisk teori om hva som er en kommersielt rasjonell kapitalstruktur for en finansieringsinstitusjon.¹⁴³

I det følgende undersøkes om argumentene som følger av artikkelen tilsier at det ville vært «klart mer attraktivt» for morselskapets totale økonomiske situasjon om en del av egenkapitalen internbanken er finansiert med heller hadde vært skutt inn som lån. Deretter undersøkes om det er andre forhold som kan tilsi det samme, herunder risiko og fleksibilitet.

¹³⁷ Bullen (2010) s. 437.

¹³⁸ Robberstad (2018) s. 300 og 303.

¹³⁹ Se Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) s. 15.

¹⁴⁰ Olsen og Lie (2020) s. 2, Aftenposten (2016) og Dagens Næringsliv (2016).

¹⁴¹ Olsen og Lie (2020) s.17.

¹⁴² Olsen og Lie (2020) s. 13.

¹⁴³ Olsen og Lie (2020) s. 17.

3.2.3.2 Empirisk undersøkelse av uavhengige finansieringsinstitusjoner

Artikkelen refererer til en empirisk undersøkelse skattemyndighetene har foretatt av hvilken kapitalstruktur uavhengige finansieringsinstitusjoner har. Undersøkelsen omfatter uavhengige selskaper i gruppen «financial service activities, except insurance and pension funding» som ligger i Vest-Europa. Søket viser at de undersøkte finansieringsinstitusjonene gjennomgående har en kapitalstruktur bestående av en betydelige høyere andel lån og lavere andel egenkapital enn internbankene skattemyndighetene har kontrollert i vedtakene. På denne bakgrunn uttaler forfatterne av artikkelen at et finansieringsselskap som er 100 % egenkapitalfinansiert vil ha en kapitalstruktur som ligger utenfor det armlengdes intervallet man finner ved å undersøke sammenlignbare finansieringsselskaper.¹⁴⁴

At andre uavhengige finansieringsinstitusjoner typisk finansieres med høy andel lån, tilsier at dette er en kommersielt rasjonell måte å finansiere bankvirksomhet på. Det gir også en indikasjon på at det å finansiere utelukkende med egenkapital, kan være kommersielt irrasjonelt. Denne observasjonen gir imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig grunnlag for å konstatere at det også ville vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en del av kapitalen som er skutt inn i internbanken, heller hadde vært ytt som lån.¹⁴⁵

Derimot foranlediger observasjonen en undersøkelse av hva som er grunnen til at uavhengige finansieringsselskaper anser det rasjonelt å ha en kapitalstruktur som består av høy andel lån i forhold til egenkapital. Deretter blir spørsmålet om denne begrunnelsen tilsier at det også ville vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en større del av morselskapets egenkapitalinnskudd i internbanken heller hadde vært ytt som lån.

3.2.3.3 Giring

I økonomisk teori er det påvist at lånefinansiering under gitte omstendigheter kan være mer attraktivt enn egenkapitalfinansiering.¹⁴⁶ Det er særlig to grunner til det. Det første er at lånefinansiering kan gi høyere avkastning på selskapets egenkapital, gjennom såkalt «giring». I dette punktet vil jeg se på om det hadde vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en større del av egenkapitalen internbanken er finansiert med heller hadde vært skutt inn som lån på grunn av den *giringeffekten* låneopptak kan gi.

Giring innebærer at et selskap tar opp lån som fører til at selskapets totale kapitalbase blir større. Giring kan skje med ulike marginer. «Giring margin» betegner forholdet mellom egenkapital og gjeld. Eksempelvis kan en giring margin på 1:9, betegne at et selskap har 100 kr i egenkapital

¹⁴⁴ Olsen og Lie (2020) s. 13.

¹⁴⁵ OECDs retningslinjer pkt. 1.123.

¹⁴⁶ Miller og Modigliani (1958), Bøhren og Gjørnum (2019) s. 410.

og 900 kr i lån. Giring medfører i et slikt tilfelle at selskapet har 1000 kr å investere i selskapet, i stedet for 100 kr.

Større investeringsevne betyr økt *mulighet* for avkastning på selskapets egenkapital. Begrunnelsen er at avkastningen på sysselsatt kapital typisk er høyere enn rentekostnader på gjeld. For at giring skal gi positiv egenkapitalavkastning, er selskapet avhengig av å oppnå høyere avkastning på dets investeringer enn den kostnaden selskapet har i forbindelse med å betjene lånerenten. Dette kan skje enten gjennom løpende inntekter fra investeringen eller verdistigning. Er avkastningen derimot lavere, vil selskapet få en negativ egenkapitalavkastning. Giring gir altså mulighet for høyere avkastning på egenkapitalen, men innebærer samtidig høyere risikoenksponering sammenlignet med om selskapet er finansiert med høyere andel egenkapital. Jo høyere giring, jo større risiko.

Når empiriske undersøkelser viser at uavhengige finansieringsinstitusjoner gjerne har høy andel lån i forhold til egenkapital, er det fordi selskapene typisk får høyere avkastning på den kapitalen de låner ut, enn det koster finansieringsinstitusjonen å låne kapitalen. Dermed vil disse selskaperes egenkapitalavkastning bli høyere jo større margin de er giret med.

Spørsmålet er så om det ville vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en del av morselskapets egenkapitalinnskudd heller hadde vært skutt inn som lån på grunn av den giringeffekten låneopptak kan gi. For å isolere giringeffekten fra andre fordeler låneopptak kan gi, sees i det følgende bort fra de skatterettslige virkningene ved egenkapital- og lånefinansiering.

Dersom morselskapet heller hadde finansiert internbanken med lån og egenkapital, i stedet for bare egenkapital, ville internbankens kapitalstruktur bestått av en høyere andel lån. Internbankens kapitalstruktur ville altså presumptivt lignet den til uavhengige finansieringsinstitusjoner. Så lenge internbanken hadde fått høyere avkastning fra utlånsvirksomheten enn det internbanken hadde måttet betale morselskapet i rente for å låne kapitalen, ville morselskapet fått høyere prosentvis *egenkapitalavkastning* sammenlignet med når internbanken er finansiert med bare egenkapital.

Etter RAO-standarden er det imidlertid morselskapets samlede økonomiske stilling som er avgjørende for om et alternativ er «klart mer attraktivt».¹⁴⁷ I denne sammenheng er det sentralt at selv om morselskapets egenkapitalavkastning isolert sett kunne vært høyere om en større del av kapitalen var ytt som lån, så ville ikke morselskapets *samlede avkastning* vært høyere. Begrunnelsen er at det nominelle beløpet morselskapet har finansiert internbanken med er det

¹⁴⁷ Bullen (2010a) s. 237, pkt. 5.1.

samme uavhengig av hvilken form kapitalen er skutt inn som. Ovenfor er det pekt på at en giringeffekt først kan oppstå der selskapet gjennom låneopptaket får *større* kapitalbase. Internbankens kapitalbase vil imidlertid være den samme enten morselskapets innskudd skytes inn som lån eller egenkapital. Det betyr at internbankens inntjening vil være lik enten den er finansiert med egenkapital eller også lån fra morselskapet. For morselskapet vil valg av innskuddsform dermed bare ha betydning for om avkastningen på den innskutte kapitalen kommer utelukkende i form av utbytte, eller også renteinntekter. Fordi det her sees bort fra skatt, vil innskuddsformen imidlertid ikke ha betydning for hvor høy avkastningen på den innskutte kapitalen blir.

Dermed ville det ikke på grunn av den giringeffekten lånefinansiering kan gi vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en del av egenkapitalen som ble skutt inn i internbanken, heller hadde vært skutt inn som lån.

Som nevnt innledningsvis er det imidlertid vanlig i internbanktilfellene at morselskapet i Norge har tatt opp eksternt lån i forbindelse med finansieringen av internbanken. I så fall inntreffer en giringeffekt, men i morselskapet i stedet for i internbanken. Hadde partene vært uavhengige, ville det ikke vært mulig å foreta opplåningen i morselskapet, og drive internbankvirksomheten fra datterselskapet. Det foranlediger en vurdering av om den strukturelle justeringen heller kan gå ut på at opplåningen i morselskapet anses for å ha skjedd i internbanken. Ved skjønnsfastsettelsen blir i så fall konsekvensen av dette at eventuelle rentefradrag i forbindelse med låneopptaket ikke kan fradras i morselskapet, men må fradras i internbanken.

Det synes klart at det er et «realistisk alternativ» at låneopptaket kunne vært foretatt i internbanken i stedet for i morselskapet. Men heller ikke dette ville på grunn av giring vært «klart mer attraktivt» for morselskapet. Begrunnelsen er at selv om internbanken hadde stått for opplåningen, ville ikke dette gitt internbanken større total kapitalbase sammenlignet med der låneopptaket heller foretas i morselskapet og deretter skytes inn som egenkapital i internbanken. Internbanken ville derfor ikke hatt større investeringsevne om låneopptaket ble foretatt i internbanken og det ville ikke oppstått noen giringeffekt sammenlignet med der tilsvarende beløp er skutt inn som egenkapital.

En giringeffekt vil imidlertid kunne oppnås ved å la den strukturelle justeringen gå ut på at internbanken skulle vært tilført *mer kapital* i form av lån. For at dette alternativet skal tilfredsstillende skattemyndighetenes formål med å angripe tykk kapitalisering, økte skattepliktige inntekter til morselskapet i Norge, hjelper det ikke om internbanken hadde tatt opp lån i en ekstern bank. Lånet måtte kommet fra morselskapet for å føre til skattepliktige renteinntekter i morselskapet. At internbanken skulle vært tilført mer kapital i form av lån fra morselskapet er imidlertid verken et alternativ som innebærer at den kontrollerte transaksjonen sees bort fra

eller erstattes med en annen.¹⁴⁸ Det må derfor anses klart at skattemyndighetene ikke kan kreve at den strukturelle justeringen skal gå ut på at morselskapet skulle ha tilført internbanken mer kapital i form av lån. Uansett ville det ikke vært mer attraktivt for morselskapet å skyte inn ytterligere kapital i form av lån, sammenlignet med å skyte inn ytterligere kapital i form av egenkapital. Dette alternativet ville derfor uansett ikke vært klart mer attraktivt.

Konklusjonen her er dermed at selv om giring gjør at det typisk er kommersielt rasjonelt for uavhengige finansieringsinstitusjoner å gjeldsfinansiere, tilsier ikke det at det også ville vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en større del av kapitalen hadde vært skutt inn som lån. Begrunnelsen er at internbankens kapitalbase, og dermed investeringsevne, ville vært lik uansett om kapitalen er skutt inn som lån eller egenkapital. Fordi det her sees bort fra skatt, blir dermed morselskapets samlede avkastning på den innskutte kapitalen den samme enten kapitalen er skutt inn som bare egenkapital eller også lån. Det er videre konstatert at der morselskapet har tatt opp eksternt lån i forbindelse med finansieringen av internbanken, ville det heller ikke vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om lånet i stedet hadde vært tatt opp av internbanken. Til slutt er det konkludert med at den strukturelle justeringen ikke kan gå ut på at morselskapet anses for å ha tilført internbanken mer kapital i form av lån, og det er pekt på at dette uansett ikke ville vært mer attraktivt enn å skyte inn mer egenkapital.

3.2.3.4 *Inntektsfradrag*

Økonomisk teori påviser for det andre at de skatterettslige virkningene som er knyttet til egenkapital- og gjeldsfinansiering kan ha betydning for hva som er den mest attraktive måten å finansiere et selskap på. I skattesystemer som gir fradrag for gjeldsrenter, men ikke for kostnaden knyttet til å ha bundet opp egenkapital i selskapet («standard skattesystemer»), medfører rentefradragene at det er økonomisk rasjonelt å finansiere et selskap med høy gjeldsandel.¹⁴⁹ Artikkelen til skattemyndighetene bygger på dette premisset og uttaler således:

«Siden selskapet får fradrag i skattbar inntekt for renter på gjeld, vil det kunne øke en investerings verdi å finansiere med gjeld. Diagrammet viser at man ved å øke et selskaps gjeldsandel også vil øke kontantstrømmen som betales til investorene. Økt kontantstrøm øker selskapets verdi og skyldes at selskapet betaler mindre skatt som følge av rentefradraget».¹⁵⁰

¹⁴⁸ OECDs Retningslinjer pkt. 1.121 gir grunnlag for å «disregard the actual transaction or substitute other transactions for it».

¹⁴⁹ Miller og Modigliani (1958) og NOU 2014:13 pkt. 1.4.2.

¹⁵⁰ Olsen og Lie (2020) s. 14-15.

I artikkelen konkluderes deretter med at «økonomisk teori viser at det er *kommersielt irrasjonelt* for et morselskap å finansiere konserninterne finansieringsselskaper utelukkende med egenkapital.»¹⁵¹ (uthevet her).

Grunnen til at lånefinansiering kan være mer attraktivt enn egenkapitalfinansiering er som nevnt at det gis fradrag for rentekostnader, men ikke for kostnaden knyttet til å få tilgang på egenkapital. Dette fører til at lånefinansiering kan være mer attraktivt enn egenkapitalfinansiering, også der avkastningskravet på egenkapital og lånt kapital er det samme. Som nevnt er det etter RAO-standarden ikke tilstrekkelig å vise til at lånefinansiering generelt har fordelaktige virkninger. Det må vurderes om det konkret ville vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en større del av kapitalen heller hadde vært skutt inn som lån fordi det bare gis fradrag for rentekostnader.

Jeg ser først på hvordan situasjonen blir der internbanken er hjemmehørende i Belgia og underlagt det såkalte NID-regimet. Som nevnt innledningsvis innebærer NID-regimet at det ikke bare gis fradrag for rentekostnader, men også for en tenkt kostnad knyttet til å ha egenkapital bundet opp i selskapet. Det betyr at selv om en del av morselskapets kapitalinnskudd hadde vært skutt inn som lån, så er det ikke grunn til å tro at internbanken ville oppnådd særlig høyere fradrag ved beregningen av skattepliktig inntekt enn det selskapet allerede får der all kapitalen er skutt inn som egenkapital.¹⁵² Netto skattepliktig inntekt i internbanken er det dermed grunn til å tro at ville vært lik enten kapitalen hadde vært skutt inn delvis som lån eller bare egenkapital. Internbanken ville derfor ikke hatt høyere avkastning, og ville dermed ikke gitt høyere kontantstrøm til morselskapet, om den var finansiert med høyere andel lån.

For morselskapet ville det at en større del av kapitalen ble skutt inn som lån, ført til at morselskapet hadde mottatt en skattepliktig renteinntekt, som ikke har sitt motsvar der det bare er skutt inn egenkapital. Denne skatteplikten ville redusert morselskapets totale avkastning sammenlignet med der all kapitalen er skutt inn som egenkapital og utbytte kan tas ut skattefritt.

Dette betyr at der internbanken er hjemmehørende i Belgia, medfører NID-regimet at det må antas å være likegyldig med hensyn til fradrag ved beregningen av skattepliktig inntekt om internbanken er finansiert med bare egenkapital eller også lån. For morselskapet hadde det

¹⁵¹ Olsen og Lie (2020) s. 17.

¹⁵² Formålet med NID-regimet er å likebehandle egenkapital og gjeld for skattemessige formål, jf. pkt. 1.1. Dermed er det grunn til å tro at fradragene er like, men det kan selvfølgelig tenkes at de konkrete rentekostnadene et selskap har er høyere eller lavere enn det standardiserte fradraget som gis for egenkapital, og at det derfor kan være en liten forskjell. Her forutsettes at en eventuell forskjell uansett ikke vil være stor nok til at det hadde vært mer gunstig om opplåningen ble foretatt i internbanken.

imidlertid vært *mindre* attraktivt om en del av kapitalen hadde vært skutt inn som lån, fordi dette ville generert en skattepliktig renteinntekt i morselskapet. Der internbanken er hjemmehørende i Belgia og underlagt NID-regimet er det altså ikke grunn til å tro at den fordelene rentefradrag kan gi, ville ført til at det hadde vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en større del av egenkapitalinnskuddene heller hadde vært ytt som lån.

Fordi det ikke er vanlig at det gis fradrag for egenkapitalkostnaden, undersøker jeg også hvordan stillingen blir der internbanken er hjemmehørende i et land med et standard skattesystem. I denne sammenheng refererer et «standard skattesystem» til at det bare gis inntektsfradrag for rentekostnader. Det forutsettes at internbanken er etablert i et land hvor skattebyrden er lavere enn i morselskapet. Som nevnt er dette en forutsetning for at tykk kapitalisering skal gi en skattefordel. I tillegg forutsettes at morselskapets utbyttebetaling fra internbanken er omfattet av fritaksmetoden i sktl. § 2-38.

Heller ikke i dette tilfellet ville det vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om del av egenkapitalen hadde vært skutt inn som lån. Begrunnelsen er at selv om inntektsfradraget for rentekostnader i dette tilfellet fører til at internbanken får lavere skattepliktig inntekt enn der internbanken er finansiert med bare egenkapital, medfører lånefinansieringen at morselskapet får en skattepliktig renteinntekt. Fordi skattesatsen er høyere i morselskapet enn i datterselskapet, vil ikke rentefradragets effekt i internbanken fullt ut kompensere for den skattepliktige inntekten rentene gir på morselskapets hånd. Det betyr at dersom en større del av kapitalen hadde vært skutt inn som lån, ville det ført til en totalt høyere skattebyrde på avkastningen fra internbanken sammenlignet med der internbanken er finansiert med bare egenkapital. Heller ikke der internbanken er underlagt et standard skattesystem, ville det altså vært mer attraktivt for morselskapets totale økonomiske stilling om internbanken var finansiert med høyere andel lån.

Selv om rentefradrag generelt kan føre til at lånefinansiering er mer attraktivt enn egenkapitalfinansiering, vil det altså ikke gjelde når partene er i et interessefellesskap og rentefradraget motsvares av en skattepliktig inntekt på morselskapets hånd. Heller ikke rentefradrag fører dermed til at det ville vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en større del av kapitalen hadde vært skutt inn som lån.

I tilfellene hvor morselskapet har hentet inn ekstern kapital i forbindelse med finansieringen av internbanken, kan det i tillegg stilles spørsmål ved om rentefradragene opplåning gir, ville medført at det hadde vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om opplåningen i stedet hadde vært foretatt i internbanken. Drøftelsen ovenfor viser imidlertid at det ikke ville vært «klart mer attraktivt». Der internbanken ligger i Belgia, er begrunnelsen at det gis tilsvarende fradrag ved beregningen av skattepliktig inntekt uavhengig av om selskapet er finansiert med egenkapital

eller lån. Derfor er det økonomisk rasjonelt å foreta opplåningen i morselskapet, slik at rentekostnadene kan fradras der. Ligger internbanken i et land med standard skattesystem, er det forutsatt at skattebyrden er tyngst i morselskapet. Også da vil det mest attraktive være å plassere lånet, og dermed rentefradragene, i morselskapet fordi rentefradraget får størst effekt når det plasseres der skattebyrden er tyngst. Dermed ville det heller ikke vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om opplåningen hadde vært foretatt i internbanken.

Det eneste tilfelle hvor rentefradrag kunne ført til at det hadde vært klart mer attraktivt for morselskapet om en større del av kapitalen hadde vært skutt inn som lån, er hvis skattebyrden er *mindre gunstig* i internbanken enn i morselskapet. En kan for eksempel tenke seg at internbanken ligger i Frankrike, hvor selskapsskattesatsen er 26,5 %, ¹⁵³ mens morselskapet stadig ligger i Norge hvor selskapsskattesatsen er 22 %. Det forutsettes at fradragets retten ved beregningen av skattepliktig inntekt er lik begge steder. I dette tilfellet ville det vært «klart mer attraktivt» om en større del av egenkapitalen hadde vært skutt inn som lån fordi rentefradragene gir større effekt i Frankrike og oppveies ikke fullt ut av skatteplikten på renteinntektene i det norske morselskapet. I dette eksempelet vil det imidlertid ikke gi noen skattefordel å finansiere internbanken med bare egenkapital. Derfor er det antagelig en upraktisk problemstilling.

Analysen ovenfor viser at i alle tilfellene hvor tykk kapitalisering gir en skattefordel, det vil si der internbankens inntekter skattlegges mer gunstig enn morselskapets, vil ikke rentefradraget som oppstår ved lånefinansiering føre til at det hadde vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en større del av kapitalen hadde vært gitt som lån.

3.2.3.5 Andre forhold

Vurderingen av giring og inntektsfradrag for gjeldsrenter viser at disse forholdene ikke ville ført til at det hadde vært klart mer attraktivt for morselskapet om internbanken hadde vært finansiert med høyere andel lån. Attraktivitetsvurderingen beror imidlertid på en bred økonomisk vurdering. Det må derfor stilles spørsmål ved om det er andre forhold som kan tilsi at det likevel ville vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en del av kapitalen heller hadde vært skutt inn som lån i internbanken.

Risiko er et moment som typisk trekkes frem ved vurderingen av en transaksjons attraktivitetsgrad. Hvilken risiko et selskap ønsker å ta er som nevnt et valg som er overlatt til selskapenes skjønn. Men hvis det er foretatt en disposisjon som innebærer høy risiko, *uten* å gi mulighet for høyere avkastning enn en disposisjon med lavere risiko ville gitt, kan det tilsi at det ville vært mer attraktivt å velge den mindre risikofylte disposisjonen.

¹⁵³ Expatica (2021).

Det er typisk forbundet høyere risiko med å skyte inn egenkapital sammenlignet med lån. Dette er hovedsakelig fordi i en konkurssituasjon er en låntakers krav på å få tilbake hovedstolen og renter typisk sikret med pant, og har i alle fall prioritet etter dekl. § 9-6. Motsatt mister aksjonæren sitt innskudd i en konkurssituasjon. Likevel synes ikke disse innskuddsformene innebære ulik risiko konkret for morselskapet, gitt at internbanken ikke også har eksterne kreditorer. At lån generelt har lavere risiko tilsier dermed ikke at det ville vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en større del av kapitalen hadde vært skutt inn som lån.

Et annet forhold som typisk har betydning ved valg av innskuddsform er fleksibilitet. I NOU 2018:5 er det pekt på at det er enklere å endre mengden fremmedkapital (lån) enn det er å justere egenkapitalen. For mange typer investeringer vil det derfor være mer hensiktsmessig å bruke fremmedkapital, enn å utstede ny egenkapital.¹⁵⁴ Det ville antagelig gitt morselskapet mer fleksibilitet å finansiere internbanken med høyere andel lån, fordi selskapet da ikke må følge aksjelovgivningens prosedyrer for endring av selskapskapitalen dersom man ønsker å justere denne. Dette er i seg selv likevel ikke tilstrekkelig for å hevde at det også ville vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en del av kapitalen heller hadde vært skutt inn som lån.

3.2.4 Sammenfatning

Ut fra denne drøftelsen må det konkluderes med at det ikke ville vært «klart mer attraktivt» for morselskapet om en del av morselskapets egenkapitalinnskudd i internbanken heller hadde vært gitt som lån. Vurdert etter RAO-standarden er det altså ikke kommersielt irrasjonelt av morselskapet å finansiere internbanken med bare egenkapital. Siden irrasjonalitetsvilkåret ikke er oppfylt, er ikke vilkårene for strukturell justering oppfylt, og det er dermed ikke grunnlag for å justere en del av morselskapets egenkapitalinnskudd til lån.

Konsekvensen av at vilkårene for strukturell justering ikke er oppfylt er at det ikke er mulig å gjennomføre den sammenligningen inntektsreduksjonsvilkåret fordrer. Dermed er heller ikke inntektsreduksjonsvilkåret oppfylt. Fordi inntektsreduksjonsvilkåret ikke er oppfylt, er ikke vilkårene for å fastsette skattyters inntekt ved skjønn i sktl. § 13-1 (1) oppfylt der et norsk morselskap har finansiert en internbank i Belgia med bare egenkapital.

I det følgende foretas den videre drøftelsen under forutsetning av at irrasjonalitetsvilkåret er oppfylt.

¹⁵⁴ NOU 2018:5 pkt. 3.1.3.

3.3 Prisingshindringsvilkåret

Det andre vilkåret som må være oppfylt er prisingshindringsvilkåret. Som nevnt er dette oppfylt der interessefellesskapet ved sin kommersielt irrasjonelle atferd «prevent[s] determination of a price that would be acceptable to both of the parties [...]».¹⁵⁵ Det er lagt til grunn at vilkåret er oppfylt dersom det kommersielt irrasjonelle ved transaksjonen gjør at det ikke er mulig å fastslå om den kontrollerte transaksjonen er armlengdes gjennom en vurdering basert på de alminnelige internprisingsmetodene.¹⁵⁶ Dette vil normalt være tilfelle der det ikke er mulig å etablere en sammenlignbar disposisjon mellom uavhengige parter. Fordi dette er et inngangsvilkår for strukturell justering, jf. pkt. 2.2.3, er det derfor antatt at prisingshindringsvilkåret sjelden får selvstendig betydning.¹⁵⁷

Under forutsetning av at det er kommersielt irrasjonelt å finansiere en internbank med bare egenkapital, er spørsmålet om denne strukturen forhindrer skattemyndighetene fra å fastsette en korrekt internpris. Ved tykk kapitalisering kan ikke en tilsvarende struktur som den kontrollerte transaksjonen identifiseres mellom uavhengige parter. Dermed vil det kommersielt irrasjonelle, at internbanken er finansiert med bare egenkapital, gjøre at det ikke er mulig å fastsette en armlengdes inntekt for skattyter ved hjelp av de alminnelig internprisingsmetodene, uten å først gå veien om strukturell justering. Hvis irrasjonalitetsvilkåret er oppfylt, innebærer dette at også prisingshindringsvilkåret må anses oppfylt.

3.4 Den strukturelle justeringen

Hvis både irrasjonalitets- og prisingshindringsvilkåret er oppfylt, er det grunnlag for å foreta en strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen. Den strukturelle justeringen innebærer at en del av morselskapets egenkapitalinnskudd i internbanken anses som lån. Vurderingen av strukturell justering ovenfor har imidlertid ikke gitt svar på hvor stor del av morselskapets egenkapitalinnskudd som skal betraktes som lån. Det er heller ikke nødvendig å ta konkret stilling til hvordan gjeldsgraden skal fastsettes for å kunne ta stilling til om inntektsreduksjonsvilkåret i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt. Så lenge noe av egenkapitalinnskuddene kan justeres til lån, vil inntektsreduksjonsvilkåret være oppfylt. Det er imidlertid ikke gitt hvordan gjeldsgraden skal fastsettes ved tykk kapitalisering, og jeg skisserer derfor noen av de spørsmålene som oppstår ved skjønnsfastsettelsen i sktl. § 13-1 (3) i det følgende.

Etter sktl. § 13-1 (3) skal skattyters inntekt fastsettes «som om interessefellesskapet ikke hadde foreligget». Dette innebærer at man først må justere morselskapets egenkapitalinnskudd til lån i den grad det er nødvendig for at internbanken skal få den kapitalstrukturen selskapet ville hatt

¹⁵⁵ OECDs retningslinjer pkt. 1.122.

¹⁵⁶ Bullen (2010) s. 439 og Olsen (2012) s. 50.

¹⁵⁷ Bullen (2010) s. 443 og Olsen (2012) s. 50.

hvis internbanken var uavhengig av morselskapet. Deretter må det beregnes en armlengdes renteinntekt på den delen av kapitalen som er å anse som lån. Dette er skattepliktig inntekt for morselskapet, jf. sktl. §§ 5-1, jf. 5-30.

Hva gjelder det første er utgangspunktet at den kontrollerte transaksjonen, egenkapitalinnskuddene, skal justeres i tråd med det alternative vurderingen under irrasjonalitetsvilkåret viser at ville vært «klart mer attraktivt».¹⁵⁸ Ved tykk kapitalisering er det imidlertid mulig at vurderingen av strukturell justering viser at det generelt ville vært klart mer attraktivt med høyere andel lån, men uten at vurderingen gir svar på hvilket forhold mellom egenkapital og lån selskapet ville hatt hvis det var uavhengig.¹⁵⁹ Gjeldsgraden må dermed fastsettes basert på en mer konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Spørsmålet er hvordan skattemyndighetene skal gå frem i den forbindelse.

Det kan synes nærliggende å se hen til den metoden som brukes for å fastsette egenkapitalandel ved tynn kapitalisering, for også da er spørsmålet hvordan kapitalstruktur selskapet ville hatt hvis interessefellesskapet tenkes bort. Ved tynn kapitalisering fastsettes egenkapitalandelen på bakgrunn av en «lånekapasitetsvurdering».¹⁶⁰ Lånekapasitetsvurderingen innebærer at det sees hen til en rekke spesifikke forhold ved det konkrete selskapet som har betydning for hvor mye lån selskapet kunne fått hvis det var uavhengig. Blant disse momentene er selskapets egenkapital, mulighet til å stille sikkerhet, forventet inntjeningssevne og risikoen forbundet til denne.¹⁶¹ Vurderingen er altså knyttet til konkrete forhold ved det aktuelle selskapet og gir dermed gode holdepunkter for å vurdere hvilken kapitalstruktur det konkrete selskapet ville hatt om det var uavhengig.

Denne metoden synes imidlertid ikke mulig å benytte ved tykk kapitalisering. Begrunnelsen er at det for egenkapital, i motsetning til ved lån, ikke finnes markedsmessige kriterier for å vurdere hvor mye egenkapital et selskap kan ha. Det gir dermed ikke mening å foreta en «egenkapitalkapasitetsvurdering» ved tykk kapitalisering, og gjeldsgraden må derfor fastsettes ved hjelp av en annen metode.

I skattemyndighetenes vedtak, er det på bakgrunn av artikkelen til Olsen og Lie, rimelig å anta at internbankenes gjeldsgrad fastsettes basert på undersøkelser av hvordan kapitalstruktur

¹⁵⁸ Bullen (2010) s. 447.

¹⁵⁹ Eksempelvis hvis internbanken hadde ligget i et land med tyngre skattebyrde enn i morselskapet, se pkt. 3.2.3.4.

¹⁶⁰ Skaar (2006) s. 505 flg.

¹⁶¹ Naas (2017) s. 1183.

uavhengige lignende finansieringsinstitusjoner har.¹⁶² På grunnlag av undersøkelsene har skattemyndighetene etablert et intervall som gir uttrykk for hvilket spenn en kapitalstruktur må ligge innenfor for å være armlengdes i den aktuelle bransjen.¹⁶³ Morselskapets egenkapitalinnskudd antas justert til lån i den grad det er nødvendig for at internbankens kapitalstruktur skal ligge innenfor dette armlengdes intervallet.

Denne modellen er egnet til å gi en indikasjon på hvordan gjeldsgrad internbanken ville hatt om den var uavhengig. Det er likevel en svakhet ved modellen at den ikke tar høyde for individuelle forhold som kan gjøre seg gjeldende i internbanken, slik «lånekapasitetsvurderingen» gjør ved tynn kapitalisering. Likevel, hvis vilkårene for skjønnsfastsettelse i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt så betyr det at tykk kapitalisering er en ikke-armlengdes struktur. For å etablere en armlengdes struktur må da en del av morselskapets egenkapitalinnskudd justeres til lån. I mangel av andre bedre alternativer synes da den metoden skattemyndighetene har brukt å være den som gir best indikasjon på hvordan kapitalstruktur internbanken ville hatt om den var uavhengig. Fordi vurderingen er usikker, bør imidlertid ikke egenkapitalinnskuddene justeres i større grad enn det som er nødvendig for at internbankens kapitalstruktur skal bli liggende innenfor den *nedre delen* av det armlengdes intervallet man finner ved å undersøke hvordan andre lignende banker er finansiert.

Etter at det er fastslått hvor mye egenkapital som skal anses som lån, må morselskapet tilordnes en markedsmessig renteinntekt på den delen av kapitalen som anses som lån. Jeg nøyer meg med å skissere at dette rentesatsspørsmålet må besvares basert på en konkret vurdering av hvilken rentesats som ville ha blitt avtalt mellom partene i et ukontrollert låneforhold som tilsvarer det låneforholdet som foreligger etter den strukturelle justeringen.¹⁶⁴ Renteinntekten er skattepliktig inntekt for morselskapet, jf. sktl. § 5-1, jf. § 5-30.

Et særlig spørsmål er om morselskapet kan kreve at internbankens kapitalstruktur skal endres på en annen måte enn det skattemyndighetenes strukturelle justering innebærer. Spørsmålet aktualiseres fordi det skattemyndighetene anser som kommersielt irrasjonelt er at internbanken er finansiert med (nesten) bare egenkapital. Det kan imidlertid være mulig å justere internbankens kapitalstruktur på andre måter enn å justere morselskapets egenkapitalinnskudd til lån.

Hvis morselskapet har tatt opp lån i forbindelse med finansieringen av internbanken, kan det for eksempel spørres om morselskapet kan kreve at kapitalstrukturen heller skal justeres ved at

¹⁶² Olsen og Lie (2020) s. 13.

¹⁶³ Olsen og Lie (2020) s. 13.

¹⁶⁴ Se om rentesatsspørsmålet ved tynn kapitalisering i Skaar (2006) s. 549.

dette lånet anses tatt opp av internbanken. I så fall endres internbankens kapitalstruktur tilsvarende lånets størrelse. Det kan antas at internbanken da vil få en gjeldsgrad som ligger innenfor det armlengdes intervallet, men uten at morselskapet får en skattepliktig renteinntekt fra internbanken. For morselskapet vil en slik endring medføre at rentefradrag som har vært tilordnet morselskapet avskjæres og heller tilordnes internbanken. Effekten av dette alternativet er dermed en økning i morselskapets skattepliktige inntekt tilsvarende rentefradragene. Hvis dette er mer økonomisk gunstig for morselskapet, er det vanskelig å se grunner til at selskapet ikke skal kunne velge å heller justere kapitalstrukturen på denne måten. Det kan også pekes på at internbankens kapitalstruktur kan endres ved at internbanken tar opp et eksternt lån som fører til at kapitalstrukturen blir liggende innenfor det armlengdes intervallet. Heller ikke dette vil gi morselskapet i Norge skattepliktige renteinntekter.

3.5 Konklusjon

Drøftelsen viser at vilkårene for å foreta en strukturell justering av en del av morselskapets egenkapitalinnskudd til lån ikke er oppfylt der et norsk morselskap har finansiert en internbank i Belgia med bare egenkapital. Dette skyldes at det ikke er kommersielt irrasjonelt av morselskapet å finansiere internbanken med bare egenkapital, og irrasjonalitetsvilkåret er derfor ikke oppfylt. Når det ikke kan foretas en strukturell justering av egenkapitalinnskuddet, er det heller ikke mulig å undersøke om morselskapets «inntekt er redusert» som følge av at internbanken er finansiert med bare egenkapital. Dermed er ikke vilkårene for å fastsette skattyters inntekt ved skjønn i sktl. § 13-1 (1) oppfylt der morselskapet har finansiert en internbank i Belgia med bare egenkapital. Konklusjonen på oppgavens problemstilling er dermed at sktl. § 13-1 ikke gir hjemmel for å justere egenkapital til lån ved tykk kapitalisering. Så lenge datterselskapet er underlagt mer gunstig beskatning enn morselskapet, er det grunn til å tro at denne konklusjonen har overføringsverdi til andre tilfeller av tykk kapitalisering.

Under forutsetning av at irrasjonalitetsvilkåret hadde vært oppfylt, er det grunnlag for å justere en del av morselskapets egenkapitalinnskudd til lån. Dersom den justerte transaksjonen hadde vært foretatt i stedet, ville morselskapet mottatt en skattepliktig renteinntekt fra internbanken. Sammenlignet med der internbanken er finansiert med bare egenkapital og morselskapet utelukkende mottar skattefritt utbytte,¹⁶⁵ vil dermed morselskapets inntekt være redusert fordi internbanken ble finansiert med bare egenkapital, jf. sktl. § 13-1 (1). Det vil da også være årsakssammenheng mellom inntektsreduksjonen og interessefellesskapet. Forutsatt at det er grunnlag for strukturell justering, vil altså vilkårene for å fastsette morselskapets inntekt ved skjønn i sktl. § 13-1 (1) være oppfylt ved tykk kapitalisering.

¹⁶⁵ Der fritaksmetoden ikke gjelder vil skattefordelen bestå i utsatt beskatning ved at datterselskapet ikke har utbetalt utbytte. Heller ikke da vil den kontrollerte transaksjonen ha gitt skattepliktig inntekt i morselskapet.

3.6 Perspektiver

Det springer en i øynene at morselskapet har valgt å finansiere internbanken med bare egenkapital fordi det er den finansieringsstrukturen som under de konkrete omstendighetene gir morselskapet samlet lavest skatt på den innskutte kapitalen i internbanken, og dermed er mest økonomisk attraktiv. Grunnen til at vilkårene for strukturell justering ikke er oppfylt er dermed at etter RAO-standarden er spørsmålet om morselskapet hadde et klart mer attraktivt alternativ, men tykk kapitalisering er jo nettopp valgt fordi dette alternativet synes å være det klart mest attraktive.

Det er verdt å merke seg at ved *tynn* kapitalisering må også morselskapet antas å ha valgt denne finansieringsstrukturen fordi høy lånefinansiering i disse tilfellene gir lavest skatt på den innskutte kapitalen i datterselskapet. Det som likevel skiller tynn kapitalisering fra tykk kapitalisering er at ved tynn kapitalisering ville det vært klart mer attraktivt for datterselskapet om det var finansiert med lavere andel lån hvis det hadde vært uavhengig fra morselskapet. Begrunnelsen er at for datterselskapet vil det å være finansiert med lån utover datterselskapets lånekapasitet innebære en veldig stor risiko for konkurs. Hadde datterselskapet vært uavhengig av morselskapet ville det dermed vært kommersielt irrasjonelt for datterselskapet å være finansiert med så høy andel lån ut i fra et risikoperspektiv. Motsatt ville det ikke på samme måte innebære en irrasjonell risiko for internbanken å være finansiert med bare egenkapital om selskapet hadde vært uavhengig av morselskapet. Begrunnelsen er at tilnærmet bare egenkapitalfinansiering ikke på samme måte som tilnærmet bare lånefinansiering innebærer en irrasjonelt høy risiko for konkurs.

En annen observasjon er at selv om tykk kapitalisering ikke synes kommersielt irrasjonelt vurdert etter RAO-standarden, synes strukturen være et resultat av at interessefellesskapet gir muligheter til å oppnå en skattefordel som ikke uavhengige parter kan oppnå på tilsvarende vis. En kan tenke seg et selskap («aksjonæren») som er minoritetsaksjonær i et annet selskap («målselskapet»), og at målselskapet er underlagt mer gunstig beskatning enn aksjonæren. Videre forutsettes at aksjeposten til aksjonæren ikke er tilstrekkelig stor til at det foreligger et interessefellesskap mellom aksjonæren og målselskapet. I tillegg, at det heller ikke er andre forhold som fører til at det er et interessefellesskap mellom selskapene.

Aksjonæren kan i dette tilfelle velge å bare skyte inn egenkapital i målselskapet og forutsatt fritaksmetode kan aksjonæren da ta ut avkastningen på kapitalen som skattefritt utbytte.¹⁶⁶ Det er også mulig for aksjonæren å ta opp eksterne lån for å finansiere egenkapitalinnskuddet, og derved få fradrag for rentene i landet med presumptivt høyest skattetrykk. Dette vil kunne gi

¹⁶⁶ Etter sktl. § 2-38 (6) a. vil likevel tre prosent av utbytte være skattepliktig inntekt.

aksjonæren en skattefordel sammenlignet med om deler av kapitalen heller var skutt inn som lån.

Det som likevel skiller dette fra tykk kapitalisering, er at aksjonærens egenkapitalinvestering vil være betydelig mer risikofylt enn det som er tilfelle for morselskapet. Aksjonæren har ikke kontroll over utbyttebetalinger, og heller ikke over målselskapets virksomhet. Motsatt har morselskapet ved tykk kapitalisering full kontroll over det egenkapitalfinansierte datterselskapet. Morselskapet kan dermed oppnå de nevnte skattefordelene, men uten å måtte ta den risikoen en minoritetsaksjonær ville måttet ta. Tykk kapitalisering synes altså være en struktur som gir parter i et interessefellesskap mulighet til å oppnå fordeler som ikke er mulig å oppnå på *samme måte* for uavhengige parter.

Det er altså nærliggende å se tykk kapitalisering som et utslag av at et interessefellesskap gir muligheter som uavhengige selskaper ikke har. I motsetning til hva som kjennetegner strukturer som angripes etter armlengdeprinsippet, innebærer imidlertid ikke tykk kapitalisering at skattyter benytter interessefellesskapet til å foreta en *kommersielt irrasjonell* disposisjon. Den strukturen som er opprettet synes tvert imot å være veldig kommersielt rasjonell gitt de mulighetene skattyter har. Grunnen til at uavhengige finansieringsinstitusjoner ikke har samme kapitalstruktur kan i lys av dette være at disse ikke har *mulighet* til å etablere en tilsvarende struktur. Slik armlengdeprinsippet er kommet til uttrykk i sktl. § 13-1 (1) tolket i lys av retningslinjene, er dette likevel en situasjon hvor vilkårene for skjønnsfastsettelse i sktl. § 13-1 (1) ikke vil være oppfylt.

Det er imidlertid ikke gitt at selskaper i et interessefellesskap bør ha muligheten til å benytte interessefellesskapet til å oppnå skattefordeler som ikke uavhengige selskaper kan oppnå på tilsvarende måte. Hvis sktl. § 13-1 ikke gir grunnlag for å angripe strukturen, er det dermed nærliggende å undersøke om omgåelsesnormen i sktl. § 13-2 gjør det.

En grunn til at vurderingen etter omgåelsesnormen i sktl. § 13-2 kan slå ut annerledes enn etter sktl. § 13-1, er at ved vurderingen av kommersiell irrasjonalitet etter RAO-standarden regnes de skatterettslige virkningene av disposisjonen med.¹⁶⁷ Motsatt er det etter omgåelsesnormen et viktig moment hvorvidt disposisjonen har forretningsmessig egenverdi *uavhengig* av de skatterettslige virkningene, jf. § 13-2 (3) a. Jeg nøyer meg med å peke på at grunnen til at det er mer attraktivt for morselskapet å finansiere med egenkapital fremfor lån, synes utelukkende være at egenkapital i denne konkrete sammenhengen behandles mer gunstig skattemessig. Dermed kan det være vanskelig å påvise at 100 % egenkapitalfinansiering har en selvstendig

¹⁶⁷ Det er selskapets samlede økonomiske situasjon som er det avgjørende, se Bullen (2010a) s. 237.

forretningsmessig egenverdi.¹⁶⁸ Dette er imidlertid bare et av flere momenter som skal vektlegges i totalvurderingen av om disposisjonen ikke kan legges til grunn for beskatningen, jf. sktl. § 13-2 (2) b.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Se for eksempel Fløystad (1998) s. 56 hvor det uttales at «[d]en motsatte handling [100 % egenkapitalfinansiering] synes da utelukkende styrt av den beskatningen eieren er underlagt i sin egen virksomhet.» Utv-2010-781 kan gi støtte for at omgåelsesnormen gir grunnlag å angripe tykk kapitalisering.

¹⁶⁹ Skaar og Kristensen (2017) s. 478 synes legge til grunn at tykk kapitalisering ikke rammes av omgåelsesnormen.

4 Kan sktl. § 13-1 likevel ikke anvendes på tykk kapitalisering?

4.1 Innledning

Under forutsetning av at vilkårene i sktl. § 13-1 (1) hadde vært oppfylt ved tykk kapitalisering, er spørsmålet om sktl. § 13-1 (1) likevel ikke gir grunnlag for skjønnsfastsettelse fordi bestemmelsen ikke kommer til anvendelse på egenkapitalinnskudd. Jeg har ovenfor konkludert med at vilkårene for strukturell justering ikke er oppfylt ved tykk kapitalisering, og derfor kan problemstillingen synes utpreget teoretisk. Det kan imidlertid ikke utelukkes at min konklusjon ovenfor er feil. Dermed er det nødvendig å undersøke om sktl. § 13-1 ikke ville gitt grunnlag for skjønnsfastsettelse ved tykk kapitalisering, selv om vilkårene i sktl. § 13-1 (1) hadde vært oppfylt.

Som nevnt er bakgrunnen for problemstillingen at Høyesterett i HR-2016-2165-A (Ikea) uttalte at «sktl. § 13-1 ikke kommer til anvendelse der disposisjonsrekken omfatter reelle egenkapitaldisposisjoner som lovlig foretas etter norsk aksjelovgivning.»¹⁷⁰ Ettersom tykk kapitalisering innebærer at sktl. § 13-1 anvendes til å justere størrelsen på et *egenkapitalinnskudd*, medfører uttalelsen tilsynelatende at sktl. § 13-1 overhodet ikke kan anvendes på tykk kapitalisering. I så fall vil ikke sktl. § 13-1 (1) gi grunnlag for skjønnsfastsettelse ved tykk kapitalisering, selv om vilkårene i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt.

Uttalelsen i HR-2016-2165-A var imidlertid et obiter dictum og dommen gjaldt verken tykk kapitalisering eller strukturell justering. Det må dermed foretas en nærmere analyse av uttalelsens rekkevidde og det må undersøkes om det øvrige rettskildebildet gir holdepunkter for at sktl. § 13-1 (1) ikke kan anvendes på et egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering. I det følgende er altså spørsmålet om sktl. § 13-1 ikke kommer til anvendelse på tykk kapitalisering fordi anvendelsesområdet til bestemmelsen må avgrenses mot *egenkapitalinnskudd*.

4.2 Ordlyd

Sktl. § 13-1 (1) gir grunnlag for skjønnsfastsettelse dersom tre kumulative vilkår er oppfylt, det må foreligge en inntektsreduksjon, interessefellesskap og årsakssammenheng. Ordlyden stiller ingen kvalitative krav til hvordan vilkåret om inntektsreduksjon må oppfylles. Heller ikke kravet til interessefellesskap eller årsakssammenheng tilsier at bestemmelsens anvendelsesområde må avgrenses mot visse typer disposisjoner. Språklig tilsier dermed ordlyden at sktl. § 13-1 (1) gir grunnlag for skjønnsfastsettelse dersom de tre kumulative vilkårene er oppfylt, men gir ikke holdepunkter for at bestemmelsen ikke kan anvendes på egenkapitalinnskudd. Ettersom det ligger innenfor en språklig forståelse av ordlyden å gi sktl.

¹⁷⁰ HR-2016-2165-A (81).

§ 13-1 anvendelse på egenkapitalinnskudd, vil ikke legalitetsprinsippet legge begrensninger for et slikt tolkningsresultat.¹⁷¹

4.3 Forarbeider

Sktl. § 13-1 har sitt forbilde i skatteloven 1911 § 54 første ledd. Da bestemmelsen ble vedtatt i 1911 hadde den til formål å sørge for «at ikke utenlandske konkurrenter faar tilsnike sig skattefrihet.»¹⁷² Den opprinnelige ordlyden stilte ikke krav om inntektsreduksjon, men nøyde seg med å fastslå at dersom det forelå interessefellesskap «blir denne interesse at medta til beskatning av ligningsnævnden, der i saadant tilfælde kan ansætte formue og indtægt efter eget skjøen over forretningens midler og avkastning».¹⁷³

Bestemmelsen gikk fra 1911 til 1980 gjennom en rekke små endringer. I 1981 ble det foretatt en større revisjonen hvor bestemmelsen fikk en utforming som er likere slik sktl. § 13-1 ser ut i dag.¹⁷⁴ Formålet med revisjonen var å foreta en forenkling av bestemmelsens språklige utforming, men den nye bestemmelsen var «langt på vei er en videreføring av dagens gjennomskjæringsbestemmelse».¹⁷⁵ Revisjonen innebar altså ikke materielle endringer i rettstilstanden.

Av interesse for spørsmålet om sktl. § 13-1 kan anvendes på egenkapitalinnskudd er at det i forarbeidene til 1981-revisjonen er uttalt at måten inntektsreduksjonen har skjedd på «i prinsippet [er] *uten betydning*. Det kan gjøres ved *uriktig prisfastsetting på varer, tjenester eller andre ytelser, unaturlig høy lånefinansiering m.v.*»¹⁷⁶ (uthevet her). Dette tilsier at ordlydens språklige utforming, som gir uttrykk for at bestemmelsen omfatter alle typer disposisjoner, var tilsiktet. Det kan imidlertid spørres om forarbeidsuttalelsen kan tas på ordet.

I uttalelsen er det nevnt enkelte disposisjoner som omfattes av sktl. § 13-1, men det følger av «med videre» at dette bare er uttrykk for eksempler. Oppramsingen kan derfor ikke forstås som en uttømmende liste. Bruken av «m.v.» kan imidlertid indikere at bestemmelsen ikke kan anvendes på *alle* typer disposisjoner, men bare de som ligner de uttrykkelig angitte. Fordi tykk kapitalisering ikke aktualiserer spørsmål om å justere *prisen* på et egenkapitalinnskudd, har ikke problemstillingen umiddelbare likhetstrekk med «uriktig prisfastsetting». Det kan tilsi at

¹⁷¹ Zimmer (2018) s. 49, for så vidt gjelder at legalitetsprinsippet er relevant på skatterettens område, men at det «neppe [gjelder] noe strengt krav om at det må foreligge klar hjemmel e.l.»

¹⁷² Ot.prp. nr. 43 (1910) s. 26.

¹⁷³ Skatteloven 1911 § 54.

¹⁷⁴ Historisk versjon av sktl. § 54 på lovdata.no.

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 26 (1980-1981) s. 57 og s. 66.

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 26 (1980-1981) s. 66.

justering av egenkapitalinnskuddets størrelse i forbindelse med tykk kapitalisering er noe kvalitativt annet enn de angitte eksemplene.

Tykk kapitalisering har imidlertid, også utover navnelikhet, visse fellestrekk med «unaturlig høy lånefinansiering» (tynn kapitalisering). I begge tilfeller er spørsmålet om selskapets kapitalstruktur er påvirket av interessefellesskapet, og i så fall om dette kan angripes ved å endre en inntektssart til en annen (strukturell justering). Selv om det også er betydelige forskjeller mellom problemstillingene, kan fellestrekkene mellom tynn og tykk kapitalisering tilsi at også justering av et egenkapitalinnskudds størrelse ved tykk kapitalisering ligger innenfor det lovgiver forutsatte at kunne omfattes av «m.v.». Det kan tilsi at selv om bestemmelsen skulle ha et avgrenset anvendelsesområdet, så ligger tykk kapitalisering innenfor dette. Språklig er det imidlertid mer nærliggende å tolke «uten betydning» slik at disse forarbeidene faktisk forutsatte at det ikke gjaldt noen begrensninger med hensyn til hvilke disposisjoner bestemmelsen kan anvendes på.

Generelt bruker forarbeidene til sktl. § 13-1 ofte «transaksjon» om det forholdet det er spørsmål om å anvende sktl. § 13-1 (1) på.¹⁷⁷ Det er mulig å stille spørsmål ved om et egenkapitalinnskudd faller innenfor det som vanligvis siktes til med «transaksjon». Enkelte vil kanskje hevde at det er språklig anstrengt å anse et egenkapitalinnskudd som en «transaksjon». Det er imidlertid ikke grunn til å tro at denne terminologien er valgt for å avgrense bestemmelsens anvendelsesområde mot visse typer disposisjoner, men heller at det tas sikte på å omtale typetilfellet. Dette underbygges av at forarbeidene også bruker «disposisjon» og «samhandel» for å beskrive det forhold det er spørsmål om å anvende armlengdeprinsippet på.¹⁷⁸ Det synes dermed ikke være grunnlag for å trekke slutninger om anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 fra det at forarbeidene typisk bruker «transaksjon» om det forholdet bestemmelsen skal anvendes på.

I forarbeidene til den nye sktl. § 13-1 (1999-loven) uttales at «formålet med bestemmelsen er å motvirke omgåelse av skattelovgivningen, *først og fremst* omgåelser ved at inntekts- eller formuesposter søkes overført fra en skattyter til en annen ved skjev prissetting.»¹⁷⁹ (uthevet her). Selv om dette klart nok viser at bestemmelsens primærområde er skjev prissetting, ligger det ingen avgrensning mot andre former for omgåelse i «*først og fremst*». Det er vanskelig å slutte noe fra at formålet med bestemmelsen er å motvirke «omgåelser» fordi dette er en term med et svært uklart meningsinnhold. Uansett er det klart at dette formålet ikke gir grunnlag for å anta at ordlyden i sktl. § 13-1 (1) må tolkes innskrenkende.

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 26 (1980-1981) s. 66, Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 75 og Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) s. 13-16.

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 26 (1980-1981) s. 66.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) pkt. 7.13.

I Prop. 98 L (2018-2019), som er forarbeidene til lovfesting av omgåelsesnormen i sktl. § 13-2, gis det i pkt. 9.1 «Gjeldende rett» uttrykk for at et ledd i fastsettelsen av internpriser etter skatteloven § 13-1 kan være såkalt strukturell justering. Det uttales i den sammenheng at «[b]ruk av bestemmelsen ved tynn eller *tykk kapitalisering* er et eksempel på strukturell justering».¹⁸⁰ (uthevet her). Lovkonsipisten synes her å forutsette at sktl. § 13-1 (1) kan anvendes til å foreta en strukturell justering av egenkapitaltilskudd.

Selv om uttalelsen står i et punkt om «gjeldende rett», er forarbeidene til sktl. § 13-2 et etterarbeid til sktl. § 13-1, og derfor må uttalelsens vekt problematiseres. I en høyesterettsdom fra 2004 på skatterettens område, oppstod spørsmål om vekten av lovgivers tolkningsuttalelser som var avgitt i etterkant av at det hadde oppstått tvist om forståelsen av en bestemmelse.¹⁸¹ Høyesterett fant at disse ikke kunne «tillegges rettskildemessig betydning, da noe annet vil gi lovgiverne mulighet til - uten uttrykkelig lovvedtak og i strid med Grunnloven § 97 – å endre loven med tilbakevirkende kraft».¹⁸² Da etterarbeidene er fra 2018-2019, og problematikken knyttet til tykk kapitalisering av internbanker oppstod før dette,¹⁸³ tilsier det forsiktighet med å tillegge uttalelsen i Prop. 98 L rettskildemessig vekt.

Gjennomgangen ovenfor viser at det i forarbeidene til sktl. § 13-1 ikke er diskutert hvorvidt bestemmelsen kommer til anvendelse på egenkapitalinnskudd. Furuseth hevder at dette «er et argument for at lovgiver ikke har ment at bestemmelsen skal omfatte slike situasjoner.»¹⁸⁴ Hadde anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 vært klart trukket opp i forarbeidene, for eksempel ved uttømmende angivelse av hvilke disposisjoner som omfattes, ville Furuseths antitese vært nærliggende. Situasjonen er imidlertid den motsatte, det gis uttrykk for at det i «prinsippet er uten betydning hvordan inntektsreduksjonen er skjedd»¹⁸⁵ og det listes bare opp eksempler på forhold som omfattes. Da synes det mer nærliggende å tolke forarbeidene slik at de ikke utelukker at egenkapitalinnskudd omfattes av bestemmelsens anvendelsesområde. Dette underbygges av at det å slutte fra at noe ikke er omtalt i forarbeidene til at det heller ikke gjelder, er en tvilsom sak; «Skattelovgivning er ofte ikke så grundig forberedt at man kan trekke slutninger fra hva som ikke er omtalt i forarbeider.»¹⁸⁶

¹⁸⁰ Prop. 98 L (2018-2019) pkt. 9.1.

¹⁸¹ Rt-2004-1921.

¹⁸² Rt-2004-1921 (85). Noe tilsvarende er lagt til grunn i HR-2017-2248-A (32).

¹⁸³ Aftenposten (2016).

¹⁸⁴ Furuseth (2017) s. 279.

¹⁸⁵ Ot.prp. nr. 26 (1980-1981) s. 66.

¹⁸⁶ Zimmer (2011) s. 54.

4.4 Ikea-dommen

4.4.1 Innledning

Fra rettspraksis er det bare Høyesteretts dom HR-2016-2165-A (Ikea) som har direkte relevans for spørsmålet om sktl. § 13-1 kan anvendes på et egenkapitalinnskudd. Høyesterett vurderte ikke om det var grunnlag for strukturell justering i saken, men det ble uttalt at «sktl. 13-1 ikke kommer til anvendelse der disposisjonsrekken omfatter reelle egenkapitaldisposisjoner som lovlig foretas etter norsk aksjelovgivning».¹⁸⁷ Spørsmålet i det følgende er om denne uttalelsen medfører at sktl. § 13-1 (1) ikke kan anvendes på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering. I så fall gir ikke sktl. § 13-1 grunnlag for skjønnsfastsettelse ved tykk kapitalisering, selv om vilkårene i bestemmelsen i og for seg skulle være oppfylt.

HR-2016-2165-A gjaldt en omorganisering i Ikea-konsernet, hvor Ikea Handel og Eiendom AS («Ikea HE») gikk fra å være direkte eier av fem eiendommer og to eiendomskontrakter i Norge («eiendommene»), til å bli indirekte eier av de samme eiendommene. Omorganiseringen bestod av flere ledd. Sentralt for spørsmålet her er at det ble gjennomført en fisjon med skattemessig kontinuitet i Ikea HE. Fisjonen innebar en kapitalnedsettelse og dermed utdeling av selskapets egenkapital.¹⁸⁸ Ved fisjonen ble eiendommene til Ikea HE skilt ut og lagt til hvert sitt «single purpose»-selskap, disse selskapene var eid av det nederlandske morselskapet til Ikea HE, Ingka Pro Holding.¹⁸⁹ Det siste leddet i omorganiseringen bestod av at Ikea HE tok opp et lån i Ikea-konsernets internbank for å kunne kjøpe tilbake fra Ingka Pro Holding aksjene i selskapene hvor de utfisjonerte eiendommene nå lå. Låneopptaket medførte store rentekostnader for Ikea HE, og disse krevde Ikea HE fradrag for i skattepliktig inntekt, jf. Sktl. § 6-40.

Skattekontoret fant at både «sktl. § 13-1 og ulovfestet gjennomskjæring» ga grunnlag for å nekte Ikea HE inntektsfradrag for gjeldsrentene.¹⁹⁰ Ikea HE bestred vedtaket, men både i tingretten og lagmannsretten ble skattekontorets vedtak opprettholdt.¹⁹¹ I tingretten, på grunnlag av både sktl. § 13-1 og ulovfestet gjennomskjæring. I lagmannsrettens ble bare sktl. § 13-1 vurdert.

Høyesterett vurderte først om sktl. § 13-1 ga grunnlag for å nekte Ikea HE inntektsfradrag. Etter en gjennomgang av relevante rettskilder fant Høyesterett at sktl. § 13-1 ikke kommer til anvendelse der disposisjonsrekken omfatter «egenkapitaldisposisjoner».¹⁹² Fordi den aktuelle disposisjonsrekken omfattet en fisjon og kapitalnedsettelse, ga ikke sktl. § 13-1 grunnlag for å

¹⁸⁷ HR-2016-2165-A (81).

¹⁸⁸ HR-2016-2165-A (53).

¹⁸⁹ HR-2016-2165-A (7).

¹⁹⁰ Skattekontorets vedtak 6. november 2013.

¹⁹¹ TOSLO-2014-76330 og LB-2015-17431.

¹⁹² HR-2016-2165-A (81).

nekte rentefradraget. Det var derfor ikke nødvendig for Høyesterett å vurdere om vilkårene i sktl. § 13-1 (1) ville vært oppfylt. Høyesterett vurderte deretter den ulovfestede omgåelsesnormen og kom til at denne ga grunnlag for å nekte fradraget. Fordi vurderingen av sktl. § 13-1 ikke var nødvendig for resultatet, er den et obiter dictum.

4.4.2 Analyse av Høyesteretts obiter dictum

4.4.2.1 Innledning

Spørsmålet er så om uttalelsen i HR-2016-1265-A innebærer at sktl. § 13-1 ikke kan anvendes på et egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.

Høyesterett uttalte generelt at sktl. § 13-1 ikke kommer til anvendelse der «disposisjonsrekken omfatter reelle *egenkapitaldisposisjoner* som lovlig foretas etter *norsk aksjelovgivning*».¹⁹³ (uthevet her). Det er forutsatt at egenkapitalinnskuddet som vurderes ved tykk kapitalisering er «reelt» og «lovlig», disse forbeholdene i Høyesteretts uttalelse analyseres derfor ikke nærmere. Derimot må det vurderes hva Høyesterett siktet til med «*egenkapitaldisposisjoner*» og hva som ligger i at disse må være lovlig foretatt etter «*norsk aksjelovgivning*».

4.4.2.2 «[E]genkapitaldisposisjoner»

Ikea-dommen gjaldt en rekke av flere disposisjoner, herunder en fisjon og kapitalnedsettelse som innebar utdeling av selskapets egenkapital («fisjonen»). I uttalelsen avgrenset Høyesterett anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 mot «egenkapitaldisposisjoner», som etter en språklig forståelse omfatter mer enn bare den aktuelle fisjonen. Et første spørsmål er dermed om dommen begrenser anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 mot alle egenkapitaldisposisjoner, herunder *egenkapitalinnskudd*, eller bare fisjoner med tilhørende kapitalnedsettelse og utdeling av selskapets egenkapital som dommen gjaldt.

Høyesterett uttalte innledningsvis hva som menes med «egenkapitaldisposisjon»: «Fisjonen innebar en kapitalnedsettelse og dermed utdeling av selskapets egenkapital. *Jeg vil i fortsettelsen omtale dette som en egenkapitaldisposisjon.*»¹⁹⁴ (uthevet her).

Da Høyesterett senere i votumet avgrenset anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 mot «egenkapitaldisposisjoner» kan dette i lys av definisjonen innledningsvis, tolkes slik at Høyesterett bare siktet til fisjoner med tilhørende kapitalnedsettelse. Selv om «egenkapitaldisposisjoner» er et vanlig uttrykk i selskapsretten, og «egenkapital» benyttes både i aksjeloven og skatteloven,¹⁹⁵ er ikke termen definert i disse lovene. Det er derfor ikke klart

¹⁹³ HR-2016-2165-A (81).

¹⁹⁴ HR-2016-2165-A (53).

¹⁹⁵ For eksempel aksjeloven § 3-4 og 3-5 og skatteloven § 4-12, § 5-14.

hva som omfattes av «egenkapitaldisposisjoner». Hensynet til forutberegnelighet kan dermed tale for å legge til grunn at Høyesterett bare mente å avgrense anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 mot den disposisjonen saken gjaldt, fisjoner og kapitalnedsettelse. At bruken av termer viser tilbake til definisjoner gitt innledningsvis, er også i samsvar med god skriveskikk.

Det er imidlertid også mulig å forstå definisjonen slik at formålet med den var å understreke at fisjon med kapitalnedsettelse, er å anse som én type egenkapitaldisposisjon, men at Høyesterett ikke med avgrensningen mot «egenkapitaldisposisjoner» mente å bare avgrense mot denne typen egenkapitaldisposisjoner. Denne tolkningen støttes av at det er vanskelig å se hvorfor Høyesterett skulle avgrenset mot det videre «egenkapitaldisposisjoner», hvis meningen bare var å avgrense mot den aktuelle egenkapitaldisposisjonen i dommen. I tillegg avgrenset Høyesterett mot «egenkapitaldisposisjoner» i flertall, som riktignok kan sikte til at det er flere fisjoner i verden, men som det er mer nærliggende å tolke slik at det er mer enn fisjoner og kapitalnedsettelse anvendelsesområdet ble avgrenset mot. Dette tilsier at Høyesterett tok sikte på å avgrense mot mer enn bare den aktuelle egenkapitaldisposisjonen i saken.

En nærmere analyse av Høyesteretts begrunnelse for å avgrense anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 mot egenkapitaldisposisjoner, kan likevel tilsi at selv om Høyesterett mente å avgrense mot mer enn fisjoner og kapitalnedsettelse, er det ikke gitt at avgrensningen omfatter *alle* egenkapitaldisposisjoner.

Resonnementet som endte med at Høyesterett la til grunn at sktl. § 13-1 ikke kan anvendes på egenkapitaldisposisjoner, startet i premiss 61 med at førstvoterende gjennomgikk ordlyden og forarbeidene til § 13-1. Høyesterett uttalte at ordlyden stiller «ingen kvalitative krav til hvordan interessefellesskap har ført til at 'inntekt er redusert'» og kan isolert sett «tyde på at bestemmelsen har et ubegrenset anvendelsesområde».¹⁹⁶

Høyesterett fant imidlertid at forarbeidene og forhistorien ga et mer «nyansert bilde».¹⁹⁷ Forarbeidene viste at bestemmelsens «*primære* nedslagsfelt» er internprising og tynn kapitalisering, og tilsa at det var tvilsomt om «lovgiver tok sikte på at § 54 skulle anvendes på annet enn avtaler – transaksjoner [...]»¹⁹⁸. Høyesterett gikk imidlertid ikke inn på en vurdering av hva som omfattes av «avtaler» og «transaksjoner», og det er dermed uklart hvilken avgrensning som eventuelt kan ligge i dette.

¹⁹⁶ HR-2016-2165-A.

¹⁹⁷ HR-2016-2165-A (61).

¹⁹⁸ HR-2016-2165-A (64).

I premiss 65 oppsummerte Høyesterett med at lovgiver gjennom forarbeidene har «gitt nokså direkte uttrykk for at § 13-1 *primært* er en tilordnings- og prisingsregel ved transaksjoner mellom skattytere i interessefellesskap». ¹⁹⁹ (uthevet her). Likevel kan man ikke etter alminnelig rettskildelære slutte fra hva bestemmelsens *primære* anvendelsesområde er, til hva bestemmelsen *ikke kan* anvendes på. Det er derfor naturlig å tro at verken ordlyden eller forarbeidene ga tungtveiende bidrag til Høyesteretts konklusjon.

I premiss 68 trakk Høyesterett frem Fornebo-standardene og uttalte at ikke den «avgjør spørsmålet om § 13-1 også finner anvendelse på egenkapitaldisposisjoner». Frem til premiss 68 hadde Høyesterett altså ikke vist til noen kilder som ga eksplisitte holdepunkter for at bestemmelsen ikke kan anvendes på egenkapitaldisposisjoner.

I premiss 70-73 viste førstvoterende til at det i høyesterettspraksis ikke finnes eksempler på at sktl. § 13-1 har vært anvendt på egenkapitaldisposisjoner. Der disposisjonsrekken har omfattet egenkapitaldisposisjoner har omgåelsesnormen «uten ytterligere problematisering»²⁰⁰ blitt lagt til grunn. Det er klart at dette viser en systematikk i hvilke problemstillinger som behandles etter hvilket regelsett, og kan gi en indikasjon på at sktl. § 13-1 ikke kan anvendes på egenkapitaldisposisjoner. Etter alminnelig rettskildelære kan det likevel ikke slutes fra at sktl. § 13-1 ikke har vært anvendt på egenkapitaldisposisjoner tidligere, til at den heller ikke *kan* anvendes på slike. At det ikke finnes rettspraksis på at sktl. § 13-1 har vært anvendt på egenkapitaldisposisjoner, kan derfor ha gitt støtte, men kan ikke ha vært avgjørende for Høyesteretts konklusjon om at sktl. § 13-1 må avgrenses mot slike disposisjoner.

Etter å ha pekt på andre rettskilder som heller ikke ga veiledning, diskuterte Høyesterett i premiss 78 betydningen av at det parallelt med sktl. § 13-1 er utviklet en ulovfestet gjennomskjæringsregel i skatteretten og uttalelser i forarbeidene til sktl. § 13-1 om at den er «en av flere såkalte omgåelses- eller gjennomskjæringsregler». Høyesterett fant det klart at lovgiver ikke med denne uttalelsen har ment at sktl. § 13-1 skal være et generelt «alternativ til den ulovfestede regelen om gjennomskjæring», hvilket staten hadde anført. Det er imidlertid ikke innlysende hvorfor det at sktl. § 13-1 ikke er et generelt alternativ til omgåelsesnormen, også må tilsi at sktl. § 13-1 ikke kan anvendes på egenkapitaldisposisjoner. Dette synes dermed heller ikke være et avgjørende argument for konklusjonen.

Analysen over viser at Høyesterett frem til premiss 78 ikke hadde vist til noen rettskilder som ga avgjørende holdepunkter for at anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 må avgrenses mot egenkapitaldisposisjoner. Det avgjørende for Høyesteretts konklusjon synes i lys av dette å

¹⁹⁹ HR-2016-2165-A (65)

²⁰⁰ HR-2016-2165-A (73).

være de reelle hensynene som tekkes fram i premiss 78 og 79. I premiss 79 uttaler Høyesterett blant annet at «[e]genkapitaltransaksjoner vil etter sin art kunne føre til inntektsreduksjoner som bare kan forklares med interessefellesskapet [...]» (uthevet her). Videre, at anvendelse av § 13-1 i slike tilfeller vil føre til at «lojale og legitime disposisjoner som foretas i samsvar med aksjelovgivningen i utgangspunktet rammes av bestemmelsen.»²⁰¹ (uthevet her). I tillegg pekte Høyesterett på at den «sammenligningen som skjønnet etter § 13-1 tredje ledd legger opp til, vil også by på problemer i slike tilfeller.» I premiss 78 ble det pekt på at «terskelen for gjennomskjæring ved interessefellesskap [vil] bli lav».²⁰²

Høyesterett trakk altså her frem en rekke uheldige konsekvenser ved å la sktl. § 13-1 komme til anvendelse på egenkapitaldisposisjoner. I lys av at ingen av de andre rettskildene ga eksplisitte holdepunkter for at sktl. § 13-1 ikke kunne anvendes på egenkapitaldisposisjoner, er det nærliggende å tolke Høyesterett slik at disse hensynene ble gitt utslagsgivende vekt. Derfor er det også naturlig å fastlegge rekkevidden av Høyesteretts avgrensning mot «egenkapitaldisposisjoner» basert på om disse hensynene gjør seg gjeldende ved anvendelsen av sktl. § 13-1 på den konkrete egenkapitaldisposisjonen.

I den forbindelse er det naturlig å først se nærmere på den egenkapitaldisposisjonen Ikea-dommen gjaldt. Høyesterett uttalte innledningsvis at fisjonen innebar en kapitalnedsettelse og dermed «utdeling av selskapets egenkapital».²⁰³ Samtidig ble det i vurderingen av reelle hensyn i premiss 79 pekt på at «egenkapitaldisposisjoner vil etter sin art kunne føre til inntektsreduksjoner som bare kan forklares med interessefellesskapet» (uthevet her). I den sammenheng viste Høyesterett bare til egenkapitaldisposisjoner som alle har til felles at de på samme måte som egenkapitaldisposisjonen i dommen, fører til *en reduksjon i selskapets inntekt*; «utdeling av utbytte» og «utfisjoning av inntektsgenererende aktiva».²⁰⁴

Ved tykk kapitalisering er det imidlertid spørsmål om å anvende sktl. § 13-1 på et egenkapitalinnskudd, og dette er verdsatt til virkelig verdi. Et slikt egenkapitalinnskudd fører ikke på samme måte etter sin art til en reduksjon i selskapets inntekt eller egenkapital. Ved anvendelse av sktl. § 13-1 (1) på egenkapitalinnskudd vil derfor inntektsreduksjonsvilkåret bare kunne være oppfylt hvis det er grunnlag for strukturell justering. Fordi vilkårene for strukturell justering må være oppfylt, er det vanskelig å se at de uheldige konsekvensene Høyesterett skisserte i Ikea-dommen vil oppstå i disse tilfellene:

²⁰¹ HR-2016-2165-A (79).

²⁰² HR-2016-2165-A (78).

²⁰³ HR-2016-2165-A (53).

²⁰⁴ HR-2016-2165-A (79).

For det første, som vist i kapittel 3.2 vil vilkårene for strukturell justering bare være oppfylt der det er foretatt en *kommersielt irrasjonell* disposisjon. Det er dermed ikke grunn til å tro at anvendelse av sktl. § 13-1 på egenkapitalinnskudd vil kunne føre til at «lojale og legitime disposisjoner som foretas i samsvar med aksjelovgivningen, i utgangspunktet [vil] bli rammet av bestemmelsen.»²⁰⁵ For det andre, hvis vilkårene for strukturell justering er oppfylt, vil justeringen føre til at det foreligger et lån, som er en transaksjon som kan sammenlignes med en tilsvarende transaksjon mellom uavhengige parter. Dermed vil heller ikke «den sammenligningen som skjønnet etter sktl. § 13-1 (3) legger opp til, [...] by på problemer».²⁰⁶ For det tredje har drøftelsen i kapittel 3 vist at strukturell justering er forbeholdt «exceptional circumstances», hvilket innebærer at terskelen er veldig høy.²⁰⁷ Det synes derfor heller ikke være noen fare for at terskelen for å justere skattyters disposisjoner etter sktl. § 13-1 «vil bli lav»²⁰⁸ ved at bestemmelsen får anvendelse på et egenkapitalinnskudd.

Der den kontrollerte transaksjonen er et egenkapitalinnskudd, vil altså inntektsreduksjonsvilkåret bare være oppfylt hvis det er grunnlag for strukturell justering. Det er da vanskelig å se at de uheldige konsekvensene Høyesterett skisserte i Ikea-dommen vil kunne oppstå ved anvendelse av sktl. § 13-1 på et egenkapitalinnskudd. Det er dermed ikke gitt at Høyesteretts avgrensning mot egenkapitaldisposisjoner også omfatter anvendelse av sktl. § 13-1 på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.

En domskommentar fra Skattedirektoratet støtter en slik tolkning av Høyesteretts uttalelse. I kommentaren tas det til orde for at Høyesteretts uttalelse ikke kan forstås slik at anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 må avgrenses mot alle egenkapitaldisposisjoner, men bare mot «utbytteutdelinger og utdelinger i forbindelse med kapitalnedsettelse og fisjoner».²⁰⁹ Utbytteutdelinger er som nevnt også eksempel på en disposisjon som etter sin art fører til en inntektsreduksjon.

Analysen ovenfor har vist at det ikke uten videre er klart hvilke disposisjoner Høyesterett mente å avgrense anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 mot med uttalelsen i HR-2016-2165-A. Dommen gjaldt en fisjon med tilhørende kapitalnedsettelse, men Høyesterett uttalte at sktl. § 13-1 ikke kommer til anvendelse på «egenkapitaldisposisjoner». Begrunnelsen for denne avgrensningen synes å være de uheldige konsekvensene anvendelse av sktl. § 13-1 på egenkapitaldisposisjoner

²⁰⁵ HR-2016-2165-A (79).

²⁰⁶ HR-2016-2165-A (79).

²⁰⁷ OECDs retningslinjer pkt. 1.121.

²⁰⁸ HR-2016-2165-A (78).

²⁰⁹ Skattedirektoratet (2016), motsatt Furuseth (2017) s. 282.

kan ha. Det er imidlertid vanskelig å se at disse motforestillingene gjør seg gjeldende ved anvendelse av sktl. § 13-1 på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering. Det kan dermed problematiseres om avgrensningen av anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 mot egenkapitaltransaksjoner også omfatter egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.

4.4.2.3 Egenkapitaldisposisjoner foretatt etter «norsk aksjelovgivning»

Høyesterett uttalte videre at sktl. § 13-1 ikke kommer til anvendelse på egenkapitaldisposisjoner der disse er foretatt etter «norsk aksjelovgivning».²¹⁰ Egenkapitalinnskuddet som undersøkes i denne oppgaven er foretatt etter aksjelovgivningen i datterselskapets hjemstat, som ligger i Belgia. Hvis Høyesteretts uttalelse må tolkes slik at den stenger for anvendelse av sktl. § 13-1 på egenkapitalinnskudd, er spørsmålet om forbeholdet for «norsk aksjelovgivning» medfører at avgrensningen likevel ikke har direkte overføringsverdi til problemstillingen her.

Det er vanskelig å forstå hva som er grunnen til at Høyesterett oppstilte forbeholdet om at egenkapitaldisposisjonen må være foretatt etter «norsk aksjelovgivning». Zimmer har pekt på at en begrunnelse kan være at det er vanskelig å overskue konsekvensene av all mulig utenlandsk selskapsrett, og at man derfor ikke vil stenge døren helt for anvendelse av sktl. § 13-1 på utenlandske egenkapitaldisposisjoner.²¹¹ Tykk kapitalisering i forbindelse med etablering av internbank i Belgia var spesielt lukrativt på grunn av Belgias NID-regimet, jf. pkt. 1.1. Konsekvensene av den belgiske ordningen kan være et eksempel på noe som er vanskelig å overskue, og dermed et tilfelle som forbeholdet kan ha tatt sikte på å ikke stenge døren for.

Det taler imidlertid mot å tolke forbeholdet slik at sktl. § 13-1 likevel kan anvendes der egenkapitaldisposisjonen er foretatt etter utenlandsk aksjelovgivning, at en slik avgrensning av anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 kan være problematisk etter EØS-retten.²¹² Tatt på ordet innebærer Høyesteretts formulering at en grenseoverskridende egenkapitaldisposisjon kan stå i fare for å rammes av sktl. § 13-1, i et tilfelle hvor disposisjonen ikke ville blitt det om den var rent nasjonal. For eksempel vil tykk kapitalisering mellom to ulike skatteregimer i Norge falle utenfor anvendelsesområdet til sktl. § 13-1, mens grenseoverskridende tykk kapitalisering ville kunne falle innenfor. Dette er forskjellsbehandling og en restriksjon på fri bevegelighet av kapital, jf. art. 40 EØS, som tilsvarende Art. 63 TFEU. Restriksjonen må dermed kunne begrunnes i tvingende allmenne hensyn, være egnet til å nå sitt mål og være forholdsmessig for å ikke være i strid med EØS-retten.²¹³ At det kan være problematisk etter EØS-retten å ta forbeholdet

²¹⁰ HR-2016-2165-A (81).

²¹¹ Zimmer (2017a) pkt. 5.

²¹² Folkvord (2018) s. 1147.

²¹³ Zimmer (2017) s. 118, her pekes på at hensynet til å beskytte statens skatteinntekter har blitt kategorisk avvist.

på ordet, taler for at avgrensningen mot egenkapitaldisposisjoner også må gjelde der disse er foretatt etter utenlandsk aksjelovgivning.

Videre synes Høyesteretts begrunnelse for å avgrense anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 mot egenkapitaldisposisjoner å ha tilsvarende gyldighet der egenkapitaldisposisjonen er foretatt etter utenlandsk lovgivning. Egenkapitaldisposisjoners «art» må være den samme enten de er foretatt etter norsk eller utenlandsk rett. Det er derfor rimelig å anta at de utfordringene Høyesterett skisserer vil oppstå uavhengig av hvor egenkapitaldisposisjonen er gjennomført. At begrunnelsen bak avgrensningen også omfatter egenkapitaldisposisjoner foretatt etter utenlandsk aksjelovgivning, taler i retning av at det må gjøres tilsvarende avgrensning i anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 i slike tilfeller. I teorien er det på denne bakgrunn antatt at Høyesteretts uttalelse medfører at sktl. § 13-1 heller ikke kan anvendes på grenseoverskridende egenkapitaltransaksjoner.²¹⁴ Tatt på ordet innebærer likevel forbeholdet at Høyesterett ikke har lukket døren for anvendelse av sktl. § 13-1 på egenkapitaltransaksjoner foretatt etter utenlandsk aksjelovgivning.

4.4.3 Sammenfatning

Ovenfor er det først pekt på forhold som kan tilsi at Høyesteretts avgrensning av anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 mot «egenkapitaldisposisjoner», må tolkes slik at avgrensningen ikke omfatter egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering. Deretter er det pekt på at det er uklart om forbeholdet for egenkapitaldisposisjoner foretatt etter «norsk aksjelovgivning» kan tas på ordet. At det er usikkert både hva som omfattes av «egenkapitaldisposisjoner» og hva som er rekkevidden av forbeholdet for «norsk aksjelovgivning», viser at det er svært uklart hva som er rekkevidden av Høyesteretts uttalelse.

I tillegg kommer at vurderingen av sktl. § 13-1 er et obiter dictum. Høyesteretts vurdering av sktl. § 13-1 var riktignok omfattende, og det ble uttalt at «spørsmålet knyttet til skatteloven § 13-1 første ledd gjelder avklaring av et viktig spørsmål av stor praktisk betydning for staten».²¹⁵ Dette endrer likevel ikke at uttalelsen, fordi den var obiter dictum, ikke har krav på samme vekt som hvis den hadde vært nødvendig for resultatet.²¹⁶

Dertil kommer at sakskomplekset i Ikea-dommen skiller seg tematisk det som er tilfelle ved tykk kapitalisering. Ikea-dommen gjaldt en konsernintern omorganisering, mens tykk kapitalisering gjelder konsernintern finansiering. Tykk kapitalisering har dermed, i motsetning til Ikea-saken, likhetstrekk med situasjoner som faller inn under sktl. § 13-1, altså tynn

²¹⁴ Folkvord (2018) s. 1147, se også Zimmer (2017a) pkt. 5 og Furuset (2017) s. 283.

²¹⁵ HR-2016-2165-A (110).

²¹⁶ Mestad i Høgberg og Sunde (red.) (2019) s. 94.

kapitalisering. I Ikea-dommen ble det heller ikke vurdert om det var grunnlag for en strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen. Det kan synes problematisk å la et obiter dictum i en dom som gjaldt noe ganske annet, få avgjørende betydning for hvorvidt sktl. § 13-1 kan anvendes ved tykk kapitalisering.

Sammenlagt tilsier de ovenfor nevnte forholdene at det må anses svært usikkert om Høyesteretts uttalelse i HR-2016-2165-A stenger for at sktl. § 13-1 kan anvendes på egenkapitalinnskudd. Jeg konkluderer derfor med at rekkevidden av Høyesteretts uttalelse i Ikea-dommen ikke er tilstrekkelig klar til å avgjøre spørsmålet om sktl. § 13-1 kan anvendes på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.

Ettersom Ikea-dommen ikke gjaldt strukturell justering av en egenkapitaldisposisjon, foreligger det så vidt jeg vet ingen dommer hvor det i forbindelse med anvendelse av sktl. § 13-1 har blitt vurdert om det var grunnlag for strukturell justering av en egenkapitaldisposisjon. Dette innebærer at det heller ikke foreligger dommer som vurderer strukturell justering av et egenkapitalinnskudd. Det kan stilles spørsmål ved om denne manglende praksisen i seg selv tilsier at sktl. § 13-1 ikke kan anvendes på egenkapitalinnskudd.

At sktl. § 13-1 ikke har vært anvendt til å foreta strukturelle justeringer av egenkapitalinnskudd før, kan tale for at bestemmelsen heller ikke omfatter slike disposisjoner. Likevel kan ikke dette tillegges avgjørende vekt. Begrunnelsen er at en slutning fra at noe ikke har vært prøvd før, til at det heller ikke gjelder, forutsetter at skattemyndighetene prøver alle saker som enhver bestemmelse i prinsippet kan omfatte for domstolene. Det er klart at det ikke er tilfelle. Snarere beror utvelgelsen av hvilke saker som prøves for domstolene på ressurs hensyn, effekt for skatteproveny og andre prioriteringer.

I tillegg er det først de senere år, særlig etter Bullens avhandling om tema, at det har blitt rettet økt oppmerksomhet mot hva som er vilkårene for å foreta strukturelle justeringer etter armlengdeprinsippet.²¹⁷ At sktl. § 13-1 ikke tidligere har vært anvendt på strukturelle justeringer av egenkapitalinnskudd, kan derfor også sees i lys av at strukturelle justeringer generelt er et relativt lite utforsket tema, og at tykk kapitalisering er en relativt ny problemstilling i den forbindelse. At det ikke finnes eksempler på at sktl. § 13-1 har gitt grunnlag for strukturell justering av egenkapitalinnskudd før, er dermed ikke en avgjørende innvending mot at bestemmelsen kan anvendes på egenkapitalinnskudd.

²¹⁷ Bullen (2010).

4.5 OECDs retningslinjer

Etter sktl. § 13-1 (4) «skal» OECDs retningslinjer tas hensyn til ved tolkningen av sktl. § 13-1 (1). OECDs retningslinjer for internprising har 9 kapitler, men fikk et nytt tillegg i februar 2020, som utgjør kapittel 10.²¹⁸ Ingen av kapitlene, heller ikke kapittel 1, som gir en generell innføring i armlengdeprinsippet og de underliggende hensyn, diskuterer armlengdeprinsippets anvendelsesområde.²¹⁹ Det kan tilsi at armlengdeprinsippets anvendelsesområde følger av om vilkårene er oppfylt, og at det ikke kan gjøres avgrensninger ut over det.

Det er likevel grunn til å spørre om det kan utledes noe fra retningslinjene om prinsippets anvendelsesområde mer implisitt. Retningslinjene refererer stadig til «the controlled transaction»²²⁰ som forholdet det er spørsmål om å anvende armlengdeprinsippet på. Som med forarbeidene, er det imidlertid ikke grunnlag for å tro at denne ordbruken tar sikte på å avgrense armlengdeprinsippets anvendelsesområde mot visse typer disposisjoner. At retningslinjene andre steder bruker «arrangements»²²¹ underbygger dette. I tillegg, etter art. 9 kommer armlengdeprinsippet til anvendelse på «commercial and financial relations». Denne ordlyden synes videre enn retningslinjenes «transactions». Når ikke forholdet mellom disse to uttrykkene er diskutert nærmere, tilsier det forsiktighet med å utlede rettsvirkninger fra det snevrere «transactions».

Ettersom egenkapitalinnskudd overhodet ikke er omtalt i retningslinjene er det klart at dette er en disposisjonstype som ikke er i kjernen av armlengdeprinsippets anvendelsesområde. Retningslinjene pretenderer imidlertid ikke gi en uttømmende liste over alt armlengdeprinsippet omfatter, men er uttrykk for det innhold OECDs medlemsland foreløpig har klart å bli enige om at armlengdeprinsippet har.²²² Derfor kan det ikke slutes fra det at retningslinjene ikke omtaler anvendelse av armlengdeprinsippet på egenkapitalinnskudd, til at slike disposisjoner prinsipielt ligger utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Rimeligere er det å konkludere med at retningslinjene ikke gir sentrale bidrag til spørsmålet om sktl. § 13-1 kan anvendes på egenkapitalinnskudd.

²¹⁸ Regjeringen (2020).

²¹⁹ Andrus og Collier (2017) s. 151.

²²⁰ I OECDs retningslinjer er «controlled transaction» brukt 465 ganger, for eksempel i pkt. 1.6, 1.12, 1.33, 1.35.

²²¹ For eksempel i OECDs retningslinjer pkt. 1.122 og 1.123.

²²² Det er riktignok mulig å gjøre reservasjoner der man skulle være uenig, men OECD oppfordrer til å begrense reservasjoner til tilfeller hvor det er strengt nødvendig, Gjems-Onstad og Furuseth (red.) (2013) s. 421.

4.6 Systembetragtninger

4.6.1 Forholdet til sktl. § 8-15 (7) – regulering av egenkapitalandel

I sktl. § 8-15 (7) har lovgiver fastsatt grenser for hvor høy egenkapitalandel et rederibeskattet selskap maksimalt kan ha. Bestemmelsen regulerer altså tykk kapitalisering innenfor rederiskatteordningen. Det følger av sktl. § 8-15 (7) at hvis et selskap har en egenkapitalandel som overstiger 70 % av totalkapitalen i selskapet, anses det overskytende som skattepliktig finansinntekt. Det følger av forarbeidene at bakgrunnen for bestemmelsen er å unngå at skattesubjekter med alminnelig skatteplikt tilordnes gjeldsrentefradrag som reelt sett burde vært tilordnet det rederibeskattede selskapet.²²³

Som nevnt diskuteres i artikkelen til Furuseth hvorvidt sktl. § 13-1 kan anvendes på egenkapitalinnskudd. I den forbindelse argumenterer han for at den uttrykkelige reguleringen av egenkapitalandel innenfor rederiskatteordningen, viser at lovgiver er av den oppfatning at regler om tykk kapitalisering trenger særskilt lovgivning.²²⁴

Det er imidlertid vanskelig å se at det at sktl. § 8-15 (7) regulerer tykk kapitalisering innenfor en bestemt bransje, tilsier at problemstillingen ikke også kan falle inn under anvendelsesområdet til sktl. § 13-1. Det er veldig vanlig at en bestemmelse regulerer noe generelt, men at det finnes mer konkrete regler om det samme på et avgrenset område. Det kan for eksempel pekes på at man innenfor petroleumsskatteordningen vedtok særskilte regler mot tynn kapitalisering, selv om sktl. § 13-1 også ble ansett for å gi grunnlag for å angripe slike situasjoner.²²⁵ Det tilsier at det ikke er noen motsetning mellom det at noe er særskilt regulert innenfor et bestemt område, og at en generell regel kan omfatte det samme forholdet.

I tillegg er det lett å se at det kan være nyttig med særskilte regler på et område hvor problemstillingen er spesielt praktisk. Det kan være et særlig behov for avklaring, og i den sammenheng er det prosessøkonomisk å ikke overlate til hvert enkelt selskap å prøve seg frem. Det er også lettere å gi uttrykkelige regler om egenkapitalandel på et avgrenset område, enn det er å regulere egenkapitalandel helt generelt. I tillegg setter de særskilte reglene for tykk kapitalisering i sktl. § 8-15 (7) skarpe grenser, som ikke på samme måte vil kunne utledes av en generell bestemmelse som sktl. § 13-1. At tykk kapitalisering er konkret regulert innenfor

²²³ Ot.prp. nr. 11 (1996-1997) pkt. 6.5.4.1.

²²⁴ Furuseth (2017) s. 286.

²²⁵ Med virkning fra og med inntektsåret 1994 ble det gjennom en ny bestemmelse i petroleumsskatteloven § 3 h innført en begrensning i retten til fradrag for finansutgifter når egenkapitalen er lavere enn 20 prosent, se NOU 2000:18 s. 163. Se Utv-1989-304 og Utv-2004-685 for så vidt gjelder at sktl. § 54 også ga grunnlag for å angripe tynn kapitalisering på dette tidspunktet.

rederibeskatningsordningen, tilsier dermed neppe at problemstillingen ikke også kan falle inn under det sktl. § 13-1 kan anvendes på.

4.6.2 Forholdet til sktl. § 6-41 – rentebegrensingsregelen

Furusest viser også til at tykk kapitalisering ble diskutert i NOU 2014:13 i sammenheng med innføringen av rentebegrensingsreglene i sktl. § 6-41.²²⁶ I forarbeidene til § 6-41 diskuteres ulike utfordringer knyttet til tykk kapitalisering, uten at det gis uttrykk for at det finnes hjemmel i skatteloven for å håndtere disse. Furusest peker på at dersom sktl. § 13-1 allerede omfattet tykk kapitalisering, så ville det vært naturlig å nevne det her.²²⁷

I lys av at det ikke fantes eksplisitte uttrykk for lovgivers syn på spørsmålet om sktl. § 13-1 kan anvendes på tykk kapitalisering og spørsmålet ikke har vært oppe for domstolene, ville det vært vanskelig å legge til grunn i NOU 2014:13 at sktl. § 13-1 kommer til anvendelse på tykk kapitalisering. Uansett vil ikke det at problemstillingen faller innenfor det sktl. § 13-1 i prinsippet kan anvendes på, også innebære at *vilkårene* for skjønnsfastsettelse av skattyters inntekt i § 13-1 (1) vil være oppfylt ved tykk kapitalisering. Derfor er det tvilsomt om det at sktl. § 13-1 ikke er nevnt i NOU 2014:13 tilsier at sktl. § 13-1 ikke kan anvendes på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.

4.6.3 Forholdet til sktl. § 13-2 – omgåelsesnormen

Om det i et konkret tilfelle vil være grunnlag for å angripe tykk kapitalisering etter omgåelsesnormen i sktl. § 13-2, beror på om hovedformålet med disposisjonen var å oppnå en skattefordel og disposisjonen etter en totalvurdering ikke kan legges til grunn for beskatningen, jf. Sktl. § 13-2 (2) a og b.

Det følger imidlertid av proposisjonen til sktl. § 13-2 at «[d]en lovfestede generelle omgåelsesregelen» ikke skal «kunne anvendes på den delen av et saksforhold som er dekket av bestemmelsen om interessefellesskap i skatteloven § 13-1 [...]»²²⁸ En uttalelse i NOU 2016:5 sier noe lignende, men med motsatt fortegn: «Utredningen legger til grunn at sktl. § 13-1 ikke kan anvendes på det området som dekkes av den lovfestede generelle omgåelsesbestemmelsen».²²⁹

Språklig tilsier uttalelsene at en problemstilling som faller inn under anvendelsesområdet til sktl. § 13-1, ikke også kan vurderes etter § 13-2, og omvendt. Tatt på ordet synes dette bety at

²²⁶ NOU 2014:13 pkt. 8.

²²⁷ Furusest (2017) s. 286.

²²⁸ Prop.98 L (2018-2019) pkt. 14.1.

²²⁹ NOU 2016:5 pkt. 10.1.

hvis tykk kapitalisering faller inn under anvendelsesområdet til den ene regelen, så kan ikke problemstillingen også vurderes etter den andre. Hvis det er tilfelle, må vurderingen av om sktl. § 13-1 kan anvendes på tykk kapitalisering ta høyde for at en bekreftende konklusjon utelukker at problemstillingen også kan vurderes etter omgåelsesnormen. Spørsmålet er imidlertid om dette standpunktet kan opprettholdes for så vidt gjelder tykk kapitalisering.

Som utgangspunkt er det klart at sktl. § 13-1 og § 13-2 kommer til anvendelse på ulike faktiske forhold. Dette er også naturlig gitt at hovedregelen er at skattyters rettslige disposisjoner må legges til grunn ved anvendelsen av sktl. § 13-1, mens sktl. § 13-2 kan gi grunnlag for å basere skattleggingen på andre enn de disposisjonene skattyter faktisk har foretatt.

Det er imidlertid grunn til å stille spørsmål ved om dette utgangspunktet må modifiseres der anvendelsen av sktl. § 13-1 innebærer at det må foretas en strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen, slik er tilfelle ved tykk kapitalisering. Forutsatt at vilkårene i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt, vil anvendelse av sktl. § 13-1 ved tykk kapitalisering innebære en justering av den kontrollerte transaksjonen. Ved skjønnsfastsettelsen i sktl. § 13-1 (3) vil dette innebære at skattyter, i likhet med ved anvendelse av omgåelsesnormen, skattlegges på bakgrunn av andre disposisjoner enn de faktisk gjennomførte. Dermed er det ikke unaturlig om bestemmelsene i disse tilfellene, likevel kan ha overlappende anvendelsesområde.

Denne tolkningen kan underbygges av at det ikke er sikkert uttalelsene i NOU-en og proposisjonen hadde tilfellene der sktl. § 13-1 gir grunnlag for strukturell justering for øye. Som nevnt er strukturell justering et snevert unntak fra hovedregelen om at den kontrollerte transaksjonen skal legges til grunn ved anvendelsen av sktl. § 13-1. Det er derfor ikke usannsynlig at disse uttalelsene bare hadde den mer vanlige anvendelsen av sktl. § 13-1, prisjusteringer uten forutgående justering av transaksjonen, for øye.

På denne bakgrunn har jeg kommet til at selv om sktl. § 13-1 kan anvendes på et egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering, betyr ikke det at problemstillingen ikke også kan vurderes etter sktl. § 13-2. At problemstillingen også vil kunne vurderes etter omgåelsesnormen, synes ikke være et argument mot at sktl. § 13-1 kan komme til anvendelse på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.

4.7 Juridisk teori

Det er i norsk litteratur skrevet lite om sktl. § 13-1 og tykk kapitalisering. Med unntak av artikkelen som er skrevet av to ansatte ved skattekontoret,²³⁰ synes det å foreligge en samstemt

²³⁰ Olsen og Lie (2020).

oppfatning om at sktl. § 13-1 ikke gir hjemmel for å justere et egenkapitalinnskudd til lån.²³¹ Det kan videre pekes på at flere av forfatterne ikke synes å være i tvil, spørsmålet anses «klart»²³², «relativt klart»²³³ og i Naas uttales at en «omklassifisering må i så fall være basert på en vurdering av kapitalens karakteristika» (privatrettslig klassifisering).²³⁴ Selv om juridisk teori som utgangspunkt har begrenset vekt, kan dette stille seg annerledes når oppfatningen synes så samstemt.²³⁵

Det er klart at noen av de nevnte konklusjonene gjelder spørsmålet om sktl. § 13-1 overhodet kan *anvendes* på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering, altså det som er spørsmålet i kapitlet her.²³⁶ Men det er ikke uten videre gitt at dette gjelder for alle. For eksempel uttaler Skaar og Kristensen følgende: «på grunn av manglende konkret lovhjemmel har det i praksis ikke vært lett for skattemyndighetene å omklassifisere en del av egenkapitalen til gjeld»,²³⁷ og i Naas er det som nevnt lagt til grunn at en omklassifisering må være basert på kapitalens karakteristika. Det er imidlertid ikke mulig å utlede fra dette om grunnen til at sktl. § 13-1 ikke gir hjemmel for å justere egenkapital til lån ved tykk kapitalisering, er at sktl. § 13-1 ikke kan *anvendes* på et egenkapitalinnskudd, eller om problemet er at vilkårene i sktl. § 13-1 (1) ikke vil være oppfylt. At det er uklart hvilket av disse spørsmålene flere av konklusjonene besvarer, medfører at ikke alle kan tas til inntekt for at sktl. § 13-1 ikke kommer til anvendelse på egenkapitalinnskudd. Dermed er ikke litteraturen så samstemt som den tilsynelatende fremstår, og dermed også en mindre tungtveiende rettskilde.

Furuseth er den eneste som foretar en inngående vurdering av om sktl. § 13-1 overhodet kan anvendes på et egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.²³⁸ Flere av vurderingene som gjøres i artikkelen er diskutert gjennom drøftelsen ovenfor, og imøtegått der jeg mener det er grunnlag for det.

²³¹ Folkvord (2018) s. 1143–1152, Skaar og Kristensen (2017) s. 473, Furuseth (2017) s. 292 og Naas (2017) s. 1198.

²³² Furuseth (2017) s. 292.

²³³ Folkvord (2018) s. 1152, som bygger på Furuseth (2017).

²³⁴ Naas (2017) s. 1197.

²³⁵ Askeland i Høgberg og Sunde (red.) (2019) s. 462.

²³⁶ Furuseth (2017) s. 279 og Folkvord (2018) s. 1145 som bygger på Furuseth, må i hvert fall forstås slik.

²³⁷ Skaar og Kristensen (2017) s. 473.

²³⁸ Furuseth formulerer problemstillingen slik: «Før man eventuelt går inn på en analyse av de ulike vilkårene i sktl. § 13-1 (1) må det imidlertid vurderes om sktl. § 13-1 overhodet er anvendelig på egenkapitaldisposisjoner eller om § 13-1 kun gjelder transaksjoner mellom nærstående. Sagt med andre ord er det et spørsmål om egenkapitalinnskudd overhodet er en type disposisjon som faller innenfor anvendelsesområdet til sktl. § 13-1.» se Furuseth (2017) s. 279.

Furuseths artikkel diskuterer ikke om vilkårene i sktl. § 13-1 (1) ville vært oppfylt ved tykk kapitalisering, og det er uklart om artikkelen forutsetter at dette beror på om vilkårene for strukturell justering er oppfylt. Bakgrunnen er at Furuseth overhodet ikke nevner strukturell justering i artikkelen. I tillegg argumenterer Furuseth blant annet med at den sammenligningen av den kontrollerte transaksjonen og en uavhengig transaksjon som armlengdeprinsippet krever, «viser at § 13-1 ikke passer på egenkapitaltransaksjoner.» Begrunnelsen er at:

«[i] egenkapitaltransaksjoner er det ikke mulig å oppstille en sammenlignbar situasjon mellom to uavhengige parter [...] og det er ikke mulig å foreta en sammenligning mellom den aktuelle transaksjonen og hva uavhengige parter ville ha gjort.»²³⁹

Som drøftelsen i kapittel 3 har vist, løses imidlertid dette problemet dersom det er grunnlag for å foreta en strukturell justering av egenkapitalinnskuddet til et lån. Det er derfor vanskelig å se at dette er et argument som tilsier at anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 bør avgrenses mot egenkapitalinnskudd. Dette er et eksempel på at noen av argumentene til Furuseth kanskje ville stått i en annen stilling dersom vurderingen hadde bygget på at justering av et egenkapitalinnskudd til lån med hjemmel i sktl. § 13-1, krever at vilkårene for strukturell justering er oppfylt.

Sammenlagt synes altså oppfatningen i teorien være at sktl. § 13-1 ikke gir grunnlag for å justere egenkapital til lån ved tykk kapitalisering. Så vidt jeg kan se er det imidlertid bare Furuseth som uttrykkelig konkluderer med at dette er fordi sktl. § 13-1 overhodet ikke kan anvendes på egenkapitalinnskudd. Juridisk teori synes da mindre tungtveiende ved vurderingen av om sktl. § 13-1 kan anvendes på egenkapitalinnskudd.

4.8 Formål og reelle hensyn

Det er vanskelig å se at sktl. § 13-1 har et omforent formål som kan bidra til å trekke opp bestemmelsens anvendelsesområde. I forarbeidene heter det for eksempel at «formålet med bestemmelsen er å motvirke omgåelser av skattelovgivningen»²⁴⁰ og i Folkvord er det uttalt at «[i]nternprisingsregelverket har som hovedformål å motvirke uønsket skatteplanlegging».²⁴¹ Hva som utgjør «uønsket skatteplanlegging» eller «omgåelse» må imidlertid avgjøres gjennom en vurdering av om vilkårene er oppfylt. Så lenge det ikke finnes disposisjoner som per definisjon aldri vil kunne brukes til uønsket skatteplanlegging, er det vanskelig å se at formålet gir holdepunkter for å avgrense bestemmelsens anvendelsesområde mot enkelte typer disposisjoner.

²³⁹ Furuseth (2017) s. 280.

²⁴⁰ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) s. 55.

²⁴¹ Folkvord (2018) s. 1119.

En vanlig innvending mot at sktl. § 13-1 kan anvendes til å justere størrelsen på et egenkapitalinnskudd er at bestemmelsen regulerer *internprising* og derfor bare kommer til anvendelse der inntektsreduksjonen skyldes uriktig *prisfastsetting*. I så fall faller egenkapitalinnskudd verdsatt til virkelig verdi utenfor, fordi det ikke oppstår spørsmål om egenkapitalinnskuddet er riktig priset.

Det er imidlertid ikke grunnlag for å begrense sktl. § 13-1 til uriktig prisfastsetting. Bestemmelsens ordlyd stiller bare krav om at det må foreligge en inntektsreduksjon, og verken lovteksten eller forarbeidene krever at denne skyldes feil prissetting. Videre er anvendelse av sktl. § 13-1 på tynn kapitalisering et eksempel på at armlengdeprinsippet brukes til å justere måten morselskapet har valgt å finansiere datterselskapet på, uten at det er en forutsetning at lånetransaksjonen er uriktig priset. Anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 kan altså ikke avgrenses mot egenkapitalinnskudd med den begrunnelse at det ikke oppstår spørsmål om innskuddet er riktig priset.

Det er hevdet at en konsekvens²⁴² av å gi sktl. § 13-1 anvendelse på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering er at det vil oppstå en rekke praktiske og tekniske utfordringer ved vurderingen av om inntektsreduksjonsvilkåret i et slikt tilfelle er oppfylt.²⁴³ Det kan imidlertid være problematisk å slutte fra det at det kan oppstå utfordringer i konkrete tilfeller, til at bestemmelsen ikke bør kunne anvendes på problemstillingen generelt. For det første risikerer man å avgrense også mot situasjoner hvor utfordringene ikke vil oppstå. For det andre frarøves man muligheten til å utvikle metoder for å håndtere disse utfordringene. Også ved tradisjonell *internprising* byr anvendelse av armlengdeprinsippet på store utfordringer, men disse søker man stadig å utvikle metoder for å håndtere. Derfor bør argumenter knyttet til praktiske og tekniske utfordringer ved anvendelse av armlengdeprinsippet på tykk kapitalisering, heller plasseres ved vurderingen av om vilkårene er oppfylt i det konkrete tilfelle. Er utfordringene store nok, vil det få konsekvenser for om inntektsreduksjonsvilkåret kan anses oppfylt, og kunne føre til at sktl. § 13-1 ikke gir grunnlag for å justere den kontrollerte transaksjonen.

Tolkningsalternativet som innebærer at sktl. § 13-1 kan anvendes på tykk kapitalisering hvis vilkårene er oppfylt, er til ugunst for skattyter sammenlignet med om bestemmelsen overhodet ikke kan anvendes på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering. Hvis vilkårene for å foreta en inntektsjustering i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt, er det imidlertid vanskelig å se at skattyter har et beskyttelsesverdig behov for at sktl. § 13-1 likevel ikke skal ramme den aktuelle

²⁴² Om konsekvensbetraktninger se Boe (2012) s. 341.

²⁴³ Andrus og Collier (2017) s. 173.

disposisjonen basert på at den faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Og er ikke vilkårene oppfylt, rammer det ikke skattyter at bestemmelsen i prinsippet kan anvendes på forholdet. Dette tilsier at hensynet til skattyter er tilstrekkelig ivaretatt i og med vurderingen av om vilkårene i sktl. § 13-1 er oppfylt.

Dersom det kunne påvises at det er umulig å tenke seg en situasjon hvor vilkårene for strukturell justering av et egenkapitalinnskudd vil være oppfylt, kunne man argumentert for at det ikke var noe poeng å gi bestemmelsen anvendelse på slike disposisjoner. Det er imidlertid vanskelig å slå fast. For det første er det ikke mulig å overskue alle mulige måter egenkapitalinnskudd kan benyttes til å redusere inntekt på. For det andre er vurderingen av om skattyter hadde et klart mer attraktivt alternativ en kompleks vurdering, som i stor grad er påvirket av de til enhver tid gjeldende skattereglene. Fordi skattereglene stadig endrer seg, synes det vanskelig å forutsette at vilkårene for strukturell justering aldri vil kunne vært oppfylt der den kontrollerte transaksjonen er et egenkapitalinnskudd. Dertil kommer at selv om det skulle kunne påvises at vilkårene for strukturell justering ikke vil kunne være oppfylt ved egenkapitalinnskudd, så synes det gi en bedre begrunnelse for hvorfor sktl. § 13-1 ikke gir grunnlag for skjønnsfastsettelse i disse tilfellene at inntektsreduksjonsvilkåret ikke vil være oppfylt, fremfor at det må innfortolkes unntak i bestemmelsens anvendelsesområde basert på hva slags type disposisjon som er benyttet.

4.9 Konklusjon

Gjennomgangen ovenfor viser at det er vanskelig å finne et klart svar på om sktl. § 13-1 kan anvendes på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering. Rettskildene som vanligvis er mest tungtveiende, lovtekst, forarbeider og retningslinjene, er tause om hvorvidt bestemmelsen kan anvendes på denne måten. Høyesteretts obiter dictum i HR-2016-2165-A kan tilsynelatende se ut til å avgjøre spørsmålet, men en nærmere analyse av uttalelsen viser at dens rekkevidde er svært uklar. Dommen gjaldt ikke strukturell justering, og det er betydelige forskjeller mellom fisjon med tilhørende kapitalnedsettelse og et egenkapitalinnskudd, som kan tilsi ulik behandling av disse disposisjonstypene. Særlig sentralt er at de problemene Høyesterett peker på at vil oppstå ved å gi sktl. § 13-1 anvendelse på egenkapitaldisposisjoner, ikke synes å gjøre seg gjeldende ved anvendelse av bestemmelsen på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.

I juridisk teori er den rådende oppfatningen at sktl. § 13-1 ikke gir hjemmel for å justere egenkapital til lån, men det er uklart om begrunnelsen er at vilkårene i sktl. § 13 (1) ikke vil være oppfylt, eller at sktl. § 13-1 overhodet ikke kan anvendes på egenkapitalinnskudd. Furuseth er den eneste som etter en inngående vurdering har landet på at sktl. § 13-1 ikke kan anvendes på egenkapitalinnskudd. Gjennomgangen ovenfor viser imidlertid at det kan rettes innvendinger mot en rekke av argumentene til Furuseth når det forutsettes at justering av

egenkapital til lån krever at vilkårene for strukturell justering er oppfylt. Dertil kommer at det må antas å gi en bedre regel å la spørsmålet om sktl. § 13-1 gir grunnlag for skjønnsfastsettelse ved tykk kapitalisering være opp til om *vilkårene* i bestemmelsen er oppfylt, fremfor å innfortolke unntak i bestemmelsens anvendelsesområde basert på hva slags type disposisjon som er benyttet.

Selv om konklusjonen må anses usikker, er jeg derfor kommet til at egenkapitalinnskudd faller inn under anvendelsesområdet til sktl. § 13-1. Det betyr at dersom vilkårene i sktl. § 13-1 (1) hadde vært oppfylt ved tykk kapitalisering, ville bestemmelsen gitt grunnlag for skjønnsfastsettelse av morselskapets inntekt.

5 Begrenser skatteavtalens art. 9 anvendelse av sktl. § 13-1 på tykk kapitalisering?

5.1 Innledning

5.1.1 Nærmere om problemstillingen

Det er inntatt et armlengdeprinsipp i art. 9 i Norges skatteavtale med Belgia, som kan legge begrensninger på anvendelsen av sktl. 13-1 i skatteavtalesituasjoner.²⁴⁴ Under forutsetning av at vilkårene i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt ved tykk kapitalisering og bestemmelsen kan anvendes på egenkapitalinnskudd, er spørsmålet om skatteavtalens armlengdeprinsipp i art. 9 begrenser slik anvendelse av sktl. § 13-1 i internbanktilfellene. Som nevnt er alle Norges skatteavtaler etter 1963 inngått med OECDs modellskatteavtale som forbilde, og det er lagt til grunn at armlengdeprinsippet i all hovedsak har det samme innholdet etter alle skatteavtalene.²⁴⁵ For at vurderingen skal ha overføringsverdi til tilfeller hvor det egenkapitalfinansierte datterselskapet ligger i et annet skatteavtaleland enn Belgia, undersøkes derfor i det følgende om art. 9 i OECDs modellskatteavtale («skatteavtalen») begrenser anvendelse av sktl. § 13-1 på tykk kapitalisering.

At sktl. § 13-1 må anvendes innenfor rammene av art. 9, innebærer i denne sammenheng at art. 9 kan sette grenser både med hensyn til tolkningen av inntektsreduksjonsvilkåret i sktl. § 13-1 (1) og hvilke disposisjoner sktl. § 13-1 kan anvendes på. Det følger av kapittel 2 at ved tykk kapitalisering er inntektsreduksjonsvilkåret oppfylt dersom det er grunnlag for å foreta en strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen. Videre, at vilkårene for strukturell justering etter sktl. § 13-1 (1) må fastlegges på bakgrunn av OECDs retningslinjer. Selv om det ikke er helt klart hvordan retningslinjene skal plasseres i Wienkonvensjonens system,²⁴⁶ er det uomtvistet at retningslinjene er den fremste kilden til å fastlegge innholdet i art. 9.²⁴⁷ Det betyr at også etter art. 9 må vilkårene for strukturell justering utledes fra retningslinjene. Dermed vil vilkårene for strukturell justering være de samme etter sktl. § 13-1 og art. 9, og det kan da legges til grunn at vilkårene for strukturell justering slik de er fastlagt i kapittel 2 og 3 ligger innenfor rammene av skatteavtalens art. 9. Hadde jeg kommet til at disse var oppfylt i kapittel 3, ville dermed denne konklusjonen ligget innenfor rammene av art. 9.

For så vidt gjelder anvendelsesområdet til sktl. § 13-1, følger det imidlertid av vurderingen ovenfor at retningslinjene gir få holdepunkter. Dermed er det ikke gitt av vurderingen av sktl.

²⁴⁴ Prop. 100 S (2013-2014) og St.prp. nr. 18 (1988-1989).

²⁴⁵ Ot. prp. nr. 62 (2006-2007) s. 9, Bullen (2010) s. 10, Naas (2017) s. 86, se og Zimmer (2017) s. 59-60.

²⁴⁶ Andrus og Collier (2017) s. 149-150 og Wittendorff (2009) s. 150.

²⁴⁷ Wittendorff (2009) s. 156 og Andrus og Collier (2017) s. 149-150. Se også Rt-1984-99 s. 105, Rt-2004-957, Rt-2008-577 (49) for så vidt gjelder at OECDs kommentarer har betydelig vekt ved tolkningen av skatteavtalen. Dette er relevant fordi retningslinjene anses for å ha samme status som kommentarene, se Bullen (2010) s. 30.

§ 13-1 er sammenfallende med art. 9 på dette punkt. Det må derfor foretas en selvstendig vurdering av om art. 9 i OECDs modellskatteavtale setter grenser for anvendelsen av sktl. § 13-1 på et egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.

5.1.2 Innledende om skatteavtalens art. 9

Det følger av OECDs modellskatteavtale art. 9 at der det foreligger et interessefelleskap og:

«[C]onditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.» (uthevet her).

Etter art. 9 kan altså «any profits» som ville tilfalt skattyter om partene var uavhengige, men som likevel ikke har gjort det på grunn av «conditions made or imposed» mellom partene i deres «commercial or financial relations», inkluderes i skattyters skattepliktige inntekt.

Skatteavtalen skal tolkes i henhold til Wienkonvensjonens tolkningsregler.²⁴⁸ Skatteavtalen har imidlertid egne tolkningsregler som supplerer Wienkonvensjonens. Dette inkluderer en generell henvisningsbestemmelse i skatteavtalens art. 3 (2), som bestemmer at der uttrykk i skatteavtalen ikke er særskilt definert, skal disse tolkes i samsvar med internretten, «unless the context otherwise requires».

«[C]onditions made or imposed [...] in their commercial or financial relations» er ikke definert i skatteavtalen. På denne bakgrunn legger flere forfattere til grunn at anvendelsesområdet til art. 9 må fastlegges i samsvar med internretten.²⁴⁹ Som drøftelsen ovenfor har vist, gir imidlertid sktl. § 13-1 begrenset veiledning for hva som er armlengdeprinsippets anvendelsesområde. Termene som er brukt i art. 9 har heller ikke et særlig bestemt meningsinnhold i norsk rett. Spørsmålet er om dette tilsier at «the context otherwise requires», slik at anvendelsesområdet til art. 9 må fastlegges på skatteavtalenivå, uten å se hen til det interne armlengdeprinsippets anvendelsesområde.

Etter ordlyden i skatteavtalens art. 3 (2) er altså det avgjørende om sammenhengen tilsier at skatteavtalens innhold likevel skal fastlegges på skatteavtalenivå. Det er ikke gitt hva «sammenhengen» referer til, men ordlyden skal tolkes i lys av formålet med skatteavtalen, som

²⁴⁸ Se blant annet Rt-1994-752 og Rt-2008-577.

²⁴⁹ Wittendorff (2009) s. 180 og Andrus og Collier (2017) s. 170.

er å unngå dobbeltbeskatning.²⁵⁰ Faren for dobbeltbeskatning øker hvis hvert land legger til grunn ulike begreper ved tolkningen av skatteavtalen. I tråd med dette legger Zimmer til grunn at man derfor så langt som mulig bør søke en autonom tolkning av skatteavtalen. Videre, at man bare bør falle tilbake på intern retts begreper når det er «umulig eller uforholdsmessig vanskelig å nå frem til et tolkningsresultat på skatteavtalenivå.»²⁵¹ Som nevnt gir ikke internretten klare holdepunkter for tolkningen av anvendelsesområdet til art. 9 og det synes ikke uforholdsmessig vanskelig å nå frem til et tolkningsresultat på skatteavtalenivå. Derfor antar jeg at «the context» tilsier at art. 9 må tolkes på skatteavtalenivå, altså uten å se hen til internretten, jf. art. 3 (2).

Avgjørende for om det ligger innenfor rammene av art. 9 å gi sktl. § 13-1 anvendelse på et egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering, er dermed om morselskapets egenkapitalinnskudd i datterselskapet faller inn under «conditions [...] made or imposed» mellom selskapene i deres «commercial or financial relations».

5.2 Ordlyd

5.2.1 Innledning

Etter Wienkonvensjonen skal skatteavtalens ordlyd tolkes objektivt, i lys av dens formål og kontekst.²⁵² Spørsmålet i det følgende er om det faller inn under en objektiv forståelse av ordlyden i art. 9 å anvende det interne armlengdeprinsippet i sktl. § 13-1 på et egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.

Det kan først bemerkes at selv om armlengdeprinsippet har vært konsentrert rundt inntektsreduksjoner som følge av uriktig prisfastsetting, er det ikke noe i ordlyden i art. 9 som tilsier at bestemmelsen er begrenset til dette. Tvert imot, art. 9 gir grunnlag for å justere «profits», altså inntekt generelt, og ikke bare «prices».²⁵³ At tykk kapitalisering ikke aktualiserer spørsmål om egenkapitalinnskuddet er riktig priset, er dermed ikke til hinder for at art. 9 kan anvendes på problemstillingen.

5.2.2 «[C]onditions [...] made or imposed»

En objektiv forståelse av «conditions [...] made or *imposed*» (uthevet her) tilsier at art. 9 ikke bare omfatter avtalte, med også *ensidige* vilkår. At beslutningen om å finansiere internbanken med egenkapital reelt sett er truffet av morselskapet i kraft av å være eneaksjonær, synes derfor ikke være til hinder for at art. 9 kan omfatte denne disposisjonstypen.²⁵⁴

²⁵⁰ Skaar (2006) s. 55.

²⁵¹ Zimmer (2017) s. 81.

²⁵² Wienkonvensjonen art. 31 (1), se også Rt-2004-957 (42).

²⁵³ Andrus og Collier (2017) s. 173.

²⁵⁴ I samme retning Wittendorff (2009) s. 241.

I Oxford English Dictionary er «conditions» definert som «[a] convention, stipulation, proviso, etc.» Dette vitner om at termen har et veldig vidt meningsinnhold. I norsk oversettelse synes imidlertid det nærmeste «conditions» å være «vilkår» eller «betingelser». Én språklig forståelse av art. 9 er dermed at den omfatter vilkårene i disposisjonene partene har foretatt seg imellom. Denne språklige forståelsen kan tilsi at art. 9 bare omfatter justeringer av *vilkårene* en disposisjon er inngått på, men ikke selve disposisjonen. I så fall synes justeringer av et egenkapitalinnskudds størrelse å falle utenfor anvendelsesområdet til art. 9, fordi det ikke er nærliggende å se justeringen som en endring av vilkårene egenkapitalinnskuddet er skutt inn på.

«Vilkår» synes imidlertid ha en snevrere betydning i norsk språkbruk enn det «conditions» har i engelsk språkbruk. Slik «conditions» er definert i Oxford English Dictionary, jf. ovenfor, synes termen å også kunne omfatte selve disposisjonen partene har foretatt seg imellom. At «conditions» må tolkes slik, underbygges av at art. 9 tillater justering av lånetransaksjonens størrelse ved tynn kapitalisering.²⁵⁵ Dermed vil det være inkonsekvent om «conditions» er til hinder for en justering av egenkapitalinnskuddets størrelse ved tykk kapitalisering. Denne språklige forståelsen støttes også av at i retningslinjenes ene eksempel på strukturell justering, er det ikke bare vilkårene i avtalen som er irrasjonelle, men selve det at den aktuelle avtalen ble inngått.²⁵⁶ Det har formodningen mot seg at retningslinjene ville brukt dette som eksempel hvis art. 9 ikke omfattet justeringer av selve disposisjonen. Denne tolkningen finner også støtte i litteraturen, hvor det er en samstemt oppfatning om at «conditions» skal tolkes vidt.²⁵⁷ Jeg legger dermed til grunn at art. 9 også tillater justeringer av selve disposisjonen. Da faller justering av størrelsen på et egenkapitalinnskudd fra morselskapet til datterselskapet inn under «conditions [...] made or imposed» mellom partene.

5.2.3 «[C]ommercial or financial relations»

Spørsmålet er så om et egenkapitalinnskudd fra morselskapet til datterselskapet er å anse som «commercial or financial relations».

I Oxford English Dictionary defineres «commercial» som «engaged in commerce; trading», mens «financial» defineres som «relating to finance or money matters». En objektiv forståelse av «commercial or financial relations» er dermed at dette omfatter disposisjoner mellom partene som utgjør selskapenes inntektsgenererende virksomhet eller økonomiske forhold.

²⁵⁵ OECDs kommentarer til art. 9, pkt. 3 a.

²⁵⁶ OECDs retningslinjer pkt. 1.126.

²⁵⁷ Andrus og Collier (2017) s. 170 og Bullen (2010) s. 87.

I tråd med definisjonen ovenfor må «finansielle forhold» dermed anses som en samlebetegnelse for det som angår selskapets finansiering. Finansieringen kan bestå av sammensatte produkter, egenkapital eller gjeld. Fordi egenkapital er en av komponentene finansieringen av et selskap er sammensatt av, må egenkapitalinnskudd falle innenfor en språklig forståelse av «financial relations». Det er da ikke nødvendig å undersøke om egenkapitalinnskuddet også faller inn under «commercial relations».

5.2.4 Sammenfatning

Tolkningen ovenfor viser at det ligger innenfor en objektiv forståelse av ordlyden i art. 9 å anvende sktl. § 13-1 til å justere størrelsen på et egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering.

5.3 Kontekst

Ordlyden i skatteavtalens art. 9 må også tolkes i lys av bestemmelsens kontekst og formål.²⁵⁸ Jeg ser først på kontekst. Art. 9 sin kontekst slik den er definert i Wienkonvensjonen, får beskjeden betydning ved tolkningen av art. 9. Begrunnelsen er at det materialet som defineres som kontekst – preambel og vedlegg, samt avtaler og andre «*instrument[s]*» utarbeidet og akseptert av begge parter i forbindelse med inngåelsen - bare i liten grad finnes.²⁵⁹ Men i kontekst inngår også deler av avtaleteksten som kan belyse en annen del.²⁶⁰ Det kan derfor stilles spørsmål ved om sammenhengen til noen av de andre bestemmelsene i skatteavtalen tilsier at ordlyden i art. 9 må tolkes innskrenkende.

Skatteavtalens art. 7 regulerer allokeringen av «business profits» mellom hovedkontor og driftsstatsstat. Det er lagt til grunn at art. 7 langt på vei inneholder samme norm for inntektsallokering som art. 9, og at «commercial or financial relations» skal tolkes slik at det omfatter det samme som «business profits» etter art. 7.²⁶¹ «[B]usiness profits» synes enda videre «commercial or financial relations». Forholdet til art. 7 gir dermed ikke holdepunkter for at ordlyden i art. 9 må tolkes innskrenkende.

Skatteavtalens art. 10 fordeler retten til å beskatte utbytte («dividends») mellom kildestaten og aksjonærens hjemstat. Det kan spørres om det at art. 10 regulerer utbytte, tilsier at art. 9 ikke omfatter endringer av disposisjoner som påvirker utbytte, og dermed at justeringer av egenkapitalinnskudd faller utenfor anvendelsesområdet til art. 9. Art. 9 regulerer imidlertid ikke hvem som har beskatningsretten til utbytte, men vil bare kunne påvirke om og hvor stort utbytte

²⁵⁸ Wienkonvensjonen art. 31 (1), jf. (2).

²⁵⁹ Skaar (2006) s. 54.

²⁶⁰ Zimmer (2017) s. 80.

²⁶¹ Andrus og Collier (2017) s. 170 og Wittendorff (2010) s. 203.

som skal anses utbetalt fra datterselskapet til morselskapet. Hvordan beskatningsretten til dette utbytte skal fordeles mellom datterselskapet og morselskapet, er det art. 10 som setter rammene for. Siden bestemmelsene dermed ikke har overlappende anvendelsesområde synes ikke forholdet til art. 10 tilsi at art. 9 ikke kan anvendes på egenkapitalinnskudd.

Det kan også pekes på at art. 9 er mye mer generelt formulert enn for eksempel skatteavtalens art. 11 (6) (om «interest») og art. 12 (4) (om «royalties»). Det tas gjerne til orde for at dette tilsier at det var meningen at art. 9 skulle ha et videre anvendelsesområdet enn disse bestemmelsene.²⁶² Forholdet til art. 11 og art. 12 gir dermed heller ikke grunnlag for å anta at ordlyden i art. 9 må tolkes innskrenkende.

5.4 Formål

Spørsmålet er så om ordlyden må tolkes innskrenkende i lys av formålet. Ved denne vurderingen er det nødvendig å både undersøke skatteavtalens overordnede formål, og det konkrete formålet til armlengdeprinsippet.²⁶³ Både skatteavtalen og art. 9 har til formål å motvirke dobbeltbeskatning.²⁶⁴ Spørsmålet er dermed om dette formålet tilsier at ordlyden i art. 9 må tolkes innskrenkende.

Der armlengdeprinsippet gir grunnlag for skjønnsfastsettelse, er det nesten alltid en risiko for dobbeltbeskatning. Denne risikoen for dobbeltbeskatning innebærer likevel ikke at ordlyden i art. 9 generelt må tolkes innskrenkende. Motsatt må ordlyden anses som uttrykk for den risikoen for dobbeltbeskatning landene har vært villige til å ta. At anvendelse av armlengdeprinsippet på egenkapitalinnskudd kan innebære en risiko for dobbeltbeskatning, gir dermed ikke i seg selv grunnlag for å tolke ordlyden i art. 9 innskrenkende. Uansett betyr ikke det at det ligger innenfor art. 9 å anvende armlengdeprinsippet på egenkapitalinnskudd, at også vilkårene for skjønnsfastsettelse, herunder vilkårene for strukturell justering, vil være oppfylt ved tykk kapitalisering. Etter retningslinjene er det bare grunnlag for strukturell justering i «exceptional circumstances».²⁶⁵ Det er dermed ikke grunn til å tro at det å gi art. 9 anvendelse på egenkapitalinnskudd, vil føre til en nevneverdig økning i faren for dobbeltbeskatning.

Likevel, det må antas at jo mer usikker tolkningen av armlengdeprinsippet er, jo større sannsynlighet er det for at den andre parten i skatteavtalen ikke er enig i rettsanvendelsen og

²⁶² Andrus og Collier (2017) s. 173 og Fernandes (2017) s. 222.

²⁶³ Bullen (2010) s. 23.

²⁶⁴ Skaar (2006) s. 55 og Wittendorff (2009) s. 173.

²⁶⁵ OECDs retningslinjer pkt. 1.121.

dermed ikke foretar korresponderende retting.²⁶⁶ Dette kan tilsi at der prinsippets innhold er særlig usikkert, tilsier hensynet til å unngå dobbeltbeskatning at det restriktive tolkningsalternativet må velges. Det er imidlertid vanskelig å på forhånd vite hvor usikker tolkningen er, og dette er dermed et lite hensiktsmessig kriterium å operere med som grunnlag for å tolke ordlyden innskrenkende. Det tilsier at heller ikke der tolkningen synes usikker, gir hensynet til å unngå dobbeltbeskatning grunnlag for at ordlyden må tolkes innskrenkende.

Det følger av dette at verken konteksten, jf. punkt 5.3, eller formålet til skatteavtalens art. 9 gir grunnlag for å tolke ordlyden i art. 9 innskrenkende. Etter en objektive forståelse av ordlyden i art. 9 lest i lys av dens kontekst og formål, ligger det dermed innenfor rammene av art. 9 å anvende sktl. § 13-1 på et egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering. Spørsmålet i det følgende er om andre relevante rettskilder gir holdepunkter for at ordlyden må tolkes innskrenkende.

5.5 OECDs retningslinjer og kommentarer

Det er nevnt ovenfor at det ikke er helt klart hvordan OECDs retningslinjer og kommentarer skal plasseres i Wienkonvensjonens system, men at det er bred enighet om at både retningslinjene og kommentarene er av vesentlig betydning ved tolkningen av skatteavtalens art. 9.²⁶⁷

Verken i OECDs kommentarer til art. 9 eller i retningslinjene er anvendelsesområdet til art. 9 eksplisitt diskutert.²⁶⁸ I kommentarene omtales forholdet som må ha ledet til en inntektsreduksjon som «transactions», «special conditions» eller partenes «special relations».²⁶⁹ Men heller ikke her synes uttrykkene valgt med det formål å avgrense bestemmelsens anvendelsesområde mot visse typer disposisjoner. Begrunnelsen er at forholdet til ordlyden i art. 9 ikke er drøftet, og at uttrykkene ikke er brukt i sammenheng med vurderinger av bestemmelsens anvendelsesområde.

Jeg har allerede vurdert hva retningslinjene har å tilføre til spørsmålet om armlengdeprinsippets anvendelsesområdet i pkt. 4.6. Selv om det følger av retningslinjene at armlengdeprinsippets

²⁶⁶ Korresponderende retting vil ved tykk kapitalisering innebære at internbankens hjemstat behandler en del av internbankens kapital skattemessig som lån. Fordi det ble gitt fradrag for både egenkapital og lån i Belgia, har det antagelig underordnet økonomisk betydning for internbanken om Belgia skulle nekte å foreta korresponderende retting. I standard skattesystemer vil det derimot ha stor økonomisk betydning for internbanken at hjemstaten foretar korresponderende retting, hvis ikke får ikke datterselskapet fradrag for det som anses som rentebetalinger til morselskapet.

²⁶⁷ Wittendorff (2009) s. 156 og Andrus og Collier (2017) s. 149–150. Se også Skaar (2006) s. 61, Rt-1984-99 s. 105, Rt-2004-957, Rt-2008-577 (49) for så vidt gjelder OECDs kommentarer.

²⁶⁸ Andrus og Collier (2017) s. 151.

²⁶⁹ Se OECDs kommentarer til art. 9 punkt 1. og 2.

primærområde er transaksjoner som er inngått til uriktig pris, gir ikke retningslinjene eksplisitte holdepunkter for at egenkapitalinnskudd faller utenfor armlengdeprinsippets anvendelsesområde.

Ut over det at verken retningslinjene eller kommentarene nevner egenkapitalinnskudd, synes dermed ikke disse kildene gi veiledning for hvorvidt art. 9 må tolkes innskrenkende.

5.6 BEPS Action Plan

Armlengdeprinsippet er verken myntet på eller et effektivt verktøy for å imøtegå alle former for skatteplanlegging. I 2013 startet det såkalte BEPS-prosjektet opp, som identifiserte ulike omgåelsesutfordringer det var ønskelig å utvikle nærmere veiledning for hvordan kunne håndteres, både etter armlengdeprinsippet og andre regelsett.²⁷⁰ På området for internprising resulterte BEPS-prosjektet blant annet i endringer i OECDs retningslinjer.²⁷¹ Siden det er avgjort at retningslinjene er relevante ved tolkningen av art. 9, innebærer det at også forarbeider til retningslinjene som kan belyse hvordan retningslinjene skal tolkes, må anses relevant ved tolkningen av art. 9.

Av BEPS Action Plan fra 2013 følger at prosjektet tok sikte på å «[d]evelop rules to prevent BEPS by [...] allocating excessive capital to group members».²⁷² I et «Public Discussion Draft» fremgår at dette omfattet regler som gir grunnlag for å angripe tykk kapitalisering.²⁷³ I tillegg tok BEPS-prosjektet sikte på å utvikle tydeligere veiledning for når armlengdeprinsippet gir grunnlag for at en transaksjon kan endres eller ikke-ankjennes av skattemyndighetene (strukturell justering).²⁷⁴

En arbeidsgruppe fikk i oppgave å utvikle veiledning for anvendelse av armlengdeprinsippet på problemstillinger knyttet til «excessive capital», herunder tykk kapitalisering.²⁷⁵ Så vidt jeg kan se resulterte imidlertid ikke BEPS-arbeidet i veiledning for hvordan denne problemstillingen kan håndteres.²⁷⁶ I Andrus og Collier er det påpekt at uenighet knyttet til hvorvidt, og i så fall hvordan slike regler skulle fastlegges, førte til at spørsmålet ble stående ubesvart.²⁷⁷

²⁷⁰ OECD (2013) s. 9-10 og Andrus og Collier (2017) s. 197.

²⁷¹ Se OECD (2015) og OECD (2020).

²⁷² OECD (2013) s. 20.

²⁷³ OECD (2014-2015) s. 42.

²⁷⁴ OECD (2013) s. 20-21 og Andrus og Collier (2017) s. 197.

²⁷⁵ OECD (2014-2015) s. 1 og Andrus og Collier (2017) s. 207.

²⁷⁶ Verken i OECD (2015) «The Final Report» eller OECD (2020) «Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions» er det gitt veiledning om tykk kapitalisering.

²⁷⁷ Andrus og Collier (2017) s. 207.

BEPS-prosjektet antok imidlertid at regler for tykk kapitalisering krevde utvikling av «special measures». ²⁷⁸ Blant de metodene det ble undersøkt om kunne være aktuelle, var utvikling av en «predetermined capital ratio». ²⁷⁹ Furueth påpeker i sin artikkel at «det faktum at OECD ser det som nødvendig å innføre «special measures» for å angripe tykk kapitalisering viser [...] at OECD er av den oppfatning at det ikke er aktuelt å anvende armlengdeprinsippet for å omklassifisere en egenkapitaltransaksjon (tykk kapitalisering).» ²⁸⁰ Uttalelsen Furueth sikter til lyder:

«The BEPS Action Plan also indicates that in order to achieve this aim *special measures*, either within or beyond the arm's length principle, may be required with regard to intangible assets, risk and over-capitalisation.» ²⁸¹ (uthevet her).

At det må utvikles «special measures» for at armlengdeprinsippet skal gi hjemmel for å justere egenkapital til lån, trenger imidlertid ikke bety at det ligger utenfor rammene av art. 9 å anvende armlengdeprinsippet på et egenkapitalinnskudd. Det kan være like nærliggende å tolke uttalelsen slik at «special measures» må utvikles fordi vilkårene for strukturell justering ikke vil være oppfylt ved tykk kapitalisering. Det er dermed uklart hvilken betydning det har for spørsmålet her at anvendelse av armlengdeprinsippet på tykk kapitalisering krever utvikling av «special measures».

Som nevnt tok BEPS-prosjektet også sikte på å klargjøre vilkårene for strukturell justering. I BEPS «public discussion draft» redegjøres det i pkt. D.4.1, «Why is there a need for non-recognition», for formålet med reglene om strukturell justering. ²⁸² Det pekes på at flernasjonale foretak, som hovedregel, har frihet til å «control their structures, *including shareholding, capitalisation and legal form*» (uthevet her), men at denne friheten ikke også bør gi konsernet ubetinget krav på å beskattes i henhold til den strukturen som er opprettet:

«Since MNE groups can control the environment in which transactions occur, including the number of separate legal entities, *their capital structures*, legal ownership of assets, and contractual arrangements, and since the resulting transactions derive from the environment created by the MNE group, *it should not follow that this environment alone determines where profits arise for transfer pricing purposes*. Instead, it should be determined whether the resulting transactions have arm's length attributes. The application of the arm's length principle

²⁷⁸ OECD (2014-2015) s. 38.

²⁷⁹ OECD (2014-2015) s. 42.

²⁸⁰ Furueth (2017) s. 290.

²⁸¹ OECD (2014-2015) s. 38.

²⁸² OECD (2014-2015) s. 25–26.

is hampered if it is being applied to price an arrangement which does not have the fundamental economic attributes of arrangements between unrelated parties.»²⁸³ (uthevet her).

Blant de virkemidlene et selskap har for å «control the environment in which transactions occur», nevner sitatet «shareholding», «capitalisation» og «their capital structures». Når dette brukes som eksempler på disposisjoner som kan anvendes til å etablere strukturer som ikke har «the fundamental economic attributes of arrangements between unrelated parties», kan det hevdes å gi dårlig sammenheng om armlengdeprinsippets anvendelsesområde er prinsipielt avgrenset mot å kunne anvendes på slike disposisjoner. Bakgrunnen for reglene om strukturell justering og at «shareholding» uttrykkelig nevnes som en disposisjon som kan brukes til å etablere en ikke-armlengdes struktur, kan dermed tilsa at det ikke er prinsipielt utelukket å anvende armlengdeprinsippet på slike disposisjoner, herunder egenkapitalinnskudd.

5.7 Andre staters praksis

Etter Wienkonvensjonen art. 31 (3) b er etterfølgende praksis i statene den aktuelle traktaten er inngått mellom, relevant å ta i betraktning. I denne oppgaven vurderes imidlertid ikke skatteavtalen mellom to konkrete land, men modellskatteavtalens art. 9 generelt. Den enkelte stats praksis blir dermed av mindre betydning. Hensynet til å unngå dobbeltbeskatning tilsier likevel at armlengdeprinsippet bør tolkes homogent på tvers av skatteavtaleland ettersom skatteavtalens art. 9 bygger på samme mønster i tilnærmet alle skatteavtalene. Dermed kan praksis i relasjon til én avtale være relevant ved tolkningen av en annen med tilsvarende regel.²⁸⁴ I det følgende undersøkes om armlengdeprinsippet har vært anvendt på egenkapitalinnskudd i praksis fra andre land.

Først bemerker jeg at art. 9, som nevnt, begrenser hvordan andre stater som har inngått skatteavtale kan anvende sin interne armlengdebestemmelse, men bestemmelsen gir ikke selvstendig grunnlag for justeringer. Det er derfor ikke gitt at andre staters praksis reflekterer yttergrensene til art. 9. For eksempel finnes det flere land, blant annet Finland, hvor det interne armlengdeprinsippet ikke i det hele tatt gir grunnlag for å foreta strukturelle justeringer.²⁸⁵ Praksis fra slike land vil i så fall ikke gi grunnlag for å slutte at art. 9 begrenser adgangen til å anvende armlengdeprinsippet på egenkapitalinnskudd ved tykk kapitalisering, fordi slik anvendelse nettopp er betinget av at det interne armlengdeprinsippet kan gi grunnlag for strukturell justering. For øvrig er det vanskelig å finne avgjørelser hvor tolkningen av art. 9

²⁸³ OECD (2014-2015) s. 25–26.

²⁸⁴ Rt-2011-1581 (51) og Zimmer (2017) s. 82.

²⁸⁵ KHO 2014:119, anses fulgt opp i KHO 2017:145, Andrus og Collier (2017) s. 175.

kommer på spissen, fordi det interne armlengdeprinsippet gjerne setter grenser før denne problemstillingen aktualiseres.

Jeg har ikke funnet noe internasjonal rettspraksis om anvendelse av armlengdeprinsippet på tykk kapitalisering.²⁸⁶ Det foreligger imidlertid rettspraksis knyttet til anvendelse av armlengdeprinsippet til å verdsette aksjeinnskudd som ikke er skutt inn til virkelig verdi.²⁸⁷ Aksjeinnskudd er ett egenkapitalinnskudd og derfor er dette strengt tatt et eksempel på at art. 9 ikke begrenser anvendelse av det interne armlengdeprinsippet på egenkapitalinnskudd. Likevel skiller anvendelse av armlengdeprinsippet til å endre aksjeinnskuddets *verdi* seg prinsipielt fra tilfeller hvor egenkapitalinnskuddet er verdsatt til virkelig verdi, hvilket er situasjonen ved tykk kapitalisering. Verdsettelse av aksjeinnskuddets verdi har klare likhetstrekk til uriktig prisfastsetting ved salg, mens tykk kapitalisering gjelder justering av egenkapitalinnskuddet til lån. Dette er dermed to helt forskjellige problemstillinger. At det finnes praksis på verdsettelse av egenkapitalinnskudd synes dermed ikke ha noen betydning for hvorvidt også strukturelle justeringer av egenkapitalinnskudd verdsatt til virkelig verdi ligger innenfor rammene av art. 9.

Jeg har funnet en britisk avgjørelse fra «Upper Tribunal»²⁸⁸, som i et obiter dictum legger til grunn at det kan foretas en strukturell justering av et aksjeinnskudd, *Abbey National Treasury Services v. HMRC [2015] SFTD 929* («Abbey»)²⁸⁹. Denne avgjørelsen er fulgt opp i en senere avgjørelse fra samme instans for så vidt gjelder at armlengdeprinsippet kan anvendes på egenkapitalinnskudd, *Union Castle Mail Steamship Co. Ltd v. HMRC [2016] UKFTT 526 (TC)*, («Union Castle»)²⁹⁰. Også i denne saken var vurderingen av armlengdeprinsippet et obiter dictum.

Situasjonen i begge sakene var imidlertid at et aksjeinnskudd mellom et mor- og datterselskap ikke var verdsatt til virkelig verdi.²⁹¹ Men i stedet for å regulere aksjeinnskuddets verdi, som det er antatt at i hvert fall sktl. § 13-1 gir grunnlag for,²⁹² ble det i Abbey-saken uttalt at det var grunnlag for å se bort fra hele aksjetransaksjonen, altså foreta en strukturell justering.²⁹³

²⁸⁶ Jeg har hovedsakelig søkt etter «thick capitalization», «fat capitalisation», «excessive capital», og lett i litteratur om armlengdeprinsippet. Avgjørelsene som vises til i dette kapitlet har jeg blant annet funnet i Andrus og Collier (2017).

²⁸⁷ *Eli Lilly & Co v. Comm'r*, 84 TC 996 (1985) og Utv-2004-75.

²⁸⁸ «Upper Tribunal» er det siste klageorganet før saken bringes inn for den britiske «High Court», som tilsvarende norsk tingrett.

²⁸⁹ *Abbey National Treasury Services v. HMRC* (2015) (99 flg.).

²⁹⁰ *Union Castle Mail Steamship Co. Ltd v. HMRC* (2016) (67).

²⁹¹ Andrus og Collier (2017) s. 170 i note 51.

²⁹² Utv-2004-75 og Naas (2017) s. 1011.

²⁹³ *Abbey National Treasury Services v. HMRC* (2015) (106).

Begrunnelsen var at en tilsvarende aksjedisposisjon ikke ville forekommet mellom uavhengige parter. Avgjørelsen er dermed et eksempel på at armlengdeprinsippet, riktignok i et obiter dictum, ble ansett for å gi grunnlag for strukturell justering av et aksjeinnskudd.

I Storbritannia er det pekt på at avgjørelsene utfordrer den tradisjonelle tankegangen om at armlengdeprinsippet ikke kommer til anvendelse på «equity transactions». Videre, at «advisers must be conscious of the potential for transfer pricing rules to apply to equity transactions».²⁹⁴ Avgjørelsene er imidlertid ikke dommer, og uttalelsene er obiter dicta. Disse sakene kan dermed ikke tillegges noen vekt.

Internasjonal rettspraksis gir etter dette liten veiledning for om art. 9 begrenser anvendelse av sktl. § 13-1 på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering. At jeg ikke har funnet eksempler fra andre land på at armlengdeprinsippet gir grunnlag for strukturell justering av et egenkapitalinnskudd, tilsier at det er tvilsomt om slik anvendelse ligger innenfor art. 9. Men fordi avgjørelser fra andre land typisk bare gjelder det interne armlengdeprinsippets rekkevidde, er det ikke gitt at de kan tas til inntekt for hva som er yttergrensene til art. 9. Uansett kan ikke fraværet av dommer som vurderer strukturell justering av et egenkapitalinnskudd anses som et avgjørende argument for at slik anvendelse av armlengdeprinsippet ligger utenfor rammene av art. 9.

5.8 Juridisk teori

Det er ikke innlysende hvordan juridisk teori skal plasseres i Wienkonvensjonens system for tolkning av traktater. Teori er imidlertid en relevant kilde etter ICJs statutter, jf. Art. 38 (1) d). Høyesterett anser litteratur relevant ved tolkning av skatteavtaler, i hvert fall for å underbygge et tolkningsalternativ.²⁹⁵ Videre kan litteratur anses som «supplementary means of interpretation» etter Wienkonvensjonens art. 32. Dette medfører at juridisk teori i hvert fall må anses relevant i den grad fremstillingen har argumentasjonsverdi.

I litteraturen er det pekt på at anvendelsesområdet til modellskatteavtalens art. 9 må avgrenses mot «shareholder relations»²⁹⁶, «rene *selskabsretslige* beslutninger»²⁹⁷ og «the effect of pure shareholder relations».²⁹⁸ Bullen skriver at «shareholder relations» språklig kvalifiserer som «financial relations», men at «commercial or financial relations» tradisjonelt har blitt avgrenset mot nettopp slike disposisjoner.²⁹⁹ Bullen diskuterer ikke hvilke disposisjoner som faller inn

²⁹⁴ Hellier (2020) og Hughes (2018).

²⁹⁵ Rt-1984-99 s. 105 og Rt-2008-577 (67)

²⁹⁶ Bullen (2010) s. 460.

²⁹⁷ Wittendorff (2009) s. 241.

²⁹⁸ Kofler i Reimer og Rust (red.) (2015) s. 637.

²⁹⁹ Bullen (2010) s. 460-461.

under «shareholder relations», men språklig er det nærliggende å anta at egenkapitalinnskudd er omfattet. Bullens standpunktet kommer med henvisninger til en rekke forfattere, men begrunnes ikke utover dette.

For så vidt gjelder Bullens henvisninger til norske rettskilder, kan ikke jeg se at disse gir grunnlag for å prinsipielt avgrense anvendelsesområdet til art. 9 mot *egenkapitalinnskudd*. Det henvises til Skaar, hvor det i forbindelse med om skattemyndighetene «kan omklassifisere rentefrie lån til egenkapital» står at:

«selskapsdeltakere kan etter eget skjønn bestemme om selskapets overskudd skal tilbakeholdes av selskapet for å finansiere dets virksomhet eller om overskuddet skal utdeles som utbytte. Det kan derfor ikke oppstilles noen standard for hva som vil utgjøre et *markedsmessig* utbytte.»³⁰⁰

Det er nærliggende å ta dette til inntekt for at art. 9 ikke gir grunnlag for å justere størrelsen på et utbytte. Det er likevel ikke gitt at dette også betyr at det ligger utenfor rammene av art. 9 å gi sktl. § 13-1 (1) anvendelse på egenkapitalinnskudd. Bullen viser også til en uttalelse fra Finansdepartementet.³⁰¹ Men også denne gjelder «[s]kattemessig behandling av rentefrie lån ytet til datterselskapet», og gir dermed ikke holdepunkter for at det faller utenfor rammene av art. 9 å anvende sktl. § 13-1 på et egenkapitalinnskudd. Dette kan tilsi at avgrensningen mot «shareholder relations» i Bullen, ikke nødvendigvis omfatter egenkapitalinnskudd.

Wittendorff fastlegger anvendelsesområdet til art. 9 på bakgrunn av dansk intern rett, og legger til grunn at det interne armlengdeprinsippet ikke kommer til anvendelse på «rene *selskapsrettslige* beslutninger som f.eks størrelsen af et udbytte eller en kapitalforhøjelse.»³⁰² Kofler uttaler tilsvarende at «[t]he notion of ‘commercial and financial’ relations is frequently contrasted with the effect of *pure shareholder relations* (e.g. in kind dividend distributions, increases and decreases in share capital.»³⁰³ (uthevet her).

Det er ikke gitt hva forfatterne sikter til med «rene» eller «pure» selskapsrettslige beslutninger. På den ene siden kan dette anses for å stå i motsetning til obligasjonsrettslige avtaler. Men ordet «rene» kan også tilsi at det kan etableres et skille mellom «selskapsrettslige beslutninger» og «*rene* selskapsrettslige beslutninger», hvor førstnevnte ikke nødvendigvis faller utenfor anvendelsesområdet til art. 9. I så fall kan det pekes på at et egenkapitalinnskudd krever at en

³⁰⁰ Skaar (2006) s. 504.

³⁰¹ Finansdepartementet (1997).

³⁰² Wittendorff (2009) s. 241.

³⁰³ Kofler i Reimer og Rust (red.) (2015) s. 637.

aksjonær foretar en aktiv handling ved å skyte inn et kontant- eller tingsinnskudd, og dermed skiller seg fra de egenkapitaldisposisjonene hvor kun selskapet trenger å prestere en ytelse, for eksempel en utbytteutdeling. Dette kan kanskje tilsi at et egenkapitalinnskudd ikke er en *rent* selskapsrettslige beslutning. Det er imidlertid usikkert om det er dette forfatterne legger i «rene» selskapsrettslige disposisjoner. Det er antagelig mer nærliggende å ta standpunktene til inntekt for at justeringer av størrelsen på et egenkapitalinnskudd faller utenfor anvendelsesområdet til armlengdeprinsippet. Begrunnelsen er at både Kofler og Wittendorff nevner kapitalforhøyelse som eksempel, og hvis kapitalforhøyelsen skjer ved nytegning innebærer det at det skytes inn ny egenkapital.

Det er altså forfattere som antar at anvendelsesområdet til art. 9 må avgrenses mot «shareholder relations» og «rene selskapsrettslige beslutninger». Selv om et egenkapitalinnskudd språklig kan synes å falle inn under disse kategoriene, diskuterer ikke forfatterne om avgrensningen gjelder for alle egenkapitaldisposisjoner. Videre har standpunktene karakter av å være en antagelse eller noe som legges til grunn, uten at forfatterne diskuterer avgrensningen nærmere.³⁰⁴ Dermed er det ikke klart hva som er begrunnelsen bak avgrensningen og hvor langt denne eventuelt rekker. Da er det vanskelig å vurdere standpunktens argumentasjonsverdi.

Jeg har ikke funnet internasjonal litteratur hvor det konkret vurderes om art. 9 begrenser anvendelse av armlengdeprinsippet på tykk kapitalisering med den begrunnelse at det faller utenfor rammene av art. 9 å anvende armlengdeprinsippet på egenkapitalinnskudd. Andrus og Collier diskuterer mer generelt anvendelse av armlengdeprinsippet på problemstillinger knyttet til «capital issues».³⁰⁵ I den forbindelse peker forfatterne på at armlengdeprinsippet tradisjonelt har vært ansett for å være avgrenset mot «shareholder transactions»,³⁰⁶ men det uttales så at «there seems to be no obvious reason why the ALP [armlengdeprinsippet] would be precluded from operating simply by virtue of the *form* of the transaction alone.»³⁰⁷ Uttalelsen i Andrus og Collier er dermed eksempel på at standpunktet om at art. 9 må avgrenses mot egenkapitaltransaksjoner utfordres i dag, men uttalelsen er ikke avsagt eksplisitt med tykk kapitalisering for øye.

Det kan også være av interesse å undersøke hvordan anvendelsesområdet til armlengdeprinsippet er fastlagt i andre lands litteratur. I Furueth sin artikkel vises det til en svensk og en finsk forfatter, som begge har konkludert med at deres nasjonale

³⁰⁴ I Bullen (2010) s. 460, Kofler i Reimer og Rust (red.) (2015) s. 637 «[...] is frequently contrasted with». Mens Wittendorff viser til tilsvarende standpunkt hos Bullen (2008).

³⁰⁵ Andrus og Collier (2017) s. 158.

³⁰⁶ Andrus og Collier (2017) s. 169.

³⁰⁷ Andrus og Collier (2017) s. 169.

armlengdeprinsipp ikke kan anvendes på tykk kapitalisering, men at slik anvendelse krever særskilt lovgivning.³⁰⁸ Det er imidlertid lite oppsiktsvekkende fordi det finske og svenske armlengdeprinsippet har vært tolket slik at det ikke engang gir hjemmel for strukturelle justeringer.³⁰⁹ Armlengdeprinsippets innhold i finsk og svensk rett har dermed begrenset overføringsverdi til spørsmålet om det ligger innenfor rammene av art. 9 å anvende armlengdeprinsippet på et egenkapitalinnskudd verdsatt til virkelig verdi, da slik anvendelse forutsetter at det kan foretas en strukturell justering.

5.9 Konklusjon

Drøftelsen viser at det er vanskelig å finne et klart svar på om art. 9 begrenser anvendelse av sktl. § 13-1 på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering. Ordlyden i art. 9 synes tilstrekkelig vid til å omfatte slik anvendelse av armlengdeprinsippet, og det er ikke holdepunkter i bestemmelsens formål eller kontekst for at ordlyden må tolkes innskrenkende. At verken OECDs retningslinjer eller kommentarer omtaler anvendelse av armlengdeprinsippet på egenkapitalinnskudd, kan likevel tilsi at art. 9 ikke omfatter slike disposisjoner. Likevel er slutninger fra at noe ikke er omtalt til at det heller ikke gjelder, nødvendigvis tvilsomme. At jeg ikke har funnet eksempler fra rettspraksis på at armlengdeprinsippet har gitt grunnlag for strukturell justering av et egenkapitalinnskudd, kan tale i retning av at art. 9 ikke tillater slik anvendelse. Det er imidlertid ikke gitt at denne praksisen reflekterer yttergrensene til art. 9 da det interne armlengdeprinsippet gjerne setter grenser før anvendelsesområdet til art. 9 blir satt på prøve. Juridisk teori kan også gi støtte for at egenkapitalinnskudd faller utenfor armlengdeprinsippets anvendelsesområde. Men det er vanskelig å avgjøre argumentasjonsverdien til standpunktene i litteraturen da disse ikke er begrunnet nærmere.

Rettskildebildet er altså sprikende. Det synes da nærliggende å legge avgjørende vekt på at anvendelse av sktl. § 13-1 på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering faller inn under ordlyden i art. 9, tolket i lys av dens kontekst og formål.³¹⁰ Jeg konkluderer derfor med at art. 9 ikke er til hinder for anvendelse av sktl. § 13-1 på egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering. Det betyr at hvis vilkårene for skjønnsfastsettelse i sktl. § 13-1 (1) skulle være oppfylt ved tykk kapitalisering, begrenser ikke art. 9 adgangen til å fastsette skattyters inntekt ved skjønn etter sktl. § 13-1 der transaksjonen er underlagt skatteavtale.

³⁰⁸ Helminen (2013) s. 181 og Gäverth (1999) s. 81 flg.

³⁰⁹ For Finland se KHO 2014:119, fulgt opp i KHO 2017:145, Andrus og Collier (2017) s. 175, Bussmann (2014) s. 85, pkt. 7.3.2. For Sverige se RÅ 1990 ref 34 (Mobil Oil) og Wittendorff (2009) s. 505.

³¹⁰ Wienkonvensjonen art. 31 (1).

6 Avslutning

6.1 Sammenfatning

I denne oppgaven har jeg vurdert om sktl. § 13-1 (1) gir hjemmel for å justere egenkapital til lån ved tykk kapitalisering. Jeg har først vurdert om vilkårene for skjønnsfastsettelse i sktl. § 13-1 (1) vil være oppfylt ved tykk kapitalisering. I den sammenheng har jeg pekt på at det problematiske er om skattyters «inntekt er redusert». Videre, at dette vilkåret vil være oppfylt hvis det er grunnlag for å foreta en strukturell justering av den kontrollerte transaksjonen ved tykk kapitalisering. I kapittel 2 har jeg vurdert hvilke vilkår som må være oppfylt for at skattemyndighetene kan foreta strukturelle justeringer av den kontrollerte transaksjonen med hjemmel i sktl. § 13-1 (1). I kapittel 3 har jeg vurdert om disse vilkårene er oppfylt ved tykk kapitalisering. Jeg har konkludert med at irrasjonalitetsvilkåret ikke vil være oppfylt ved tykk kapitalisering, og at det derfor ikke er grunnlag for strukturell justering. Konsekvensen av at det ikke er grunnlag for strukturell justering, er at sktl. § 13-1 (1) ikke gir hjemmel for å justere et egenkapitalinnskudd til lån ved tykk kapitalisering.

Konklusjonen i kapittel 3 har overføringsverdi til situasjoner der det egenkapitalfinansierte datterselskapet driver annen virksomhet enn internbank og er etablert i et annet land enn Belgia. Forutsetningen er at skattebyrden i datterselskapet er lavere enn i det norske morselskapet. Begrunnelsen er at det heller ikke i disse tilfellene synes kommersielt irrasjonelt av morselskapet å finansiere datterselskapet med bare egenkapital. Er derimot skattebyrden i datterselskapet tyngre enn i morselskapet, synes det kommersielt irrasjonelt å finansiere selskapet med bare egenkapital. I disse tilfellene vil det imidlertid ikke gi en skattefordel å finansiere datterselskapet med bare egenkapital og det er dermed upraktisk at problemstillingen oppstår.³¹¹

Under forutsetning av at vilkårene i sktl. § 13-1 (1) er oppfylt, har jeg i kapittel 4 vurdert om sktl. § 13-1 likevel ikke ville gitt grunnlag for skjønnsfastsettelse fordi bestemmelsen ikke kan anvendes på et egenkapitalinnskudd. Drøftelsen har vist at spørsmålet er usikkert, men at det er vanskelig å finne holdepunkter i rettskildene for å at anvendelsesområdet til sktl. § 13-1 må avgrenses mot egenkapitalinnskudd. Sentralt er at så lenge justeringer av skattyters rettslige disposisjoner forutsetter at vilkårene for strukturell justering er oppfylt, er det vanskelig å se at de uheldige konsekvensene Høyesterett pekte på i Ikea-dommen vil oppstå ved at sktl. § 13-1 kommer til anvendelse på egenkapitalinnskudd. Det synes da gi en mer hensiktsmessig regel at anvendelse av sktl. § 13-1 (1) beror på om vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, ikke hvorvidt strukturen er etablert ved hjelp av egenkapitalinnskudd.

³¹¹ Norske skattemyndigheter vil likevel kunne ha interesse av å justere egenkapital til lån, fordi heller ikke her får morselskapet skattepliktige inntekter fra det utenlandske datterselskapet.

I kapittel 5 har jeg, under forutsetning av at sktl. § 13-1 gir hjemmel for å justere egenkapital til lån ved tykk kapitalisering, vurdert om skatteavtalens art. 9 begrenser slik av anvendelse av sktl. § 13-1 i skatteavtalesituasjoner. Jeg har først lagt til grunn at siden vilkårene for strukturell justering er de samme etter sktl. § 13-1 (1) og art. 9, vil adgangen til å foreta strukturell justering være sammenfallende etter begge bestemmelsen. Hvorvidt det ligger utenfor rammene av art. 9 å anvende sktl. § 13-1 på et egenkapitalinnskudd, har jeg pekt på at er et usikkert spørsmål. Med avgjørende vekt på at ordlyden i art. 9 ikke synes stenge for slik anvendelse, har jeg kommet til at art. 9 ikke er til hinder for å anvende sktl. § 13-1 på et egenkapitalinnskudd i forbindelse med tykk kapitalisering. Det vil si at dersom sktl. § 13-1 hadde gitt grunnlag for å justere egenkapital til lån ved tykk kapitalisering, så ville ikke skatteavtalens art. 9 begrenset slik anvendelse av sktl. § 13-1 i en skatteavtalesituasjon.

6.2 Perspektiver

Tykk kapitalisering er et av flere eksempler på utfordringer knyttet til konserninterne «shifts of capital»³¹² som det er stor internasjonal diskusjon og uenighet knyttet til om armlengdeprinsippet er et effektivt verktøy for å håndtere. Andrus og Collier peker for eksempel på at anvendelse av armlengdeprinsippet på aksjedisposisjoner verdsatt til virkelig verdi, herunder tykk kapitalisering, representerer «some of the very thorniest transfer pricing matters and trigger strong differences of opinion regarding the scope of the ALP».³¹³

Skatteplanlegging i multinasjonale konserner handler i dag mindre om å manipulere priser, og mer om etablering av strukturer hvor selskapene sørger for å legge verdier til konsernselskap hvor inntektene fra disse blir skattlagt gunstig.³¹⁴ Det hevdes gjerne at armlengdeprinsippet ikke har utviklet seg i takt med dette skiftet i hvordan konserner typisk bedriver skatteplanlegging, og derfor ikke representerer et hensiktsmessig alternativ for å imøtegå mange av dagens former for skatteplanlegging.³¹⁵ Andrus og Collier tar på denne bakgrunn til orde for at «development of options to address the problems relating to these capital shifts is now the single biggest priority for the future of the ALP».³¹⁶

Nasjonalt vil behandlingen av skattemyndighetenes vedtak i skatteklagenemnda og eventuelt videre i rettsapparatet vise hvorvidt sktl. § 13-1 gir hjemmel for justere egenkapitalinnskudd til lån ved tykk kapitalisering i internbanktilfellene. Det vil være av stor betydning å få en avklaring på i hvilken utstrekning sktl. § 13-1 er et effektivt verktøy for å imøtegå

³¹² Andrus og Collier (2017) s. 186.

³¹³ Andrus og Collier (2017) s. 171.

³¹⁴ Andrus og Collier (2017) s. 186.

³¹⁵ Andrus og Collier (2017) s. 186.

³¹⁶ Andrus og Collier (2017) s. 276.

skatteplanlegging som ikke følger av uriktig prisfastsetting. Hvis ikke sktl. § 13-1 gir grunnlag for skjønnsfastsettelse ved tykk kapitalisering, er det som nevnt nærliggende å vurdere om omgåelsesnormen i sktl. § 13-2 gjør det. Hvis heller ikke omgåelsesnormen gir tilstrekkelig hjemmel, er det et lovgiverspørsmål om tykk kapitalisering skal være en form for skatteplanlegging som ikke anerkjennes av rettsorden.

Forkortelser

ALP	Arm's length principle
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
Deknl.	Dekningsloven
ICJ	International Court of Justice
NID	Notional Interest Deduction
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OECDs modellskatteavtale	Model Tax Convention on Income and on Capital 2017
OECDs retningslinjer	Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017
OECDs kommentarer	Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention 2017
RAO	Realistically Available Options
Sktl.	Skatteloven (1999)
Utv.	Dommer, uttalelser m.v. fra Ligningsutvalget

7 Litteraturliste

Litteratur

- Aftenposten (2021) Bjørnestad, Sigurd. «Statkraft gir seg ikke i skattestrid.» *Aftenposten*, 7. mai 2021, <https://e24.no/norsk-oekonomi/i/pAaO31/statkraft-gir-seg-ikke-i-skattestrid-med-staten> hentet 20. mai 2021.
- Aftenposten (2016) Bjørnestad, Sigurd. «I årevis har Statkraft spart milliarder i skatt på å flytte penger til Belgia. Nå har Skatteetaten fått nok.» *Aftenposten*, 13. september 2016, <https://www.aftenposten.no/okonomi/i/n1Qza/i-aarevis-har-statkraft-spart-milliarder-i-skatt-paa-aa-flytte-penger-til> hentet 5. mars 2021.
- Andrus og Collier (2017) Andrus, Joseph L og Collier, Richard S. *Transfer Pricing and The Arm's Length Principle After BEPS*. 1. utg., United Kingdom: Oxford University Press, 2017.
- Bjerke (1997) Bjerke, Joachim M. *Internprising*. Oslo: Tano Aschehough, 1997.
- Boe (2012) Boe, Erik Magnus. *Rettskildelære under debatt*. 1. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- Bullen (2010) Bullen, Andreas. *Arm's length transaction structures: recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*. Oslo: Faculty of law, University of Oslo, 2010.
- Bullen (2010a) Bullen, Andreas. «'Selskapsfremmede' disposisjoner a la Storhaugen Invest. Kritisk analyse og raffinert vurderingsmodell basert på OECDs retningslinjer for internprising.» *Skatterett*, 03/2010 s. 218-275. [Lest i Idunn.no].

- Bullen (2008) Bullen, Andreas. «Et skråblikk på Høyesteretts dom i Statoil Angola (Rt-2007-1025).» *Skatterett*, 02/2008, s. 110-142. [Lest i Idunn.no].
- Bullen og Anfinsen (2014) Bullen, Andreas og Anfinsen, Fredrik. «OECDs retningslinjer som rettskilde utenfor skatteavtalesituasjoner: duplikk.» *Skatterett*, 02/2014, s. 119-140. [Lest i Idunn.no].
- Bullen og Anfinsen (2013) Bullen, Andreas og Anfinsen, Fredrik. «Skatteloven § 13-1 fjerde ledd: OECDs retningslinjer for internprising som rettskildefaktor i norsk rett.» *Skatterett*, 02/2013, s. 159 til 203. [Lest i Idunn.no].
- Bullen og Beck (2018) Bullen, Andreas og Beck, Alexander. «Årsakssammenheng og inntektsreduksjon i skatteloven § 13-1 første ledd.» *Skatterett*, 01-02/2018 s. 15 – 77. [Lest i Idunn.no].
- Bøhren og Gjørsum (2019) Bøhren, Øyvind og Gjørsum, Per Ivar. *Finans: innføring i investering og finansiering*. 2. utg., Oslo: Fagbokforlaget, 2019.
- Council of the European Union (2018) Council of the European Union. «Belgium's notional interest deduction regime.» Brussel, 20. November 2018, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14364-2018-ADD-1/en/pdf>
- Dagens Næringsliv (2020) Ånestad, Morten. «Mulig skattesmell på 1,6 milliarder for Equinors internbank.» *Dagens Næringsliv*, 24. mars 2020, <https://www.dn.no/energi/skatt/oljeprisen/equinor/mulig-skattesmell-pa-16-milliarder-for-equinors-internbank/2-1-778476> hentet 12. april 2021.
- Dagens Næringsliv (2018) Riisnæs, Ida Grieg. «Statens selskaper sparte milliarder på skatt i Belgia – risikerer tidenes skattesmell i Norge.» *Dagens Næringsliv*, 5. mars 2018, <https://www.dn.no/market/guttorm-schjelderup/statkraft/skatteetaten/statens-selskaper-sparte-milliarder-pa-skatt-i-belgia-risikerer-tidenes-skattesmell-i-norge/2-1-281328> hentet 13. april 2021.

- E24 (2018) Hopland, Sindre og Hauge, André. «Statoil og Statkraft risikerer tidenes skattesmell.» *E24*, 5. mars 2018.
<https://e24.no/boers-og-finans/i/P3QzER/statoil-og-statkraft-risikerer-tidenes-skattesmell> hentet 2. februar 2021.
- Expatica (2021) Sergon, Valentine. «Corporate tax rates in France.» *Expatica*, 17. Mars 2021.
<https://www.expatica.com/fr/finance/taxes/france-corporate-tax-rate-445980/> hentet 23. Mai 2021.
- Fernandes (2017) Fernandes, Sandra. «Arm's length principle and the issue of thin capitalization.» Tilburg University: KU Leuven, 2017.
https://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2016/09/14_Artigo_Sandra-Fernandes-Arms-length-principle-and-the-issue-of-the-capitalization.pdf hentet 10. januar 2021.
- Finansdepartementet (1997) Finansdepartementet. «Skattemessig behandling av rentefrie lån ytet til datterselskapet». *Utvalget*, 1997 s. 895. [Lest i Rettsdata.no].
- Folkvord (2018) Folkvord, Benn mfl. *Norsk Bedriftsskatterett*. 10. utg., Oslo: Gyldendal, 2018.
- Furusest (2017) Furusest, Eivind. «Tykk kapitalisering.» *Skatterett*, 04/2017 s. 275-292. [Lest i Idunn.no].
- Gjems-Onstad og Furusest (red.) (2013) Gjems-Onstad, Ole og Furusest, Eivind (red.). *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*. 1. utg., Oslo: Gyldendal Juridisk, 2013.
- Harboe (2011) Harboe, Einar. «Rt-1940-598 – Fornebodommen. Et tilfelle av vellykket gjenoppliving?» *Skatterett*, 02/2011, s. 106-116. [Lest i Idunn.no].

- Hellier (2020) Hellier, Edward. «The walls are crumbling.» *Tax Advisor*, 1. Juni 2020. [Nyhetsbrev] [The walls are crumbling | Tax Advisor \(taxadvisermagazine.com\)](https://www.taxadvisermagazine.com) hentet 10. mai 2021.
- Helminen (2013) Helminen, Marjaana. *Finish International Taxation*. Helsinki: Faculty of law, University of Helsinki, 2013.
- Hermie og Peters (n.d) Peeters, Bernard og Hermie, Thomas. «Notional Interest Deduction: The Belgian Experience.» Tibergian Lawyers, (n.d.)https://www.tiberghien.com/media/ACTL%20seminarie_Bernard&Thomas.pdf hentet 2. april 2021
- Hughes (2018). Hughes, Liz. «UK transfer pricing rules apply to capital transactions such as issuing shares, court finds.» *MNE Tax Multinational Group Tax & Transfer Pricing News*, 10. oktober 2016. [Nyhetsbrev] <https://mnetax.com/uk-transfer-pricing-rules-apply-to-capital-transactions-such-as-issuing-shares-court-finds-30619> hentet 3. mars 2021.
- Høgberg og Sunde (2019) Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen (red). *Juridisk metode og tenkemåte*. 1. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Kvamme (2015) Kvamme, Kristian. «Skatteloven § 13-1 og forholdet til OECDs retningslinjer – replikk.» *Skatterett*, 01/2015, s. 89-91. [Lest i Idunn.no].
- Kvamme (2014) Kvamme, Kristian. «Skatteloven § 13-1 og forholdet til OECDs retningslinjer.» *Skatterett*, 01/2014, s. 25-42. [Lest i Idunn.no].
- Miller og Modigliani (1958) Modigliani, Franco og Miller, Merton H. «The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment.» *The American Economic Review*, vol. 48 nr. 3, s. 261-297 (1958). <https://www.jstor.org/stable/1809766>
- Naas (2017) Naas, Henning mfl. *Norsk Internasjonal skatterett*. 2. utgave., Oslo: Universitetsforlaget, 2017.

- OECD (2020) OECD (2020) «Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions: Inclusive Framework on BEPS Actions 4, 8-10.» OECD, Paris. <https://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.pdf>
- OECDs kommentarer til art. 9 OECD (2017). *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9a5b369e-en>
- OECDs retningslinjer OECD (2017). *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*. OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.
- OECD (2015) OECD (2015). *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, Paris. [Http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en](http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en)
- OECD (2014-2015) OECD. «Public Discussion Draft (2014-2015). BEPS actions 8, 9 and 10: Discussion draft on revisions to chapter 1 of the transfer pricing guidelines (including risk, recharacterization, and special measures).» (2014-2015). <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-actions-8-9-10-chapter-1-TP-Guidelines-risk-recharacterisation-special-measures.pdf>
- OECD (2013) OECD (2013). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing. <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>
- OECDs retningslinjer (2010) OECD (2010). *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*. OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/20769717>
- Olsen (2012) Olsen, Jim Krüger. «Myndighetenes adgang til å restrukturere transaksjoner.» *Revisjon og Regnskap*,

07/2012 s. 45-50. <https://www.revregn.no/asset/pdf/2012/7-45-50.pdf> hentet 29. mai 2021.

- Olsen og Lie (2020) Olsen, Sten Frode og Lie, Morten L. «Egenkapitaltransaksjoner og forholdet til sktl. 13-1 (armlengdeprinsippet).» *Utvalget 2020*, s. 951. [Lest i Rettsdata.no].
- Oxford English Dictionary Oxford English Dictionary. <https://www.oed.com/>
- Regjeringen (2020) Regjeringen. «OECD vedtar nye retningslinjer om internprising i finansielle transaksjoner.» 13. februar 2020, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/oecd-vedtar-nye-retningslinjer-om-internprising-i-finansielle-transaksjoner/id2690384/>
- Robberstad (2018) Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. 4. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2008.
- Skaar (2006) Skaar, Arvid Aage mfl. *Norsk skatteavtalerett*. 1. utg., Oslo: Gyldendal, 2006.
- Skaar og Kristensen (2017) Skaar, Arvid Aage og Kristensen, Roy. *Lærebok i bedriftsskatterett*. 1. utg., Oslo: Gyldendal Juridisk, 2017.
- Skatte-ABC (2019) Skattedirektoratet. *Skatte-ABC 2019*. Oslo, 2019. <https://www.skatteetaten.no/globalassets/rettskilder/handboker/skatte-abc/skatte-abc-2019.pdf>
- Skattedirektoratet (2016) Skattedirektoratet. «Rentefradrag nektet med hjemmel i den ulovfestede gjennomskjæringsregelen – Skattedirektoratets kommentar av 15. desember 2016.» *Utvalget 2016*, nr. 10, s. 2190. [Lest i Rettsdata.no].
- Trading Economics (2021) Trading Economics. «Belgium Corporate Tax Rate.» (2021) [Belgium Corporate Tax Rate | 1981-2020 Data | 2021-2023 Forecast | Historical | Chart \(tradingeconomics.com\)](https://tradingeconomics.com/belgium/corporate-tax-rate) hentet 10. mars 2021.

- Kofler i Reimer og Rust (red.) (2015) Reimer, Ekkehart og Rust, Alexander (red.). *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. Vol. 1, 4. utg., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015.
- Wiersholm (2020) «Prinsipiell avklaring fra Høyesterett om internprising.» *Wiersholm*, 2020. [Nyhetsbrev].
<https://www.wiersholm.no/nyhetsbrev/prinsipiell-avklaring-fra-hoyesterett-om-internprising> hentet 11. mai 2021.
- Wittendorff (2010) Wittendorff, Jens. «The Object of Art. 9 (1) of the OECD Model Convention: Commercial or Financial Relations.» IBDF, *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2010. <http://corit-academic.org/wp-content/uploads/2011/12/ITPJ-3-2010-J-Wittendorff.pdf>
- Wittendorff (2009) Wittendorff, Jens. *Armslængdeprincippet i dansk og international skatterett*. 1. utg., København: Thomson Reuters, 2009.
- Zimmer (2018) Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. 8. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Zimmer (2017) Zimmer, Frederik. *Internasjonal inntektsskatterett*. 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Zimmer (2017a) Zimmer, Frederik. «Høyesterettsdommer i skattesaker 2016.» *Skatterett*, 03/2017 s. 213-248. [Lest i Idunn.no].
- Zimmer (2012) Zimmer, Frederik. «Bevis, rettsanvendelse, omgåelse, internprising: Forholdet mellom problemstillinger i skatteretten.» *Skatterett*, 03/2012, s. 186–199. [Lest i Idunn.no].
- Zimmer (2011) Zimmer, Frederik. «Høyesterettsdommer i skattesaker 2011.» *Skatterett*, 01/2012, s. 43-85. [Lest i Idunn.no].

Lover

1911	Lov 18. august nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).
1984	Lov 6. august nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).
1994	Lov 23. desember nr. 74 om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster mv (petroleumsskatteloven).
1997	Lov 13. mars nr. 44 lov om aksjeselskaper (aksjeloven).
1999	Lov 26. mars nr. 14 lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

Forarbeider

NOU 2000:18	Skattelegging av petroleumsvirksomhet.
NOU 2014:13	Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi.
NOU 2016:5	Omgåelsesregel i skatteretten: Lovfesting av en generell omgåelsesregel i skatteretten.
NOU 2018:5	Kapital i omstillingens tid: Næringslivets tilgang til kapital.
Ot.prp. nr. 43 (1910)	Om utfærdigelse av skattelove for landet og for byerne.
Ot.prp. nr. 25 (1917)	Om utfærdigelse av lover, inneholdende forandringer i skattelovene for landet og for byene av 18. aug. 1911.
Ot.prp. nr. 26 (1980-1981)	Om lov om endringer i lov nr. 8 av 18. august 1911 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) mv.
Ot.prp. nr. 11 (1996-1997)	Oppfølging av nytt skattesystem for rederiselskaper.
Ot.prp. nr. 86 (1997-1998)	Ny skattelov.
Ot.prp. nr. 62 (2006-2007)	Om lov om endringer i skattelovgivningen (internprising).

Prop. 98 L (2018-2019) Endringer i skatteloven og merverdiavgiftsloven (lovfesting av en generell omgåelsesregel).

Traktater

Wienkonvensjonen *Vienna Convention on the Law of Treaties*. Wien, 23. mai 1969.

St.prp. nr. 18 (1988-1989) *Overenskomst mellom Kongeriket Norge og Kongeriket Belgia til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebyggelse av skatteunndragelse med hensyn til skatter av inntekt og formue*. Oslo, 14. april 1988.

EØS-avtalen *Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde*. Oporto, 2. mai 1992.

Prop. 100 S (2013-2014) *Overenskomst mellom kongeriket Norge og kongeriket Belgia for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter av inntekt og for å forebygge skatteunndragelse*. Oslo, 23. april 2014.

OECDs modellskatteavtale OECD (2017). *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*. OECD Publishing.
<https://doi.org/10.1787/9a5b369e-en>

Rettspraksis

Høyesterett

Rt-1940-598

Rt-1984-99

Rt-1994-752

Rt-2001-1265

Rt-2003-536

Rt-2003-1324

Rt-2004-957

Rt-2004-1921

Rt-2006-1573

Rt-2007-302

Rt-2007-1025

Rt-2008-577

Rt-2010-790

Rt-2011-1581

Rt-2012-1025

HR-2016-2165-A

HR-2017-2248-A

HR-2019-273-A

HR-2020-1130-A

Lagmannsretten

Utv-2004-685

Utv-2009-210

Utv-2010-781

Utv-2016-649

Borgarting Lagmannsretts dom av 19. mai
2021 i sak 18-175803ASD-BORG/01/.

Tingretten

Utv-1989-304

Utv-2004-75

Utv-2014-2134

Vedtak fra Skattekontoret

Skattekontorets vedtak 6. november 2013

Skattekontorets vedtak av 6. november 2013 om
endring av skatteligningen for Ikea Handel & Eiendom
AS for inntektsårene 2008 – 2012

Praksis fra EU-domstolen

Sag C-182/03 Kingdom of Belgium v. ECLI:EU:C:2006:416
Commission of the European Communities

Sag C-217/03 Forum 187 ASBL v. ECLI:EU:C:2006:89
Commission of the European Communities

Storbritannia

Abbey National Treasury Services v. HMRC (2015). Abbey National Treasury Services v.
HMRC [2015] SFTD 929.
[https://www.casemine.com/judgement/
uk/5b2897eb2c94e06b9e19db7f](https://www.casemine.com/judgement/uk/5b2897eb2c94e06b9e19db7f)

Union Castle Mail Steamship Co. Ltd v. HMRC (2016). Union Castle Mail Steamship Co. Ltd v.
HMRC [2016] UKFTT 526 (TC).
[https://www.casemine.com/judgement/
uk/5bb5ec112c94e05256da88cb](https://www.casemine.com/judgement/uk/5bb5ec112c94e05256da88cb)

USA

Eli Lilly Co v. Comm’r, 84 TC 996 (1985)

Eli Lilly Co v. Comm’r, 84 TC 996 (1985). <https://www.leagle.com/decision/1985108084bmtc99611016>

Sverige

RÅ 1990 ref 34

Regeringsrättens årsbok (RÅ) 1990 ref 34 (Mobil Oil)

Finland

KHO 2014:119

ECLI:FI:HFD:2014:119
<https://www.kho.fi/sv/index/beslut/arsboksbeslut/1404212197166.html>

KHO 2017:145

ECLI:FI:KHO:2017:145
<https://www.kho.fi/fi/index/paatokset/vuosikirjapaatokset/1505119873984.html>