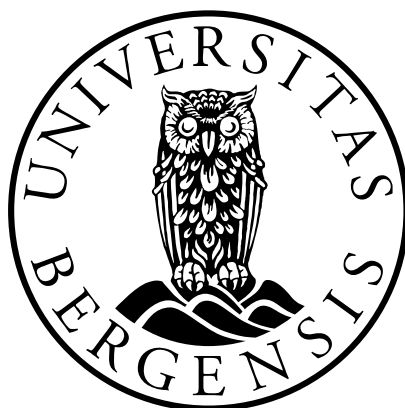


# Utbyttebegrepet i skatteavtalene

*avgrensning mot skatteavtalenes renteregulering  
hybridfinansiering av aksjeselskaper*

Kandidatnummer: 144

Antall ord:13970



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato 01.06.17



# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
<b>1 Innledning.....</b>	<b>5</b>
1.1 Presentasjon av emne og tema for oppgaven.....	5
1.2 Avgrensninger.....	7
<b>2 Rettskildespørsmål .....</b>	<b>8</b>
2.1 OECDs modellavtale som bakgrunn for skatteavtalene.....	8
2.2 OECDs kommentarer til modellavtalen.....	9
2.3 Wienkonvensjonen som ramme for tolkning av skatteavtaler.....	10
2.4 Kommentarene til OECDs modellavtale og forholdet til Wienkonvensjonen.....	11
2.5 Relevansen og vekten av senere kommentarer til OECDs modellavtale.....	13
<b>3. Modellavtalen artikkel 10 Dividends.....</b>	<b>14</b>
3.1 Kort gjennomgang av modellavtalens utbytteregel i artikkel 10.....	14
3.2 Utbyttebegrepet i modellavtalen artikkel 10.....	16
3.2.1 Innledning.....	16
3.2.2 Selskapet som eget skattesubjekt etter artikkel 10(1) og (2).....	16
3.2.3 Definisjonsartikkelen i 10(3).....	17
a) Income from "shares".....	18
b) "Corporate rights" som det felles autonome elementet i definisjonen.....	18
c) Risiko som vilkår for "corporate rights".....	19
d) "income" from corporate rights.....	20
e) subjected to the same taxation treatment.....	21
3.3 Skatteavtaler som ikke inneholder "corporate rights"- vilkåret.....	21
<b>4. Modellavtalen artikkel 11 Interest.....</b>	<b>23</b>
4.1 Kort gjennomgang av modellavtalens renteregel i artikkel 11.....	23
4.2 Rentebegrepet i modellavtalen artikkel 11.....	23
4.2.1 Innledning.....	23

4.2.2 Definisjonsartikkelen 11(3) første del.....	24
4.2.3 Definisjonsartikkelen 11(3) andre del.....	25
<b>5. Hybride finansielle instrumenter.....</b>	<b>27</b>
5.1 Innledning.....	27
5.2 Generelt om Hybrid finansiering.....	27
5.3 Generelt om grensedragningen mellom egenkapital og gjeld.....	30
5.4 Langvarige eller evigvarende lån.....	32
5.5 Resultatavhengige lån.....	35
5.6 Renter på konvertible obligasjoner, opsjonslån og Warrants.....	39
5.7 Avkastning av Preferansekapital.....	42
<b>6. Avsluttende bemerkninger.....</b>	<b>44</b>
6.1 Oppsummering, kritikk og mulige løsninger.....	44
Litteraturliste.....	48



# 1. Innledning

## 1.1 Presentasjon av emne og tema for oppgaven

Hovedformålet bak de mange bilaterale og multilaterale skatteavtalene Norge har inngått er å unngå dobbeltbeskatning. Forskjeller i statenes interne skattesystem og ulikheter ved tolkning og skattlegging nasjonalt har ført til at skatteavtalene er viktige for å motvirke dobbeltbeskatning. De samme forskjellene kan på den andre siden føre til dobbel ikke-beskatning av inntekter. Skatteavtaler og internasjonale standarder løser i mange tilfeller de problemene som oppstår, men det har vist seg at det finnes svakheter og at det i noen tilfeller er skapt nye muligheter for skatteflukt.<sup>1</sup>

I forhold til internretten vil skatteavtalene i utgangspunktet være *lex specialis* og dermed av høyere trinnhøyde ved anvendelse.<sup>2</sup> Skatteavtalene skaper ikke i seg selv noen beskatningsrett, og kan dermed kun begrense den beskatningsretten som fremgår av statenes internrett.<sup>3</sup> På denne måten er det i utgangspunktet to parallelle systemer for skattlegging som er avhengig av hverandre. Normalt vil den logiske fremgangsmåten for å finne frem til riktig beskatning være å først undersøke den aktuelle internretten, deretter undersøke om relevante skatteavtaler har innvirkning på skattleggingen.

Emnet for dette arbeidet er en klargjøring av hvilke utdelinger fra aksjeselskap<sup>4</sup> som faller inn under utbyttebegrepet slik dette er definert i skatteavtalene, og hvilke utdelinger som faller inn under renteregelen i de samme skatteavtalene. Hovedfokuset vil altså være rettet mot kriteriene for å klassifisere utdelinger av kapital fra aksjeselskap som enten utbytte eller renteinntekter for mottaker. Aksjeselskaper finansieres enten ved innskudd av egenkapital, fremmedkapital eller en mellomform. I denne sammenheng er fremmedkapital i utgangspunktet en kredittytelse som gir grunnlag for renteinntekter for kreditor og fradrag for gjeldsrenter for debitor. Egenkapital derimot gir i utgangspunktet rett til en ikke-fradragsberettiget overskuddsandel i form av utbytte til aksjonærene.

---

<sup>1</sup> OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, introduction s.7-10.

<sup>2</sup> Raffaele Russo mfl. Fundamentals of International Tax Planning 2007 (Russo 2007) s.13.

<sup>3</sup> Russo 2007 s.13.

<sup>4</sup> Fremstillingen begrenses til aksjeselskaper av praktiske årsaker, det samme vil likevel i stor grad gjelde for allmennaksjeselskap.

Hybridfinansiering er innskuddsformer som ligger i grenseområdet mellom gjeld og egenkapital. Kjennetegnet ved slike finansieringsformer er et rettighetsforhold som inneholder både gjeldslignende og egenkapitaltillignende trekk. Eksempler på slik hybridfinansiering kan være en standard låneavtale hvor kreditor er berettiget til avkastning på samme måte som aksjonærene mottar utbytte. På den andre siden kan det være egenkapitalinnskudd som gir aksjonæren rettigheter på samme måte som en kreditor.

I de senere år har slike hybride finansieringsformer vært mye brukt i internasjonal skatteplanlegging. Dette skjer for eksempel ved at en investering anses som lån i en stat, og som egenkapital i en annen. Betalerens hjemstat anser betalingen som renter, samtidig som mottakerens hjemstat anser betalingen som aksjeutbytte eller tilbakebetaling av innbetalt egenkapital.<sup>5</sup> I et helnorsk skattekonsern vil ulempene og fordelene selskapene oppnår mer eller mindre utligne hverandre. Økende globalisering, digitalisert økonomi og fremveksten av multinasjonale skattekonsern har ført til at selskaper kan minimere skattebelastningen gjennom kapitalstrukturer som utnytter rentefradraget.<sup>6</sup> Her kommer klassifiseringen av renter på den ene siden og utbytte på den andre, inn som en aktuell og viktig del av skatteavtalene.

Hovedtemaet i fremstillingen vil være grensedragningen mellom utbyttebegrepet og rentebegrepet knyttet opp mot ulike typer hybride finansielle instrumenter. Det kommer stadig nye hybride finansielle instrumenter som mer eller mindre skreddersys til hva selskap og långiver finner hensiktsmessig i hvert konkrete tilfelle. En gjennomgang av alle mulige kombinasjoner av instrumenter lar seg derfor ikke gjøre. Likevel vil en gjennomgang av noen typiske eksempler kunne hjelpe til å forstå hva som ligger i de ulike bestanddelene. Gjennom forståelse av de grunnleggende delene hybride finansieringsinstrumenter består av, legger man skatterettslig til rette for en forståelse av alle typer hybride finansieringsinstrument ettersom de bygger på de samme generiske egenskapene.

OECD har på oppdrag av G-20 landene lagt ned et omfattende arbeid for å motvirke problemer som relaterer seg til internasjonal skatteplanlegging og skatteflukt. Dette har resultert i arbeidet ”Base Erosion and Profit Shifting”(BEPS). Som overskriften i arbeidet antyder gjelder dette først og fremst gevinstforflytting og erosjon av medlemsstatenes skattegrunnlag. Arbeidet har ført til en action plan som først ble presentert i 2013 med fokus

---

<sup>5</sup> Fredrik Zimmer, ”Internasjonal selskapsbeskatning under debatt”, Skatterett 02/2014 (33) s.96.

<sup>6</sup> Hugo P. Matre, Gjeld og renter- fradragrett for renter ved hybridfinansiering av aksjeselskaper, 2012,(Matre) s.22.

på en rekke praktiske tiltak for å motvirke skatteomgåelsen. Reglene skal bidra til OECDs hovedmål som er at all inntekt bør beskattes, uavhengig av målet om å skattlegge inntekten der den økonomiske aktiviteten utføres og verdiene skapes.<sup>7</sup>

I 2015 kom en Final Report on Action 2 som inneholder ikke mindre enn 458 sider.<sup>8</sup> Til sammenligning er rapportene for de andre 14 tiltakene rundt 1500 sider til sammen.

Rapporten er særdeles ekstensiv og omfattende, samt innholdsmessig kompleks. Dette gjør at tiltakene til Action 2 kan bli de vanskeligste for statene og implementere.

## 1.2 Avgrensninger

Målsettingen med arbeidet vil være å avklare skillet mellom rentebegrepet og utbyttebegrepet. Hovedfokuset vil derfor ligge på de to begrepene og hva som definerer dem, vilkårene for gjeldsrentefradraget, rentebegrensingsregelen for rentebetalinger til nærstående, og selve skattleggingen av renteinntekter og utbytte blir i utgangspunktet ikke behandlet. Arbeidet vil lede til ytterligere spørsmål som; når utgjør hybridfinansieringen gjeld og når utgjør den egenkapital? Når vil avkastning fra gjeld anses som renter, og når vil avkastning fra egenkapital anses som utbytte? Klassifikasjonen mellom gjeld og egenkapital har også betydning for selskapsrettslige krav om egenkapital og regler som skal forhindre for høy gjeldsfinansiering av selskaper, såkalt tynn kapitalisering. Hybrid finansiering må skilles fra hybride enheter og hybride transaksjoner som ikke blir behandlet.

Ved spørsmålet om grensedragningen mellom renteregelen og utbytteregelen etter skatteavtalenes regler vil fremstillingen hovedsakelig bygge på reglene i OECDs modellavtale. Dermed vil fremstillingen i utgangspunktet ikke gå nærmere inn på enkeltbestemmelser som er individuelt utformet i de mange skatteavtalene Norge har inngått. De ulike definisjonene i skatteavtalene bygger imidlertid langt på vei på modellavtalens definisjoner slik at grensedragningen mellom renter og utbytte i utgangspunktet vil være den samme. Betydningen av grensedragningen og beskatningskompetansen vil derimot avhenge av de individuelle avtalene statene har inngått. Flere steder viser skatteavtalene til internretten i de ulike statene, hvordan hybride finansielle instrumenter behandles i norsk internrett er ikke hovedfokuset i denne fremstillingen.

---

<sup>7</sup> Kuzniacki, Zimmer m.fl. "Preventing Tax arbitrage via Hybrid Mismatches: BEPS Action 2 and Developing Countries" 2017-03, s.46.

<sup>8</sup> OECD (2015), Neutralising the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report.



## 2 Rettskildespørsmål

### 2.1 OECDs modellavtale som bakgrunn for skatteavtalene

Skatteavtalenes hovedformål er å fordele beskatningskompetansen mellom de kontraherende statene. Skatteavtalene regulerer dermed normalt ikke selve beregningen og skattleggingen av de forskjellige typer inntekt, dette er overlatt til internretten i de kontraherende statene.<sup>9</sup>

Skatteavtalene bestemmer derimot hvilken av statene som har kompetanse til å skattlegge inntekten etter skatteavtalenes fordelingsregler.<sup>10</sup> Norge er medlem av OECD og følger deres modellavtale ved utformingen av nye skatteavtaler.

Fordeling av beskatningskompetansen er et kompromiss mellom kildestaten og selskapets hjemstat. Det kan fort oppstå konflikt ettersom hver av statene mener de er berettiget til skatteinntekter som de ikke vil gi avkall på. På den ene siden vil selskapets hjemstat hevde at den investerte kapitalen stammer fra formue hjemmehørende i denne staten. På den andre siden vil kildestaten hevde at inntekten er skapt i denne staten ved bruk av infrastruktur, arbeidskraft osv. Konflikten gjelder spesielt ved renter og utbytte, og oppstår typisk mellom kapital-eksporterende stater som OECD medlemmene, og kapital-importerende stater som utviklingsland.<sup>11</sup>

Medlemstatene er ikke forpliktet til å benytte modellavtalen som mønster for sine skatteavtaler, likevel har OECDs råd anbefalt medlemsstatene å bruke modellavtalen ved inngåelse av nye skatteavtaler og endringer i eksisterende.<sup>12</sup> Selv om rådsanbefalinger ikke er rettslig bindende foreligger det en sterk forventning at medlemsstatene benytter modellavtalen, slik at anbefalingen i praksis har stor rettslig betydning.<sup>13</sup> Dersom en av de kontraherende statene likevel ikke er medlem av OECD, kan presumpsjonen for å følge modellavtalen og tilhørende kommentarer være svakere.

---

<sup>9</sup> Russo 2007 s.14.

<sup>10</sup> OECD (2015), Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version), I-5 Paragraph 19, (OECD 2015 Commentary).

<sup>11</sup> Klaus Vogel on Double Taxation Conventions Fourth Edition 2015 (Vogel 2015) s.708.

<sup>12</sup> OECD 2015 Introduction I-3 para.13.

<sup>13</sup> Arvid Aage Skaar m.fl. Norsk skatteavtalerett 2006 (Skaar m.fl. 2006), s.57-58

## 2.2 OECDs kommentarer til modellavtalen

Betydningen av kommentarene til OECDs modellavtale ved tolkningen av skatteavtaler er omstridt. Spesielt gjelder dette hvordan kommentarene og andre publikasjoner fra OECD Committee on Fiscal Affairs(CFA) står i forhold til reglene om traktattolkning fastslått i Vienna Convention on the Law of Treaties.<sup>14</sup> Et annet særlig omstridt spørsmål er hvilken relevans endringer i kommentarene har i forhold til tolkningen av tidligere inngåtte skatteavtaler.<sup>15</sup>

Kommentarene har på mange områder blitt utvidet gjennom årene, slik at de nå fremstår som mer omfattende og detaljrike enn da tidligere skatteavtaler ble inngått. Noen endringer må anses så vesentlige at de nye kommentarene skiller seg klart fra den bokstavelige og kontekstuelle tolkningen som forelå på tidspunktet da skatteavtalene ble inngått.<sup>16</sup> Det kan hevdes at CFA på denne måten forsøker å endre modellavtalen ved å endre tolkningen av den, og dermed indirekte endre de eksisterende skatteavtalene som baserer seg på modellavtalen.<sup>17</sup> På denne måten omgår man normalprosedyren som ville vært en ordlydsendring fremforhandlet mellom statene eller utstedelse av protokoller til de eksisterende skatteavtalene.

Når endringer i kommentarene blir foreslått har disse historisk sett vært fremforhandlet av representanter fra de ulike medlemsstatene som sitter i CFA og tilhørende undergrupper. Endringene blir dermed resultatet av et kompromiss mellom medlemstatene på samme måte som når bilaterale skatteavtaler inngås. For å oppnå en laveste fellesnevner av enighet under den multilaterale forhandlingen mellom statene blir resultatet ofte at ord og uttrykk i teksten er fleksible og vage.<sup>18</sup> Dermed er det ikke sikkert at teksten gir uttrykk for noen av statenes fullstendige syn på utformingen. Tvetydige ord og uttrykk leder fort til spenn mellom statenes individuelle tolkning av modellavtalen, noe som i utgangspunktet kommentarene er ment å forhindre.

Kommentarene er også blitt kritisert for å være utpreget i favør av det offentlige i forhold til den private sektor. Endringer i kommentarene er som oftest utarbeidet av representanter for de

---

<sup>14</sup> Vienna Convention on the Law of treaties Concluded at Vienna on 23 May 1969.

<sup>15</sup> Michael Lang and Florian Brugger "The Role of the OECD Commentary in tax treaty interpretation" 2008 s.95-96.

<sup>16</sup> David A. Ward, The Interpretation of income tax treaties with particular reference to the commentaries on the OECD model 2005 (Ward 2005) s.4.

<sup>17</sup> Fredrik Zimmer, Internasjonal inntektskatterett 2009, (Zimmer 2009) s.80, se også Ward 2005 s.79.

<sup>18</sup> Ward 2005 s.13.

ulike statene som arbeider i offentlig sektor. Det har dermed vært hevdet at representantenes rolle avspeiles i endringene av kommentarene til modellavtalen.<sup>19</sup>

### 2.3 Wienkonvensjonen som ramme for tolkning av skatteavtaler

Artikkel 1. i The Vienna Convention on the Law of Treaties(VCLT)<sup>20</sup> angir at konvensjonen skal anvendes på traktater mellom stater. Skatteavtalene er bilaterale avtaler mellom to tilsluttende stater, på samme måte som traktater får konvensjonen derfor anvendelse ved tolkning. Konvensjonen anses i dag som en kodifisering av folkerettslig sedvane slik at konvensjonen får betydning også for stater som ikke har ratifisert den. Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men anses i vesentlig grad bundet gjennom folkerettslig sedvane.<sup>21</sup> Konvensjonen er deklarasjonslik slik at statene kan bli enige om andre prinsipper for tolkning av skatteavtalene.<sup>22</sup> Hovedregelen for tolkning er artikkel 31.1 som angir;

”A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

Hovedregelen fastslår at skatteavtalene først og fremst skal tolkes etter den naturlige forståelsen av ordlyden. Partenes felles oppfatning på avtaletidspunktet antas å fremgå av ordlyden, men skal avklares ytterligere gjennom avtalens kontekst, formål og hensikt. Et mål er å finne den felles objektive partsviljen.<sup>23</sup> I skatteavtalenes innledning fremgår som oftest formålet med avtalen som hovedsakelig er å unngå dobbeltbeskatning og forhindre skatteflukt. Avtalen skal tolkes ærlig av partene slik at ”good faith” må ses i sammenheng med artikkel 26 ”pacta sunt servanda” som fastslår at inngåtte avtaler skal holdes.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Se her Zimmer 2009 s.79 som mener at man bør ha dette for øye ved anvendelsen av kommentarene. Se også Ward s.14-15.

<sup>20</sup> The Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969.

<sup>21</sup> Morten Ruud og Geir Ulfstein, Innføring i Folkerett 4utg. 2011 s.88-89, se også Rt-2004.957 (PSG).

<sup>22</sup> Ann- Sophie Sallander, Skatteavtal om tolkning och tillämpning 2015 (Sallander 2015) s.55.

<sup>23</sup> Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966, Commentary (article 27) s.220 para 11.

<sup>24</sup> Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, Vienna Convention on the law of Treaties- a Commentary 2012 s.541.

## 2.4 Kommentarene til OECDs modellavtale og forholdet til Wienkonvensjonen

Et omstridt spørsmål er hvilken rettskilderelevans kommentarene har i forhold til Artikkel 31 og 32 i VCLT. Herunder om kommentarene er et tolkningsmiddel og dermed kan innordnes under noen av tolkningsbestemmelsene i konvensjonen. Spørsmålet oppstår fordi kommentarene til OECDs modellavtale ikke er ment å være en bindende. Kommentarene er unike i den forstand at de ikke direkte relaterer seg til noen inngått bindende avtale, men til en modellavtale som i seg selv ikke er bindende.<sup>25</sup>

Innledningen til kommentarene fastslår at de ikke er ment som juridisk bindende vedlegg i skatteavtalene, men kan likevel være til stor hjelp ved anvendelse og tolkning av skatteavtalene, spesielt ved tvisteløsning mellom statene.<sup>26</sup> Kommentarene er altså i utgangspunktet ikke ment å falle inn under artiklene i VCLT fra OECDs side.

Konsekvensen av å inkludere kommentarene under artikkel 31 i VCLT vil være at kommentarene kan benyttes som en primær rettskilde etter konvensjonen. Dersom kommentarene faller inn under artikkel 32 vil kommentarene derimot være en supplerende rettskilde som kun gir støtte til en tolkning som allerede følger av de primære rettskildene.<sup>27</sup> Meningene er delte og debatten er omfattende, fremstillingen begrenses derfor til to illustrerende synspunkter.

Artikkel 31.1 fastslår at skatteavtalene først og fremst tolkes med utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden. Kommentarene kan her anses som en presisering av ordlyden som gir grunnlag for den naturlige forståelsen. Kommentarene gir således uttrykk for formålet og hensikten bak avtalen slik at den felles objektive partsviljen ved avtaleinngåelsen belyses.

Når partene velger å utarbeide skatteavtalene etter ordlyden i modellavtalen er det en sterk presumsjon for at kommentarenes forståelse av ord og uttrykk representerer den naturlige forståelsen av ordlyden også i skatteavtalene. Effektivitet og avklaringshensyn taler for at kommentarene som presumtively er kjent av begge parter kan brukes som bevis for partenes felles oppfatning og tolkning av ordlyden.

---

<sup>25</sup> Ward 2005 s.18.

<sup>26</sup> OECD 2015 General Remarks on the Model Convention para.29.

<sup>27</sup> Skaar m.fl. 2006 s.59, og Ward 2005 s.25.

På den andre siden er det klart at kommentarene ofte tillegger begrepene i modellavtalen et mer utvidet innhold enn det som fremgår av en naturlig tolkning av ordlyden.

Artikkel 32 fastslår at supplerende tolkningsmiddel kan benyttes til å klarlegge eller bekrefte et tolkningsresultat som allerede følger av artikkel 31, eller der hvor artikkel 31 fører til et åpenbart urimelig eller ufornuftig resultat. Artikkel 32 gir ingen uttømmende definisjon eller beskrivelse av ”supplementary means of interpretation”, men presiserer at forarbeider og omstendighetene rundt inngåelsen av avtalen skal inkluderes i tolkningen.<sup>28</sup> Det kan her argumenteres for at kommentarene er en slags forarbeider til skatteavtalene.

Et motargument er at kommentarene ikke er forarbeider til den enkelte skatteavtale, men utarbeidet av medlemstatene ved utviklingen av modellavtalen. Det er derfor vanskelig å forsvare at kommentarene anses som forarbeider sett i et rettskildeperspektiv. På den andre siden er kommentarene presumtivist kjent for partene og det er vanlig at medlemsstatene tar del i arbeidet med utviklingen.

Ingen av artiklene i VCLT gir en helt tilfredsstillende løsning på rettskildepblemet. På den andre siden var ikke slike kommentarer til en modellavtale utarbeidet av en internasjonal organisasjon gjennomtenkt ved utformingen av VCLT.<sup>29</sup> Internasjonalt kan kommentarene anses som såkalt soft law, som i utgangspunktet ikke er bindende ved tolkning av internasjonal lov, hverken for skattemyndigheter, skattebetalere eller domstoler.<sup>30</sup>

På den andre siden er det tydelig at både norske og utenlandske domstoler legger betydelig vekt på kommentarene ved tolkningen av modellavtalen.<sup>31</sup> Konsekvensen av å anse kommentarene som en primær rettskilde etter VCLT, gjenspeiler sannsynligvis best kommentarenes betydning i praksis. I skatteavtaler mellom stater hvor en eller begge statene ikke er medlem av OECD vil kommentarene ha mindre vekt i tolkningsprosessen.

---

<sup>28</sup> Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966, Commentary (article 28) s.223 para 19.

<sup>29</sup> Ward 2005 s.25 og s.111-112.

<sup>30</sup> Ward 2005 s.113.

<sup>31</sup> Zimmer 2009 s.79 og Ward 2005 s.112-113.

## 2.5 Relevansen og vekten av senere kommentarer til OECDs modellavtale

Det neste spørsmålet som oppstår er hvilken versjon av kommentarene som skal anvendes ved tolkningen av skatteavtaler. Mer presist er spørsmålet om det er kommentarene slik disse lyder ved inngåelsen av skatteavtalen som skal benyttes ved tolkningen eller om det er de til enhver tid nyeste kommentarene som skal anvendes.

Kommentarene selv fastslår at ved tolkning av bilaterale skatteavtaler som bygger på modellavtalen bør statene følge kommentarene slik disse endres fra tid til annen.<sup>32</sup> Når OECD arbeider med utvikling av modellavtalen vil organisasjonen som oftest være mer restriktiv med å endre selve modellavtalen enn ved endringer av kommentarene.<sup>33</sup>

Kommentarene presiserer likevel at det er en ytre grense for hvor dynamisk tolkningen kan være i forhold til nye endringer. Endringer i artiklene og kommentarene er ikke relevante ved tolkningen av tidligere inngåtte skatteavtaler dersom det substansielle innholdet er endret.<sup>34</sup> Dette vil for eksempel være når kommentarene endres som følge av endringer i modellavtalens artikler. Altså skal ikke nye kommentarer anvendes dersom de er tilknyttet nye artikler med et materielt annet innhold. På den andre siden fremgår det at dersom de nye bestemmelsene samsvarer med bestemmelsene slik disse var da skatteavtalen ble inngått vil de nye kommentarene i utgangspunktet være relevante.<sup>35</sup>

På den ene siden vil fordelene med å benytte nyere kommentarer være at disse holder seg oppdatert og aktuelle i forhold til tolkningen av modellavtalen. På denne måten vil nye kommentarer kunne gi veiledning når det oppstår situasjoner og tilfeller som ikke var behandlet eller gjennomtenkt da skatteavtalen ble inngått.<sup>36</sup> Det er også et argument at stor konsensus blant medlemsstatene om tolkningen ofte er det som fører til endringene i kommentarene.<sup>37</sup>

På den andre siden bryter en slik anvendelse med tradisjonelle prinsipper for avtaletolkning. Forutberegnelighet for partene taler for en statisk anvendelse av lov og praksis i domstoler og av skattemyndigheter. Legalitetsprinsippet står særlig sterkt i skatteretten, endringer i

---

<sup>32</sup> OECD 2015 Introduction para.3.

<sup>33</sup> Sallander 2015 s.69.

<sup>34</sup> OECD 2015 Introduction para.35.

<sup>35</sup> Se Skaar m.fl.2006 s.63 som argumenterer for, se også Zimmer 2009 s.80 som mener standpunktet er omdiskutert.

<sup>36</sup> Sallander 2015 s.68.

<sup>37</sup> Ward 2005 s.81-82 og Russo 2007 s.19.

tolkningen av modellavtalen gjennom kommentarene, kan resultere i en indirekte endring av skatteavtalene uten å gå veien om lovgivende myndigheter.<sup>38</sup>

I norsk rett har Høyesterett i Rt-2004.957 (PSG) lagt til grunn at nyere kommentarer kan benyttes ved tolkningen av eldre skatteavtaler. Førstvoterende uttaler på avsnitt 49 i dommen; ”Merknadene til mønsteravtalen av 2003 er av vesentlig betydning for forståelsen av skatteavtaler som er inngått før 2003 så langt bestemmelsene i mønsteravtalen 2003 svarer til de tidligere bestemmelser, jf. Rt1994.752 (Alphawell) på side 760 for så vidt angår anvendelse av 1977-merknadene på skatteavtaler basert på mønsteravtalen fra 1963”.

I et rettskildeperspektiv bør bruk av etterfølgende kommentarer begrenses til kommentarer som er publisert før skatteavtalen ble inngått. Kommentarer som er publisert etter at skatteavtalen er inngått kan tas med i tolkningsprosessen, men det bør gjennomgående vurderes om de nye kommentarene endrer meningen i skatteavtalen eller kun presiserer den. Dersom de nye kommentarene endrer meningen i avtaleteksten bør de ikke anvendes.

### **3. Modellavtalen artikkel 10 Dividends**

#### **3.1 Kort gjennomgang av modellavtalens utbytteregel i artikkel 10**

Etter artikkel 10 i modellavtalen er beskatningskompetansen normalt delt mellom de kontraherende statene.<sup>39</sup> Fordelingsreglene bestemmer i artikkel 10(1) at det i utgangspunktet er aksjonærens hjemstat som innehar beskatningsretten ved utdelt utbytte. Det utdelende selskapets hjemstat har imidlertid også en delvis beskatningsrett basert på et kildestatsprinsipp i artikkel 10(2). Beskatningsretten for kildeskatten følger selskapets hjemstats interne skatteregler og begrenses oppad til en fastsatt prosentsats i den enkelte skatteavtale.

---

<sup>38</sup> Se, Ward 2005 s.84.

<sup>39</sup> Se også, Zimmer 2009 s.217.

I modellavtalen er denne proSENTSatsen som hovedregel satt til 15 prosent av bruttoverdien på det totale utbyttet.<sup>40</sup> Et unntak er dersom den virkelige rettighetshaver til utbyttet er en selskapsaksjonær som eier minst 25 prosent av kapitalen i det utdelende selskapet, da er proSENTSatsen satt til 5 prosent av bruttoverdien<sup>41</sup> på hele utbyttet.

Det er altså en lavere beskatningssats for kildeskatt der utbytte blir betalt innenfor konsern hvor et selskap eier en betydelig del av et annet. Formålet med dette er å unngå kjedebeskatning og legge til rette for internasjonale investeringer.<sup>42</sup> Skattleggingen gjennomføres altså ved at aksjonærens hjemstat skattlegger utbyttet fullt ut etter intern rett, samtidig som det utdelende selskaps hjemstat pålegger utbyttet en kildeskatt innenfor den fastsatte proSENTSatsen i skatteavtalen.

Den dobbeltbeskatning som her oppstår, avverges ved at modellavtalen pålegger aksjonærens hjemstat å gi kreditt for den skatten som betales i kildestaten jf. modellavtalen artikkel 23A(unntaksmetoden) og artikkel 23B(kreditmetoden). Artikkel 23A(2) inneholder imidlertid en særbestemmelse for renteinntekter og aksjeutbytter. Særbestemmelsen innebærer at slike inntekter skal være gjenstand for kreditfradrag, selv om unntaksmetoden er avtalens hovedregel. Det vil si at dersom skatteavtalen baserer seg på modellavtalen vil aksjonæren ha krav på kreditfradrag i sin hjemstat for betalt kildeskatt på utbytte, uavhengig av om skatteavtalen mellom statene inneholder kreditmetoden eller unntaksmetoden. Siden mange stater har etablert internrettslige unntaksmetoder ”participation exemption” for aksjeinntekter, vil aksjonæren i mange tilfeller likevel ikke få effektivt fradrag for kildeskatten.<sup>43</sup> Modellavtalen har ikke noen videre regulering av hvordan uheldig kjedebeskatning skal motvirkes, dette er overlatt helt til statene selv å regulere.

---

<sup>40</sup> OECD Model Convention, artikkel 10(2) litra a og b.

<sup>41</sup> Vogel 2015 s.818.

<sup>42</sup> Vogel 2015 s.820. OECD 2015 Commentary Art.10 para.10.

<sup>43</sup> Hennings Naas m.fl. Norsk Internasjonal Skatterett 2011 (H.Naas m.fl. 2011) s.572.



## **3.2 Utbyttebegrepet i modellavtalen artikkel 10**

### **3.2.1 Innledning**

For at fordelingsreglene i modellavtalen artikkel 10 skal få anvendelse, må inntekten falle inn under modellavtalens utbyttebegrep i artikkel 10(3). De norske skatteavtalene inneholder vanligvis en definisjon av utbyttebegrepet, som normalt baserer seg på definisjonen i modellavtalen. Definisjonen i skatteavtalene er ikke nødvendigvis sammenfallende med utbyttebegrepet i skatteloven. Det presiseres i kommentarene til artikkel 10(3) at de store ulikhetene i statenes interne selskaps og skatterett gjør det umulig å gi en uttømmende uavhengig definisjon. Etter omfattende studier på området er det derfor konkludert med at den foreløpig mest hensiktsmessige løsningen vil være å overlate til statene og forhandle bilateralt om definisjonen.<sup>44</sup>

Utbyttedefinisjonen er hovedsakelig relevant for kildestaten der selskapet er hjemmehørende, ettersom artikkel 10 representerer en begrensning i beskatningsretten. Mottakerstaten må på sin side gi skattekreditt for skatt innkrevd av kildestaten etter artikkel 23A(2) eller artikkel 23B(1).<sup>45</sup> For mottakerstaten der aksjonæren er hjemmehørende vil grensedragningen mot renter også ha betydning fordi adgangen til å beregne kildeskatt gjennomgående er mer vidtgående for utbytte enn for renter.<sup>46</sup>

Definisjonen reiser avgrensningsspørsmål i særlig to retninger, grensen mot kapitalgevinster ved realisasjon og grensen mot renter. Det er sistnevnte som er hovedfokuset i denne avhandlingen.

### **3.2.2 Selskapet som eget skattesubjekt etter artikkel 10(1) og (2)**

Det første vilkåret i artikkel 10(1) og (2) er at utdelinger må være ”paid by a company”. Det fremgår av kommentarene at vilkåret ”paid” må forstås vidt ettersom betaling betyr å gjennomføre plikten til å sette midler til disposisjon for aksjeeieren, på den måten som er

---

<sup>44</sup> OECD 2015 Commentary Art.10 para.23.

<sup>45</sup> Vogel 2015 s.834.

<sup>46</sup> Zimmer 2009 s.221.

regulert gjennom kontrakt eller sedvane.<sup>47</sup> Dette omfatter altså enhver form for utdeling av verdier fra selskapet til aksjonæren.

Videre må utbyttet være (paid) "by a company". Det sentrale her og viktig for utbyttebegrepet er at selskapet er et selvstendig skattesubjekt. Den generelle definisjonen i art. 3(1)b fastslår at "the term company means any body corporate or entity that is treated as a body corporate for tax purposes". Videre presiseres det i kommentarene at uttrykket først og fremst betyr enhver skattbar juridisk enhet, men også andre skattbare enheter som behandles på samme måte etter internretten i staten selskapet er hjemmehørende.<sup>48</sup> Det presiseres at denne definisjonen er lagd med sikte på artikkel 10 som omhandler utbytte.

Begrepet utbytte omfatter først og fremst ytelser aksjonærene mottar som avkastning på investeringer i selskaper "limited by shares, limited partnerships with share capital, limited liability companies, or other joint stock companies".<sup>49</sup> I norsk rett vil aksjeselskaper, allmennaksjeselskaper samt andre selvstendige skattesubjekter etter skatteloven §2-2(1) falle inn under definisjonen i modellavtalen. Deltakerlignede selskaper faller utenfor.<sup>50</sup>

### 3.2.3 Definisjonsartikkelen i 10(3)

Begrepet "dividend" slik dette er definert i art.10(3) består av tre viktige deler.

"...**income from shares**, jouissance shares or jouissance rights, mining shares, founders' shares or other rights not being debt claims, participating in profits as well as income from **other corporate rights** which is **subjected to the same taxation treatment** as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident."

De to første delene av definisjonen er ment å være autonome, i den forstand at de inneholder en selvstendig betydning. Den tredje delen av definisjonen derimot, viser til inntekt som er underlagt den samme skattemessige behandlingen som aksjer etter internretten i det utdelende selskapets hjemstat. Det betyr ikke at all inntekt som kildestaten skattlegger som utbytte automatisk faller inn under definisjonen i artikkel 10(3).<sup>51</sup> Likevel viser det at definisjonen ikke er ment å være uttømmende.

---

<sup>47</sup> OECD 2015 Commentary art.10 para.7 og Vogel 2015 s.711.

<sup>48</sup> OECD 2015 Commentary art.3 para.3.

<sup>49</sup> OECD 2015 Commentary art.10 para.1.

<sup>50</sup> H.Naas m.fl. 2011s.574.

<sup>51</sup> Vogel 2015 s.834.

### **a) Income from "shares"**

Hovedelementet i aksjer slik dette er definert ligger i eierskapet av en selskapsandel, ikke det at man innehar noen reell kontroll i selskapet.<sup>52</sup> Utbyttedefinisjonen vil også omfatte disposisjoner som reelt innebærer en overføring av verdier fra selskap til aksjonær uten formelt å fremstå slik, såkalt maskert eller skjult utbytte.<sup>53</sup> Det kreves ikke at kapitaleierens innskudd formelt har karakter av aksjekapital, også andre former for egenkapital er omfattet. Dersom for eksempel en gjenstand blir solgt fra selskapet til aksjonær til underpris vil underprisen normalt være utbytte etter artikkel 10(3). Det er således ingen krav til at utbytte er lovlig utdelt. En forutsetning er likevel at slike utdelinger anses som utbytte i den staten det utdelende selskapet er hjemmehørende.<sup>54</sup> Utdelinger som reduserer eierrettigheter eller tilbakebetaling av innbetalt egenkapital faller utenfor utbyttebegrepet.

Det er i utgangspunktet bare aksjeeiere som har krav på utbytte når selskapet foretar en utdeling. Likevel fremgår det av kommentarene at også utdelinger til andre enn aksjonæren kan falle innenfor definisjonen av utbytte.<sup>55</sup> Dette kan være tilfelle dersom den rettslige tilknytningen mellom aksjonærens nærstående og selskapet tilsvarer tilknytningen mellom aksjonæren og selskapet. For eksempel der hvor utbytte deles ut til aksjonærens nærstående familiemedlem eller et selskap i samme konsern.

### **b) "Corporate rights"**

Inntekt som faller inn under definisjonen i artikkel 10(3) må stamme fra "corporate rights", dette fremgår tydelig ved at tredje del av definisjonen viser tilbake til at kun slike rettigheter er utbytte dersom de behandles likt av internretten til selskapets hjemstat. Dersom bestemmelsen ikke var ment å forstås på denne måten, ville det ikke vært nødvendig å ta med begrepet i det hele tatt i tredje del av definisjonen. Det gjør det klart at kun slike inntekter er relevante også i de to første delene av definisjonen.<sup>56</sup>

"corporate rights" må først og fremst forstås som et kontraktbasert forhold som gir en egenkapitalinnskyter rett til å ta del i selskapets profitt. Begrepet skiller utbytte fra utdelinger i selskaper som ikke kvalifiserer som eget skattesubjekt, og inntekter som stammer fra

---

<sup>52</sup> Vogel 2015 s.839.

<sup>53</sup> Zimmer 2009 s.221.

<sup>54</sup> OECD 2015 Commentary art.10 para.28.

<sup>55</sup> OECD 2015 Commentary art.10 para.28.

<sup>56</sup> Vogel 2015 s.835 og Marjaana Helminen, International tax law concept of dividend 2010 (Helminen 2010) s.175.

fordringer. Selskapsrettigheter i selskap som kvalifiserer til ”company” under artikkel 3(1)b vil være ”corporate rights” så lenge det er rettigheter i selskapet og ikke mot selskapet.<sup>57</sup> Ved bruk av hybride finansielle instrumenter kan denne grensen være vanskelig å trekke.

### **c) Risiko som vilkår for ”corporate rights”**

Et vurderingsmoment som fremheves i kommentarene som spesielt viktig er om investoren og selskapet deler risikoen for tap.

”Article 10 deals not only with dividends as such but also with interest on loans insofar as the lender effectively shares the risks run by the company, i.e. when repayment depends largely on the success or otherwise of the enterprise’s business...”<sup>58</sup>

Det presiseres altså her at en betaling som formelt sett klassifiseres som renter likevel i noen tilfeller bør følge bestemmelsen om utbytte, dersom investoren deler den risikoen som normalt ligger til egenkapitalinnskytere i selskapet. Det sentrale i vurderingen er hvorvidt fremmedkapitalinvestoren deler forretningsrisikoen med de øvrige innskytere av egenkapital i selskapet.

En naturlig forståelse av risiko, vil være muligheten for at investoren taper hele eller deler av innskuddet. Hovedsakelig vil investorens rett på tilbakebetaling av innskuddet, være avgjørende for om investoren får tilbake innskuddet. Her vil prioriteten for kravet spille en viktig rolle. Dersom investoren har en høyere prioritet for sitt krav enn andre investorer vil sjansen for tilbakebetaling av innskuddet være større. Dersom investorens krav har en lavere prioritet, særlig ved konkurs og likvidasjonsbehandling, vil plikten for tilbakebetaling være mindre og investoren har dermed en høyere risiko.

Et spørsmål som oppstår er om det er holdbart at risiko alene er nok til at renter omklassifiseres til utbytte, uten at investoren innehar noen andre underliggende deltakerrettigheter. Ordlyden i kommentarene gir risikomomentet avgjørende vekt.

Et presiserende spørsmål vil her være hvor stor andel risiko kreditor må ta på seg for at lånet skal ha den samme risikoen som egenkapitalen i selskapet. Både egenkapitalinvesteringer og låneinvesteringer innebærer en viss risiko. Likevel er det vanlig at egenkapitalinvesteringer

---

<sup>57</sup> Vogel 2015 s.835-836.

<sup>58</sup> OECD 2015 Commentary art.10 para.25.

har høyere risiko for tap enn tradisjonelle lån.<sup>59</sup> Dette er blant annet fordi långivere vanligvis prioriteres fremfor innskutt egenkapital ved en likvidering av selskapet, samtidig som långivere ofte krever sikkerhet i andre eiendeler. På den andre siden vil renten være en fastsatt sum som gjenspeiler den lavere risiko långiver har i forhold til egenkapitalinnskyteren.

I denne sammenheng må det anses klart at den risiko långiver normalt har ved fare for at debitorselskapet blir insolvent, og dermed ikke klarer å betjene rentebetalingene, samt den risikoen långiver har ved at verdiene i debitorselskapet ikke dekker tilbakebetalingskravet, ikke kvalifiserer til den risiko som kreves for å omklassifisere renter til utbytte.<sup>60</sup>

Begrensninger i organisatoriske rettigheter påvirker ikke direkte den risikoen aksjeeieren har ved egenkapitalinnskudd i selskapet. Artikkel 10 vil dermed også omfatte andre 'corporate rights' enn aksjer, hvor rettigheten ikke gir de organisatoriske rettigheter som normalt er tillagt aksjeeiere.<sup>61</sup> Dette kan være retten til å stemme ved generalforsamling og andre eierrettigheter knyttet til selskapet. Så lenge aksjeeieren har krav på andel av overskuddet og krav på andel ved likvidasjon, vil i utgangspunktet ikke mangel på organisatoriske rettigheter føre til at egenkapitalinnskudd omklassifiseres til gjeld.<sup>62</sup> Rettighetshaveren må på den andre siden være eksponert for muligheten til å tape hele innskuddet.<sup>63</sup>

For å unngå en overlapp mellom "corporate rights" og "debt claims" bør de to begrepene tillegges en autonom og selvstendig betydning i skatteavtalene. På den måten skiller man egenskapene i begrepene klart fra hverandre i stedet for at momentene kun gir en beskrivelse av tilfeller hvor gjeldsfordringer bør behandles som egenkapital. Ved å gi begrepene i skatteavtalene en klar selvstendig betydning unngår man ulike tolkninger i statens internrett.

#### **d) "Income" from corporate rights**

I utgangspunktet vil først og fremst overskuddsfordeling vedtatt på ordinær generalforsamling i form av utbytte fra selskapet til aksjonærene, være inntekter fra selskapsrettigheter. "Income" må i denne sammenheng likevel anses mer vidtfaende og omfatter alle fordeler i penger eller andre verdier. Bonus, bonusaksjer, profitt ved

---

<sup>59</sup> Helminen 2010 s.168.

<sup>60</sup> Vogel 2015 s.836.

<sup>61</sup> Vogel 1999 s.650 og Helminen 2010 s.178.

<sup>62</sup> Vogel 1999 s.653.

<sup>63</sup> Vogel 1999 s.651.

likvidasjon av selskapet, overskudd ved innløsning av aksjer, samt skjulte utdelinger og skjult utbytte faller dermed innenfor definisjonen.<sup>64</sup> Et grunnleggende element i ”corporate rights” er at investoren tar del i selskapets profitt. Her vil altså ikke bare tradisjonelle utdelinger i form av penger, men også andre utdelinger av verdier være nok til at vilkåret er oppfylt.<sup>65</sup>

#### **e) ”Subjected to the same taxation treatment”**

De store variasjonene i statenes syn på utbyttebegrepet har ført til at enkelte skatteavtaler avviker fra modellavtalens definisjon, samtidig som andre skatteavtaler ikke inneholder noen generell definisjon i det hele tatt.<sup>66</sup> Dersom skatteavtalens definisjon av aksjeutbytte ikke gir svar, skal utbyttebegrepet bestemmes etter internretten i den staten der det utdelende selskapet er hjemmehørende. Dette skiller seg fra den generelle tolkningsregelen i artikkel 3(2) som gir anvisning på at det i slike tilfeller, er internretten til den stat som anvender skatteavtalen i det konkrete tilfellet, som skal benyttes.<sup>67</sup> Henvisningen til kildestatens internrett i artikkel 10(3) kan i denne sammenheng anses som *lex specialis* i forhold til den generelle tolkningsregelen i artikkel 3(2). Dette innebærer at aksjonærens hjemstat er bundet av den forståelsen av utbyttebegrepet som legges til grunn i kildestaten. Dersom kildestaten anser utdelingen som utbytte vil aksjonærens hjemstat være forpliktet til å gi kreditt for skatt etter reglene om aksjeutbytte, uavhengig av om inntekten klassifiseres som renter eller annet i aksjonærens hjemstat.

### **3.3 Skatteavtaler som ikke inneholder ”corporate rights”- vilkåret**

Kommentarene til OECDs modellavtale forsøker ikke å forhindre at medlemstatene benytter andre definisjoner av utbyttebegrepet, og anerkjenner at dette kan være nødvendig ettersom statenes interne selskaps- og skatterett inneholder store variasjoner.<sup>68</sup> Det faktum at

---

<sup>64</sup> OECD 2015 Commentary art.10 para.28.

<sup>65</sup> Vogel 2015 s.838.

<sup>66</sup> Se for eksempel Skatteavtale Norge- USA 1971/80.

<sup>67</sup> Zimmer 2009 s.222.

<sup>68</sup> OECD 2015 Commentary art.10 para.23.

skatteavtalene inneholder mange ulike definisjoner taler for at definisjonsbestemmelsen bør omskrives i et forsøk på å oppnå en større harmonisering mellom statene.<sup>69</sup>

Dersom ”corporate rights”- vilkåret utelates fra skatteavtalen vil en konsekvens være at definisjonen utvides til å omfatte flere inntekter selv om ordlyden i resten av artikkel 10(3) forblir den samme. Dette kan føre til at omfanget av artikkel 10 utvides utover det avtalepartene hadde sett for seg, ettersom formålet med å utelate vilkåret i utgangspunktet kun er å sikre at internrettens kriterier for utbytte gjelder ved innkreving av kildeskatt. Likevel vil fortsatt vilkåret ”not being debt claims, participating in profit” gi en viss føring for hvilke inntekter kildestaten kan klassifisere som utbytte.<sup>70</sup>

Noen skatteavtaler nevner spesifikke typer inntekter som skal klassifiseres som utbytte.<sup>71</sup> Dette er ofte et forsøk på å klarlegge uklarheter som oppstår rundt ”corporate rights”- vilkåret. Slike henvisninger kan gjelde ensidig for en av statene der hvor et finansielt instrument er vanlig i denne staten, men ikke vanlig i den kontraherende staten. Formålet er her å sikre at inntekter som ikke oppfyller ”corporate rights”- vilkåret, men som kildestaten mener stammer fra utbyttegenererende instrumenter fortsatt klassifiseres som utbytte.<sup>72</sup>

Andre skatteavtaler inkluderer klausuler som skal forhindre at det oppstår dobbel ikke-beskatning der hvor hybride finansielle instrumenter behandles ulikt i to stater. En vanlig metode er at klausulen tillater ubegrenset kildeskatt dersom inntekten er fradragsberettiget for betaleren i kildestaten.<sup>73</sup> Klausulen er ofte formulert slik at den overstyrer artikkel 10 og 11. På denne måten blir det ikke nødvendig å ta stilling til hvilken artikkel instrumentet faller inn under.

---

<sup>69</sup> Vogel 2015 s.844.

<sup>70</sup> Vogel 2015 s.847.

<sup>71</sup> Se her for eksempel, skatteavtale Norge- Nederland 1989-90 art.10(6) og skatteavtale Norge- Tyskland 1991-92 art.10(6).

<sup>72</sup> Vogel 2015 s.849.

<sup>73</sup> Vogel 2015 s.850.

## 4. Modellavtalen artikkel 11 Interest

### 4.1 Kort gjennomgang av modellavtalens renteregulering i artikkel 11

Etter artikkel 11 er beskatningskompetansen normalt delt mellom de kontraherende statene. Fordelingsreglene bestemmer i artikkel 11(1) at det som utgangspunkt er kreditors hjemstat som har rett til å skattlegge renteinntekter som kreditor mottar. Debitorselskapets hjemstat har imidlertid også en delvis beskatningsrett av de samme renteinntektene basert på et kildestatsprinsipp i artikkel 11(2) jf. ”may be taxed” i artikkel 11(1). Beskatningsretten for kildeskatt følger debitorselskapets hjemstats interne skatteregler og begrenses til en fastsatt proSENTSATS i den enkelte skatteavtale.<sup>74</sup>

I modellavtalen er denne proSENTSATSEN satt til 10 prosent av bruttoverdien på hele renteinntekten. En forutsetning for denne begrensede kildeskatten er likevel at inntekten opptjenes i den kontraherende kildestat og at mottaker er den virkelige rettighetshaver til utbyttet, hjemmehørende i kreditorstaten.<sup>75</sup> Altså gjennomføres skattleggingen slik at kreditors hjemstat skattlegger renteinntektene fullt ut etter internt rett, samtidig som debitorselskapets hjemstat pålegger renteinntektene en kildeskatt innenfor den fastsatte proSENTSATSEN i skatteavtalen.

Som hovedregel vil debitors hjemstat være den samme som kildestaten jf. artikkel 11(5)1pkt. som fastslår ”Interest shall be deemed to arise in a Contracting State when the payer is a resident of that State(...)”. Bestemmelsen benytter begrepet ”payer” og ikke ’debitor’. Selv om de to begrepene som oftest vil være sammenfallende når debitor selv betaler forfalte renter til kreditor, kan denne nyansen være verdt å merke seg.

### 4.2 Rentebegrepet i modellavtalen artikkel 11

#### 4.2.1 Innledning

For at fordelingsbestemmelsen i modellavtalen artikkel 11 skal få anvendelse, må inntekten falle inn under modellavtalens rentebegrep. De norske skatteavtalene inneholder vanligvis en definisjon av rentebegrepet, denne definisjonen er ikke nødvendigvis sammenfallende med rentebegrepet i skatteloven. Likevel er det klart at både begrepet i skatteavtalene og i

---

<sup>74</sup> H.Naas m.fl. 2011 s.770.

<sup>75</sup> H.Naas m.fl. 2011 s.775.



skatteloven relaterer seg til inntekt som stammer fra fordringer. Definisjonen i skatteavtalene bygger som hovedregel på definisjonen i modellavtalen artikkel 11(3). Denne regelen om skattlegging av renter som overføres på tvers av landegrenser representerer et kompromiss mellom kapitalimporterende og kapitaleksporterende stater.<sup>76</sup>

Norge har i forhold til OECD reservert retten til å unnlate den delen av bestemmelsen som referer seg til ”debt-claims carrying the right to participate in the debtor’s profits” i sine skatteavtaler.<sup>77</sup>

#### 4.2.2 Definisjonsartikkelen 11(3) første del

Første del av bestemmelsen gir en generell, men autonom definisjon av rentebegrepet. Det sentrale i definisjonen er at inntekten må stamme fra et underliggende gjeldskrav.

Artikkel 11(3) første del fastslår; ”The term ’interest’ as used in this Article means **income from debt-claims of every kind**, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor’s profits...”

Etter ordlyden må ”debt-claims” forstås som et vidt begrep. Et minstekrav må likevel være at fordringen er basert på et rettslig grunnlag og dermed kan innkreves.<sup>78</sup> Det presiseres i kommentarene at renter er alle typer inntekt som stammer fra gjeld, uavhengig av om kravet er pantesikret og uavhengig av om kravet gir rett til å ta del i debtors overskudd eller ikke.<sup>79</sup> Avkastning på utlån, kredittsalg og bankinnskudd er klare tilfeller som faller innenfor definisjonen. Definisjonen omfatter inntekter som er en direkte betaling fra debitor til kreditor som betaling for at kreditor gjør kapital tilgjengelig for debitor i en begrenset tidsperiode.<sup>80</sup>

”Income from debt-claims” har sin parallell i utbyttedefinisjonen i artikkel 10(3) hvor det vises til at utbytte skiller seg fra renter ”not being debt claims”. Hva som er ”debt-claims” i artikkel 11(3) er ikke eksplisitt definert, men må her ses i sammenheng med avgrensningen i artikkel 10(3) og kommentarene til denne. Begge bestemmelsene fastsetter et skille mellom inntektsgivende instrumenter som enten gjeldsinstrument eller egenkapitalinstrument.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> Vogel 2015 s.708.

<sup>77</sup> Vogel 2015 s.891.

<sup>78</sup> Vogel 2015 s.923.

<sup>79</sup> OECD 2015 Commentary art.11 para.21.

<sup>80</sup> Vogel 2015 s.923.

<sup>81</sup> H.Naas m.fl. 2011 s.770.

Definisjonen inneholder ingen subsidiær henvisning til intern rett<sup>82</sup> i kildestaten slik som definisjonen av utbytte, modellavtalen forsøker dermed å gi en uttømmende definisjon av rentebegrepet. Vurderingene som ligger bak er at definisjonen praktisk talt dekker alle typer renter i de forskjellige medlemslandene, og at man på denne måten sikrer større forutberegnelighet ettersom skatteavtalene ikke påvirkes av endringer i statenes interne rett. Det er derfor enighet om at henvisninger til statenes internrett generelt bør unngås.<sup>83</sup>

I flere av de skatteavtalene Norge har inngått er det likevel valgt å ta med en subsidiær henvisning til internretten i kildestaten.<sup>84</sup>

Det er ikke avklart om internretten kan tillegges vekt ved fastsettelsen av gjeldsbegrepet basert på den generelle tolkningsbestemmelsen i modellavtalen artikkel 3(2), i skatteavtaler som ikke inneholder en subsidiær henvisning til statenes internrett.<sup>85</sup>

#### **4.2.3 Definisjonsartikkelen 11(3) andre del**

Andre del av bestemmelsen er en spesifisering av hva som faller innenfor og hva som faller utenfor rentebegrepet.

“...and in particular, income from government securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures. Penalty charges for late payment shall not be regarded as interest for the purpose of this Article.”

Det fremgår av kommentarene at kontantinnskudd og verdipapirer klart faller inn under definisjonen og at statsobligasjoner<sup>86</sup>, og andre gjeldsbrev nevnes spesielt fordi de er praktisk viktige og representerer visse særegenheter.<sup>87</sup> Andre del av bestemmelsen er dermed ikke ment å være uttømmende.

---

<sup>82</sup> Den opprinnelige modellavtalen 1963 hadde en henvisning til intern rett, noen eldre skatteavtaler inneholder derfor fortsatt denne henvisningen. For eksempel skatteavtale Norge- Israel art.11(3)(ny avtale under forhandling).

<sup>83</sup> OECD 2015 Commentary art.11 para.21 og Zimmer 2009 s.227.

<sup>84</sup> For eksempel skatteavtale Norge-; USA 1971 art.9(4), Storbritannia 2000 art.11(3), Spania 1999 art.11(4), Tyskland 1991 art.11(2), Russland 1995 art.11(4), Italia 1987 art.11(4).

<sup>85</sup> Forfatterne av H.Naas m.fl. 2011 s.774 hevder dette.

<sup>86</sup> ”Government securities” inkluderer også andre finansielle papirer utstedt av staten.

<sup>87</sup> OECD 2015 Commentary art.11 para.18 og H.Naas m.fl. 2011 s.771.

Videre presiseres det i andre del av bestemmelsen at ikke bare inntekt i form av renter fra de nevnte instrumenter, men også ”premiums and prizes” som knytter seg til slike instrumenter faller inn under rentebegrepet. Rentebegrepet inkluderer altså overkurs, underkurs eller andre utbetalinger.<sup>88</sup> Denne forståelsen bør ikke kun begrenses til de instrumenter som nevnes spesifikk i bestemmelsen, men bør gjelde ved alle gjeldskrav som faller inn under definisjonen.<sup>89</sup> Kommentarene presiserer at dersom det er betalt en overkurs slik at det beløp som betales ved innløsningen er lavere enn det kreditor opprinnelig utbetalte, skal denne overkursen komme til fradrag i de renter som beskattes.<sup>90</sup> Innløsning som her omfattes av rentebegrepet må skilles fra gevinst ved salg av instrumentet til en tredjemann. Ved salg til en tredjemann skjer det ingen betaling fra debitor til kreditor.

I kommentarene til artikkel 11(3) innrømmes det at i tilfeller hvor selskaper er finansiert med en stor andel gjeld i forhold til egenkapital, såkalt tynn kapitalisering, kan det bli særlig problematisk å skille mellom renter og utbytte. For å unngå overlapp i behandlingen av inntektstypene, må det gjøres klart at rentebegrepet i artikkel 11 ikke inkluderer inntekt som faller inn under artikkel 10.<sup>91</sup> Dette er inkludert og presisert i flere av skatteavtalene Norge har inngått.<sup>92</sup> Kommentarene åpner for at to kontraherende stater kan utelate hvilke som helst typer renter, dersom de ønsker at inntekten i stedet skal behandles etter artikkel 10.<sup>93</sup>

Det er ingen bestemmelser i modellavtalen som hindrer de kontraherende statene å omklassifisere gjeld til egenkapital eller renter til utbytte etter statenes internrett. En slik klassifisering etter internretten er uavhengig av skatteavtalenes klassifisering. Ikke-diskrimineringsartiklene i modellavtalen artikkel. 24(4) og 24(5) vil her likevel kunne føre til at renter som er fradragsberettigede etter statens internrett, også må være fradragsberettiget etter skatteavtalene ved overføringer over landegrensene.<sup>94</sup>

Etter artikkel 11(3)2pkt. skal til slutt ”penalty charges for late payment” ikke behandles under rentebestemmelsen. Oversatt til norsk kan man her bruke det språklig sett noe snevrere

---

<sup>88</sup> H.Naas m.fl. 2011 s.771.

<sup>89</sup> Vogel 2015 s.925.

<sup>90</sup> OECD 2015 Commentary art.11 para.20.

<sup>91</sup> OECD 2015 Commentary art.11 para.19.

<sup>92</sup> For eksempel skatteavtale Norge-; Norden art.11(3), Storbritannia 2000 art.11(2), Irland 2000 art.11(2), Tyskland 1991 art.11(2), Belgia 1988 art.11(4) se også Vogel 2015 s.807.

<sup>93</sup> OECD 2015 Commentary art.11 para.22.

<sup>94</sup> Helminen 2010 s.174-175.

begrepet ”morarenter”. Slike morarenter er ment som en kompensasjon for kreditors tap, mer enn kapitalavkastning.<sup>95</sup>

## **5. Hybride Finansielle instrumenter**

### **5.1 Innledning**

I dette kapittelet vil behandlingen konsentreres om selve grensedragningen mellom egenkapital og gjeld, utbytte og renteinntekter. I delkapittel 5.2 presenteres hvorfor hybridfinansiering benyttes og hvilke utfordringer som oppstår ved bruken av slike instrumenter. I delkapittel 5.3 omtales generelt momenter som kan belyse grensen mellom egenkapital og gjeld.

Deretter i delkapittel 5.4-5.7 følger en fremstilling av noen eksempler som inneholder typiske trekk ved hybridfinansiering. Først presenteres tre låneavtaler som inneholder karakteristikk fra egenkapital, deretter følger en presentasjon av egenkapitalinnskudd som inneholder typiske gjeldskarakteristikk. Her vil presentasjonen begynne med hybridfinansiering som ligger nærmest tradisjonelle låneavtaler og gradvis gå mot hybridfinansiering som ligger nærmere egenkapital.

### **5.2 Generelt om hybrid finansiering**

Innenfor rammene av ulike staters selskaps- og kontraktsrett finnes det flere måter å finansiere selskaper på. Den vanligste formen er likevel gjennom egenkapital og gjeld.<sup>96</sup> Hybridfinansiering er en mellomform som inneholder karakteristika fra både gjeld og egenkapital. Dette kan være aksjeavtaler som i realiteten ligger nærmere gjeld og låneavtaler som i realiteten ligger nærmere egenkapital.<sup>97</sup> Den vanligste formen for hybride instrumenter er gjeldsinstrumenter som gjøres hybride ved å tillegge egenkapitalegenskaper.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> OECD 2015 Commentary art.11 para.22.

<sup>96</sup> Matre 2012 s.20, som eksempel stiller den norske aksjeloven visse minimumskrav til egenkapital se kap.3.

<sup>97</sup> Matre 2012 s.25.

<sup>98</sup> Helminen 2010 s.164.

Som et utgangspunkt er den rettslige betegnelsen på en investering også respektert i skattesammenheng. Den selskapsrettslige, regnskapsrettslige og skatterettslige betegnelsen av et hybrid instrument kan likevel være forskjellig ettersom formålet med klassifiseringen er ulik.<sup>99</sup>

De fleste stater skiller mellom skattlegging av renter som stammer fra gjeld og utbytte som stammer fra egenkapital.<sup>100</sup> I Norge og flere andre stater er renteutgifter fradragsberettiget i selskapets skattepliktige overskudd og reduserer dermed den totale skattebyrden for selskapet.<sup>101</sup> Utbytte er på den andre siden normalt ikke fradragsberettiget, på denne måten fører ulikhetene i skattleggingen til at gjeldsfinansiering stort sett favoriseres fremfor egenkapitalfinansiering.<sup>102</sup> Et mindre utbredt alternativ er å dele opp instrumentet i en gjeldsdel og en egenkapitaldel for skatteformål.<sup>103</sup>

Hybride finansielle instrumenter som inneholder ulike gjelds- og egenkapitalkarakteristikk kan lett føre til at en og samme betaling behandles ulikt i to stater.<sup>104</sup> Når statene behandler instrumentene ulikt kan det brukes i internasjonal skatteplanlegging. Resultatet blir at selskapet får fradrag for en og samme kostnad flere ganger, at selskapet får fradrag for kostnader i en stat uten at inntekten skattlegges i kontraherende stat, eller at det opparbeides skattecreditt i flere stater for en og samme betalte skatt.<sup>105</sup>

I OECDs modellavtale artikkel 11 er kildeskatten for renter satt til 10 prosent. Samtidig er kildeskatten for utbytte i artikkel 10 i de fleste tilfeller satt til 15 prosent. Siden kildeskatten er lavere for renter enn for utbytte, kan gjeldsfinansiering benyttes til å redusere kildeskatten i kildestaten. Manglende nøytralitet i skattesatsene skaper muligheter for skatteplanlegging.<sup>106</sup>

Det kan være andre grunner enn skattemessige som gjør at selskaper ønsker å finansieres gjennom hybride finansielle instrumenter. Rettslige, økonomiske, eller kommersielle grunner kan gjøre at man ønsker å kombinere fordeler med både egenkapital og gjeld.<sup>107</sup> Hybride instrumenter kan åpne for at en investor får ta del i vekst og overskudd i selskapet på samme måte som en aksjeinvestor, samtidig som risikoen for tap begrenses til det som normalt ville

---

<sup>99</sup> Vektleggingen av de formelle sidene ved instrumentet kan variere mellom stater.

<sup>100</sup> Helminen 2010 s.163, se blant annet de mange skatteavtalene Norge har inngått.

<sup>101</sup> For eksempel i norsk rett Skatteloven §6-40.

<sup>102</sup> Eivind Furuseth og Gjems- Onstad, Praktisk internasjonal skatterett og internprising s.49.

<sup>103</sup> Helminen 2010 s.169.

<sup>104</sup> H.Naas m.fl. 2011 s.1116. Vogel 2015 s.807.

<sup>105</sup> OECD (2015), Neutralising the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report s.11.

<sup>106</sup> Helminen s.164

<sup>107</sup> Matre 2012 s.56-57.

vært forbeholdt en långiver. I et slikt tilfelle vil selskapet for eksempel kunne oppnå lavere rentekostnader eller gjøre seg mer attraktiv for eventuelle investorer.<sup>108</sup>

Andre grunner til at gjeldsfinansiering ofte benyttes fremfor egenkapitalfinansiering er at utstedelse og tilbakebetaling av lån ofte er mer fleksibelt, gjeld påvirker ikke aksjonærstrukturen i selskapet, og gjeld står seg bedre enn egenkapital ved en eventuell konkurs og likvidasjon av selskapet.<sup>109</sup> Ofte vil det også være slik at egenkapitalinnskyttere forventer en høyere avkastning ettersom risikoen er høyere. Målet vil derfor ofte være å oppnå sikkerheten til egenkapital, men samtidig oppnå skattefordelene av gjeld.<sup>110</sup>

Norge er et land med høye skattesatser og tilsvarende høye fradragmuligheter. I tilfeller hvor kapitalinnskudd behandles som gjeld i Norge og egenkapital i utlandet, vil et internasjonalt konsern kunne oppnå høye fradrag for gjeldsrenter i Norge uten at inntekten blir skattlagt i utlandet.<sup>111</sup> På denne måten utnyttes et høyt kostnadsfradrag i Norge, samtidig som man utnytter lav eller ingen utbyttebeskatning i utlandet. Illustrerende er her Utv.2004s.36 (Petro Canada).

Saken gjaldt den skattemessige klassifikasjonen av kapitalinnskudd i selskapet Petro-Canada Norway, som var en norsk filial av det canadiske selskapet Petro-Canada Inc.

Kapitalinnskuddet var av begge parter ansett som preferanseaksjekapital, men selskapet hevdet at kapitalens egenskaper tilsa at den måtte skattemessig behandles som gjeld i Norge.

Tingretten ga selskapet medhold og la bl.a. vekt på at det var meget begrensede organisatoriske rettigheter knyttet til preferanseaksjene, at det var fastsatt en bestemt løpetid for innskuddet, at det kunne kreves tilbakebetalt med kort varsel til enhver tid, at det var avtalt en bestemt avkastning av kapitalen og at innskuddet ikke kunne nedskrives mot løpende driftstap i selskapet. Det norske datterselskapet fikk dermed fradrag for renter og valutatap uavhengig av at utbetalingene til morselskapet ble ansett som utbytte i Canada. Retten uttaler at partenes betegnelse av kapitalinnskuddet ikke er av vesentlig betydning ved vurderingen og at det må gjøres en helhetsvurdering.<sup>112</sup> I saken ble det benyttet hybrider, men det ble aldri

---

<sup>108</sup> Matre 2012 s.26 og Helminen 2010 s.164-165.

<sup>109</sup> Helminen 2010 s.165.

<sup>110</sup> Matre 2012 s.56.

<sup>111</sup> Ofte beskattes ikke utbytte, dette kan være fordi staten har tilsvarende fritaksmetoden for selskapsaksjonærer i Norge.

<sup>112</sup> Dommens avsnitt 27,28,29. Her også Rt-2001.851(Preferansekapitalsakene) om grensen mellom egenkapital og gjeld.

prosedert på ulovlig skatteplanlegging. Det er likevel ikke sikkert om en slik påstand ville påvirket resultatet.<sup>113</sup>

Dommen ble ikke anket av staten, noe som må antas inngående vurdert både ved Oljeskattekontoret og Finansdepartementet. Dette må anses å styrke tingrettsdommens relative rettskildevikt.<sup>114</sup>

### **5.3 Generelt om grensedragningen mellom egenkapital og gjeld**

Problemstillingen i det følgende er den konkrete grensedragningen mellom egenkapital og gjeld, utbytte og renter. I dette delkapittelet forsøker fremstillingen å belyse de momenter som er relevante i vurderingen av gjeld og egenkapital, samtidig som den relative vekten av momentene vurderes.

Spørsmålet hva som er utbytte, renter eller tilbakebetaling av lån må etter kommentarene foretas på bakgrunn av en helhetsvurdering i hvert konkrete tilfelle hvor alle omstendigheter er med i betraktningen.<sup>115</sup> Særlig fremheves noen viktig momenter i punkt 25 til artikkel 10:

- the loan very heavily outweighs any other contribution to the enterprise's capital (or was taken out to replace a substantial proportion of capital which has been lost) and is substantially unmatched by redeemable assets;
- the creditor will share in any profits of the company;
- repayments of the loan is subordinated to claims of other creditors or to the payment of dividends;
- the level of payment of interest would depend on the profits of the company;
- the loan contract contains no fixed provisions for repayment by a definite date.”

Andre momenter som ikke nevnes men som er av betydning, er investorens stilling dersom selskapet går på tap, investorens stilling ved likvidasjon av selskapet, hvor bundet kapitalen er i forhold til en tilbakebetaling samt tidsperioden kapitalen står til selskapets disposisjon.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> Eivind Furuset og Gjems-Onstad, Praktisk internasjonal skatterett og internprising s.57.

<sup>114</sup> H.Naas m.fl. 2011 s.1110.

<sup>115</sup> OECD 2015 Commentary art.10 para.25.

<sup>116</sup> Vogel 2015 s.836.

Ettersom momentene i kommentarene ikke har noen klar hierarkisk trinnhøyde, vil det neste spørsmålet som oppstår være hvor mye vekt de ulike momentene skal tillegges.

Avgrensningen mellom gjeld og egenkapital er i norsk rett domstolskapt.

Høyesterett har i Rt-2001.851 (Preferansekapitalsakene) gjennomgående vurdert grensen mellom egenkapital og gjeld i forhold til preferanseaksjer, dette kan likevel gi god illustrasjon i forhold til hvordan hybride finansielle instrumenter generelt blir behandlet også i skatteavtaleretten. Videre gir dommen indikasjon på hvor mye vekt som tillegges de ulike momentene ved klassifiseringen.

Høyesterett la til grunn at når et kapitalinstrument har egenskaper som har trekk både fra gjeld og egenkapital, må det "...etter vanlig oppfatning..." finne sted en klassifisering på grunnlag av en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet for å "...fastlegge om likheten er størst med gjeld eller egenkapital."<sup>117</sup>

"Partenes betegnelse av avtalene kan ikke være avgjørende, og neppe heller av vesentlig betydning for vurderingen av dem."<sup>118</sup> Det er avtalens reelle innhold som er avgjørende, ikke hvordan avtalen formelt fremstår.

Høyesterett fremhevet at kapitalen ikke kunne kreves tilbakebetalt uten ved avvikling av selskapet og kunne derfor vanskelig forenes med definisjonen av gjeld "...hvor det sentrale er retten til å kreve en ytelse i penger."<sup>119</sup> De sterke begrensningene i adgangen til å få kapitalen tilbakebetalt talte for at den var av permanent karakter og talte således tungt mot å klassifiseres som gjeld. En sentral del er altså at det foreligger en tilbakebetalingsplikt.

Preferansekapitalen ble inndelt i klasser med forskjellig prioritet for dekning av kravet. Høyesterett uttalte; "Jeg kan imidlertid ikke se at det er noe til hinder for at en långiver aksepterer å stå tilbake for preferanseaksjekapital, og er således ikke enig i at dette er et forhold som trekker i retning av egenkapital." I utgangspunktet vil egenkapital ha en lavere prioritet for dekning av kravet, enn gjeld.<sup>120</sup> Likevel vil ikke den avtalte prioriteten til et hybrid finansieringsinstrument være av særlig betydning ved klassifikasjonen.

---

<sup>117</sup> Rt-2001.851 på s.863.

<sup>118</sup> Rt-2001.851 på s.863.

<sup>119</sup> Rt-2001.851 på s.866.

<sup>120</sup> Se som eksempel i Norsk rett Aksjeloven §16-9(1).



Når det gjaldt avkastning skulle kapitalen være rentefri, men betjenes av utbytte tilsvarende utbytte på bankenes ordinære aksjekapital. Høyesterett bemerker at avkastning ved en så risikopreget plassering er "...svært atypisk for gjeld..." og typisk for egenkapital.<sup>121</sup> Dette tilsier at avkastning som er avhengig av selskapets egen beslutning må tillegges betydelig vekt i retning egenkapital. Videre vil det være av betydning om avkastningen er resultatavhengig, men en slik beregning er ikke uforenelig med en låneavtale og skal dermed ikke tillegges like mye vekt i retning egenkapital.<sup>122</sup>

Når det gjaldt retten til å konvertere gjeld til egenkapital uttalte Høyesterett, "Frem til konverteringen foreligger det imidlertid ved slike obligasjoner, slik jeg ser det, et ordinært gjeldsforhold."<sup>123</sup> Høyesterett slår her fast at konvertible obligasjoner med konverteringsrett for kreditor skal klassifiseres som lån inntil konverteringen finner sted. Høyesterett sa ikke noe om konverteringsretten talte for eller imot klassifiseringen som gjeld. Det er her nærliggende å konkludere med at en konverteringsrett i seg selv neppe tillegges særlig vekt i den ene eller andre retning før konverteringen foretas.

Et annet tungtveiende moment for Høyesterett var om kapitalen har en tapsabsorberende evne og dermed kan benyttes til dekning av tap eller underskudd ved løpende drift i selskapet. Høyesterett uttaler, "Jeg vil derfor ikke utelukke at den tapsabsorberende evnen som Preferansekapitalen hadde, kan være forenelig med lån, men mener likevel at dette er et forhold som trekker sterkt i retning av å anse Preferansekapitalen som egenkapital."<sup>124</sup>

## 5.4 Særlig langvarige eller evigvarende lån

I motsetning til lån som skal tilbakebetales etter en avgrenset tidsperiode er egenkapitalinnskudd i utgangspunktet evigvarende. En aksjeandel kan synke eller stige i verdi og kan som oftest selges eller overføres.<sup>125</sup> Likevel forblir innskuddet i selskapet helt til en eventuell utløsning av aksjonæren eller oppløsning av selskapet.<sup>126</sup> Vilkår i låneavtalen som

---

<sup>121</sup> Rt-2001.851 på s.865.

<sup>122</sup> Lars Stakston Kvinge og Jørgen G. Gran "Hybridfinansiering av aksjeselskaper; særskilt om den skatterettslige grensen mellom gjeld og egenkapital" s.45.

<sup>123</sup> Rt-2001.851 på s.866.

<sup>124</sup> Rt-2001.851 på s.865.

<sup>125</sup> For eksempel Aksjeloven §4-15.

<sup>126</sup> For eksempel Aksjeloven §§4-24 og 4-25.

definerer tidspunktet for tilbakebetaling og vilkår som gir rett til kansellering av lånekontrakten med umiddelbar tilbakebetaling, vil være viktige momenter i vurderingen av gjeld eller egenkapital.<sup>127</sup>

En låneavtale kan for eksempel inneholde vilkår som fastslår at lånet kun tilbakebetales dersom selskapet oppløses. På den andre siden kan det utstedes aksjer som kan innløses før selskapet eventuelt oppløses.<sup>128</sup> Her vil i praksis lånekapitalen være mer permanent bundet enn egenkapitalen. Långiver vil på denne måten kunne være utsatt for minst like stor risiko som en egenkapitalinvestor.

Det er den permanente karakteren som her gjør at gjelden har likhetstrekk med egenkapital. Det er ikke mulig å sette opp noen fast tidsgrense for når løpetiden går over fra en gjeldskarakteristikk til en egenkapitalkarakteristikk. En må her gå ut ifra virksomhetens karakter og hva som ville vært rimelig tid for en normal låneavtale i tilsvarende finansieringssituasjon.<sup>129</sup>

Problemstillingen i dette kapitlet er hvorvidt rentene på evigvarende lån faller inn under utbyttedefinisjonen i modellavtalens artikkel 10(3), ettersom låneavtaler uten fastsatt tilbakebetalingstidspunkt og uten annen rett for kreditor til å kansellere låneavtalen har en permanent karakter.

I de skatteavtalene som følger modellavtalen vil det at lånet er evigvarende, neppe isolert sett være nok til at renteinntektene oppfyller ”corporate rights”- vilkåret. Riktignok vil långiver inneha en viss risiko ved at kapitalen er bundet opp i selskapet på ubegrenset tid. Likevel vil långiveren fortsatt ha prioritet foran egenkapitalinnskytere i en konkurssituasjon. Det at lånet er evigvarende, gir ikke kreditor noen større rett til å delta i selskapets overskudd.<sup>130</sup> Et evigvarende lån er derfor ingen ”corporate right” eller selskapsrettighet i seg selv, uten at andre egenkapitalkarakteristikker er tilstede.

Dersom et innskudd skal dekke et langsiktig kapitalbehov i selskapet må det forutsettes at forfallstid og tilbakebetaling er langt frem i tid, eventuelt at innskuddet ikke kan kreves

---

<sup>127</sup> OECD 2015 Commentary art.10 para.25.

<sup>128</sup> For eksempel Aksjeloven §12-7.

<sup>129</sup> Matre 2012 s.137.

<sup>130</sup> Helminen 2010 s.183.

tilbakebetalt uten en avvikling.<sup>131</sup> Dette kan trekke i retning av egenkapital, men bør formuleres som et spørsmål om tilbakebetalingsplikt.

Et argument for å omklassifisere renteinntektene på det evigvarende lånet er at dersom man snur det hele rundt, slik at selskapet yter et evigvarende lån til en aksjonær, vil dette mest sannsynlig bli sett på som skjult utbytte fra selskapet til aksjonæren.<sup>132</sup> Her vil selve lånet være utbytte etter modellavtalen.

Det neste spørsmålet blir hvilke andre egenkapitalkarakteristikker som også må være tilstede for at det evigvarende lånet kvalifiserer som utbytte etter artikkel 10(3) i modellavtalen.

Et evigvarende lån er ikke ubetinget tapsabsorberende ved at kapitalen i utgangspunktet ikke kan brukes til å dekke løpende tap og underskudd i bedriften. Det foreligger formelt en tilbakebetalingsplikt som taler for at innskuddet skal behandles som lån, likevel vil denne i realiteten avvike fra det som er normalt i en låneavtale. Forfallstidspunktet er ikke avtalt og lånet kan ikke bringes til forfall av kreditor. Vi nærmer oss grensen til egenkapital under vurderingen av risiko. Dersom lånet i realiteten også inneholder en lavere prioritet enn andre kreditorer, såkalt ansvarlig lånekapital vil risikoen for kapitalen være tilnærmet selskapets forretningsrisiko.

Har kreditor rett til deler av likvidasjonsoverskuddet eller avkastningen er resultat- eller utbytteavhengig og ikke beregnet etter en fastsatt rente, vil kreditor oppfylle vilkåret til deltakelse i selskapets profitt. Dette vil mest sannsynlig være avgjørende for klassifiseringen i retning av egenkapital.

Andre mindre vektige faktorer kan være hvordan låneavtalen er utformet i forhold til mislighold, organisatoriske rettigheter kreditor har selskapet og om kapitalen står i et særforhold sett hen til annen finansiering i selskapet.

---

<sup>131</sup> Se Skaar mfl. 2006 s.480 som argumenterer med langsiktig kapitalbehov. Se også OECD 2015 Commentary art.10 para.25 som bruker ordlyden ”repayment”.

<sup>132</sup> Helminen 2010 s.184.

## 5.5 Resultatavhengige lån

Resultatavhengige lån er lån hvor rentene helt eller delvis avhenger av utbytte som utdeles til aksjeeierne, eller av selskapets resultat.<sup>133</sup> En typisk karakteristikk ved gjeld er at långiver har rett på rentebetalinger uavhengig av om selskapet går med overskudd eller ikke. Dette står i motsetning til en egenkapitalinnskyter som ikke har noen garantier for avkastning, men som til gjengjeld har muligheten for ubegrenset profitt gjennom utbytte.<sup>134</sup> Det viktigste skille er likevel at låneavtalen er et kontraktsmessig krav som skaper et debitor-kreditor forhold. På den andre siden vil et aksjeeierforhold stort sett være lovregulert hvor utbytte avhenger av selskapets resultater og bestemmes av generalforsamlingen i selskapet.<sup>135</sup> Resultatavhengige låneavtaler er svært likt egenkapital ettersom rentene avhenger av utbytteutdelingen.

Problemstillingen i dette kapitlet er hvorvidt rentene på et resultatavhengig lån faller inn under utbyttedefinisjonen i modellavtalens artikkel 10(3). Problemstillingen oppstår fordi kreditor potensielt tar del i selskapets ubegrensede profitt, samtidig som risikoen ofte er høyere.

Utgangspunktet er at ordlyden i modellavtalen artikkel 10(3) ikke omfatter gjeldsfordringer jf. ”not being debt claims”. Samtidig som rentebegrepet i artikkel 11(3) omfatter ”income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor’s profits”. Det avgjørende for skatteavtaler som bygger på modellavtalen vil altså være om inntekten knytter seg til gjeldsfordringer, ikke hvordan avkastningen skal beregnes.<sup>136</sup>

Etter kommentarene skal inntekter fra obligasjoner som gir rett til avkastning utover fastsatt renteinntekt, såkalte deltakende obligasjoner, ikke behandles som utbytte før obligasjonen eventuelt konverteres til aksjer.<sup>137</sup>

Utbyttedefinisjonen i artikkel 10(3) inneholder som nevnt en henvisning til selskapets hjemstats interne rett. Det kan derfor forekomme at tilbakebetalinger på et resultatavhengig

---

<sup>133</sup> Se for eksempel Aksjeloven §11-14.

<sup>134</sup> Skaar mfl. 2006 s.619.

<sup>135</sup> Helminen 2010 s.186. Se for eksempel Aksjeloven §§8-1 og 8-2.

<sup>136</sup> Se også OECD 2015 Commentary art.10 para.24 og art.11 para.19.

<sup>137</sup> OECD 2015 Commentary art.11 para.19.

lån behandles som utbytte i kildestaten. Denne henvisningen er sekundær i forhold til utbyttedefinisjonens ordlyd som avgrenser mot avkastning av fordringer.<sup>138</sup>

Et gjeldsinstrument som gir rett til å delta i selskapets profitt, vil altså alene ikke være nok til at kreditor innehar ”corporate rights” i selskapet.

Spørsmålet blir derfor hvilke andre egenkapitalkarakteristikker som også må være tilstede for at det resultatavhengige lånet kvalifiserer som utbytte etter utbyttebestemmelsen.

I kommentarene presiseres det at renter på ”participating bonds” burde behandles som utbytte dersom kreditor ”effectively shares the risks run by the debtor company”.<sup>139</sup> Kommentarene åpner altså for en omklassifisering i tilfeller hvor kreditor både tar del i selskapets profitt og deler selskapets forretningsrisiko. I slike tilfeller innehar kreditor ”corporate rights” i selskapet og renteinntektene bør behandles som utbytte.

Ved resultatavhengige lån vil egenkapitalinnskyter i utgangspunktet stå overfor to typer risiko. Den første vil være risikoen for å ikke motta avkastning på innskuddet. Den andre vil være risikoen for å tape hele eller deler av innskuddet. En naturlig forståelse av ordlyden i kommentarene vil være at risikoen for å tape hele innskuddet er det sentrale.

Den ubetingede retten til renteutbetalinger medfører at risikoen for avkastning i utgangspunktet er mindre ved gjeld enn ved egenkapital. Kreditor vil ha krav på rente uavhengig av selskapets resultat. Resultatavhengig rente samsvarer med avkastningen som oppnås ved egenkapitalinnskudd i selskapet, uten å være betinget av utdelingsbeslutninger. Både kreditor og egenkapitalinnskyter deler forretningsrisikoen i selskapets virksomhet i bytte mot ubegrenset avkastning.

Gir et kapitalinnskudd ubetinget rett til en forhåndsavtalt avkastning, taler det for at ytelsen klassifiseres som gjeld. På den andre siden kan også egenkapital med visse begrensninger gi fast avkastning. Eksempelvis gir preferanseaksjer ofte en rett til utbytte beregnet som prosentsats av kapitalinnskuddet. Vedtektene kan påby utdeling av utbytte, men kun innenfor de lovbestemte utbyttebegrensninger.<sup>140</sup> Denne retten vil likevel ikke være ubetinget ettersom

---

<sup>138</sup> Skaar mfl. 2006 s.598

<sup>139</sup> OECD 2015 Commentary art.11 para.19 og art.10 para.25.

<sup>140</sup> Mads Henry Andenæs m.fl, Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper 2016 s.435.

den avhenger av at selskapet har frie midler og at selskapsorganene treffer de nødvendige beslutninger.<sup>141</sup>

Høy risiko vil normalt gjenspeile høyere avkastning. Ettersom selskapet sjeldent ønsker å dele overskuddet med andre enn eierne, vil selskapet normalt finansieres gjennom tradisjonelle lån dersom dette er mulig. Resultatavhengige lån indikerer dermed ofte at investeringen er utsatt for høy risiko. Likevel kan det avtales resultatavhengig avkastning der risikoen er lav. Dette gjør risiko på avkastning til et mindre egnet moment i vurderingen. Hvor stor risikoen må være for at kreditor deler forretningsrisikoen vil avhenge av bransje, markedsforhold og kreditors investeringsstrategi.

Et spørsmål i denne sammenheng er de tilfeller plikten til å betale renter bortfaller dersom selskapet ikke har overskudd et år. Her vil den ubetingede retten til avkastning være begrenset. På den andre siden, dersom selskapets renteplikt akkumuleres slik at selskapet må betale mer når det først foreligger overskudd, vil det tale for at renteplikten er ubetinget og at kapitalen således er gjeld.

Et annet spørsmål som oppstår er om det vil være forskjell på renteutbetalinger som avhenger av selskapets utbytteutdeling og renteutbetalinger som er resultatavhengige. Utbyttebasert rente avhenger av utbyttebeslutninger i selskapet, samtidig som resultatavhengige renteutbetalinger kun avhenger av selskapets resultat. Denne nyansen kan tale for at utbyttebaserte renteutbetalinger ligger enda nærmere egenkapital ettersom slike utbetalinger ikke er ubetinget.<sup>142</sup>

Når det gjelder risikoen for tap av innskuddet vil risikoen for kreditor være begrenset til avkastningen på investeringen. Kreditor vil normalt ha en ubetinget rett på tilbakebetaling av innskuddet og prioritet foran egenkapitalinnskyter ved konkurs. På den andre siden vil egenkapitalinnskuddet være bundet opp i selskapet uten at egenkapitalinnskyter kan holde misligholdsbeføyelser mot selskapet ved manglende betaling. Egenkapitalinnskyter vil normalt ha direkte kontroll i selskapet gjennom organisatoriske rettigheter som en kompensasjon for den forhøyede risikoen.

Spørsmålet om risiko for tap av innskuddet kan således formuleres som et spørsmål om tilbakebetalingsplikt for selskapet.

---

<sup>141</sup> Matre 2012 s.141.

<sup>142</sup> Se her Rt-2001.851 på s.866.

Dersom tilbakebetaling av selve lånet også er avhengig av den økonomiske utviklingen i selskapet vil det ikke foreligge en reell tilbakebetalingsplikt for selskapet. I slike tilfeller vil kapitalen være like bundet og tapsutsatt som annen egenkapital i selskapet. Det vil derfor være naturlig å behandle låneinnskuddet som egenkapital og dermed omklassifisere rentene til utbytte.

Modellavtalens ordlyd er fulgt i de fleste skatteavtalene Norge har inngått, men det finnes likevel flere ulike varianter. Rentebegrepet i Den Nordiske Avtalen inneholder ingen vilkår om at rentebestemmelsen gjelder selv om kreditor har rett til å ta del i debitors overskudd eller ikke.<sup>143</sup> Rentebestemmelsen i artikkel 11(3) viser til at renter er ”inntekt fra fordringer av enhver art som ikke er utdeling etter artikkel 10 punkt 6”. Siden utbyttedefinisjonen i artikkel 10(6) viser til internretten i det utdelende selskapets hjemstat, blir det opp til internretten i de nordiske landene å avgjøre grensen mellom renter og utbytte.<sup>144</sup>

I skatteavtalen med Nederland presiseres det i definisjonsartikkelen 10(6) at for Nederlands vedkommende skal ”income from profit sharing bonds” behandles som utbytte.

Utbyttedefinisjonen inneholder ikke vilkåret ”not being debt claims” som avgrenser mot inntekt som stammer fra fordringer.<sup>145</sup> Utbyttebegrepet i denne skatteavtalen omfatter altså resultatavhengige lån for Nederlands del, men ikke nødvendigvis for Norges del. Dersom Norge skal behandle rentene på et resultatavhengig lån som utbytte må rentene falle inn under ”corporate rights”- vilkåret.

Resultatet blir at slike lån vil være utbytte for Nederlands del, men må kvalifisere som ”corporate rights” i de tilfeller Norge er utdelende selskaps hjemstat og skal bestemme klassifiseringen ut i fra internretten.

Denne ulikheten i klassifiseringen av et resultatavhengig lån kan brukes i skatteplanlegging ved at det dermed gis fradragsrett for renteutgifter i Norge, samtidig som utbytte ikke skattlegges i Nederland (tilsvarende fritaksmetoden). På den andre siden vil Norge skattlegge slike renteinntekter der hvor lånet går ut fra Norge, samtidig som Nederland formodentlig ikke gir fradragsrett for gjeldsrenter.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> Bestemmelsen hadde denne ordlyden tidligere, men ble fjernet etter norsk anmodning. Edward Andersson, Det nordiska skatteavtalet med kommentarer, 1991 s.141.

<sup>144</sup> Skaar mfl. 2006 s.599, Andersson 1991 s.135.

<sup>145</sup> Skatteavtale Norge- Nederland art.10(6).

<sup>146</sup> Skaar mfl. 2006 s.599.

## 5.6 Renter på konvertible obligasjoner, opsjonslån og warrants

Felles for finansiering gjennom konvertible obligasjoner, opsjonslån og warrants er at de i utgangspunktet er lån som gir kreditor en rett eller plikt til utstedelse av aksjer i selskapet. I den videre fremstillingen vil derfor behandlingen gjøres under ett hvor fellesbetegnelsen konvertible lån benyttes.

Warrants og opsjonslån er i denne sammenheng like og gir kreditor rett til et gitt antall aksjer i selskapet mot innskudd.<sup>147</sup> Innskuddet kan være bestemt på forhånd eller avhenge av ulike variabler. Tidspunktet for innløsningen av opsjonen kan være på en bestemt dato eller i løpet av kontraktens levetid. Konvertible obligasjoner på sin side gir kreditor rett til å kreve en fordring ombyttet til aksjer i selskapet mot at rentebetalingene opphører. En slik konvertering kan være til et fastsatt beløp og innenfor en spesifisert tidsperiode.<sup>148</sup> Felles for instrumentene er altså at kreditor får en rett til å ta del i selskapets profitt gjennom aksjer. Etter aksjeloven skal avkastning av slike instrumenter i utgangspunktet anses som renter.<sup>149</sup>

En konverteringsrett med fastsatt tegningskurs gir kreditor muligheten til å ta del i stigende aksjekurs uten å måtte dele den risikoen andre aksjeeiere normalt innehar. Samtidig vil muligheten for ubegrenset profitt være en egenkapitalkarakteristikk som normalt er forbeholdt egenkapitalinnskytere. Det konvertible lånet gir altså kreditor muligheten til å ta del i selskapets profitt som er et egenkapitaltrekk, uten å dele selskapets risiko, som er et kjennetegn på gjeld.

Problemstillingen i dette kapittelet er hvorvidt renter på et konvertibelt lån faller inn under utbyttedefinisjonen i modellavtalen artikkel 10(3). Problemstillingen oppstår fordi kreditor potensielt tar del i selskapets ubegrensede profitt, samtidig som kreditors innskudd kan være bundet av debitor på en slik måte at kreditor deler forretningsrisikoen med debitor.

Ordlyden i modellavtalen artikkel 10(3) setter som vilkår for utbytte at inntekten stammer fra rettigheter som gir deltakeren rett til å ta del i selskapets profitt jf. ”participating in profits”. Dette er altså et selvstendig vilkår i tillegg til hva som ligger i ”corporate rights”.

---

<sup>147</sup> De tekniske forskjellene på Warrants og klassiske Opsjoner (bl.a løpetid og omsetning) påvirker ikke behandlingen i forhold til Skatteavtalene.

<sup>148</sup> Skaar mfl. 2006 s.599-600.

<sup>149</sup> Se for eksempel Aksjeloven §11-1(1).



Et spørsmål som her oppstår er hvorvidt muligheten for profitt gjennom konvertering, er nok til at kreditor deltar i selskapets profitt. Før konverteringen gjennomføres vil kreditor kun ha en indirekte profitt.

En naturlig forståelse av ordlyden inkluderer ikke rene muligheter for å konvertere til profitt. Etter ordlyden må lånet derfor gi kreditor en ytterligere rett til å ta del i selskapets profitt for å falle inn under utbyttedefinisjonen.

Etter kommentarene skal renter på konvertible obligasjoner ikke behandles som utbytte før en eventuell konvertering til aksjer.<sup>150</sup> Likevel skal renter på slike instrumenter anses som utbytte dersom långiver i praksis innehar den samme forretningsrisiko som debitorselskapet.<sup>151</sup> Slik risiko vil for eksempel være når tilbakebetaling av lånet i stor grad avhenger av selskapets lønnsomhet eller på annen måte er avhengig av selskapets utvikling.<sup>152</sup> Altså åpner kommentarene for at indirekte profitt gjennom konvertering er nok til at kreditor tar del i selskapets profitt, der hvor kreditor også tar del i forretningsrisikoen i selskapet.

Konvertible lån kan deles opp i to deler, en lånedel og en opsjonsdel/konverteringsdel. Isolert sett kvalifiserer ingen av disse to delene som ”corporate rights”.<sup>153</sup> Det som mangler er den risiko en vanlig aksjeeier har ved at kapitalen er bundet i selskapet fra innskuddstidspunktet, og at verdien deretter kan synke eller gå helt tapt. Siden en slik risiko ikke vil være tilstede før konverteringen utføres, kan det konkluderes med at lånet må inneha flere egenkapitaltrekk enn konverteringsmuligheten for at renter skal anses som utbytte.

Det profittpotensialet som kreditor tar del i ved konverteringsretten ligger nært en resultatavhengig avkastning. Under drøftelsen av resultatavhengige lån ble det konkludert med at en resultatavhengig avkastning i seg selv ikke er nok til å omklassifisere gjeld til egenkapital. Selv om ikke konverteringsretten i seg selv er nok til en omklassifisering vil konverteringsretten føre lånet nærmere egenkapital. Momentet vil etter dette ikke inneha noen tung vekt, men kan i tvilstilfeller tale i retning egenkapital. En forutsetning er likevel at det foreligger et potensiale for økonomisk vinning, dersom kreditor har muligheten til å konvertere lånet til markedspris vil det ikke foreligge noen egenkapitaltrekk.

---

<sup>150</sup> OECD 2015 Commentary art.10 para.24 og art.11 para.19.

<sup>151</sup> OECD 2015 Commentary art.11 para.19 og art.10 para.15.

<sup>152</sup> OECD 2015 Commentary art.10 para.25.

<sup>153</sup> Vogel 2015 s.842.

Det neste spørsmålet blir hvilke andre egenkapitalkarakteristikker som må være tilstede for at det konvertible lånet kvalifiserer som utbytte etter modellavtalen artikkel 10(3).

Først og fremst vil det her være at kreditor ikke tar del i selskapets forretningsrisiko før konverteringen til aksjer, som mangler av egenkapitaltrekk. I denne sammenheng vil det være kreditors mulighet til å tape hele eller deler av innskuddet som er det sentrale. Kreditor vil i utgangspunktet stille sterkere enn egenkapitalinnskytere ved konkurs og likvidasjon. Dersom det konvertible lånet mangler reell tilbakebetalingsplikt eller har en lavere prioritet enn andre kreditorer, vil kreditor i stor grad dele selskapets forretningsrisiko.

Her vil vilkårene i lånekontrakten være avgjørende. Dersom lånet er evigvarende og ikke inneholder noen reell tilbakebetalingsplikt vil kapitalen være bundet opp i selskapet på samme måte som egenkapital og således være tapsabsorberende. På samme måte, men i mindre grad vil et ansvarlig lån hvor kreditor har en lavere prioritet for sitt krav enn andre kapitalinnskytere, føre til at kreditor deler den forretningsmessige risikoen i selskapet.

Et særlig tilfelle er der hvor konverteringen til aksjer ligger utenfor kreditors kontroll. Dette kan være i tilfeller hvor konverteringen er obligatorisk eller debitor selv kan velge når konverteringen skal gjennomføres. Her vil kreditor miste retten til å få lånet tilbakebetalt og kapitalen er bundet opp i selskapet. Konverteringen vil på denne måten gjøre kapitalen tapsabsorberende for debitor. Før konverteringen vil normalt kreditor stille sterkere enn egenkapitalinnskytere ved en konkurs eller likvidasjonsprosess.

En særlig problemstilling kan være i de skatteavtaler som ikke inneholder ”corporate rights”-vilkåret ved henvisningen til kildestatens behandling av utbytte i artikkel 10(3). Dersom rentene på det konvertible lånet overstiger markedrenten, kan det problematiseres om det overskytende skal behandles som utbytte etter norsk internrett. En følge vil da være at denne delen av rentene skal behandles som utbytte også etter skatteavtalen.<sup>154</sup>

---

<sup>154</sup> Mattias Dahlberg, Ränta eller kapitalvinst 2011 s. 656.

## 5.7 Avkastning fra Preferanseaksjer

Til nå har de gjennomgåtte hybride finansieringsformene bestått hovedsakelig av gjeld, som inneholder egenkapitalkarakteristikker. Preferanseaksjer derimot, er aksjer hvor det er avtalt begrensninger i egenkapitalkarakteristikkene, slik at aksjene inneholder visse gjeldskarakteristikker.

Utgangspunktet er at alle aksjer gir lik rett i selskapet, likevel kan det opprettes ulike aksjeklasser som gir ulike rettigheter i selskapet.<sup>155</sup> Preferanseaksjer er ingen entydig begrep, men brukes i denne sammenheng som fellesbetegnelse på aksjer som mangler visse egenkapitaltrekk. Preferanseaksjer kan ha forrang til utbytte og tilbakebetaling, men på den andre siden inneholde begrensninger i stemmerett og innflytelse i selskapet. Slike begrensninger brukes gjerne i situasjoner hvor selskapet trenger risikovillig kapital uten å gi investoren innflytelse i selskapet.<sup>156</sup> Avtalefriheten åpner for at partene kan avtale flere ulike kombinasjoner av forrang og begrensninger i aksjene, i denne fremstillingen presenteres noen typetilfeller.

Problemstillingen i dette kapitlet er hvorvidt utbytte fra preferanseaksjer faller utenfor utbyttedefinisjonen i artikkel 10(3) og dermed bør omklassifiseres til renter.

Ordlyden i artikkel 10(3) gir ingen holdepunkter for at aksjer som tilhører forskjellige aksjeklasser eller mangler organisatoriske rettigheter ikke skal behandles som utbytte.

Kommentarene til modellavtalen nevner ikke spesifikk aksjer med ulike aksjeklasser, men det må her som for andre hybride finansieringsformer foretas en helhetsvurdering på bakgrunn av de ulike momentene.<sup>157</sup>

Normalt er retten til innflytelse i selskapet gjennom stemmerettigheter forbeholdt egenkapitalinvestorene og ikke fremmedkapitalinvestorene. Begrensninger i organisatoriske rettigheter vil derfor være et tegn på at investeringen er gjeld. Videre vil preferanseaksjer ofte gi rett til en på forhånd fastsatt avkastning som ikke avhenger av selskapets lønnsomhet, dette er mer sammenlignbart med renter på gjeld enn utbytte.

---

<sup>155</sup> Se for eksempel Aksjeloven §4-1.

<sup>156</sup> Helminen 2010 s.199. Matre 2012 s.171.

<sup>157</sup> OECD 2015 Commentary art.10 para.25.

På den andre siden inneholder ikke preferanseaksjer en fastsatt dato for tilbakebetaling. Avkastningen på aksjene avhenger av selskapets beslutning om utbytteutdeling og at det faktisk er overskudd som kan deles ut. Preferanseaksjeeierne vil normalt også stille bak kreditorene ved en eventuell likvidasjon av selskapet.<sup>158</sup> Dette er egenkapitalkarakterstikker som taler mot gjeldsklassifisering.

I utgangspunktet vil altså de sentrale delene av ”corporate rights”- vilkåret i artikkel 10(3) være oppfylt. Avkastningen stammer fra selskapsrettigheter som gir rett til profitt, om enn ikke ubegrenset. Samtidig som risikoen normalt tilsvare selskapets forretningsrisiko ved at kapitalen er bundet opp i selskapet, og at aksjeeieren stiller bak øvrige kreditorer.

Et særlig tilfelle er der hvor preferanseaksjene er innløselige, altså der hvor det er avtalt at selskapet kjøper tilbake aksjene på en fastsatt dato, eller en dato bestemt av aksjeeieren. Et av hovedskillene mellom egenkapital og gjeld er det faktum at gjeld er en midlertidig investering hvor kreditor vet når tilbakebetaling forfaller, i motsetning til egenkapital som følger selskapet frem til en eventuell likvidasjon. I et slikt tilfelle hvor risikoen også blir mindre vil preferanseaksjene ligge tett opptil et resultatavhengig lån.

Det er vanlig at ulike aksjelovgivninger inneholder regler om retten for en aksjonær til å tre ut av selskapet,<sup>159</sup> og selskapets rett til utløsning av en aksjeeier.<sup>160</sup> Dersom vilkårene etter disse bestemmelsene er oppfylt vil aksjer i ethvert selskap i utgangspunktet være innløselige. Dette taler for at preferanseaksjer ikke skal behandles annerledes der hvor innløsningsretten er fastsatt gjennom avtale.

Risikoen vil likevel være ulik ettersom bestemmelsene aksjelovgivningen krever tungtveiende grunner for at uttredelse blir fastsatt ved dom. Ved en avtalebestemt innløsningsrett derimot, vil aksjeeieren kun inneha normal risiko for aksjeinnskudd frem til innløsningen skjer. Dette er mer sammenlignbart med en gjeldsinvestering hvor kreditor har risiko frem til fordringsbeløpet er tilbakebetalt. På den andre siden vil kreditorene fortsatt ha forrang fremfor preferanseaksjeeierne dersom selskapet havner i en likvidasjonsprosess.

---

<sup>158</sup> Helminen 2010 s.199.

<sup>159</sup> For eksempel Aksjeloven §4-24.

<sup>160</sup> For eksempel Aksjeloven §4-25.

Etter dette kan det konkluderes med at også innløselige aksjer er ”corporate rights” etter artikkel 10(3), men at dette kan stille seg annerledes der hvor preferanseaksjeeieren prioriteres på samme måte som en kreditor ved likvidasjonsbehandling av selskapet.

## 6. Avsluttende Bemerkninger

### 6.1 Oppsummering, kritikk, og mulige løsninger

Det skatterettslige skillet mellom utbytte og renter bygger på skillet mellom gjeld og egenkapital. Ettersom skattleggingen av renter og utbytte ikke er nøytral må dette skillet avgjøres på bakgrunn av innskuddets økonomiske substans. Fra et økonomisk ståsted er det liten grunn til å skatterettslig skille mellom egenkapital og gjeld. De to finansieringsformene er krav som holdes opp mot selskapets øvrige eiendeler i bytte mot kapital. Både utbytte og renter er godtgjørelser til investoren mot at kapital gjøres tilgjengelig.<sup>161</sup> Dette blir særlig tydelig i store børsnoterte selskaper hvor eierskapet er spredt.

Den eneste økonomiske realitetsforskjellen mellom egenkapital og gjeld er at avkastningen varierer. Dette har igjen sammenheng med risiko, hvor egenkapitalinnskyteren bevisst deler selskapets forretningsrisiko. I prinsippet tar kreditor en mindre risiko enn aksjeeieren, men som vi har sett kan det i realiteten være lite som skiller de to. Den økonomiske risikoforskjellen bygger igjen hovedsakelig på annen lovgivning slik at skillet ikke er nødvendig i forhold til skatteretten.<sup>162</sup> Hensynet til nøytralitet i skatteretten taler for at instrumenter som reelt sett er like i deres økonomiske substans, skattlegges likt. Skatteunngåelse gjennom hvilken form et investeringsinstrument har bør unngås når instrumentene er tilnærmet økonomisk identiske.

Formelt sett er gjeld og egenkapital klart atskillelige. For et aksjeselskap er renter en fradragsberettiget driftskostnad, på den andre siden er utbytte utdelt overskudd som ikke kan fradragsføres. Dette er et utgangspunkt som gir særdeles begrenset veiledning ved klassifiseringen av hybride finansieringsinstrumenter.

---

<sup>161</sup> Helminen 2010 s.167-168.

<sup>162</sup> Andre rettsområder vil typisk være selskapsrett og konkursrett.

I skatteavtalene Norge har inngått klassifiseres hybride finansielle instrumenter og inntekten fra disse etter en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle basert på den økonomiske substansen. Denne tilnærmingen er forståelig ettersom det ville vært umulig å inngå skatteavtaler som dekker alle mulige kombinasjoner av finansielle instrumenter.

De ulike momentene som skal vurderes i helhetsvurderingen har ingen bestemt trinnhøyde, slik at vekten vil variere ut i fra betydningen momentet har i forhold til ”corporate rights” i den enkelte sak. En konsekvens blir fort at konkrete skjønsmessige vurderinger benytte på bekostning av prinsipielle retningslinjer. Skjønsmessige vurderinger åpner for fleksibilitet, men kan gi redusert forutberegnelighet for skatteyter.<sup>163</sup> Når hybride finansielle instrumenter endrer seg hurtig vil en mangel på rettsgrunnlag skape problemer.

De skatteavtalene Norge har inngått som ikke følger ordlyden i OECDs modellavtale artikkel 10(3), gir en bedre løsning ved klassifikasjonskonflikter mellom gjeld og egenkapital enn der hvor skatteavtalen følger ordlyden. I skatteavtaler som ikke inneholder ”corporate rights”-vilkåret er det opp til internretten i kildestaten å avgjøre klassifiseringen. Her vil det kun oppstå konflikt dersom kildestaten behandler inntekten som renter, samtidig som kontraherende stat behandler inntekten som utbytte.

Skatteavtalene som følger ordlyden i artikkel 10(3) forhindrer ikke slike klassifiseringskonflikter. Her vil ”corporate rights”-vilkåret være avgjørende uavhengig av kildestatens internrett. Dersom statene har en ulik tolkning av vilkåret skaper det klassifikasjonskonflikter.<sup>164</sup>

Spørsmålet som her oppstår er hvilke løsninger som kan benyttes til å motvirke den negative effekten av klassifiseringskonflikter.

Action 2 i BEPS ”Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements” innebærer tiltak som motvirker den negative skatteeffekten av ulike hybride instrumenter.<sup>165</sup> Action 2 tar kun sikte på de typer hybride instrumenter hvor hybridelementet har som formål å oppnå, fradrag uten korrelerende beskatning, dobbel fradragsrett, eller indirekte fradrag uten beskatning. Formålet med tiltakene er å utforme avtalebestemmelser og anbefalinger om hvordan slike instrumenter bør behandles i statenes interne rett.

---

<sup>163</sup> Matre 2012 s.177.

<sup>164</sup> Helminen 2010 s.204-205.

<sup>165</sup> OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, introduction s.15-16.

BEPS Action 2 foreslår endringer i modellavtalen som skal sikre at hybride finansielle instrumenter ikke anvendes for å oppnå urimelige fordeler gjennom skatteavtalene. En mulighet er at hybride finansielle instrumenter reguleres spesifikt i skatteavtalene. Denne løsningen kan være til hjelp i noen konkrete situasjoner, men blir fort uoversiktlig og komplisert. Arbeidet med å regulere alle typer finansielle finansieringsformer er for omfattende. Videre kan løsningen fort føre til at statene blir hengende etter finansmarkedene, ettersom kontraktsfrihet og finansiell utvikling stadig utvikler nye måter å kombinere finansieringsformene.

BEPS Action 2 foreslår regler i statenes internrett som motvirker fritak for skatt der hvor betalingen er fradragsberettiget i kontraherende stat. På den andre siden foreslås det regler som nekter fradrag der hvor inntekten ikke beskattes i kontraherende stat eller er fradragsberettiget også i en annen stat. Løsningen går altså ut på at statene samordner intern og utenlandsk beskatning. Dette kan gjøres ved at rentefradraget begrenses i tilfeller hvor kapitalinnskuddet behandles som egenkapital i den kontraherende staten. Statene har imidlertid ulike nasjonale skattesystemer slik at nøytral og effektiv skattlegging kan bli vanskelig.

De internrettslige anti-hybrid reglene som er anbefalt av OECD må implementeres av statene for at de skal ha noen effekt. Reglene tar sikte på å knytte skattebehandlingen av et instrument i betalerstaten til skattebehandlingen i mottakerstaten. OECDs anbefalte regler krever anerkjennelse og forståelse i forhold til de øvrige skattereglene i betalingsmottaker landet (hovedregel) og vice versa (defensiv regel).<sup>166</sup> Slike regler som baserer seg på gjensidig anerkjennelse krever en effektiv utveksling av informasjon og fungerer kun dersom statene kjenner til og forstår hverandres skatteregler.

Et annet alternativ kan være å fjerne grensedragningen mellom egenkapital og gjeld. I så fall må enten rentefradraget fjernes eller det må gis fradragsrett også for utbytte. Dersom man fjerner fradragsretten for renter mister skatteyder fradragsretten for en sentral driftskostnad. Dette vil være i strid med skatteevneprinsippet som tilsier at det er selskapets nettoinntekt etter at kostnader er trukket fra som skal beskattes.<sup>167</sup>

---

<sup>166</sup> Kuzniacki, Zimmer m.fl. "Preventing Tax arbitrage via Hybrid Mismatches: BEPS Action 2 and Developing Countries" 2017-03 s.46.

<sup>167</sup> Fredrik Zimmer, Lærebok i Skatterett 2014 s.31-32.

Den andre muligheten vil her være å gi et generelt finansieringsfradrag uavhengig av finansieringsform. Selskaper er helt avhengig av å gi avkastning på den kapitalen som investeres i selskapet, nettopp for å tiltrekke seg investorer.<sup>168</sup> Slik sett vil et fradrag uavhengig av om kapitalen er gjeld eller egenkapital, gjenspeile finansieringskapitalens rolle som kostnad i driften av selskapet.

Et annet alternativ er å innføre kildeskatt på renter. Kildeskatt på renter vil kunne redusere den skattemessige favoriseringen av gjeld, som følge av fradragsrett for renter uten tilsvarende fradragsrett for utbytte. En slik løsning vil på den andre siden ikke fjerne det vanskelige skille mellom gjeld og egenkapital. Videre kan en slik kildeskatt på renter påvirke kapitaltilgangen i markedet negativt.<sup>169</sup>

Den beste løsningen vil nok her være en generell fradragsrett for renter og utbytte. Forskjeller mellom statenes nasjonale skattesystem vil fortsatt åpne for arbitrasjemuligheter gjennom blant annet ulike skattesatser, likevel vil en slik fradragsrett sikre nøytralitet så langt internretten rekker.

---

<sup>168</sup> Matre 2012 s.254.

<sup>169</sup> Matre 2012 s.256.



# Litteraturliste

## Litteratur

Russo, Raffaele m.fl., Fundamentals of International Tax Planning, IBFD, Amsterdam 2007.

Zimmer, Fredrik, "Internasjonal selskapsbeskatning under debatt", Skatterett 02/2014 (33) s.90-103.

Matre, Hugo P. Gjeld og renter- fradragsrett for renter ved hybridfinansiering av aksjeselskaper, Gyldendal Juridisk 1.utg. 2012.

Eivind Furuseth (red.) og Ole Gjems-Onstad, Praktisk Internasjonal Skatterett og Internprising, Gyldendal Juridisk, 1.utg. Oslo 2013.

Vogel, Klaus, on Double Taxation Conventions Fourth Edition, Volume 1, Editors Prof. Dr Ekkehart Reimer & Prof. Dr Alexander Rust, Wolters Kluwer, The Netherlands 2015.

Skaar, Arvid Aage. m.fl. Norsk skatteavtalerett, Gyldendal akademisk Oslo 2006.

Ward, David A. m.fl. The Interpretation of income tax treaties with particular reference to the commentaries on the OECD model, International Fiscal Association Canadian branch, Kingston 2005.

Zimmer, Fredrik, Internasjonal inntektskatterett, 4utg. Universitetsforlaget, Oslo 2009.

Zimmer, Fredrik, Lærebok i skatterett, 7utg. Universitetsforlaget, Oslo 2014.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, Innføring i folkerett, 4utg. Universitetsforlaget, Oslo 2011.

Sallander, Ann- Sophie, Skatteavtal om tolkning och tillämpning, Liber, Stockholm 2015.

Dörr, Oliver and Kirsten Schmalenbach, Vienna Convention on the law of Treaties- a Commentary, Springer Berlin Heidelberg 2012.

Naas, Henning m.fl. Norsk Internasjonal Skatterett, universitetsforlaget, Oslo 2011.

Helminen, Marjaana, International tax law concept of dividend, Wolter Kluwer, Austin Texas 2010.

Vogel, Klaus on double taxation conventions : a commentary to the OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, Kluwer Law International, London 1997.

Andersson, Edward, Det Nordiska skatteavtalet med kommentarer, 2uppl. Juristförbundets forlag, Helsingfors 1991.

Andenæs, Mads Henry mfl. Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper. 3utg. Oslo 2016.

Dahlberg, Mattias, Ränta eller kapitalvinst: grundproblem i kapitalinkomstbeskattningen särskilt vad gäller finansiella instrument i gränslandet mellan lånekapital och eget kapital, Skrifter från Juridiska fakulteten i Uppsala, Uppsala 2011.

## **Artikler**

Kuzniacki, Zimmer, m.fl. "Preventing Tax arbitrage via Hybrid Mismatches: BEPS Action 2 and Developing Countries", WU International Taxation Research Paper Series No.2017-03.

Michael Lang and Florian Brugger "The Role of the OECD Commentary in tax treaty interpretation" (2008) 23 Australian Tax Forum s.95-108.

Kvinge, Lars Stakston og Jørgen G. Gran "Hybridfinansiering av aksjeselskaper; særskilt om den skatterettslige grensen mellom egenkapital og gjeld", Skatterett 01/2008(27) s.30-75.

## **OECD Publikasjoner**

OECD (2014) Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital.

OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.

OECD (2015), Neutralising the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

## **Rettspraksis**

Utv.2004s.36 (Petro Canada).

Rt-2004.957 (PSG).

Rt-2001.851 (Preferansekapitalsakene).

## **Konvensjoner**

Vienna Convention on the Law of treaties Concluded at Vienna on 23 May 1969

Draft Articles on the Law og Treaties with commentaries 1966, Reports of the Comission to the General Assembly, Yearbook of the International Law Commission, 1966 Vol.2. s.187-274. United Nations 2005.