



Høgskolen i Hedmark

Avdeling for økonomi, samfunnsfag og informatikk
(ØSIR)

Sverre Øyo

Bacheloroppgave

Fastsettelse av "*free*" capital i bankfilialer – skattemessig virkning

Allocation of "*free*" capital to permanent
establishments of foreign banks – tax
consequences

Økonomi og administrasjon, Campus Rena

2013

Samtykker til utlån hos høgskolebiblioteket

JA NEI

Samtykker til tilgjengeliggjøring i digitalt arkiv Brage

JA NEI

Forord

Denne oppgaven danner et foreløpig punktum for studier fra forskjellige læresteder, så som BI, Skatteetatskolen, juridisk fakultet (UiO), og Høgskolen i Hedmark. Gjennom oppgaven har jeg tilegnet meg metodeteknikk og ny kunnskap som jeg direkte vil dra nytte av i yrkeslivet og ved senere masterstudier ved BI.

Jeg vil rette en stor takk til min veileder, amanuensis Harald Romstad for uvurderlig hjelp og stor fleksibilitet ved å tilby veiledningsmøter nærmest på direkten. Likeså spesialrevisor Vivi Rekdal, som med unik kunnskap og erfaring, har bidratt til å høyne kvaliteten på oppgaven.

Sverre Øyo

Innhold

FORORD	3
INNHold	5
SAMMENDRAG	9
ABSTRACT	10
1. INNLEDNING	11
1.1 MOTIVASJON FOR VALG AV PROBLEMSTILLING.....	11
1.2 HISTORIE.....	11
1.3 BAKGRUNN	12
1.4 PROBLEMSTILLING	13
1.5 AVGRENSNING	13
1.6 HVORDAN LØSE OPPGAVEN.....	14
2. TEORI	15
2.1 INNLEDNING.....	15
2.2 RAMMEVERK – SKATT	15
2.2.1 <i>Norsk rammeverk – Skatt</i>	15
2.2.2 <i>Internasjonalt rammeverk – Skatt</i>	17
2.3 RAMMEVERK – BANKER	18
2.3.1 <i>Norsk rammeverk – Banker</i>	18
2.3.2 <i>Internasjonalt rammeverk – Banker</i>	21
1.1. OPPSUMMERING.....	22
3. BANKVIRKSOMHET	23
3.1 INNLEDNING.....	23
3.2 VERDISKAPENDE FUNKSJONER.....	23
3.3 ALLOKERING AV EIENDELER MELLOM FILIAL OG HOVEDFORETAK.....	24

3.4	BEGREPET "FREE" CAPITAL.....	25
3.5	KAPITAL OG KAPITALFREMSKAFFELSE (FUNDING) I BANKER	26
3.6	OECDs [AUTORISERTE] METODER FOR Å FINNE RIKTIG FORHOLD MELLOM FREMMEDKAPITAL OG "FREE" CAPITAL.....	29
3.6.1	<i>Innledning</i>	29
3.6.2	<i>Kapitalallokeringsmetoden</i>	30
3.6.3	<i>Den økonomiske allokeringsmetoden</i>	32
3.6.4	<i>Tynn-kapitaliseringsmetoden</i>	32
3.6.5	<i>Kvasitynn-kapitaliseringsmetode / "Trygg-havn-tilnærming"-metoden</i>	32
4.	METODE	34
4.1	INNLEDNING.....	34
4.2	VALG AV METODE	34
4.3	OPPSUMMERING	35
5.	INNLEDENDE DRØFTING	37
5.1	INNLEDNING.....	37
5.2	DRØFTING	37
5.3	OPPSUMMERING	39
6.	CASE	40
6.1	HVORFOR CASE?	40
6.2	KAPITALALLOKERINGSMETODEN.....	41
6.2.1	<i>Kapitalallokeringsmetoden med risikoveide eiendeler</i>	41
6.2.2	<i>Kapitalallokeringsmetoden med nominelle verdier</i>	41
6.3	DEN ØKONOMISKE ALLOKERINGSMETODEN	42
6.4	TYNN-KAPITALISERINGSMETODE	42
6.5	KVASITYNN-KAPITALALLOKERINGSMETODE / "TRYGG-HAVN-TILNÆRMING"-METODEN.....	43

7.	DRØFTING – VALG AV METODE FOR TILORDNING AV "FREE" CAPITAL	44
7.1	INNLEDNING.....	44
7.2	DRØFTING	44
7.3	VALG AV METODE – OPPSUMMERING	47
8.	DRØFTING – SKATTEMESSIG EFFEKT AV TILORDNING AV "FREE" CAPITAL	49
8.1	INNLEDNING.....	49
8.2	ALLOKERING AV "FREE" CAPITAL TIL DEN NORSKE FILIALEN – GJELDENE RETT	49
8.3	ALLOKERING AV "FREE" CAPITAL – FREMGANGSMÅTE I PRAKSIS	52
8.3.1	<i>Innledning</i>	52
8.3.2	<i>Forutsetninger</i>	52
8.3.3	<i>Case 1</i>	53
8.3.4	<i>Case 2</i>	54
8.3.5	<i>Case 3</i>	55
8.4	HVILKET RENTEBELØP ER IKKE SKATTEMESSIG FRADRAGSBERETTIGET	55
8.4.1	<i>Innledning</i>	55
8.4.2	<i>Drøfting</i>	55
8.4.3	<i>Case – tilbakeføring av renter</i>	56
8.4.4	<i>Oppsummering</i>	58
8.5	FREMGANGSMÅTE VED TILORDNING AV "FREE" CAPITAL FOR SKATTEFORMÅL - OPPSUMMERING	58
9.	KONKLUSJON	59
10.	LITTERATURLISTE.....	62
	VEDLEGG:	66
	KREDITTINSTITUSJONER MELDT OM FILIALETABLERING I NORGE PÅ GRUNNLAG AV ANNET BANKDIREKTIV PER 10. MARS 2013:.....	67
	OPPSUMMERING AV SAMTALE MED FIRE BANKFILIALER.....	75

MØTE MED FINANSTILSYNET 23. APRIL 2012 – OPPSUMMERING	78
KERT - BALANCED SCORE CARD	79

Sammendrag

Oppgaven tar for seg nødvendigheten av å allokere *”free” capital* til filial av utenlandsk bank med virksomhet i Norge. Den redegjør for juridisk rammeverk – norsk og internasjonalt. Videre om nevnte rammeverk gir veiledning ved armlengdes fastsettelse av *”free” capital*. I den anledning vil jeg teste de forskjellige autoriserte OECD tilnærmingene. Drøfting av disse leder frem til en anbefaling av *kapitalallokeringsmetoden basert på risikoveide eiendeler*. Før denne anbefalingen eksisterte det i liten grad veiledning i hvilken metode som var å foretrekke. Prøving påviste også hvordan valg av metode påvirket skattegrunnlaget. I den anledning blir det drøftet om skattegrunnlaget ville bli annerledes om banken var norsk rettssubjekt.

I neste steg vil jeg drøfte om renter som skriver seg fra kapital, som i skattesammenheng har blitt karakterisert som egenkapital, likevel kan være fradragsberettiget. Konklusjon er at slike renter – under visse omstendigheter – kan være fradragsberettigede. Siste tema, når filialen får påvist for lav *”free” capital*, er å distingvere hvilke renter som må tilbakeføres som ikke fradragsberettigede. Konklusjon er at renter som skriver seg fra kapital med likhetspunkter til egenkapital må tilbakeføres.

Abstract

This thesis points out the necessity for allocation of “*free*” capital to permanent establishments (PEs) of foreign banks. It discusses the legal framework under which banks conduct their business, domestic and international, and elaborates to what extent it offers solutions in determination of arm’s length allocation of “*free*” capital. In this respect I will test the various authorized OECD approaches leading to an educated recommendation of the *Capital Allocation Approach based on risk-weighted assets*. Prior to this recommendation there exists limited guidance in what method to utilize. Tests also reveal how the various methods affect the tax base of the PE. In this respect it will be discussed whether or not this tax assessment of the PE differs from assessment of a domestic bank. Secondly I will judge if interests derived from base, which for tax purposes is classified as equity, can be deductible. Conclusion is that – under certain circumstances – interests can be deductible. Last challenge is determining what part of funding, from which interests are not deductible, when PE lacks “*free*” capital. The conclusion is to deny interests derived from capital with characteristics similar to equity.

1. Innledning

1.1 Motivasjon for valg av problemstilling

Ideen til oppgaven ble unnfanget gjennom et jobbrelatert prosjekt – bankfilialprosjektet. Det er et faktum at utenlandske banker i stor grad velger å organisere virksomheten i Norge gjennom norsk filial av utenlandsk foretak – såkalt NUF. Dette i motsetning til norske banker, som organiserer virksomheten gjennom eget rettssubjekt i Norge. Prosjektet ønsket å se om måten virksomheten var organisert på kunne føre til avvik ved fastsettelse av skattepliktig resultat. Tidlig innså jeg at dette var et relativt rettstomt område. Problemstillingene er lite drøftet, og følgelig heller ikke avklart. Prosjektet utviklet seg etter hvert til å få en nordisk dimensjon, og jeg har i den anledning vært med å arrangere et nordisk seminar. På seminaret kunne det fastslås at mange problemstillinger var felles for de nordiske landene, men heller ikke i de øvrige nordiske landene var disse drøftet i en slik grad at løsninger sikkert kunne identifiseres. På bakgrunn av dette fant jeg både nødvendig og spennende å dykke dypere ned i sakskomplekset. Målet var å identifisere en konkret problemstilling, avklare rettstilstanden knyttet til denne, og resonnerer meg frem til en begrunnet løsning. En sådan løsning vil kunne få stor betydning for hvordan utenlandske banker skal fastsette det skattemessige resultatet for virksomheten i Norge. Dette vil igjen kunne påvirke konkurransesituasjonen i forhold til norske banker.

1.2 Historie

Banksektoren har historisk sett vært en gjennomregulert bransje. Rammevilkårene var satt av nasjonale myndigheter, og var nært knyttet til annen lovgivning så som valutarestriksjoner. Rentenivå og pengemengde var i høy grad styrt gjennom politiske vedtak – direkte eller indirekte. Utenlandske banker var effektivt utestengt fra det norske markedet. EØS-avtalen endret spillereglene. Stadig flere foretak som tilbyr banktjenester i Norge, velger å organisere seg gjennom en filial av utenlandsk selskap. Som følge av liberalisering av

bankmarkedet i Europa¹ har det fra og med 1993 vært fritt frem å etablere filial uten annet enn en formell godkjenning fra filiallandet²³. Dette gjelder også banker som har vært etablert i Norge som eget rettssubjekt, men som senere er omorganisert til å bli en filial av det utenlandske (mor)selskapet. Jeg finner det interessant å få avklart motivene for denne organiseringen, og om disse kan ha elementer av skatteincentiver. I den anledning må jeg få avklart om fastsettelse av skattegrunnlagene for disse filialene er annerledes enn for banker som er eget rettssubjekt. I den anledning må jeg se på filialenes allokering av eiendeler og risiko, herunder hvilke metoder som for allokering som kan anvendes for skatteformål.

1.3 Bakgrunn

All økonomisk virksomhet innebærer risiko. Derfor må vi sette til side kapital for å kunne møte denne påreknelige risikoen. Denne kapitalen vil normalt ikke kunne belastes med renter eller kunne tilbakebetales på annen måte enn ved likvidasjon av virksomheten. I motsatt fall vil den miste sin risikoabsorberende karakter. Normalt er det ikke detaljerte regler for hvor stor denne bufferkapitalen skal være. Den enkelte virksomhetens art og omfang vil påvirke hvor mye som må settes av. Bankvirksomhet er underlagt særlige regulatoriske regler for soliditet. Normalt blir virksomhetens fordeling av bufferkapital, betegnet som egenkapital, og fremmedkapital lagt til grunn også for skatteformål. Virkningen av at en del av kapitalen anses som egenkapital for skatteformål er normalt at en heller ikke kan kreve renter av denne kapitalen til fradrag ved fastsettelsen av den skattemessige inntekt. Hva gjelder norske filialer av banker hjemmehørende i EU/EØS, er disse ikke underlagt egne regulatoriske regler i Norge. De regulatoriske reglene for filialen i Norge følger hovedforetakets (utenlandske) lovgivning. Den regulatoriske kapitalen blir fastsatt for hovedforetaket som helhet, og inkluderer filialen i Norge. Fordelingen av denne regulatoriske kapitalen mellom hovedforetaket og filialen er ikke regulert i finanslovgivningen. Andelen som tilskrives filialen omtales i herværende oppgave som

¹ Frode Øverli, Penger og Kreditt 3/03 s.1 pkt 1

² Ot.prp. nr 85 (1991-1992) Om lov om endringer i visse lover på Finansdepartementets område (EØS-tilpasning)

³ Frode Øverli, Penger og Kreditt 3/03 s.1 pkt 2

”free” capital. Hvis filialen legger til grunn fordelingen mellom hovedforetaket og filialen også ved fastsettelsen av det norske skattegrunnlaget kan det medføre at andel egenkapital blir satt for lavt. Dette vil igjen føre til at filialen for skatteformål fradragsfører renter som skriver seg fra egenkapital. Dette kan være en aktuell problemstilling dersom hovedforetakets hjemland - i motsetning til Norge – har skattemessig tynnkapitaliseringsregler. Denne inntektsreduksjon kunne ikke ha funnet sted om ikke filialen hadde vært en del av et utenlandsk foretak, da denne om den hadde vært en selvstendig bank i Norge ville måtte allokere den regulatoriske kapitalen i sin helhet til Norge. Denne inntektsreduksjonen vil kunne imøtegås av norske skattemyndigheter ved tolkning av kapitalens beskaffenhet, eventuelt i kombinasjon med omgåelsesregler. Dette kan igjen føre til en konflikt mellom norsk og hovedforetakets lovgivning. En sådan konflikt søkes løst gjennom skatteavtalen med hovedforetakets domisilland. Alle de aktuelle avtaleland følger OECDs mønsteravtale med tilhørende kommentarer.

1.4 Problemstilling

Hovedproblemstillingen i oppgaven er hvordan *”free” capital* i bankfilialer skal fastsettes. For å løse hovedproblemstillingen, må jeg først ta stilling til hvilken allokering metode om er best egnet for å finne riktig forhold mellom fremmedkapital og *”free” capital*. Derneft vil jeg avklare om renter bereknet av kapital som skattemessig anses som *”free” capital* likevel kan være fradragsberettiget. Endelig vil jeg drøfte hvilket rentebeløp som eventuelt må tilbakeføres som ikke skattemessig fradragsberettiget.

En underproblemstilling er å forstå hvorfor utenlandske banker etablerer seg i Norge gjennom filial – og ikke som eget rettssubjekt. I den anledning må jeg avklare om organiseringen av virksomheten i seg selv er et skatteinsitament.

1.5 Avgrensning

Oppgaven drøfter allokering av *”free” capital* til bankfilialen, og avgrenses mot øvrige prisingsspørsmål. Drøfting bygger på OECD-mønsteravtalen av 2010, men har også enkelte

henvisninger til 2008. FN-avtaler er ikke omfattet. Drøfting av bankregler baserer seg på Basel II.

1.6 Hvordan løse oppgaven

Innledningsvis vil jeg gjennomgå de mest relevante delene av teorien. I flukt med dette vil jeg redegjøre nærmere om banker i form av en prosadel. Jeg vil drøfte hvilke avveininger jeg har foretatt ved valg av allokeringmetode for å finne riktig forhold mellom fremmedkapital og *"free" capital*. I den anledning blir metodene testet gjennom et case, hvor tallmessig virkning av hver enkelt metode blir illustrert. Tolkning av teori, sammenholdt med caset, leder til en begrunnet anbefaling av metode for allokering. Dernest vil jeg, med bakgrunn i teorien, drøfte og konkludere spørsmålsstillingen om det kan foreligge fradragsrett for renter av kapital som i skattemessig forstand skriver seg fra *"free" capital*. Med hensyn til hvilket rentebeløp som eventuelt må tilbakeføres som ikke-fradragsberettiget, vil jeg, på grunnlag av teorien og reelle hensyn, ta stilling av hvilke deler av fundingen rentebeløpet skriver seg fra.

Fra Finanstilsynet har jeg innhentet oversikt over hvilke utenlandske foretak som har konsesjon til å utøve bankvirksomhet i Norge. Fra Regnskapsregisteret i Brønnøysund, og til dels databaseverktøyet *Orbis*, har jeg innhentet regnskapsopplysninger. Under metodepunktet drøfter jeg disse funnene nærmere. Jeg har også hatt møte med Finanstilsynet med hensikt å tilegne meg kunnskap om hvilke rammevilkår utenlandske bankfilialer har sammenliknet med norske banker. Endelig har jeg – med konfidensialitetsklausul - hatt møter med fire filialer, som opererer innenfor forskjellige deler av bankvirksomhetssegmentet. Hensikten var å tilegne meg større kunnskap om banksektoren, herunder identifisere eventuelle beveggrunner for hvorfor bankene har valgt å organisere seg som filial av utenlandsk foretak – NUF. Referat følger som vedlegg til oppgaven.

2. Teori

2.1 Innledning

Jeg har valgt å dele opp teorigjennomgangen i to deler. En vil ta for seg aktuelle skatteregler, og den andre delen vil bli viet til de spesielle reglene som regulerer bankvirksomhet generelt.

Hvilke rettskilder som kommer til anvendelse vil løpende bli henvist til, og vil ikke bli ytterligere utdypet i herværende kapittel. Hovedhjemler vil derimot bli oppsummert. Likeså vil det bli nevnt enkelte av de øvrige kilder jeg har benyttet. Endelig nevner jeg enkelte artikler som jeg ikke nødvendigvis har henvist til, men som i likhet med øvrig litteratur danner grunnlag for resonnementer.

2.2 Rammeverk – Skatt

2.2.1 Norsk rammeverk – Skatt

Aktuell lovhjemmel er skatteloven § 2-3 første ledd bokstav b, som lyder:

§ 2-3. *Person som ikke er bosatt og selskap m.v. som ikke er hjemmehørende i riket*

(1) Person, selskap eller innretning, som ikke har skatteplikt etter §§ 2-1 eller 2-2, plikter å svare skatt av

b. formue i og inntekt av virksomhet som vedkommende utøver eller deltar i og som drives her eller bestyres herfra, herunder virksomhet hvor arbeidstaker stilles til rådighet for andre innen riket,

Opprinnelig var bestemmelsen myntet på fordeling av skattegrunnlaget mellom kommuner. Rettspraksis brukes analogt på fordeling av skattegrunnlag mellom Norge og utlandet. I vurderingen av hvilket resultat som skriver seg fra virksomhet i Norge, ligger også en analyse av kapitalens beskaffenhet. Det er kun gjeldsrenter som skriver seg fra Norge som er fradragsberettiget. Renter bereknet av kapital som skattemessig anses som egenkapital, er ikke fradragsberettiget.

Fradrag for renteutgifter er hjemlet i skatteloven § 6-40 første ledd, som lyder:

§ 6-40. Gjeldsrenter

(1) Det gis fradrag for renter av skattyters gjeld.

Det er for øvrig en særskilt bestemmelse, som i praksis kun gjelder banker. Skatteloven § 6-40 tredje ledd lyder:

(3) Det gis fradrag for renter av fondsobligasjoner som kan likestilles med kjernekapital etter de vilkår som er fastsatt i lov eller i medhold av lov.

I senere drøfting vil jeg komme tilbake til betydningen av siste lovhjemmel. Imidlertid kan det allerede nå nevnes at bestemmelsen på visse vilkår kan oppfattes som en utvidelse av fradragsretten for renter.

Betydningen av reglene er ikke umiddelbart lett tilgjengelig. En vil måtte gå til lovforarbeider som strengt tatt ligger utenfor skatteloven. Aktuelle lovforarbeider, som er St-prp. Nr. 1 (2001-2002) punkt 2.3.3 og Ot-prp. Nr. 75 (2008-2009) Om lov om endringer i finansvirksomhetsloven og enkelte andre lover (kapital- og organisasjonsformer i sparebanksektoren mv.). De to sistnevnte lovforarbeidene, sett i sammenheng, danner grunnlag for å slutte at inntil 15 % av bankens kjernekapital kan danne grunnlag for fradragsberettigede renter. Dette fordrer at denne delen av kjernekapitalen består av fondsobligasjoner, som kun utbetaler kupongrente i perioder hvor banken oppfyller visse soliditetskrav. Dette kommer jeg tilbake til under drøfting av fradragsrett.

Når det grunnfondsbevis i sparebanker har skatteloven e§ 6-40 en bestemmelse som negativt avgrenser fradragsretten:

(5) Det gis ikke fradrag for

- a. *renter som sparebank og gjensidige forsikringsselskap, samvirkeforetak av låntakere og selveiende finansieringsforetak har utbetalt på grunnfondsbevis, jf. lov om sparebanker § 2 annet ledd, forsikringsloven § 4-2 annet ledd og finansieringsvirksomhetsloven,*

Det bemerkes i den anledning at det ikke nødvendigvis er symmetri mellom betaler og mottaker av renter. For mottaker av renter av grunnfondsbevis, vil rentene alltid være skattepliktig.

2.2.2 Internasjonalt rammeverk – Skatt

Konflikter mellom stater om fordeling av skattegrunnlaget vil normalt bli løst ved tolkning av artikkel 7 i skatteavtalen med det aktuelle landet. Bestemmelsen kan divergere fra avtale til avtale, men de fleste følger malen i OECD sin mønsteravtale, hvor første avsnitt per i dag lyder:

1. profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State.

Armlengdeprinsippet er nedfelt i artikkel 9 i OECDs mønsterskatteavtale om nærstående foretak. Prinsippet bygger på at enhver samhandling mellom nærstående foretak, skattemessig skal bedømmes som om foretakene var uavhengige. Altså på "armlengdes avstand". Retningslinjene som bygger på ovennevnte artikkel er omtalt som, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Som nevnt vil disse retningslinjene kunne benyttes så langt de passer også for filialer av utenlandske foretak, selv om de streng tatt faller utenfor ordlyden ved at filialer ikke er et eget foretak, men en del av det utenlandske rettssubjektet.

Ved tolkningen blir kommentarer og annen litteratur fra OECD blir tillagt stor vekt. OECD presenterte i 2010 en rapport på allokering av fortjeneste på virksomhet på fast driftssted, herunder bankvirksomhet – *OECD' 2010 Report on attribution of profits to permanent establishments part II*. I oppgaven vil det løpende bli henvist til denne rapporten. Det

bemerket at systematikken i OECD-regelverket tilsier at rapporter og kommentarer normalt blir gitt tolkningsvirkning for skatteavtaler som inngås på tidspunkt etter offentliggjøring av sistnevnte litteratur. For Norges del, vil sistnevnte rapport i utgangspunktet få en svært begrenset betydning, da få skatteavtaler er inngått etter 2010. Dog er det en alminnelig oppfatning at OECD sine ytringer representerer en generell oppfatning av hva som er gjeldende rett. Følgelig kan de gis gyldighet utover den snevre definisjonen, som ovenfor nevnt. Det kan i den anledning nevnes at Høyesterett i dom av 8.6.2004, HR-2004-01003-A, fant å kunne anvende OECD-kommentarer i et saksforhold som omfattet Elfenbenskysten, som verken hadde skatteavtale med Norge ei heller var medlem av OECD.

Av øvrige rettskilder, nevnes spesielt *International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)* som utgir en rekke artikler og har løpende nyhetsbrev. Norges bank, Finanstilsynet, og ”de fire store” har likeså nyhetsbrev og temadager som omfatter banksektoren. Kilder utover ovennevnte fremkommer i form av løpende henvisninger og/eller i litteraturoversikten.

2.3 Rammeverk – Banker

2.3.1 Norsk rammeverk – Banker

Hvem som har rett til å drive finansieringsvirksomhet er regulert i finansieringsvirksomhetsloven. Bestemmelsen § 1-4 lyder:

§ 1-4. Rett til å drive finansieringsvirksomhet

Finansieringsvirksomhet kan bare drives av

1. *sparebanker og forretningsbanker,*
2. *selskap eller annen institusjon som omfattes av forsikringsloven,*

-
3. *finansieringsforetak som er meddelt tillatelse etter kapittel 3.*
 4. *Kredittinstitusjoner, herunder filial av slik institusjon etablert her i riket, som har hovedsete, er gitt tillatelse til å drive virksomhet som kredittinstitusjon og er underlagt myndighetstilsyn i annen stat som omfattes av Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Slik institusjon kan, i tillegg til å drive finansieringsvirksomhet, ta imot innskudd fra en ubegrenset krets av innskytere og bruke ordet « bank », « sparebank » eller lignende i sitt navn eller ved omtale av sin virksomhet i Norge dersom den har adgang til dette i den stat hvor den har fått tillatelse til å drive virksomhet som kredittinstitusjon. Kongen kan fastsette nærmere regler om virksomhet for kredittinstitusjoner som nevnt, herunder for datterselskaper av slike kredittinstitusjoner.*
 5. *betalingsforetak som har rett til å drive betalingstjenestevirksomhet i Norge etter reglene i kapittel 4b,*
 6. *e-pengeforetak med tillatelse etter § 4c-2,*
 7. *Filialer av kredittinstitusjoner med hovedsete i stat som ikke omfattes av Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, med tillatelse til å drive finansieringsvirksomhet her i riket.*

Merk spesielt ovennevnte paragraf nr 4, som hjemler utenlandske bankfilialer med hovedsete innen EØS, rett til å utøve finansieringsvirksomhet i Norge.

Norske banker er pålagt å rapportere til Finanstilsynet. Hjemmel for denne plikten er å finne i finanstilsynsloven, hvor § lyder:

§ 1. Tilsyn etter denne lov føres med:

1. *Forretningsbanker.*
2. *Sparebanker.*
5. *Filial av kredittinstitusjon som nevnt i § 1-4 første ledd nr. 4 og nr. 5 i lov 10. juni 1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner, for såvidt gjelder virksomhet som drives her i riket.*
13. *Utenlandske finansinstitusjoners representasjonskontorer i Norge.*

Merk at ovennevnte lovtekst er forkortet til kun å inneholde relevante punkter.

Hva gjelder norske filialer av utenlandske banker, er dog kravet til rapportering begrenset.

Det fremkommer at samme lov § 3-4, som lyder:

§ 3-4. Utenlandske finansieringsforetaks virksomhet i Norge

Kongen kan gi utenlandsk finansinstitusjon tillatelse til å drive virksomhet i Norge som finansieringsforetak gjennom filial eller foretak registrert i Norge. Denne lovs § 3-3 annet, tredje, sjette og syvende ledd gjelder tilsvarende for utenlandske finansieringsforetak. Tillatelse kan kun gis finansinstitusjon som har tillatelse i sitt hjemland til å drive tilsvarende virksomhet og som er underlagt betryggende tilsyn der. Kongen kan sette vilkår for tillatelsen og avgrense den virksomhet foretaket får tillatelse til å drive.

For filial av finansinstitusjon med tillatelse etter første ledd gjelder denne lovs bestemmelser med unntak av kapittel 2a og §§ 2-2, 2-3, 2-6, 2-18 til og med 2-24, 3-5, 3-6, 3-8 til og med 3-11 og 3-17.1 Kongen kan fastsette nærmere regler for slike filialers virksomhet i Norge.

Før en utenlandsk finansinstitusjon starter sin virksomhet i Norge gjennom filial, skal det være etablert et tilfredsstillende samarbeid om tilsyn mellom tilsynsmyndighetene i finansinstitusjonens hjemland og Finanstilsynet.

Utenlandske finansieringsforetaks representasjonskontor i Norge må registreres hos Finanstilsynet.

Her fremkommer det at finanstilsynet i filialens domisilland også fører tilsyn for det utenlandske foretaket, herunder filialen i Norge. Registrering av den utenlandske filialen vil normalt bli av en formell art.

Filialen må likevel sende inn de såkalte ORBOF-rapportene til det norske finanstilsynet. Nærmere detaljer om denne plikten fremkommer i Finanstilsynets rundskriv 2/2012.

En av de viktigste oppgavene til Finanstilsynet er å kontrollere at bankene til enhver tid har tilstrekkelig kapital til å møte fremtidige tap. Reglene, slik de var for inntektsåret 2012, går ut på at bankene skal ha en viss kjernekapital og en tilleggskapital. Dette fremkommer av finansvirksomhetsloven § 2-9a. Kravet gjelder kun norske banker. For filialer av utenlandske banker, skal tilsynet føres av finansmyndighetene i filialens domisilland. Reglene blir nærmere beskrevet under kapittel 3.

Inngåelsen av EØS-avtalen medførte at en rekke lover på finansområdet måtte endres. Nærmere beskrivelse av hvilke endringer som ble implementert er å finne i Ot-prp. Nr. 85 (1991-1992) Om lovendringer i visse lover på Finansdepartementets område (EØS-tilpasning).

Ellers er systematikken innenfor EØS at Norge som medlemsland plikter å implementere EØS-lovgivning inn i norsk lov, som en del av EØS-avtalen. Et eksempel på lovgivning som per november 2013 ikke er en del av norsk lovgivning er det nye bankdirektivet CRD IV . Forholdet rundt sistnevnte direktiv vil ikke bli nærmere drøftet i herværende oppgave.

2.3.2 Internasjonalt rammeverk – Banker

Felles rammeverk for europeiske banker er regulert gjennom de forskjellige *Capital Requirement Directives (CRD)*, som baseres på *Basel-regelverket*, som igjen implementeres gjennom nasjonal lovgivning. Som nevnt i foregående punkt, vil Norge som EØS-land implementere direktivene inn i nasjonal lovgivning. Denne prosedyren medfører ofte en viss forskjell på implementeringstidspunkt mellom EU og EØS-land. Eksempelvis ble CRD III-reglene, gjerne omtalt som Basel II-reglene, i Norge implementert med virkning fra inntektsåret 2008, mens EU-landene hadde lovverket med virkning fra 2007. Dog er denne tidsforskjellen i praksis av mindre betydning. Dette fordi Regjeringen i denne overgangsfasen normalt har sørget for å implementere midlertidige nasjonale forskrifter, som erstatter ”manglende” lovregler. Uten at det vil bli nærmere drøftet her, synes det å bli tilfelle med CRD IV / Basel III-reglene.

I bunn for nevnte regelverk ligger EFs fire friheter, som innbefatter fri flyt av kapital og fri etableringsrett i de øvrige medlemslandene. Annet bankdirektiv hjemler filialer av utenlandske banker innen EØS sin rett til å drive bankvirksomhet i øvrige medlemsland.⁴

Gjennom Basel II-reglene har bankene både muligheter og incentiver til å benytte mer avanserte metoder for å berekne kapitaldekningskravet for kredittrisiko, gjennom enten grunnleggende eller avansert intern rating (*IRB – internal ratings based approach*), i tillegg til en standardisert metode, som var eneste metode under tidligere direktiver. For de avanserte metodene vil bankene i større eller mindre grad estimere de sentrale risikoparametrene som inngår i berekningene av kapitalkrav. Hovedprinsippet i Basel II er at kapitaldekningskravene i større grad skal gjenspeile den reelle risikoen ved kredittgiving.⁵ Dette går på avsetninger for å møte fremtidige krav basert på utlåns kategorier. Utlån innen utlåns kategorien bolig med pantesikkerhet krever for eksempel lavere avsetninger enn utlån i kategorien usikrede forbrukslån

1.1. Oppsummering

Bankvirksomhet er, sammenliknet med øvrige virksomheter, svært nøye regulert. Det som er spesielt er at næringsspesifikk lovgivning direkte eller indirekte gir virkning også for skattelovgivningen. Det nevnes spesielt fradragsrett for renter av visse typer hybridkapital. Sammenhengen mellom bank- og skattelovgivningen kan neppe karakteriseres som lett-tilgjengelig.

⁴ Gjennom EØS-avtalen er det annet bankdirektiv (Rdir 89/646) gjort til en del av lovgivningen

⁵ Frode Øverli, Penger og Kreditt 3/03 s.1 pkt 8

3. Bankvirksomhet

3.1 Innledning

Jeg vil i dette kapitlet gå nærmere inn på hvilke funksjoner som skaper verdier for banken. Denne verdiskapningen danner grunnlag for hvordan eiendeler skal allokere mellom filial og hovedforetak. Jeg vil se på den implisitte sammenhengen mellom eiendeler og risiko, som igjen påvirker hvor stor buffer en må ha for å møte fremtidige tap. Begrepet "*Free*" capital vil bli gjennomgått og vil, for å kunne resonnerer videre i oppgaven, bli gjort gjenstand for tolkning. Videre vil jeg redegjøre for kapital og kapitalfremskaffelse (funding) i banker. Endelig vil jeg gjennomgå OECD sine metoder for å finne riktig forhold mellom fremmedkapital og "*free*" capital.

3.2 Verdiskapende funksjoner

Jeg har tatt utgangspunkt i OECD sin gjennomgang. Nærmere beskrevet slik:

Funksjoner ved etablering av en ny finansiell eiendel (= etablering av fordring):

- a) Salg og markedsføring
 - a. Etablere potensielt kundeforhold
- b) "Sales/Trading"
 - a. Forhandle fram kontraktvilkår
 - b. Bestemme om pengemidler skal skaffes til veie
 - c. Hvis b, vilkår, vurdering av kreditt, valuta, markedsrisiko knyttet til transaksjonene, etablering av kredittverdighet (rating) for klienten
 - d. Vurdere kreditteksponering for banken som helhet
 - e. Vurdere om bankens har behov for å øke kredittfasiliteter
- c) "Trading/Treasury (= back-office-funksjoner)"
 - a. Skaffe kapital
 - b. Ta imot depositum
 - c. Frigjøre kapital (I betydning utbetale midlene til kunden)
- d) Salg/støtte
 - a. Se over juridisk kvalitetssikring av kontraktutkast, gjennomføring av formaliteter så som etablering av pant, tinglysning, etc.

Funksjoner ved å administrere et eksisterende lån (= vedlikehold av den finansielle eiendelen)

- a) Løpende oppfølging
 - a. Oppfølging av løpende innbetaling
 - b. Løpende oppfølging av pantesikkerhet m v
- b) Løpende risiko-kontroll
 - a. Løpende vurdering av klientens kredittverdighet (antas Credit Rating)
 - b. Løpende vurdering av klientens totale kreditteksponering overfor banken
 - c. Løpende vurdering av klientens interne rangering i banken (basert på betalingshistorikk mv) med hensyn til rentevilkår
 - d. Løpende analyse av lånets lønnsomhet basert på bundet kapital som kan tilskrives lånet. Med bundet kapital medregnes den kapital som bindes opp som følge regulatoriske krav så som Basel.
- c) Løpende vurdere om risiko knyttet til (det enkelte) lån bør reduseres/elimineres ved å for eksempel selge fordringen til tredjepart, hedge det, inngå poolordninger, eventuelt vurdere om lånet – ved mislighold – må skrives ned.
- d) Treasury
 - a. Oppfølging av bankens totale funding-posisjon, herunder å optimalisere bundet kapital med hensyn til blant annet regulatoriske hensyn så som Basel-krav.
 - b. Løpende vurdering av tiltak så som matching av utlån og innlån med hensyn til durasjon og rentevilkår
- e) Sales/Trading
 - a. Løpende vurdering av om det enkelte lån skal refinansieres, for eksempel ved å fremskaffe mer egenkapital i banken ved utstedelse av nye aksjer/grunnfondsbevis
 - b. Markedsføring av lånet overfor aktuelle kjøpere av fordringen (= med tanke på å selge bankens finansielle eiendel)
 - c. Løpende vurdere om det enkelte lån skal fornyes, forlenges etc. og i så fall på hvilke vilkår

3.3 Allokering av eiendeler mellom filial og hovedforetak

En vurdering av hvor de risikotakende beslutningene foretas, vil også lede til hvor de tilhørende (finansielle) eiendelene skal allokeres. Dette som følge av den presumptive sammenhengen mellom risiko og eiendeler, jf *OECD' 2008, Report on the attribution of Profits to Permanent Establishments pkt 19*.

Eksempel: dersom en finner at de risikotakende beslutningene/handlingene ved å skape en finansiell eiendel - med andre ord "selge inn" et lån til en ny låntaker - kan knyttes til filial i Norge, så skal denne finansielle eiendelen (fordringen) tilskrives Norge. Det igjen får betydning for inntektsfordelingen mellom Norge og hovedforetakets domisilland. Enkelt sagt:

- Inntekter og kostnader knyttet til den finansielle eiendelen skal i skattemessig forstand tilordnes Norge
- Regulatoriske avsetninger må knyttes til de konkrete eiendelene som er tilordnet Norge.
- Det betyr igjen at avsetninger i henhold til finanslovgivningen (i domisillandet) må foretas på bakgrunn av de enkelte lån som knyttes til Norge.
- Sistnevnte punkt innebærer at det ikke uten videre kan legges til grunn en prosentvis andel som svarer til hovedforetakets totale avsetning i forhold til Norges andel av eiendelene.

Dersom det viser seg at avsetningen som knytter seg til finansielle eiendeler (fordringer) i Norge skulle være større enn det filialen har lagt til grunn, vil det innebære at filialen skulle ha avsatt større "fri kapital", og tilsvarende lavere fremmedkapital. Rentekostnader som faller på den for høye fremmedkapital, vil da ikke være fradragsberettiget ved fastsettelsen av den skattepliktige inntekten.

3.4 Begrepet "Free" capital

OECD 2010 definerer "*free*" capital slik:

*"...fundings that does not give rise to deductible return in the nature of interest"*⁶

⁶ OECD' 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments Part I s 18 pkt 28

Videre fremkommer det i samme avsnitt, at *"free" capital* for en filial må fastsettes for å kunne sikre at allokering av resultat mellom hovedforetaket og filialen er armlengdes.

"Free" capital er etter min oppfatning uttrykk for den del av det faste driftsstedets kapital som er nødvendig for å kunne møte fremtidig risiko som følger virksomheten. Dette er uttrykk for en oppfatning av faste driftssteder på generell basis.

For banker er det i tillegg forsøkt å komme frem til ens forståelse av *"Free" capital* bør være. Dette gjennom blant annet bankdirektivene, som nevnt under kapittel 3. Dette er etter min oppfatning en nærmere presisering av hva *"Free" capital* bør være – ikke en divergerende oppfatning av hva selve begrepet er ment å være, jf ovennevnte definisjon.

Dersom *"free" capital* i filialen er fastsatt etter armlengdeprinsippet vil dette, etter min oppfatning, tilsvare den kapital som er nødvendig for å kunne møte påregnelig risiko knyttet til virksomheten i Norge. Denne kapitalen har samme egenskap som egenkapital ved fastsettelsen av det norske skattegrunnlaget. Dette drøftes nærmere under kapittel 8.

3.5 Kapital og kapitalfremskaffelse (funding) i banker

Inntektsgenererende faktor i banker er "eiendelen" kapital.

Forretningsideen er å bruke denne "eiendelen" ved å låne ut kapital til tredjemann.

Risikofaktor knyttet til forretningsideen er at noen av kundene ikke kommer til å betale tilbake det de har lånt. For å ta høyde for denne risikoen, må det settes av kapital for å møte

disse påreknelige tapene. Det betyr at alle midlene i banken ikke kan lånes ut, men at en del må holdes tilbake som ikke-sysselsatt kapital. Denne avsetningen benevnes "*free*" capital eller "fiktiv egenkapital". Benevnelse "dotasjonskapital" er også brukt ved enkelte anledninger.

I OECD 2010-rapporten formuleres det slik:⁷

"Capital is relevant to the performance of traditional banking business because in core of traditional banking business, banks assumes risk, for example by lending money to third parties, some of whom may not repay the full amount of the loan. In order to assume risk, a bank needs "capital", i.e. the ability to absorb any losses due to the realisation of assumed risks"

I praksis vil bankene likevel ikke sette til side kapital som "uvirksom kapital" i tradisjonell forstand. I stedet benyttes en rekke varianter av hybride egenkapitalinstrumenter. Felles for disse instrumentene er at bankens tilbakebetalingsplikt kommer etter ordinær gjeld og før klassisk egenkapital så som aksjekapital eller grunnfondsbevis. Eiere av denne gjelden kan således tape sin investering i større grad enn vanlige fordringshavere. På den måten har såkalt "subordinated debt" større likhetspunkter til vanlig egenkapital.⁸ Avkastning av denne kapitalen vil likevel fremkomme som henholdsvis renteinntekter for investor og renteutgifter for banken.

Selv om kostnaden på denne kapitalen regnskapsmessig kan klassifiseres som renter for banken, er det ikke gitt at denne for skatteformål er fradragsberettiget. OECD 2010 karakteriseres denne kapitalen, som renter skriver seg fra, som "*free*" capital - med andre

⁷ OECD' 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 69 pkt 23

⁸ OECD' 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 70 pkt 24

ord en form for egenkapital. Renter betalt som avkastning på egenkapital vil normalt ikke være skattemessig fradragsberettiget.⁹

”However some of the forms of capital described above do not give rise to a return to investors in the nature of interest which is deductible for tax purposes by the rules of the host country regardless of how such capital is classified for accounting purposes. Such capital is reflected to in this report as “free” capital and is of obvious significance for tax purposes”

Spørsmålet er da hvor stor andel av bankens kapital som må anses som *“free” capital*, og som ikke gir grunnlag for fradragsberettigede renter.

Basel Committee on Banking Supervision of the Bank for International Settlements (BIS) har fastsatt finansielle standarder som er internasjonalt anerkjent. Standarden som per i dag er gjeldende for Norge, er som nevnt Basel II. Basel III antas å bli gradvis innført frem mot 2017, men er per november 2013 ikke implementert i nasjonal lovgivning.

Basel II angir at alle banker skal sette av en viss andel av den sysselsatte kapitalen som *“free” capital*. For store banker kan denne avsetningen skje på bakgrunn av bankenes interne risikovurderinger - *IRB (Internal Ratings Based approaches)*. Denne internvurderingen må godkjennes av hjemlandets finanstilsyn, i Norge er det Finanstilsynet.¹⁰ For mindre banker er det utarbeidet en mer sjablonmessig løsning – den såkalte *“Mc Donough ratio”*¹¹. Denne tar utgangspunkt i vektning av bankens eiendeler, kategorisert i grupper, hvor *“sikre”* plasseringer risikovektes lavest, mens eiendelen *“forbrukslån uten sikkerhet”* vil være i andre enden av risikoskalaen. Dette innebærer at det for et forbrukslån må settes av mer midler som *“free” capital* for å kunne møte påreknelige tap. Kalkulasjonen består av to trinn, *“lag 1”* (tier 1) og *“lag 2”* (tier 2).

⁹ OECD’ 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 70 pkt 25

¹⁰ Norges bank Economic Bulletin 2011 (Vol. 82 s. 15 fotnote 7

¹¹ OECD’ 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 72 pkt 35

Lag 1 består av risikoveide eiendeler multiplisert med 4 %.

Lag 2 består av lånevsetninger m v og ek-hybrider så som ”Subordinated debt”.

Bankens regulatoriske egnekapital er summen av lag 1 og lag 2. Denne må være minst 8 % av bankens totale risikoveide eiendeler.

Finanstilsynet i hovedforetakets domisil-land kan fastsette strengere regulatoriske krav enn minimumskravene i BIS.

Hvorvidt renter som knytter seg til *”free” capital* er skattemessig fradragsberettiget, vil bli drøftet under kapittel 8.

3.6 OECDs [autoriserte] metoder for å finne riktig forhold mellom fremmedkapital og *”free” capital*

3.6.1 Innledning

Når vi har allokert eiendeler og risiko til filialen, blir neste steg å finne andel av *”free” capital* som skal allokere til bankfilialen. Vi må tilordne *”free” capital*, som er nødvendig for å betjene den risiko som ligger i filialen.

Når det gjelder selve metoden for å komme frem til riktig forhold mellom fremmedkapital og *”free” capital*, er det tre metoder som i større eller mindre grad anvendes:¹²

1. Kapitalallokeringsmetoden¹³: Allokering av eiendeler og risiko basert på funksjonsanalyse.

¹² Bulletin for International Taxation January 2011 s 9 og OECD 2010 punkt 105 til 171

¹³ Jeg velger å bruke benevnelsen “Kapitalallokeringsmetoden” som jeg oppfatter mer presist enn “kapitalspeilmetoden”, som er beheftet med ulike forståelser som ikke nødvendigvis samsvarer med OECD-forståelsen

2. Tynn-kapitaliseringstilnærming: Pålegge filialer av utenlandske filialer samme beløp til "*free*" *capital* som en innenlandsk bank vil ha. Sammenlikningsmetode.
3. "Trygg havn-tilnærming". Metoden er også kalt "kvasi-tynn kapitaliseringmetoden". Filialen skal som ha minimum ha "*free*" *capital* som minst tilsvarer lovkrav som gjelder i filialstaten.

Nærmere om kapitalallokeringsmetoden(e):

Denne autoriserte OECD tilnæringsmetoden kan deles i to undergrupper:

- a. kapitalallokeringsmetoden
- b. økonomisk kapitalallokeringsmetoden

3.6.2 Kapitalallokeringsmetoden

Selv innen denne metoden eksisterer det varianter. Felles er likevel "*free*" *capital* skal fordeles proporsjonalt med eiendeler og risiko. Sistnevnte eiendeler med tilhørende risiko kan enten være en risikoveid størrelse eller nominell størrelse.¹⁴

Eksempel basert på basert på fordeling av risikoveide eiendeler:

Hovedforetaket (inkludert filial) har egenkapital for regulatoriske formål (Tier 1 og tier 2) på kr 1000.

Om filialen har 10 % av foretakets risikoveide eiendeler, skal 10 %, kr 100 tilordnes filialen som "*free*" *capital*.

Dersom fordelingen skjer på bakgrunn av nominelle verdier, vil fordelingen bli tilnærmet den samme forutsatt at filialen utøver samme virksomhet som hovedforetaket. Dersom filialen ikke driver samme virksomhet, vil tilordningen av "buffer-kapital" til filialen ikke

¹⁴ OECD' 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 86 pkt 98

lenger reflektere den risikoen som eiendelene representerer. For eksempel vil det være tilfelle om hovedforetaket låner ut pantsikrede boliglån, mens filialen låner ut usikrede forbrukslån. I et sådant tilfelle, vil det være større risiko for tap i filialen enn i hovedforetaket, og en tilsvarende høyere andel av egenkapitalen i foretaket må allokeres til filialen for å kunne møte påreknelige tap.¹⁵

OECD gir ikke anvisning på om det er direkte feil å fordele den regulatoriske egenkapitalen på bakgrunn av nominelle verdier – og ikke risikoveide, men likevel er det neppe tvil om hva som anses mest korrekt, når det i *OECD* s 75 punkt 49 fremkommer:

”Nor is it sufficient in attributing profits to a PE to prepare symmetrically balanced books of the PE that corresponds exactly to the values used in the books of the head office”

Merk at det ikke vil være nok å fordele den regulatoriske minimumskapitalen – som ofte er 8 % (tier 1 og tier 2).¹⁶ Dette synes logisk all den tid kjernekapitalen i foretaket skal reflektere risikoen i virksomheten. Er kjernekapitalen i foretaket som helhet bereknet til for eksempel 20 % av risikoveide eiendeler, så er det denne kjernekapitalen som skal fordeles mellom hovedforetak og filial – ikke 8 % av de risikoveide eiendelene. Merk at prosentsatsen refererer seg til de risikoveide eiendelene, og ikke de nominelle balanseverdiene. De risikoveide eiendelene er normalt lavere enn balanseverdiene, og egenkapitalandel målt som prosent av balanseverdiene er derfor lavere enn egenkapitalandel som prosent av de risikoveide eiendelene.

¹⁵ OECD’ 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 87 pkt 102

¹⁶ OECD’ 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 87 pkt 99

3.6.3 Den økonomiske allokeringmetoden

Denne bygger på foretakets egne risikovurderinger og ikke regulatoriske beregninger av risikoen i foretaket. OECD angir at denne metoden per i dag ikke er tilstrekkelig utviklet til å kunne anses armlengdes.¹⁷

3.6.4 Tynn-kapitaliseringsmetoden

Metoden sammenlikner filialen med en tenkt tilsvarende selvstendig bank i filiallandet. En ser deretter på hvilken regulatorisk egenkapital denne selvstendige banken ville hatt, og tilordner samme beløp til filialen. For å kunne sammenlikne må en ”renske” filialregnskapet for interne transaksjoner med hovedforetaket i den grad de samme transaksjonene ikke ville vært inngått mellom selvstendige enheter.¹⁸

3.6.5 Kvasitynn-kapitaliseringsmetode / ”Trygg-havn-tilnærming”-metoden

Denne metoden ligner på tynn-kapitaliseringsmetoden. Forskjellen er at den kun tar sikte på å tilordne minimumskapitalen som følger av reglene som gjelder for tilsvarende selvstendig bank i filiallandet¹⁹. Enkelt forklart vil en med en slik tilnærming kun tilordne 4 % av et eiendelsgrunnlag som ”free” capital. Hvorvidt eiendelsgrunnlag er veid eller av nominell størrelse varierer. Denne metoden ikke en autorisert OECD-tilnærming²⁰, og de samme problemstillingene som oppstår i forbindelse med tynn-kapitaliseringsmetoden, gjør seg gjeldende her. Et særlig forhold, er at en med en slik tilnærming trolig risikerer å tilordne for lite ”free” capital.²¹ Eksempelvis vil en om filialen låner ut usikrede forbrukslån, kun allokere 4 % av eiendelene som ”free” capital, mens en riktig allokering i forhold til risiko

¹⁷ OECD’ 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 88 pkt 106

¹⁸ OECD’ 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 86 og 89 pkt 107 til 111

¹⁹ OECD’ 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 88 pkt 112

²⁰ OECD’ 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 89 pkt 113

²¹ OECD’ 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 90 pkt 115

kanskje skulle ha vært 20 %. Det kan selvsagt også slå motsatt veg, noe etterfølgende case vil demonstrere. Metoden kan på den annen side være enklere å forholde seg til, da den i skjønnstilfeller kan brukes uten å måtte hente inn informasjon om hovedforetaket. Dette forutsetter imidlertid at det ikke må foretas ytterligere ”rensning” av transaksjoner innen foretaket.

4. Metode

4.1 Innledning

Metode kan defineres som:

”En systematisk måte å undersøke virkeligheten på (Halvorsen – 93)

Alternativt:

”En fremgangsmåte for å komme fram til kunnskap (Tranøy – 89).

Innenfor samfunnsvitenskapelig metode, er det vanlig å skille mellom såkalt kvalitativ og kvantitativ metode²². Kvalitativ metode kjennetegnes som beskrivende, vurderende, åpen tilnærming med fyldige beskrivelser fra objekter som vi analyserer. Videre kan den bygge på basisteori som videreutvikles. Kvantitativ metode bygger på kvantitativt tallmateriale, som grunnlag for å bevise signifikante forskjeller. Dette kan eksempelvis være data fra Statistisk sentralbyrå eller regnskapsdata fra Regnskapsregisteret eller databaser så som Orbis.

4.2 Valg av metode

Opprinnelig idé var å fremskaffe et kvantitativt grunnlag for å kunne sammenlikne egenkapitaldata mellom selvstendige norske banker og filialer av utenlandske banker. Denne datainnsamlingen fordret at sammenliknbare regnskapsdata kunne fremskaffes. Det gjør det ikke. Innen EU/EØS er det krav om offentliggjøring av regnskap for de fleste typer foretak. Dette gjelder foretaket som helhet. Det er ingen krav om offentliggjøring av det enkelte filialregnskap. Den enkelte filial har riktignok plikt til å sende regnskap inn til regnskapsregisteret, men det er unntatt offentlighet. Rent faktisk sender en del filialer inn regnskap uten at dette anmodes unntatt offentlighet. Nærmere gjennomgang av de regnskap

²² I henhold til lysark-presentasjon av amanuensis Harald Romstad, Høgskolen i Hedmark

som ble innsendt åpenbarte at disse likevel ikke var filialregnskap, men kopi av hovedforetakets regnskap. Utgangspunktet for sammenlikningen var oversikten av utenlandske bankfilialer som har fått konsesjon av Finanstilsynet – listen er vedlagt. En annen faktor er at listen over filialene ikke nødvendigvis bare inneholder virksomheter som driver ordinær bankvirksomhet. Som jeg vil komme tilbake til, viste det seg at noen hadde søkt og fått konsesjon ”bare sånn i tilfelle”. Mangelen på data gjør at det vil være faglig uforsvarlig å presentere dem i en sammenliknbar sammenheng som ”bevis” for å avdekke en signifikant forskjell. Likevel har jeg kunnet dra nytte av de data som faktisk er tilstede, blant annet vil jeg bruke data fra en filial som test-case for å teste forskjell mellom forskjellige løsninger. Jeg har gjennomført intervjuer med fire filialer. Hensikten var å få en forklaring på hvorfor en valgte å drive virksomheten gjennom en filialstruktur og ikke som et selvstendig rettssubjekt i Norge. Videre ønsket jeg avklart om filialene hadde en valgt en metode for allokering av ”free” capital, og i så fall hvorfor og hvordan. Intervjuene ble gjennomført med konfidensialitetsklausul, og jeg har derfor ikke brukt dem som kildehenvisning, men som bakgrunnsinformasjon. Anonymisert oppsummering følger som vedlegg. Intervju er også gjennomført med Finanstilsynet. Hensikten med dette intervjuet var todelt, for det første ønsket jeg å vite mer om Finanstilsynets arbeid med hensyn til konsesjonssøknader, og faktiske oppfølging av filialene. For det andre søkte jeg å tilegne meg større kunnskap om det juridiske rammeverket filialene operer innenfor. Referat fra møtet følger som vedlegg.

Andre fase har vært å tilegne meg mest mulig kunnskap om fagområdet. Mye faglitteratur er gjennomgått. Deler av dette fremkommer i litteraturoversikten. Endelig har jeg anvendt denne kunnskapen for å kunne konkludere hvordan allokering av ”free” capital bør gjennomføres. De forskjellige metodene er da testet på data fra en (anonymisert) filial.

4.3 Oppsummering

Metodevalg bygger hovedsakelig på den kvalitative metode, med utgangspunkt i tilgjengelig teori, som videreutvikles i kombinasjon med intervjuer med bankaktørene. Dog bemerkes at intervjuene alene ikke vil tilfredsstillende kravene til etterprøvnbarhet i og med at de spørsmålene ikke er stilt i en systematisk lik rekkefølge, og heller ikke foreligger i form av separate referat. De danner likevel bakgrunnskunnskap, som er anvendt sammen med øvrige

verifiserbare data. Det er også benyttet kvantitative data, men kvaliteten er ikke av tilstrekkelig karakter til å kunne sammenlikne utenlandske filialer med norske. Det bemerkes i den anledning at det i en artikkel i *Revisjon og Regnskap 9/2008* er presentert tallmateriale, som skal underbygge signifikante forskjeller mellom filialer av utenlandske banker og norske banker. Av grunner som ovenfor nevnt, mener jeg dog at sådant tallmateriale har begrenset verdi annet enn som bakgrunnsinformasjon.

5. Innledende drøfting

5.1 Innledning

Det er to forhold jeg vil drøfte. Først, valg av metode for å finne riktig forhold mellom fremmedkapital og ”free” capital. Derneft vil jeg se på hvilken skattemessig virkning valg av metode vil innebære. For begge forholdene vil jeg benytte et gjennomgående case for å illustrere eventuelle forskjeller de forskjellige metodene innebærer. Skattemessige virkning sammenliknet med norske banker vil inngå.

5.2 Drøfting

Andel av rentebærende kapital – ”free” capital – skal speile risikoen for tap som knytter seg til virksomheten i filialen. Den metoden som best kan påvise denne risikoen, en den jeg vil anbefale. Innledningsvis må en ha i tankene at filialen i seg selv er en juridisk fiksjon. Med andre ord ikke likestilt med datterselskap. Det får enkelte utslag som drøftes nedenfor. I likhet med en ”ekte” juridisk enhet må det foretas en funksjonsanalyse. Når det gjelder bank er de verdidrivende funksjonene beskrevet som KERT – the key entrepreneurial risktaking functions. Nærmere beskrevet som²³

”The key entrepreneurial risk taking functions are those which require active decision-making with regard to the acceptance and/or management of individual risks and portfolio of risks”

Det som er spesielt for banker er at det konstant vil finne sted en styring av kapital og risikoeksponering for banken som helhet – ”makro-plan”. Dette vil normalt ikke utgjøre en KERT-funksjon. Dette vil være typisk for en kredittkomitees arbeid.²⁴

²³ OECD’ 2010 Report on attribution of profits to permanent establishments part II s 66 pkt 8

²⁴ OECD’ 2010 Report on attribution of profits to permanent establishments part II s 66 pkt 10

Det kan identifiseres en forskjell i inntekts/verdiallokering hva gjelder banker og KERT sammenliknet med andre skattemessige begreper som den virkelige ledelse (Effective Management). Ved vektingen av funksjoner vil en ved vurdering av hva som utgjør den virkelige ledelsen av et selskap legge avgjørende vekt på de bestemte funksjonene som normalt utføres gjennom et styre. Overført til bank ville en "Effective Management"-vurdering lede til at en stor del av verdiskapningen ville blitt tillagt til landet hvor kredittkomiteen hadde sete. En KERT-vurdering vil, slik jeg forstår det, derimot legge større vekt på markedsføring, og produktsalget (tilbud av lån), som vil finne sted i filiallandet. Det samme vil være tilfelle med den løpende oppfølging av det enkelte låneengasjement, som også normalt vil finne sted i filiallandet (på "mikro-plan"). Dette i motsetning til bankens samlede kreditt- og risikostyring som normalt vil finne sted i hovedforetakets domisilland, og som i denne relasjon skal tillegges mindre vekt.

Merk at begrepet KERT i OECD-sammenheng nå brukes utelukkende om finansiell virksomhet, selv om det tidligere ble benyttet også om øvrige virksomhet. I øvrige virksomheter benyttes SPF – Significant People Functions. Forklaring på at det anvendes forskjellige termer oppgis å være at det for finansielle aktiva er en sterkere korrelasjon mellom aktiva og risiko.²⁵

Valg av metode kan også ha skattemessig virkning. Dette fordi det er en implisitt sammenheng mellom resultat fastsatt i henhold til regnskapsreglene og skattemessig inntekt. Unntak gjelder for eksempel ved fradrag for avsetninger for tap, hvor en skattemessig kun kan kreve fradrag etter sjablonregler. Dette gjelder likevel ikke banker, hvor regnskapsmessige avsetninger for tap legges til grunn også for skatteformål.²⁶

²⁵ OECD' 2008, Report on the attribution of Profits to Permanent Establishments, pkt 19

²⁶ Skatteloven § 14-4 fjerde ledd bokstav f

Ved fastsettelse av rentefri kapital i filialen, legges samme prinsipp til grunn. Dog er det vilkår om at allokeringen av denne kapitalen mellom hovedforetak og filial er foretatt på armlengdes vilkår. I hvilken grad de forskjellige metodene er egnet for å fastsette *”free” capital* på armlengdes vilkår vil bli drøftet gjennom casene. Som jeg vil komme tilbake til, vil valg av metode kunne påvirke skattegrunnlaget, og er således av avgjørende betydning.

Jeg vil i denne sammenheng bemerke at rettsutviklingen går i retning av stadig mer sofistikerte metoder. En av årsakene til dette, slik jeg tolker det, er at fokus på risikostyring i bankene har blitt stadig skjerpet. Bankkrisene på 90- og 2000-tallet har bidratt til denne utviklingen. Følgen av dette er at Basel-regelverket er kraftig utvidet – fra å være på noen titalls sider til å vokse til over tusen. Det vil etter min mening fremtre meningsløst om denne økte kunnskapen om risiko ikke skulle få innvirkning ved fastsettelse av den skattepliktige inntekten for bankfilialen.

Valg av metode har også en konkurransemessig dimensjon. Skulle filialer av utenlandske banker bli behandlet annerledes enn norske banker, ville det innebære forskjellige spilleregler for aktører på samme marked.

5.3 Oppsummering

Riktig fastsettelse av *”free” capital* mellom hovedforetak og filial forutsetter at vilkår er fastsatt på armlengdes avstand. Jeg søker å finne metoden for allokering av *”free” capital* til filialen som best speiler risiko i filialen. Valg av metode kan påvirke skattepliktig inntekt.

6. Case

6.1 Hvorfor case?

Jeg finner det formålstjenlig å bruke et talleksempel som metode for å illustrere forskjellen mellom metodene. Gjennom eksempelet illustreres fordeler og ulemper. En sammenliknende metode basert på samme tallmateriale som anvendes med de forskjellige metodene, vil også vise den inntektsmessige virkningen. Skattemessige konsekvenser vil bli drøftet under kapittel 8.

Filialens andel av forvaltningskapital er i eksempelet satt til 1/3-del (33,33 %), som fordeler seg slik:

Utlånskategori	Hovedforetak (inkl filial)	Filial
Boliglån	1000	0
Næringslån	1000	1000
Forbrukslån	1000	0
Sum utlån	3000	1000

6.2 Kapitalallokeringsmetoden

6.2.1 Kapitalallokeringsmetoden med risikoveide eiendeler

Utlånskategori	Nom verdi	Risikovekt	Risikoveid verdi	Andel HF	Andel filial
Boliglån	1000	10 %	100	100	0
Næringslån	1000	50 %	500	0	500
Forbrukslån	1000	100 %	1000	1000	0
Sum utlån	3000		1600	1100	500

Som nevnt forutsetningsvis, står filialen for 1/3-del (1000/3000) av utlånsporteføljen. Andelene av risikoveide eiendeler er likevel 31 % (500/1600). Hvis den regulatoriske egenkapitalen for hele foretaket er kr 100, vil filialens andel av denne bli **kr 31** (31 %).

6.2.2 Kapitalallokeringsmetoden med nominelle verdier

Utlånskategori	Nom verdi	Risikovekt	Risikoveid verdi	Andel HF	Andel filial
Boliglån	1000	10 %	100		
Næringslån	1000	50 %	500		
Forbrukslån	1000	100 %	1000		
Sum utlån	3000		1600	1067	533

Filialens andel av regulatorisk kapital, kr 100, vil med samme forutsetninger bli **kr 33**.

6.3 Den økonomiske allokeringmetoden

Metoden tas med kun for oversiktens skyld. Jeg har ingen teori eller praksis som kan danne grunnlag for et case.

6.4 Tynn-kapitaliseringsmetode

Utlånskategori	Nom verdi	Risikovekt	Risikoveid verdi	Andel HF	Andel filial
Boliglån	1000	10 %	100	148	0
Næringslån	1000	50 %	500	0	952
Forbrukslån	1000	100 %	1000	1000	0
Sum utlån	3000		1600	1148	557

I herværende tilfelle skal filialens ”free” capital fastsettes som om den var en selvstendig bank i Norge. Det i seg selv byr på noen utfordringer, da en som regel ikke ville finne sammenliknbare banker i vertslandet av samme størrelse som en filial av en stor utenlandsk bank. Jeg finner det derfor riktigst å bruke risikovekter på banken som helhet, og deretter fordele mellom hovedforetak og filial. Dette resulterer i at en må berekne en ”ny” regulatorisk egenkapital på hovedforetaket etter sammenlikning med norske banker, for deretter å fordele en andel av denne til filialen. I herværende tilfelle har jeg tatt utgangspunkt i risikovekter fra DNB²⁷. Basert på samme %-sats ved beregning av regulatorisk egenkapital som i eksemplene ovenfor, vil ny regulatorisk egenkapital for hovedforetaket bli kr 107 ($((100/1600)* 1705)$). (dvs. regulatorisk egenkapital i hovedforetakets hjemland, kr 100,

²⁷ Arctic Securities sin presentasjon på Ernst & Young’s finansdag 5. desember 2012

dividert på risikoveid verdi, 1600, multiplisert med risikoveid verdi etter DNB-modell). Filialens andel av regulatorisk kapital blir da **kr 35** ($557/1705 \times \text{kr } 107$). Resultatet kunne selvsagt blitt annerledes ved bruk av andre banker.

6.5 Kvasitynn-kapitalallokeringsmetode / "Trygg-havn-tilnærming"-metoden

Utlånskategori	Nom verdi	Risikovekt	Risikoveid verdi	Andel HF	Andel filial
Boliglån	1000				0
Næringslån	1000				1000
Forbrukslån	1000				0
Sum utlån	3000				1000

Med denne metoden ser en helt bort i fra forhold i hovedforetaket. Eiendeler i filiallandet vektet i henhold til vektene i Mc Donough-modellen. Imidlertid ser en i praksis bort fra andre type risiko, som ikke kan knyttes direkte til utlånsporteføljen. Dette kan være arter av garantier som direkte eller implisitt er stilt av hovedforetaket eller til andre tilknyttede selskaper. Vekt på næringslån på norsk filial er satt til 100 %. I herværende tilfelle vil 4 % av de risikoveide eiendelene anses som "free" capital i norsk filial, **kr 40** (4 % av kr 1000).

7. Drøfting – valg av metode for tilordning av *”free” capital*

7.1 Innledning

Med utgangspunkt i caset i foregående kapittel, vil jeg komme med en begrunnet anbefaling av metode.

7.2 Drøfting

Forretningsideen i banker er å tjene penger på utlån. Motstykket til å tjene penger på utlån, er risikoen for at en ikke får tilbake alle pengene enn har lånt ut. Derfor må en sette til side midler for å møte denne påreknelige risikoen. Hvor mye enn må sette til side, avhenger av risikoen for tap. Utlån til boligformål med pantesikkerhet i boligen, gir erfaringsmessig lave tap, mens sannsynligheten for å tape på utlån til forbruk uten sikkerhet er betydelig større. Krav til en forsvarlig *”free” capital* skal reflektere denne risikoen.

Ovennevnte kjensgjerning vil påvirke min anbefaling til valg av metode for å tilordne *”free” capital* til filialen.

”Trygg-havn-tilnærming” eller kvasi-tynn allokeringemetoden møter etter min oppfatning ikke denne diversifiseringen i forhold til virksomhetens art og risiko. En tilordning av for eksempel 4 % *”free” capital* på en bankfilial som låner ut til forbruksformål, vil åpenbart ikke reflektere tilhørende risiko, og følgelig heller ikke være armlengdes²⁸. Denne metoden er ikke en autorisert OECD-tilnærming, men likevel må vi ta ad nota at denne metoden de facto er benyttet av skattemyndighetene på begynnelsen av 2000-tallet. Dette på tross for at prosa i den anledning omtalte metoden som ”kapitalspeilmetoden”. Det innebærer at det kan

²⁸ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010 Edition, Chapter IV E5,4.120

være en viss forvirring blant bankaktørene så vel som innad i skatteetaten, og fordrer en viss ydmykhet ved tilnærming samt grundig forklaring om valgte metode.

Tynn-kapitaliseringsmetoden, er etter min oppfatning, heller ikke en egnet metode for å bestemme forholdet mellom fremmed- og "egenkapital" (*"free" capital*). En filial vil oftest være mindre enn en sammenliknbar selvstendig virksomhet i vertslandet, og kan derfor vanskelig sammenliknes. Herunder vil det være forhold som det må korrigeres for, så som at filialen er en del av en utenlandsk juridisk enhet som kan ha for eksempel trekkfasiliteter, creditrating, øvrig fri egenkapital. Sistnevnte momenter gjør det vanskelig å sammenlikne direkte med en selvstendig norsk bank av samme størrelse. Endelig vil vi også måtte renske filialregnskapet med interne transaksjoner som etter en selvstendighetsfiksjon, ikke vil være armlengdes. Selv om jeg ikke anbefaler metoden i normaltillfeller, kan den være anvendelig i tilfeller hvor hovedforetaket ligger i en jurisdiksjon hvor BASEL-regelverket ikke er implementert.

Økonomisk kapitalallokeringsmetoden kan i og for seg ha mye for seg ved at den fordrer "skreddersøm" i forhold til behovet for *"free" capital* i den enkelte virksomhet. Likevel eksisterer det per i dag ikke anerkjente metoder for å kvalitetssikre virksomhetens egen risikovurdering, og OECD går ikke god for metoden.

Metoden vi da står igjen med, er kapitalallokeringsmetoden. Jeg mener denne best vil gi uttrykk for hvilken risiko som hefter ved filialen, og følgelig hvilken kapital denne risikoen fordrer. Jeg forutsetter at hovedforetaket ligger i en jurisdiksjon hvor BASEL-regelverket er implementert. Denne implementeringen innebærer at finansmyndighetene i landet hvor foretaket er hjemmehørende skal føre tilsyn med banken i henhold til retningslinjer som er internasjonalt anerkjente. Jeg finner det forsvarlig å godkjenne den egenkapital som hovedforetaket har innberettet og fått godkjent i hjemstaten. Sistnevnte egenkapital inkluderer også virksomheten i filialen. Denne kapitalen må deretter fordeles mellom hovedforetakets hjemstat, for eksempel Frankrike og filialen i Norge. Denne fordelingen bør

foretas på bakgrunn av de risikoveide eiendelene som må henføres til henholdsvis Frankrike eller Norge.

Hvis for eksempel 10 % av de risikoveide eiendelene kan tilordnes Norge, skal 10 % av den regulatoriske egenkapitalen tilordnes Norge som *"free" capital*.

Unntaksvis finner jeg å kunne godkjenne at fordelingen mellom hovedforetak og filialen i Norge foretas på bakgrunn av nominelle verdier. Dette fordrer at det er åpenbart at hovedforetaket og filialen har tilnærmet lik risikoprofil.

Jeg er åpen på at dette kan gi avvik i resultat i forhold til om filialen hadde vært en selvstendig bank i Norge. Dette kan slå begge veier. Et eksempel til ulempe for filialen, er når hovedforetakets hjemland har innført strengere krav til kapital enn det som følger av BASEL-regelverket. All den tid at denne kapitalen kan karakteriseres som *"free" capital* finner jeg at dette må kunne legges til grunn også i filialstaten Norge. Det bemerkes at dette kan medføre innsigelser fra filialens side om at dette er i konflikt med etableringsretten og/eller ikke-diskrimineringsbestemmelsene i EF-retten. Det bemerkes likevel at utenlandske bankfilialer innen EØS heller ikke på andre områder har de samme rammevilkårene som norske banker – for eksempel med hensyn til den særnorske innskuddsgarantien på MNOK 2, hvor det for utenlandske EØS-filialer vil være nok å garantere for MEUR 0,1. Samme problematikk finner en når det gjelder utenlandske aksjeselskap, som i relasjon til skattelovgivningen er å anse som hjemmehørende i Norge (s.k. 15b-selskap), og hvor kravene til hva som er lovlig utbytte i registreringslandet kan være mer lempelig enn i Norge. Også i disse tilfellene legger en til grunn utenlandsk rett med virkning for om utbytte er lovlig for skatteformål. Dette skulle tilsi at vi må legge til grunn hovedforetakets lovgivning ved vurdering om kapitalen er å anse som fremmedkapital eller *"free" capital*.

Et viktig moment med å foreta en allokering etter denne metoden, er at vi også får færre tilfeller av dobbeltbeskatning eller dobbeltfradrag. I og med at vi legger til grunn egenkapitalen i hovedforetakets hjemstat, vil en fordeling mellom hovedforetak og filialen

begrenses til egenkapitalens nominelle størrelse. Dette i motsetning til om det foretas egne tynn-kapitaliseringstilnæringer.

Det bemerkes at de fleste OECD-land så langt ikke har angitt hvilken metode som er riktig.²⁹ Eksempelvis Nederland, synes å anvende kapitalallokeringsmetoden.³⁰ Samme synes å være tilfelle med Danmark (som kaller den kapitalspeilmetoden).³¹ Storbritannia synes derimot å ha tynn-kapitaliseringsmetoden som førstevalg, selv om de også kan godta kapitalallokeringsmetoden.³²

7.3 Valg av metode – oppsummering

Kapitalallokeringsmetoden med risikoveide eiendeler fremtrer som den klart mest anvendelige metoden. Den baserer seg på en funksjonsanalyse, som allokere eiendeler og tilhørende risiko mellom hovedforetak og filialer. Selv om dette er en arbeidskrevende prosess, veies denne ulempen opp mot at det er en vitenskaplig metode hvor allokeringen foretas på bakgrunn av en identifisert verdiskapning med tilhørende risiko. De øvrige metodene har ikke i samme grad denne tilnærmingen, men er av mer sjablonmessig art. Sjablonmetoder vil sjelden være i tråd med armlengdeprinsippet. Kapitalallokeringsmetoden basert på nominelle verdier kan godtas i de tilfeller hvor virksomheten i hovedforetaket og filialen er tilnærmet lik med hensyn til markedssegment med tilhørende risiko.

Tynn-kapitaliseringsmetoden kan i særlige tilfeller benyttes, men da i mangel av bedre beslutningsgrunnlag i form av funksjonsanalyse med videre. Kvasi-tynn kapitalisering eller ”Trygg havn” er en lite målrettet metode ved at den ser bort fra alle selskapsindivide forhold.

²⁹ KPMG Branch Capital Attribution Tax Survey 2012

³⁰ KPMG Branch Capital Attribution Tax Survey 2012 s 16

³¹ Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2/22 2011 s. 581, jf SKM2008.917.SR

³² KPMG Branch Capital Attribution Tax Survey 2012 s 19

Dette er ikke i tråd med armlengdeprinsippet. Muligheten for dobbelbeskatning eller dobbelt-fradrag er i stor grad til sted, og vil således heller ikke være tråd med formålet i skatteavtalene mellom Norge og hovedforetakets domisilland. Jeg anses metoden som uegnet.

8. Drøfting – Skattemessig effekt av tilordning av *”free” capital*

8.1 Innledning

I dette kapitlet skal jeg drøfte skattemessige konsekvenser av at vi har fastsatt *”free” capital*. Først vil jeg redegjøre for min forståelse av gjeldende rett. Jeg vil gjennomgå hvordan jeg mener *”free” capital* skal tilordnes. Dette vil illustreres ved bruk av case. Deretter vil jeg se på hvilke lån som ikke genererer skattemessige fradragsberettigede renter, og hvordan en eventuell tilbakeføring av renter kan foretas. Også i dette tilfellet vil jeg bruke et case.

8.2 Allokering av *”free” capital* til den norske filialen – gjeldende rett

Gjennom funksjonsanalysen³³ har vi kunnet fordele eiendeler og risiko³⁴. I neste steg punkt³⁵ har vi allokert *”free” capital* til filialen i henhold til tilhørende risiko.

”free” capital består i utgangspunktet av filialens andel av hovedforetakets egenkapital, herunder tier 1 og tier 2.

Filialen kan regnskapsmessig ha karakterisert hele eller deler av *”free” capital* som fremmedkapital, som kan ha blitt belastet med renter. Dette vil være i tråd med regnskapslovgivningen. Spørsmålet er hvilken betydning fradragsføring av renter skal få ved fastsettelsen av det skattemessige resultatet.

OECD 2010 er klar i sin anvisning:

³³ Jf kapittel 3.2 i oppgaven

³⁴ Jf kapittel 3.2 og 3.3 i oppgaven

³⁵ Jf kapittel 3.3 og 6 i oppgaven

”However some of the forms of capital described above do not give rise to a return to investors in the nature of interest which is deductible for tax purposes by the rules of the host country regardless of how such capital is classified for accounting purposes. Such capital is reflected to in this report as “free” capital and is of obvious significance for tax purposes”

(understreket her)

Merk at det heller ikke skiller mellom rentefradrag på bakgrunn av tier 1 eller tier 2. Er kapitalen å karakterisere som *”free” capital* vil den således ikke i utgangspunktet kunne generere skattemessig fradragsberettigede renter.

Selv om OECD angir nevnte løsning, er det likevel opp til hvert enkelt land å ha lovregler som likevel gir skattemessig fradragsrett for renter av hele eller deler av *”free” capital*³⁶.

“Where the amount of free capital allotted by the enterprise is less than the arm’s length amount as determined by one of the authorised approaches, an appropriate adjustment would need to be made to reduce the amount of interest expense claimed by the PE in order to reflect the amount of the enterprise’s free capital that is actually needed to support the activities of the PE. The adjustment will be made following the rules of the PE’s host country, subject to Article 7.”

Eksempelvis har Australia spesialregler som gir fradragrett for renteutgifter som skriver seg fra tier 2.³⁷

³⁶ OECD’ 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 45 pkt 162

³⁷ IBFD Tax News Service 31. oktober 2012

For Norges del har vi også spesialregler. Gjeldende rett³⁸ er å betrakte kjernekapitalen – tier 1 (med unntak av eventuelle fondsobligasjonskapital som på bestemte vilkår kan utgjøre inntil 15 % av kjernekapitalen) som skattemessig egenkapital. Dette innebærer at renteutgifter utover kjernekapitalen vil være fradragsberettiget.

Som utgangspunkt må vi foreta en funksjonsanalyse for å finne riktig forhold mellom fremmed- og egenkapital. Renter bereknet på skattemessig egenkapital (*“free” capital*) er i utgangspunktet ikke fradragsberettiget. Dog er det slik at de spesielle skattereglene for banksektoren vil utvide fradragsretten for renter av kapital utover ren kjernekapital – core tier 1. Kjernekapital (tier 1 – capital) består blant annet av innbetalt aksjekapital og ulike fond (overkursfond, utjevningfond, gavefond, grunnfond etc.). I tillegg vil akkumulert overskudd, samt annen egenkapital godkjent av Finanstilsynet, inngå i kjernekapitalen. Finansdepartementet kan gi samtykke til at annen kapital kan likestilles med kjernekapital i henhold til beregningsforskriften.³⁹

Likevel legger jeg til grunn at åpenbart ikke kan innrømmes gjeldsrenter av kapital, utover ren kjernekapital – core tier 1, som faktisk er rentefri. Det vises i den anledning til at det i kjølvannet av siste bankkrise, av ESA, har blitt utstedt forbud mot å betale renter av visse typer hybridkapital – både av tier 1 og tier 2.

Etter dette kan det oppstilles at *“free” capital* som ikke kan generere skattemessig fradragsberettigede renter består av følgende komponenter:

³⁸ St. prp. nr. 1 (2001-2002) punkt 2.3.3. og Ot. prp. nr. 75 (2008-2009) Om lov om endringer i finansieringsvirksomhetsloven og enkelte andre lover (kapital- og organisasjonsformer i sparebanksektoren mv).

³⁹ Forskrift 1. juni 1990 nr 435 om beregning av ansvarlig kapital for finansinstitusjoner, oppgjørssentraler og verdipapirforetak og brev 27. juni 2002.

Ren kjernekapital (core capital – tier 1)

+ rentefri kjernekapital (utover core capital – tier 1)

+ annen rentefri tilleggskapital (tier 2)

= Skattemessig egenkapital som ikke genererer skattemessige renter

Det ovennevnte vil gjelde foretaket som helhet. Den skattemessige egenkapitalen som ikke genererer skattemessige renter må så fordeles mellom hovedforetaket og filialen. Så lenge denne fordelingen mellom hovedkontor og filial er foretatt på armlengdes vilkår, kan den også legges til grunn for skatteformål.

8.3 Allokering av *“free” capital* – fremgangsmåte i praksis

8.3.1 Innledning

I dette delkapittelet vil jeg illustrere hvilke typetilfeller som kan oppstå, og angi forslag til løsninger. Problemstillingene er aktuelle for eksempelvis intern controller, ekstern revisor, eller skattemyndighetene.

8.3.2 Forutsetninger

Først etablerer jeg noen grunn-forutsetninger:

“Riktig” resultat:

Den kapital som speiler risikoen som følger av filialens virksomhet.

Nedre marginal:

Ren kjernkapital (Core tier 1), slik den er fastsatt i domsil-landet. Reglene i Norge er til sammenlikning i "snilleste" forstand 3,4 % av risikoveide eiendeler (*Risk Weighted Assets - RWA*). Dette antas å danne absolutt nedre marginal.

Øvre marginal:

Det er selvfølgelig ikke mulig å fastslå en maksimal størrelse på rentefri egenkapital. Men, det foreligger statistisk materiale som kan gi en indikasjon på hva som kan være forsvarlig skjønn. Stig Helberg, doktorgradsstipendiat ved NTNU, presenterer⁴⁰ egenkapitalandel for børsnoterte banker basert på *Capital IQ* og *Bloomberg*. Denne viser et gjennomsnitt på 10 % av bokført egenkapital.

8.3.3 Case 1

Selskapet (hovedforetaket) har en rentefri EK kr 100,-

Tier 1 er kr 80,-

Ingenting er allokert til filialen i Norge.

Bruk av kapitalallokeringsmetoden med risikoveide eiendeler gir følgende fordeling mellom hovedforetak og filial:

Utlånskategori	Nom verdi	Risikovekt	Risikoveid verdi	Andel HF	Andel filial
Boliglån	1000	10 %	100	100	0
Næringslån	1000	50 %	500	0	500

⁴⁰ Dagens Næringsliv 28. mai 2013 s. 35

Forbrukslån	1000	100 %	1000	1000	0
Sum utlån	3000		1600	1100	500

I herværende tilfelle blir det riktigst å ta utgangspunkt i den reelle rentefrie kapital i selskapet. Det er kun allokeringen av denne (rentefrie) kapitalen som ikke er armlengdes. Allokeringen foretas etter samme forhold som mellom risikoveide eiendeler i hovedforetaket og filialen. I herværende tilfelle blir **kr 31** rentefri kapital henført til filialen ((500/1600) X rentefri kapital kr 100).

8.3.4 Case 2

Selskapet har en rentefri EK kr 50,-

Tier 1 er kr 80,-

Ingenting er allokert til filialen i Norge.

Samme fordeling av risikoveide eiendeler som i eksempel 1.

I herværende tilfelle vil selskapets (hovedforetakets) rentefrie kapital ikke være tilstrekkelig for å speile den risiko som hører med virksomheten. Etter en vurdering av kapitalens beskaffenhet i henhold til skatteloven § 2-3 første ledd bokstav b, må vi allokere tilstrekkelig "free" capital til filialen. Ren kjernekapital – core tier 1 må anses å representere nedre marginal. Følgelig er det kr 80,- som må fordeles mellom hovedforetak og filial. I herværende tilfelle blir **kr 25** rentefri kapital henført til filialen ((500/1600) X tier 1 kr 80).

8.3.5 Case 3

Om vi mot all formodning ikke skulle få ut noen som helst opplysninger om rentefri kapital eller risikoveide eiendeler, vil vi likevel – for skatteformål - måtte fastsette filialens rentefri kapital. Vi kan i et sådant tilfelle bruke sammenliknbare selskaper. Et forslag kan være 10 % av bokført kapital, jfr. statistikk som vist ovenfor

8.4 Hvilket rentebeløp er ikke skattemessig fradragsberettiget

8.4.1 Innledning

Neste spørsmål som oppstår, er hvilket rentebeløp som skal tilbakeføres ved fastsettelsen av skattemessig resultat.

8.4.2 Drøfting

Etter min oppfatning må det først og fremst tilbakeføres renter som eksplisitt kan knyttes til *"free" capital*. Dette gjelder hybridkapital så som ansvarlige lån (subordinated loans). Felles for denne type hybridkapital, er at den står tilbake for øvrige krav mot selskapet, og således har likhetspunkter med øvrig egenkapital. For ordens skyld bemerkes at det selvsagt foreligger skattemessig fradragsrett for renter som skriver seg fra den del av det ansvarlige lånet som *"free" capital*.

Neste fase, om det fremdeles er renter av *"free" capital* som fremdeles ikke er tilbakeført, blir – om mulig – å avklare om det er øvrige lån som indikerer at de knytter seg mot *"free" capital*. Indikasjoner kan være vesentlig dårligere sikkerhet og/eller høyere rentesats, noe som kan trekke i retning av at lånet står i en dårligere stilling enn øvrige lån.

Dersom det ikke er mulig å identifisere lån som knytter seg til ”free capital”, kan det være en farbar vei å tilbakeføre en prosentvis andel av totale renteutgifter som svarer til ”free” *capital* som blir tilbakeført.⁴¹

8.4.3 Case – tilbakeføring av renter

Forutsetning: det nominelle beløpet som utgjør kjernekapital i hovedforetaket er kr 1000. Den norske filialens andel av risikoveide eiendeler er 10 %. I dette tilfelle vil andel av regulatorisk EK som skal tilskrives Norge være kr 100.

Sistnevnte beløp (kr 100) skal det i skattemessig forstand ikke bereknes renter av.

RM aktiva (hovedforetaket):

Utlån	kr 10000
Annen (uvirksom) kapital	kr 0
Sum aktiva	kr 10000

RM passiva (hovedforetaket):

Lån fra finansinst.	kr 8900
Ansvarlig lån	kr 500
EK (rentefri kapital)	kr 600
Sum passiva	kr 10000

Rentesats på ansvarlig lån er 10 %.

⁴¹ OECD' 2010 Report on attribution of profits to Permanent Establishments, s 45 pkt 165

Virksomheten i filialen forutsettes her å speile helt og fullt virksomheten i hovedforetaket. I herværende eksempel utgjør filialens andel av hovedforetaket 10 %.

RM aktiva (filialen):

Utlån	kr 1000
Annen (uvirksom) kapital	kr 0
Sum aktiva	kr 1000

RM passiva (filialen):

Lån fra finansinst.	kr 890
Ansvarlig lån	kr 50
EK (rentefri kapital)	kr 60
Sum passiva	kr 1000

I dette eksempelet er kjernekapital kr 1000 for hovedforetaket (inkludert filial i Norge).

Videre er det forutsatt at den norske filialens andel av de risikoveide eiendelene er 10 %, hvilket vil si at kr 100 i skattemessig sammenheng skal anses som egenkapital. Det skal ikke innrømmes gjeldsrentefradrag på en kapital som anses som egenkapital. Filialen mangler rentefri *"free" capital* med kr 40 (kr 100 – 60).

I herværende eksempel anses kr 40 av det ansvarlige lånet å være (skattemessig) egenkapital. Gjeldsrenter på dette lånet må tilbakeføres ved fastsettelsen av den skattemessige inntekt. Her blir det kr 4 (10 % rente av kr 40). Merk at filialen selvsagt innrømmes fradrag for renter av ansvarlig lån som overstiger *"free" capital* – kr 1 (10 % rente av kr 10).

8.4.4 Oppsummering

Den kapitalen som har størst likhetspunkter med egenkapital, skal først tilbakeføres. Dersom det ikke er mulig å identifisere spesielle egenkapitalinstrumenter så som ansvarlige lån, kan en forholdsmessig andel av renteutgiftene tilbakeføres. Riktigst er dog å tilbakeføre renter av funding med dårligst sikkerhet, da disse har større likhet med egenkapital sammenliknet med funding med god sikkerhet.

8.5 Fremgangsmåte ved tilordning av *"free" capital* for skatteformål - oppsummering

Basert på drøftingen i dette kapittel er mitt forslag følgende:

- Foreta en funksjonsanalyse:
- Bruk KERT-oppstillingen som nevnt under kapittel 6. KERT-funksjonene er laget i form av et "Balanced Score Card" – se vedlegg.
- Fordele eiendeler i henhold til funksjonsanalysen.
- Få klarlagt hvilken regulatorisk egenkapital hovedforetaket har innberettet til sistnevntes finanstilsynsmyndighet (forutsatt at dette er en jurisdiksjon som har implementert Basel-regelverket).
- Få klarlagt hvilken del av hovedforetakets egenkapital som er rentefri – det kan være en større del enn kjernekapitalen (core tier 1)
- Fordel de risikoveide eiendelene mellom hovedforetaket og filialen.
- Tilordne *"free" capital* etter samme forhold som de risikoveide eiendelene.
- Kalkuler (eventuell) andel av fremmedkapital i filialen som skattemessig skal reknes som *"free" capital*.
- Tilbakefør (eventuelle) renteutgifter som skriver seg fra *"free" capital*.

9. Konklusjon

Hovedproblemstillingen i oppgaven har vært hvordan "free" capital i bankfilialer skal fastsettes. For å løse hovedproblemstillingen, måtte jeg først ta stilling til hvilken allokeringemetode om er best egnet for å finne riktig forhold mellom fremmedkapital og "free" capital. Dernest ville jeg avklare om renter bereknet av kapital som skattemessig anses som "free" capital likevel kunne være fradragsberettiget. Endelig har jeg drøftet hvilket rentebeløp som eventuelt må tilbakeføres som ikke skattemessig fradragsberettiget.

En underproblemstilling var å forstå hvorfor utenlandske banker etablerer seg i Norge gjennom filial – og ikke som eget rettssubjekt. I den anledning måtte jeg avklare om organiseringen av virksomheten i seg selv er et skatteinsitament ved at skattegrunnlaget for de utenlandske filialene kunne bli fastlagt annerledes enn norske banker.

Jeg har tatt utgangspunkt i at all økonomisk virksomhet innebærer risiko. Av den grunn må det settes til side kapital for å møte denne påreknelige risikoen. Jeg har lagt til grunn at denne kapital normalt ikke kan tilbakebetales på annen måte enn ved likvidasjon av virksomheten. Jeg har konkludert med at denne kapitalen har likhetspunkter med egenkapital. For å finne hvor stor denne bufferkapitalen må være, har jeg tatt utgangspunkt i den regulatoriske egenkapitalen i banken, som er fastsatt av finanstilsynet i bankens domisilstat. Denne kapitalen anser jeg for å være fastsatt på armlengdes vilkår, og representere reell risiko i foretaket som helhet. Denne kapitalen må allokere mellom hovedforetaket og filialen i Norge. Ved denne allokeringen har jeg funnet det riktig å ta utgangspunkt i fordelingen av det økonomiske eierskapet mellom hovedforetak og filial. Risiko knyttet til eiendelene fordeles likeså. Bufferkapital for å møte denne risikoen følger samme fordelingsnøkkel. En sådan fordeling av eiendeler fordrer at en først foretar en funksjonsanalyse av virksomheten, hvor eiendeler og tilhørende risiko fordeles etter samme forhold som verdiskapningen. Jeg har kommet til at metoden som er best egnet til frembringe riktig grunnlag for å allokere er *kapitalallokeringsmetoden med risikoveide eiendeler*. I tilfeller hvor virksomheten i hovedforetaket og filialen er tilnærmet lik, kan *kapitalallokeringsmetoden med nominelle verdier* benyttes som en forenklet løsning. Andre metoder anser jeg ikke å være armlengdes fastsatt, selv om *tynn-kapitaliseringsmetoden* i unntakstilfeller kan være et utgangspunkt ved skjønnsfastsettelse. "Trygg havn" / *kvasi-tynn-*

kapitaliseringsmetoden anser jeg å være uegnet. En begrunnet anbefaling av metode representerer ny viten, da det i liten grad eksisterer veiledning på dette fagfeltet.

Deler av *"free" capital* kan regnskapsmessig belastes med renter. Med hensyn til skattemessig fradragrett er det i utgangspunkt ikke anledning til å kreve fradrag for renter som knytter seg til et egenkapitalelement. Dog har jeg funnet at det for banker er særskilt fradragrett for renter utover ren kjernekapital - core tier 1. For å avklare hvilken base det kan kreves fradrag for renter av, må den regulatoriske egenkapitalen – tier 1 og tier 2 splittes for å se hvilke deler som belastes med renter, og hvilke som er rentefrie.

Jeg har ønsket å avklare om fastsettelsen av skattegrunnlaget for utenlandske bankfilialer er annerledes enn for banker som er eget rettssubjekt. Svaret på spørsmålet er nei. Og ja. De utenlandske bankfilialene er gjenstand for samme skatteregler for sin virksomhet i Norge, som norske banker. Så i prinsippet er skattegrunnlaget likt, derav svaret "nei". På den annen side er de utenlandske bankfilialene underlagt finanslovgivningen i hjemlandet og krav til regulatorisk egenkapital kan derfor bli annerledes enn i Norge. Fordi jeg mener det er riktig å ta utgangspunkt i den regulatoriske egenkapitalen ved allokering mellom hovedforetaket og filialen i Norge, kan det medføre at skattegrunnlaget blir annerledes enn om banken hadde vært eget rettssubjekt i Norge. Derav svaret "ja". Det bemerkes at dette slår begge veier. Er de regulatoriske kravene til egenkapital strengere i utlandet enn i Norge, gir det seg utslag i høyere skattegrunnlag i Norge. Og vice versa. I normaltilfellene vil det likevel være små forskjeller. Sett opp mot å benytte andre allokeringsmetoder enn det jeg anbefaler, blir disse forskjellene små. Og, etter min mening, akseptable.

Når det gjelder selve filialenes etterlevelse, er det klare indikasjoner på at for lite *"free" capital* blir allokert til filiallandet Norge. Dette medfører at fremmedkapitalen blir tilsvarende for høy, og at det feilaktig kreves fradrag for gjeldsrenter på denne fremmedkapitalen. Det igjen resulterer i for lavt skattegrunnlag og tapte skatteinntekter til Norge. Oversatt til "det virkelige liv", synes det som om en av filialene jeg har sett på årlig

oppgir for lavt skattegrunnlag med MNOK 40⁴². Med skattesats 28 % utgjør det MNOK 11,2 årlig i for lavt skatteproveny til Norge – for denne ene filialen.

Når dette vedvarer, tyder det på at heller ikke skattemyndighetene har viet problemstillingen tilstrekkelig oppmerksomhet. Økt fokus på problemstillingen antas å gi positive samfunnsmessige virkninger i form av økte fiskale inntekter og bedret konkurransevne for norske banker.

På internasjonalt plan bør en, etter min oppfatning, jobbe for å anerkjenne kapitalallokeringsmetoden som den anbefalte OECD-tilnærmingen.

⁴² For lav andel "free" capital synes å være MNOK 800. Med rentesats 5 % på det ansvarlige lånet blir det fradragført for mye gjeldsrenter med MNOK 40.

10. Litteraturliste

- Basteviken, Marius m. fl. (2011): *Beskatning av filialer*, Revisjon og Regnskap 3/2011,
- Bersås, Vigdis Aandalen m. fl. (2009): *NUF til besvær*, Høgskolen i Hedmark, Campus Rena
- Breen, John M. (2010): *Evaluating the Arm's-Length Price of Financial Guarantees: A Review of the OECD Framework*, Tax Notes International September 13 2010.
- Breggen, Michel van der m. fl. (2007): *Does Debt Matter? The Transfer Pricing Perspective*, Tax Management Inc.
- Bundgaard, Jacob m. fl. (2011): *Udviklingslinjer i praksis om tynd kapitalisering*, Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2/2 2011.
- Butt, Bushra m. fl (2011): *NUF En gavepakke til de "kriminelle"?*, Høgskolen i Hedmark, Campus Rena
- Ernst & Young (2012): *Betydelige endringer i regnskapsreglene for bank og finans – er du klar?*, nyhetsbrev bank og finans.
- Ernst & Young (2012): *New regime, rules and requirements – welcome to the new liquidity – Basel III; Implementing liquidity requirements*. nyhetsbrev bank og finans.
- Ernst & Young (2012): *Making the right moves – Global banking outlook 2012-13*, nyhetsbrev bank og finans.
- Ernst & Young (2012): *Financial regulatory reform*, nyhetsbrev bank og finans.
- Finanstilsynet (2012): *Rapportering i samband med årsoppgjøret 2011*. Rundskriv 2/2012
- Finanstilsynet/Statistisk sentralbyrå/Norges Bank (2012): *Offentlig Regnskapsrapportering for Banker og Finansieringsforetak (ORBOF)*.
- Finanstilsynet (2013): *Bankregulering*, Innlegg på Valutaseminaret 2013, Soria Moria 8. februar 2013

Finansdepartementet (1991): *Ot.prp.nr.85 (1991-1992) Om lov endringer i visse lover på Finansdepartementets område (EØS-tilpasning)*

Finansdepartementet (2001): *Ot.prp.nr.1 (2001-2002) Skatte-, avgifts- og tollvedtak punkt 2.3.3 om Fondsobligasjoner*

Finansdepartementet (2008): *Ot.prp.nr.75 (2008-2009) Om lov endringer i visse finansieringsvirksomhetsloven og enkelte andre lover (kapital- og organisasjonsformer i sparebanksektoren mv.)*

Finansdepartementet (2011): *Forskrift om filial av banker og andre kredittinstitusjoner med hovedsete i annen stat innen Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, forskrift 1994-05-02 nr 326.*

Finansdepartementet (2013): Høring – Beregningsgrunnlag for kapitalkrav

Finansdepartementet (2013): *Prp. 96 L (2012-2013) Endringer i finansieringsvirksomhetsloven og verdipapirhandelloven (nye kapitalkrav mv.)*

Gjems-Onstad, Ole (2008): *Norsk Bedriftsskatterett*. Oslo, Gyldendal Norsk Forlag

International Bureau of Fiscal Documentation (2012). *Tax News Service 31. October 2012*
International Bureau of Fiscal Documentation (2011). *Interpretation of Article 7 of the OECD Model, Permanent Establishment Financing and Other Dealings*, Bulletin for international taxation June 2011.

Godø, Siv Lindis (2009): *Norskregistrert utenlandsk foretak, et verktøy for økonomisk kriminalitet?* Høgskolen i Hedmark, Campus Rena

International Bureau of Fiscal Documentation (2011). *The New Article 7 of the OECD'*
(2010): *Report on attribution of profits to Permanent Establishments*, 2010

OECD Model Tax Convention: End of the Road?, Bulletin for international taxation January 2011.

International Bureau of Fiscal Documentation (2005). *Transfer Implications of the Basel II Capital Accord*, 2005 IBFD.

KPMG (2010): *Branch Capital Attribution Tax Survey – A survey of international practice.*

Lange, Frank m. fl. (2008): *Allokeringsprosessen*, Revisjon og Regnskap 7/2008

Lange, Frank m. fl. (2008): *Fiktiv egenkapital og utenlandske kredittinstitusjoner i Norge*, Revisjon og Regnskap 9/2008

Lange, Frank m. fl. (2008): *Allokering av materielle og finansielle aktiva*, Revisjon og Regnskap 8/2008,

Naas, Henning m. fl. (2011): *Norsk internasjonal skatterett*. Oslo, Universitetsforlaget.

Norges bank (2011): *Economic Bulletin 2011 Vol. 82*.

Arctic Securities (2012): *Risk Weighted Assets – banks*, foredrag på Ernst & Young's finansdag 5 desember 2012.

Sasseville, Jacques (2011): *Attribution of Profits to Permanent Establishments*, forelesning BI, Oslo, 11. November 2011.

Sivertsen, Monica (2002): *Fra ligningsmyndighetenes ligningsbehandling i Oslo inntektsåret 2000*, Revisjon og Regnskap 2/2002.

Wittendorf, Jens (2011): *The Arm's-Length Principle and Fair Value: Identical Twins or Just Close Relatives*, Tax Notes International April 18 2011.

Norge, Revisjon og Regnskap 8/2008,

OECD (2010): *2010 Report on attribution of profits to permanent establishments*, OECD 2010.

Pijl, Hans (OECD) (2012): *Assets and agents*, foredrag Transfer Pricing Seminar, Holmenkollen Park Hotel, Oslo, 9. November 2012.

Plasman, Pieterbas m. fl. (2012): *Transfer Pricing in the Netherlands*, forelesning Transfer Pricing Seminar, Holmenkollen Park Hotel, Oslo, 8 november 2012.

Zimmer, Fredrik (2010): *Bedrift, selskap og skatt*. Oslo, Universitetsforlaget

Øverli, Frode (2003): *Utvikling i europeisk bankstruktur og implikasjoner for finansiell stabilitet*, Penger og Kreditt 3/03

Aarbakke, Magnus (1990): *Skatt på inntekt*, 4. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 1990.

Vedlegg:

Alle konsesjonspliktige banker

Referat – møte med bankene

Referat – møte med Finanstilsynet

KERT – balanced score card

Kredittinstitusjoner meldt om filialetablering i Norge på grunnlag av annet bankdirektiv per 10. mars 2013:

<i>Institusjon</i>	<i>Mot tatt</i>			<i>Melding akseptert og sendt tilbake- melding</i>	<i>Aktivitets grupper</i>	<i>Hjemland</i>	<i>Adresse</i>
	<i>dag</i>	<i>md</i>	<i>år</i>				
ABN Amro Bank N. V. , Oslo Branch	06	05	10	27.05.2010	1-4, 6 og 9 A1, A2 og A5	Nederland	I Nederland: Gustav Mahlerlaan 10 1082 PP Amsterdam
Amfa Finans AB NUF	12	07	07	25.07.07	2	Sverige	C/o Ilseth Teisensveien 7 0664 Oslo
Bluestep Finans AB	05	05	10	29.06.10	1 og 2	Sverige	Solligata 2 0254 Oslo
BMW Financial Services Norge NUF	15	07	99	02.11.99	2, 3, 9 og 13	Sverige	P.b. 1 1330 Fornebu
Carnegie Investment Bank AB	05	02	98	31.03.98	1, 2, og 12	Sverige	P.b. 684 Sentrum 0106 Oslo
Citibank International Plc	23	02	94	18.04.94	1, 2, 3, 4, 5, 6, 7a - e, 8, 9, 11, 12 og 14	Det forente kongerike	P.b. 1481 Vika 0116 Oslo

						A7		
<i>DVB Bank N.V. Nordic Branch</i>	22	08	95	01.11.95	2	Nederland	P.b. 701 Sentrum 5013 Bergen	
<i>Ekspresbank</i>	28	07	08	18.08.08	2 og 5	Danmark	Fornebuveien 7 1366 Lysaker	
<i>Elavon Financial Services, Norway Branch</i>	23	03	07	27.04.07	1, 2, 3, 4, 5, 6, 7a-e	Irland	Karenslyst Allé 11 Postboks 354 Skøyen 0213 Oslo	
<i>Eurocard, filial av Eurocard AB</i>	02	07	10	19.08.10	2, 4, 5 og 7b	Sverige	Postboks 203 Skøyen 0213 Oslo	
<i>Finance Center (Exchange Finans Europe AB)</i>	21	08	06	28.08.06	4, 5 og 7b	Sverige	Klarabergsgatan 33 11124 Stockholm (ikke norsk filialadresse pr. 29. aug. 2006)	
Faktab AB	Finans	18	07	00	05.11.02	1, 2, 4, 5, 7 og 13	Sverige	SE-621 88 Visby
FCE Bank NUF ("Primus", "Primus Automotive Financial Services", "Ford Credit Europe", "Land Rover Financial	11	01	94	07.03.94	1 - 6, 7a - e, 9 og 13	Det forente kongerike	P.b. 514 1411 Kolbotn	

Services”,
 ”Renault
 Bilfinans”,
 “Ford Credit”,
 “Volvo
 Bilfinans” og
 ”Ford
 Financial”,
 ”Mazda
 Credit”)

FIH Ervervsbank AS	11	04	05		1, 2, 3, 6, 7a - e, 8, og 9	Danmark	Olav 5's gate 5 0111 Oslo
Flexil Finans AB NUF	02	07	07	05.07.07	2 og 3	Sverige	Postboks 6134 Etterstad 0602 Oslo
				10.01.08	1		
Forex Bank Norge Oslo Branch	04	01	04	07.01.04	1, 2, 4, 5, 7b og 13	Sverige	Jernbanetorget 1 0154 Oslo
Forso Nordic AB, Norge, Norsk avdeling av Saracen Nordic AB	20	05	08	20.05.08	1-3 og 6	Sverige	Postboks 514 1411 Kolbotn
	01	10	12	27.10.12	1-14		
Fortis Bank SA/NV, Norwegian Branch					A1-A7, B1-B7	Belgia	Munkedamsveien 35 0250 Oslo

GE Money Bank AB	16	04	97	16.05.97	1, 2, 4 og 5	Sverige	P.b. 8060 4068 Stavanger
Handelsbanken Finans AB	03	12	97		2, 3, 5 og 6	Sverige	Postboks 1342 Vika 0113 Oslo
Handelsbanken Kreditt, NUF, Filial av Stadshypotek AB	16	03	07	02.05.07	2	Sverige	Postboks 1342 Vika 0113 Oslo
Handelsbanken NUF	30	06	94	29.08.94	1 - 14	Sverige	P.b. 1342 Vika 0113 Oslo
J. P. Morgan Europe Limited, Oslo Branch	14	05	08	03.05.08	1-2 og 6-14	Det forente kongerike	Tordenskioldsgate 6 Postboks 1219 Vika 0110 Oslo
	25	08	10	22.09.10	4		
	25	08	10	22.09.10	A1-A7, B1-B4 og B6		
					Payment services (dir. 2007/64/EC): 1-7		
Ikano Bank AB, Norge	05	05	08	29.05.08	2, 3 og 5	Sverige	Postboks 295 1372 Asker
Kaupthing Bank hf. UOA	05	04	06	06.04.06	1 – 14	Island	Olav V's gt. 5 Postboks 1914

							Vika	
							0161 Oslo	
Kaupthing Finans AB	22	05	06	06.06.06	2 og 3	Sverige	Youngstorget 4, 0181 Oslo	
Key Equipment Finance Nordic AB NUF	10	07	06	23.08.06	2, 3 og 6	Sverige	Gjerdrumsvei 12B 0405 Oslo	
LGT Bank in Liechtenstein	05	06	03	26.06.03	2, 4, 6, 7, 9 og 11	Liechten- stein	Herrengasse 12 FL-9490 Vaduz	
Lindorff Capital AB NUF								
Nordea Bank AB	13	05	04	13.05.04	Filialen skal kun være et holdingselskap	Sverige	P.b. 1166 Sentrum 0107 Oslo	
Nordnet Bank NUF	06	09	04	07.09.04	1, 2, 6, 7, 8, 11 og 12	Sverige	P.b. 33 Majorstuen 0330 Oslo	
Resurs Bank AB	22	11	10	14.01.11	1-6, 7e) og 10- 14	Sverige	Postboks 979 Sentrum 0104 Oslo	
Scania Finans AB	21	02	96	28.03.96	2 og 3	Sverige	c/o Norsk Scania A/S P.b. 294 Skøyen 0212 Oslo	
SEB Kort Bank	22	11	99	24.01.00	4	Sverige	P.b. 381	

Branch							Vika
(Tidligere ABN AMRO Bank NV, Oslo Branch)							0125 Oslo
Toyota Kreditbank GmbH	21	07	97	16.09.97	1 - 4 og 6 - 7	Tyskland	P.b. 704 3003 Drammen

Oppsummering av samtale med fire bankfilialer

Jeg har hatt møte med fire filialer av utenlandske banker og kredittinstitusjoner. Møtene ble avholdt henholdsvis 17, 18, og 20. april 2012. Foruten lokal ledelse i filialene deltok også CFO og juridisk direktør i hovedforetakene. Filialene ble antatt å være representative for de forskjellige type virksomheter av filialer i Norge. Dette med hensyn til størrelse og markedssegment. Det ble i den anledning tatt utgangspunkt i Finanstilsynets oversikt over filialer med konsesjon til å drive bank- og/eller finansieringsvirksomhet i Norge. Videre gjennomgikk jeg filialenes og hovedforetakenes internettsider for å nærmere kategorisere dem. Endelig fant jeg nøkkeltall blant annet gjennom databaseverktøyet ORBIS. Møtene ble avholdt med konfidensialitetsklausul. Selskapsspesifikke opplysninger er derfor utelatt i den grad det kan bidra til å identifisere selskapene.

Hensikten med møtene oppsummeres i tre hovedpunkter:

For det første ønsket jeg å få et innblikk i hvilken virksomhet filialene hadde i Norge sammenliknet med virksomheten de hadde i domisillandet. Herunder hvilke funksjoner som formelt og de facto lå i Norge – med andre ord hvor skjedde verdiskapningen.

For det andre ville jeg få belyst hvilke beveggrunner selskapene hadde for å utøve virksomheten i Norge gjennom filial, og ikke som egen juridisk enhet.

For det tredje søkte jeg å avklare hvilke metoder de brukte for å allokere "*free*" capital til den norske filialen.

Når det gjaldt det første spørsmål – hvilken virksomhet de bedrev i Norge, viste det seg – overraskende for meg - at filialene flest gikk inn i markedssegmenter som var ulik den de hadde i domisillandet. Dette skyldes blant annet at var ressurskrevende å pantesikre for eksempel boliger når långiver var utenlandsk rettssubjekt. En annen grunn som ble oppgitt var at de hadde etablert seg i Norge nettopp for å gå inn i et særskilt markedssegment så som shipping. Filialene som rettet seg inn mot forbrukslån speilet imidlertid virksomheten i

domisillandet. I forhold til hvilke funksjoner som ble utført i Norge ble det avdekket stor forskjell. Noen filialer var organisert som en fullverdig bank, og utførte så å si alle KERT-funksjonene i Norge. Det andre ytterpunktet var en filial hvor virksomheten de facto var et skilt på døra: alle telefon- og brevhenvelser med videre ble rutet direkte til utlandet, hvor norsktalende personell var ansatt. Kundene ville neppe ane at de ble betjent fra utlandet.

Andre spørsmål – hvorfor de etablerte seg som filial og ikke som eget rettssubjekt, ble unisont besvart med forenklingshensyn. Flere av filialene hadde tidligere vært egne rettssubjekter i Norge, men senere omorganisert til filialer. En ting er at det blir færre selskapsorganer og formelle plikter knyttet til selve den geografiske tilstedeværelsen, men viktigst synes å være forholdet til finanstillmyndighetene. Søknad om (full) bankkonsesjon og full rapportering skjer kun i hovedforetakets domisilstat. Når en ønsker å etablere en filial i en EØS-stat, vil konsesjon fra filialstatens finansmyndighet være en formalitet. Rapportering til sistnevnte er også av bagatellmessig art. En av filialene som er etablert nylig vurderte opprinnelig å danne et eget rettssubjekt i Norge, men landet fort på filial-modellen.

Tredje hovedpunkt – hvordan de allokerer ”free capital” til filialen for skatteformål, avdekket store forskjeller. Noen hadde en klar policy på at ”free capital” skulle speile hovedforetaket – kapitalallokeringsmetoden. Imidlertid var det ingen som allokerer de risikoveide eiendelene mellom filial og hovedforetak. Det innebærer at dersom regulatorisk egenkapitalsats i hovedforetaket var 17 %, ble sistnevnte prosentsats også anvendt på filialen. Andre filialer hadde av ikke-uttalte årsaker allokerer nærmest all regulatorisk egenkapital til hovedforetaket – tilnærmet ingenting i filialene. Endelig var det filialer innen forbrukslån-segmentet, som åpenbart ikke hadde ansett dette som en problemstilling. Dette fordi filialene uansett hadde så høy egenkapital at den neppe ville bli gjenstand for en skattemessig tvist.

Av de bankene som hadde et bevisst holdning til allokeringen, ble det vist til at skattemyndighetene på begynnelsen av 2000-tallet hadde vært på banen. Imidlertid viste det seg at problemstillingen ikke ble avklart. Bankene som ble tilskrevet ble i liten grad gitt tilbakemelding på om metoden de hadde valgt var akseptabel. Visstnok ble det foretatt noen

endringer fra skattemyndighetenes side, og da syntes det som om en de facto hadde benyttet en kvasi-tynn kapitaliseringstilnærming.

Møte med Finanstilsynet 23. april 2012 – oppsummering

Jeg har hatt møte med Finanstilsynet. Følgende spørsmål hadde jeg:

1. Hva slags regelverk er sentralt for disse filialene?
2. Basel II – innvirkning på norske regler?
3. Bankfilialene rapporter til Finanstilsynet, hvor omfattende er denne rapporteringen?

På den første spørsmålet fikk jeg til svar at filialene i utgangspunktet var underlagt finanstilsynsmyndighetene i domisillandet. Det var imidlertid krav til hvordan regnskapsinformasjonen skulle presenteres. Utover det ville bestemmelser og pålegg i nasjonale lover så som regnskapsloven med forskrifter selvsagt være gjeldende også for utenlandske filialer. Det er ikke egne soliditetskrav til filialene alene – det holder at hovedforetaket er godkjent.

I hvilken grad Basel-reglene innvirker på norske regler, er det slik at bankdirektivene som blir vedtatt i EU normalt også blir implementert i norsk lov. Basel-reglene blir således en del av norsk lov.

Når det gjaldt omfanget av rapporteringen til Finanstilsynet, fremkom det at det normalt ble rapportert annenhver måned, altså seks ganger årlig med tillegg av enkelte årsavhengige opplysninger. Rapporteringen var imidlertid av maskinell art, og krevde normalt ikke større bearbeiding fra filialenes side. På enkelte filialer ble det sporadisk utført kontroller, men det ble normalt utført i samarbeid med finanstilsynsmyndighetene i domisillandet.

KERT - Balanced score card

Skjemaet er laget med utgangspunkt i OECD 2010-rapporten. Summen av funksjoner representerer verdiskapningen i foretaket. Disse fordeles så mellom hovedforetak og filial. Funksjonene utgjør til sammen 100 %. Vektingen representerer ingen fasit, og danner således kun et grunnlag for videre drøfting.

I herværende tilfelle er det satt inn tall og vekter for en filial hvor ansatte i Norge står for deler av markedsføringen, mens de øvrige tjenester, så som lånebehandling og kunded tjenester foregår i hovedforetakets domisilland.

	Vekt (0-100)	VEKTING	Filial (0-100)	Kommentar
Funksjoner ved etablering av et nytt finansiell selskap (= omkering av fordring):				
1. Salg og markedsføring	30	13 %	17 % (A)	
a. Etablere potensielt kundeforhold				
2. "Sales Trading"	20	20 %	0 % (B)	
a. Forhandle fram kontraktvilkår				
b. Bestemte om pengeidret skal skaffes til veis				
c. Hvis b, vurdre, vurdering av kredit, valuta, markedsrisiko knyttet til transaksjonene, etablering av kredittvilkår (rating) for låntak				
d. Vurdere kredittkorporening for banken som helhet				
e. Vurdere om bankens har behov for å øke kredittkapitaler				
3. "Trading Treasury" (= back-office funksjoner)	5	5 %	0 % (B)	
a. Skaffe kapital				
b. Ta inn depositum				
c. Frigjøre kapital (f.beredning utbehold midlene til kunden)				
4. Salg støtte	5	5 %	0 % (B)	
a. Se over juridisk kvalitetsadring av kontraktstilkast, gjennomføring av formaliteter så som etablering av pant, tinglysning, etc				
Funksjoner ved å administrere et eksisterende lån (= vedlikehold av den finansielle eiendelen)				
5. Løpende oppfølging	18	18 %	0 % (B)	
a. Oppfølging av løpende innbetaling				
b. Løpende oppfølging av pantrettsforhold m.v				
6. Løpende risiko-kontroll	18	18 %	0 % (B)	
a. Løpende vurdering av låntakers kredittverdighet (antas Credit Rating)				
b. Løpende vurdering av låntakers totale kredittkorporening overfor banken				
c. Løpende vurdering av låntakers interne rangering i banken (basert på betalingshistorikk osv) med hensyn til rentevilkår				
d. Løpende analyse av låntakers lønnsomhet basert på bundet kapital som kan tilskrives lånet. Med bundet kapital medregnes den kapital som bindes opp som følge regulatoriske krav så som Basel.				
7. Løpende vurdere om risiko knyttet til (det enkelte) lån bør reduseres vinnerting ved å f.eks selge fordringen til nedjupet, herige det, inngå peofordringer, eventuelt vurdere om lånet = ved midlertidig - nå sluttet ned	10	10 %	0 % (B)	
8. Treasury	5	5 %	0 % (B)	
a. Oppfølging av bankens totale funding-posisjon, herunder å optimalisere bundet kapital med hensyn til blant annet regulatoriske hensyn så som Basel-krav.				
b. Løpende vurdering av tiltak så som størrelse av utlån og innlån med hensyn til likviditet og rentevilkår				
9. Sales Trading	5	5 %	0 % (B)	
a. Løpende vurdering av om det enkelte lån skal refinansieres, f.eks ved å fremskaffe mer egenkapital i banken ved utstedelse av nye aksjer/grunnfondsbevis				
b. Markedsføring av lånet overfor aktuelle kjøpere av fordringen (= med tanke på selge bankens finansielle eiende)				
c. Løpende vurdere om det enkelte lån skal fornyes, forlenges etc og i så fall på hvilke				
TOTALT	100	83 %	17 %	