

Finansdepartementet  
Postboks 8008 Dep.  
0030 Oslo

Oslo, 24. juni 2013

Oppdragsansvarlig: Øyvind Hovland

## Høringsuttalelse – forslag om begrensning av fradrag for rentekostnader i interessefellesskap

Det vises til Finansdepartementets høringsnotat av 11. april 2013 med forslag til nye regler om begrensning av fradrag for rentekostnader til nærstående selskaper ("rentetaksregelen"), og omtale av saken i Meld. St. 2 (2012-2013) Revidert Nasjonalbudsjett, kapital 3.10.2.

I dette brevet vil Ernst & Young kommentere enkelte elementer i forslaget til rentetaksregel.

### 1 Innledning

Vi er av den oppfatning at forslaget til rentetaksregel er i strid med EØS-avtalen og vi skal nedenfor angi hovedgrunnene for dette synspunktet.

Forholdet til EØS-avtalen er ikke omtalt i høringsnotatet, og dette etterlater tvil i hvilken grad denne problemstillingen er vurdert av Finansdepartementet.

EU-domstolen har i flere avgjørelser konkludert med at nasjonale regler om tynn kapitalisering er i strid med reglene om fri etableringsrett og at det kun er rom for tynn kapitaliseringsregler som er basert på armlengdeprinsippet i artikkel 9 i OECD Mønsteravtalen, jfr. sktl. § 13-1 (se nedenfor).

Dette betyr at den foreslåtte rentetaksreglen i utgangspunktet er problematisk ift. EØS-avtalen siden dette er sjablonregel som går lenger i å avskjære rentefradrag enn armlengdeprinsippet i artikkel 9 i OECD Mønsteravtalen.

Som mottrekk til EU-domstolens avgjørelser har flere land valgt å gi tynn kapitaliseringsregler/ rentetaksregler tilsvarende anvendelse på rene interne forhold. Synspunktet er da angivelig at det ikke foreligger ulovlig forskjellsbehandling siden nasjonale selskap behandles likt uavhengig av om kreditorsselskapet er etablert i Norge eller en annen EØS stat.

Vi er imidlertid av den oppfatning at forslaget til rentetaksregel, som formelt fremstår som nasjonalitetsnøytral, reelt medfører indirekte forskjellsbehandling som ikke kan gis en saklig begrunnelse.

Sverige har også innført regler om begrensning av fradrag for renter på konserninterne lån, som generelt kommer til anvendelse på både internasjonale og rent nasjonale konserninterne lån.

EU-Kommisjonen har mottatt flere klager på at de svenske reglene er i strid med den frie etableringsretten. Det fremgår av EU-Kommisjonens brev til Sverige av 9. januar 2013, at Kommisjonen er av den oppfatning at de svenske reglene representerer indirekte

forskjellesbehandling, og at denne ikke kan gis en saklig begrunnelse. Sverige har imøtegått dette i sitt brev til Kommissjonen av 20. mars 2013.

## 2 Organisering av internbankfunksjonen i internasjonale konsern

Det er vanlig at internasjonale konsern er toppfinansiert, dvs. at morselskapet i konsernet tar opp eksterne banklån og/eller obligasjonslån for det formål å finansiere oppkjøp, nyinvesteringer mv. Det er også vanlig at internbanken (treasury avdelingen) til internasjonale konsern eies og forvaltes av morselskapet i konsernet. Internbanken vil generelt ha ansvar for innhenting av ekstern fremmedkapital, finansiering av datterselskap i form av egen- og/eller lånekapital, forvaltning/styring av konsernets overskuddslikviditet samt forvaltning/håndtering av valuta- og renterisiko. Som følge av dette er det vanlig at morselskapet er administrator for konsernets konsernkontoordning.

Ifm. oppkjøp av ny virksomhet er det vanlig at morselskapet i konsernet tar opp ekstern gjeld, som skal benyttes til å finansiere oppkjøpet. For internasjonale konsern er det generelt viktig å etablere effektive strukturer som gjør det mulig for morselskapet å få skattepliktige renteinntekter som lånekostnadene kan fradras i, og som debitorselskapet får fradrag for, og å overføre overskuddslikviditet fra konsernets operative datterselskap (som gjennom sin drift vil generere konsernet overskuddslikviditet) til morselskapet slik at dette har tilgang til likviditet for å kunne betjene konsernets løpende eksterne gjeldsforpliktelser. Dette må sees på bakgrunn av at morselskapet sjelden utøver operativ virksomhet, siden denne utøves av konsernets datterselskap.

Ved oppkjøp av norske selskap er det således vanlig at utenlandske selskap etablerer følgende struktur:

- Utenlandsk morselskap etablerer et norsk holdingselskap, som finansieres med egenkapital og konserninternt lån. Det norske holdingselskapet kjøper aksjene i det norske målselskapet;
- Det norske holdingselskapet får skattepliktig konsernbidrag fra målselskapet som fradras i lånekostnadene på gjelden til det utenlandske morselskapet;
- Det er dermed kombinasjonen av skattereglene om fradrag for renter på gjeld og konsernbidragsreglene som gjør det mulig å etablere denne type finansieringsstruktur. Dette er en vanlig og lovlig skatteplanlegging etter norske skatteregler;
- Iht. aksjeloven vil det norske målselskapet løpende gjennom året kunne overføre overskuddslikviditet til det norske holdingselskapet enten i form av lån eller bruk av konsernkontoordning, som holdingselskapet vil bruke til å betale renter på sin gjeld til det utenlandske morselskapet, som vil benytte midlene til å betjene den eksterne oppkjøpsgjelden;
- Det utenlandske morselskapet mottar skattepliktige renteinntekter på lånet til det norske holdingselskapet som fradras i rentekostnadene på den eksterne oppkjøpsgjelden, og som benyttes til å betjene den eksterne oppkjøpsgjelden;
- Ved bruk av en slik grenseoverskridende finansieringsstruktur vil det norske målselskapet, som har skatteevne gjennom utøvelsen av sin operative virksomhet, reelt få fradrag for rentekostnadene på den eksterne oppkjøpsgjelden som er opptatt på morselskapsnivå. Videre vil det norske målselskapet generere overskuddslikviditeten som benyttes til å betjene oppkjøpsgjelden på morselskapsnivå.
- Det konserninterne lånet fra det utenlandske morselskapet til det norske holdingselskapet har således likhetstrekk med konsernbidrag siden lånet fra det utenlandske morselskapet til det norske holdingselskapet gir mulighet for grenseoverskridende skattemessig konsolidering og

løpende overføring av likviditet til det utenlandske morselskapet i form av rentebelastninger på det konserninterne lånet.

Sentralisering av ekstern innlånning på morselskapsnivå innebærer at konsernet oppnår bedre lånebetingelser og administrative fordeler enn om hvert enkelt datterselskap selv skulle tatt opp eksterne lån. Når det gjelder obligasjonslån, og særlig noterte lån, er det generelt kun morselskap som kan oppta slike lån. For å gi morselskapets kreditorer den nødvendige sikkerhet avtales generelt såkalt negative pledge som innebærer at ingen av konsernets datterselskap kan stille sikkerhet til fordel for andre kreditorer, og forbud mot at datterselskap kan oppta eksterne lån. Det er generelt også viktig å kunne dokumentere overfor morselskapets kreditorer at konsernet har etablert en optimal struktur for overføring av overskuddslikviditet fra konsernets operative datterselskap til morselskapet. Det er således en overforenkling når det uttales følgende i Høringsnotatet side 34:

*"Enkelte selskaper eller konsern vil få til dels betydelig reduserte fradrag. De aller fleste av disse har uforholdsmessig høye rentekostnader relativt til resultatet. Det betyr at selskapene sannsynligvis har større lån enn de kan betjene, og dermed er tynt kapitaliserte*

*Det kan likevel ikke utelukkes at regelen i enkelte tilfeller vil gå noe lengre enn en armlengdevurdering skulle tilsi (jfr. punkt 5.3.2). Dersom et selskap som ikke er tynt kapitalisert skulle rammes av regelen, skal det være mulig å ta opp lån fra uavhengige parter og slik sikre riktig fradrag. Departementet legger til grunn at forslaget ikke har vesentlig konsekvenser for selskaper som ikke driver skatteplanlegging gjennom rentefradrag. Det presiseres også at selskaper som på grunn av begrensningen får redusert rentefradrag ved ligningen, fortsatt kan tilføres kapital i form av lån eller egenkapital fra andre selskap i konsernet."*

En slik endring av finansieringsstrategi vil generelt medføre økte finansieringskostnader og administrativt merarbeid. I forhold til opptak av obligasjonslån er det heller ikke praktisk mulig å gjennomføre innlån på lavere nivå i konsernet.

### **3 Reglene om fri etableringsrett – indirekte forskjellsbehandling**

#### **3.1 Innledning**

Reglene om fri etableringsrett forbyr direkte (åpen) forskjellsbehandling (diskriminering) basert på nasjonalitetskrav. Reglene forbyr også indirekte (skjult) forskjellsbehandling som følge av andre differensierende kriterier som reelt fører til samme resultat som åpen diskriminering. Se EU-domstolens avgjørelse i sak C-254/978 Baxter, premiss 10:

*"Next, it follows from the case-law of the Court (see Case C-330/91 The Queen v Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank [1993] ECR I-4017, paragraph 14) that the rules regarding equality of treatment prohibit not only overt discrimination by reason of nationality or, in the case of a company, its seat, but all covert forms of discrimination which, by the application of other criteria of differentiation, lead in fact to the same result."*

Et EØS-konsern med morselskap i en annen EØS-stat (primæretableringslandet) vil i forbindelse med oppkjøp av norsk virksomhet normalt etablere et norsk holdingselskap, som finansieres med egenkapital og konsernintern gjeld, som forestår kjøp av aksjene i det norske målselskapet.

Denne situasjonen kan så sammenlignes med en tilsvarende intern situasjon, dvs. hvor et norsk basert konsern finansierer og gjennomfører et tilsvarende oppkjøp på tilsvarende vilkår.

I begge situasjonene vil de norske holdingselskapene og målselskapene være del av et norsk skattekonsern. Holdingselskapene vil iht. den foreslåtte rentetaksregelen få avkortet sine rentefradrag på sin konserninterne gjeld til sine respektive morselskap i og utenfor Norge. Som en indirekte konsekvens av avkortning av rentefradrag, vil de norske målselskapene i begge situasjonene måtte betale mer norsk skatt siden de vil avggi mindre konsernbidrag med skattemessig effekt til holdingselskapene. Det foreligger således ingen direkte forskjellsbehandling mellom disse sammenlignbare situasjonene.

Vi er imidlertid av den oppfatning at effekten av rentetaksreglen vil medføre indirekte forskjellsbehandling, som ikke kan gis en saklig begrunnelse.

### 3.2 Indirekte forskjellsbehandling

Den foreslåtte rentetaksreglen bygger på asymmetri, som vil medføre økonomisk dobbeltbeskatning. Dette betyr i realiteten at norske morselskap ikke vil få fradrag for renter på sin eksterne oppkjøpsgjeld, fordi de skattepliktige renteinntektene på det konserninterne lånet til holdingselskapet generelt vil tilsvare rentekostnadene på den eksterne gjelden. Tilvarende vil EØS-morselskap generelt bli beskattet i sine hjemland av renteinntekter på konserninterne lån til norske holdingselskap, dvs. økonomisk dobbeltbeskatning. EØS-morselskap vil generelt ikke kunne avbøte den økonomiske dobbeltbeskatningen ved å kreve korresponderende retting i sine hjemland, dvs. slippe beskatning av den delen av renteinntektene som ikke gir rentefradrag i Norge. Grunnen er at den foreslåtte rentetaksregelen er en sjablongregel som faller utenfor OECD Mønsteravtalen artikkel 9 og dermed bestemmelsens regler om korresponderende retting. Norges skatteavtaler med EØS-landene er generelt basert på OECD Mønsteravtalen.

Det må derfor legges til grunn at både norske og EØS baserte konsern som en direkte følge av rentetaksreglen, vil tilpasse sin finansieringsstruktur slik at de unngår økonomisk dobbeltbeskatning, dvs. som sikrer symmetri mellom rentefradrag og beskatning av renteinntekter.

I en slik situasjon vil norske målselskap, som indirekte eies av norske morselskap, allikevel kunne redusere sin skatt ytterligere ved også å gi konsernbidrag med skattemessig effekt til det norske morselskapet i konsernet, som vil kunne avregne konsernbidraget mot de resterende rentekostnadene på den eksterne gjelden. Det kan også gis sirkelkonsernbidrag, dvs. bidrag med skattemessig effekt til morselskapet i konsernet og bidrag uten skattemessig effekt tilbake til målselskapet. Videre vil det norske målselskapet iht. aksjelovens regler løpende og fritt kunne overføre overskuddslikviditet til sitt morselskap i form av lån eller gjennom deltakelse i konsernkontoordning, som morselskapet vil bruke til å betjene den eksterne oppkjøpsgjelden.

Disse fordelene har ikke norske målselskap som indirekte eies av EØS-morselskap. Den foreslåtte rentetaksreglen vil derfor medføre en ulempe for EØS baserte konsern siden de vil miste muligheten til å etablere grenseoverskridende konserninterne lån for det formål å gjennomføre grenseoverskridende skattemessig konsolidering og løpende overføring av likviditet i form av rentebetalinger til sitt morselskap som har tatt opp den eksterne gjelden for å finansiere oppkjøpet av den norske virksomheten. Gjeldende aksjelovgivning har strenge regler for utlån fra norske datterselskap til EØS-morselskap, herunder strengere vilkår for deltakelse i internasjonal konsernkontoordning med EØS-morselskap, sammenlignet med de regler som gjelder mellom norske konsernselskaper.

Det er i Prop. 111L (2012-2013) foreslått endringer i disse reglene som i større grad vil tillate lån fra norske datterselskap til EØS-morselskap, og deltakelse i internasjonale konsernkontoordninger. Men forslaget til nye regler antas uansett å være strengere enn de tilsvarende reglene som gjelder

mellom norske konsernselskap. Det fremgår for øvrig av Prop. 111L, at et hensyn bak de foreslåtte endringene er å bedre norske selskapers internasjonale konkurransedyktighet når det gjelder utenlandske selskapers etablering av datterselskaper i Norge:

*"Det vises i den forbindelse til hensynene det er pekt på i høringen blant annet om behovet for å kunne gjøre overskuddslikviditet tilgjengelig for hele konsernet, og at reguleringen i § 1-4 kan ha betydning for norske selskapers konkurransedyktighet."*

Det forhold at norsk baserte konsern ifm. oppkjøp av norsk virksomhet gjennom bruk av konsernbidragsreglene kan redusere målselskapets skattemessige overskudd med beløp tilsvarende rentene på morselskapets eksterne oppkjøpsgjeld, betyr at målselskapet vil betale mindre skatt, og dermed vil verdien av målselskapet bli høyere. Dette betyr i sin tur at norsk baserte konsern vil være villig til å betale mer for norske målselskap enn EØS baserte konsern. Dette vil kunne avholde EØS baserte konsern fra å etablere seg i Norge gjennom oppkjøp av norsk virksomhet. Videre vil lavere norsk skatt representere en fordel for norske målselskap eid av norskbaserte konsern. Endelig vil norsk baserte konsern ha bedre rammebetingelser enn EØS baserte konsern for løpende overføring av overskuddslikviditet fra datterselskap til morselskap. Rentetaksreglen vil derfor svekke konkurransedyktigheten til EØS baserte konsern ifm. oppkjøp/etablering av datterselskap i Norge.

Det vises til EU-domstolens avgjørelse i sak C-254/978 Baxter, som er en sak om indirekte forskjellsbehandling. Iht. fransk skattelovgivning fikk franske datterselskap, som solgte medisinske produkter mv. i Frankrike, ikke inntektsfradrag for kostnader til kjøp av FoU-tjenester fra laboratorier utenfor Frankrike, men kun fradrag for kostnader til kjøp av slike tjenester fra laboratorier i Frankrike. Disse reglene kom til anvendelse uavhengig av om de franske datterselskapene var eid av franske eller EØS-morselskap, dvs. reglene var nasjonalitetsnøytrale. EU-domstolen konkluderte imidlertid med at reglene medførte indirekte forskjellsbehandling. Grunnen var at franske datterselskap av EØS baserte konsern normalt ville kjøpe FoU-tjenester fra konsernets laboratorier som var etablert utenfor Frankrike, mens franske datterselskap av fransk baserte konsern normalt ville kjøpe FoU-tjenester fra konsernets laboratorier som var etablert i Frankrike.

Se premissene 12 og 13:

*"The point at issue in the main proceedings is the possibility for taxable persons to deduct expenditure on research carried out in France during 1995 from the turnover liable to the special levy. It is alleged, in substance, that allowance, even if it does not create direct discrimination against undertaking having their principal place of business in other Member States and operating in France through a secondary place of business, none the less puts those undertakings at a disadvantage by virtue of the fact that they generally carry out their research activities outside France, while undertaking established in that Member State generally carry out their research activities there.*

*In that regard, it should be observed that, although there certainly exist French undertakings which incur research expenditure outside France and foreign undertakings which incur such expenditure within the Member State, it remains the case that the tax allowance in question seems likely to work more particularly to the detriment of undertakings having their principal place of business in other Member States and operating in France through secondary places of business. It is, typically, those undertakings, which, in most cases, have developed their research activity outside the territory of the Member State levying the tax."*

Det vises også til generaladvokatens betenkning som utdyper EU-domstolens premisser. Generaladvokaten uttaler i premiss 7 og 10 følgende om indirekte forskjellsbehandling:

*"In particular, according to the plaintiffs in the main proceedings, the levy and the deduction relating thereto apply equally, without discrimination based on nationality, to French companies, to undertakings or companies formed in France by foreign nationals and to foreign companies established in France through subsidiaries, branches or agencies (secondary establishments). In reality, however, the conditions cannot be considered equal. Indeed, in the majority of cases, the subsidiaries (or branches of agencies) of pharmaceutical companies established in other Member States are engaged in France only in distribution whilst research, or the bulk of it, remains concentrated in the country of origin where the parent company has its principal place of business. Since French pharmaceutical companies have a large proportion of their research activity located in France, they enjoy, at parity of turnover, a manifest tax advantage since they are able to deduct a larger amount of research expenditure from the taxable amount. This is therefore a case of indirect discrimination against the plaintiffs, which is also prohibited by the principle of equal treatment contained in Articles 52 and 58 of the Treaty.*

*It seems to me that there can be no doubt that in several respects, the measure in question is indirectly discriminatory. First, the French legislation allows tax relief on the proceeds of the sales in France of certain medicinal products, provided that the research relating to those products has been carried out (and therefore the research costs incurred) in France. It is obvious that, in an economic context in which research is normally carried out at the parent company, two companies which distribute comparable proprietary medicinal products in France will be treated differently depending on whether or not they are subsidiaries, branches or agencies of a parent company situated in another Member State where the research is carried out. In other words, however neutral tax legislation may appear to be in allowing the deduction of research expenditure on the basis of the objective condition that it is undertaken in France, in point of fact it penalizes companies with their principal place of business abroad which have exercised the right of establishment and which sell in French territory proprietary medicinal products for which the research is carried out in the State of the parent company's seat."*

Se også premiss 12:

*"In the present case, as stated above, the French tax legislation which is the subject-matter of the main proceedings is only indirectly discriminatory, in so far as it makes the tax concession subject, not to the nationality of the company, determined on the basis of its seat, but rather to the circumstance that the company carries out in France research relating to products marketed there. In so far as the research is carried out at the (foreign) seat of the parent company, the non-deductibility of the research expenditure gives rise to indirect discrimination affecting the exercise of the right to set up a secondary establishment."*

### **3.3 Oppsummering**

Rentetaksreglen vil medføre økonomisk dobbeltbeskatning av både norske og EØS baserte konsern, og det må antas at dette vil medføre at konserner vil etablere finansieringsstrukturer som unngår slik økonomisk dobbeltbeskatning, dvs. mindre bruk av konsernintern gjeldsfinansiering. Men som påvist ovenfor, vil norsk baserte konsern under slike alternative finansieringsstrukturer kunne anvende skatte- og aksjelovens regler om konsernbidrag og aksjelovens regler om lån fra datterselskap til morselskap og om konsernkontoordning, som et rent substitutt til konserninterne lån fra morselskap til holdingselskap.

Rentetaksreglen vil derfor indirekte ramme EØS baserte konsern som har internbanken utenfor Norge og som bruker den frie etableringsretten til å etablere seg i det norske markedet gjennom oppkjøp/etablering av norsk virksomhet, dvs. rentetaksreglen *"seems likely to work more particularly to the detriment of undertakings having their principal place of business in other Member States and operating in France[Norge] through secondary places of business."*

Den foreslåtte rentetaksreglen vil således medføre en restriksjon på den frie etableringsretten, siden reglen reelt vil medføre at EØS-investorer fratras muligheten til å komme inn på det norske markedet på normale og effektive konkurransevilkår.

Den foreslåtte restriktive rentetaksreglen kan bare rettferdiggjøres dersom og i den grad den forfølger legitime formål som er i samsvar med relevante EU-rettslige tvingende allmenne hensyn. I dette ligger også et krav om at den restriktive nasjonale reglen må være egnet til å oppfylle de relevante EU-rettslige hensynene. Dersom den restriktive nasjonale reglen forfølger formål som ikke er i samsvar med de relevante EU-rettslige hensynene, er reglen ikke egnet, og kan dermed ikke rettferdiggjøres. Dette behandles under punkt 4.

## 4 Proporsjonalitetsvurderingen

### 4.1 Innledning

Den 13. mars 2007 avsa EU-domstolen dom i sak C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap*, hvor spørsmålet var om ulike typer britiske internprisingsregler for både justering av renter på konserninterne lån, og omklassifisering av lån til egenkapital (tynn kapitalisering) var i strid med etableringsretten.

EU-domstolen konkluderte med at de britiske reglene representerte en restriksjon på etableringsretten, og at disse ikke kunne gis en saklig begrunnelse. Avgjørelsen omtales nedenfor under punkt 4.2.

Den 18.juli 2007 avsa EU-domstolen dom i C-231/05 *Oy AA* som omhandlet grenseoverskridende konsernbidrag fra finsk datterselskap til britisk morselskap.

EU-domstolen konkluderte med at de finske reglene representerte en restriksjon på etableringsretten når de ikke tillot grenseoverskridende konsernbidrag, men at reglene kunne gis en saklig begrunnelse. Avgjørelsen omtales nedenfor under punkt 4.3.

Vi er av den oppfatning at vurderingen av om den restriktive rentetaksreglen kan rettferdiggjøres må avgjøres på basis av *Test Claimants in the Thin Cap* siden restriksjonen på etableringsfriheten er en indirekte konsekvens av rentetaksreglen.

### 4.2 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*

EU-domstolen konkluderte med at de restriktive britiske reglene bare kunne rettferdiggjøres i hensynet til å forhindre rent kunstige arrangement, og at hensynet til å forhindre rent kunstige arrangementer måtte gis et innhold i tråd med det anerkjente internasjonale armlengdeprinsippet som er nedfelt i artikkel 9 i OECD Mønsteravtalen. Deretter uttaler domstolen følgende i premiss 82:

*"As the Advocate General stated at point 67 of his Opinion, national legislation which provides for a consideration of objective and verifiable elements in order to determine whether a transaction represents a purely artificial arrangement, entered into for tax reasons alone, is to be considered as not going beyond what is necessary to prevent abusive practices where, in*

*the first place, on each occasion on which the existence of such an arrangement cannot be ruled out, the taxpayer is given an opportunity, without being subject to undue administrative constraints, to provide evidence of any commercial justification that there may have been for that arrangement."*

Det internasjonale armlengdeprinsippet representerer således "objective and verifiable elements" for å bedømme om et konserninternt lånearrangement representerer et rent kunstig arrangement. EU-domstolen definerer armlengdeprinsippet slik i premiss 80:

*"By contrast, legislation of a Member State may be justified by the need to combat abusive practices where it provides that interest paid by a resident subsidiary to a non-resident parent company is to be treated as a distribution only if, and in so far as, it exceeds what those companies would have agreed upon on an arm's-length basis, that is to say, the commercial terms which those parties would have accepted if they had not formed part of the same group of companies."*

Som det fremgår av premiss 82, er det uten betydning om det konserninterne lånearrangementet utelukkende er skattemessig motivert ("entered into for tax reasons alone"). Samtidig fremgår at det kun er et rent kunstig lånearrangement for det formål utelukkende å spare skatt som rammes. Det forhold at kreditor undergis gunstig beskatning av renteinntektene er uten betydning, se bl.a. premiss 39 i sak C-318/10 SIAT.

Det fremgår av premiss 82, at i situasjoner hvor et datterselskap er lånefinansiert i strid med det anerkjente internasjonale armlengdeprinsippet, vil dette ikke uten videre medføre at det foreligger et rent kunstig arrangement dersom skattyter kan påvise forretningsmessig grunner ("any commercial justification") for et slikt unormalt arrangement (se bl.a. premiss 86). Dette er i samsvar med Høyesteretts standpunkt i Statoil-dommen (Utv. 2007 s. 1063) og Telecomputing-dommen (Utv. 2010 s. 1083).

Hensynet til å forhindre rent kunstige arrangementer omfatter således en spesiell type omgåelsessituasjoner hvor det etableres skattemessige lånearbitrasjetransaksjoner mellom konsernselskap utelukkende for det formål å unngå skatt på inntekter som i realiteten skriver seg fra aktiviteter som er utøvd i datterselskapets (debitor) hjemland, dvs. illojal/kunstig overføring av skattefundament til utlandet.

Den 21. januar 2010 avsa EU-domstolen dom i sak C-311/08 SGI, som omhandlet en sak hvor et belgisk morselskap hadde gitt et rentefritt lån til et utenlandsk datterselskap. Spørsmålet var om det iht. nasjonale transfer pricing regler var grunnlag for å beregne og beskatte renter på lånet.

EU-domstolen konkluderte under proporsjonalitetsvurderingen med at de restriktive belgiske reglene bare kunne rettfærdiggjøres i hensynet til å forhindre rent kunstige arrangementer. EU-domstolen viste i denne sammenheng til premiss 82 i Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, og oppstilte samme krav til innholdet i hensynet til å forhindre rent kunstige arrangementer anvent på de belgiske transfer pricing reglene.

Dette må sees på bakgrunn av at de britiske tynn kapitaliseringsreglene (for inngående lån) og de belgiske transfer pricing reglene (for utgående rentefrie lån) i realiteten omhandler sammenlignbare situasjoner.



## 4.3 Oy AA

### 4.3.1 Restriksjon på etableringsfriheten

Det fremgår av Oy AA premiss 12, at det finske datterselskapet ytet konsernbidrag med finsk skattemessig virkning til det britiske morselskapet i konsernet for å styrke morselskapets økonomiske stilling ("*secure its financial position*"). Formålet var således ikke å gjennomføre skattemessig konsolidering av overskudd i Finland og underskudd i UK. Denne saken omhandlet således ikke grenseoverskridende skattemessig konsolidering som i sak C-446/03 Marks & Spencer (se bl.a Oy AA premiss 57).

Dette er også et viktig aspekt ved de norske reglene om konsernbidrag i aksje- og skatteloven. Således åpner både de norske og de finske reglene for at det kan gis konsernbidrag med skattemessig virkning fra et norsk konsernselskap med overskudd til et annet norsk konsernselskap med overskudd. Både de finske og de norske reglene er symmetrisk utformet slik at giver av konsernbidraget får inntektsfradrag, mens mottaker beskattes av konsernbidraget. De finske og norske reglene forutsetter således ikke at mottakerselskapet har skattemessige underskudd for å kunne gi konsernbidrag med skattemessig effekt. Dette betyr at et viktig hensyn bak konsernbidragsreglene er å kunne overføre likviditet mellom konsernselskap.

De finske og norske reglene åpner imidlertid ikke for grenseoverskridende konsernbidrag.

EU-domstolen konkluderte med at det forhold at et finsk konsernselskap får inntektsfradrag for konsernbidrag til et finsk konsernselskap, mens det ikke får inntektsfradrag for konsernbidrag til et EU-konsernselskap, representerte en restriksjon på etableringsfriheten.

### 4.3.2 De finske reglene kunne rettfærdiggjøres

Oy AA argumenterte for at det måtte gis adgang til å gi grenseoverskridende konsernbidrag så lenge dette ikke inngikk som del av et rent kunstig arrangement ("*wholly artificial arrangement*"). I følge Oy AA representerte det ikke et rent kunstig arrangement å gi konsernbidrag til et morselskap som var i en vanskelig økonomisk stiling. EU-domstolen aksepterte imidlertid ikke dette argumentet.

EU-domstolen konkluderte med at hensynene til å sikre en balansert fordeling av beskatningsrett og å forhindre omgåelse av nasjonal skattelovgivning samlet rettfærdiggjorde de restriktive finske reglene, og at disse var proporsjonale.

Hensynet til å forhindre dobbelt utnyttelse av skattemessig underskudd, som var et relevant hensyn i Marks & Spencer, var av naturlige grunner ikke relevant i Oy AA, se premiss 57:

*"Concerning, secondly, the risk that losses might be used twice, it is sufficient to point out that the Finnish system of intra-group financial transfers does not concern the deductibility of losses."*

Grunnen er som nevnt at Oy AA kun omhandlet spørsmål om finsk inntektsfradrag av konsernbidrag gitt av finsk selskap til britisk morselskap.

De finske reglene kunne derfor opprettholdes (var proporsjonale) selv om de gikk lenger enn det som følger av hensynet til å forhindre rent kunstige arrangement. Selv i tilfeller hvor det kan påvises kommersielle grunner for å gi konsernbidrag fra det finske datterselskapet til morselskapet i UK ("*intra-group financial transfer is specifically justified by the economic situation of the transferee*"), ble de finske reglene ansett for proporsjonale (se premiss 65). Hensynene til å sikre en balansert fordeling av beskatningsrett og å forhindre omgåelse av nasjonal skattelovgivning i vid forstand

samlet ("taken as a whole") rettfærdiggjorde således de restriktive finske reglene, se premissene 62-65:

*"It should be noted at the outset that the objectives of safeguarding the balanced allocation of the power to impose taxes between Member States and the prevention of tax avoidance are linked. Conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory is such as to undermine the right of the Member States to exercise their tax jurisdiction in relation to those activities and jeopardise a balanced allocation between Member States of the power to impose taxes (Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas, paragraphs 55 and 56, and Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, paragraphs 74 and 75).*

*Even if the legislation at issue in the main proceedings is not specifically designed to exclude from the tax advantage it confers purely artificial arrangements, devoid of economic reality, created with the aim of escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory, such legislation may nevertheless be regarded as proportionate to the objectives pursued, taken as a whole.*

*In a situation in which the advantage in question consists in the possibility of making a transfer of income, thereby excluding such income from the taxable income of the transferor and including it in the taxable income of the transferee, any extension of that advantage to cross-border situations would, as indicated in paragraph 56 of this judgment, have the effect of allowing groups of companies to choose freely the Member State in which their profits will be taxed, to the detriment of the right of the Member State of the subsidiary to tax profits generated by activities carried out on its territory.*

*That detriment cannot be prevented by imposing conditions concerning the treatment of the income arising from the intra-group financial transfer in the Member State of the transferee, or concerning the existence of losses made by the transferee. To allow deduction of the intra-group financial transfer where it constitutes taxable income of the transferee company, or where the opportunities for the transferee company to transfer its losses to another company are limited, or to allow deduction of an intra-group financial transfer in favour of a company whose establishment is in a Member State applying a lower rate of tax than that applied by the Member State of the transferor only where that intra-group financial transfer is specifically justified by the economic situation of the transferee, as Oy AA has proposed, would nevertheless mean that, in the final analysis, the choice of the Member State of taxation would be a matter for the group of companies, which would have a wide discretion in that regard."*

Et annet resultat ville ha åpnet for at internasjonale konsern fritt kunne bestemme i hvilket land en inntekt skal komme til beskatning og dermed fritt overføre skattefundament fra et land til et annet. Dette ville ha vært i strid med hensynet til balansert fordeling av beskatningsrett, som tilsier at inntekt som er vunnet ved utøvelse av aktiviteter i et konsernselskaps hjemland også beskattes i dette landet. Selv i tilfeller hvor det kan påvises kommersielle grunner for slike grenseoverskridende konsernbidrag går det således en absolutt grense når skattyter ved enkelt å gjennomføre en formell årsoppgjørdisposisjon fritt kan velge i hvilket land inntekten skal beskattes. Hensynet til å forhindre omgåelse av nasjonal skattelovgivning ble også nevnt som et relevant hensyn, siden internasjonale konsern gjennom kunstige arrangement kunne ha kanalisert konsernbidrag til konsernselskap i land som ikke beskatter mottatte konsernbidrag, eller beskatter disse med lav sats. Dette hensynet er

derfor spesielt relevant i forhold til denne type konsernbidragsordninger siden de gir full frihet mht. hvilke konsernselskap som kan motta konsernbidrag.

Situasjonen i Oy AA-saken er i realiteten analog til situasjonen hvor et datterselskaps underskudd kan utnyttes i to land (som var tema i Marks & Spencer), siden begge situasjonene i realiteten vil kunne innebære ikke-beskatning av inntekter.

#### 4.4 Oppsummering

Oy AA kan ikke forstås slik at EU-domstolen har endret kurs og generelt oppgitt hensynet til å forhindre rent kunstige arrangement.

I sak C-196/04 Cadbury Schweppes og Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation var kjernespørsmålene henholdsvis etableringsretten og finansiering av en etablering (datterselskapene i UK). Hensynet til å sikre en balansert fordeling av beskatningsrett må generelt avveies mot de grunnleggende rettigheter som markedsaktørene har til å etablere seg i andre medlemsland, herunder finansiering av etableringer. Oy AA derimot omhandlet ikke spørsmålet om etablering eller finansiering av etableringer. Det sentrale i både Oy AA og Marks & Spencer sakene var således å sette en stopper for at konsern gjennom formelle årsoppgjørdisposisjoner fritt og på kunstig vis kunne overføre skattefundament (konsernbidrag) fra konsernselskap i et land til konsernselskap i et annet med lav selskapsskattesats eller som ikke beskatter slike konsernbidrag, og dermed også helt unngå beskatning av konsernselskapers overskudd.

Rentetaksreglen derimot er et unilateralt tiltak for det formål å beskytte det norske skattefundament, men som samtidig vil medføre internasjonal økonomisk dobbeltbeskatning. Grunnen er at alle EØS-land skattlegger renter på grenseoverskridende konserninterne lån, og det må antas at ingen land vil tillate korresponderende retting for å avbøte slik økonomisk dobbeltbeskatning siden rentetaksreglen vil falle utenfor anvendelsesområdet til artikkel 9 i OECD Mønsteravtalen, og dermed Norges skatteavtaler med EØS-landene. Dette betyr at den økonomiske dobbeltbeskatningen vil oppstå utelukkende fordi Norge iht. rentetaksreglen ensidig vil nekte fradrag for renter på konsernintern gjeld.

Hverken hensynet til å sikre en balansert fordeling av skattefundament eller hensynet til å forhindre omgåelse av nasjonal skattelovgivning hver for seg eller samlet kan rettferdiggjøre restriktive nasjonale regler som anvendes på konserninterne transaksjoner som inngås på armlengdevilkår. Slike transaksjoner medfører ingen kunstig tapping av skattefundament.

Det vises også til generaladvokatens premiss 108 i Cadbury Schweppes:

*“The risk of tax avoidance in connection with such transactions [dvs. transaksjoner mellom morselskap og datterselskap på marketsmessige betingelser] is not therefore comparable to that which would be created by the transfer of losses of foreign subsidiaries to a resident parent company, at issue in the Marks and Spencer case, since such a transfer of losses would be done by means of merely adjusting the accounts.”*

Det vises også til følgende uttalelse av EU-domstolen i sak C-311/08 SGI premiss 63:

*“As the need to combat abusive practices in the form of artificial arrangements aimed at tax avoidance constitutes – as I have indicated – a sub-category of the justification of safeguarding a balanced allocation of the power to tax, different standards may not be applied in determining the proportionality of each ground of justification. National restrictions which cover not only abusive arrangements but also regular transactions are disproportionate because they go beyond what is necessary to attain the objective pursued. If companies*

*established in different Member States engage in transactions under normal economic conditions, the allocation of the power to tax is unaffected. Where, however, national legislation hinders the conclusion of such transactions, it, too, is disproportionate.”*

Det vises også til generaladvokatens uttalelse i premiss 68 i sak C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap*, hvor det fremgår at generaladvokaten er sterkt kritisk til å gi tynn kapitaliseringsregler anvendelse på rent interne låneforhold:

*“Nor am I of the view that, in order to conform with Article 43 EC, Member States should necessarily be obliged to extend thin cap legislation to purely domestic situations where no possible risk of abuse exists. I find it extremely regrettable that the lack of clarity as to the scope of the Article 43 EC justification on abuse grounds has led to a situation where Member States, unclear of the extent to which they may enact prima facie ‘discriminatory’ anti-abuse laws, have felt obliged to ‘play safe’ by extending the scope of their rules to purely domestic situations where no possible risk of abuse exists. (60) Such an extension of legislation to situations falling wholly outwith its rationale, for purely formalistic ends and causing considerable extra administrative burden for domestic companies and tax authorities, is quite pointless and indeed counterproductive for economic efficiency. As such, it is anathema to the internal market.”*

## 5 Hensynene bak rentetaksregelen

Det fremgår av høringsnotatet at behovet for rentetaksreglen er begrunnet i hensynet til å beskytte det norske skatteprovenyet (hindre uthuling av selskapsskattegrunnlaget), og forhindre internasjonal skatteplanlegging ved å utnytte asymmetrien mellom den norske selskapsskattesatsen og den effektive skattesatsen for mottatte renteinntekter i utlandet. Dessuten fremgår at reglen er begrunnet i å unngå vridning i konkurransen mellom internasjonale og nasjonale virksomheter.

Det er på det rene at disse hensynene ikke kvalifiserer som tvingende allmenne hensyn som kan rettferdiggjøre den restriktive rentetaksreglen.

Det følger av EU-domstolens praksis at hensynet til å unngå reduksjon av skatteproveny ikke er et legitimt hensyn som kan rettferdiggjøre den restriktive rentetaksreglen.

I tråd med fast rettspraksis, fastslo EU-domstolen i *Cadbury Schweppes* premiss 49, at det forhold at et utenlandsk datterselskap undergis gunstigere beskatning enn i morselskapets hjemland, ikke gir hjemstaten til morselskapet rett til å oppveie denne fordelene ved å undergi morselskapet skjerpene beskatning. Grunnen er at hensynet til å unngå reduksjon av skatteproveny ikke er et legitimt hensyn som kan rettferdiggjøre restriktive nasjonale skatteregler. En slik kompensierende nasjonal skattelovgivning ville ha representert en negasjon av det frie markedet. Se sak C-294/97 *Eurowings* premissene 44 og 45:

*“Any tax advantage resulting for providers of services from the low taxation to which they are subject in the Member State in which they are established cannot be used by another Member State to justify less favourable treatment in tax matters given to recipients of services established in the latter State ... As the Commission rightly observed, such compensatory tax arrangements prejudice the very foundations of the single market.”*

Det EU-rettslige hensynet til å forhindre skatteomgåelse er for så vidt et relevant tvingende allment hensyn, men EU-domstolens praksis viser at dette hensynet alene ikke utgjør et legitimt hensyn som kunne rettferdiggjøre en restriktiv nasjonal regel. I tråd med tidligere praksis konkluderte således domstolen i *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* med at det bare er hensynet til

å forhindre rent kunstige arrangementer som alene kunne rettferdiggjøre de restriktive britiske reglene.

Grunnen til at EU-domstolen aldri har rettferdiggjort en restriksjon utelukkende ut fra hensynet til å forhindre omgåelse av nasjonal skattelovgivning, er at dette indirekte ville ha vært det samme som å akseptere reduksjon av skatteproveny som et legitimt hensyn. Se premiss 88 i generaladvokatens betenkning i Cadbury Schweppes:

*“The use of that formula [dvs. wholly artificial], the language of which reproduces that of the doctrine of ‘abuse of rights’, may be understood as intended to prevent the counteraction of tax avoidance from being used as a pretext for protectionism. Application of Community law may be refused only when the company in question relies on it abusively because it has set up an artificial arrangement in order to avoid tax.”*

Den 18. juni 2009 avsa EU-domstolen dom i sak C-303/07 Aberdeen, som omhandlet de finske reglene om kildeskatt på utbytte til et SICAV fond i Luxembourg (med formål å investere i fast eiendom). Finske myndigheter anførte at de restriktive finske reglene kunne rettferdiggjøres i hensynene til å unngå omgåelse av nasjonale skatteregler og å sikre en balansert fordeling av beskatningsrett. I tillegg anførte den italienske stat følgende:

*“The Italian Government adds that an exemption from withholding tax would encourage groups of companies to locate their parent companies in the States where taxes are lowest, or where there are no taxes, which would ultimately give groups of companies the power to choose where and to what extent the dividends arising in the territory of a Member State were to be taxed, that State being deprived of its tax jurisdiction over those dividends. Also according to the Italian Government, the need to prevent tax avoidance and to safeguard the balanced apportionment of the power to tax justifies the application of withholding tax.”*

Domstolen avviste imidlertid disse argumentene og konkluderte i tråd med tidligere rettspraksis at de finske kildeskattereglene bare kunne rettferdiggjøres i hensynet til å forhindre rent kunstige arrangementer.

Dette ble konklusjonen til tross for at utbytte fra det finske eiendomsselskapet via Luxembourg SICAV kunne flyte skattefritt gjennom strukturen til de bakenforliggende eierne i SICAV som var hjemmehørende utenfor Luxembourg (dvs. ingen beskatning på SICAVs hånd i Luxembourg, og heller ingen Luxembourg kildeskatt på utbytte fra SICAV til de bakenforliggende eierne).

## 6 Oppsummering

Vi er som nevnt av den oppfatning at den foreslåtte rentetaksreglen vil være i strid med reglene om den frie etableringsretten.

Konsekvensen av dette er følgende:

- Innenfor EØS-området er det generelt kun rom for å anvende gjeldende tynn kapitaliseringsregler i sktl. § 13-1 som bygger på armlengdeprinsippet i artikkel 9 i OECD Mønsteravtalen.
- Det er av samme grunn ikke nødvendig som følge av EØS-avtalen å innføre en sjablongmessig og asymmetrisk rentetaksregel mellom norske konsernselskap.

Det fremgår av høringsnotatet at det kun er Norges forpliktelser iht. EØS-avtalen som er grunnen til at rentetaksreglen foreslås gitt tilsvarende anvendelse på rene interne forhold (dvs. lån mellom norske kreditor- og debitorselskaper) og den asymmetriske skattemessige behandling av

rentefradrag og renteinntekter. Denne asymmetrien medfører økonomisk dobbeltbeskatning, og er således et grunnleggende brudd på prinsippet om forbudet mot økonomisk dobbeltbeskatning i norsk skatterett. Dette prinsippet var formelt nedfelt i § 17 i 1911 skatteloven, men anses fortsatt å gi uttrykk for gjeldende rett selv om bestemmelsen formelt ikke er videreført i gjeldende skattelov. En slik ren intern asymmetri er således et fremmedelement i norsk skattelovgivning.

Den foreslåtte rentetaksreglen medfører også økonomisk dobbeltbeskatning ved bruk av zero balancing konsernkontoordninger (ZBA). En slik konsernkontoordning består av driftskontoer for det enkelte datterselskap og en masterkonto tilhørende morselskapet. Saldoene fra driftskontoene flyttes per valuteringsdag og per konto. Med ZBA vil konsernet samle dagens totale likviditet på masterkontoen, der det beregnes rente av netto saldo. Løsningen forutsetter at konsernet selv har oversikt over de interne lån og plasseringer som ZBA genererer.

ZBA innebærer at datterselskap beskattes av renter på sine fordringer på det norske morselskapet, mens morselskapets renteinntekter på fordringen på banken avregnes mot rentekostnadene på gjelden til datterselskapene. Slik sett oppstår det en utilsiktet økonomisk dobbeltbeskatning.

I Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation konkluderte EU-domstolen for øvrig med at land som innfører regler om begrensning av rentefradrag ikke er forpliktet til å gjøre slike regler betinget av at det gjennomføres korresponderende retting i kreditors hjemland (dvs. unngåelse av økonomisk dobbeltbeskatning).

Forslaget til rentetaksregel vil også kunne representere en restriksjon på etableringsfriheten for norske selskap som skal etablere seg i andre EØS-land, se om tilsvarende problemstilling i premiss 10 i generaladvokatens betenkning i sak C-254/97 Baxter og punkt 2.2.1 i EU-Kommisjonens brev til Sverige av 9. januar 2013.

Andre land med tilsvarende rentetaksregler har generelt innført en unntaksregel om såkalt konsernunntak. Dette innebærer at debitorselskapet vil kunne kreve fradrag for renter på konsernintern gjeld, som isolert ikke er fradragsberettiget etter hovedreglen, dersom det kan påvises at dets egenkapital ift. totalbalansen er høyere eller lik tilsvarende forholdstall i konsernregnskapet (men hvor totalbalansen består av ekstern gjeld og egenkapital) til det globale konsernet. Om bakgrunnen for en slik unntaksregel vises bl.a. til forarbeidene til den finske rentetaksreglen, se RP 146/2012 rd side 22:

*"Syftet med regleringen är att möjliggöra en minskning av ränteutgifterna på grundval av den skattskyldiges utretning i det fall att det egna kapitalets andel av balansomslutningen i ett enskilt företag är på minst samma nivå som i hela koncernen. Målet för detta är bland annat att lindra regleringens effekter på den centraliserade koncernfinansieringen."*

Dette viser at rentetaksregler som inkluderer konsernunntak vil kunne være mindre problematiske ift. reglene om den frie etableringsretten. Det bør således uansett innføres et slikt konsernunntak.

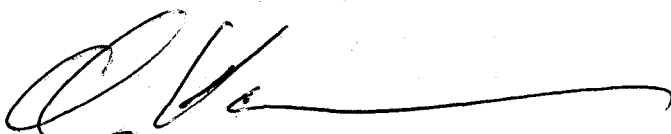
Det bør også vurderes å videreføre gjeldende tynn kapitaliseringsregler i forhold til skatteavtaleland. For det tilfellet den foreslåtte rentetaksreglen skulle bli vedtatt å gjelde i forhold til skatteavtaleland, vil en slik sjablongregel ikke være omfattet av artikkel 9 om korresponderende retting, og dermed medføre økonomisk dobbeltbeskatning. Det kan i denne sammenheng være på sin plass å trekke frem følgende uttalelser i OECDs BEPS rapport 2013 side 8 og 50:

*"Because many BEPS strategies take advantage of the interface between the tax rules of different countries, it may be difficult for any single country, acting alone, to fully address the issue. Furthermore, unilateral and uncoordinated actions by governments responding in isolation could result in the risk of double – and possibly multiple – taxation for business. This*

*would have a negative impact on investments, and thus on growth and employment globally. In this context, the major challenge is not only to identify appropriate responses, but also the mechanisms to implement them in a streamlined manner, in spite of the well-known existing legal constraints, such as the existence of more than 3 000 bilateral tax treaties. It is therefore essential that countries consider innovative approaches to implement comprehensive solutions.*

*What is at stake is the integrity of the corporate income tax. A lack of response would further undermine competition, as some businesses, such as those which operate cross-border and have access to sophisticated tax expertise, may profit from BEPS opportunities and therefore have unintended competitive advantages compared with enterprises that operate mostly at the domestic level. In addition to issue of fairness, this may lead to an inefficient allocation of resources by distorting investment decisions towards activities that have lower pre-tax rates of return, but higher after-tax rates of return. Finally, if other taxpayers (including ordinary individuals) think that multinational corporations can legally avoid paying income tax it will undermine voluntary compliance by all taxpayers – upon which modern tax administration depends. Because many BEPS strategies take advantage of the interface between the tax rule of different countries, it may be difficult for any single country, acting alone, to fully address the issue. Furthermore, unilateral and uncoordinated actions by governments responding in isolation could result in the risk of double – and possibly multiple – taxation for business. This would have a negative impact on investment, and thus on growth and employment globally. In this context, the major challenge is not only to identify appropriate responses, but also the mechanisms to implement them in a streamlined manner, in spite of the well-known existing legal constraints, such as the existence of more than 3 000 bilateral tax treaties. It is therefore essential that countries consider innovative approaches to implement comprehensive solutions.”*

Med vennlig hilsen  
ERNST & YOUNG TAX



Øyvind Hovland  
Partner