

AVSKJÆRING AV FRADRAGSRETTE FOR GJELDSRENTER GRUNNET TYNN KAPITALISERING

Skatteloven § 13-1



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 699

Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 17 051 ord

21.11.2011

Innholdsfortegnelse

| | | |
|------------|---|-----------|
| 1 | PRESENTASJON AV OPPGAVEN | 1 |
| 1.1 | Innledning og problemstilling | 1 |
| 1.2 | Avgrensninger | 2 |
| 1.2.1 | Avgrensning mot utgående lån og mot leasing og annen leie | 2 |
| 1.2.2 | Avgrensninger mot øvrige problemstillinger knyttet til tynn kapitalisering | 2 |
| 1.2.3 | Øvrige avgrensninger | 3 |
| 1.3 | Den videre fremstilling | 4 |
| 2 | AVSKJÆRING AV FRADRAGSRETTE GRUNNET TYNN KAPITALISERING | 5 |
| 2.1 | Hvordan skal begrepet "tynn kapitalisering" forstås? | 5 |
| 2.2 | Grunner til å velge en kapitalstruktur med en høy andel av gjeld | 5 |
| 2.3 | Avskjæring av fradragsretten – hensyn | 8 |
| 2.4 | Avskjæring av fradragsretten for gjeldsrenter etter skatteloven § 13-1 | 9 |
| 2.4.1 | Introduksjon av skatteloven § 13-1 | 9 |
| 2.4.2 | Vilkår for bruk av skatteloven § 13-1 | 11 |
| 2.5 | Forholdet til den ulovfestede gjennomskjæringsregel og den alminnelige regel om tilordning | 12 |
| 3 | INTERESSEFELLESKAP | 14 |
| 3.1 | Innledning | 14 |
| 3.2 | Når foreligger det et interessefellesskap mellom debitorselskapet og kreditor? | 14 |
| 3.3 | Debitorselskapet er ikke i interessefellesskap med kreditor | 16 |
| 3.3.1 | Garanterte lån | 17 |
| 3.3.2 | Back-to-back arrangement | 18 |
| | | I |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4 | REDUKSJONSVILKÅRET | 21 |
| 4.1 | Innledning | 21 |
| 4.2 | Armlengdeprinsippet | 21 |
| 4.2.1 | Innledning | 21 |
| 4.2.2 | Når foreligger det brudd på armlengdeprinsippet for tynt kapitaliserte selskap? | 23 |
| 4.2.3 | OECDs retningslinjer | 24 |
| 4.3 | Reduksjon i formue eller inntekt? | 26 |
| 4.4 | Reduksjon hos hvem? | 26 |
| 4.5 | Hvordan oppstår inntektsreduksjon for tynt kapitaliserte selskap? | 27 |
| 4.5.1 | Kapitalstrukturen som årsak for inntektsreduksjonen | 27 |
| 4.5.2 | Inntektsreduksjon ved garanterte lån | 27 |
| 4.6 | Lånekapasitetsvurderingen | 29 |
| 4.6.1 | Innledning | 29 |
| 4.6.2 | Hvilke forhold skal tas i betraktning? | 29 |
| 4.6.3 | Hvilket tidspunkt skal legges til grunn ved vurderingen av selskapets lånekapasitet? | 31 |
| 4.6.4 | Prinsipper for valg av sammenligningssubjekter | 33 |
| 4.6.4.1 | Sammenligningssubjektet på debitorsiden | 33 |
| 4.6.4.2 | Sammenligningssubjekt på kreditorsiden ved direkte lån | 35 |
| 4.6.4.2.1 | Uavhengig kreditor | 35 |
| 4.6.4.2.2 | Kan den nærstående långiveren erstattes med en uavhengig bank? | 36 |
| 4.6.4.2.3 | Skal det ses bort i fra konsernselskapenes særskilte innsikt? | 38 |
| 4.6.4.2.4 | Oppsummering og konklusjon | 39 |
| 4.6.4.3 | Sammenligningssubjektet på kreditorsiden ved garanterte lån og back-to-back lån | 40 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 4.6.5 | Sammenligningstransaksjonen | 40 |
| 4.6.6 | Utnyttelsen av debitors lånekapasitet | 42 |
| 4.6.7 | Ytterligere opplåning | 44 |
| 5 | ÅRSAKSSAMMENHENG | 47 |
| 5.1 | Kravet om årsakssammenheng | 47 |
| 5.2 | Er kravet om årsakssammenheng et selvstendig vilkår? | 47 |
| 6 | SKJØNNFASTSETTELSE | 51 |
| 6.1 | Innledning | 51 |
| 6.2 | Hvilke justeringer kan ligningsmyndighetene gjøre? | 51 |
| 6.3 | Hvor stor andel av lånet skal justeres? | 52 |
| 6.4 | Krav til forsiktighet ved fastsettelsen av minimum armlengdes egenkapital? | 53 |
| 6.5 | Er den strukturelle justeringen bindende for senere ligninger? | 55 |
| 6.6 | Hvilke konsekvenser har en strukturell justering? | 55 |
| 6.6.1 | Inntektsøkning og begrensning av fradragretten for gjeldsrenter | 55 |
| 6.6.2 | Påvirkes de underliggende privatrettslige disposisjonene? | 56 |
| 6.6.3 | Korresponderende og sekundær justering? | 56 |
| 7 | EKSISTERER DET EN TOMMELFINGERREGEL I NORSK RETT? | 57 |
| 7.1 | Innledning | 57 |
| 7.2 | Analogibetraktninger fra oljesektoren | 57 |
| 7.3 | Analogibetraktninger fra selskapsretten | 58 |
| 7.4 | Praksis | 59 |
| 7.4.1 | Rettspraksis | 59 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 7.4.2 | Ligningspraksis | 61 |
| 7.5 | Skattedirektoratets uttalelser og endring av praksis | 63 |
| 7.6 | Avsluttende bemerkninger | 64 |
| 8 | KILDER | 67 |

1 PRESENTASJON AV OPPGAVEN

1.1 Innledning og problemstilling

Et selskap kan finansieres på to ulike måter, enten ved innskudd av egenkapital eller ved fremmedkapital (gjeld). Et selskap kan også finansieres ved en blanding av disse to kapitalformene. Der kapitalstrukturen består av en unaturlig høy andel av gjeld, vil det bli snakk om at selskapet er ”tynt” kapitalisert.

Valget finansieringsform og kapitalstruktur kan påvirkes av at utbytte og renter behandles ulikt i skatteretten. Dersom et selskap har valgt å finansieres med fremmedkapital, så vil det etter norsk rett være mulig å kreve fradrag for eventuelle rentekostnader knyttet til gjelden, jf. skatteloven § 6-40.

Ved uttak av utbytte gis det ikke fradrag for eventuelle kostnader på samme måte som for rentekostnader. I tillegg kan utbetalinger av utbytte til utlandet bli ilagt kildeskatt, jf. sktl. § 10-13, noe som ikke vil være tilfelle ved utbetaling av renter.

De skatterettslige konsekvensene kan av denne grunn være styrende for selskapets og konsernets valg av finansiering. Et selskap kan ha et ønske om å oppnå en høyest mulig gjeldsgrad, slik at fradraget for gjeldsrentene øker og derav minke skattepliktig inntekt.

Denne oppgaven vil omhandle regler som kan avskjære fradragsretten for gjeldsrenter for tynt kapitaliserte datterselskap hjemmehørende i Norge. Fokuset vil være på skatteloven § 13-1, og sentrale problemstillinger knyttet til anvendelsen av denne vil behandles.

1.2 Avgrensninger

1.2.1 Avgrensning mot utgående lån og mot leasing og annen leie

Oppgaven fokuserer på lånefinansiering av datterselskap hjemmehørende i Norge. Det avgrenses mot konsernselskapers adgang til å gi lån fra Norge til andre konsernselskaper i utlandet, såkalte utgående lån.¹

Det avgrenses også mot tilfeller av leasing og andre tilfeller hvor et selskap har leid et driftsmiddel i stedet for å lånefinansiere kjøp av driftsmiddelet.

1.2.2 Avgrensninger mot øvrige problemstillinger knyttet til tynn kapitalisering

Det er tre hovedgrupper av skattemessige problemstillinger knyttet til tynn kapitalisering:²

- 1) Klassifikasjonsspørsmålet
- 2) Kapitalstrukturspørsmålet
- 3) Spørsmålet om fastsettelse av rentesats

Kapitalstrukturspørsmålet omhandler spørsmålet om datterselskapet har oppnådd en kapitalstruktur bestående av en høy grad av gjeld, herunder spørsmålet om selskapets lånekapasitet er overskredet. Det er denne problemstillingen som er mest naturlig å knytte opp til begrepet tynn kapitalisering, og som vil behandles i denne oppgaven.³

De to øvrige problemstillingene faller utenfor denne oppgaven.

Det vil imidlertid være nyttig for forståelsen av oppgavens hovedproblemstilling å gi noen få bemerkninger angående de øvrige problemstillingene.

¹ Gjems-Onstad (2008) s. 1074-1075. Skaar m.fl. (2006) s. 460-461

² Skaar m.fl. (2006) s. 458-460

³ Skaar m.fl. (2006) s. 459. Se pkt. 2.1 om begrepet ”tynn kapitalisering”

Klassifikasjonsspørsmålet:

Ligningsmyndighetene skal legge til grunn transaksjonens reelle innhold. Dersom et kapitaltilskudd *formelt* fremstår som gjeld, men *reelt* sett er å betrakte som egenkapital kan ligningsmyndighetene omklassifisere gjeld til egenkapital. Fradragsretten for gjeldsrenter gjelder kun der kapitaltilskuddet anses å være gjeld, og en omklassifisering vil dermed kunne innebære at fradragsretten blir begrenset.

Det er først etter at ligningsmyndighetene har fastsatt transaksjonens reelle innhold, at de to øvrige problemstillingene knyttet til tynn kapitalisering blir aktuelle.

Spørsmålet om fastsettelse av rentesats:

Det vil som regel foreligge en mulighet til å kunne ta opp et lån på det åpne kredittmarked. Lånets størrelse og lånevilkårene vil imidlertid avhenge av debitorselskapets lånekapasitet eller av den sikkerhet selskapet kan stille.⁴ Eksempelvis kan en høy rente på lånet veie opp for økt risiko ved utlåning.

Det er med andre ord ikke tilstrekkelig å se på hvor stort lån debitorselskapet kan oppnå hos uavhengig kreditor, men også hvilke lånevilkår som kan gis.

1.2.3 Øvrige avgrensninger

Oppgaven omhandler aksje- eller allmennaksjeselskaper knyttet til konsern. Dette innebærer avgrensning mot øvrige selskapsformer og fysiske personer.

Denne oppgaven vil fokusere på ligningsmyndighetenes adgang til å begrense fradragsretten for gjeldsrenter grunnet tynn kapitalisering etter skatteloven § 13-1. Det finnes imidlertid andre hjemmelsgrunnlag som kan tenkes å begrense fradragsretten. Disse vil ikke gjennomgås grundig i denne oppgaven, bortsett fra noen bemerkninger i pkt. 2.5.

Ved anvendelsen av skatteloven § 13-1, er det knyttet særskilte bevisbyrderogler og dokumentasjonskrav, jf. bestemmelsens annet og fjerde ledd. I tillegg følger det av

⁴ Hærem (1990) s. 1201.

ligningsloven § 4-12 at det for selskaper og innretninger gjelder en særskilt og strengere oppgave- og dokumentasjonsplikt enn for øvrige skattytere vedrørende fastsettelse av internpriser. Disse bevisbyrde- og dokumentasjonsreglene vil ikke behandles i denne oppgaven. Det avgrenses i tillegg mot ligningsmyndighetenes administrative rutiner og den faktiske saksbehandlingen, og mot domstolenes etterprøving av ligningsmyndighetenes anvendelse av § 13-1.

Utenfor oppgaven faller også en fremstilling av eventuelle diskriminerings- og restriksjonsforbud som kan hindre anvendelsen av nasjonale regler om tynn kapitalisering.

1.3 Den videre fremstilling

Oppgaven er bygd opp i 7 kapitler. Ettersom begrepet ”tynn kapitalisering” er sentralt for denne oppgaven, vil det tidlig i kapittel 2 gis en forklaring av hvordan dette begrepet skal forstås. Videre vil det redegjøres for grunner til at et selskap vil velge en kapitalstruktur med høy andel av gjeld. Deretter vil det gjennomgås hvilke hensyn som gjør seg gjeldende ved spørsmålet om fradragsretten for gjeldsrenter bør avskjæres.

Videre i kapittel 2 vil det gis en kort introduksjon og oversikt over hjemmelsgrunnlaget for begrensning av fradragsretten etter skatteloven § 13-1, før det til sist vil gis noen bemerkninger om forholdet mellom § 13-1 og øvrige hjemmelsgrunnlag som kan begrense fradragsretten for gjeldsrenter.

Deretter vil hvert av vilkårene i skatteloven § 13-1 gjennomgås, før det i kapittel 6 gjennomgås konsekvensene av at vilkårene er til stede.

Til sist i oppgaven vil det gjøres en kort drøftelse av om det eksisterer en tommelfingerregel i norsk rett om at en egenkapital på 20 % er tilstrekkelig for å unngå at rentefradrag blir avskåret som følge av tynn kapitalisering.

2 AVSKJÆRING AV FRADRAGSRETTE GRUNNET TYNN KAPITALISERING

2.1 Hvordan skal begrepet ”tynn kapitalisering” forstås?

Det er i dag ingen regler i norsk rett som definerer hva tynn kapitalisering er. Gjems-Onstad forstår begrepet slik: ”*For norsk rett referer uttrykket tynn kapitalisering vanligvis til lave egenkapitaltilskudd til aksjeselskaper/allmennaksjeselskaper*”. Denne forståelsen legges også til grunn i annen juridisk litteratur.⁵

Begrepet tynn kapitalisering er et uttrykk hentet fra amerikansk skatterett og har sin basis i et obiter dictum i en amerikansk skattesak.⁶ Begrepet ble etter hvert tatt opp og brukt av Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling (OECD). I OECD sin rapport om tynn kapitalisering fra 1987 blir begrepet brukt om to tilfeller. Det blir brukt om tilfellet der et kapitaltilskudd *formelt* fremstår som gjeld, men som *reelt* sett er å betrakte som egenkapital (klassifikasjonsspørsmålet). Begrepet blir også brukt om tilfeller hvor et selskap har overskredet sin lånekapasitet.⁷ Skaar m.fl. påpeker imidlertid at det kun sistnevnte tilfellet som vil være naturlig å betegne som tynn kapitalisering.⁸ Fastsettelsen av lånekapasiteten vil dermed være sentralt ved avgjørelsen av om et selskap kan anses å være tynt kapitalisert.

I denne oppgaven er det den sistnevnte forståelse som vil bli benyttet.

2.2 Grunner til å velge en kapitalstruktur med en høy andel av gjeld

Det er flere grunner til å velge kapitalstruktur med høy andel av gjeld. I dette avsnitt blir det kort gjort rede for de grunnene som er sentrale for oppgaven.

De skattemessige konsekvensene nevnt innledningsvis, gir incitament til å gjøre skattemotiverte valg av finansieringsform. Det er i utgangspunktet akseptabelt å planmessig tilpasse seg skattereglene med sikte på å betale minst mulig skatt.⁹

⁵ Se bl.a. Fløystad - del 1 (1990) s. 53, Skaar m.fl. (2006) s. 459, og Naas m.fl. (2011) s. 1103.

⁶ John Kelly Co v. Commissioner, 326 U.S. (1946), jf. Bakka (1990) s. 8.

⁷ OECD *Thin Capitalisation* (1987) pkt. 12 og pkt. 13, jf. Bundgaard (2000) s.40.

⁸ Skaar m.fl. (2006) s. 459.

⁹ Zimmer (2009) s. 46

Ligningsmyndighetene må som hovedregel akseptere skatteyderens vurderinger og valg av transaksjonsform og metode, og legge dette til grunn ved ligningen.¹⁰

Et selskap har som regel til formål å ha et best mulig økonomisk resultat av selskapets virksomhet, herunder å betale minst mulig skatt. Det samme gjelder for konsern.

Fløystad uttrykker dette slik: ”*Eieren av konsernet vil handle ut fra hva som gir det beste resultat for konsernet som helhet*”.¹¹

Det kan som følge av det norske skattesystemet, være ønskelig for et internasjonalt konsern å bidra til at et datterselskap i Norge blir finansiert med en høy andel av gjeld.

Økte renteutgifter innebærer større rentefradrag og lavere skattepliktig inntekt.

Dette ønsket gjelder spesielt der datterselskapets renteutbetalinger går til et konsernselskap som er hjemmehørende i en stat med lavere inntektsskatter enn i Norge. Konsernet kan i disse tilfellene oppnå en enda lavere total skattebelastning, enn hvis datterselskapet hadde valgt en långiver utenfor konsernet.

Som følge av dette kan det lett tenkes at det norske datterselskapet som følge av konserntilknytningen, oppnår en gjeldsfinansiering som er høyere enn hva andre kreditorer ville ha akseptert.

En annen skattemotivert grunn til å velge høy gjeldsfinansiering, er at det er mulig å kreve fradrag for tap på fordring, forutsatt at fordringen har tilstrekkelig tilknytning til kreditors virksomhet, jf. skatteloven § 6-2. Det er imidlertid kommet et lovforslag om å begrense fradragsretten ved tap på fordring mellom nærstående selskaper. Denne regelen er foreslått med virkning fra og med 6. oktober 2011.¹² Denne regelen og den kommende endring vil ikke bli gjennomgått grundigere, da den ikke er sentral for oppgavens hovedproblemstilling.

Det finnes også andre og mer forretningsmessige grunner til å velge en kapitalstruktur bestående av en høy andel av gjeld.

¹⁰ Naas m.fl. (2011) s. 961. Utv. 2009 s. 210 (Lyse Energi).

¹¹ Fløystad - del 1 (1990) s. 53

¹² Prop. 1 LS (2011-2012) s. 218 jf. s. 216

For det første vil valg av fremmedfinansiering kunne begrense tapet på aksjonærenes hånd dersom selskapet skulle gå konkurs.¹³ Dette skyldes ansvarsbegrensingsreglene i aksjeloven og allmennaksjeloven § 1-2 første ledd. Det følger av disse bestemmelsene at aksjonærene ikke hefter for selskapets forpliktelser. Ved konkurs vil selskapets kreditorer kun ta beslag i selskapets formuesgoder, jf. dekningslovens § 2-2. Dersom aksjonærene har finansiert selskapet ved innskudd av egenkapital, vil de risikere et større tap enn hvis de hadde valgt fremmedfinansiering. Dette gjelder forutsatt at aksjonærene ikke har stilt garanti i form av for eksempel selvskyldnerkausjon.

En konkurs kan gi negative ringvirkninger for hele konsernet i form av både negativ publisitet og negativ innvirkning på konsernets kredittvurdering. Den overnevnte begrunnelse vil av den grunn ikke stå like sterkt der et selskap inngår i et konsern.

Investeringsmuligheter kan også begrunne lånefinansiering. Ved mangel på kapital vil ikke et selskap kunne utnytte gode investeringer. Lånefinansiering skaper dermed en større fleksibilitet for selskapet til å kunne foreta slike investeringer.¹⁴

Konsernets ønske om å beholde kontrollen over datterselskapet kan også i enkelte tilfeller begrunne økt opptak av lån. Hvis et datterselskap er i et økonomisk uføre eller det er ønskelig å investere og ekspandere, kan det oppstå et behov for kapitaltilførsel utenfra, enten i form av innskudd av egenkapital eller fremmedkapital. Dersom konsernet ikke selv kan bidra med kapital, så må denne skaffes fra andre kilder. Ved opptak av lån risikerer ikke konsernet at eierforholdet i selskapet må endres ved at det tilkommer nye aksjonærgrupperinger ved nyttegning av aksjer, forutsatt at konsernet ikke kan benytte seg av sin fortrinnsrett.¹⁵ På den måten kan konsernet beholde kontrollen over datterselskapet.

¹³ Bakka (1990) s. 83

¹⁴ Bakka (1990) s. 85

¹⁵ Bakka (1990) s. 85. Jf. asl. og asal. § 10-4

2.3 Avskjæring av fradragsretten – hensyn

Hvilke hensyn gjør seg gjeldende ved spørsmålet om fradragsretten for gjeldsrenter skal begrenses for tynt kapitaliserte selskap?

Skattelovgivningen bygger på det utgangspunkt at transaksjoner skjer mellom uavhengige parter som verner om sine egne interesser, og at de inngåtte avtaler dermed er forretningsmessige og på et markedsmessig nivå. I en avtale mellom to parter som er i et interessefellesskap, for eksempel to selskaper i et felles konsern, vil det imidlertid ikke foreligge de samme motstridende interesser. Dette kan innvirke på betingelsene og innholdet i den avtale transaksjon.

Et konsern vil som regel ha et ønske om å oppnå et samlet sett best mulig resultat for hele konsernets virksomhet, herunder å gjøre den totale skattebelastningen lavest mulig. Dette kan gjøres ved å bidra til at datterselskap hjemmehørende i Norge øker sin fremmedkapital (gjeld) slik at fradragsretten for gjeldsrenter øker tilsvarende.

Prinsippet om avtalefrihet innebærer at to konserntilknyttede selskap står temmelig fritt ved valg av finansieringsformer og kapitalstrukturer.¹⁶ Skatteplanlegging er lovlig til en viss grad, og en privatrettslig form kan utnyttes for å oppnå skattemessige fordeler som ikke nødvendigvis er i overensstemmelse med skattelovgivningens formål.¹⁷ Går imidlertid skatteplanleggingen for langt kan det oppstå et spørsmål om at ligningsmyndighetene bør ha en mulighet til å begrense dette.¹⁸

Ved at konsernet bidrar til at datterselskapet får en så høy andel av gjeld at det kan karakteriseres å være ”tynt kapitalisert”, vil gjeldsfinansieringen kunne medføre uthuling av fradragsreglene og føre til en omgåelse av beskatningsreglene i norsk rett. Det oppstår dermed et behov for skattemessig overprøving av situasjonen, for å sikre at tilordningen av inntekten mellom partene ikke er blitt påvirket av det foreliggende interessefellesskapet mellom konsernselskapene.¹⁹

¹⁶ Denne friheten kan begrenses av f.eks. særskilte krav til stiftelse av selskap og krav til kapital, se f.eks. aksjeloven kap. 2 og 3

¹⁷ Zimmer (2009) s. 61

¹⁸ Zimmer (2009) s. 60

¹⁹ Naas m.fl. (2011) s. 930

2.4 Avskjæring av fradragsretten for gjeldsrenter etter skatteloven § 13-1

2.4.1 Introduksjon av skatteloven § 13-1

I norsk rett har vi ingen egne og konkrete regler angående begrensning av fradragsretten for gjeldsrenter grunnet tynn kapitalisering. Slike regler finnes imidlertid i andre land. For eksempel er det i Danmark innført en såkalt 4:1-regel i selskabsskatteloven § 11. Dersom forholdet mellom gjeld og egenkapital i det danske selskapet er lik eller større enn 4:1, det vil si at egenkapitalen er 20 % eller lavere, vil fradragsretten for rentekostnader bli begrenset.

I norsk rett regnes tynn kapitalisering som en sentral problemstilling under skatteloven § 13-1.²⁰ Skatteloven § 13-1 er per dags dato den eneste bestemmelse som danner det norske lovgrunnlaget for vurdering av *om det foreligger* tynn kapitalisering, samt *hvilke virkninger* dette skal ha.²¹

Det var tidligere omstridt hvorvidt bestemmelsen kunne begrense fradragsretten for gjeldsrenter for tynt kapitaliserte selskap, men juridisk teori anser dette spørsmålet som avklart. Det er i dag en bred enighet i Norge om at fradragsretten for gjeldsrenter kan begrenses etter skatteloven § 13-1 som følge av at selskapet er tynt kapitalisert.²²

Fløystad uttaler at

”Spørsmålet om bestemmelsen overhodet er anvendelig reiser en hel rekke interessante juridiske problemstillinger, men jeg finner ingen grunn til å gå nærmere inn på disse i denne sammenheng da løsningen etter mitt syn ikke er tvilsom”²³

Dersom vilkårene etter skatteloven § 13-1 er til stede, kan ligningsmyndighetene gjøre en skjønnsmessig justering av skattyterens inntekt og formue. Skatteloven § 13-1 har som formål å bringe de skattemessige forhold i samsvar med de reelle forhold, og

²⁰ Gjems-Onstad (2008) s. 1074

²¹ Naas m.fl. (2011) s. 1130-1131. Se forholdet til øvrige regler som kan begrense fradragsretten for gjeldsrenter i pkt. 2.5

²² Skaar m.fl. (2006) s. 486.

²³ Fløystad - del 1 (1990) s. 56

dermed motvirke uthuling og omgåelse av skattelovgivningen ved at inntekts- eller formuesposter søkes overført fra en skatteyter til en annen ved skjev prissetting.²⁴

Det følger av skattelovgivningens forarbeider at skatteloven § 13-1 gir ligningsmyndighetene lovgrunnlag til ”å ”skjære gjennom” en transaksjon og behandle den etter det den er reelt er” for å motvirke at skattyteren oppnår rettsvirkninger eller resultat som vil ”fremstå som urimelig og i strid med lovgivers intensjoner”.²⁵

Hovedtanken bak bestemmelsen er at selvstendige skattesubjekter som er i et interessefellesskap, skal skattlegges på tilsvarende måte som andre selvstendige skattesubjekter som ikke er i et interessefellesskap.²⁶ Den kan dermed anses som en lovfesting av et generelt tilordningsprinsipp, og den presiserer skattelovens øvrige regler om tilordning av skattepliktig inntekt og formue.²⁷

Bestemmelsen gir uttrykk for det såkalte ”armlengdeprinsippet”. Med begrepet ”armlengde” menes det i denne sammenheng hva en part kunne ha avtalt med en part som er på en ”armlengdes avstand”, det vil si ikke er nærstående. Prinsippet innebærer at nærstående parter, for eksempel selskaper i samme konsern, skal for skattemessige formål betraktes som uavhengige parter.²⁸ Armlengdeprinsippet vil gjennomgå grundigere under kapittel 4 om reduksjonsvilkåret.²⁹

Skatteloven § 13-1 er ingen selvstendig beskatningshjemmel. Den pålegger ikke skattyterne noen skatteplikt. Bestemmelsen åpner imidlertid for at ligningsmyndighetene kan gjøre en skjønnsfastsettelse av inntekt og formue, forutsatt at vilkårene for dette er tilstede. En eventuell skatteplikt (og fradragsrett) vil deretter følge av de vanlige reglene i skatteloven.

Forløperen til dagens skattelov § 13-1 er de tidligere internprisingsbestemmelsene i byskatteloven § 46 og landskatteloven § 54. Disse lovene ble slått sammen til en felles skattelov i 1976, og bestemmelsene ble i den forente skattelov inntatt i § 54 første ledd.

²⁴ Ot. prp. nr. 86 (1997-1998) pkt. 7.13, s. 75

²⁵ Ot. prp. nr. 86 (1997-1998) pkt. 7.13, s. 75

²⁶ Naas m.fl. (2011) s. 959

²⁷ Zimmer (2009) s. 383

²⁸ Skaar m.fl. (2006) s. 327.

²⁹ Se pkt. 4.2

§ 54 første ledd stod nærmest uendret i sin form frem til lovendring i 1981.³⁰ Ved denne lovendringen ble bestemmelsen på flere punkt forenklet og modernisert, og fikk omtrent samme innhold som dagens § 13-1.³¹ Bortsett fra innføringen av ny bevisbyrderregel, var ikke hensikten med endringen å endre bestemmelsens materielle innhold.³² Ved innføring av dagens skattelov³³ ble § 54 første ledd videreført i § 13-1.³⁴ Selv om bestemmelsen er blitt endret en rekke ganger, har vilkårene hovedsakelig hatt samme innhold, og tidligere praksis og juridisk litteratur er fremdeles relevant for forståelsen av skatteloven § 13-1.

2.4.2 Vilkår for bruk av skatteloven § 13-1

De materielle vilkårene for ligningsmyndighetenes adgang til å gjøre en skjønnsfastsettelse av skattyterens inntekt og formue følger av bestemmelsens første ledd som lyder:

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

Adgangen til skjønnsfastsettelse er med andre ord betinget av tre kumulative vilkår:

- (i) Det må foreligge et interessefellesskap mellom partene
- (ii) Skatteytters formue eller inntekt må være redusert
- (iii) Det må foreligge årsakssammenheng mellom formues- eller inntektsreduksjonen og interessefellesskapet

Det er ikke oppstilt noen øvrige vilkår for anvendelse av denne bestemmelse, verken lovfestede eller ulovfestede.³⁵

³⁰ Naas m.fl. (2011) s. 936

³¹ Ot. prp. nr. 26 (1980-1981) s. 73

³² Ot. prp. nr. 26 (1980-1981) s. 57

³³ Lov av 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt

³⁴ Ot. prp. nr. 86 (1997-1998) pkt. 7.13 s. 75.

³⁵ Se Skaar m.fl. (2006) s. 363-368, og Bjerke (1997) s. 140-144

2.5 Forholdet til den ulovfestede gjennomskjæringsregel og den alminnelige regel om tilordning

Denne oppgaven fokuserer på ligningsmyndighetenes adgang til å begrense fradragsretten for gjeldsrenter grunnet tynn kapitalisering etter skatteloven § 13-1. Det er denne bestemmelse som vil være grunnlag for den videre drøftelse.

Det finnes imidlertid andre hjemmelsgrunnlag enn skatteloven § 13-1, som kan tenkes å begrense fradragsretten for gjeldsrenter. Forholdet til disse hjemmelsgrunnlagene vil dermed gjennomgå med noen få bemerkninger i dette punkt, for å få et helhetlig bilde av ligningsmyndighetenes adgang til å avskjære fradragsretten.

Ett mulig hjemmelsgrunnlag er den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Denne regelen kan begrense gunstige rettsvirkninger, herunder rentefradrag, mellom nærstående skattesubjekter, for eksempel to selskaper i samme konsern.³⁶ Den oppstiller krav om at disposisjonens hovedsaklige formål må være å spare skatt, og at disposisjonen ut i fra en totalvurdering må være i strid med skattereglenes formål.³⁷ Hvis gjennomskjæringsregelen kommer til anvendelse, så vil disposisjonen ikke få ”skatterettslige virkninger etter sitt formelle innhold”, jf. Zimmer (2009) s. 77.

Den ulovfestede gjennomskjæringsregelen vil imidlertid ha en tilbaketrasket rolle sammenlignet med skatteloven § 13-1. Regelsettene er delvis overlappende, og gjennomskjæringsregelen kan anses som et supplement til skatteloven § 13-1. For eksempel kan det bli tale om gjennomskjæring, selv om ikke alle vilkårene i § 13-1 er tilstede.

Skatteloven § 13-1 kan komme til anvendelse i tilfellene der vilkårene etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen ikke er til stede. Det er for eksempel ikke et krav etter skatteloven § 13-1 at transaksjonen må være skattemessig motivert. I andre tilfeller kan det være grunnlag for å anvende både skatteloven § 13-1 og den ulovfestede gjennomskjæringsregelen.

³⁶ Zimmer (2009) s. 73-74

³⁷ Zimmer (2009) s. 64-65. Se og Rt. 2006 s. 1232 avsnitt 47 og Rt. 2007 s. 209 (Hex) avsnitt 39.

Fradragsretten kan også tenkes begrenset etter den alminnelige regel om tilordning. Denne regel går ut på at inntekt skal tilordnes det subjekt som etter det underliggende forhold er den berettigede til inntekten.³⁸ Tilsvarende må fradrag tilordnes det subjekt som etter det underliggende forhold er det berettiget til å kreve fradrag.³⁹

Den alminnelige regel om tilordning kommer indirekte til uttrykk gjennom flere regler i skatteloven, herunder § 13-1. Skatteloven § 13-1 kan anses å være et nyttig verktøy for å sikre at den alminnelige tilordningsregel blir oppfylt ved transaksjoner mellom nærstående.⁴⁰ Skaar m.fl. uttrykker dette slikt:

”Skattelovens internprisingsregel fungerer dermed som et supplement til skattelovgivningen for øvrig og bidrar til at øvrige bestemmelser og prinsipper får den tilsiktede virkning.”⁴¹

³⁸ Zimmer (2009) s. 111. Naas m.fl. (2011) s. 952

³⁹ Skaar m.fl. (2006) s. 330

⁴⁰ Naas m.fl. (2011) s. 952

⁴¹ Skaar m.fl. (2006) s. 331

3 INTERESSEFELLESKAP

3.1 Innledning

Det første vilkåret etter skatteloven § 13-1 første ledd er at det må foreligge et ”direkte eller indirekte interessefellesskap”.

Begrunnelsen for dette vilkåret om interessefellesskap må sees i sammenheng med hensynene som ligger bak ligningsmyndighetenes adgang til å avskjære fradragsretten for gjeldsrenter. Som nevnt under pkt. 2.3 vil partenes egne og felles interesser kunne innvirke på avtaleforhandlingen. Det vil være få og noen ganger manglende interessemotsetninger når partene er i et interessefellesskap. I disse tilfellene vil det lett tenkes at dette fellesskapet fører til at det inngås avtaler som avviker fra det som uavhengige parter ville ha inngått.

Dette innebærer at det ved manglende interessefellesskap må legges til grunn at partene har handlet på ”armlengdes avstand”⁴² og at avtalen i sitt innhold er markeds- eller forretningsmessig.⁴³

3.2 Når foreligger det et interessefellesskap mellom debitorselskapet og kreditor?

Interessefellesskap kan etableres på flere måter. Den opprinnelige ordlyden i skatteloven av 1911 § 54 første ledd var følgende:

”Hvis utenfor kommunen hjemmehørende person, selskap eller innretning – uansett om vedkommende i formen optrer som leverandør, långiver, garant eller lignende – efter omstendighetene må antas å være interessert i nogen næringsdrift eller virksomhet, som beskattes kommunen, på vesentlig samme måte som en deltager, blir der ved beskatningen å ta hensyn hertil. Ligningsnævnden kan i sådant tilfelle ansette formue eller inntekt efter eget skjønn over forretningens midler og avkastning.” (min understrekning)

⁴² Se pkt. 4.2 om armlengdeprinsippet

⁴³ Brudvik m.fl. (2004) s. 1047

Denne ordlyden gir uttrykk for at det avtalerettslige forholdet som oppstår mellom kreditor og debitor når de inngår en låneavtale, kan være tilstrekkelig for å etablere et interessefellesskap.

Ordlyden i bestemmelsen ble endret i 1981. I forarbeidene til lovendringen blir følgende sagt om interessefellesskapsvilkåret:

”Interessefellesskapet må gi den ene en faktisk innflytelse over den annens disposisjoner på vesentlig samme måte som f.eks. en deltaker i et foretak. Innflytelsesgrunnlaget er i prinsippet likegyldig - det kan være eiendomsrett til en dominerende aksjepost, faktisk monopol på salg av råvarer eller energi, et utstrakt låne- eller kredittforhold m.v.”⁴⁴ (min understrekning)

Forarbeidene gir her uttrykk for at det avtalerettslige forholdet mellom kreditor og debitor ikke i seg selv er nok, jf. de understrekede uttrykkene.

Dette støttes og opp av juridisk litteratur. Skaar påpeker at ”*leverandør, långiver, garant eller lignende*” vil normalt kun stå i et alminnelig avtaleforhold til sin motpart, og at dette kan ikke være tilstrekkelig til å anse dem for å være i interessefellesskap med hverandre.⁴⁵ Det må noe mer til. For eksempel vil det anses å foreligge et interessefellesskap, hvis det den ene parten står i et avhengighetsforhold til den andre, eller hvis den ene parten har en klar økonomisk maktstilling i selskapet.⁴⁶

Eierskap er et klassisk eksempel på et rettslig forhold som kan etablere interessefellesskap.⁴⁷ For eksempel vil et mor- og et datterselskap i samme konsern ha felles interesser og dermed være i et interessefellesskap. Det foreligger også interessefellesskap mellom to søsterselskap i samme konsern, selv om det ikke foreligger noe direkte eierskap mellom selskapene. Vilkåret om interessefellesskap er her indirekte oppfylt grunnet konserntilknytningen via morselskapet.

Dersom lånet et ytt direkte av et konserntilknyttet selskap, for eksempel et mor- eller søsterselskap, vil det foreligge et interessefellesskap mellom debitor og kreditor. Slike

⁴⁴ Ot. prp. nr. 26 (1980-1981) s. 66

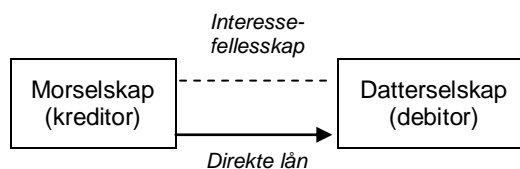
⁴⁵ Skaar m.fl. (2006) s. 349 og 493

⁴⁶ Naas m.fl. (2011) s. 966

⁴⁷ Skaar m.fl. (2006) s. 348

typer av lån omtales av Skaar m.fl. som *direkte lån* og reiser spørsmålet om tynn kapitalisering i sin reneste form.⁴⁸

Skjematisk kan dette illustreres slik:



Under enkelte omstendigheter kan det fremstå som uklart hvem som er den egentlige kreditor. Etter den alminnelige regel om tilordning tilsies det at det reelle, underliggende forhold skal legges til grunn ved ligningen.⁴⁹ Hvis for eksempel morselskapet etter en tilordning er å anse som kreditor, så må dette legges til grunn.

Interessefelleskapet ved slike direkte lån vil ikke alene være tilstrekkelig for at ligningsmyndighetenes skal kunne gjøre skjønsmessige justeringer etter skatteloven § 13-1. De øvrige vilkårene i skatteloven § 13-1 må også være til stede, se henholdsvis kap. 4 og 5.

3.3 Debitorselskapet er ikke i interessefelleskap med kreditor

Hvor debitorselskapet ikke er i interessefelleskap med kreditor, oppstår det et spørsmål om hva som skal til for at skatteloven § 13-1 kan anvendes til å avskjære fradragretten til gjeldsrenter grunnet tynn kapitalisering.

Det følger av bestemmelsens ordlyd at interessefelleskapet må foreligge mellom *to* parter, jf. uttrykkene ”*skattyters*” og en ”*annen person, selskap eller innretning*”. Det er ikke oppstilt noe krav om at det interessefelleskapet må foreligge mellom selve debitor og kreditor.⁵⁰ Interessefelleskapet kan være ”*direkte eller indirekte*”, og så lenge interessefelleskapet har medført til at reduksjonsvilkåret i bestemmelsen er oppfylt, vil

⁴⁸ Skaar m.fl. (2006) s. 493

⁴⁹ Zimmer (2009) s. 111.

⁵⁰ Skaar m.fl. (2006) s. 494

ligningsmyndighetene kunne gjøre en skjønnsmessig justering, jf. vilkåret om årsakssammenheng i kap. 5.

Skjønnfastsettelse etter skatteloven § 13-1 grunnet tynn kapitalisering kan her bli aktuelt i tilfellet der et konserntilknyttet selskap har gitt *garantier for gjeld* eller har inngått *back-to-back arrangementer* med uavhengig kreditor. Dette gjelder forutsatt at garantiforholdet eller back-to-back arrangementet har ført til at debitorselskapet har overskredet sin lånekapasitet og dermed oppnådd en lavere egenkapital enn hva det ville ha oppnådd sett bort i fra interessefelleskapet.

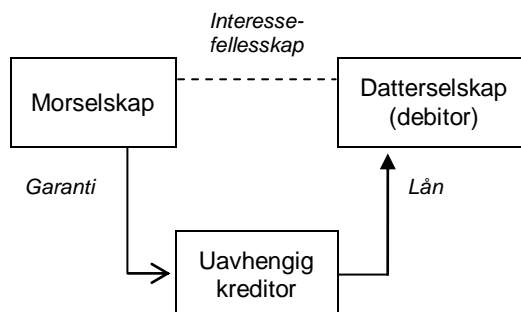
Det vil i det følgende redegjøres for disse to typene av lånetransaksjoner.

3.3.1 Garanterte lån

Løchen uttaler at der et morselskap stiller garanti for datterselskapets låneopptak, så vil dette ”i realiteten si at lånet er opptatt på grunnlag av morselskapets kredittverdighet, ikke datterselskapets”.⁵¹

Garantien har her store likhetstrekk med direkte lån fra morselskapet, noe som kan føre til at debitorselskapet oppnår en kapitalstruktur bestående av en unaturlig høy gjeldsgrad (tynt kapitalisert). I slike tilfeller vil det være anledning for ligningsmyndighetene å gjøre en justering etter § 13-1, forutsatt at de øvrige vilkårene for dette er til stede.

Skjematisk kan interessefelleskapet og låneforholdet oppstilles slik:



⁵¹ Løchen (1991) s. 456.

Kreves det at garantien må være av en spesiell karakter?

En garanti fra nærstående selskap kan komme til uttrykk på flere måter. Dersom et morselskap har gitt en garanti i form av for eksempel en selvskyldnerkausjon eller en simpel kausjon, er det påpekt av Skaar m.fl. at det er ”*liten tvil om at garantien kan utløse skjønnsfastsettelse*”.⁵² Garantier i form av slikt kausjonsansvar er eksplisitte og juridisk forpliktende, og en kreditor vil legge stor vekt på slike ved vurderingen av låneavtalens vilkår og lånets størrelse.

Et morselskap kan gi muntlige eller mindre formaliserte garantierklæringer. Eksempler på dette er støtteerklæringer i form av ”*letters of comfort*”, ”*letters of awareness*”, og lignende ”trøstebrev”. Disse vil ikke være like fullt ut juridisk forpliktende som for eksempel selvskylderkausjonsansvar.

Hva slags garanti og hvordan den er gitt vil være uten betydning, så lenge det kan konstateres at den har medført at debitorselskapet har overskredet sin lånekapasitet, jf. kravet om årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen.⁵³ Dette støttes opp av Skaar m.fl. som uttaler at det må rettes fokus mot *effekten* av slike garantier framfor dets *karakter*.⁵⁴

3.3.2 Back-to-back arrangement

Ligningsmyndighetenes adgang til justering kan også foreligge der et konserntilknyttet selskap har inngått et såkalt back-to-back arrangement med uavhengig kreditor. Slike arrangementer kan komme i forskjellige varianter. Variantene har til felles at de utad fremstår som noe annet enn det de i realiteten er. Fløystad definerer back-to-back arrangementene slik:

”Utad fremstår en frittstående bank som långiver overfor datterselskapet, men virkeligheten er at banken bare har ”lånt ut” et innskudd som morselskapet har

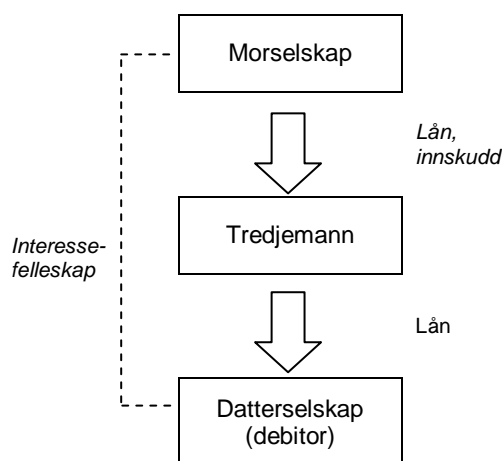
⁵² Skaar m.fl. (2006) s. 494

⁵³ Jf. kap. 5

⁵⁴ Skaar m.fl. (2006) s. 495

*satt inn i banken med det formål at det skulle viderebefordres til datterselskapet*⁵⁵

Arrangementene kan illustreres slik:



Skaar m.fl. påpeker at spørsmålet om tynn kapitalisering i forbindelse med back-to-back arrangement verken er reist i retts- eller ligningspraksis. Videre påpekes det at likheten mellom back-to-back arrangementene og de overnevnte garanterte og direkte lån tilsier at opplåning ut over lånekapasiteten rammes som tynn kapitalisering.⁵⁶

Det er ikke nok at det foreligger et slikt arrangement. Skaar m.fl. påpeker at det er en forutsetning om at ”*det er en reell kobling mellom de to kapitaltransaksjonene, slik at kapitaloverføringen fra kreditor konsernselskapet (morselskapet) til tredjemann (banken) de facto tjener som sikkerhet for lånet fra tredjemann til debitor konsernselskapet (datterselskapet)*”.⁵⁷ Et eksempel på dette er at tredjemann er forpliktet til å betale renter og tilbakebetale lånet i samme grad som datterselskapet er forpliktet overfor tredjemann. Et annet eksempel er at det er avtalt at banken kan motregne lånet til datterselskapet i lånet fra morselskapet.⁵⁸

⁵⁵ Fløystad - del 1 (1990) s. 57

⁵⁶ Skaar m.fl. (2006) s. 497

⁵⁷ Skaar m.fl. (2006) s. 497

⁵⁸ Skaar m.fl. (2006) s. 497

Dersom dette er tilfelle og arrangementet fører til at datterselskapet får en kapitalstruktur som tilsier at det er tynt kapitalisert, vil ligningsmyndighetene kunne gjøre en justering etter skatteloven § 13-1, forutsatt at de øvrige vilkårene er til stede.

4 REDUKSJONSVILKÅRET

4.1 Innledning

Det andre vilkåret for at ligningsmyndighetene skal kunne utøve en skjønnsfastsettelse er at skatteyterens ”*formue eller inntekt er redusert*”.

Begrepet ”redusert” legger opp til at ligningsmyndighetene må gjøre en skjønnsmessig vurdering og sammenligne den foreliggende situasjonen med en tilsvarende situasjon der partene er i et uavhengig forhold. Reduksjon i formue eller inntekt vil foreligge hvis ”*en transaksjon - eller en samhandel totalt over tid - er økonomisk dårligere for skattyter enn den ville ha vært i et uavhengig forhold*”, jf. Ot. prp. nr. 26 (1980-1981) s. 66 (min understeking). Det må med andre ord foreligge et avvik sammenlignet med hva situasjonen hadde vært mellom uavhengige parter.

Skatteloven § 13-1 gir med dette uttrykk for det såkalte ”armlengdeprinsippet”.

Dette armlengdeprinsippet benyttes også ved vurderingen av konsekvensene av at vilkårene er til stede, jf. § 13-1 første og tredje ledd. Prinsippet vil dermed være sentral for anvendelsen av bestemmelsen. I forarbeidene er dette prinsippet omtalt å være ”*bærende... i norsk rett for fastsettelse av skattemessige overføringspriser mellom interesseforbundne parter*”.⁵⁹ Prinsippet gjelder generelt for både fysiske og juridiske personer og for alle typer av transaksjoner.⁶⁰

Det vil av denne grunn gis en kort redegjørelse for armlengdeprinsippet, da dette vil være sentralt for forståelsen og anvendelsen av skatteloven § 13-1 ovenfor tynt kapitaliserte selskap.

4.2 Armlengdeprinsippet

4.2.1 Innledning

Armlengdeprinsippet – ”*the arm’s length principle*” – er internasjonalt anerkjent og grunnleggende prinsipp for internprising. Pris og vilkår som avtales mellom parter i

⁵⁹ Ot. prp. nr. 62 (2006-2007) s. 11

⁶⁰ Naas m.fl. (2011) s. 933

interessefellesskap (omtalt nedenfor som ”den kontrollerte transaksjon”), skal være i samsvar med det som uavhengige parter i tilsvarende omstendigheter ville ha avtalt (omtalt nedenfor som ”den ukontrollerte transaksjon”). En ”kontrollert transaksjon” blir av OECD definert som ”*transactions between two enterprises that are associated enterprises with respect to each other*”.⁶¹

For transaksjoner mellom flernasjonale foretak er prinsippet fastslått i OECDs modellavtale art. 9 nr. 1. I alle skatteavtalene Norge har inngått etter 1963, er det inntatt bestemmelser som baserer seg på armlengdeprinsippet gitt i modellavtalen art. 9 nr. 1.⁶² Ordlyden i art. 9 nr. 1 er ikke helt identisk med skatteloven § 13-1, men den gir uttrykk for samme innhold. Det oppstår av denne grunn sjeldent konflikt mellom disse to bestemmelser.⁶³

Tynn kapitalisering er ikke uttrykkelig omtalt i modellavtalen art. 9 nr. 1. Det blir imidlertid i kommentarene til art. 9 sagt at bestemmelsen ikke er til hinder for internrettslige regler om tynn kapitalisering, forutsatt at disse er i samsvar med armlengdeprinsippet.⁶⁴

Armlengdeprinsippet innebærer at det skal gjøres en sammenlignbarhetsanalyse. Ligningsmyndighetene må gjøre en sammenligning av betingelsene i en kontrollert transaksjon, med betingelsene i en tilsvarende ukontrollert transaksjon.⁶⁵

Ut i fra dette kan det oppstilles tre steg i sammenlignbarhetsanalysen. Det første steget innebærer en identifikasjon og etablering av det reelle innholdet i den kontrollerte transaksjon. Dernest må det gjøres en tilsvarende identifikasjon og etablering av en sammenlignbar ukontrollert transaksjon. Til sist må ligningsmyndighetene gjøre en sammenligning av den kontrollerte og den ukontrollerte transaksjon. Det er i dette sistnevnte steget at ligningsmyndighetene vurderer om transaksjonen er i overensstemmelse med armlengdeprinsippet. Reduksjonsvilkåret er bare oppfylt hvis det ikke ville vært mulig å oppnå tilsvarende betingelser mellom uavhengige parter.

⁶¹ OECDs retningslinjer, Glossary

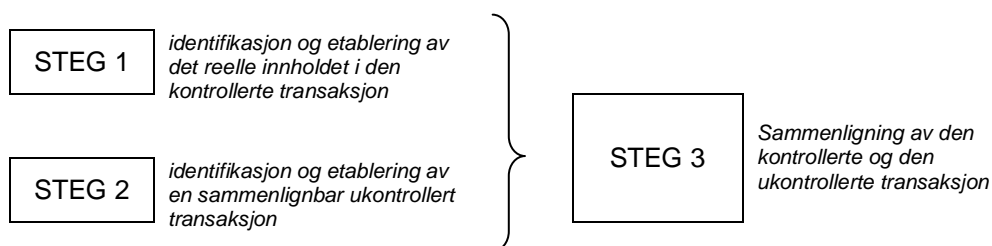
⁶² Ot. prp. nr. 62 (2006-2007) s. 9

⁶³ Naas m.fl. (2011) s. 946

⁶⁴ Kommentarer til modellavtalen art. 9

⁶⁵ Ot. prp. nr. 62 (2006-2007) s. 20 og Naas m.fl. (2011) s. 932

Figur som illustrerer:



4.2.2 Når foreligger det brudd på armlengdeprinsippet for tynt kapitaliserte selskap?

Armlengdeprinsippet forsøker å stadfeste hva uavhengige parter ville ha gjort i en tilsvarende situasjon. Internprising er imidlertid ingen eksakt vitenskap, og bygger i stor grad på skjønn og usikre antagelser.⁶⁶ I tillegg vil låneavtalene, herunder lånevilkår og lånegrad, på et uavhengig marked sjelden bli eksakt den samme mellom alle parter.

Skaar m.fl. påpeker at hvis man bare har én sammenlignbar transaksjon å sammenligne med, kan man ikke regne med at alle avvik vil utgjøre brudd på armlengdeprinsippet. Videre påpekes det at det i den grad det foreligger flere ukontrollerte transaksjoner på samme sammenlignbarhetsnivå som med den kontrollerte transaksjon, vil dette forhold frambringe et *intervall* av armlengdebetingelser.⁶⁷

Ligningsmyndighetene må dermed fastsette et armlengdeintervall og deretter vurdere om den kontrollerte lånetransaksjon ligger innfor dette intervallet. Dersom den kontrollerte transaksjon ligger innenfor armlengdeintervallet, så skal det ikke foretas noen justeringer, jf. OECDs retningslinjer pkt. 3.60. Dette gjelder også tilfellene som ligger i intervallets yttergrense.

I tradisjonelle internprisingssaker vil verken lavere eller høyere priser utenfor intervallet anses å være i samsvar med armlengdeprinsippet. Ved justering etter skatteloven § 13-1 på tynt kapitaliserte selskap vil det derimot kun være spørsmål om debitorselskapets egenkapitalprosent ikke er lavere enn det som kan betegnes som ”minimum armlengdes

⁶⁶ OECDs retningslinjer pkt. 3.55. Bjerke (1997) s. 208

⁶⁷ Skaar m.fl. (2006) s. 388

egenkapital”. Høyere egenkapitalprosent enn dette, vil i utgangspunktet ikke stride mot armlengdeprinsippet.⁶⁸

Det kreves ikke noe vesentlig avvik, jf. Høyesteretts avvisning av anførsel i Rt-1999-1087 s. 1096 (Baker Hughes). Er det først påvist et avvik i form av at selskapets egenkapital er lavere enn hva som ville følge av en armlengdes kapitalstruktur, vil et hvert avvik innebære at reduksjonsvilkåret er oppfylt.⁶⁹

Armlengdevurderingen bygger på en stor grad på skjønn og usikre antagelser, og OECDs retningslinjer oppfordrer ligningsmyndighetene til å avstå fra å gjøre justeringer der det kun foreligger små avvik, jf. retningslinjene pkt. 2.10 som sier:

”... *Tax administrators should hesitate from making minor or marginal adjustments.*”

Brudd på armlengdeprinsippet foreligger når det er oppstått et avvik fra armlengdeintervallet, slik at debitorselskapet har en lavere egenkapital enn minimum armlengdes egenkapital.

4.2.3 OECDs retningslinjer

Hvilken betydning har OECDs retningslinjer?

OECD har utarbeidet retningslinjer⁷⁰ for nærmere veiledning om anvendelse av armlengdeprinsippet slik det er nedfelt i modellavtale art. 9 nr. 1. Retningslinjene er ment som utfylling og presisering av armlengdeprinsippet. De er utarbeidet med det formål å sikre en mest mulig lik fortolkning og håndhevelse av armlengdeprinsippet blant medlemsstatene, og på den måten sikre egnet beskatningsgrunnlag i hver jurisdiksjon, samt motvirke dobbelbeskatning.⁷¹

Retningslinjene har internasjonalt status som anbefalninger, og er ikke rettslig bindende verken for medlemsstater eller for deres skattytere. I norsk rett har det tidligere hersket en viss uklarhet angående retningslinjenes rettskildemessige status og

⁶⁸ Skaar m.fl. (2006) s. 505

⁶⁹ Naas m.fl. (2011) s. 1005

⁷⁰ “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”

⁷¹ Ot. prp. nr. 62 (2006-2007) s. 19, Naas m.fl. (2011) s. 947

gjennomslagskraft.⁷² Det har imidlertid i administrativ- og i rettspraksis blitt lagt til grunn at det kan og bør legges vekt på retningslinjene ved tolkningen og anvendelsen av skatteloven, se Rt. 2001 s. 1265 (s. 1278).

OECDs retningslinjer har ved lovendring i skatteloven i 2007, med virkning fra og med 1. januar 2008, blitt inntatt ved henvisning i skatteloven § 13-1 fjerde ledd.

Retningslinjene har dermed oppnådd formell status i norsk rett. Det følger nå av skatteloven § 13-1 fjerde ledd at det ved avgjørelsen av om skattegrunnlaget er redusert etter første ledd ”skal ... tas hensyn til retningslinjer for internprising for flernasjonale foretak og skattemyndigheter som er vedtatt av Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling (OECD)”. I følge forarbeidene siktes her til de delene av retningslinjene som inneholder materiell veiledning om selve armlengdeprinsippet og anvendelsesmetoder av dette prinsippet.⁷³

Hovedformålet med innføringen er i følge forarbeidene å medvirke til at både skattyterne og ligningsmyndighetene i enda større grad anvender retningslinjene i samsvar med armlengdeprinsippet, og på den måten bidra til å ikke bare ”minske faren for dobbeltbeskatning og til overholdelse av folkerettslige forpliktelser, men også til gjennomgående riktig prissetting.”, jf. Ot. prp. nr. 62 (2006-2007) s. 15.

Retningslinjene er nyttige verktøy for den sammenligningsvurdering ligningsmyndighetene må gjennomføre ved avgjørelsen av om armlengdeprinsippet er tilfredsstilt. De må imidlertid anvendes med rimelig grad av skjønn og fleksibilitet, under hensyn til de faktiske forhold og omstendighetene som omgir partene og transaksjonen.⁷⁴

⁷² Ot. prp. nr. 62 (2006-2007) s. 11

⁷³ Ot. prp. nr. 62 (2006-2007) s. 15

⁷⁴ Ot. prp. nr. 62 (2006-2007) s. 16.

4.3 Reduksjon i formue eller inntekt?

Skatteloven § 13-1 oppstiller vilkår om at skattyterens ”*formue eller inntekt*” må være redusert.

Begrepet ”tynn kapitalisering” er primært bare aktuelt å bruke i tilfellet der debitor er en juridisk person, for eksempel et aksjeselskap. Spørsmålet om det foreligger formuesreduksjon vil dermed kun være av relevans der juridiske personen er pliktig til å skatte av formue.

Fra og med inntektsåret 1992 er ikke selskaper hjemmehørende i Norge pliktig til å skatte av selskapets formue. Dette innebærer at det ikke er aktuelt for ligningsmyndighetene å anvende skatteloven § 13-1 til å skjønnsmessig fastsette høyere selskapsformue.⁷⁵

Ved bruk av § 13-1 på tynt kapitaliserte selskap hjemmehørende i Norge, vil det sentrale dermed være om det er oppstått en *inntektsreduksjon* for selskapet.

Måten inntektsreduksjonen er gjort på er i prinsippet uten betydning. Forarbeidene gir blant annet uttrykk for at reduksjonsvilkåret kan bli oppfylt grunnet tynn kapitalisering: ”*ved uriktig prisfastsetting på varer, tjenester eller andre ytelser, unaturlig høy lånefinansiering m.v.*”⁷⁶ (min understeking).

4.4 Reduksjon hos hvem?

Må begge partene eller bare den ene parten ha fått sin inntekt redusert?

Skatteloven § 13-1 retter seg mot den *enkelte* skatteyterens forhold, jf. bruken av uttrykket ”skattyters” i stedet for uttrykket ”skattyterne” i første ledd. Det er med andre ord ikke et vilkår om at det må foreligge forringelse av det *samlede* skattefundamentet for de impliserte parter. Dette gjelder uansett om det er gjort en tilsvarende forskyvning hos den annen part, se Utv. 1994 s. 1160 som støtter en slik tolkning.

Det er tilstrekkelig at skattegrunnlaget er redusert hos kun én av partene.

⁷⁵ Skaar m.fl. (2006) s. 498

⁷⁶ Ot. prp. nr. 26 (1980-1981) s. 66

4.5 Hvordan oppstår inntektsreduksjon for tynt kapitaliserte selskap?

4.5.1 Kapitalstrukturen som årsak for inntektsreduksjonen

Hvordan oppstår inntektsreduksjon for tynt kapitaliserte selskap?

Tynn kapitalisering innebærer at et selskap har tatt opp et større lån enn hva det ellers ville ha kunne gjort uavhengig av interessefellesskapet. For at vilkåret om inntektsreduksjon skal anses oppfylt, må dette valget av kapitalstruktur ha medført høyere renteutgifter enn hvis selskapet hadde valgt en ”armlengdes kapitalstruktur”.

Reduksjonen av inntekt oppstår dermed som en *indirekte effekt* av at selskapet er tynt kapitalisert.⁷⁷

4.5.2 Inntektsreduksjon ved garanterte lån

Ved direkte lån og back-to-back arrangement vil det foreligge inntektsreduksjon dersom debitorselskapet tar opp så mye lån at selskapet må anses å være tynt kapitalisert.

Garantere lån reiser imidlertid særskilte spørsmål. At et debitorselskap har tatt opp lån med garanti fra konserntilknyttet selskap er ikke ensbetydende med at reduksjonsvilkåret er oppfylt.⁷⁸

Spørsmålet i det følgende er når det kan anses å foreligge inntektsreduksjon ved garanterte lån.

En garanti gitt av et konserntilknyttet selskap, for eksempel morselskapet, til en uavhengig kreditor kan ha flere funksjoner. For det første kan kreditors lånevillighet være betinget av at det gis garanti. Garantien kan også ha hatt en funksjon som medvirker til at vilkårene i avtalen blir gunstigere. Den kan også ha medvirket til at debitorselskapet får et mye større lån enn det ville gjort uavhengig av interessefellesskapet.⁷⁹

⁷⁷ Skaar m.fl. (2006) s. 499, Naas m.fl. (2011) s. 1131

⁷⁸ Skaar m.fl. (2006) s. 499

⁷⁹ Skaar m.fl. (2006) s. 499-500

Et eksempel på at garantien har medvirket til gunstigere lånevilkår er at det inngås en låneavtale med en gunstig rentesats. Gunstigere rentesats innebærer lavere renteutgifter, noe som igjen resulterer i en *høyere* inntekt enn om interessefellesskapet ikke hadde foreligget.

Reduksjonsvilkåret etter skatteloven § 13-1 er dermed ikke oppfylt, noe som innebærer at ligningsmyndighetene ikke vil kunne avskjære fradragretten for gjeldsrenter etter denne bestemmelsen.⁸⁰

Annerledes blir det der garantien har medført at debitorselskapet har fått et større lån enn det ville gjort uavhengig av interessefellesskapet. Lånet er her gitt ikke bare på grunnlag av datterselskapets lånekapasitet, men også etter en lånekapasitetsvurdering av det konserntilknyttede selskapet som har gitt garantien.⁸¹ Datterselskapets *egen* lånekapasitet er med andre ord overskredet.

Rentekostnadene vil i dette tilfellet bli større, og garantien vil som følge av dette hatt en inntektsreducerende effekt for debitorselskapet.

Foreligger det inntektsreduksjon i tilfellene der garantien har hatt *både* en vilkårsbedrende *og* en låneforhøyende funksjon?

I en slik situasjon vil debitorselskapet ha tatt opp et større lån enn det ville ha gjort uavhengig av interessefellesskapet, noe som medfører inntektsreduksjon. På den annen side vil de gunstige rentevilkårene innebære forhøyelse av inntekten ved at rentekostnadene blir lavere enn de ellers ville ha vært.

Det må i denne situasjonen ses hen til *nettoeffekten* av at debitorselskapet har fått gunstigere lån og konsekvensen av høyere låneopptak.⁸²

Inntektsreduksjon vil her foreligge dersom nettoeffekten medfører høyere rentekostnader slik at debitorselskapet får lavere skattepliktig inntekt.

⁸⁰ Løchen (1991) s. 456.

⁸¹ Løchen (1991) s. 456

⁸² Skaar m.fl. (2006) s. 500. Naas m.fl. (2011) s. 1131

4.6 Lånekapasitetsvurderingen

4.6.1 Innledning

Som nevnt under pkt. 2.1 er fastsettelsen av debtors lånekapasitet sentral ved avgjørelsen av om et selskap er tynt kapitalisert. En viktig problemstilling ved vurderingen av om reduksjonsvilkåret er oppfylt, er om debtorselskapet har overskredet sin lånekapasitet.⁸³

Lånets størrelse og låneavtalens vilkår vil avhenge av debtorselskapets lånekapasitet eller av den sikkerhet dette selskapet, eller konsernet, kan stille. Ligningsmyndighetene må fastsette hvilken kapitalstruktur som er i samsvar med armlengdeprinsippet, noe som innebærer at de må undersøke hvor høy lånekapasitet selskapet har sett bort i fra interessefellesskapet. Med lånekapasitet siktes det her til den grad av lånefinansiering selskapet kan oppnå uten noen form for støtte fra konsernet.

Skaar m.fl. påpeker at det ut i fra praksis kan utledes en rekke prinsipper for vurderingen av debtorselskapets lånekapasitet, og at disse prinsippene ”*kan betraktes som skranker for adgangen til å foreta skjønnsfastsettelse*”.⁸⁴ Disse prinsippene er av betydning både for om reduksjonsvilkåret kan anses oppfylt og for selve skjønnsfastsettelsen etter skatteloven § 13-1.

Det vil i det følgende bli redegjort for sentrale prinsipper og problemstillinger som oppstår ved vurderingen av debtorselskapets lånekapasitet.

4.6.2 Hvilke forhold skal tas i betraktning?

En uavhengig kreditor vil som regel forsøke å danne seg et bilde av debtorselskapets totale økonomiske situasjon før det vil gi lån. I sin vurdering vektlegger kreditor en rekke forhold.⁸⁵

Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) omhandlet spørsmålet om saksøkeren (Amoco) hadde for lite egenkapital, og om dagjeldende skattelov av 1911 § 54 første ledd ga hjemmel til å

⁸³ Naas m.fl. (2011) s. 1132

⁸⁴ Skaar m.fl. (2006) s. 493

⁸⁵ Skaar m.fl. (2006) s. 528

sette den foreliggende kapitalstruktur til side for skatteformål. Byretten ga ligningsmyndighetene medhold i at en del av selskapets gjeld ble underkjent ettersom selskapets gjeldsgrad ikke ble ansett som oppnåelig på uavhengig basis.

I Amoco I-saken uttaler byrettens dommer at § 54 første ledd skal anvendes ”i tilfelle hvor et selskap finansieres ved lån fra en person, selskap eller innretning som har et direkte eller indirekte interessefellesskap med selskapet, og selskapets egenkapital av denne grunn er blitt lavere enn det må antas at den ville ha vært, dersom det hadde vært henvist til å søke lån uavhengig av interessefellesskapet.”⁸⁶

Byrettens dommer påpeker her at selskapets *egenkapital* må ha blitt lavere sammenlignet med hva situasjonen hadde vært blant uavhengige parter. Det er imidlertid ikke bare selskapets egenkapital som avgjør hvor stor lånekapasitet selskapet har. En rekke andre forhold må tas i betraktning. Eksempelvis må det tas hensyn til selskapets forventede inntjeningsevne og inntjeningsrisiko. Disse forhold vil være av særlig relevans. Muligheten for en høy fremtidig inntektsevne vil gi en bedre evne til å betjene renter og avdrag på lån, noe som innebærer at kreditorene blir mer lånevillige.⁸⁷

Også øvrige og mer individuelle forhold er av betydning, for eksempel tidligere kundeforhold, debtors ledelse, goodwill og generell troverdighet til selskapet. I tillegg til dette kan også andre konkrete forhold ved lånet og lånesituasjonen være av betydning.⁸⁸

For eksempel blir det uttrykt i Utv. 1999 s. 540 (Nycomed) at en lånekapasitetsvurdering er ”sammensatt av en rekke elementer, der selskapets finansielle stilling og framtidige inntektsmuligheter vil være sentralt, men hvor også bransje, selskapets utviklingstrinn og konserntilknytning samt en rekke andre momenter kan få betydning.”⁸⁹

Dette innebærer at lånekapasitetsvurderinger er en administrativ utfordrende og krevende oppgave for ligningsmyndighetene. Det er ikke alltid like lett å oppgi en

⁸⁶ Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) s. 307

⁸⁷ Naas m.fl. (2011) s. 1132. Skaar m.fl. (2006) s. 528.

⁸⁸ Naas m.fl. (2011) s. 1132-1133. Andresen og Nyberg (2011) s. 73.

⁸⁹ Utv. 1999 s. 540 (Nycomed) s. 545

nøyaktig effekt av de ulike forholdene.⁹⁰ Forholdenes relevans og vekt vil i tillegg kunne være forskjellig avhengig av omstendighetene, og ulike kreditorer kan ha ulikt syn på hvilken verdi hvert forhold har.

Ligningsmyndighetene må alltid gjøre en konkret og skjønnsmessig vurdering for hver skattyter. Ved denne vurderingen må ligningsmyndighetene ta i betraktning *alle relevante forhold* som kan påvirke lånekapasitetsvurderingen.

4.6.3 *Hvilket tidspunkt skal legges til grunn ved vurderingen av selskapets lånekapasitet?*

Lånekapasiteten til et selskap er en dynamisk størrelse som vil kunne variere fra et tidspunkt til et annet tidspunkt.⁹¹ Variasjonen kan skyldes flere ting, for eksempel fremtidig inntekt, svingninger i markedet og på børsen, etterspørsel, nye avtaler og nye prosjekter, omtaler, konkurranseforhold etc.

Ved lånekapasitetsvurderingen oppstår det dermed et spørsmål om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn ved vurderingen av selskapets lånekapasitet.

I Utv. 1999 s. 540 (Nycomed) var det spørsmål om et norsk morselskap skulle lignedes for beregnede renteinntekter på lån til utenlandske datterselskaper etter dagjeldende skattelov av 1911 § 54 første ledd. Angående tidspunktet for lånekapasitetsvurderingen uttaler lagmannsretten følgende:

*”Lagmannsretten er videre enig med staten i at datterselskapets lånekapasitet må vurderes på det tidspunktet den aktuelle ligningen gjelder” (min understrekning).*⁹²

Videre uttaler lagmannsretten at det

”ikke [kan] være avgjørende om datterselskapet manglet låneevne da lånet opprinnelig ble tatt opp, dersom den økonomiske stillingen har endret seg, slik

⁹⁰ Andresen og Nyberg (2010) s. 61

⁹¹ Skaar m.fl. (2006) s. 507.

⁹² Utv. 1999 s. 540 (Nycomed) s. 543-544

at lånet fra morselskapet i mellomtida kunne vært erstattet med eksternlån” (min tilføyelse).⁹³

I Utv. 1997 s. 816 (Freia) er det gitt motstridende uttalelser for hvilket tidspunkt som skal legges til grunn. Byretten uttaler først at tidspunktet for da lånet ble tatt opp skal legges til grunn, og uttaler videre at den senere utvikling ikke har noen betydning.

”Tidspunktet for de vurderinger som skal gjøres, både med hensyn til prissettingen og spørsmålet om lånekapasiteten i datterselskapene, er da lånene ble ytet. Den senere utviklingen har ingen betydning, og det forhold at den økonomiske utviklingen i datterselskapene ikke ble som forutsatt, kan derfor ikke tillegges vekt.”⁹⁴

Senere i dommen uttaler byretten at ligningsmyndighetene må foreta en vurdering av det lånende selskaps lånekapasitet til vedkommende investering for hvert inntektsår:

”Ved gjennomskjæring under henvisning til sktl. § 54, 1. ledd jf. § 42, 1. ledd må ligningsmyndighetene foreta en vurdering av det lånende selskaps lånekapasitet til vedkommende investering for hvert inntektsår.”⁹⁵

Nycomed-saken er en lagmannsrettsdom avsagt to år senere enn Freia-saken. I tillegg er dommen i Freia-saken avsagt av en trinnlavere instans. Rettskildemessig vil Nycomed-saken dermed være av større vekt enn Freia-saken.

Gjeldende rett må etter dette sies å være at det ved vurderingen av selskapets lånekapasitet må legges til grunn det tidspunkt den aktuelle ligning gjelder for.

Hvilken betydning har dette prinsippet om at debitorselskapets lånekapasitet må vurderes på det tidspunkt den aktuelle ligning gjelder for?

Prinsippet innebærer at debitorselskapets lånekapasitet på et senere eller tidligere tidspunkt ikke er relevant i vurderingen. Dette gjelder selv om lånekapasiteten har blitt forverret siden forrige ligningsår eller siden da lånet ble tatt opp, og omvendt.

⁹³ Utv. 1999 s. 540 (Nycomed) s. 543-544

⁹⁴ Utv. 1997 s. 816 (Freia) s. 821

⁹⁵ Utv. 1997 s. 816 (Freia) s. 824

Skaar m.fl. påpeker at prinsippet legger begrensninger på hvilken faktisk informasjon lånekapasitetsvurderingen kan baseres på: ”Lånekapasitetsvurderingen kan ikke baseres på omstendigheter som verken var kjent eller rimelig forutsigbare på dette tidspunkt.”⁹⁶

I Utv. 1997 s. 816 (Freia) uttrykker byretten dette slik:

*”Forholdet skal vurderes ut fra det materialet som var presentert av Freia overfor ligningsmyndighetene under ligningsbehandlingen. (...) Opplysninger som først er kommet frem under sakens behandling for retten skal ikke tillegges vekt”.*⁹⁷ (min understrekning)

Men hva med tilfellene der selskapets lånekapasitet varierer ikke bare fra inntektsår til inntektsår, men at den også varierer i løpet av inntektsåret? Det kan tenkes at lånekapasiteten er overskredet noen i deler av inntektsåret, men at den ikke er det i andre deler av inntektsåret.

Skaar m.fl. uttaler at der selskapets interngjeld overskrider selskapets lånekapasitet, skal interngjelden ”i prinsippet kun betraktes som egenkapital i den del av inntektsåret interngjelden overskred selskapets lånekapasitet”.⁹⁸ Dette innebærer at rentefradraget kan begrenses for den del av interngjelden som overskrider selskapets lånekapasitet.

4.6.4 Prinsipper for valg av sammenligningssubjekter

4.6.4.1 Sammenligningssubjektet på debitorsiden

Armlengdeprinsippet legger opp til en sammenligning med et selskap i en tilsvarende situasjon. Et av spørsmålene som reiser seg er om det ved valg av sammenligningssubjektet på debitorsiden skal ses bort i fra at selskapet i den kontrollerte transaksjon er en del av et konsern.

Skal det ses bort i fra at debitorselskapet er tilknyttet et konsern?

⁹⁶ Skaar m.fl. (2006) s. 507.

⁹⁷ Utv. 1997 s. 816 (Freia) s. 823

⁹⁸ Skaar m.fl. (2006) s. 507.

Det siktes her til debtors passive konserntilknytning. Det må dermed sondres mellom denne passive tilknytningen og de øvrige konsernselskapenes aktive og konkrete handlinger.⁹⁹ Et eksempel på sistnevnte er at morselskapet stiller garanti for datterselskapet.

De øvrige konsernselskapene vil normalt medvirke til at datterselskaper ikke misligholder sine betalingsforpliktelser eller går konkurs, ettersom dette kan gi negative ringvirkninger for hele konsernet i form av både negativ publisitet og negativ innvirkning på konsernets kredittvurdering. Konserntilknytning vil dermed kunne være et relevant moment i en uavhengig kreditors vurdering av debtors lånekapasitet.¹⁰⁰

Konserntilknytning gir også en synergieffekt som ikke ville ha oppstått dersom konsernselskapene hadde drevet sin virksomhet uavhengig av hverandre. Eksempler på synergieffekter er tilgang på øvrige konsernselskapers know-how, tjenester, service og omsetning. Dette innebærer blant annet at konsernselskapene kan oppnå en mer effektiv og lønnsom virksomhet enn andre selskaper. I tillegg vil synergieffektene som regel komme alle konserntilknyttede selskaper til gode.¹⁰¹

En uavhengig kreditor vil også av denne grunn legge en viss vekt på konserntilknytning i sin vurdering av debtors lånekapasitet, herunder hvordan låneavtalens vilkår og størrelse skal være.

Ut i fra det overnevnte kan det påpekes at selskaper som er en del av et konsern, er i en prinsipielt annen stilling enn andre uavhengige selskaper. Vurderingen etter armlengdeprinsippet innebærer at *interessefellesskapet* skal tenkes vekk, ikke den konkrete konserntilknytningen. OECDs retningslinjer legger i tillegg opp til at ligningsmyndighetene skal respektere den transaksjon som faktisk er foretatt.¹⁰²

Dette innebærer at det ikke skal ses bort i fra konserntilknytningen. At det ikke skal ses bort i fra konserntilknytningen, kommer også til uttrykk i Utv. 1999 s. 540 (Nycomed).

⁹⁹ Skaar m.fl. (2006) s. 509

¹⁰⁰ Skaar m.fl. (2006) s. 508

¹⁰¹ Skaar m.fl. (2006) s. 509

¹⁰² OECDs retningslinjer pkt. 1.64

I Nycomed tok lagmannsretten utgangspunkt i hvor stort lån datterselskapene ville ha fått uavhengig av interessefellesskapet. I denne sammenheng påpeker retten at det er relevant å legge vekt på datterselskapenes konserntilknytning:

”Det tilføyes at det ved vurderingen av om det forelå lånekapasitet, etter rettens syn er relevant også å legge en viss vekt på datterselskapenes konserntilknytning, jf Eidsivating lagmannsretts dom 28 september 1992 i sak nr 90-00574A, der tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i en sak vedrørende fravikelse av krav om rentefradrag på internlån for et selskap i oljesektoren. Selv om man må ta utgangspunkt i datterselskapenes egen finansielle situasjon, kan man ikke se bort fra at tilknytningen til et solid internasjonalt konsern ville hatt en positiv effekt for en ekstern långivers vurdering av datterselskapenes kredittverdighet.”¹⁰³ (min understrekning)

Dette er også i overensstemmelse med armlengdeprinsippet, som nettopp legger opp til en sammenligning med et selskap i en *tilsvarende* situasjon.

Det skal ikke ses bort i fra konserntilknytningen ved valg av sammenligningssubjekt på debitorsiden.

4.6.4.2 Sammenligningssubjekt på kreditorsiden ved direkte lån

4.6.4.2.1 Uavhengig kreditor

Ved vurderingen av om debitorselskapets lånekapasitet er overskredet, skal lånesituasjonen sammenlignes med hva et debitorselskap kan oppnå med en uavhengig kreditor, sett bort i fra interessefellesskapet.

Det oppstår dermed et spørsmål om *hvem* denne uavhengige kreditoren skal være.

Det følger av OECDs retningslinjer pkt. 1.64 at utgangspunktet er at det skal legges til grunn den transaksjonen som faktisk har funnet sted:

¹⁰³ Utv. 1999 s. 540 (Nycomed) s. 544

”A tax administration’s examination of a controlled transaction ordinarily should be based on the transaction actually undertaken by the associated enterprises as it has been structured by them (...). In other than exceptional cases, the tax administration should not disregard the actual transactions or substitute other transactions for them.” (min understrekning)

Dette innebærer at hvis selskapet er blitt lånefinansiert av et annet konsernselskap, skal sammenligningssubjektet på kreditorsiden være et annet uavhengig *selskap*. Hvis dette konsernselskapet ikke er en profesjonell långiver, skal heller ikke det uavhengige selskapet være en profesjonell långiver, og omvendt.

4.6.4.2.2 Kan den nærstående långiveren erstattes med en uavhengig bank?

I praksis inngås det imidlertid sjeldent låneavtaler mellom to uavhengige selskaper.¹⁰⁴ Som følge av dette vil det foreligge få eller ingen tilsvarende lånesituasjoner som det kan sammenlignes med. Det vil av den grunn kunne oppstå et behov for å se hen til hvordan lånekapasitetsvurderingen gjøres av andre typer uavhengige kreditorer, for eksempel en bank.

Dette reiser spørsmålet om den nærstående långiveren i et slikt tilfelle kan erstattes med en uavhengig bank.

Å sammenligne med en slik alternativ transaksjonsform, vil ikke anses å være i samsvar med det som er sagt i OECDs retningslinjer pkt. 1.64, se sitat over.¹⁰⁵

OECD har imidlertid i sin rapport om tynn kapitalisering fra 1987 lagt til grunn at den nærstående kreditor normalt kan erstattes med en uavhengig bank:

”It may be necessary indeed to adopt an approach comparable to that which a banker would adopt, and to ask whether, considering the borrower’s financial

¹⁰⁴ Bjerke (1997) s. 240

¹⁰⁵ Se og Bjerke (1997) s. 240

and economic condition, an independent bank would have provided the funds as a loan on the terms actually agreed between the parties.”¹⁰⁶

Videre heter det at det kan være uheldig å velge en uavhengig bank som sammenligningssubjekt, ettersom en slik uavhengig bank ikke nødvendigvis vil ha samme innsikt som et konserntilknyttet eller et like fullt informert selskap:

“Too rigid a reliance on this approach may not however be wholly satisfactory since it is possible that a parent company might have a better understanding of the profit potential of its own subsidiary than would a banker looking at the matter from the outside, and it might in consequence be reasonable to accept (if such was in fact the case) that an independent person who was as fully informed as the parent company might lend where a bank would hesitate to do so.”

Dette må forstås slik at en uavhengig bank skal legges til grunn, med mindre skattyter kan underbygge at debitor ville ha valgt en annen type uavhengig långiver i en ukontrollert situasjon. Betydningen av kreditors innsikt vil bli behandlet nærmere i neste punkt.

Også i norsk rettspraksis blir det dette lagt til grunn. Dette kommer blant annet til uttrykk i Utv. 2004 s. 685 (Scribona) og Utv. 1997 s. 816 (Freia). I Scribona-saken hadde et selskap fått lån av et finansieringsselskap som var en del av konsernet. Ved skjønnsfastsettelsen hadde det blitt benyttet en uavhengig bank som sammenligningsgrunnlag, og dette var ikke nærmere problematisert av lagmannsretten.

I Freia-saken var det spørsmål om det skulle ha vært inntektsført renter på ansvarlig lånekapital som Freia hadde ytet til datterselskaper i Danmark. Freia hevdet at det ikke var korrekt å gjøre sammenligningen på grunnlag av normale banklån. Selskapet hevdet at det ved sammenligningen måtte legges til grunn den renten en bedrift ville oppnådd ved lån til andre uavhengige bedrifter. Dette var retten ikke enig i og uttalte:

”Banklån er etter rettens vurdering et relevant sammenligningsgrunnlag idet det må antas å ha vært det mest nærliggende alternativet. Freia må ha bevisbyrden

¹⁰⁶ OECD *Thin Capitalisation* (1987) pkt. 76

for at selskapene ikke ville ha benyttet lån på slike normalvilkår. Idet Freia ikke har ført bevis for at banklån ikke ville ha vært en alternativ finansieringsform, og eventuelt på hvilke vilkår alternativ finansiering ville ha vært tilgjengelig, finner retten at ligningsmyndighetenes skjønn på dette punkt må anses forsvarlig og korrekt på bakgrunn av de opplysninger som forelå ved ligningen.”¹⁰⁷

Selv om disse utgangspunktene ikke er helt forenlig med OECDs retningslinjer, vil valget mellom sammenligningssubjektet på kreditorsiden trolig ha en underordnet betydning.¹⁰⁸ Ligningsmyndighetene må legge til grunn en bred og skjønnsmessig vurdering av et selskaps lånekapasitet. Flere av momentene vil være av betydning for lånekapasiteten, uten at det foretas en direkte sammenligning med en faktisk gjennomført ukontrollert lånetransaksjon. Det kan dermed forsvares at det i forhold til kapitalstrukturspørsmålet kan erstatte den nærstående långiver med en uavhengig bank.¹⁰⁹

Den nærstående långiver kan erstattes med en uavhengig bank.

4.6.4.2.3 Skal det ses bort i fra konsernselskapenes særskilte innsikt?

OECDs rapport om tynn kapitalisering påpeker som nevnt i forrige punkt, at det ikke er like heldig å velge en uavhengig bank som sammenligningssubjekt, ettersom en slik uavhengig bank ikke nødvendigvis vil ha samme innsikt som konserntilknyttede selskap.¹¹⁰

Det oppstår dermed et spørsmål om denne konsernfordelen om innsikt skal ses bort i fra ved valg av sammenligningssubjektet på kreditorsiden.

Ved kreditors vurdering av debitorsselskapets lånekapasitet, vil kreditors innsikt være en relevant omstendighet.¹¹¹ Konserntilknyttede selskap vil som regel ha en god innsikt i momenter som vil være relevante i en lånekapasitetsvurdering, slik som for eksempel

¹⁰⁷ Utv. 1997 s. 816 (Freia) s. 821

¹⁰⁸ Skaar m.fl. (2006) s. 510

¹⁰⁹ Skaar m.fl. (2006) s. 510

¹¹⁰ OECD *Thin Capitalisation* (1987) pkt. 76.

¹¹¹ Naas m.fl. (2011) s. 1133.

debitors virksomhet, økonomiske forhold, fremtidig inntjeningssevne etc. En konserntilknyttet kreditor vil dermed som regel ha en større innsikt sammenlignet med andre ikke-nærstående kreditorer. Dette kan føre til at lånekapasitetsvurderingen vil variere fra nærstående kreditor og en ikke-nærstående kreditor.

Utgangspunktet etter OECDs retningslinjer pkt. 1.64 er at det ved sammenligningen skal legges til grunn den transaksjon som faktisk er foretatt. Det skal dermed tas hensyn til den innsikten som konserntilknytningen medbringer ved vurderingen av om debitorselskapets gjeldsgrad er i samsvar med armlengdeprinsippet.

Dersom det ikke tas hensyn til dette, vil det kunne oppstå en forskjell mellom den kontrollerte transaksjon og den ukontrollerte transaksjon slik at disse ikke lengre er sammenlignbare. Skaar m.fl. påpeker at det er nødvendig at den nærstående långiver erstattes med en uavhengig långiver med samme innsikt, slik at forskjellen ikke medfører en at konsernet straffes eller belønnes for sin innsikt.¹¹²

Sammenligningssubjektet på kreditorsiden må av denne grunn være en kreditor med *samme* innsikt som den konserntilknyttede kreditoren.

Det skal ikke ses bort i fra konsernselskapenes særskilte innsikt.

4.6.4.2.4 Oppsummering og konklusjon

Sammenligningssubjektet på kreditorsiden ved direkte lån skal være en uavhengig kreditor med samme innsikt som kreditor i den kontrollerte transaksjon. Om nødvendig kan den uavhengige kreditoren erstattes med en uavhengig bank med samme innsikt, med mindre debitorselskapet kan underbygge at det ville valgt en annen kreditor i en ukontrollert transaksjon.

¹¹² Skaar m.fl. (2006) s. 511

4.6.4.3 Sammenligningssubjektet på kreditorsiden ved garanterte lån og back-to-back lån

Ved garanterte lån og back-to-back lån er kreditor en uavhengig kreditor. Det vil dermed ikke reise seg de samme spørsmål om sammenligningssubjektet på kreditorsiden som ved direkte lån.

Ved slike lån vil det avgjørende ved lånekapasitetsvurderingen være hvor stort lånet fra den *faktisk valgte* uavhengige kreditoren ville vært, dersom garantien eller et back-to-back arrangementet ikke hadde foreligget.¹¹³ Hvis debitorselskapet ikke kunne ha oppnådd like høy lånegrad uavhengig av interessefellesskapet, kan det være en indikator på at selskapets lånekapasitet er overskredet.

4.6.5 Sammenligningstransaksjonen

Hvilken type ukontrollert lånetransaksjon skal lånekapasitetsvurderingen baseres på?

Det kan tenkes at debitor har inngått et kontrollert lån av type A, og at debitor ville ha vært i stand til å ta opp et like stort ukontrollert lån av type B, men ikke av type A.

Det vil for eksempel stilles andre krav til debitorselskapet ved generelle selskapslån, enn ved spesifikke prosjektlån.¹¹⁴ Et "selskapslån" er definert av Skaar m.fl. som et lån som er tatt opp for å finansiere debitorselskapets virksomhet generelt og som er basert på selskapets balansetall. Videre defineres et "prosjektlån" som et lån som er tatt opp for å finansiere et bestemt prosjekt, og som er basert på debitorselskapets framtidige inntektsevne og med sikkerhet i framtidige inntekter.¹¹⁵ Ved prosjektlån stilles det lavere krav til debitorselskapets eksisterende egenkapital, men lånet er mindre fleksibelt og dyrere enn et selskapslån.¹¹⁶ I Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) blir dette uttrykt slikt:

"Retten vil her vise til uttalelsene som falt fra bankvitnene under hovedforhandlingen, hvor det klart fremgikk at prosjektlån vanligvis gis på spesielle vilkår som for låntagerne kan innebære ulemper i forhold til vanlige

¹¹³ Skaar m.fl. (2006) s. 512.

¹¹⁴ Naas m.fl. (2011) s. 1133.

¹¹⁵ Skaar m.fl. (2006) s. 512.

¹¹⁶ Naas m.fl. (2011) s. 1133. Skaar m.fl. (2006) s. 512.

markedslån [selskapslån] - eksempelvis restriksjoner med hensyn til opptak av andre lån, utdeling av utbytte og annen disponering av inntekter, utøvelsen av stemmerett innenfor rettighetshavergruppen, adgangen til å påta seg forpliktelser ved erverv av nye utvinningstillatelser m.v."¹¹⁷ (min tilføyning)

Skaar m.fl. påpeker at selskapslån vil derfor normalt være å foretrekke framfor et prosjektlån. Imidlertid vil debitorselskapet være i stand til å ta opp et høyere prosjektlån enn selskapslån, ettersom kreditor som regel oppnår bedre sikkerhet ved slike prosjektlån.¹¹⁸

Utgangspunktet er at sammenligningsvurderingen skal baseres på den transaksjon som faktisk har funnet sted, jf. OECDs retningslinjer pkt. 1.64. Dette innebærer at lånetypen skal være den samme i den ukontrollerte sammenligningstransaksjon som i den kontrollerte lånetransaksjon som er gjennomført. Et selskap må med andre ord stå for den transaksjonsform (og kapitalstruktur) som det i utgangspunktet har valgt.

Til illustrasjon kan Nycomed-dommen¹¹⁹ nevnes. I denne dommen la retten til grunn den faktiske transaksjonen, og ikke ”*alternative transaksjonsformer som Nycomed kunne ha valgt*” (min understrekning). Videre sier retten at ”*Nycomed må her ta konsekvensen av den finansieringsformen som er valgt.*”¹²⁰

Lånekapasitetsvurderingen må baseres på samme type lånetransaksjon som er foretatt i den kontrollerte transaksjon.

¹¹⁷ Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) s. 315

¹¹⁸ Skaar m.fl. (2006) s. 512.

¹¹⁹ Utv. 1999 s. 540 (Nycomed)

¹²⁰ Utv. 1999 s. 540 (Nycomed) s. 542-543

4.6.6 *Utnyttelsen av debtors lånekapasitet*

En debitor vil ikke alltid utnytte sin lånekapasitet fullt ut. Det kan være flere grunner til dette. En begrunnelse kan være forretningsmessige hensyn eller risikovurderinger.

Andresen og Nyberg formulerer seg slik:

*”Et ønske om å påta seg høy gjeld er ikke bare et spørsmål om låneevne, men også et spørsmål om hvor høy risiko låntager ønsker å påta seg.”*¹²¹

Det oppstår dermed et spørsmål om ligningsmyndighetene skal legge til grunn en ”armlengdes kapitalstruktur” som tilsvarer at debitor har utnyttet sin lånekapasitet *maksimalt* eller at den er utnyttet på en *forretningsmessig optimal* måte.¹²²

I Rt. 1940 s. 598 (Fornebo) ble det gitt uttrykk for at dagjeldende skattelov § 54 første ledd ga adgang for ligningsmyndighetene å foreta en skjønnsfastsettelse dersom interessefellesskapet hadde ”*resultert i en ordning med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkasting, som i og for seg ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig*”¹²³ (min understrekning).

Dette kan forstås slik at det avgjørende kriteriet for ligningsmyndighetenes skjønnsfastsettelse, vil være om den oppnådde kapitalstruktur vil fremstå som ”*ikke forretningsmessig rimelig og naturlig*”. Avgjørelsen trekker dermed i retning av at det selskapets lånekapasitet må være utnyttet på en forretningsmessig optimal måte. Det blir ikke oppstilt noe krav om at lånekapasiteten i tillegg må være overskredet.

Denne tilnærmingen er kritisert og problematisert i juridisk teori.¹²⁴ Skaar m.fl. påpeker at en slik tilnærming blir lett for teoretisk, da den ”*forutsetter at det er mulig med høy presisjon å konstatere hva som objektivt sett vil være en forretningsmessig rimelig og naturlig kapitalstruktur for en gitt debitor*”. Bakka påpeker i at ”*det er verd å merke seg*

¹²¹ Andresen og Nyberg (2010) s. 57

¹²² Skaar m.fl. (2006) s. 513

¹²³ Rt. 1940 s. 598 side 601

¹²⁴ Se f.eks. Skaar m.fl. (2006) s. 514, og Sjørdal og Hjertholm (2011) s. 74-76. Andresen og Nyberg (2010) s. 56-63.

*at det ikke finnes noen alment anerkjent teori om hva som er den økonomisk sett ”optimale” kapitalstruktur for et selskap”.*¹²⁵

Den forretningsmessige rimelige og naturlige kapitalstruktur vil i praksis ikke være en objektivt og bestemt størrelse for den enkelte låntager. Flere skjønnsmessige momenter spiller inn i denne vurderingen.

Når det gjelder de skjønnsmessige momenter, trekker Andresen og Nyberg frem blant annet låntagers forventede fremtidige kontantstrøm, rentebetingelser, bransjetilhørighet, relasjoner til finansielle institusjoner og låntagers holdninger til risiko.¹²⁶ Momentene kan i praksis være vanskelig å vurdere opp mot kriteriet ”forretningsmessig rimelig og naturlig kapitalstruktur”. Dette gjelder særlig sistnevnte moment; låntagers holdninger til risiko. Slike holdninger kan variere fra selskap til selskap, og derav låntagernes subjektive oppfatninger av hva som er ”forretningsmessig rimelig og naturlig”.

Kritikken som er rettet mot begrepsbruken i Fornebo-dommen har gode grunner for seg. Det oppstilte kriteriet ”ikke forretningsmessig rimelig og naturlig” kan ikke sies å gi noen veiledning når det gjelder debtors utnyttelse av lånekapasitet. Høyesterett bruker begreper som er vage, og det er for eksempel vanskelig for et selskap å vite om det har opptrådt ”naturlig”.

Skaar mfl. mener at det er grunn til å snevre inn det nevnte kriteriet som følge av de overnevnte skjønnsmessige momenter. Videre uttrykkes det at kriteriet skal brukes til ”å tilsidesette kapitalstrukturer som åpenbart ikke er forretningsmessig fundert” (min understrekning).¹²⁷ Nyberg og Andresen gir også uttrykk for dette når de uttaler at det kan ”være gode grunner ... til kun å åpne for skjønnsjustering i det tilfellet hvor forholdet mellom egenkapital og gjeld åpenbart ikke er kommersielt rasjonelt og egenkapitalandelen er klart lavere enn hva den ville ha vært i et uavhengig forhold uten interessefellesskap mellom partene”.¹²⁸

¹²⁵ Bakka (1990) s. 84

¹²⁶ Andresen og Nyberg (2010) s. 57

¹²⁷ Skaar m.fl. (2006) s. 514

¹²⁸ Andresen og Nyberg (2010) s. 58

Uttrykkene gir imidlertid ikke noen nærmere veiledning av hva som skal legges til grunn.

Skaar m.fl. påpeker imidlertid at det i praksis ikke oppstått noen konflikt mellom vurderingstemaet om maksimal opplåning eller standarden forretningsmessig rimelig og naturlig. Det påpekes at det viser seg at ligningspraksis i stedet har valgt en tilnærming der de har vurdert enten debtors maksimale lånekapasitet eller fastsatt et armlengdeintervall av oppnåelige kapitalstrukturer. Domstolene har i det vesentlige akseptert ligningsmyndighetenes tilnærming av problemstillingen. Skaar m.fl. gir videre uttrykk for at denne tilnærmingen er fornuftig, da den tar høyde for at de ulike holdninger som er nevnt overfor kan være foretningsmessig begrunnet.¹²⁹

Denne tilnærmingen baserer seg på et armlengdeintervall, og i tilfellene der debtors valg av kapitalstruktur er innenfor dette armlengdeintervall, har ligningsmyndighetene akseptert dette. Dette stemmer godt overens med OECD retningslinjer pkt. 3.60 som sier at ligningsmyndighetene ikke skal foreta noen justeringer dersom den kontrollerte transaksjon er innenfor armlengdeintervallet.

En armlengdes kapitalstruktur tilsvarer dermed *ikke* med at debitor har utnyttet sin lånekapasitet maksimalt eller på en forretningsmessig optimal måte. Det avgjørende vil være om debtors valg av kapitalstruktur er innenfor det intervall som kan oppstilles etter armlengdeprinsippet.¹³⁰

4.6.7 Ytterligere opplåning

Vil overskridelse av debtorselskapets lånekapasitet ved ytterlige opplåning medføre avskjæring av fradragsretten for gjeldsrenter?

Dersom debtorselskapets økonomiske situasjon er svak, vil det være vanskelig å oppnå lån hos uavhengige kreditorer. Det kan imidlertid være annerledes der en kreditoren allerede har gitt lån til debtorselskapet. For å beskytte sine opprinnelige investeringer

¹²⁹ Skaar m.fl. (2006) s. 514

¹³⁰ Skaar m.fl. (2006) s. 514

kan kreditoren være villig til å gi ytterligere lån, selv om dette innebærer at debitorselskapets lånekapasitet vil bli overskredet.

En kreditors villighet til å gi ytterligere lån kan imidlertid variere etter om selskapets eier (her: morselskapet) har eller ikke har økonomisk evne til å bidra med deler av kapitalen.¹³¹

Der selskapets eier ikke har økonomisk evne til å bidra med deler av kapitalen vil en uavhengig kreditor måtte velge mellom å ta all risiko ved ytterligere opplåning eller avvikle låneforholdet og konstatere tap.¹³² I ønske av å beskytte egne interesser, kan det tenkes at denne uavhengige kreditoren gir ytterligere lån til debitorselskapet.

Der selskapets eier har økonomisk evne til å bidra med kapitalen, vil det være mindre grunn til å tro at en uavhengig kreditor som allerede har gitt lån, vil bidra med ytterligere lån i en større grad enn tilfellet der låneforholdet ikke allerede var etablert.¹³³

Til illustrasjon kan Utv. 2004 s. 685 (Scribona) nevnes. Lagmannsretten sier her:

”Det legges til grunn som overveiende sannsynlig at en uavhengig bank ville ha stilt seg positiv til videre utlån for å realisere en slik omstillingsoperasjon, men ikke uten at den svenske eieren også bidro. Når det, som i dette tilfellet, var en eier som hadde finansiell styrke til å bidra, fremstår det som klart mindre sannsynlig at en bank ville ha påtatt seg all risikoen forbundet med ny kapitaltilførsel til selskapet.”¹³⁴ (min understrekning)

Hvis debitorselskapet kan underbygge at en uavhengig kreditor ville ha gitt ytterligere lån, så vil det ikke foreligge årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen: den ytterligere opplåningen har en selvstendig forretningsmessig begrunnelse. Ligningsmyndighetene kan dermed ikke avskjære fradragsretten for gjeldsrenter etter skatteloven § 13-1 i disse tilfellene.

¹³¹ Skaar m.fl. (2006) s. 520.

¹³² Skaar m.fl. (2006) s. 520.

¹³³ Skaar m.fl. (2006) s. 520.

¹³⁴ Utv. 2004 s. 685 (Scribona) s. 687-688

Fradragsretten for gjeldsrenter vil ikke kunne avskjæres dersom den ytterligere opplåningen har en selvstendig forretningsmessig begrunnelse.

5 ÅRSKSSAMMENHENG

5.1 Kravet om årsakssammenheng

Det siste kumulative vilkåret for at ligningsmyndighetene kan anvende skatteloven § 13-1, er at det interessefellesskapet må ha forårsaket inntektsreduksjonen.

Hvilken betydning har kravet om årsakssammenheng?

Kravet om årsakssammenheng kan anses for å utgjøre en skranke for anvendelse av armlengdeprinsippet. I den sammenlignbarhetsanalyse som ligningsmyndighetene må gjennomføre, vil kravet innebære at den kontrollerte og den ukontrollerte transaksjon som skal benyttes, må være *sammenlignbare* i de relevante økonomiske aspekter.¹³⁵

Kravet om årsakssammenheng setter også en begrensning for muligheten til å vurdere om selskapets inntekt ved flere transaksjoner samlet er lavere enn for en uavhengig part.¹³⁶ Det er i utgangspunktet ikke tilstrekkelig å fastslå at det foreligger interessefellesskap og at selskapets totale overskudd er lavere enn overskuddet til uavhengige parter. Grunnen til at dette ikke er tilstrekkelig er at flere av faktorene som har innvirket på selskapets resultat, ikke nødvendigvis er tilknyttet interessefellesskapet. Det må dermed kunne bevises at interessefellesskap har medført at selskapet får lavere inntekt.¹³⁷ Eksempelvis kan partene ha avtalt og handlet slik at selskapets lånekapasitet er overskredet, noe som medfører redusert inntekt grunnet større rentekostnader.

5.2 Er kravet om årsakssammenheng et selvstendig vilkår?

I juridisk litteratur har kravet om årsakssammenheng blitt kritisert for å ikke være et selvstendig vilkår.¹³⁸ Kritikken bunner i at vilkåret i praksis sjelden volder problem, og den er ofte integrert i den sammenlignbarhetsanalyse som foretas når reduksjonsvilkåret skal vurderes oppfylt.¹³⁹

¹³⁵ Skaar m.fl. (2006) s. 360

¹³⁶ Bjerke (1997) s. 138

¹³⁷ Bjerke (1997) s. 138. Skaar m.fl. (2006) s. 360

¹³⁸ Se Skaar m.fl. (2006) s. 359-363, Naas m.fl. (2011) s. 1005.

¹³⁹ Skaar m.fl. (2006) s. 345

Denne problemstillingen gjør seg særlig gjeldende ved tynt kapitaliserte selskap. Vurderingen av om kravet om årsakssammenheng vil i disse tilfellene ikke være særlig fremtredende. Dette skyldes at vurderingen er implisitt gjort ved vurderingen av om øvrige vilkårene er oppfylt. Skaar m.fl. uttrykker at når det er konstatert at reduksjonsvilkåret er oppfylt, vil det implisitt være konstatert at reduksjonen skyldes interessefellesskapet. Det er dermed ”ikke rom for noen selvstendig vurdering av kravet om årsakssammenheng”.¹⁴⁰ Til illustrasjon kan Utv. 2004 s. 658 (Scribona) nevnes. I denne saken ble ikke vilkåret behandlet særskilt.

Det følger av forarbeidene at når det først er konstatert at reduksjonsvilkåret er oppfylt og at det foreligger interessefellesskap, så antas det at kravet om årsakssammenheng vil være oppfylt, jf. Ot. prp. nr. 26 (1980-1981) s. 56:

”Bevisbyrdereglene er etter gjeldende norsk rett slik at ligningsmyndighetene må bevise både at interessefellesskap foreligger, og at skattyteren har fått sitt skattefundament redusert. Er denne bevisbyrde først godtgjort, antas også årsakssammenheng å foreligge.”

En slik presumsjon gjelder imidlertid ikke absolutt. Høyesterett har i Rt. 2010 s. 790 (Telecomputing) lagt til grunn at en ikke uten videre kan presumere at det foreligger årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen, med den begrunnelse at en uavhengig part ikke ville ha inngått en lignende transaksjon.¹⁴¹

I Telecomputing-dommen ble kravet til årsakssammenheng etter skatteloven § 13-1 ikke ansett å være oppfylt. Ligningsmyndighetene ønsket i denne saken å delvis nekte fradrag for tap på kapitaloverføring fra et norsk morselskap til et amerikansk datterselskap. Grunnen til nektelsen var at en del av fordringen oversteg datterselskapets lånekapasitet, og en uavhengig kredittgiver ikke ville ha innvilget et slikt lån. Høyesterett kom imidlertid til at tapet som selskapet var påført, ikke skyldtes interessefellesskapet, men at satsingen på det amerikanske markedet ikke var vellykket. Høyesterett uttaler:

¹⁴⁰ Skaar m.fl. (2006) s. 501

¹⁴¹ Jf. Skattedirektoratets domskommentarer til Telecomputing-dommen

”Det er imidlertid ikke fradragsretten som har begrunnet valg av finansieringsform. Valget av finansieringsform har en selvstendig forretningsmessig begrunnelse. Det er heller ikke valget av finansieringsform som har forårsaket at selskapets faktiske nettoinntekt er blitt redusert. Det tap TC er blitt påført, skyldes ikke valget av finansieringsform, men at satsingen på det amerikanske markedet ikke ble vellykket. Selv om tap på aksjer ikke skulle være fradragsberettiget, kan man ikke si at den skattbare inntekt i et slikt tilfelle er blitt redusert på grunn av interessefellesskapet.”¹⁴² (min understrekning).

Valget av finansieringsform hadde en ”selvstendig forretningsmessig begrunnelse”, og vilkåret om årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen etter skatteloven § 13-1 var dermed ikke oppfylt.

Ut i fra Telecomputing-dommen kan det utledes at det må alltid gjøres en konkret vurdering og ses på ”transaksjonens innhold og hva de aktuelle partenes interesser tilsier”, jf. avsnitt 57 og 61 sammenholdt med statens anførsel i avsnitt 18.¹⁴³ Det er ikke tilstrekkelig å fastslå at vilkåret er oppfylt når det foreligger interessefellesskap og en lavere fortjeneste enn hva som er ”normalt” sammenlignet med andre selskapers overskudd.¹⁴⁴ Mange andre faktorer kan spille inn og forklare reduksjonen, noe Telecomputing-dommen illustrerer.

For tynt kapitaliserte selskap vil vilkåret om årsakssammenheng ha en mer selvstendig betydning der forbindelsen mellom interessefellesskapet og virkningen på selskapets låneopptak er fjern.¹⁴⁵ Et eksempel er at en uavhengig kreditor yter lån som isolert sett overstiger det låntagende datterselskapets lånekapasitet, men blir gitt grunnet kreditors tillitt til morselskapet.

Det må i denne sammenheng bemerkes at det faktisk at debitorselskapet er i et konsern, ikke i seg selv er tiltrekkelig for å anse kravet om årsakssammenheng oppfylt. Det må foreligge konkrete holdepunkter for at størrelsen på lånet er påvirket av

¹⁴² Rt. 2010 s. 790 avsnitt 61

¹⁴³ Skattedirektoratets domskommentarer til Telecomputing-dommen

¹⁴⁴ Bjerke (1997) s. 138

¹⁴⁵ Fløystad - del 1 (1990) s. 56

konsernforholdet. Et eksempel på dette er tilfelle der debitorselskapet tar opp et større lån enn det har kapasitet til grunnet morselskapets garanti til uavhengig kreditor.

Jo fjernere forbindelsen mellom interessefellesskapet og virkningen på selskapets låneopptak er, jo mer skal det til før det kan konstateres årsakssammenheng.¹⁴⁶

Kravet om årsakssammenheng er et selvstendig vilkår.

¹⁴⁶ Naas m.fl. (2011) s. 1134

6 SKJØNNFASTSETTELSE

6.1 Innledning

Dersom vilkårene er til stede kan ligningsmyndighetene foreta en ”fastsettelse ved skjønn”, og ved dette skjønn ”skal formue eller inntekt fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget”, jf. skatteloven § 13-1 første og tredje ledd.

Ligningsmyndighetene må på samme måte som ved bedømmelse av om reduksjonsvilkåret er oppfylt, benytte seg av armlengdeprinsippet. Det skal også legges vekt på OECDs retningslinjer ved skjønnsutøvelsen, jf. skatteloven § 13-1 fjerde ledd.

Det følger av ordlyden i skatteloven § 13-1 at ligningsmyndighetene ikke er pliktig til å gjøre justeringer dersom vilkårene etter første ledd er til stede, jf. ordet ”kan”.

Det kan i denne sammenheng nevnes at ligningsloven begrenser ligningsmyndighetenes adgang til justering etter skatteloven § 13-1. Etter ligningsloven § 9-6 nr. 3 bokstav a gjelder det en toårsfrist for endring av ligning til ugunst for skattyter. Dette gjelder imidlertid ikke i tilfellene der skattyter har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger eller at han ikke har gjort ligningsmyndighetene oppmerksomme på feil ved ligningen som han selv var eller burde være klar over. Hvis dette er tilfelle, så vil endring kunne foretas opp til ti år etter inntektsåret, jf. hovedregelen i § 9-6 nr. 1.

6.2 Hvilke justeringer kan ligningsmyndighetene gjøre?

Ligningsmyndighetene kan skjønnsmessig gjøre to hovedtyper av justeringer etter armlengdeprinsippet. Det kan gjøres en verdijustering eller en strukturell justering.¹⁴⁷

Verdijustering vil si at det gjøres en justering av den verdi som partene i interessefellesskapet har lagt til grunn for sine ytelser. Det gjøres ingen andre justeringer av avtalen mellom partene. Et eksempel på verdijustering er at det gjøres en endring av den avtale rentesats på lånet slik at den blir i samsvar med armlengdeprinsippet.

¹⁴⁷ Bullen (2008) s. 112-113

Strukturell justering innebærer en justering av andre vilkår i den kontrollerte transaksjonen enn de overnevnte ”verdivilkårene”.¹⁴⁸ Et eksempel på en strukturell justering er endring av skattyters egenandel i en forsikringsavtale, noe som var tilfellet i Rt. 2001 s. 1265 (Agip).

Verdijustering i form av fastsettelse av rentesats vil ikke bli behandlet nærmere. I denne fremstilling vil det gjøres rede for strukturelle justeringer der et selskap er tynt kapitalisert. Skjønnsfastsettelsen etter skatteloven § 13-1 overfor tynt kapitaliserte selskap innebærer en strukturell justering i form av at selskapets faktiske kapitalstruktur settes til side for skattemessige formål, det vil si at en andel av selskapets gjeld blir å anse for å være egenkapital.¹⁴⁹

6.3 Hvor stor andel av lånet skal justeres?

Ved skjønnsfastsettelsen etter § 13-1 overfor tynt kapitaliserte selskap, oppstår det et spørsmål om hvor stor andel av lånet som skal justeres. Skal hele eller bare deler av lånet settes til side for skattemessige formål?

I Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) blir det gitt uttrykk for at ligningsmyndighetene kan kun endre selskapets kapitalstruktur til slik strukturen må antas å ha vært dersom selskapet måtte finansieres uavhengig av interessefellesskapet:

”Skjønnsstemaet vil da være hvilken kapitalstruktur selskapet måtte antas å ha hatt om det skulle ha drevet en tilsvarende virksomhet uavhengig av interessefellesskapet. Av dette følger at ligningsmyndighetene vil kunne tilbakeføre til beskatning en så stor del av selskapets konserngjeld at det for skatteformålet får den egenkapital som det må antas å ville ha hatt, om det hadde vært henvist til å finansiere virksomheten ved kreditt fra en frittstående långiver på forutsetningsmessig saklige og forsvarlige vilkår.”¹⁵⁰

Også OECDs rapport om tynn kapitalisering bemerker at den strukturelle justeringen bare gjelder den del av lånet som ikke er i samsvar med armlengdeprinsippet:

¹⁴⁸ Bullen (2008) s. 113

¹⁴⁹ Skaar m.fl. (2006) s. 540

¹⁵⁰ Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) s. 307

”The Committee emphasizes that the application of rules designed to deal with thin capitalisation ought not normally to increase the taxable profits for the relevant domestic enterprise to an amount greater than the profit which would have accrued in the arm’s length situation.”¹⁵¹

Ligningsmyndighetene har dermed kun har hjemmel til å justere en slik andel av selskapets gjeld som gjør at selskapet får den *lavest akseptable egenkapitalprosent* som kan oppnås mellom uavhengige parter.¹⁵²

Dette innebærer at ligningsmyndighetene må fastsette presist hva som er minimum armlengdes egenkapital, jf. det som er sagt i pkt. 4.2.3 om armlengdeintervall.

En fullstendig tilsidesettelse av lånet vil kun komme på tale der selskapet på egen hånd overhodet ikke ville ansett å ha lånekapasitet av en uavhengig part.¹⁵³

6.4 Krav til forsiktighet ved fastsettelsen av minimum armlengdes egenkapital?

Skaar m.fl. påpeker at vurderingen av hva som utgjør minimum armlengdes egenkapitalprosent for en bestemt debitor vil være preget av mange skjønnsmessige og uklare momenter. Resultatet av vurderingen vil derfor være forbundet med usikkerhet. Dette tilsier at ligningsmyndighetene bør utvise forsiktighet ved vurderingene som gjøres etter skatteloven § 13-1, slik at det kan unngås at usikkerheten slår ut i skattyterens disfavør. Skaar m.fl. omtaler dette som en ”forsiktighetsstandard” for ligningsmyndighetene, og som innebærer en oppfordring til ligningsmyndighetene til å ikke sette egenkapitalprosenten for høyt.¹⁵⁴

Denne forsiktighetsstandarden har kommet til uttrykk i blant annet Utv. 1989 s. 304 (Amoco I). I Amoco I-dommen var det spørsmål om egenkapitalens størrelse og om dagjeldende skattelov § 54 første ledd ga hjemmel til å sette den foreliggende kapitalstruktur til side for skatteformål. Byretten ga i denne dommen uttrykk for at

¹⁵¹ OECD *Thin Capitalisation* (1987) pkt. 89

¹⁵² Naas m.fl. (2011) s. 1135.

¹⁵³ Naas m.fl. (2011) s. 1136

¹⁵⁴ Skaar m.fl. (2006) s. 519.

ligningsmyndighetene må utvise forsiktighet ved strukturell justering ved at det må foreligge en ”merkbar[t] redusert formue”¹⁵⁵ (min tilføyning). Det uttales at ligningsmyndighetene ved vurderingen må utvise forsiktighet:

”Retten antar at ligningsmyndighetene under enhver omstendighet bør utvise en viss forsiktighet både ved vurderingen av om den kapitalstruktur et selskap har valgt for sin virksomhet, skal settes til side for beskatningsformål, og også ved utøvelsen av det konkrete skjønn over hvor stor andel av gjeld og gjeldsrenter som skal tilbakeføres.”

Videre påpeker retten:

”Begrunnelsen for en behersket holdning til de muligheter som skjønnsadgangen utvilsomt åpner, ligger mer på det næringspolitiske enn på det juridiske plan, men bør kunne finne en forsiktig tilknytning i det forhold at hverken skatteloven eller lovgivningen for øvrig gir noen nærmere veiledning for det skjønn ligningsmyndighetene må utøve i denne forbindelse. Sammenligningsgrunnlaget, for så vidt gjelder utvinningselskapene, er relativt tynt, idet man i Norge i dag knapt har selvstendige, nasjonale selskaper som utelukkende driver utvinningsvirksomhet på sokkelen. Som det ble påpekt av Høyesterett allerede i ”Fornebudommen”, Rt. 1940, side 598, lar det seg i praksis vanskelig gjøre å oppstille noen alminnelig regel for forholdet mellom egenkapital og gjeld i næringsvirksomhet.”¹⁵⁶

Også OECDs retningslinjer oppfordrer medlemsstatene med å være tilbakeholdne ved strukturelle justeringer. Ligningsmyndighetene skal i utgangspunktet legge til grunn den foretatte transaksjon, og retningslinjene oppfordrer ligningsmyndighetene til å avstå fra å gjøre justeringer der det kun foreligger små avvik.¹⁵⁷ I tillegg uttaler OECDs retningslinjer at ligningsmyndighetene bør ta til hensyn at det ved vanskeligere vurderinger, kan gjøres feil – både av skattyter og av ligningsmyndighetenes

¹⁵⁵ Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) s. 313

¹⁵⁶ Utv. 1989 s. 304 (Amoco I) s. 310

¹⁵⁷ OECDs retningslinjer pkt. 1.64 og pkt. 2.10

saksbehandler.¹⁵⁸ Dette innebærer også en oppfordring til en økt forsiktighet ved anvendelsen av skatteloven § 13-1.

Ligningsmyndighetene må være forsiktig ved fastsettelsen av minimum armlengdes egenkapital.

6.5 Er den strukturelle justeringen bindende for senere ligninger?

Løchen uttaler at ligningsmyndighetene i prinsippet er ubundet av tidligere bedømmelser av rettsforhold, herunder også låneavtaler.¹⁵⁹ Ligningsmyndighetene må dermed for hvert år ta standpunkt til om lånet er gjenstand for strukturell justering etter skatteloven § 13-1. Dette har gode grunner for seg, ettersom et selskaps lånekapasitet kan variere fra år til år, jf. pkt. 4.6.3.

Den strukturelle justeringen er ikke bindende for senere ligninger.

6.6 Hvilke konsekvenser har en strukturell justering?

6.6.1 *Inntektsøkning og begrensning av fradragsretten for gjeldsrenter*

Konsekvensen av en justering av gjeld til egenkapital innebærer at ligningsmyndighetene kan nekte fradrag for en tilsvarende andel av selskapets rentekostnader. Dette medfører at selskapets skattepliktige inntekt økes. Renter knyttet til øvrige deler av gjeld vil fremdeles være fradragsberettiget.¹⁶⁰

Omklassifiseringen vil også ha betydning for fradragsført valutatap. Fradragsført valutatap som er knyttet til den andel av gjeld som er omklassifisert, vil ikke lengre være fradragsberettiget. Dette innebærer at selskapets inntekt økes med et beløp tilsvarende det valutatap som ikke lengre er fradragsberettiget.¹⁶¹

Ved lavere lån gis det normalt lavere rente. Det kan dermed stilles spørsmål om den strukturelle justeringen av gjeld til egenkapital også innebærer at ligningsmyndighetene

¹⁵⁸ OECDs retningslinjer pkt. 4.9

¹⁵⁹ Løchen (1991) s. 460

¹⁶⁰ Skaar m.fl. (2006) s. 540-541. Naas m.fl. (2011) s. 1136

¹⁶¹ Skaar m.fl. (2006) s. 541. Naas m.fl. (2011) s. 1136

vil gjøre en nedjustering av rentesatsen, slik at rentefradraget blir mindre også av denne grunn. Dette spørsmålet vil imidlertid ikke bli behandlet nærmere i denne oppgaven.

6.6.2 *Påvirkes de underliggende privatrettslige disposisjonene?*

Ligningsmyndighetenes justering er kun for skattemessige formål. Dette innebærer at låneavtalen med dets vilkår er de samme mellom debitorselskapet og kreditor.

Debitorselskapet er fullt ut forpliktet til å tilbakebetale lånet og betale rentekostnader til kreditor, selv om deler av lånet er å anse som egenkapital for skattemessige formål.¹⁶²

De underliggende privatrettslige disposisjonene påvirkes ikke av ligningsmyndighetenes justering.

6.6.3 *Korresponderende og sekundær justering?*

Det kan oppstå et spørsmål om ligningsmyndighetene i lånegivers hjemstat må foreta en tilsvarende justering av kreditors mottatte renteinntekter. Svaret på dette vil i utgangspunktet bero på internretten til lånegiverens hjemstat og eventuelle skatteavtaler mellom hjemstat og Norge.¹⁶³

Det kan også oppstå et spørsmål om den del av rentene som knytter seg til den justerte del av gjelden, skal anses som utbetaling av utbytte, med den følge at det beregnes kildeskatt av utbyttet, jf. skatteloven § 10-13.

Det er intet i norsk skattelovgivning som forhindrer en slik sekundær justering. Norsk ligningspraksis viser imidlertid at tradisjonen er at det ikke gjøres en omklassifisering renter til utbytte.¹⁶⁴

Disse problemstillingene vil ikke bli behandlet nærmere i denne oppgaven.

¹⁶² Lignings-ABC 2011 Tilsettings pkt. 7.5

¹⁶³ Naas m.fl. (2011) s. 1137-1138

¹⁶⁴ Naas m.fl. (2011) s. 1136

7 EKSISTERER DET EN TOMMELFINGERREGEL I NORSK RETT?

7.1 Innledning

Det har i juridisk teori vært hevdet at det eksisterer en tommelfingerregel om at 20 % egenkapital er tilstrekkelig for å unngå at rentefradrag blir avskåret som følge av tynn kapitalisering.¹⁶⁵ Spørsmålet i det følgende er om det er grunnlag til å si at det eksisterer en slik tommelfingerregel.

Med tommelfingerregel menes det her en *veiledende* regel. Den skiller seg fra såkalte safe harbour-regler som kan oppstille at en viss egenkapitalprosent vil være tilstrekkelig, og at dette automatisk vil bli akseptert av ligningsmyndighetene.¹⁶⁶

En tommelfingerregel innebærer ingen automatikk eller garanti for skattyteren om at 20 % egenkapital vil være tilstrekkelig for skattemessige formål. En slik regel skaper imidlertid forutberegnelighet, og kan gi ligningsmyndighetene en ytterligere oppfordring til å være forsiktige ved fastsettelsen av hva som er minimum armlengdes egenkapitalprosent, jf. forsiktighetsstandarder nevnt i pkt. 6.4.

7.2 Analogibetraktninger fra oljesektoren

I norsk rett har vi ingen særskilte regler om tynn kapitalisering. Dette gjaldt med unntak for virksomhet i oljesektoren, der det fram til 1. januar 2007 eksisterte særskilte regler om tynn kapitalisering i petroleumsskatteloven § 3 bokstav h. Det ble i denne bestemmelse oppstilt et krav om at særskattepliktige¹⁶⁷ utvinningsselskap skulle ha en egenkapital på minst 20 %. Dersom gjelden oversteg 80 % av totalkapitalen, ble det kun gitt skattemessig fradrag for en forholdsmessig andel av rentekostnadene.

Hvilken betydning har den tidligere § 3 bokstav h for spørsmålet om det eksisterer en tommelfingerregel?

Det er i norsk rett en mangel på autoritative og relevante kilder for å kunne avgjøre hva som er tilstrekkelig egenkapital for selskaper utenfor oljesektoren. Det er av denne

¹⁶⁵ Se bl.a. SørDAL og Hjertholm (2011) s. 74, og Wangen og Ueland (2011) s. 34.

¹⁶⁶ OECD retningslinjer pkt. 4.94

¹⁶⁷ Jf. petroleumsskatteloven § 2

grunn naturlig at selskapene løfter blikket og ser om de kan støtte seg til eventuelle ”rettesnorer” i andre bransjer.¹⁶⁸

Petroleumsloven § 3 bokstav h ga en klar rettesnor for utvinningsselskaper om at 20 % egenkapital ville være tilstrekkelig for skattemessige formål. Bestemmelsen er imidlertid i dag opphevet, og det er av den grunn ikke like naturlig å trekke inn analogibetraktninger. Andresen og Nyberg påpeker at selv om bestemmelsen i dag er opphevet, så er ikke kapitaliseringsreglene i petroleumsloven fjernet, men snarere endret: I dag gjelder det en regel om begrenset rentefradrag i sokkelinntekt i § 3 bokstav d, og det gis fremdeles fradrag for netto finanskostnader påløpt på rentebærende gjeld.¹⁶⁹

Den tidligere § 3 bokstav h kan dermed fremdeles ha relevans som argument for å stadfeste at 20 % egenkapital vil være tilstrekkelig for skattemessige formål også i andre virksomheter.

Utvinningssektorens virksomhet i oljesektoren er preget av å være kapitalintensiv og risikofylt. Den samlede skattesatsen for særskattepliktig virksomhet på norsk kontinentalsokkel er på 78 %. Det vil være naturlig for selskaper som driver virksomhet i en mindre kapitalintensiv og risikofylt bransje å se hen til rettesnoren i petroleumsloven: Etersom 20 % egenkapital er tilstrekkelig i oljesektoren, vil det på bakgrunn av en risikobetraktning være naturlig å anta at det ikke stilles strengere krav ovenfor mindre risikofylte virksomheter.¹⁷⁰

Ut i fra det overnevnte er det gode grunner for å anse at det eksisterer en tommelfingerregel som innebærer at 20 % egenkapital vil være tilstrekkelig for å unngå at rentefradrag blir avskåret grunnet tynn kapitalisering.

7.3 Analogibetraktninger fra selskapsretten

Aksjelovens og allmennaksjelovens bestemmelser om styrking og binding av kapitalen i aksje- og allmennaksjeselskaper kan gi en pekepinn på hvilken egenkapitalandel som bør anses som tilstrekkelig.

¹⁶⁸ Andresen og Nyberg (2010) s. 58

¹⁶⁹ Andresen og Nyberg (2010) s. 58

¹⁷⁰ Andresen og Nyberg (2010) s. 58

I aksjeloven og allmennaksjeloven § 8-1 annet ledd er gitt en begrensning på utdelinger fra selskapet. Det følger av dette ledd at det ikke kan utdeles utbytte dersom egenkapitalen etter balansen er mindre enn 10 % av balansesummen. Med balansesummen menes summen av egenkapital og gjeld.¹⁷¹

I bestemmelsens fjerde ledd er det oppstilt en ytterligere begrensning for utdelinger fra selskapet: Dersom utdelingen er uforenlig med forsiktig og god foreningsskikk, skal det ikke utdeles en så stor andel av utbytte eller det skal ikke utdeles utbytte i det hele tatt.¹⁷² Denne forsiktighetsvurderingen knytter seg spesielt til selskapets kapital- og likviditetsbehov, vurdert opp mot kreditorinteresser og andre interesser som knytter seg til selskapet.¹⁷³ Forsiktighetsvurderingen kan dermed innebære et høyere krav til egenkapital enn minstekravet på 10 % i annet ledd. Andresen og Nyberg påpeker at aksjelovene legger opp til at så lavt som 10 % egenkapitalandel kan fremstå som forenlig med forsiktig og god forretningsskikk.¹⁷⁴

Dette innebærer at en egenkapitalandel på i hvert fall 20 % bør anses som tilstrekkelig for skattemessige formål.

7.4 Praksis

7.4.1 Rettspraksis

Gir rettspraksis noen holdepunkter for at 20 % egenkapital vil være tilstrekkelig?

Problemstillingen om tommelfingerregelens eksistens er per dags dato ikke blitt avklart av Høyesterett eller av underordnede domstoler. Dette til tross for at det opp gjennom tidene har vært flere tvister om lånekapasitetsvurderinger.¹⁷⁵ De fleste sakene har

¹⁷¹ Andenæs (2006) s. 444

¹⁷² Andenæs (2006) s. 445

¹⁷³ Matre, *Kommentar til aksjeloven*, Gyldendal Rettsdata 2010, note 1330 til § 8-1

¹⁷⁴ Andresen og Nyberg (2010) s. 58

¹⁷⁵ Se f.eks. Utv. 1996 s. 201, Utv. 1997 s. 816 (Freia), Utv. 1999 s. 540 (Nycomed), Utv. 1999 s. 849, Utv. 2000 s. 1756

imidlertid omhandlet tilfellene der norske långivere har ytet rentefrie lån til utenlandske låntakere.¹⁷⁶

Andersen og Nyberg uttaler at det foreligger lite publisert og relevant ligningspraksis og kun én relevant rettssak på området.¹⁷⁷ Det siktes her til den såkalte Scribona-saken, Utv. 2004 s. 685.

Scribona-saken omhandlet gyldigheten av Oslo overligningsnemnds endringsvedtak etter skatteloven § 13-1 vedrørende ligningen for Scribona Norge AS for inntektsårene 1990-1992. Scribona Norge AS var et datterselskap av det svenske morselskapet Esselte AB. I forbindelse med omstrukturering var det ytet lån fra det belgiske selskapet EFI, et datterselskap også eid av Esselte AB. Ligningsmyndighetene gjorde en endring i ligningene i form av en strukturell justering av gjeld til egenkapital.

Endringene ble påklaget, men ligningene ble opprettholdt av Borgarting lagmannsrett. Lagmannsretten la vekt på at en uavhengig bank ikke ville ha ytet lån til debitorselskapet uten at morselskapet enten bidro med innskudd av egenkapital eller med garantier for lån.¹⁷⁸

Det som er interessant å legge merke til i denne saken, er at nemnda ved den strukturelle justeringen av gjeld til egenkapital, la til grunn et egenkapitalkrav på 15 % for årene 1990 og 1991. Egenkapital på 15 % ble av ligningsmyndighetene ansett å være i overensstemmelse med armlengdeprinsippet de årene egenkapitalandelen var negativ for selskapet. Denne prosentandelen ble ikke nærmere problematisert eller tilsidesatt av lagmannsretten. Det må i denne sammenheng også bemerkes at Scribona-saken gjaldt inntektsår som også var preget av gjelds- og bankkrise i Norge.¹⁷⁹ I krisetider gis det ofte høyere rente eller det stilles større krav til egenfinansiering for å kompensere for økt risiko.

Denne dommen trekker dermed i retning av at i hvert fall 20 % egenkapital vil være tilstrekkelig for å unngå at rentefradrag blir avskåret som følge av tynn kapitalisering.

¹⁷⁶ Andresen og Nyberg (2010) s. 59

¹⁷⁷ Andresen og Nyberg (2011) s. 73

¹⁷⁸ Utv. 2004 s. 685 (Scribona) s. 687-688

¹⁷⁹ Andresen og Nyberg (2010) s. 59

Den foreliggende rettspraksis gir holdepunkter for at 20 % egenkapital vil være tilstrekkelig.

7.4.2 Ligningspraksis

Kan ligningspraksis gi holdepunkter for at 20 % egenkapital er tilstrekkelig for å unngå at rentefradrag blir avskåret som følge av tynn kapitalisering?

Det foreligger som nevnt lite publisert og relevant ligningspraksis. Det kan imidlertid være av interesse å se hen til ligningspraksis fra oljesektoren for tidligere år, ettersom den tidligere bestemmelse i petroleumskatteloven § 3 bokstav h kodifiserte retningslinjer som var utviklet gjennom ligningspraksis i oljesektoren på 80-tallet.¹⁸⁰

Disse retningslinjene skulle være veiledende for vurderingen av om selskap i oljesektoren var tynt kapitaliserte etter dagjeldende skattelov av 1911 § 54 første ledd. Formålet med retningslinjene var å forenkle ligningsarbeidet, men også at en større grad av likartet praksis ville gi en bedre forutberegnelighet for skattyterne.¹⁸¹

Retningslinjene skilte mellom de ulike fasene et utvinningsprosjekt gjennomgår, basert på risikobetraktninger. I en tidlig fase vil usikkerheten og risikoen være stor, men avtar gradvis frem mot produksjonsstart. Muligheten for å oppnå fremmedfinansiering vil øke i samme grad.

For selskaper som drev med letevirksomhet oppstilte retningslinjene et krav om full egenfinansiering. Dett skyldtes at det til letevirksomhet knytter seg en stor risiko, og sannsynligheten for at det skal gjøres funn som er kommersielt utnyttbare er lav.¹⁸²

For selskap som drev utbyggingsvirksomhet stilte retningslinjene krav om en minsteandel på 20 % egenkapital. Prosentandelen var basert på en gjennomsnittsbetraktning og Klagenemnda anså den ikke til å være for høy ”*hensett til hva som ellers var vanlig i næringsvirksomhet i Norge og de betydelige risikohensyn som gjør seg*

¹⁸⁰ Andresen og Nyberg (2010) s. 58. Se og Hærem (1990) s. 1207 flg.

¹⁸¹ Naas m.fl. (2011) s. 1123

¹⁸² Fløystad - del 1 (1990) s. 59

gjeldende ved utvinningsvirksomhet på sokkelen”.¹⁸³ Dette 20 %-kravet ble senere lovfestet i petroleumskatteloven § 3 bokstav h.¹⁸⁴

Oljeklagenemnda understrekte at retningslinjene kun skulle være av veiledende karakter. De kunne fravikes dersom selskapets konkrete finansieringssituasjon skulle tilsa dette. Dette innebar at egenkapitalprosenten til tider kunne tenkes lavere eller høyere. I praksis har retningslinjene imidlertid blitt fulgt ganske konsekvent, både av ligningsmyndighetene og av skattytere som vil unngå tvist med ligningsmyndighetene. Retningslinjene er i forhold til armlengdeprinsippet normalt vurdert til å være innenfor det som kan anses å være forretningsmessig og naturlig.¹⁸⁵

Hærem påpeker at så langt retningslinjene fra oljesektoren passer, så bør de gis tilsvarende anvendelse også for selskaper som driver annen virksomhet. Videre påpeker han at det ikke alltid vil passe like godt å anvende retningslinjene om 100 % egenkapitalfinansiering ved letevirksomhet og 20 % egenkapitalfinansiering av ved utbyggingsvirksomhet.¹⁸⁶

Nyetablerte selskap og selskap som driver risikofull virksomhet må som regel ha en betydeligere høyere egenkapital enn et selskap som har kommet godt i gang og driver mindre risikofull virksomhet. Selskaper som er i en mindre risikofylt bransje eller har kommet godt i gang vil ha bedre kredittverdighet, noe som innebærer at uavhengige kreditorer er mer villig til å gi lån til slike selskaper.

Det er som nevnt under pkt. 7.2 naturlig for selskaper som driver mindre risikofull virksomhet, å se hen til rettesnorene fra petroleumskatteretten, og herunder det tidligere lovfestede 20%-kravet i petroleumskatteloven.¹⁸⁷ Ut i fra det overnevnte er det dermed gode grunner for å anse at ligningspraksis trekker i en retning av at det utenfor oljesektoren eksisterer en tommelfingerregel om at 20 % egenkapital vil være tilstrekkelig for skattemessige formål.

¹⁸³ Klagenemndas uttalelse gjengitt i Fløystad - del 2 (1990) s. 113. Se og Fløystad - del 1 (1990) s. 59

¹⁸⁴ Naas m.fl. (2011) s. 1123

¹⁸⁵ Naas m.fl. (2011) s. 1124

¹⁸⁶ Hærem (1990) s. 1227.

¹⁸⁷ Andresen og Nyberg (2010) s. 58. Naas m.fl. (2011) s. 1123

Ligningspraksis gir holdepunkter for at 20 % egenkapital er tilstrekkelig for å unngå at rentefradrag blir avskåret som følge av tynn kapitalisering.

7.5 Skattedirektoratets uttalelser og endring av praksis

Skattedirektoratet har uttalt at det ikke er grunnlag for at det eksisterer en tommelfingerregel om at 20 % egenkapital er tilstrekkelig.¹⁸⁸ I en artikkel Revisjon og Regnskap nr. 8 2010 gis det uttrykk for at egenkapitalkravet bør være på ca. 35 %.¹⁸⁹ Det har også forekommet tilfeller der det er krevd en egenkapitalprosent opp til 40 %.¹⁹⁰

Denne innskjerpingen av praksis vedrørende krav om egenkapitalandel har møtt protester.¹⁹¹ Det reageres på at ligningsmyndighetene først nå, etter lang tid praksis, distanserer seg fra den tidligere antatte tommelfingerregelen.

Utgangspunktet for begrensninger av rentefradrag grunnet tynn kapitalisering er skatteloven § 13-1. Denne bestemmelse legger opp til at ligningsmyndighetene skal utøve et skjønn ved fastsettelsen av en armlengdes kapitalstruktur. Den skjønnsmessige vurderingen må alltid gjøres konkret for hvert enkelt tilfelle og gir et visst rom for justeringer i praksis.

Hensynet til forutberegnelighet og likebehandling kan imidlertid innebære at ligningsmyndighetene bør være forsiktige ved endring av tidligere praksis.

Ettersom det i dag er en mangel på kilder til veiledning, er det vanskelig for et selskap å forutberegne om egenkapitalkravet er tilfredsstillt for skattemessige formål. Denne mangelen på forutberegnelighet skaper flere praktiske og økonomiske problemer for selskapene.

Det er ikke sikkert selskapene selv er egnet til å beregne hvilken grad av gjeldsfinansiering som vil gå klar av armlengdeprinsippet. Å hente inn rådgivere vil koste både tid og penger. En vurdering av et selskaps lånekapasitet er i tillegg

¹⁸⁸ Wangen og Ueland (2011) s. 34. Andresen og Nyberg (2010) s. 62

¹⁸⁹ Pedersen og Arvnes (2010) s. 68.

¹⁹⁰ Andresen og Nyberg (2011) s. 73.

¹⁹¹ Se bl.a. Sørдал og Hjertholm (2011) s. 74, og Andresen og Nyberg (2011) s. 72.

omfattende og preget av mye usikkerhet, jf. fremstillingen i pkt. 4.6 om lånekapasitetsvurderingen. Forsiktighetsstandarder nevnt i pkt. 6.4 fordrer ligningsmyndighetene å utvise forsiktighet ved vurderingene som gjøres etter skatteloven § 13-1. Denne forsiktigheten skaper imidlertid liten trygghet for skattyterne om at resultatet av ligningsmyndighetenes vurdering vil bli vektlagt til skattyternes favør. Det er blant annet kommentert av Andresen og Nyberg at ligningsmyndighetenes analyser til tider kan være misvisende og vilkårlige, og at dette lett kan lede til urimelig skjønnsutøvelse.¹⁹²

Disse faktorene trekker i retning av at skattytere baserer seg på de få antydde retningslinjene fra øvrige rettsområder og praksis. Hensynet til forutberegnelighet og likebehandling trekker dermed i retning av at ligningsmyndighetene bør være forsiktige ved endring av tidligere praksis.

Hensynet til forutberegnelighet vil gjøre seg særskilt gjeldende for skattytere som nå er under bokettersyn. Bokettersynene kan gå opp til ti år tilbake i tid. Ettersom ligningsmyndighetene først i nyere tid har distansert seg fra tommelfingerregelen, kan den innskjerpende praksis slå uheldig ut. Basteviken uttaler at flere skattytere risikerer å bli stemplet som ”juksemakere”, noe som kan føles urettferdig i saker hvor skjønsmessige vurderinger er lagt til grunn.¹⁹³ Dette gjelder spesielt for de som har forsøkt å opptre lojalt i henhold til den praksis som ble ansett å være veiledende for tidligere ligningsår.

7.6 Avsluttende bemerkninger

Slik fremstillingen overfor viser så er det vanskelig å slå fast om det i dag eksisterer en tommelfingerregel. Rettstilstanden fremstår som uklar.

Andresen og Nyberg spør hvem som skal bære risikoen for manglende klargjøring:

”Skal dette være skattemyndighetene (les Finansdepartementet) som har vært kjent med problemstillingen i hundre år eller skal den enkelte skattyter vær

¹⁹² Andresen og Nyberg (2011) s. 73. Se og Sjørdal og Hjertholm (2011) s. 76.

¹⁹³ Basteviken, *Skatten helliger fortsatt midlene*, nettartikkel fra e24.no, 21. februar 2011.

prisgitt det enkelte skattekontors retrospektive og skjønnsmessige vurderinger?”¹⁹⁴

De gir uttrykk for at utviklingen av gjeldende ligningspraksis i realiteten innebærer at ligningsmyndighetene nærmer seg lovgivers rolle.¹⁹⁵ De henviser i denne sammenheng til Rt. 2001 s. 1444 (Skøyen Næringspark). Høyesterett ga her uttrykk for at ligningsmyndighetene bør være tilbakeholdne ved å avvike eksisterende praksis til ugunst for skattyteren, og at endringer bør forelegges lovgiver.

Skøyen Næringspark-saken omhandlet spørsmål om konvertering av gjeld til aksjekapital etter omstendighetene i saken var å anse som gjeldsettergivelse eller ”underhåndsakkord” etter dagjeldende skattelov § 53 første ledd femte punktum, med den følge at retten til fremføring av underskudd ville gå tapt. Høyesterett kom til at dette ikke var tilfelle. Førstvoterende la her avgjørende vekt på den forliggende ligningspraksis. Vedrørende ligningspraksisen blir det uttalt:

”Det må etter min mening anses klart at ligningspraksis får større vekt når fravikelse av denne praksis vil være til skade for skattyteren. Hensynet til forutberegnelighet tilsier dette. Innrettelseshensynet gjør seg etter min mening klart gjeldende også når det gjelder en praksis av varighet som i vår sak. På den annen side kan det selvsagt pekes på betenkeligheter ved at ligningsmyndighetene avskjæres fra å korrigere en praksis som ved fornyet overveielse anses for å være i strid med en riktig forståelse av skatteloven. Imidlertid foreligger jo alltid muligheten for å bringe spørsmålet om endring frem for lovgiver.”¹⁹⁶

At ligningsmyndighetene bør være forsiktig ved å fravike tidligere praksis, støttes også opp av SørDAL og Hjertholm som blant annet uttaler:

¹⁹⁴ Andresen og Nyberg (2011) s. 73

¹⁹⁵ Andresen og Nyberg (2010) s. 62

¹⁹⁶ Rt. 2001 s. 1444 s. 1455

”Det vil neppe være så lett å overse tidligere praksis når en slik ny og innskjerpet praksis forsøkes innført”¹⁹⁷

Det er imidlertid viktig å ha i bakhodet at tommelfingerregelen er kun av veiledende karakter. I likhet med retningslinjene fra oljesektoren vil den kunne fravikes dersom et selskaps konkrete finansieringssituasjon skulle tilsi dette. En vurdering etter skatteloven § 13-1 av hva som er armlengdes kapitalstruktur for et selskap må gjøres konkret. For eksempel vil det kunne kreves høyere krav til egenkapital ved særlig risikofylt virksomhet.

Frem til det foreligger klargjørende regler eller retningslinjer fra lovgiver eller ligningsmyndighetene, bør ligningsmyndighetene imidlertid være forsiktige og tilbakeholdne med å begrense fradrag for gjeldsrenter der egenkapitalprosenten er nær 20 %.

Og slik som flere forfattere gir uttrykk for, så er det kanskje på høy tid at lovgiver vurderer om det skal innføres særskilte regler omkring tynn kapitalisering.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Sjørdal og Hjertholm (2011) s. 74.

¹⁹⁸ Se Pedersen og Arvnes (2010) s. 70 og Andresen og Nyberg (2011) s. 73.

8 KILDER

Lover

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

Lov av 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven av 1911)

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

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

Lov av 23. desember 1994 nr. 74 om endring i lov av 13. juni 1975 nr. 35 om skattlegging av undersjøiske petroleumsforekomster m.v.

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

Lov av 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Lov av 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

Forarbeider

Prop. 1 LS (2011-2012) *For budsjettåret 2012. Skatter, avgifter og toll 2012*

Innst. O. nr. 17 (1994-1995) *Innstilling fra finanskomiteen om endring i lov av 13. juni 1975 nr. 35 om skattlegging av undersjøiske petroleumsforekomster m.v.*

Innst. O. nr. 59 (1980-1981) *Innstilling fra finanskomiteen om endring i lov nr. 8 av 18. august 1911 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) m v.*

Ot. prp. nr. 12 (1994-1995) *Om endringer i lov av 13. juni 1975 nr. 35 om skattlegging av undersjøiske petroleumsforekomster m.v.*

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

Ot. prp. nr. 29 (1978-1979) *Om ligningslov og endringer andre lover.*

| | |
|-----------------------------|--|
| Ot. prp. nr. 62 (2006-2007) | <i>Om lov om endringer i skattelovgivningen (internprising).</i> |
| Ot. prp. nr. 86 (1997-1998) | <i>Ny skattelov</i> |
| NOU 1996:3 | <i>Ny aksjelovgivning</i> |

Internasjonale rettskilder

| | |
|--|--|
| SEL | Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (Selskabsskatteloven) |
| Modellavtalen og kommentarer til modellavtalen | OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed version 2010 (part A), and IBFD, Key Tax Features of Member countries 2011 (part B) |
| OECDs retningslinjer | OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. 22. July 2010 |
| OECDs retningslinjer (2009) | OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. 2009 edition. |
| OECDs rapport om tynn kapitalisering | OECD, Issues in international taxation no. 2. Thin Capitalisation. Taxation of Entertainers, Artistes and Sportsmen |

Rettsavgjørelser

| | |
|------------------|----------------------|
| Rt. 1940 s. 598 | (Fornebo) |
| Rt. 2001 s. 1265 | |
| Rt. 2001 s. 1265 | (Agip) |
| Rt. 2001 s. 1444 | (Skøyen Næringspark) |
| Rt. 2006 s. 1232 | |
| Rt. 2007 s. 209 | (Hex) |
| Rt. 2010 s. 790 | (Telecomputing) |
| Utv. 1989 s. 304 | (Amoco I) |

Utv. 1994 s. 1160

Utv. 1997 s. 816 (Freia)

Utv. 1999 s. 540 (Nycomed)

Utv. 2004 s. 685 (Scribona)

Utenlandske rettsavgjørelser

John Kelly Co v. Comissioner, 326 U.S. (1946)

Bøker

- | | | |
|-------------------|--|---|
| | Almvik, Fred-Ove og Vegard Kristiansen | <i>Bedriftsbeskatningen i praksis</i> . 3. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2006. |
| | Almvik, Fred-Ove, Vegard Kristiansen og Anders Myklebust | <i>Bedriftsbeskatningen i praksis 2000</i> . 3. utgave, Den norske Revisorforening, Oslo 2000. |
| Andenæs (2006) | Andenæs, Mads Henry | <i>Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper</i> . Oslo 2006. |
| | Andenæs, Mads Henry | <i>Konkurs</i> . Oslo 1999. |
| | Andenæs, Mads Henry | <i>Selskapsrett</i> . Oslo 1999. |
| Bakka (1990) | Bakka, Pål Magne | <i>Tynn kapitalisering – Noen sider ved skatteloven paragraf 54 første ledd</i> . Det juridiske fakultets skriftserie nr. 26, Bergen 1990. |
| Bjerke (1997) | Bjerke, Joachim M. | <i>Internprissetting. Skattemessig prising av transaksjoner mellom tilknyttede parter – en historisk og komparativ fremstilling</i> . Tano Aschehoug, Oslo 1997. |
| | Brudvik, Arthur J. | <i>Skatterett for næringsdrivende 2011</i> . 34. utgave, Oslo 2011 |

- Brudvik m.fl. (2004) Brudvik, Arthur J., Sven Rune Greni, Jan Syversen, Magnus Aarbakke
 Bullen, Andreas
Skattelovkommentaren 2003/04. 3. utgave, Kommuneforlaget, Oslo 2004.
Arm's length transaction structures: Recognising and restructuring controlled transaction in transfer pricing. Universitetet i Oslo, Oslo 2010.
- Bundgaard (2000) Bundgaard, Jakob
 Eckhoff, Torstein
 Gisle, Jon, Kristian Andenæs, Jan Fridthjof Bernt, Thor Falkanger, Arnhild Dordi Gjønnes, Magnus Matningsdal og Magnus Aarbakke
Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling. 1. utgave, Forlaget Thomson, København 2000.
 Rettskildelære. 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, Oslo 2001.
Jusleksikon. 2. utgave, Kunnskapsforlaget, Oslo 2003.
- Gjems-Onstad (2008) Gjems-Onstad, Ole
 International Fiscal Association
 Liland, Anders H og Espen Nordbø
 Matre, Hugo P.
Norsk bedriftsskatterett. 7. utgave, 1. opplag. Gyldendal Norsk Forlag AS, Oslo 2008
Cahiers de droit fiscal international. International aspects of thin capitalization. Volume LXXXIb, Kluwer Law International, Geneva 1996
Internasjonal skattehåndbok (red). Universitetsforlaget, Oslo 2002.
Studier i det skatterettslige

- rentefradraget*. Universitetet i Bergen, Bergen 2011.
- Naas m.fl. (2011) Naas, Henning, Christian Bruusgaard, Kristine Ilstad og Christian Svensen *Norsk internasjonal skatterett*. Universitetsforlaget, Oslo 2011.
- Skaar m.fl. (2006) Skaar, Arvid Aage m.fl. Syversen, Jan *Norsk skatteavtalerett*. 1. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, Oslo 2006.
- Zimmer, Frederik *Skatt på petroleumsutvinning*. Sjørettsfondet, Oslo 1991.
- Zimmer, Frederik *Bedrift, selskap og skatt. Skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere*. 5. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2010.
- Zimmer (2009) Zimmer, Frederik *Lærebok i skatterett*. 6. utgave. Universitetsforlaget, Oslo 2009.
- Zimmer, Frederik *Internasjonal inntektsskatterett*. 4. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2009.
- Artikler**
- Andresen og Nyberg (2010) Andresen, Svein G. og Per Daniel Nyberg *Tynn kapitalisering – skattejakt uten kart*. Revisjon og Regnskap nr. 6 2010 s. 56-63
- Andresen og Nyberg (2011) Andresen, Svein G. og Per Daniel Nyberg *Tynn kapitalisering – grumsete farvann*. Revisjon og Regnskap nr. 1 2011 s. 72-73
- Bullen (2008) Bullen, Andreas Et skråblikk på Høyesteretts dom i Statoil Angola (Rt-2007-1025),

| | | |
|----------------------------|-----------------------------|--|
| Fløystad – del 1 (1990) | Fløystad, Torstein | Skatterett 2008 s. 110-142. <i>Tynn kapitalisering (del 1) – spørsmålet om skattemessig krav til egenkapitalfinansieringen av utvinningsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel.</i> Revisjon og Regnskap nr. 2 1990 s. 52-59. |
| Fløystad – del 2 (1990) | Fløystad, Torstein | <i>Tynn kapitalisering (del 2) – spørsmålet om skattemessig krav til egenkapitalfinansieringen av utvinningsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel.</i> Revisjon og Regnskap nr. 3 1990 s. 112-119. |
| Hærem (1990) | Hærem, Axel | <i>Skatteproblemer ved selskapsfinansiering – tynn kapitalisering. Praksis ved ligningen av oljeselskaper.</i> Utv. 1990 s.1198-1229. |
| Lange og Flood (2010) | Lange, Frank og Hanne Flood | <i>Tynn kapitalisering uten safe harbour-regel.</i> Revisjon og Regnskap nr. 8 2010 s. 71 |
| | Liland, Anders H. | <i>Holdingselskapers rentebetalinger til utlandet på konserninterne lån - grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring?</i> |
| | Løchen, Håkon | Skatterett 2010 s. 16-45 [hentet fra lovdata.no] <i>Gjennomskjæring ved</i> |

| | | |
|-------------------------------|---------------------------------------|---|
| | | <i>interessefellesskap med utlandet – den nye regel i skatteloven § 54 første ledd.</i> Skatterett 1982 s. 72-91 [hentet fra lovdata.no] |
| Løchen (1991) | Løchen, Håkon | <i>Tynn kapitalisering – skatteloven § 54 første ledd.</i> Skatterett 1991 nr 4 s. 444-464 [hentet fra lovdata.no] |
| Pedersen og Arvnes (2010) | Pedersen, Bente Huber og Frode Arvnes | <i>Tynn kapitalisering og gjeldsfinansierte oppkjøp.</i> Revisjon og Regnskap nr. 8 2010 s. 68-70 |
| Sørdal og Hjertholm (2011) | Sørdal, Ulf og Arne Hjertholm | <i>Tynn kapitalisering og Skatteetatens ønsketenkning.</i> Revisjon og Regnskap nr. 2 2011 s. 74-76 |
| | Zimmer, Frederik | <i>Hva er anvendelsesområdet for ligningsloven § 8-1?</i> Utvalget for skattesaker 2010 s. 1073 [hentet fra lovdata.no] |
| Wangen og Ueland (2011) | Wangen, Ståle og Yngve Ueland | <i>Tynn kapitalisering – nektelse av fradrag for renter.</i> PWC Mentor kundemagasin nr. 2 2011 – Fusjoner og oppkjøp. s. 32 [hentet fra www.pwc.no] |

Nettdokument

| | | |
|----------------------|--|--|
| Basteviken, Marius | <i>Skatten helliger fortsatt midlene.</i> 21. februar 2011 | http://e24.no/kommentarer/skat-ten-helliger-fortsatt-midlene/20026464 [sitert 22. oktober 2011] |
| Basteviken, Marius | <i>Skatten helliger midlene?</i> 13. oktober 2010 | http://e24.no/kommentarer/s-paltister/skatten-helliger-midlene/3854457 |
| Matre, Hugo P | <i>Kommentar til aksjeloven.</i> 2010 | www.rettsdata.no |
| Skattedirektoratet | <i>Domskommentarer til Telecomputing-dommen.</i> 20. september 2010 | www.skatteetaten.no/no/Uttalelser/Hoyesteretts-dom-av-21-juni-2010-Telecomputing--Skattedirektoratets-domskommentar/ |
| Skat.dk | <i>Skat. S.I.3. Tynd kapitalisering.</i> 2011 | http://www.skat.dk |
| Skattedirektoratet | <i>Lignings-ABC 2011 (elektronisk utgave à jour pr. 24. juni 2011)</i> | www.skatteetaten.no |
| Stoveland, Per Helge | <i>Kommentar til skatteloven § 13-1.</i> 2011 | www.rettsdata.no |

Muntlige kilder

| | | |
|--------------------|--|--|
| Basteviken, Marius | <i>Løse samtaler våren 2011 og i oktober 2011 omkring emnet tynn kapitalisering, hvordan armlengdeintervall og "armlengdes" egenkapital fastsettes i praksis, og generelt om internprising og de ulike internprisingsmetodene.</i> | |
|--------------------|--|--|

