

Torstein Fløystad

**Saker og problemstillinger i
petroleumsbeskatningen i 2018**

ORS oljeskattekveld 27.november 2018

Tema

- 1) Innledning – om arbeidsåret 2018, utfordringer, skattefaglige utviklingstrekk og status saker november 2018
- 2) Petroleumsskattesystemet og leterefusjonsordningen
 - 1) Petroleumsskattesystemet som del av og ledd i forvaltningen av statens eiendomsrett til petroleumsressursene. Om sammenhengene ved regelanvendelsen, forholdet til det alminnelige skattesystem og utvinningsnæringens tilpasning til regelsystemene.
 - 2) Utnyttelse av leterefusjonsordningen i strid med formål. Spørsmål om fradragsrett og betydningen av sammenhengene ved regelanvendelsen innenfor petroleumsskattesystemet. Petroleumsskattemyndighetenes syn.
- 3) Rettskraftige dommer avsagt 2018
 - 1) ExxonMobil Production Norway Inc. (Margin på utlån). Borgarting 22.01.2018.
 - 2) Total E&P Norge AS (stedbunden beskatning). Oslo tingrett 18.04.2018.
- 4) Klagebehandlingen
 - 1) Salg av norsk utvinningsselskap med medfølgende ikke markedsmessig gasskontrakt
 - 2) Spørsmål om utbetaling av skatteverdien av fremtidig friinntekt ved opphør av særskattepliktig virksomhet
 - 3) Rentefradrag og tynn kapitalisering. Eiers betydning for muligheten for opptak av letelån.
- 5) Dommer 2018 anket
 - 1) Norske Shell (allokering FoU). Oslo tingrett 23.03.2018.
 - 2) Total (LNG, erstatning forventet manglende levering). Oslo tingrett 30.07.2018
- 6) Fastsettingen for inntektsåret 2017.
- 7) Fremtiden – om næringen, skattene, systemet og Oljeskattekontoret.

Saker 2018

Status pr. november 2018

Åpne saker etter sakstype
status pr. 1. november

Sakstype	Antall	Skattebeløp (MNOK) (200 saker ikke tilordner beløp)
Endring	279	11 563
Klage	55	5 556
TR	6	872
LR	3	1 105
HR	0	0
BE	8	0
MAP	12	343
APA	0	0
BFU	0	0
Sum	363	19 439

Lysbildene er

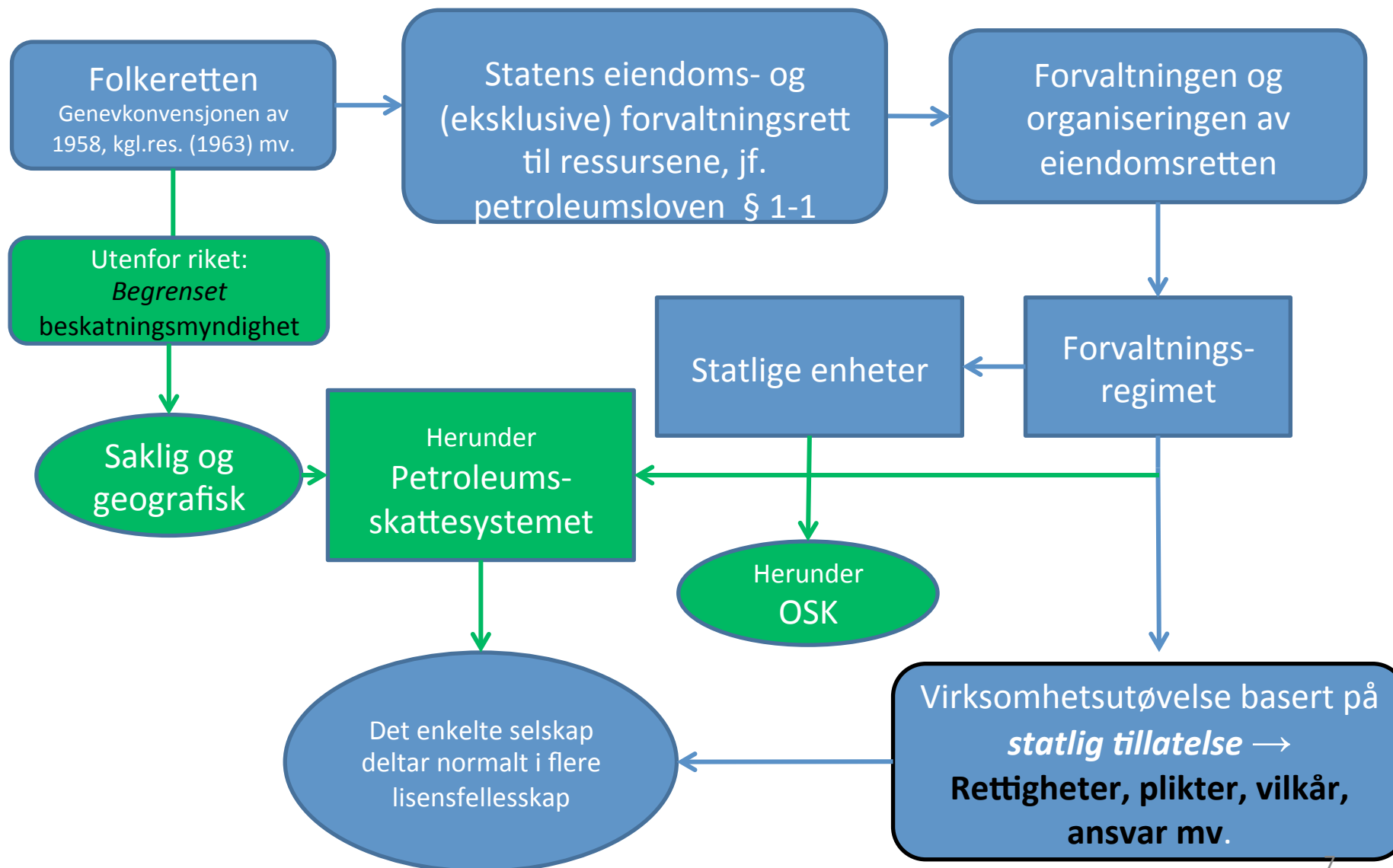
Ikke
rettskilder

Petroleumsskattesystemet som del av og ledd i
forvaltningen av statens eiendomsrett til
petroleumsressursene (forvaltningsregimet).

Om sammenhengene ved regelanvendelsen,
forholdet til det alminnelige skattesystem og
utvinningsnæringens tilpasning til
regelsystemene.

Petroleumsskattesystemet og forvaltningsregimet

Overordnet utgangspunkt



«del av og ledd i»



Forvaltningsregimet

The diagram consists of a large blue oval containing the text 'Forvaltningsregimet'. Inside this oval, centered, is a smaller light blue rounded rectangle containing the text 'Petroleumsskattesystemet'. This visualizes the petroleum tax system as a component of the broader administrative regime.

Petroleumsskattesystemet

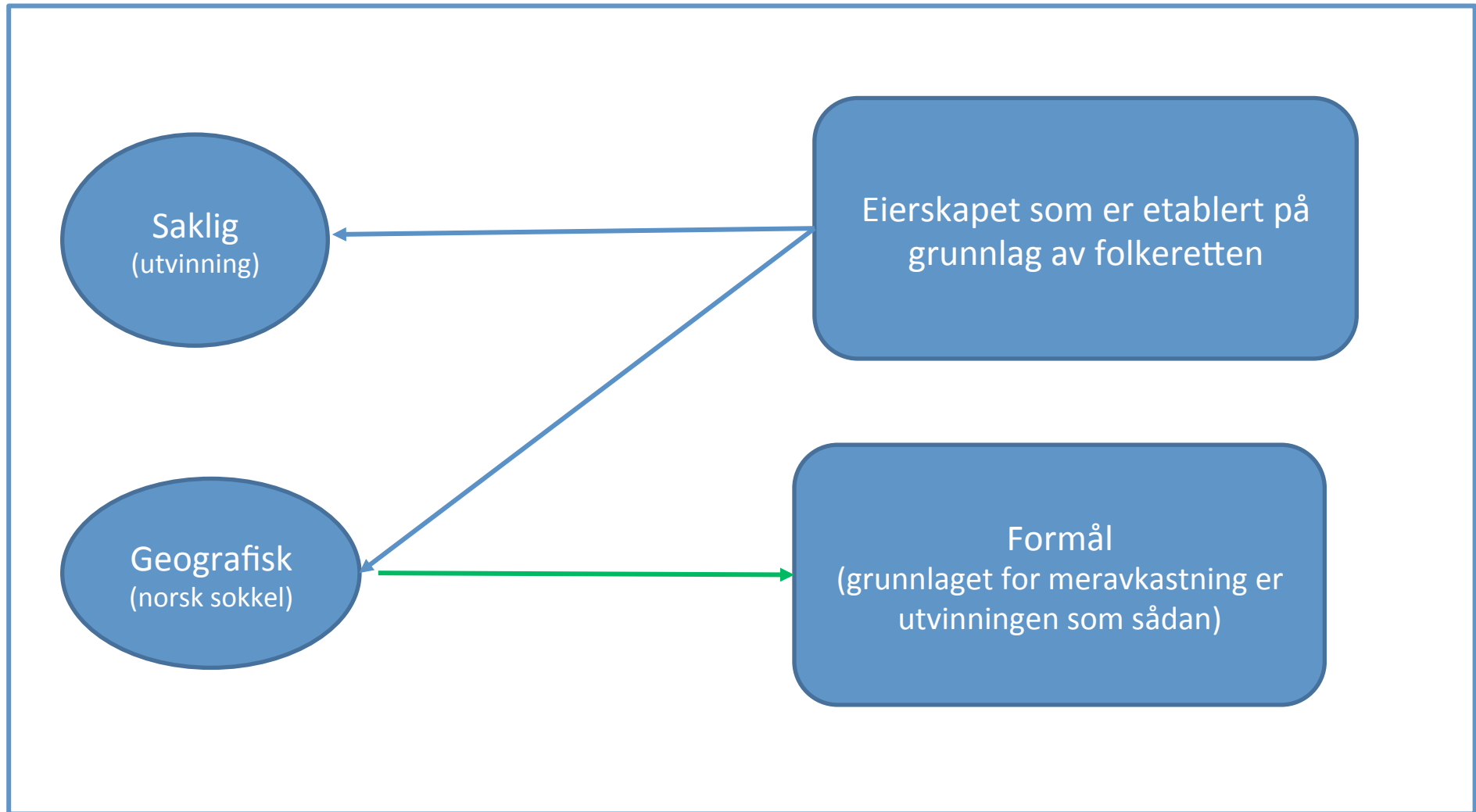
Petroleumsskattesystemet

Funksjon, formål, risikofordeling og nøytralitet

- Funksjon
 - **Forvaltningsregimet** brukes (mer eller mindre) aktivt for å fremme samfunnets mål (i vid forstand): sysselsetting, miljø, ny næringsvirksomhet, forskning og utvikling mv. – ikke bare av eier (staten)
 - Dette får betydning for petroleumsbeskatningen (i hovedsak indirekte)
- Formål
 - Meravkastningen (ressursrenten/grunnrenten) skal tilfalle staten
 - I praksis er det lagt til grunn at det er *retten* til utvinning som definerer særskatteplikten (ikke bare produksjonen)
- Risikofordeling
 - Et sentralt moment ved regelutforming.
- Nøytralitet
 - Stadig viktigere hensyn/mål, jf. senest Prop. 1 LS (2018-2019) s. 72.

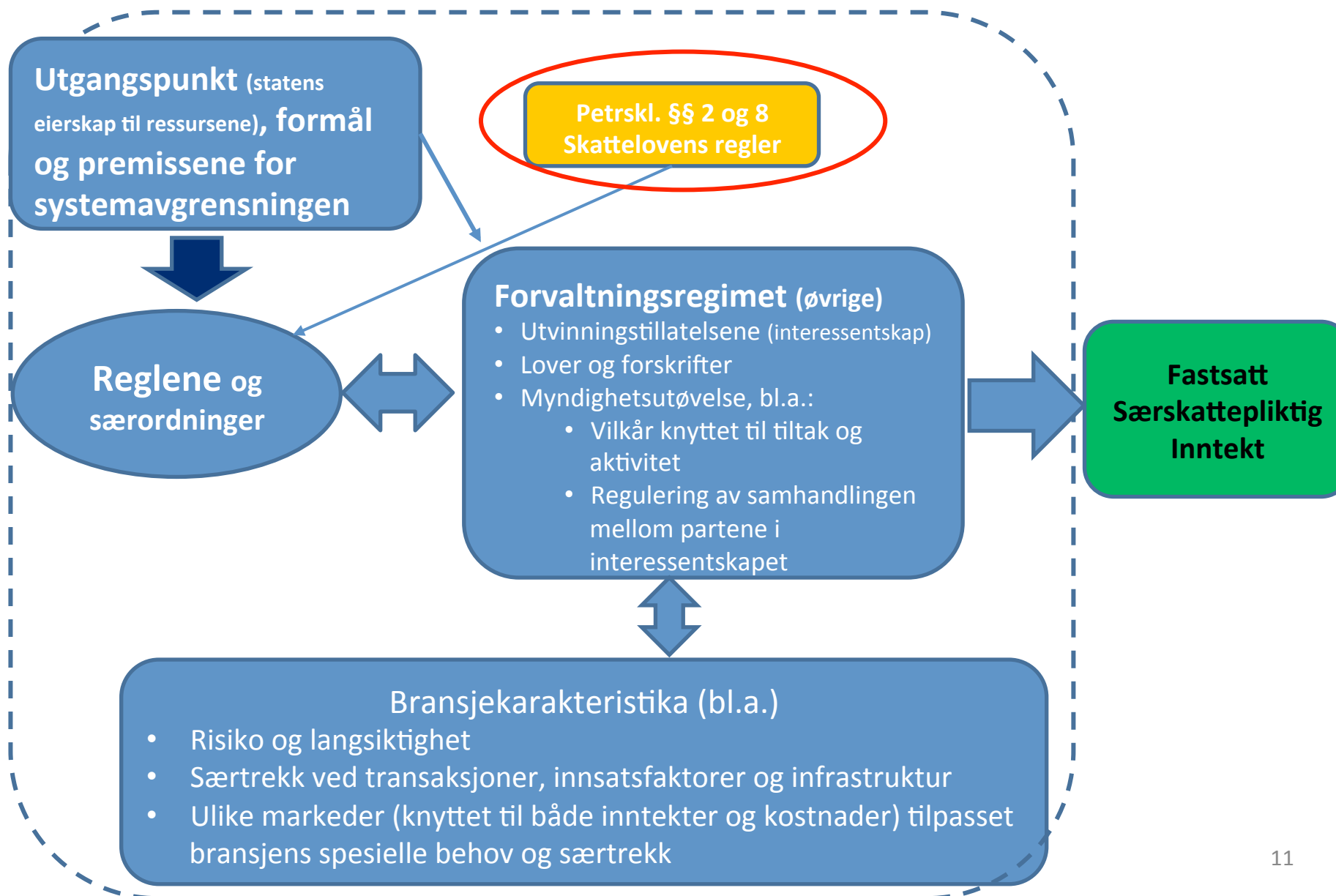
Petroleumsskattesystemet

Saklig og geografisk avgrensning



Petroleumsskattesystemet

Fastsetting særskattepliktig inntekt



Petroleumsskattesystemet

Zimmer om formål (Skatterett 1991)

Vår første **petroleumsskattelov av 1965** skaffet for det første hjemmel til å beskatte utvinningsinntekt fra sokkelen og inneholdt for det annet regler som var **gunstigere** enn de som gjaldt i alminnelig skatterett. Da funnene først var på det rene, fikk denne pipen en annen lyd, og den gjeldende petroleumsskattelov, av **1975**, etablerer et skatteregime som er **vesentlig strengere** enn det som gjelder på land. Dette gir seg utslag ikke bare ved at skattesatsene er høyere p.g.a. særskatten, men også ved at en rekke av de **skattekredittordninger** som gjelder på land, ikke kan kreves anvendt på sokkelinntekt, og ved at det også ellers gjelder mange særregler. ***Alt dette har sin bakgrunn i at formålet med petroleumsskattningen er et annet enn i bedrifts- og selskapsbeskatningen til lands: Formålet er først og fremst å bidra til å sikre staten den del av petroleumsinntektene som man mener bør tilfalle staten. Forestillingen om skattene som en sentral del av s k. «total government take» er derfor viktig.*** Det er i og for seg ingen selvfølge at inntektsskatter skal brukes til å skaffe staten dens andel av petroleumsinntektene. Men man har altså valgt det, og dermed oppstår en rekke spørsmål av skatterettslig art, selv om man må ha klart blikk for reglenes særlige bakgrunn. (Uthevet her)

Betydningen av hensynene i petroleumsbeskatningen

- Jan Syversen, «*Skatt på petroleumsutvinning*», 1991 (s. 26)
«Men selv om [petroleumsskatte]loven ikke har noen uttrykkelig regulering av et forhold, må de alminnelige regler anses fraveket hvis dette følger av sammenhengen mellom de forskjellige regler i petroleumsskatteloven. [...] I tillegg kan det forekomme at man kommer til avvikende resultater på områder hvor petroleumsskattelovgivningen ikke har noen klart uttalte særregler **fordi denne lovgivning skal ivareta andre hensyn enn de alminnelige regler**. Det siste har strengt tatt ikke noe med pskl. § 8 første ledd å gjøre, men følger av alminnelige lovtolkningsprinsipper.»
- De særlige hensynene i petroleumsbeskatningen vil alltid måtte tillegges vekt ved lovtolkningen
 - Ikke alltid like «synlig» at det gjøres
 - Leterefusjonsordningen et eksempel der det blir svært synlig

FINANSDEPARTEMENTET (brev til ESA 09.02.2018)

- Innledningsvis, (**det selvsagte**) under **1. Introduction**: «The Norwegian Ministry of Finance (hereafter the “Ministry”) maintains that the Norwegian rules on reimbursement of the tax value of exploration costs and on loss carry forward with interest in the Norwegian Petroleum Tax Act do not constitute state aid under Article 61 of the EEA Agreement.»
- Videre: «In the following, the Ministry will describe the fundamental features of taxation of petroleum activity and the principles behind the Norwegian petroleum taxation system (section 2), the activities on the Norwegian Continental Shelf (section 3) and the objectives of the Norwegian Petroleum Tax Act (section 4).»
 - Illustrerer behovet for å se systemene og aktivitetene i sammenheng
 - Viser bl.a. til at ressursene er eid av staten
 - Redegjør for «government take», formål, nøytralitet mv.
- I innledningen (Introduction) dessuten følgende: «As will be further elaborated below, the Ministry holds **that the petroleum tax system (78 pct. tax rate) is the correct reference system** when assessing the reimbursement rules for exploration costs and the loss carry forward with interest under Article 61 of the EEA Agreement.»
 - **To skattegrunnlag** (nettoinntekt), basert på **de samme reglene**
 - Eneste forskjell er friinntektsfradraget (og skattesats)
 - Skattesats fastsettes **særskilt** i statsskattevedtaket, hhv §4-1 og § 4-2 (for 2018: 55 og 23, for 2019 foreslått hhv 22 og 56, med korreksjon av friinntekstfradraget av hensyn til nøytralitet)

Hva utgjør petroleumsskattesystemet?

Vanskelig å gi klare grenser. Men klart at det **ikke** er

- en påbygging på det alminnelige skattesystem: Det er et **selvstendig** skattesystem (ikke et særregime)
- og heller ikke *bare* reglene i petroleumsskatteloven
 - Deler av rammeverket knyttet til petroleumsvirksomheten – herunder ulike reguleringer vedrørende samhandlingen mellom selskapene – fremstår som en naturlig del av systemet.

Forholdet til alminnelig skattelovgivning

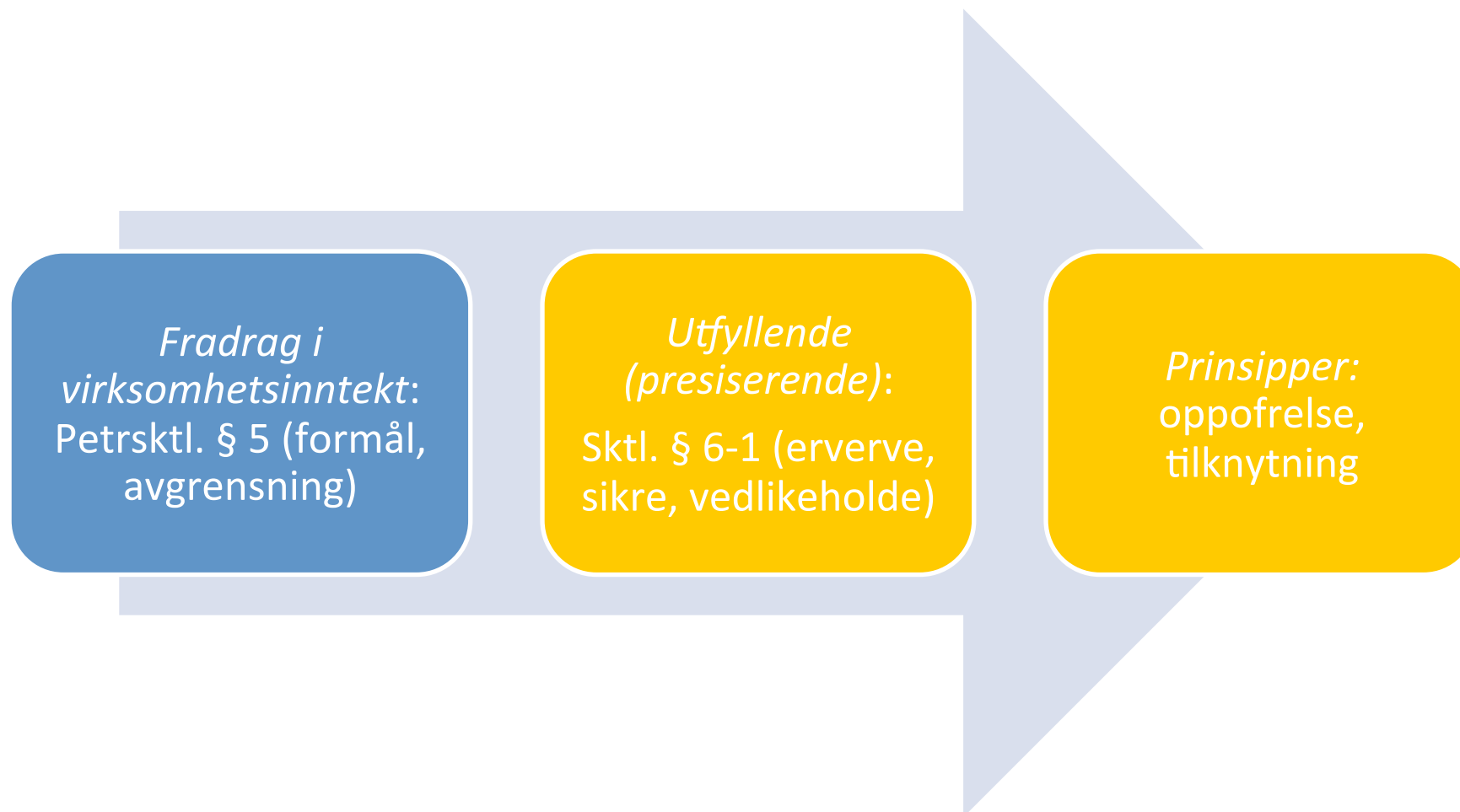
Hvordan skal regler og prinsipper/begreper i den alminnelige skattelovgivningen forstås når de kommer til anvendelse innenfor petroleumsskattesystemet

- *Utgangspunkt:* Petroleumsskattelovens egne regler er de klart viktigste for fastsetting av nettoinntekten
- Skattelovgivningens materielle regler kommer til anvendelse på 3 forskjellige måter
 - 1) Supplerende
 - 2) Utfyllende
 - 3) Alminnelige prinsipper innfortolket i skattelovgivningens regler
- Uansett om det er tilfelle 1), 2) eller 3): må relateres til petroleumsskattesystemet (formål, avgrensning mv.)

Forholdet til alminnelig skattelovgivning

Hvordan skal regler og prinsipper/begreper i den alminnelige skattelovgivningen forstås når de kommer til anvendelse innenfor petroleumsskattesystemet

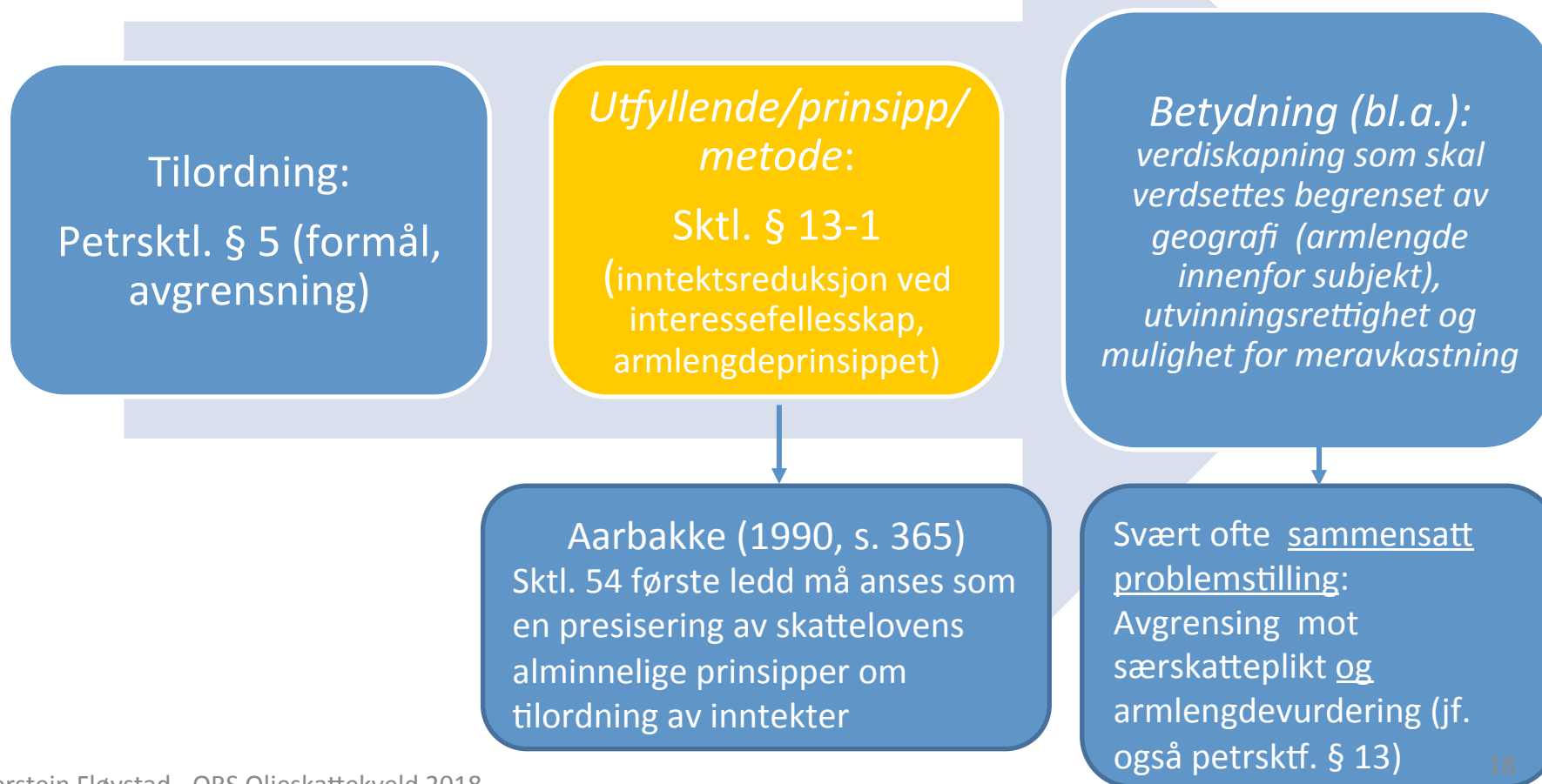
Eksempel



Forholdet til alminnelig skattelovgivning

Hvordan skal regler og prinsipper/begreper i den alminnelige skattelovgivningen forstås når de kommer til anvendelse innenfor petroleumsskattesystemet

Eksempel

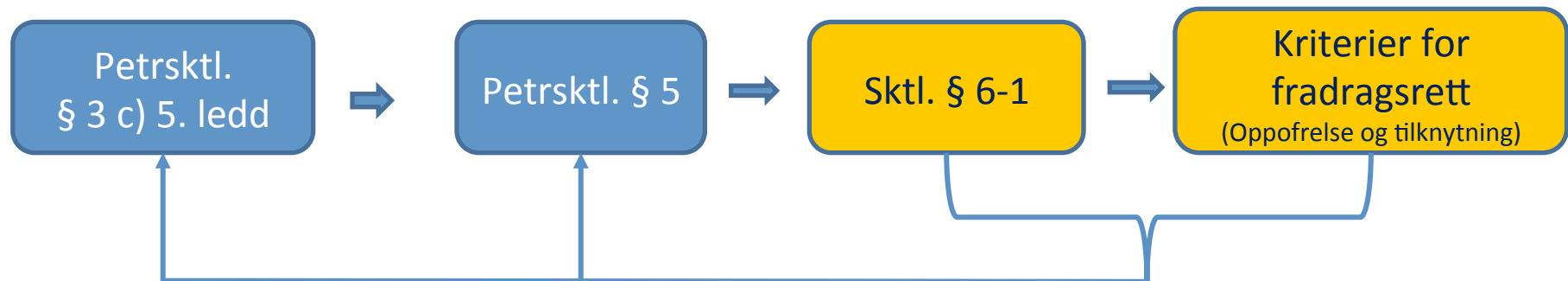


Forholdet til alminnelig skattelovgivning (forts.)

Ikke bare virksomhetsregelen som får betydning når alminnelige prinsipper skal anvendes

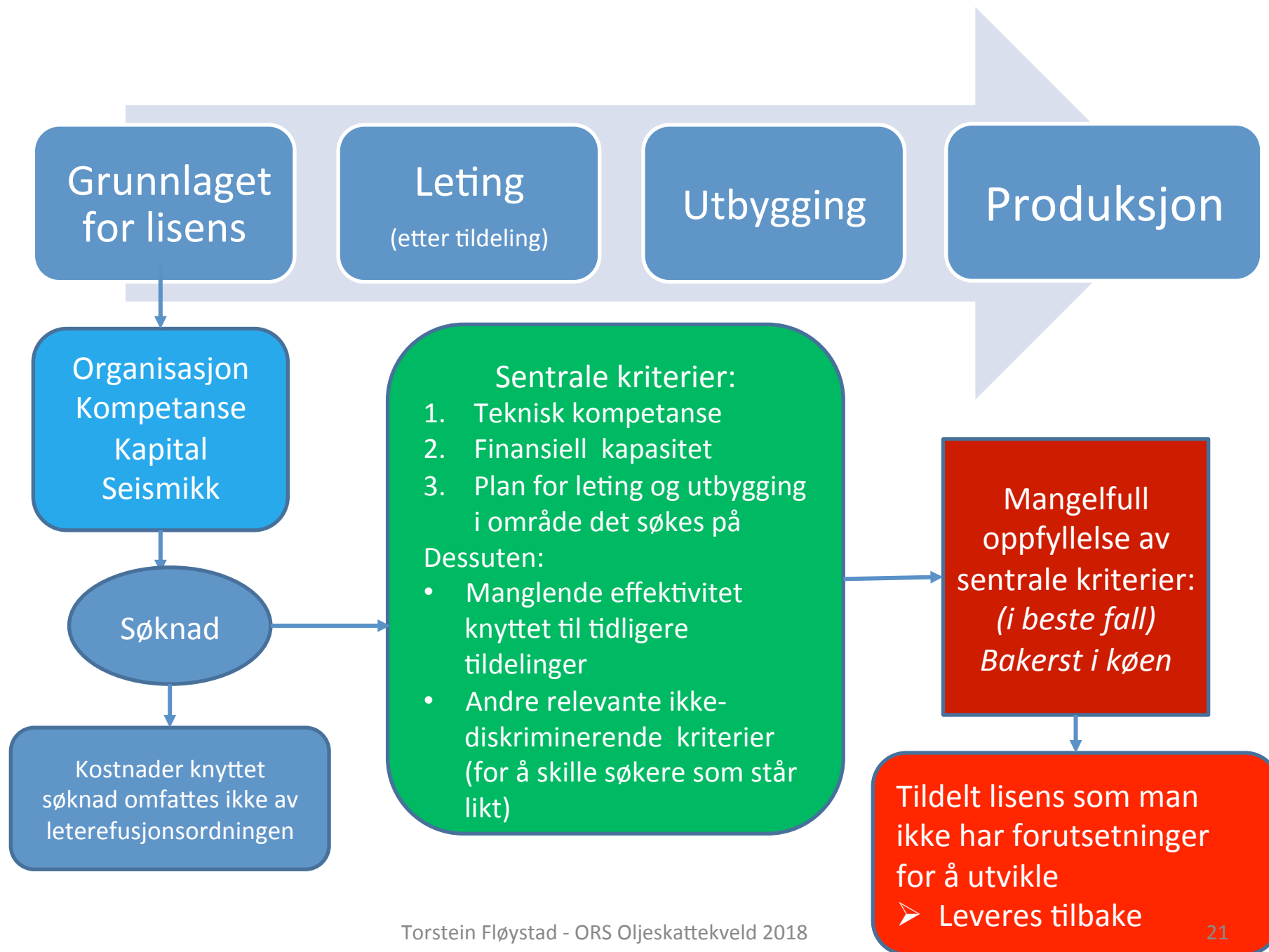
Leterefusjonsordningen

- Skatteverdien av leteunderskudd (78 %) refunderes, jf. petrsctl. § 3 bokstav c, femte ledd
- Formål, bl.a.:
 - Likestille selskaper i og utenfor skatteposisjon, likviditetslettelse (22% «egenandel»)
 - For derigjennom: Nye aktører, økt (faktisk) letevirksomhet



Grunnleggende utgangspunkt og faktiske forutsetninger for vurderingen av om (fradrags)kriterier er oppfylt

- ◆ Utgangspunktet for enhver pådratt kostnad (knyttet til innsatsfaktorer/ aktiviteter) i utvinningsvirksomhet er (det endelige) målet om **produksjon og salg av petroleum**
 - ◆ Ikke nødvendigvis slik at den som pådrar seg kostnaden blir den som produserer (*eller konstaterer at det foreligger et endelig tap*)
 - ◆ Men kostnaden må være egnet til å skape verdier underveis. *Som på en eller annen måte kan realiseres.*
 - Det må være innsatsfaktoren som sådan som skaper dette grunnlaget
- ◆ Det er naturlig å operere med 4 faser når fradragskriteriene skal vurderes (ikke 3 slik man vanligvis gjør)
 - ◆ Fordi en grunnleggende forutsetning for å kunne nå det endelige målet er tildeling av utvinningsrettighet (lisens)
 - ◆ Derfor vil fasen frem til og med tildeling bli sentral ved vurderingen av hvorvidt kostnaden som er pådratt er egnet som grunnlag inntektsserverv (at forutsetningene for verdiskapning foreligger)
 - ◆ Klagenemnda (eksempelvis): *Det er en meget lang vei fra innkjøp av seismiske data til det er realistiske utsikter til inntekter.*

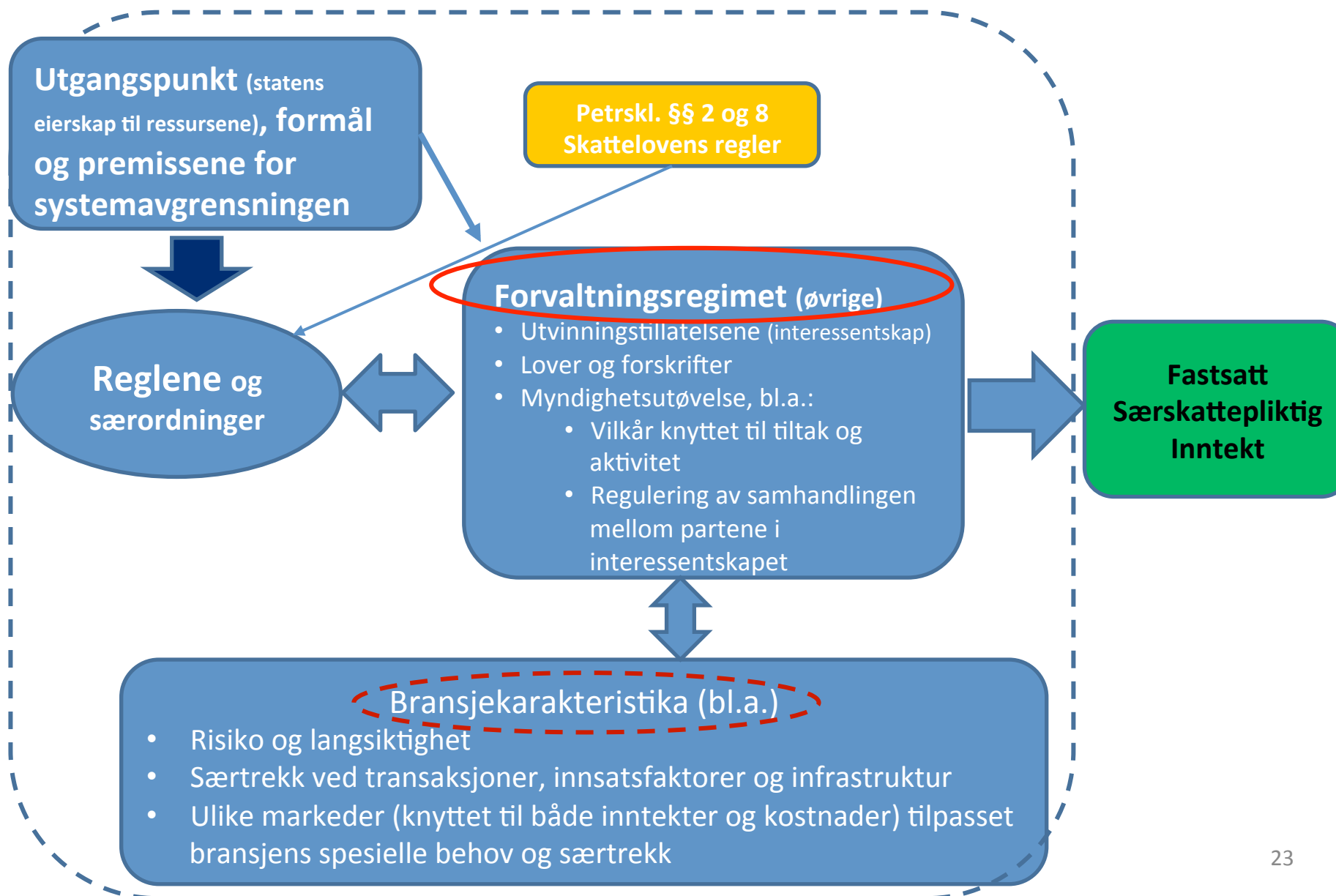


Risikobildet

- ◆ Utvinningsvirksomhet er beheftet med stor økonomisk risiko i alle faser
 - ◆ Risikofordelingen mellom partene endret ved refusjonsordningene
 - ◆ *Men risikoen (sannsynligheten for at tap inntreffer) som sådan er ikke endret*
- ◆ Tidshorisonten fra den innledende fase til *eventuell* produksjon og salg er svært lang.
 - ◆ I alle faser er pris på petroleum en risikofaktor (svært høy helt inn i fase 4)
 - ◆ Den andre sentrale risikofaktoren er sannsynligheten for å gjøre (drivverdige) funn.
- ◆ Andre risikofaktorer (ikke uttømmende)
 - ◆ Sannsynligheten for lisenstildeling (herunder hvor «attraktiv» tildelt lisens er)
 - ◆ Valg av utbyggingsløsning
 - ◆ Kostnads- og mengdeanslag
 - ◆ Om man får de nødvendige godkjenninger/tillatelser, tilfredsstiller de forutsetningene disse krever og kan oppfylle de vilkår som settes for tillatelser
- ◆ **Risikoen knyttet til utvinningsvirksomhet krever betydelig finansiell og operasjonell styrke**
 - ◆ Ellers risikerer man å måtte avslutte lenge før man har skapt økonomiske verdier som man kan ha (økonomisk) nytte av
 - ◆ *Risiko blir derfor et sentralt moment ved regelanvendelsen, særlig hva gjelder om kostnaden er egnet som grunnlag for inntektserverv*

Petroleumsskattesystemet

Fastsetting særskattepliktig inntekt



Petroleumsregelverket

Bustnesli og Kristoffersen (Red.) 2013 (over 2400 sider)



«Petroleumsretten er et omfattende rettsområde. Aktørene må forholde seg til et stort antall lover og forskrifter som ligger under ansvarsområdet til ulike forvaltningsorganer. Kompleksiteten har i de senere år økt ved at Norge har påtatt seg stadig flere internasjonale forpliktelser gjennom blant annet EØS-avtalen.»

Petroleumsregelverket

Sentrale trekk (av særlig betydning for beskatningen)

- Virksomheten på den enkelte lisens utøves i interessentskap (man tildeles en andel)
 - Samhandlingen *mellom deltakerne* (også den økonomiske) er i stor grad regelstyrt av regler fastsatt av staten (eventuelt i samarbeid med selskapene)
 - Staten utfører dessuten operasjonelle oppgaver
- I alle faser vil aktiviteter, investeringer mv. i stor utstrekning kreve
 - ulike former for tillatelser/godkjenninger
 - som gjerne bygger på at man oppfyller bestemte forutsetninger/krav
 - I tillegg vil det med tillatelser mv ofte følge vilkår

Utnyttelse av leterefusjonsordningen i strid med formål

Spørsmål om fradragrett for kostnader ved kjøp av seismikk og betydningen av sammenhengene ved regelanvendelsen innenfor petroleumsskattesystemet, herunder forholdet til alminnelige prinsipper.

Petroleumsskattemyndighetenes syn.

Innledning - presisering

- Kontoret mener å ha identifisert flere saker som gjelder utnyttelse av leterefusjonsordningen i strid med formål.
- Faktum og rettslige problemstillinger er ikke nødvendigvis lik i sakene.
- Noen er ennå ikke behandlet i Klagenemnda og for noen foreligger ennå ikke endringsvedtak.
- Fremstillingen i det følgende er ment å gi et innblikk i **de komplekse rettslige vurderingene sakene reiser**.
- Dette gjør det nødvendig å redegjøre for hvordan kontoret mener ordningen er utnyttet.
- Fremstillingen av *hvordan* er imidlertid ikke hentet fra én sak, men er ment som en mer «generell» redegjørelse for trekk ved måten dette gjøres.

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Klagenemnda om rettsanvendelsen

Tilknytnings- og oppofrelsesvilkårene, interessefellesskap og lojalitet

- ◆ Utgangspunkt:
 - ◆ *Tilknytningsvilkåret* krever en tilstrekkelig sammenheng mellom kostnaden og fremtidige inntekter.
 - ◆ *Oppofrelsesvilkåret* krever en faktisk reduksjon i skattyters formuesstilling.
- ◆ Begge vilkårene må være oppfylt for at fradrag skal kunne innrømmes.
- ◆ «Oppfyllelse av vilkårene i sktl. § 6-1 er som hovedregel nødvendig, men *ikke tilstrekkelig*, for at en kostnad kan fradragsføres i særskattepliktig inntekt, **jf. petrsktl. § 5, første ledd, og i leterefusjonsgrunnlaget, jf. petrsktl. § 3 c, femte ledd.** Skattelovens alminnelige regler gjelder følgelig så sant det ikke oppstilles særskilte unntak i petroleumsskattelovgivningen jf. petroleumsskatteloven (petrsktl.) § 2, første ledd, og § 8. Det gjelder imidlertid særskilte hensyn på petroleumsskattelovens område som også vil kunne ha betydning for tolkingen og anvendelsen av skattelovens alminnelige regler på området. **Dette innebærer at sktl. § 6-1 ikke kan tolkes og anvendes løsrevet fra petroleumsskattesystemet og de hensyn systemet hviler på.»**

Utnyttelse av leterefusjonsordningen Klagenemnda om rettsanvendelsen

Tilknytnings- og oppofrelsesvilkårene, interessefellesskap og lojalitet

- ♦ «Videre kan fradrag nektes dersom inntekten er redusert som følge av interessefellesskap, jf. sktl. § 13-1. *Armlengdeprinsippet* stiller krav til den økonomiske substansen i en transaksjon, herunder finansiell evne til å bære risiko.
- ♦ I den grad leterefusjonsordningen påvirker skattyters *motiver*, kan det ikke ses bort fra dette ved anvendelsen av sktl. §§ 6-1 og 13-1. En forståelse av leterefusjonsordningen er dermed nødvendig for vurderingen av spørsmålene i saken.
- ♦ Ved *illojale tilpasninger* kan det være grunnlag for innskrenkende lovtolkning i skattyters disfavør,
- ♦ Høyesterett har i flere avgjørelser om fradragsrett funnet det relevant å trekke inn resonnementer om interessefellesskap *uten at det har vært forankret i de særskilte nærståendebestemmelsene*»

Utnyttelse av leterefusjonsordningen Klagenemnda om petroleumsskattesystemet

- ◆ «Petroleumsskattesystemet er en integrert del av den samlede oljepolitikk»
- ◆ «Lovgiver har ved utformingen av petroleumsskatte-systemet grundig vurdert næringens rammevilkår, også fordelingen av risiko mellom staten og oljeselskapene»
- ◆ Syversen (1991): «Men selv om loven ikke har noen uttrykkelig regulering av et forhold, må de alminnelige regler anses fraveket hvis dette følger av sammenhengen mellom de forskjellige regler i petroleumsskatteloven.»
- ◆ På skatterettens område kan overordnede systembetragtninger ha betydelig vekt ved tolkningen av enkeltregler. Fra petroleumsskattens område kan det vises til at avgjørelsen i Rt. 2007 s. 1729 (*Total - handling fee*) har blitt brukt som eksempel på at lovgivningen tolkes for å opprettholde en logisk og rasjonelt struktur i petroleumsskattesystemet»

«Det er således i tråd med norsk rettstradisjon at de alminnelige skattereglene må tolkes og anvendes slik at de særlige hensynene som gjør seg gjeldende på petroleumsskatningens område ivaretas.»

Utnyttelse av leterefusjonsordningen ved kjøp av seismikk

Klagenemnda om petroleumsskattesystemet og risikofordeling

- ◆ Første fase av petroleumsvirksomheten: staten tok liten risiko (bæring, glideskala mv)
- ◆ Petroleumsskatteloven 1975: vesentlig større risiko. (Eks. direkte fradrag letekostnader)
- ◆ NOU 2000:18: Utforming av beskatningen/fiskale vilkår vil også påvirke risikofordelingen mellom selskapene og staten. Forenklet vil det være slik at bruttoelementer, som for eksempel produksjonsavgift, vil gi en lavere risiko for staten og tilsvarende høyere risiko for selskapene enn en netto overskuddsbeskatning. Risikofordelingen kan påvirke selskapenes investeringsvilje dersom de må bære en større andel av risikoen enn den andel de mottar av avkastningen i virksomheten. *I praksis vil det derfor være en avveining mellom risikofordeling og fordelingen av inntekter mellom selskapene og staten.*

Utnyttelse av leterefusjonsordningen
Klagenemnda om petroleumsskattesystemet og *risikofordeling*
etter innføring av leterefusjonsordningen

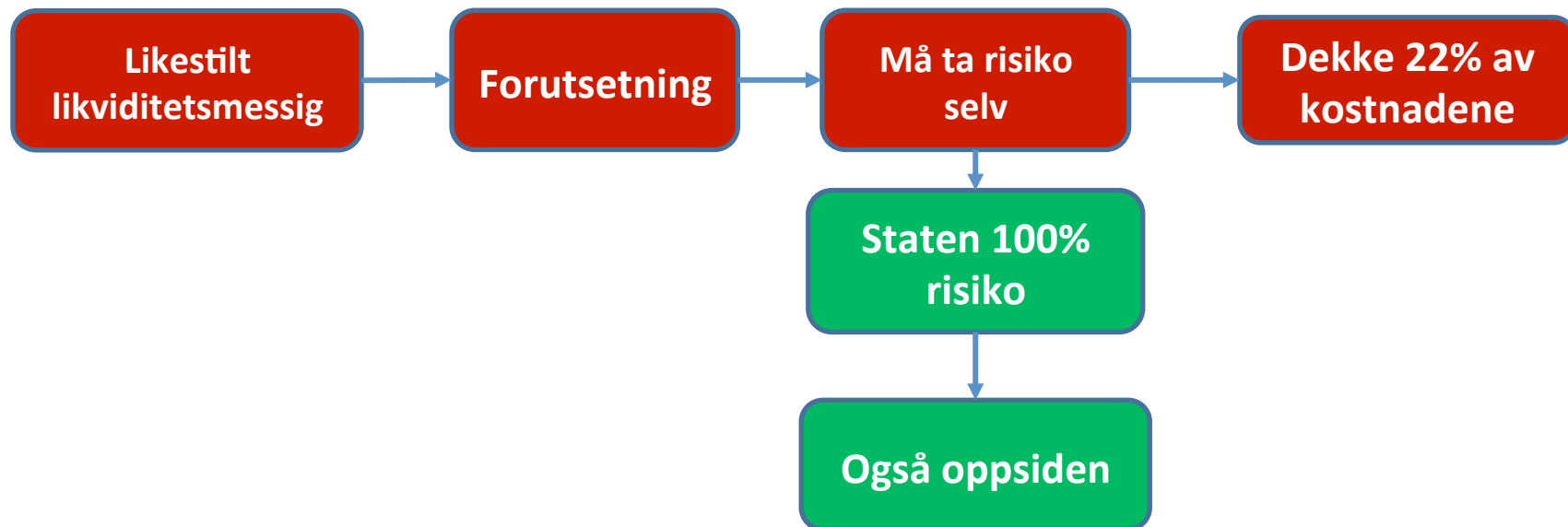
Leterefusjonsordningen innebærer at selskaper i og utenfor skatteposisjon blir likviditetsmessig likestilt, da 78 % blir direkte eller indirekte refundert av staten gjennom skattesystemet. **Dette forutsetter at selskapene selv må ta risiko og bære 22 % av letekostnadene, samt finanskostnader som for andre aktiviteter i sokkelvirksomheten. En slik fordeling av risiko mellom staten og selskapene er en helt klar forutsetning i petroleumsskattesystemet.**

Utnyttelse av leterefusjonsordningen
Klagenemnda om petroleumsskattesystemet og risikofordeling
etter innføring av leterefusjonsordningen

Det er ingen holdepunkter i lovforarbeidene som tilsier at ordningen skal kunne innebære at staten bærer hele risikoen for selskaper som ikke er i skatteposisjon. Hvis staten hadde ønsket å bære hele risikoen viser historien at staten benytter andre former for statsdeltagelse (Statoil, SDØE) **slik at staten også får kontroll og avkastning på oppsiden.** En anvendelse av regelverket som innebærer at staten bærer hele risikoen **er i strid med forutsetningene for petroleumsskattesystemet.** Det hører med i dette bildet at den skatterettslige læren om tynn kapitalisering på petroleumsvirksomheten i Norge har vært fundert på **et prinsipp om at letevirksomhet har så høy risiko at slik virksomhet forutsetter en høy grad av egenkapital.**

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Klagenemnda om petroleumsskattesystemet og risikofordeling etter innføring av leterefusjonsordningen



Etter Klagenemndas syn bør regelverket tolkes og anvendes slik at det **ivaretar forutsetningene om nøytralitet og likebehandling** i tråd med formålet med leterefusjonsordningen, samt slik at det ikke forrykker den risikofordelingen mellom staten og skattyter som petroleumsskattesystemet bygger på.

Utnyttelse av leterefusjonsordningen Klagenemnda om **tilknytningskriteriet**

- ◆ *Utgangspunkt* rettspraksis knyttet til det alminnelige skattesystem:
 - ◆ Fradragsrett forutsetter at det foreligger en tilstrekkelig *nær og umiddelbar sammenheng* mellom kostnadene og de fremtidige inntektene.
 - ◆ Ved bedømmelsen vil skattyters *formål* med kostnaden være et sentralt moment.
 - ◆ Formålet må vurderes med utgangspunkt i skattyters utsagn om hva som er *hovedsiktemålet* med investeringen.
 - ◆ Skal ikke sensurere forretningsskjønnet.
 - ◆ Selv om tilskuddet ikke anses formålstjenlig (uegnet), kan det bare unntaksvis komme på tale å se bort fra skattyters formål. Men Høyesterett har i en rekke dommer forutsatt at det i visse tilfeller kan være grunner for å nekte fradrag etter en egnethetsvurdering.
 - ◆ Fradrag gis ikke alene på grunnlag av kostnadens art.
 - ◆ Foreligger flere formål for en og samme kostnad gjelder **hovedformåls læren**: Det avgjørende for fradragsretten er det formålet som har vært det vesentligste.

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Klagenemnda om anvendelsen av tilknytningskriteriet i relasjon til
petroleumsskattesystemet

- 🔹 En kombinasjon av negativ skatt (leterefusjon) og høy skattesats gir et mulig insitament til å pådra seg en ikke-forretningsmessig kostnad fordi dette kan ha en positiv likviditetseffekt for skattyter. Dette innebærer et fravær av de interessemotsetningene som ordinært foreligger mellom partene i en transaksjon. *Ved anvendelse av dommene på området må det tas hensyn til denne **fundamentale forskjellen i insitamentet til å pådra seg kostnader**.* Praksis fra Høyesterett viser også at det er grunnlag for å trekke inn **tankegods om interessefellesskap** der omstendighetene tilsier dette også uten at spesialbestemmelsene om dette i skatte- og avgiftslovgivningen trekkes direkte inn (uthevet her)

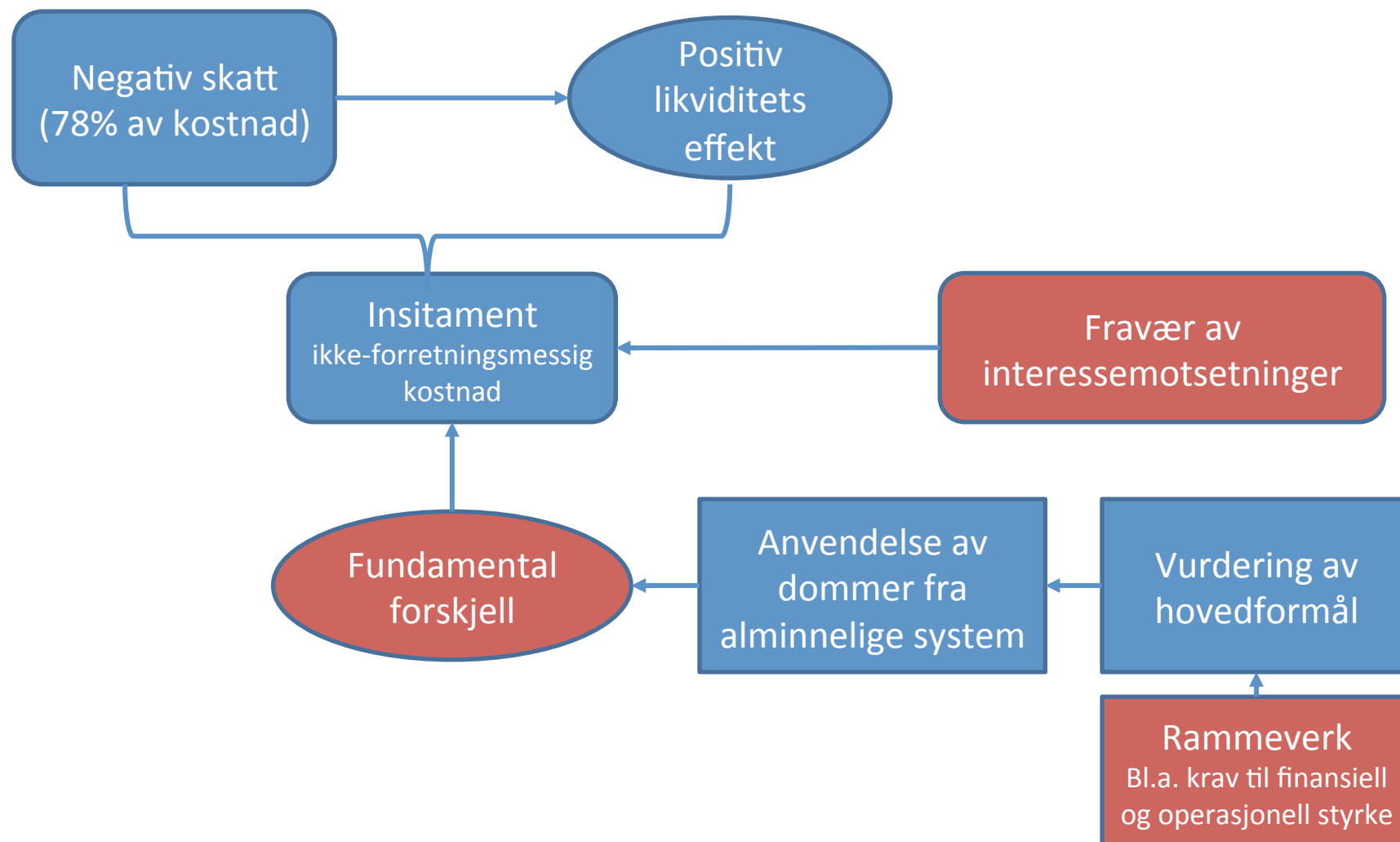
Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Klagenemnda om anvendelsen av tilknytningskriteriet i relasjon til
petroleumsskattesystemet

- 🔹 Klagenemnda vil påpeke at ved vurdering av **hovedformålet** må dette vurderes med bakgrunn i de **særtrekkene** og det **rammeverket** som gjelder for petroleumsvirksomhet. I dette bildet hører det også med at ***petroleumsvirksomhet er svært kapitalkrevende, samt at petroleumsmyndighetene stiller krav til både finansiell stryke og operasjonell kapasitet for de aktører som engasjerer seg i letevirksomheten på norsk sokkel.*** Det er en grunnleggende forutsetning for at aktørene skal kunne etablere grunnlag for drift og økonomisk avkastning. *Det er en meget lang vei fra innkjøp av seismiske data til det er realistiske utsikter til inntekter. (uthevet her)*

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Klagenemnda om anvendelsen av tilknytningskriteriet i relasjon til petroleumsskattesystemet



Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Seismikk som innsatsfaktor – hovedtrekk

Multiklientseismikk

- ◆ Seismiske undersøkelser krever tillatelse (undersøkelsestillatelse) av myndighetene
- ◆ Skytes av ikke-særskattepliktige selskaper (men kan være på vegne av oljeselskap)
- ◆ Har tre hovedanvendelsesområder:
 - 1) Seismikk kan anvendes i søknader om tildeling av utvinningstillatelser i konsesjonsrundene,
 - 2) ved vurderinger av erverv av andeler i utvinningstillatelser fra andre oljeselskap
 - 3) eller for å vurdere egne utvinningstillatelser.
- ◆ Seismikk er på mange måter en «første» innsatsfaktor som grunnlag for virksomhetsutøvelsen, men
 - ◆ Det er langt frem (mot det endelige målet)
 - ◆ Underveis må tillatelser, forutsetninger og vilkår møtes
 - ◆ Særlig operasjonelt og finansielt

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Seismikk som innsatsfaktor – hovedtrekk

Multiklientseismikk

- ◆ Det som kjøpes er
 - ◆ En bruksrett
 - ◆ Som ikke kan omsettes
 - ◆ Og som vanligvis krever ytterligere betaling (en andel av opprinnelig pris) dersom selskapet overdras («change of control»)
- ◆ For selger av seismikken er følgende sentralt
 - ◆ Normalt synkende pris med økende alder på seismikken («ferskvare»)
 - ◆ Myndighetene pålegger frigivelse av eldre seismikk
 - ◆ Kostnaden ved salg av ytterligere en bruksrett er *svært* marginal (kopiering elektronisk)

Utnyttelse av leterefusjonsordningen ved kjøp av seismikk

Hvordan

- ◆ Utgangspunktet er normalt et selskap med (mer eller mindre akutt) **behov for likviditet** av hensyn til fortsatt drift,
 - ◆ Der andre kilder til likviditet er utprøvd
 - Eierne, mulig nye eiere, salg av eiendeler, nye lån og långivere
- ◆ I utgangspunktet vil da ikke kjøp av seismikk tilføre likviditet
 - ◆ «Løsningen» blir derfor å **kjøre seismikk på kreditt**
 - ◆ (i seg selv ikke grunnlag for å nekte fradrag)
 - ◆ Betale en (for selger) tilstrekkelig andel (positivt etter skatt) og
 - ◆ Ta opp **letelån** (i bank med pant i refusjonsbeløpet) på grunnlag av faktura – altså slik at det tas opp lån på både kontantdel og leverandørgjelden (= fakturabeløp minus kontantdel)
- ◆ Når utgangspunktet er likviditetsbehov, vil kredittkjøpet gjerne komme i kombinasjon med
 - ◆ **Stort volum** (uforholdsmessig sett i sammenheng med operasjonell kapasitet og finansiell styrke)
 - ◆ **Ingen rabatt**
- ◆ Likviditetsbehovet vil da **generere behov for ytterligere kjøp for å holde driften i gang (karusell) siden**
 - ◆ Seismikken som grunnlag for verdiskapning **krever langsiktig finansiell og operasjonell styrke**
 - ◆ Letelånet gir imidlertid bare en **kortsiktig likviditetslettelse** (frem til tidspunkt for refusjon når letelånet må innfris)

Utnyttelse av leterefusjonsordningen ved kjøp av seismikk Hvordan («it takes two to tango»)

- ◆ For selger av seismikken vil kjøpers likviditetssituasjon (normalt)
 - ◆ være (svært) synlig (klart at kjøper må få tilført ytterligere kapital og operasjonelle ressurser).
 - ◆ Hensikten (likviditetstilførsel) med kjøpet kan også være formidlet til selger (f.eks. i form av begrunnelse for nødvendigheten av at salget må være på kreditt).
- ◆ Selger kan imidlertid se seg tjent med at avtalen blir gjennomført med et påregnelig betydelig mislighold
 - ◆ Som følge av at kostnadene ved ett ytterligere salg er marginal (skutt seismikk er «sunk cost»).
- ◆ Eller selger kan se seg tjent med ytterligere kjøp for oppgjør av gammel gjeld.

Utnyttelse av leterefusjonsordningen ved kjøp av seismikk

Hvordan

- ◆ I noen tilfeller foreligger det også **en kobling mot eierskap** (for selger i selskapet som kjøper seismikk).
 - ◆ Utgangspunktet for eierskapet kan være (deler av verdien av) den aktuelle transaksjon eller tidligere transaksjoner.
 - ◆ F.eks. i form av opsjon på konvertering eller konvertering/emisjon.
- ◆ I slike tilfeller blir spørsmålet om
 - ◆ (Markeds)verdien av kjøperselskapet viktig, i kombinasjon med
 - ◆ Pris, volum, egnethet (den aktuelle seismikken) vurdert i forhold til kjøpers operasjonelle kapasitet og finansielle styrke.
 - ◆ Dessuten vil seismikkselskapet i dette tilfellet **forskyve risikoen fra kjøpers betalingsevne/-vilje til kjøperselskapets evne til verdiskapning**. Svært ofte vil da risikoen knytte seg til kjøpers mulighet for å skape verdier av den kjøpte seismikken.
 - Er betalingsevnen allerede ved avtaleinngåelsen tilnærmet fraværende, vil neppe mulighet for eierskap øke muligheten for oppgjør
 - Letelånet er kortsiktig og dekker bare en del av fakturabeløpet, må tilbakebetales ved utbetaling av refusjon.
 - **Konverteringen vil ikke tilføre kapital for videre drift.**

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Klagenemndas vurderinger: tilknytningskriteriet

- ◆ Nemnda vurderte bl.a.
 - ◆ Om selskapene kunne **nyttiggjøre** seg den **mengde** seismikk som var kjøpt
 - ◆ **Finansiell og operasjonell stilling i forkant** av kjøpet: Om denne tilsa at selskapet måtte begrense kostnadene:
 - ◆ Forhandle frem lavest mulig pris, og
 - ◆ ikke kjøpe store mengder seismikk på kreditt,
 - ◆ men *tilpasse mengden* til finansiell og operasjonell stilling
 - «**Dersom det ses bort fra mulighetene for finansiering av videre drift med leterefusjon, synes ikke kjøpet av seismikk å ha fremmet selskapets mulighet til å erverve skattepliktig inntekt.**»
 - Et grunnlag for kjøp (overhodet), bortsett fra behovet for likviditet, synes i noen tilfeller ikke å ha vært til stede.
 - ◆ Hvordan letelånet *rent faktisk var brukt*
 - ◆ Indikasjon på hva som var motivet
 - ◆ og ofte også *en klar indikasjon på at man ønsket å inngå flere avtaler* for å videreføre driften av selskapet med midler fra leterefusjonsordningen.

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Klagenemndas vurderinger: oppofrelse

- ◆ Utgangspunkt: oppofrelse et selvstendig vilkår for fradragsrett
 - ◆ Reduksjon i formuesstilling
 - ◆ Skattyter må bære den økonomiske risikoen for verdireduksjon eller tap
- ◆ I de fleste tilfeller tre hovedproblemstillinger:
 - 1) **Proforma – formål ikke fullt oppgjør.**
 - 2) **Om kjøper har innrettet seg slik at den økonomiske risikoen er skjøvet over på skattekreditor**
 - 3) **Om manglende betaling i seg selv kan medføre at fradrag nektes (ingen reduksjon i formuesstilling)**

«Felles for ... spørsmålene er at skattyters motivasjon og fordelingen av økonomisk risiko mellom skattyter, kontraktspartner og skattekreditor må forstås i lys av skattesystemet og leterefusjonsordningen. Petroleumsskattesystemet og leterefusjonsordningen bygger .. på en risikofordeling mellom staten og skattyter som innebærer at skattyter må ha finansiell evne til å bære sin andel av risikoen.»

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Klagenemndas vurderinger: oppofrelse/risikoforskyvning

- ◆ Tidfestingsregelen (her realisasjonsprinsippet) bygger på at en kontraktsfestet forpliktelse normalt vil tilsvare den fradragsberettigede pådratte kostnaden
 - ◆ Rettspraksis viser imidlertid at kontraktsfestet kjøpesum ikke er eneste relevante faktum.
 - ◆ Den viser også at økonomiske realiteter har fått gjennomslag
- ◆ Utgangspunktet er da (ikke uttømmende) som oftest at
 - ◆ Partene la til grunn at fakturabeløpet ville gi refusjon
 - ◆ Og at pris ikke ble forhandlet
 - ◆ Det skulle tas opp letelån på grunnlag av av faktura
 - ◆ Det skulle gis utsatt betalingsfrist for en større del av fakturabeløpet
 - ◆ Selger måtte forstå/forstod at kjøper ikke hadde betalingsevne for restbeløpet
 - ◆ Selger var kjent med at ytterligere kapital og operasjonelle ressurser måtte tilføres for verdiskapning
 - ◆ Det forelå ingen betalingsplan
 - ◆ Selger synes å se seg bedre tjent med at avtalen ble gjennomført med et påregnelig betydelig betalingsmislighold enn at det ikke ble noen avtale overhodet
 - ◆ Ytterligere kapitaltilførsel (eventuelt som grunnlag for betaling av gammel gjeld til selger) krever et *gjentakende transaksjonsmønster*.

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Klagenemndas vurderinger: oppofrelse/risikoforskyvning

Nemnda vurderte **gjennomførte og planlagte transaksjoner** under ett:

Vurderingen var at formålet med transaksjonsrekkene var å *forskyve risikofordelingen* mellom selskapene og staten på en slik måte at *det var statens midler som via leterefusjonsordningen skulle finansiere videre drift av selskapene*.

Med utgangspunkt i følgende:

Det har ved utformingen av petroleumsskattesystemet en rekke ganger blitt lagt vesentlig vekt på det reelle hensynet det er å sikre **kostnadsbevissthet** hos skattyterne. Noen selskaper har innrettet seg **slik at det ble et mål å påta seg større forpliktelser for å finansiere eldre forpliktelser** som kom til forfall. Dette er en illojal tilpasning og måtte derfor få betydning selskapenes krav om fradrag.

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Klagenemndas vurderinger: oppofrelse/risikoforskyvning

Nemnda til slutt om risikoforskyvning:

«Petroleumsskattesystemet bygger på **en forutsetning om at skattyter skal bære en andel av den økonomiske risikoen**. Forarbeidene til petroleumsskatteloven og leterefusjonsordningen viser at staten **alltid har vært svært bevisst på hvilken risiko staten har ønsket å bære**. Leterefusjonsordningens formål var **ikke** at **staten** skulle bære **hele risikoen** og at leteselskapene slippe å bære noen andel av risikoen.

Leteselskapene skulle **kun sidestilles med skattyterne i skatteposisjon**, slik at særskattepliktige selskap både i og utenfor skatteposisjon må bære 22 % av risikoen selv. Et moment ved lovtolkningen av skattereglene er å unngå et traktatstridig resultat, jf. EØS-loven § 2 og EØS-avtalen Del IV kapittel 2 (artikkel 61 flg.) som innebærer at skattereglene ikke kan tolkes på en måte som innebærer ulovlig statsstøtte slik refusjon utover 78 % vil være.»

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Klagenemndas vurderinger: oppofrelse/manglende betaling

- ◆ Utgangspunktet er her at den delen av fakturabeløpet som det ble gitt utsatt betaling for, ikke ble betalt ved forfall.
 - ◆ Selskapene har derfor fått utbetalt et høyere beløp i leterefusjon enn det som er betalt (kontantdelen) for seismikken.
- ◆ Det ble vist til uttalelser i Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) om skattemessig fradrag uavhengig av hvilke aktiva som erverves, eller suksessen i lete- eller utbyggingsaktiviteten
 - ◆ Disse uttalelsene gir ikke grunnlag for at det skal gjøres unntak fra de alminnelige vilkårene for fradrag.
 - ◆ Forarbeidene forutsetter at tilknytningsvilkåret og oppofrelsesvilkåret er oppfylt.
 - ◆ Uttalelsen er knyttet til det å likestille selskaper i og utenfor skatteposisjon. Selskaper som er i skatteposisjon må dekke 22 % av risikoen selv.
 - ◆ Det har aldri vært meningen at det bare er staten som skal dekke sin andel, det vil si 100 % av den reelle kostnaden.
- Ikke i samsvar med ordningens formål at bare staten skal dekke letekostnadene.
- *Frdrag kan derfor heller ikke gis for de beløpene som faktisk ble betalt.*

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Armlegdestadarden/interessefellesskap/ulovfestet gjennomskjæring

- I noen saker mente Klagenemnda at armlengdeprinsippet og ulovfestet gjennomskjæring kunne anvendes.
 - Leterefusjonsordningen kan gi en kjøper og selger felles interesser på bekostning av staten uten at partene er forbundet gjennom eierskap.
 - F.eks.: Kjøp av seismikk til overpris eller i et større volum enn det som ville blitt avtalt om begge parter hadde opptrådt forretningsmessig rimelig og naturlig vil kunne gjøre det mulig å finansiere driften av selskapene via
 - interessefellesskap
- Ulovfestet gjennomskjæring: bare kort redegjort for av nemnda.

Utnyttelse av leterefusjonsordningen

Delvis betaling - virkning

- ◆ Noen selskaper stilte spørsmål ved grunnlaget for å nekte hele fradraget i stedet for bare den ubetalte delen når det blir lagt opp til å kun betale en andel av fakturaen som er mindre eller lik det som er forventet mottatt i leterefusjon.
- ◆ Dersom selskapene i stedet hadde krevd et lavere fradrag, ville den mottatt leterefusjon blitt mindre, og da ville betalingsevnen blitt lavere.
 - ◆ Et krav om et fradrag på kr 78 mill. (faktura 100 mill.) ville gitt leterefusjon på kr 60,84mill, som da ville blitt **ny maksimal betaling** (til seismikkselskapet).
 - ◆ Et krav om et fradrag på kr 60,84 mill. ville gitt leterefusjon på kr 47,455mill., som da ville blitt ny maksimal betaling osv.



➤ Også illustrerende for sammenhengene og **hvorfor det er selve ordningen som legger premissene for fradragsretten.**

Dommer 2018

Rettskraftig

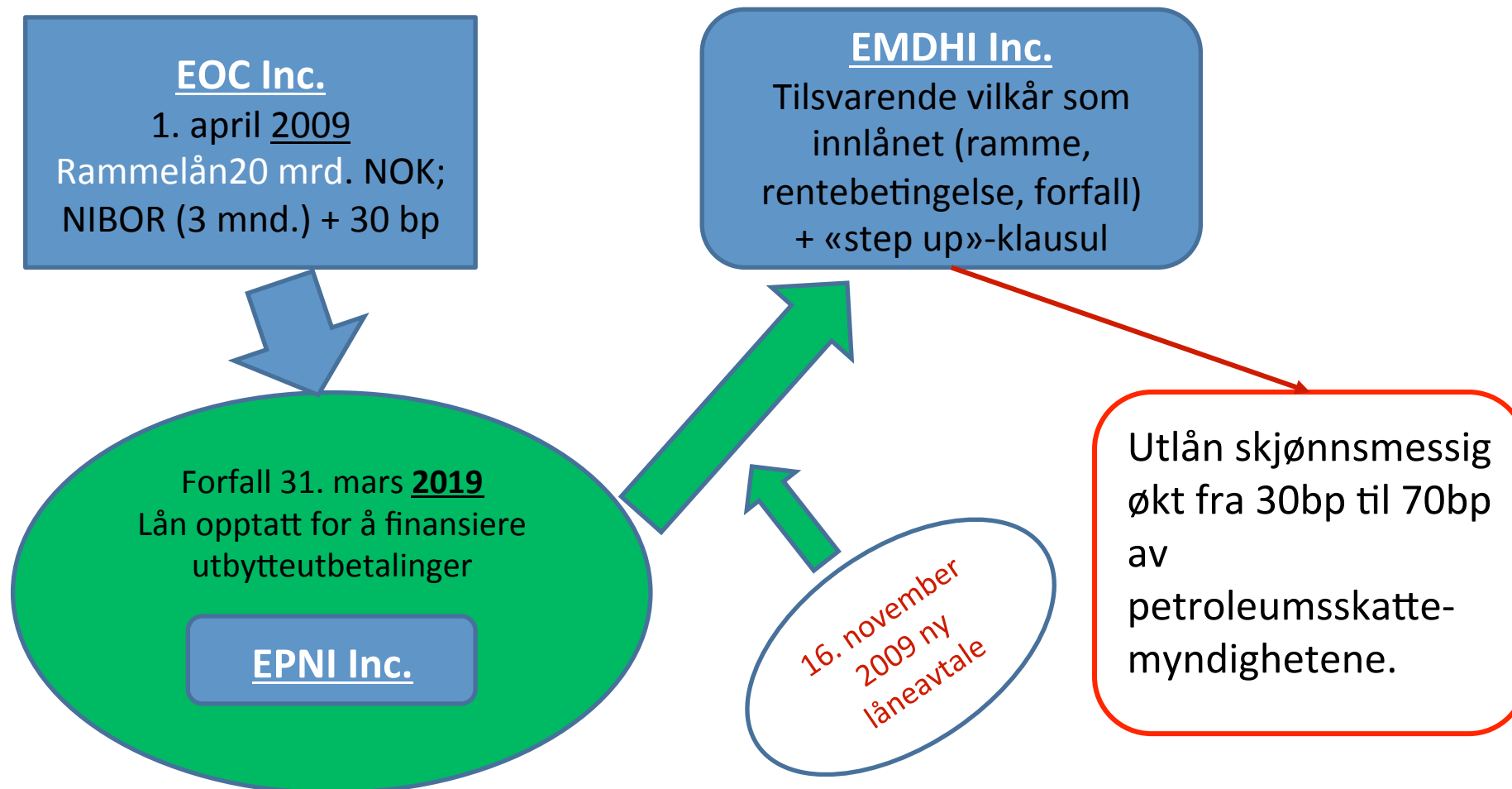
1. ExxonMobil Production Norway Inc. (Margin renter utlån) – Borgarting
22.01.2018 [16-160306ASD- BORG/03]
2. Total (Stedbunden beskatning)
Oslo tingrett – 18.04.2018 [17-105551TVI-OTIR/01]

ExxonMobil Production Norway Inc.
Borgarting 22.01.2018 [16-160306ASD- BORG/03] –
(ikke anket)

Margin på utlån

ExxonMobil Production Norway Inc. (Renter utlån)
Borgarting 22.01.2018 [16-160306ASD- BORG/03] –

- ◆ Saken gjaldt inntektsårene 2009-2011
- ◆ ExxonMobil Production Norway Inc. (**EPNI Inc.**) inngikk 1. april 2009 en låneavtale med Exxon Overseas Corporation (**EOC Inc.**).
 - ◆ Rammelån på 20 mrd. NOK
 - ◆ Rente NIBOR (3 mnd.) + 30 bp
 - ◆ Forfall 31. mars 2019
 - ◆ Det ble opplyst at lånet var opptatt for å finansiere utbytte til aksjonærene.
- ◆ 16. november 2009 ny låneavtale:
 - ◆ Epni lånte ut til ExxonMobil Delaware Holdings Inc. (**EMDHI Inc.**)
 - ◆ Tilsvarende vilkår som innlånet (ramme, rentebetingelse, forfall)
 - ◆ Men med såkalt «Step up»-klausul (revisjonsklausul)
 - ◆ Långiver kunne justere rentemargin ved endringer i låntakers kredittverdighet



ExxonMobil Production Norway Inc. (Renter utlån)
Bakgrunnen for transaksjonene (inn-/utlån)

- ◆ Skulle finansiere utbetaling av vedtatt utbytte.
- ◆ EPNI hadde i 2008 og 2009 **solgt sine lisenser på norsk sokkel** og eierandeler i gassrørlednings- og behandlingsanlegg til selskapet ExxonMobil Exploration & Production Norway AS (**EPNAS**).
 - ◆ **Oppgjør var i form av løpende overføring av petroleum fra EPNAS til EPNI**, og
 - ◆ oppgjøret var derfor avhengig av den faktiske produksjonen og gjeldende priser.
 - ◆ EPNI manglet på denne bakgrunn likviditet til å utbetale utbytte våren 2009.
- ◆ Etterhvert som EPNI **mottok og solgte oppgjørspetroleum**, fikk selskapet igjen en viss likviditet.
 - ◆ Selskapet **kunne da nedbetalt på lånet fra EOC**, men fordi dette ville få **negative skattemessige konsekvenser for EOC i USA**, ønsket ikke konsernet en slik løsning.
 - ◆ En plassering av overskuddslikviditeten i den interne «konsernbanken» i Nederland, ExxonMobil Capital NV (**ECNV**), ville medført et løpende tap hos EPNI fordi renta på lånet til EOC var høyere enn renta selskapet ville få på innskudd hos ECNV.
 - ◆ Formålet med lånet til EMDHI var å plassere EPNIs overskuddslikviditet på en skattemessig nøytral måte.
 - ◆ Den valgte strukturen skulle ha den samme skattemessige virkningen for EPNI som en tilbakebetaling av lånet til EOC, men hvor EOC unngikk de uheldige amerikanske skattemessige virkningene av en tilbakebetaling.

Prising basert på isolert betraktning eller må lånene ses i sammenheng

- Hovedspørsmålene i saken var om prisingen av utlånet
 1. skulle basere seg på en **isolert vurdering**, dvs. som et selvstendig låneforhold mellom EPNI og EMDHI,
 2. eller om inn- og utlånene på en eller annen måte skulle **ses i sammenheng**, enten
 - a) Som en **nettobetraktning** (armlengdeprises både inn og ut for å finne nettovirkningen), eller (*Selskapets prinsipale anførsel*)
 - b) Ved at prisen på innlånet utgjorde EPNI's kost ved utlånet og da slik at utlånet måtte prises med utgangspunkt i EPNI's **merrisiko** som følge av at selskapet valgte å låne ut istedenfor å nedbetale lånet til EOC. (**Kost pluss**) (*Statens prinsipale anførsel*)
- Både Klagenemda og Tingretten la til grunn at utlånet måtte vurderes som en selvstendig transaksjon.

- ♦ Ved ligningen ble det lagt til grunn at utlånet måtte **ses isolert fra innlånet**. Dette syn ble opprettholdt av Klagenemnda som bemerket (slik gjengitt i tingrettsdommen):

«Klagenemndas flertall finner at innlånet og utlånet **ikke kan vurderes under ett som en nettobetraktning**. Dette er i tråd med kjennelse avsagt 26. november 2012 hvor Klagenemnda i en lignende sak kom til at det **ikke var grunnlag for å se innlåns- og utlånsbetingelsene under ett** ved samtidig inn- og utlån til beslektede selskaper. Klagenemndas flertall kan ikke se at skatteavtalen mellom Norge og USA kan tolkes slik at inn- og utlånet må ses i sammenheng, slik anført av selskapet... Klagenemndas flertall bemerker forøvrig at det **ikke er hjemmel** i sktl. § 13-1 **til å nedsette selskapets inntekt**, slik selskapet har anmodet om, med henvisning til at selskapets **innlån fra EOC angivelig er for lavt priset**.» (Flertallet 6 av 7 medlemmer)

- Samlet inntektstillegg (2009-2011) etter klagebehandling: 95,525 mill. NOK

- Tingretten om den konkrete vurdering av om det forelå et «sammenhengende hele»
 - Da lånet ble ytt forelå ingen planer om senere utlån: lånet ble anvendt til utbytteutbetaling.
 - 7 måneder senere var et tilsvarende beløp tilflytt EPNI.
 - Opplysninger om initiativ til utlån ikke opplyst: Utlånet var ingen forretningsmessig nødvendighet – **det naturlige hadde vært innfrielse**
 - Utlånet var riktignok muliggjort av innlånet, men ikke «de samme pengene» idet innlånet var forbrukt og **utlånet finansiert av nye likvider som tilfløt EPNI ved salg av petroleumsprodukter**
 - Mangler «karakter av en «samlet og planlagt ... prosess» hvor de enkelte disposisjoner var gjensidig avhengige»

Statens prinsipale anførsel [2) b]

- ◆ **Statens utgangspunkt og argumentasjon** (viste bl.a. til retningslinjene): Et grunnleggende prinsipp at uavhengige foretak vil opptre **forretningsmessig rasjonelt**.
 - ◆ Et uavhengig foretak vil drive virksomhet for å oppnå fortjeneste og søke å få **høyere rente på et utlån enn egne finansieringskostnader**.
 - ◆ Dersom foretaket selv har gjeld som kan tilbakebetales, har det formodningen mot seg at det i stedet for ville låne ut overskuddslikviditet **til samme eller lavere rente**.
 - ◆ Det forretningsmessig gunstigste alternativet vil da heller være å nedbetale egen gjeld, **ikke å påta seg en kredittrisiko uten kompensasjon**.
- ◆ Lagmannsretten er enig med staten i at dette er momenter som **underbygger** at den avtalte renta medfører en inntektsreduksjon på grunn av interessefellesskapet.

Statens prinsipale anførsel

- ◆ Lagmannsretten har imidlertid *vanskelig for å følge statens argument om at dette er nok til å konstatere at vilkåret om inntektsreduksjon er oppfylt* uten å ta stilling til hva som er markedsmessig rente for sammenlignbare lån.
- ◆ Som en alternativ prisingsmetode viste staten i prosedyren til **kost pluss-metoden** for å beregne en fortjeneste på utlånet (i følge retten, staten vil vel hevde at man foretok et rent risikopåslag)
 - ◆ For lån foreligger det imidlertid et marked, og de sammenlignbare prisene er marginer på lån med tilsvarende risikoforhold på samme utlånstidspunkt. Kost pluss-metoden gir ingen veiledning for prising av et enkeltstående lån. **En långiver vil, uavhengig av egne kostnader, ikke oppnå en bedre rente ved utlån enn hva det er mulig å oppnå i markedet.**
- Etter lagmannsrettens syn er det derfor nødvendig å gå veien om **en sammenligning** av betingelsene i låneavtalen mellom EPNI og EMDHI med betingelsene i en **tilsvarende transaksjon mellom uavhengige parter** for å ta stilling til om den avtalte marginen er markedsmessig. Det er denne metoden OECD-retningslinjene gir anvisning på, og som skattemyndighetene har benyttet.

ExxonMobil Production Norway Inc. (Renter utlån)
Borgarting 22.01.2018 [16-160306ASD- BORG/03]
Selskapets prinsipale anførsel – lagmannsrettens vurdering

- ◆ Armlengdeprinsippet er i utgangspunktet transaksjonsbasert. Dette er fastslått i **OECD-retningslinjene punkt 1.42:**
 - ◆ «Ideelt sett bør armlengdeprinsippet anvendes på en transaksjon av gangen for å komme frem til det mest presise anslag for rimelig markedspris.»
- ◆ Unntak, hvor flere transaksjoner ses under ett, kan imidlertid tenkes. Punkt 1.42 fortsetter slik:
 - ◆ «Det vil imidlertid ofte være tilfeller da separate transaksjoner er så nært knyttet til hverandre eller så kontinuerlige at de ikke kan vurderes tilstrekkelig hver for seg.»
- ◆ Lagmannsretten legger til grunn at retningslinjene her angir det relevante vurderingstemaet for saken.
- ◆ **1.42 gir eksempler. Omfatter ikke lån.**
 - ◆ «Opplistingen er ikke uttømmende, men gir likevel et signal om at lån mellom nærstående er en transaksjonstype som ikke typisk gir grunn for en samlet vurdering for å finne markedspris.»
- ◆ **Ikke den faktiske** sammenhengen (som i dette tilfellet) som begrunner samlet vurdering, men **om det foreligger forretningsmessige sammenhengen mellom flere transaksjoner** som tilsier at en samlet vurdering er nødvendig for å finne riktig markedspris for den kontrollerte transaksjonen. (viser til artikkel av Jens Wittendorf)

Selskapets prinsipale anførsel – lagmannsrettens vurdering

- ◆ Punkt 1.64 (Unintentional set off).
 - ◆ Skattyter ønsker å få «reduisert en internprisingsjustering basert på en utilsiktet overvurdering av skattbar inntekt».
 - ◆ Skattemyndighetenes skjønn
 - Lagmannsretten kan ikke se at bestemmelsene om ubevisst motregning gir et alternativt grunnlag for en samlet vurdering i saken her.
- ◆ Utenlandske rettskilder
 - ◆ Glaxo-saken (2012): innsatsfaktor (virkemiddel) i legemiddel fra ett konsernselskap, produksjons- og markedsføringsrettigheter (lisens) fra et annet.
 - ◆ Regjeringsretten i Sverige (1991): langsiktig innkjøpsavtale (til gunst noen år, til ugunst andre)
 - ◆ Dansk Høyesterett (1988): langsiktig salgsavtale

Selskapets prinsipale anførsel – lagmannsrettens vurdering

- ◆ Norske rettskilder
 - ◆ Rt-2007-1025 (Statoil-Angola): fordeling av lånekapasitet.
 - ◆ Utv-2009 s. 1255: lån gitt samtidig og til samme formål.
 - ◆ Ligningspraksis (Klagenemnda):
 - ◆ Selskapet: nettobetraktning også når det gjelder avtaler mellom flere parter og avtaler uten tidsmessig sammenheng.
 - ◆ «I klagenemndas avgjørelse av 19. august 2013 var saksforholdet at det forelå **langsiktige kontrakter om levering av tjenester** mellom konsernselskaper. Kontraktene bygget på samme forutsetninger og prinsipper. Klagenemnda foretok en nettovurdering av kjøp og salg av tjenester for å fastslå om det forelå en inntektsreduksjon. Overpris (for høyt påslag) ved skattyters kjøp av tjenester ble avregnet mot en eventuell overpris ved salg av tjenester. Også i klagenemndas kjennelse av 23. juni 2014 foretok nemnda en nettovurdering av kjøp og salg av konserninterne tjenester og kom til at det ikke forelå inntektsreduksjon.»
 - ◆ «Det foreligger **ingen ligningspraksis som har godtatt en nettobetraktning ved konserninterne lån mellom flere parter.**»

Selskapets prinsipale anførsel – lagmannsrettens vurdering

- ◆ Den konkrete vurdering av om utlånet skulle vurderes isolert eller sammen med innlånet.
 - ◆ Generelt og utgangspunkt: «Til tross for den faktiske sammenhengen er det ingen kontraktsmessig eller kommersiell tilknytning mellom innlånet og utlånet. Det dreier seg om helt to selvstendige låneforhold mellom ulike parter.»
 - ◆ Fant ikke støtte for selskapets syn verken i utenlandsk eller norsk rettspraksis.
 - ◆ Vedrørende ligningspraksis uttalte retten:
 - ◆ Langsiktige kontrakter om levering av varer og tjenester vil typisk omfatte et stort antall transaksjoner som prises etter de samme prinsippene, og skiller seg ved det fra enkeltstående lån som denne saken gjelder. I slike langsiktige kontrakter vil det typisk være en klar forretningsmessig sammenheng mellom ulike transaksjoner.
 - ◆ "Lagmannsretten er likevel enig i at klagenemndas kjennelse av 19. august 2013 **gir en viss støtte for EPNIs krav om nettoberegning**, men finner ikke at dette momentet kan tillegges avgjørende vekt."
- Litt om **petroleumsskattemyndighetenes** begrunnelse for nettoberegning i enkelte saker vedrørende tjenesteyting

ExxonMobil Production Norway Inc. (Renter utlån)
Borgarting 22.01.2018 [16-160306ASD- BORG/03]
Isolert vurdering – øvrige problemstillinger

1) Faktisk transaksjon
innskudd?

➤ **Lavere margin**

2) Kredittverdighet
EMDHI: AAA (ikke AA+)

➤ **Lavere margin**

3) Fikseringstidspunkt
før avtaletidspunkt?

➤ **Lavere margin**

4) Sammenligningen må basere seg
på faktiske transaksjoner ikke
indekser fra analyseselskaper
(punkttestimater)

➤ **Lavere marginintervall**

5) Hadde revisjonsklausulen
(Step up) en verdi som tilsa at
reell margin var klart høyere enn
30 bp og dermed innenfor
markedsintervall?

➤ **Ikke inntektsreduksjon**

1) Innskudd eller langsiktig lån

- ◆ Selskapet anførte at den faktiske transaksjon (med EMDHI) må klassifiseres som et kortsiktig innskudd og ikke et langsiktig lån.
- ◆ Utgangspunkt:
 - ◆ skriftlige avtale (tidsnært bevis),
 - ◆ fortolkes objektivt,
 - ◆ fravikes hvor det kan påvises at kontraktspartene har hatt en felles forståelse som avviker fra kontraktens ordlyd.

ExxonMobil Production Norway Inc. (Renter utlån)
Borgarting 22.01.2018 [16-160306ASD- BORG/03]
Isolert vurdering– øvrige problemstillinger [1])

- 1) Innskudd eller langsiktig lån – lagmannsretten:
 - Den skriftlige avtalen peker entydig i retning av et langsiktig lån.
 - «Lagmannsretten bemerker til dette at det **ikke har vært noen bevisføring om partenes forutsetninger på avtaletidspunktet** utover hva som kan utledes av det skriftlige materialet. Lagmannsretten finner det heller ikke treffende å vurdere utlånet som et resultat av EPNIs behov for å plassere penger. For EPNI framstår **tilbakebetaling** av innlånet fra EOC **som det alternativet som best ville ivareta EPNIs interesser**. Det var **EOCs behov som hindret dette**, og som dermed førte til den alternative transaksjonen, som må ses på som et resultat av konsernbeslutninger. Når EPNI «måtte» finne en alternativ plassering for midlene, **ønsket konsernet ... nettopp å unngå innskuddsalternativet**, og valgte å strukturere transaksjonen som et langsiktig lån. Uavhengig av om EMDHI hadde behov for lån eller ikke, innebar det at selskapet **betalte lånerente**, ikke innskuddsrente. Lagmannsretten har vanskelig for å følge EPNIs argumentasjon om at transaksjonen likevel er et innskudd, men med for høy rente.»
 - Transaksjonen visse «innskuddslignende» trekk, men det kunne ikke føre til at transaksjonen bedømmes som et innskudd i strid med partenes skriftlige avtale.

2) Kredittverdighet EMDHI

- ◆ Ingen offisiell rating.
- ◆ Intern vurdering: forenklet kvantitativ analyse basert på Standard & Poors.
 - ◆ Ved ligningen opplyst: AAA-AA som tilsvarer AA+
 - ◆ Senere opplyst at selskapet i 2010 fikk status som «parent equivalent», dvs. AAA
- Lagmannsretten er enig med klagenemnda i at den interne ratingen på avtaletidspunktet må legges til grunn, slik at det relevante sammenligningsgrunnlaget vil gjelde selskaper som har offisiell rating AA+

3) Fikseringstidspunkt

- ◆ Mellom uavhengige parter vil fikseringstidspunktet for så store lån som her normalt ligge to til seks uker før avtaletidspunktet.
 - ◆ Det er særlig syndikeringsbehov som medfører at det tar tid å få finansiert så store lån
 - ◆ Armlengdemetoden går ut på å tenke en uavhengig part inn i den transaksjonen som faktisk er foretatt.
 - ◆ Ikke foretatt en forutgående fiksering.
 - ◆ Lånet ble ikke syndikert.
 - ◆ Rentemarginen ble kopiert fra den forutgående innlånsavtalen.
- ◆ «Lagmannsretten er på denne bakgrunn enig med klagenemnda i at det er rentemarginer på avtaletidspunktet som skal legges til grunn for sammenligningen.»

4) Sammenligningsgrunnlag – Klagenemnda

- ◆ Benyttet markedsdata – **indekser** – fra analyseselskapene Bloomberg, Reuters, J.P. Morgan (LIBOR USD), J.P. Morgan (EURIBOR) og Barclays capital.
 - ◆ Indeksene gir uttrykk for **estimerte** marginer.
 - ◆ Estimatenes er basert på **reelle transaksjoner**, men dataene fra disse justeres og tilpasses ulike løpetider og ratinger for å danne **normaliserte marginkurver**.
 - ◆ De markedsmessige transaksjonene som indeksene bygger på, kan avvike betydelig fra **punktestimatet**.
- Marginintervallet basert på analyseselskapene varierte mellom 54 og 77 basispunkter.

4) Sammenligningsgrunnlag – Selskapet

- ◆ Armlengdeprinsippet forutsetter sammenligning med konkrete transaksjoner.
- ◆ Oversikt 9 lån, justert for kredittverdighet (til AA+)
 - ◆ Margin mellom 7 og 46,5 basispunkter
- ◆ Lagmannsrettens vurdering
 - ◆ «Det datagrunnlaget som er presentert for lagmannsretten, viser at det er **store variasjoner i prising til tross for lik kredittverdighet og løpetid**, og det er avvik i begge retninger fra kurven. Det foreligger ikke annen kunnskap om lånene enn løpetid, rating og bransje. **Bransjetilhørighet** peker imidlertid ikke entydig i én retning. Etter lagmannsrettens syn er det for eksempel ikke sannsynliggjort at virksomheter i petroleumssektoren generelt oppnådde lavere marginer enn andre virksomheter i andre bransjer. **Situasjonen er derfor etter lagmannsrettens syn at det ikke er holdepunkter for å sammenligne EPNIs utlån til EMDHI med én bestemt transaksjon framfor en annen.** Spesielt kan ikke lagmannsretten se **at det er holdepunkter for å basere sammenligningen på en eller flere vilkårlige transaksjoner blant et relativt lite utvalg med de lavest påviste marginen**» (uthevet her)

4) Sammenligningsgrunnlag

◆ OECD-retningslinjene (1995) punkt 1.45 om bruk av **armlengdeintervall**:

◆ I noen tilfeller vil det være mulig å anvende armlengdeprinsippet for å komme frem til ett enkelt tall (f.eks. pris eller margin) som er det mest pålitelige for å fastslå hvorvidt betingelsene ved en transaksjon er i henhold til armlengdeprinsippet. Internprising er imidlertid ingen eksakt vitenskap, og det vil være mange tilfeller der den eller de mest hensiktsmessige metode(r) **vil gi et intervall av tall som alle er bortimot like pålitelige**. (uthevet her)

◆ Lagmannsretten vurderte sammenligningsgrunnlagene ut fra pålitelighetskriteriet:

◆ «Når det gjelder punktestimatene fra indeksleverandørene, må de alle bedømmes som like pålitelige uttrykk for forventet nivå på marginer i markedet.»

4) Sammenligningsgrunnlag

- ◆ EPNI's vurdering av punktestimatene **fra indeksleverandørene** basert på **standardavvik**:
 - ◆ EPNIs sakkyndige vitne, finansiell rådgiver Halvor Hoddevik, beregnet på grunnlag av data fra Barclays et standardavvik på **22 basispunkter**.
 - ◆ EPNI presenterte oversikter som viste at **den avtalte marginen vil ligge innenfor to standardavvik for alle indeksleverandørene og for noen av dem også innenfor ett standardavvik**.
- ◆ Standardavviket gir verdienes gjennomsnittlige avstand fra gjennomsnittet
 - ◆ Definert som kvadratroten av variansen
 - ◆ I en normalfordeling vil ca. 68% av datasettet være under ett standardavvik fra gjennomsnittet. 95 % innenfor to standardavvik.

4) Sammenligningsgrunnlag

- ◆ Lagmannsretten siterte fra erklæringen til statens sakkyndige vitne førsteamanuensis Espen Henriksen:
 - ◆ «Ved nær ethvert lån vil det kunne finnes **særegne forhold som ikke fanges opp av løpetid og kredittrating, men som allikevel prises av markedet.** Kurven som viser sammenhengen mellom margin og kredittrating (og dermed punktestimatet for marginen for en gitt kredittrating) er estimert for å representere det systematiske forholdet mellom løpetid og kreditt-rating og rente-margin. Når enkelte utstedelser ikke faller rett på kurven, kan dette skyldes særegne forhold utover kredittrating og løpetid Med mindre tilsvarende særegne forhold ved det angjeldende Lånet både kan dokumenteres og kan prises, så vil punktestimatet være den eneste armlengdes, markedsmessige marginen.» (uthevet her)
- Lagmannsretten er enig i Henriksens vurderinger på dette punktet.

4) Sammenligningsgrunnlag

- ◆ Lagmannsretten om selskapets metode for etablering av armlengdeintervall:
 - ◆ En slik tilnærming i denne saken vil innebære at det etableres et bredt armlengdeintervall, spesielt ved to standardavvik, hvor intervallet vil omfatte så å si alle observasjoner. **I praksis vil konsekvensen av en slik metode være som ved en sammenligning med påviste enkeltransaksjoner med lav margin**, og de samme innvendingene gjør seg langt på vei gjeldende. Ved en slik metode blir den kontrollerte transaksjonens markedsmessighet bestemt ved en sammenligning **med observerte marginer i nederste sjikt** uten at det er påvist holdepunkter for at disse gir et bedre sammenligningsgrunnlag enn andre observasjoner i intervallet. **Etter lagmannsrettens syn gir derfor ikke data for enkeltransaksjoner «et intervall av tall som alle er bortimot like pålitelige» for å fastslå om marginen på utlånet er markedsmessig.**
 - ◆ Det tilføyes at Exxon-konsernet selv fastsetter marginer på interne lån ved samme tilnærming, men benytter bare markedsdata fra Bloomberg.
- Intervall mellom 54 og 77 basispunkter.

5) Revisjonsklausulen (step up)

- ◆ Hovedinnhold
 - ◆ Inntil en gang i året kan långiver,
 - ◆ etter egen vurdering, dersom han
 - ◆ mener at låntakers kredittverdighet har øket eller minket med 2 klasser («grades») eller mer (dvs. minst 6 hakk («notch»)), (f.eks. fra AAA til A)
 - ◆ ta dette i betraktning og endre marginen.
 - ◆ Låntaker kan terminere låneavtalen dersom han ikke er enig.
- ◆ Altså en form for opsjon.
 - ◆ Verdien av opsjonen antas da å skulle gi lavere margin ved låneopptaket.
 - ◆ Spørsmålet for retten var derfor, etter å ha konstatert at den avtalte marginen lå under armlengdeintervallet,
 - ◆ **Om verdien av klausulen likevel gjorde den avtalte marginen markedsmessig**

5) Revisjonsklausulen (step up)

- ◆ For lagmannsretten var verdivurderinger knyttet til revisjonsklausulen et sentralt tema
 - ◆ **Fire** sakkyndige,
 - ◆ Tre hadde utarbeidet **sakkyndige erklæringer**
 - ◆ Verdivurderingen (på overordnet plan) en funksjon av to faktorer:
 - ◆ marginøkning gitt av vilkåret oppfylles og sannsynlighet for at vilkåret oppfylles.
 - Statens sakkyndige Henriksen og professor Svein-Arne Persson (NHH)
 - ◆ **Ca. 6,8 basispunkter**
 - EPNI's sakkyndige Hoddevik
 - **49 basispunkter**
 - Professor David Lando ved Copenhagen Business School (sakkyndig vitne) ga i sin forklaring i det vesentligste sin tilslutning til Hoddeviks metodiske tilnærming.

- 5) Revisjonsklausulen (step up) – Lagmannsretten om de sakkyndiges vurderinger (et knippe sitater):
- ◆ «De store forskjellene i resultater er i det vesentligste uforklarte for lagmannsretten.»
 - ◆ «Slik bevisførselen har vært lagt opp for lagmannsretten, er det nærmest umulig for lagmannsretten å ta stilling til forskjellene i de sakkyndiges metoder og resultater.»
 - ◆ «Henriksens metode har den fordelen at den gir en enkel og transparent prising»
 - ◆ «Hoddeviks – og Perssons – beregninger er ugjennomsiktige, og Hoddeviks resultater framstår intuitivt som lite rimelige»
 - ◆ «Hvordan slike justeringsklausuler faktisk prises i markedet er i svært beskjeden grad belyst for lagmannsretten»
 - ◆ «Lagmannsretten vil videre peke på at de teoretiske beregningene alle har den svakhet som grunnlag for en konkret verdsettelse av klausulens verdi at de ignorerer sentrale momenter ved den inngåtte avtalen mellom partene.»
 - ◆ Lagmannsretten mente dessuten at Hoddeviks forutsetning vedrørende førtidig nedbetaling (pari kurs etter rentejustering) ikke var i henhold til avtalen

ExxonMobil Production Norway Inc. (Renter utlån)
Borgarting 22.01.2018 [16-160306ASD- BORG/03]
Isolert vurdering – øvrige problemstillinger [5]]

5) Revisjonsklausulen (step up) – **lagmannsrettens vurdering av avtalen**

- ◆ Viste til at
 - ◆ Klausulen ikke er knyttet til offisielle ratinger: långiver vurderer kredittverdighet
 - ◆ Og om klausulen skal gjøres gjeldende
 - ◆ Verdien beror utelukkende på fremtidige konserninterne beslutninger
 - ◆ I markedet utløses slike klausuler som følge av endringer i offisielle ratinger
- ◆ «Lagmannsretten viser også til at verken konsernets retningslinjer, omstendighetene rundt avtaleinngåelsen eller den etterfølgende utviklingen gir noen holdepunkter for partene har tillagt revisjonsklausulen verdi av betydning for marginfastsettelsen. Under ligningsbehandlingen fra 2010 til 2013 var revisjonsklausulen ikke tema. Først i brev av 25. juni 2013 til klagenemnda anførte EPNI at step up-klausulen påvirket rentemarginen på utlånet.»
- ◆ «Det er uklart hvordan tilsvarende klausuler generelt prises i markedet, og konkrete omstendigheter rundt avtaleforholdet taler for at klausulen mellom partene har ingen eller svært liten verdi. Lagmannsretten har på denne bakgrunn kommet til at det ikke er sannsynliggjort at step-up-klausulen har annet enn en eventuelt helt begrenset verdi. Den får derfor ingen praktisk betydning for hva som er markedsmessig margin på utlånet.»

5) Revisjonsklausulen (step up) – **lagmannsrettens om betydningen av at denne type avtalevilkår mellom nærstående**

«Lagmannsretten vil tilføye at reelle hensyn gjør det **prinsipielt betenkelig** å tillegge denne type klausuler virkning ved vurderingen av hva som er markedsmessige lånevilkår mellom nærstående selskaper. Som nevnt ovenfor dreier det seg om **en klausul som ikke er knyttet opp mot noen offisiell rating, eller utløses ved noen annen objektivt konstaterbar hendelse**. Det er **långiver** som vurderer låntakers kredittverdighet, og långiver **som bestemmer om klausulen skal gjøres gjeldende**. Hvis en slik avtale mellom nærstående gis virkning for skattemyndighetenes markedsvurdering av lånerente, vil det potensielt gi konsernselskaper **svært stort spillerom for skattemessige disposisjoner**. I praksis vil det være umulig for skattemyndighetene å følge opp at slike klausuler faktisk blir påberopt.» (uthevet her)

Total E&P Norge AS – Oslo tingrett
18.04.2018 [17-105551TVI-OTIR/01]

Stedbunden beskatning

- ◆ Valhall Redevelopment (VRD): Nytt feltsenter med prosessanlegg og boligkvarter.
 - ◆ Forutsetning: feltet skulle elektrifiseres ved strømforsyning fra landnettet.
 - ◆ Dette skulle skje ved å legge en sjøkabel til feltsenteret via et *likeretteranlegg beliggende på Lista*. Videre krevet løsningen at det ble bygget et *vekselretteranlegg på plattformen*.
- ◆ Feltsenteret var opprinnelig planlagt å stå ferdig i 2010
 - ◆ men, som følge av forsinkelser ferdig i 2013.
 - ◆ Likeretteranlegget på land var ferdig og tilkoblet strømmnettet i 2009,
 - ◆ tilkobling og legging av *landdelen av strømkabelen foregikk i 2010*,
 - ◆ mens sokkeldelen av strømforsyningsanlegget, herunder legging av sjøkabelen og ferdigstillelse/tilkobling av vekselretteranlegget på plattformen skjedde i juni 2011.
 - ◆ Strømforsyningen fra land via det nye anlegget startet den 1. juli 2011.

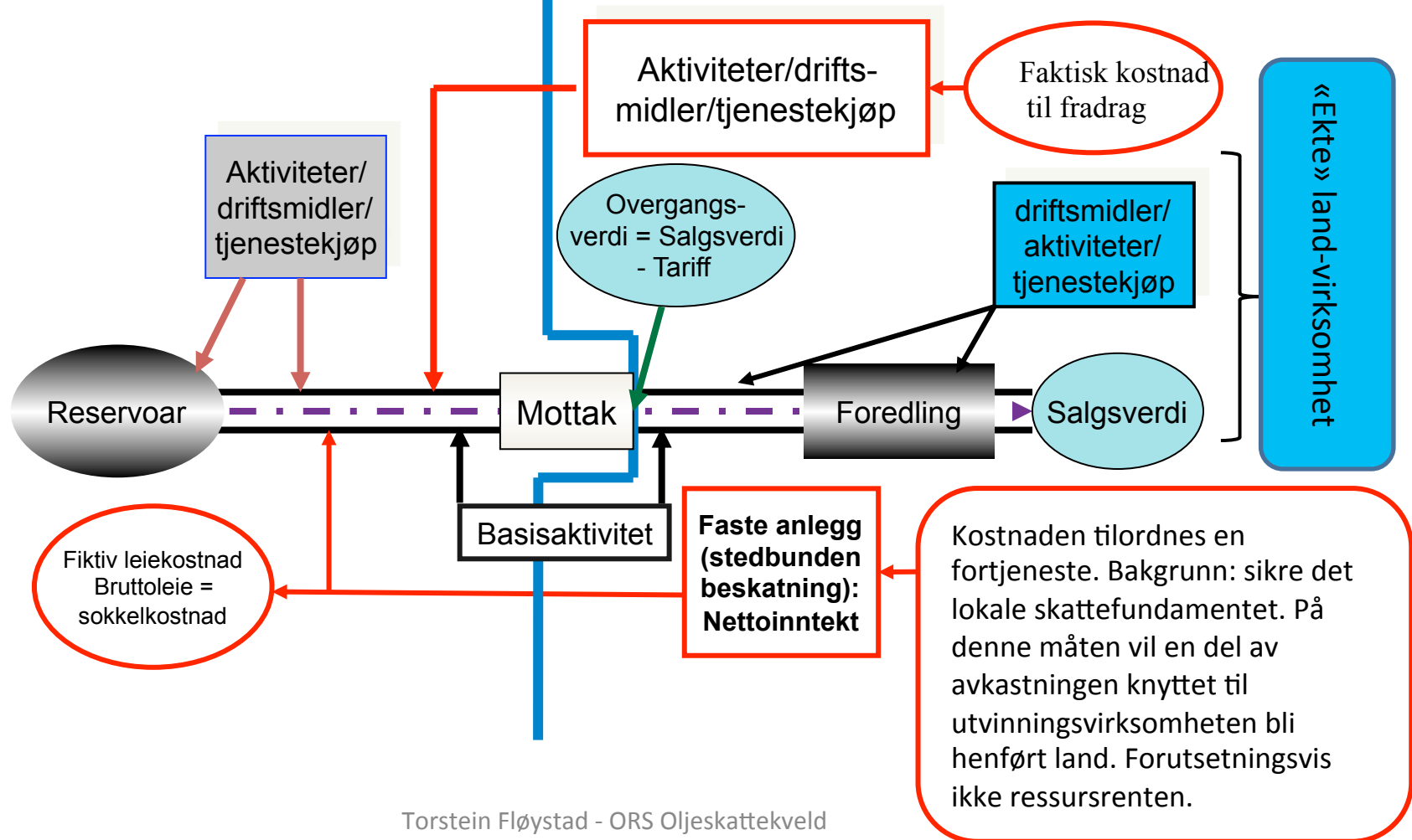
- ◆ Likeretteranlegget og den delen av strømkabelen som ligger på land skulle (bindende forhåndsuttalelse februar 2005) undergis stedbunden beskatning.
 - ◆ Dette innebærer at det ansettes en tenkt brutto leie for landanleggene som fradras i sokkel inntekten.
 - ◆ Samme beløp henføres til en tenkt utleievirksomhet hos samme selskap som en leieinntekt til beskatning på land. Til fradrag kommer kostnader som en utleier ville hatt ved utleie av landanleggene.
- ◆ I Klagenemndas praksis er beregningen av leieinntekt blitt forenklet ved at det kun beregnes en netto inntekt som fradras i sokkelinntekten og beskattes på land ("Standard II-modellen").

Aktivitet og investeringer på land vil både direkte og indirekte påvirke netto særskattepliktig inntekt.

Innsatsfaktorer på land mot særskatt: aktiviteten/ driftsmiddelet inngår som et ledd i å bringe petroleumen til den geografiske grense mot land

Sokkel

Land



- ◆ **Retten:** Sakens *hovedspørsmål* er om det skal beregnes stedbunden inntekt/ egenleie for en likeretterstasjon på Lista fra det året den sto ferdig i 2009, ut fra en armlengdes vurdering av hvilket **starttidspunkt**
 - ◆ [1]uavhengige parter ville ha avtalt i en leieavtale, eller
 - ◆ [2]om det først skal beregnes stedbunden leie fra 2011, da likeretterstasjonen ble koblet opp mot Vallhall-feltet og tatt i bruk i utvinningsvirksomheten.
 - ◆ Klagenemnda delt.
 - ◆ Klagenemndas flertall (4 av 3) kom til at selskapet ikke kunne beregne stedbunden leie før likeretterstasjonen var tatt i bruk i sokkelvirksomheten, og anså ikke spørsmålet om hva uavhengige parter ville ha avtalt i en leieavtale etter Standard II-modellen relevant for spørsmålet om når leieberegningen starter.
- ◆ Selskapet hevdet subsidiært at avskrivningene av landanlegget skal gi fradrag i særskattepliktig inntekt fra og med 2009.

- ◆ Retten har funnet avgjørelsen vanskelig, men er kommet til at Total må gis medhold.
- ◆ «Spørsmålet .. er om vurderingen av hva uavhengige parter ville avtalt ikke bare skal forstås å gjelde leiens størrelse, men også spørsmålet om når begynner å løpe, eller om ligningspraksis må forstås slik at det ikke kan beregnes egenleie før anlegget tas i bruk.»
- ◆ «Som nevnt i Borgarting lagmannsretts dom 24. november 2004, er beskatning ved beregning av egenleie spesielt for petroleumsbeskatning. Når modellen for å beregne egenleie er utviklet og forankret i ligningspraksis, må retten også ta utgangspunkt i ligningspraksis ved vurderingen av hvordan vilkårene for å beregne egenleien skal forstås.»
- ◆ «Ettersom den ligningspraksis som partene har vist til ikke direkte gjelder spørsmålet vi står overfor i vår sak, finner retten det hensiktsmessig å først se på se på hvilke hensyn som ligger bak ordningen.»

- ◆ Gjennomgår diverse lignings- og rettspraksis og konkluderer
 - ◆ «.. legger retten til grunn at det er hensynet til eiendomskommunens næringsinntekter, og hensynet til skattemessig likebehandling av selskaper som eier sine anlegg på land og selskaper som leier sine anlegg, som opprinnelig ligger bak ordningen.»
- ◆ og videre:
 - ◆ «Ved lovendring i 1999 ble bestemt at aksjeselskaper betaler skatt til staten og ikke lenger skatt til kommunen. Praksisen med å beregne stedbunden leie ble imidlertid videreført på bakgrunn av at Borgarting lagmannsrett i dom 24. november 2004 [LB-2003-7900] kom til at lovendringen ikke kunne ha betydning for adgangen til å fradragsføre stedbunden leie i sokkelinntekten, når den bygget på fast ligningspraksis i over 20 år og skatteskjerpelsen endringen ville medføre for sokkelselskaper ikke var en tilsiktet virkning av lovendringen.»
 - ◆ **«.. må det derfor legges til grunn at det er hensynet til å sikre likebehandling av selskaper som eier sine anlegg på land, og selskaper som velger å leie sine anlegg, som i dag er det primære hensynet bak å godta fradrag for egenleie i sokkelinntekten.» (uthevet her)**

◆ Konklusjon:

- ◆ «Dersom man i leietilfellene godtar en overføring fra det tidspunkt da leien begynner å løpe, mens man i eietilfellene oppstiller et eget tilleggsvilkår om at anlegget må være tatt i bruk før det skal kunne beregnes en teoretisk egenleie, blir det en skattemessig forskjell mellom eie- og leietilfellene som, etter rettsens syn, ikke er forenlig med formålet bak ordningen.»
- ◆ «Retten er etter dette komme til at ligningen av Total for 2009 må oppheves.
- ◆ «Ved ny vurdering må klagenemnda for spørsmålet om når egenleien begynner å løpe ta utgangspunkt i det leietidspunkt uavhengige parter må antas å ville ha avtalt i en leieavtale.»

- ◆ Det er neppe grunnlag for å hevde at formålet med ordningen (praksis) har vært å likestille eie med leie.
 - ◆ Skattevirkningen ved at man velger å legge en eiendel inn i et separat selskap for så å leie det ut til bruk i eget selskap er en annen enn om man eier og bruker eiendelen i eget selskap.
 - ◆ Kommunalt skattegrunnlag var eneste hensyn bak stedbunden beskatning (lovgivningen)
 - ◆ Grunnen til at praksis ble videreført var (utelukkende, jf. sitat ovenfor) at «den bygget på fast ligningspraksis i over 20 år og skatteskjerpelsen endringen ville medføre for sokkelselskaper ikke var en tilsiktet virkning av lovendringen»

Klagebehandlingen 2018

Tre vedtak av Klagenemnda

Klagenemndas medlemmer

- Advokat Jens I. Kobro (leder)
- Advokat (H) Solveig I. Lindemark (nestleder)
- Advokat (H) Helge Aarseth
- Professor dr. oecon Annette Alstadsæter
- Advokat Anne Cathrine Ellingsen Berg
- Siviløkonom Einar Hille
- Professor dr. oecon Snorre Lindset

Tre vedtak av Klagenemnda annet halvår 2018

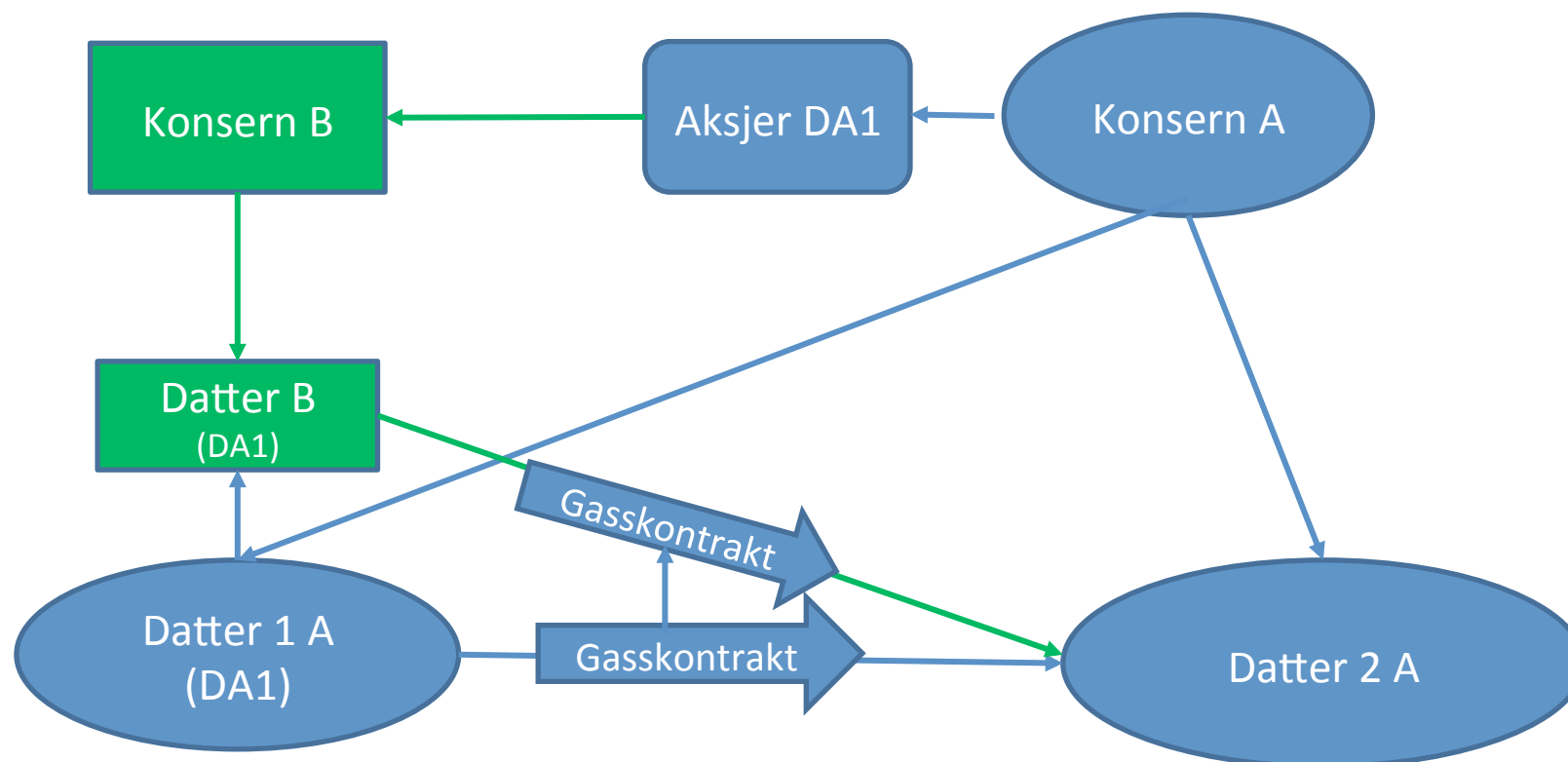
- 1) Salg av norsk utvinningssselskap med medfølgende ikke markedsmessig gasskontrakt
- 2) Rentefradrag og tynn kapitalisering. Eiers betydning for muligheten for opptak av letelån.
- 3) Spørsmål om utbetaling av skatteverdien av fremtidig friinntekt ved opphør av særskattepliktig virksomhet

Salg av norsk utvinningselskap med
medfølgende ikke markedsmessig gasskontrakt

Salg av norsk utvinningsselskap med medfølgende ikke markedsmessig gasskontrakt

- ♦ Utgangspunktet: En gasskontrakt mellom beslektede selskap (interessefellesskap) var for tidligere inntektsår – av Klagenemnda – funnet **ikke å være markedsmessig priset.**
- ♦ Aksjene i det norske utvinningsselskapet ble **solgt** til et konsern **uten tilknytning** (eierskap) til **kjøper iht. gasskontrakten**
- ♦ Gasskontrakten (samme prisingsmetode) ble **videreført** en periode etter tidspunktet for aksjeoverdragelsen
- ♦ Selskapet – som nå hadde fått ny eier – mente at siden **interessefellesskapet** mellom kjøper og selger nå var **brutt** var
 - **prisen** derfor **markedsmessig** fastsatt

Salg av norsk utvinningsselskap med medfølgende ikke markedsmessig gasskontrakt



Salg av norsk utvinningsselskap med medfølgende ikke markedsmessig gasskontrakt
Fra Statpipe, Rt. 2003 side 1324

♦ **Statpipesaken:**

- ♦ Hovedspørsmålet i Statpipe-saken knyttet seg til hvordan man skulle beregne armlengdeverdien (prisen) av rikgassen ved overgang mellom sokkel og land.
 - ♦ Høyesterett mente at dette best kunne gjøres ved en «net back»-beregning ved å bruke tariffen fra sokkelgrensen til faktisk salg.
 - ♦ **Prinsipielle uttalelser i saken vedrørende eieroverdragelser med medfølgende ikke armlengdemessig pris (her tariff) har imidlertid betydning for tilfellet Klagenemnda vurderte.**
- ♦ (102) Conocos situasjon skiller seg fra fremmedskipernes ved at selskapet er en av interessentene i Statpipe, og i denne egenskap driver selskapet virksomhet i sone 3. Spørsmålet er **om det forhold at tariffen ved ligningen settes til side som ikke armlengdemessig i forhold til de opprinnelige interessenter, skal ha samme virkning i forhold til Conoco, som er en senere erverver av andeler i interessentskapet.** (uthevet her)

Aktiviteter og investeringer på land vil både direkte og indirekte påvirke netto særskattepliktig inntekt.

Innsatsfaktorer på land mot særskatt: aktiviteten/ driftsmiddelet inngår som et ledd i å bringe petroleumen til den geografiske grense mot land

Sokkel

Land

Aktiviteter/driftsmidler/tjenestekjøp (faktisk kostnad)
Faste anlegg (stedbunden beskatning)

Aktiviteter/
driftsmidler/
tjenestekjøp

Basisaktivitet

driftsmidler/
aktiviteter/
tjenestekjøp

Reservoar

Mottak

Foredling

Salgsverdi

«Ekte» land-virksomhet

Overgangsverdi =
Salgsverdi – tariff land

Tariff = antatt verdiskapning land

Siden tariffen knytter seg til transport/ foredling innenfor egen eierandel er virkningen her en nettoinntektsfordeling sokkel/land (mulighet for ressursrente til land)

Salg av norsk utvinningsselskap med medfølgende ikke markedsmessig gasskontrakt
Fra Statpipe, Rt. 2003 side 1324

- ♦ (103) Etter mitt syn vil situasjonen kunne ligge slik an at den som erverver – trer inn i – **en kontrakt som ikke er inngått på armlengdes vilkår, vil måtte identifiseres med overdrageren i forhold til bestemmelsen i skatteloven § 54.** Sentralt i vurderingen vil være **om det vederlaget som erververen har betalt, er påvirket av at kontrakten opprinnelig ikke er inngått på armlengdes vilkår.** I den foreliggende sak atskiller Conocos stilling seg klart fra de øvrige interessenters. Conoco var ikke deltaker ved opprettelsen av Statpipe i 1981, og var følgelig heller ikke part i den avtalen som deltakerne da gjorde med Statpipe. Før ervervet av andeler i Statpipe – flere år etter at anlegget ble tatt i bruk – var Conoco fremmedskiper. ***Ved ervervet av eierandelene betalte Conoco et fremforhandlet vederlag som etter det opplyste svarte til markedspris, og som innebar en betydelig merpris sammenliknet med de investeringer som ble gjort av de opprinnelige deltakere. (uthevet her)***

Salg av norsk utvinningsselskap med medfølgende ikke markedsmessig gasskontrakt
Fra Statpipe, Rt. 2003 side 1324

- ◆ (104) Dette betyr at den **ekstraordinært høye avkastning** av investeringene i Statpipe-anlegget som tariffen for sone 3 innebærer, og som er grunnlaget for at tariffen tilsidesettes som grunnlag for beskatningen av de øvrige interessenter, har Conoco **betalt en fremforhandlet markedspris** for. **Tariffen medfører altså ikke noen slik ekstraordinær lønnsomhet for Conoco som for de opprinnelige interessenter.** Under disse omstendigheter vil det etter min mening samsvare dårlig med formålet bak skatteloven § 54 om Conocos overgang fra fremmedskiper til egskipper skulle medføre en skatterettslig likestilling med de opprinnelige deltakere, noe som ville innebære **en betydelig skjerpet beskatning av selskapets inntekter ved salg av våtgassprodukter.** *Det hører i første omgang under ligningsmyndighetene å vurdere om Conoco ved ervervet av andelene i interessentskapet har oppnådd en fordel på grunn av den kontrakten som var inngått mellom de opprinnelige deltakere. Men dersom det legges til grunn at overdragelsen skjedde til en fremforhandlet markedspris, kan jeg vanskelig se at det kan foreligge en slik fordel. (uthevet her)*

Salg av norsk utvinningsselskap med medfølgende ikke markedsmessig gasskontrakt
Klagenemnda om betydningen av Statpipe-dommen

- ◆ Dersom en uavhengig part overtar en kontrakt som er fremforhandlet mellom parter i interessefellesskap, vil Statpipe-dommen måtte forstås slik at erverver etter omstendighetene kan identifiseres med overdrageren ved vurderingen av om det foreligger interessefellesskap etter sktl. § 13-1. For at det skal være grunnlag for skjønn i samsvar med någjeldende sktl. § 13-1, vil imidlertid inntekten måtte være redusert som følge av interessefellesskapet. Det var kun ved vurderingen av spørsmålet om inntektsreduksjon Høyesterett la avgjørende vekt på hvorvidt vederlaget ved overdragelsen var påvirket av at kontrakten opprinnelig ikke ble inngått på armlengdes vilkår.
- ◆ Høyesterett la til grunn at Conoco hadde trådt inn i en kontrakt som ikke var på armlengdes vilkår, men at dette var reflektert i vederlaget Conoco betalte for andelene i Statpipe. Samlet sett forelå det da ingen inntektsreduksjon for Conoco. ***Dette skiller seg fra [selskapets] situasjon i foreliggende sak.***

Salg av norsk utvinningsselskap med medfølgende ikke markedsmessig gasskontrakt
Klagenemndas konklusjon

- ♦ [Selskap]selger gass under [gasskontrakten] både før og etter aksjeoverdragelsen. Selve aksjeoverdragelsen er en transaksjon mellom [selskapets] tidligere og nåværende [konsernselskap]. Vederlaget ved aksjeoverdragelsen har ingen inntektsvirkning for [selskapet]. Hvorvidt prisingen av [gasskontrakten] har påvirket vederlaget ved aksjeoverdragelsen, *har følgelig ingen betydning i forhold til spørsmålet om det foreligger en inntektsreduksjon på [selskapets] hånd. Dersom [gasskontrakten] resulterte i en inntektsreduksjon for [selskapet] før aksjeoverdragelsen, vil den også gjøre dette etter aksjeoverdragelsen. Det vil da også etter aksjeoverdragelsen være grunnlag for skjønn i samsvar med sktl. § 13-1.*

Rentefradrag og tynn kapitalisering. Eiers betydning for muligheten for opptak av letelån.

Tynn kapitalisering og rentemargin. Betydningen av (manglende) mulighet for opptak av letelån.

Innledning: Generelt om tynn kapitalisering for særskattepliktige Forholdet til petrsktl. § 3d

- ◆ Utgangspunktet:
 - ◆ **Rentebegrensningsregelen** (sktl. § 6-41) gjelder ikke «for selskap som er omfattet av petroleumsskatteloven § 3d.» (§ 6-41, 9. ledd)
 - ◆ **Petrsktl. § 3d** anses **uttømmende** å regulere egenkapitalkravet knyttet til netto finanskostnad (slik dette er definert i bestemmelsen) tilordnet særskattepliktig inntekt (**begge grunnlag**).
 - ◆ Andel **tilordnet land** (alminnelig inntekt) kan derimot bli gjenstand for korreksjon basert på om selskapet anses tynt kapitalisert iht. armlengdeprinsippet.
 - ◆ Petroleumsskattemyndighetene har fastsettingsmyndigheten for finansposter – også de som tilordnes alminnelig inntekt land.
 - ◆ Prop. 1 LS (2018-2019): **Uttalt 2014**: «ikke er grunn til at petroleumsselskapene skal unntas fra en rentefradragsbegrensning i alminnelig inntekt»
 - ◆ «Petroleumsselskapene ble .. ikke omfattet av skatteloven § 6-41, men departementet uttalte at en ville komme tilbake med forslag til en regel om begrensning av rentefradraget i petroleumsselskapenes alminnelige inntekt. Petroleumsselskapene foreslås ikke omfattet av forslaget om rentebegrensningsregler i høringsnotatet her. **Rentebegrensningsregler i alminnelig inntekt for disse selskapene er under vurdering.**
- ◆ Tynn kapitalisering er altså fortsatt en aktuell problemstilling innenfor petroleumsskattesystemet
 - ◆ Vedtak knyttet til tynn kapitalisering *land* har i noen tilfeller medført fradragsnekt for betydelige beløp.

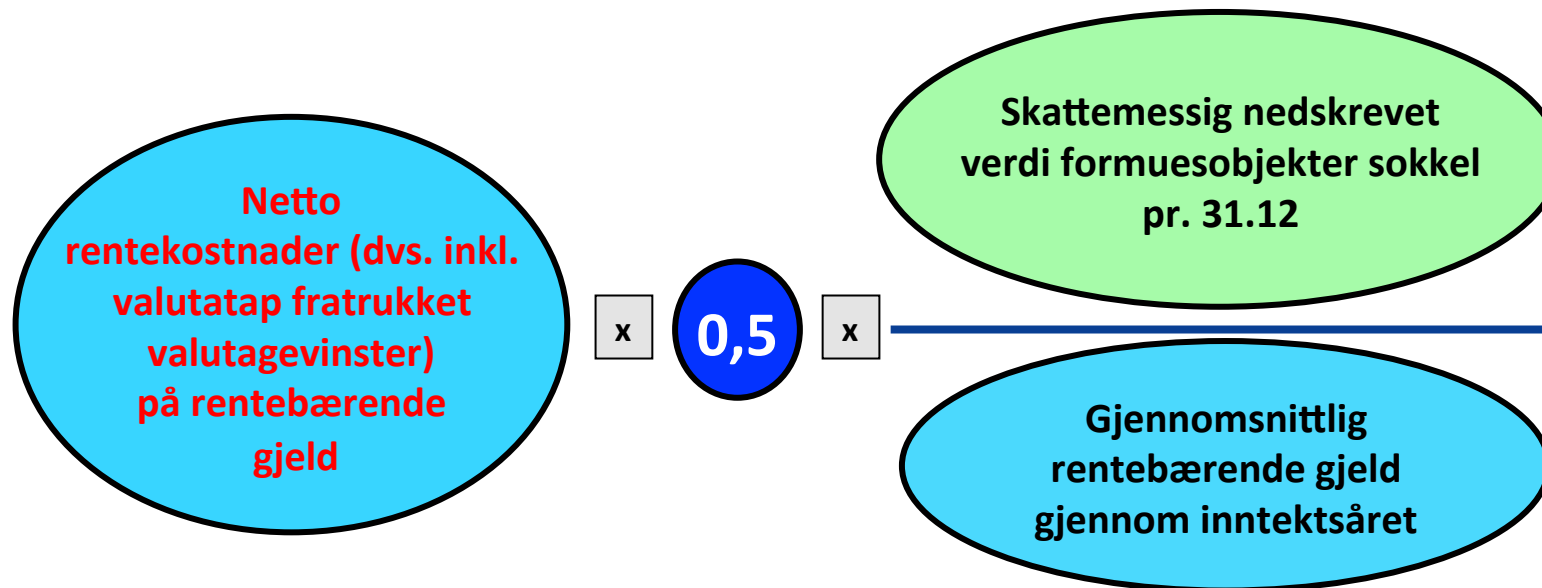
Tynn kapitalisering og rentemargin. Betydningen av (manglende) mulighet for opptak av letelån.

Innledning: Generelt om tynn kapitalisering for særskattepliktige Forholdet til petrsktl. § 3d

- ◆ Innført 2007. Hovedprinsipp:
 1. Utelukkende renter/valutaposter knyttet til rentebærende gjeld kan tilordnes sokkeldistriktet
 2. Alle andre finansposter henføres land
 3. Tilordning sokkel:
 1. Skattemessige sokkelverdier fordelingsgrunnlag
 2. Er slik utformet at (tenkt) maksimal rentebærende opplåning utgjør 50% - altså **at summen av egenkapital og ikke rentebærende gjeld må utgjøre minst 50%**
- ◆ Tilpasningsmuligheter langt på vei borte.
- ◆ Virker **nøytralt**:
 - ◆ Det er ikke mulig å øke *andel* renter mv **til sokkel** ved å "blåse opp" gjelden (reduere EK)
 - ◆ andel øker bare om $0,5 \times \text{sokkeleiendeler/gjeld} > 1$

Beregningsformelen for direkte tilordning av rentekostnader til sokkel

§ 3 d annet ledd



Tynn kapitalisering og rentemargin. Betydningen av
(manglende) mulighet for opptak av letelån.

«**Kunne- og ville-testen**»

- ❑ Markedsmessig egenkapital krever (normalt og i utgangspunktet) to hovedvurderinger:

1) «Kunne-testen»

Lånekapasitet (hva kunne selskapet, vurdert som uavhengig, låne i markedet); ofte en todelt vurdering:

- ❑ Leterefusjon (Lånekapasitet)
- ❑ Reserver (omtales ikke her: kontoret anvender imidlertid normalt bankenes beregningsmetoder ved fastsetting av slik lånekapasitet)

➤ *Begge vurderingene bygger altså på bransjespesifikke kriterier*

2) «Ville-testen»

Hva er en «forretningsmessig rimelig og naturlig kapitalstruktur», jf. Fornebodommen (optimal struktur)

- Ofte gjøres denne vurderingen i tilknytning til kapasitetsvurderingene (bygges inn ved hjelp av sikkerhetsmarginer)
- Lånekapasitet for letelån: bankenes egne sikkerhetsmarginer

Tynn kapitalisering og rentemargin. Betydningen av
(manglende) mulighet for opptak av letelån.

Lånekapasitet basert på leterefusjon

- ◆ Refusjonskravet vil ikke kunne belånes fullt ut.
 - ◆ For det første vil banker legge inn en sikkerhetsmargin siden det er usikkerhet mht. kostnadsklassifiseringen (letekostnad /annen kostnad).
 - ◆ For det andre skal refusjonskravet, i tillegg til å nedbetale lånesaldo også være tilstrekkelig til å kunne nedbetale rentekostnadene som påløper frem til refusjonen utbetales tre uker etter utlegg av fastsettingen i året etter leteåret.

Kontoret har lagt til grunn at banker bruker en oppstilling omtrent som denne:

Refusjonskravet fra året før x 95 % + Planlagte letekostnader x 70 %

- Rentekostnader i lånets løpetid, oftest en toårs syklus (01.01. i leteåret til tre uker etter utlegg av ligningen i året etter leteåret)

- Transaksjonskostnader tilknyttet låneopptaket

= Beløp som banken er villig til å låne ut med sikkerhet i refusjonskravet

Tynn kapitalisering og rentemargin. Betydningen av
(manglende) mulighet for opptak av letelån.

Klagesaken

- ◆ Saken gjaldt to inntektsår (år 1 og 2).
- ◆ Selskapet var finansiert med konserninterne lån (fra mor).
- ◆ Ved ligningen var rentefradraget for disse årene redusert med bakgrunn i at selskapets lånekapasitet var overskredet, og at renten på den delen av lånet som var innenfor lånekapasiteten var høyere enn hva renten på et tilsvarende lån fra uavhengig part ville vært.
- ◆ Selskapet hadde ikke reserver som ga grunnlag for beregning av lånekapasitet.
- ◆ Selskapets egenkapital var negativ ved utgangen av år -1. Dette vedvarte til utgangen av år 2. I desember år 2 ble egenkapitalen positiv ved konvertering av deler av lånet.
 - Nemnda la til grunn at selskapslån (lån basert på selskapet som sådan) eller reservebasert lån ville ha krevet egenkapitaltilførsel.

Tynn kapitalisering og rentemargin. Betydningen av
(manglende) mulighet for opptak av letelån.

Klagesaken

- Etter dette gjenstod lånekapasitetsvurdering basert på letelån.
 - Altså lån der selskapet selv tar opp lån (med pant i forventet leterefusjon)
- Selskapet hadde imidlertid opplyst at pga. ulike forhold knyttet til mor ikke ville ha hatt noen realistisk mulighet for opptak av letelån
 - Derfor lån fra mor
- Klagenemnda: Spørsmålet er om letelånsfinansiering og muligheten til pantsettelse, jf. skattebetalingsloven § 10-1, 3. ledd, skal hensyntas ved skattemessig omklassifisering fra gjeld til egenkapital.

Selv om selskapet ikke lyktes med å få letelån i markedet, var det et realistisk alternativ at [mor] selv ytet et letelån til selskapet med pant i leterefusjonen. Spørsmålet blir da hvordan årsaken til at markedet ikke ville gi selskapet letelån, .. , har betydning for skjønnsfastsettelsen.

Tynn kapitalisering og rentemargin. Betydningen av
(manglende) mulighet for opptak av letelån.

Klagesaken

- Nemnda viste til at OECDs retningslinjer for internprising punkt 1.33 (2010) som angir at alle økonomisk relevante karakteristika ved den kontrollerte transaksjonen skal tas hensyn til ved sammenligningen, og at
- (samme punkt) det bare er avhengigheten mellom partene det skal ses bort fra, mens andre omstendigheter ved den fastsatte transaksjonen forutsettes fastholdt.
- «Gulating lagmannsrett uttalte i Hess-dommen avsagt 26. mai 2017 at det etter rettens oppfatning har vært en utvikling i OECD-retningslinjene, i retning av at selskapsspesifikke økonomiske omstendigheter som har sammenheng med konserntilknytningen inngår i sammenligningen. Retten viste også til at det foreligger flere eksempler i norsk rettspraksis på at effekter av konserntilknytning har vært ansett relevant i armlengdevurderingen.»

Tynn kapitalisering og rentemargin. Betydningen av
(manglende) mulighet for opptak av letelån.

Klagesaken

- ◆ Et eksempel på at positive forhold på eiersiden inngår i sammenligningen er ved prisingen av lån, hvor konserntilknytning ofte innebærer en forhøyet kredittrating. Klagenemnda legger etter dette til grunn at det ved skjønnsfastsettelsen også må tas hensyn til negative forhold på eiersiden.
- ◆ Spørsmålet er etter dette om .. forholdene tilsier at også den konserninterne långiveren ville unnlatt å yte et letelån, avhengigheten mellom partene tenkt bort. I og med at långiver selv er en del av konsernet ..., finner Klagenemnda at långiver neppe tar noen ytterligere [risiko] ved utlån til andre konsernselskap, herunder selskapet. Nemnda legger derfor til grunn at .. forholdene [knyttet til mor] er uten betydning for den konserninterne långiveren. Selskapets lånekapasitet vil således kun begrenses av størrelsen på leterefusjonen som [mor] kunne ta pant i.
- Nemnda må kunne forstås slik at årsaken til at selskapet selv ikke hadde noen realistiske muligheter for å ta opp letelån ikke får betydning så lenge selskapet på «stand alone»-basis kunne tatt opp letelån.

Tynn kapitalisering og rentemargin. Betydningen av (manglende) mulighet for opptak av letelån.

Klagenemnda om armlengdes rentemargin

- ◆ «Ved vurderingen av armlengdes rente for den delen av lånet som det innrømmes fradrag for, vil det være relevant å se hen til lånebetingelser på letelån gitt til sammenlignbare selskaper, det vil si petroleumsselskaper på norsk sokkel med leteunderskudd. Det er et slikt lån som gir rammen for lånekapasiteten, og armlengdes rente vil dermed være rente på et lån med pant i leterefusjon.»
 - Den norske stat (trippel A-rating) garanterer for refusjonen (men banken må ta høyde for at kravet i større eller mindre grad kan være urettmessig)
- ◆ Ved ligningene ble selskapets rente skjønnsmessig fastsatt til gjennomsnittlig effektiv rente for eksterne letelån. Det følger imidlertid av armlengdeprinsippet, jf. OECDs retningslinjer punkt 1.33, at det ved en sammenligning må vurderes om de kostnadene som påløper mellom uavhengige parter i samme grad pådras mellom avhengige parter. Klagenemnda legger til grunn at transaksjonskostnader ved interne lån er i en helt annen størrelsesorden enn ved eksterne lån. I denne saken foreligger det ikke opplysninger knyttet til faktiske transaksjonskostnader. Nemnda finner det derfor riktig å se bort fra de gebyrer som påløper ved eksterne letelån ved sammenligningen.

Spørsmål om utbetaling av skatteverdien
av fremtidig friinntekt ved opphør av
særskattepliktig virksomhet

Spørsmål om utbetaling av skatteverdien av fremtidig friinntekt ved opphør av særskattepliktig virksomhet

- ◆ Selskapet opphørte sin virksomhet i begynnelsen av inntektsåret (heretter kalt år 1)
- ◆ Selskapet krevet utbetalt skatteverdien av **udekket underskudd og overskytende friinntekt** ved opphør,
 - ◆ Med henvisning til bestemmelsene i petroleumsskatteloven § 3 fjerde ledd og § 5 sjuende ledd.
- ◆ Kravet omfattet friinntekt beregnet frem til og med år 3 (år1 + ytterligere 2 år). Heretter kalt **fremtidig friinntekt**.
 - ◆ **Dvs. friinntekt beregnet på opphørsåret og etterfølgende år dersom selskapets særskattepliktige virksomhet ikke hadde opphørt i år 1.**

Spørsmål om utbetaling av skatteverdien av fremtidig friinntekt ved opphør av særskattepliktig virksomhet

Etter petrsctl. § 5 tredje ledd svares særskatt av netto inntekt beregnet etter samme paragrafs annet ledd, med korreksjon for et fradrag kalt friinntekt.

- Friinntekten fastsettes til en prosent av kostpris for driftsmiddel som nevnt i petrsctl. § 3 b. For 2018 er satsen 5,3% (reguleres relativt til særskattesatsen). For det aktuelle året var den høyere.
- Kostprisen for driftsmidlet medregnes ved beregning av friinntekt i fire år fra og med det året det er påbegynt avskrevet, jf. fjerde ledd.

Selskapet hadde aktivert kostpris for driftsmiddel som nevnt i petrsctl. § 3 b for inntektsårene -5 til -1 og har i påfølgende år etter investeringsåret fradragført friinntekt etter gjeldende sats.

- I den grad selskapet ved ligningsfastsettelsen ikke har hatt positiv inntekt å fradra friinntektsfradraget i, har fradraget blitt fremført til senere år.

Spørsmål om utbetaling av skatteverdien av fremtidig friinntekt ved opphør av særskattepliktig virksomhet

Bestemmelsen

- Ved opphør av den særskattepliktige virksomheten er det forutsatt at det skal foretas et oppgjør av *ikke benyttet friinntekt* i henhold til bestemmelsen i petrsktl. § 5 sjuende ledd:

Når det ved **opphør** av særskattepliktig virksomhet foreligger **overskytende friinntekt**, kan den skattepliktige kreve utbetalt skatteverdien av **slik friinntekt**. Skatteverdien fastsettes ved å multiplisere overskytende friinntekt med dagjeldende sats for særskatt på opphørstidspunktet. Beløpet fastsettes av skattemyndighetene for det året den særskattepliktige virksomheten opphører. (uthevet her)

Spørsmål om utbetaling av skatteverdien av fremtidig friinntekt ved opphør av særskattepliktig virksomhet

Oljeskattekontorets fastsetting av overskytende friinntekt

- ◆ Oljeskattekontoret hadde i sitt endringsvedtak lagt til grunn at begrepet "overskytende friinntekt" omfatter friinntekt som er godkjent til fradrag før 1. januar år 1 og har utbetalt skatteverdien av dette fradraget.
 - ◆ Friinntekt som ville blitt beregnet ved fastsettelsen for inntektsårene 1-3 dersom selskapet ikke hadde opphørt sin særskattepliktige virksomhet i år 1, har ikke blitt godkjent for utbetaling av skatteverdien.

Spørsmål om utbetaling av skatteverdien av fremtidig friinntekt ved opphør av særskattepliktig virksomhet

Klagenemnda

- ◆ Klagenemnda la til grunn at ordlyden i bestemmelsen i petrsktl. § 5 sjuende ledd **ikke uttrykkelig løser spørsmålet**.
 - ◆ «Slik regelen er formulert er det **naturlig** å forstå ordlyden slik at oppgjøret som skal foretas i opphørsåret, er ment å omfatte friinntekt som foreligger på opphørstidspunktet, dvs. tidligere godkjent og ubenyttet friinntekt som fremføres ved inngangen av opphørsåret.» (uthevet her)
- ◆ Klagenemnda fant støtte for dette synet i petrsktl. **§ 5 sjette ledd**
 - ◆ Her benyttes også begrepet «overskytende friinntekt»:
 - ◆ «Dersom friinntekt utgjør mer enn nettoinntekten, kan det overskytende føres til fradrag i senere år ved fastsetting av særskatt. Bestemmelsene i § 3 c annet ledd første og tredje punktum samt tredje ledd får tilsvarende anvendelse på **overskytende friinntekt** etter foregående punktum.» (uthevet her)
 - ◆ (Henvisningen til § 3c gjelder fremføring med renter)

Spørsmål om utbetaling av skatteverdien av fremtidig friinntekt ved opphør av
særskattepliktig virksomhet

Klagenemnda

Det er først når inntektsfastsettelsen er foretatt at man har konstatert at friinntekten utgjør mer enn nettoinntekten.

Vanlig tolkningslære tilsier at samme begrepsbruk bør medføre at begrepets innhold forstås likt.

Bestemmelsen i sjuende ledd presiserer at utbetalingen av skatteverdien gjelder "slik friinntekt".

Dette viser tilbake til "overskytende" friinntekt, og det er nærliggende å forstå presiseringen slik at refusjonsordningen ikke er ment å gjelde friinntekt som først ville ha blitt beregnet og kommet til fradrag for senere år.

Spørsmål om utbetaling av skatteverdien av fremtidig friinntekt ved opphør av
særskattepliktig virksomhet

Klagenemnda

- ◆ Viste til forarbeidene til ordningen med opphørsrefusjon (Ot.prp. nr. 1, 2004–2005, side 128-129).
- ◆ Departementet fremmet i samme proposisjon et forslag vedrørende adgangen etter petrsktl. § 3 f femte ledd og § 5 femte ledd siste setning til å utgiftsføre tap ved utrangering.
 - ◆ Departementet foreslår at skattyter kan føre tap ved utrangering, dvs. restverdi etter avskrivning av investering, til umiddelbar fradrag i utrangeringsåret. Ved umiddelbar utgiftsføring **vil skattyter ikke innrømmes rett til eventuell ytterligere friinntekt utover det som allerede er kommet til fradrag frem til utrangeringstidspunktet.** [...] (uthevet her)
- ◆ I § 5 femte ledds siste setning: "[F]riinntekt beregnes ikke av gjenværende kostpris som fradragsføres etter § 3 f femte ledd".
 - ◆ Her fremgår det klart av lovens ordlyd **at friinntekt ikke skal beregnes for ikke avskrevet del av kostpris som føres til fradrag i utrangeringsåret.**

Spørsmål om utbetaling av skatteverdien av fremtidig friinntekt ved opphør av særskattepliktig virksomhet

Selskapet (Klagenemndas gjengivelse)

- «Selskapets syn bygger på at man ved opphør og likvidasjon av særskattepliktig selskap **må foreta et fullstendig oppgjør av gjenværende skatteposisjoner**, og at dette må skje gjennom **utfylling** av petroleumsskattelovens bestemmelser med **alminnelig skatterett**. Friinntekt blir av selskapet sammenlignet med avskrivninger av kostpris. Det anføres at friinntektsposisjonen med fradrag over 4 år **etableres i investeringsåret**, og at dersom fradraget ikke gjennomføres fullt ut vil dette stride mot **overordnede hensyn** bak friinntektsbestemmelsene, eksempelvis at **selskapene skal ha sikkerhet for realverdien av investeringene.**»

Spørsmål om utbetaling av skatteverdien av fremtidig friinntekt ved opphør av særskattepliktig virksomhet

Klagenemnda

- ◆ Henvisningsregelen i petrsktl. forutsetter at en bestemt regel ikke følger av petroleumsskatteloven.
- ◆ Friinntekt er et særskilt fradrag i petroleumsskattesammenheng, som ikke kan sammenlignes med et avskrivningsfradrag for pådratte investeringskostnader. Friinntektsfradraget fremstår mer som et beregningsteknisk fradrag ved inntektsfastsettelsen, lik et slags "bunnfradrag". Selv om fradragsspørsmålet vurderes med utgangspunkt i alminnelig skatterett, vil ikke fremtidig friinntekt i seg selv gi grunnlag for fradrag. Friinntekten representerer ikke noen økonomisk realitet på samme måte som en oppofret kostnad eller et realisert formuestap.

Spørsmål om utbetaling av skatteverdien av fremtidig friinntekt ved opphør av særskattepliktig virksomhet

Klagenemnda

- ♦ «Av Prop. 1 LS (2016-17) pkt. 8.5.2 side 22 fremgår at formålet med friinntekten er å kompensere for verditapet ved at investeringer må avskrives over tid i særskatten. Formålet tilsier at friinntekt gis i inntil 4 år **så lenge investeringene i driftsmiddelet anvendes og avskrives i særskattepliktig virksomhet**. I dette tilfelle eksisterer ikke det aktuelle driftsmiddelet i en særskattepliktig virksomhet ved opphørsårets slutt. Når virksomheten opphører og restverdien fradragsføres i opphørsåret, representerer heller *ikke investeringene lenger noen kapitalbinding i en sokkelvirksomhet*. Dersom fremtidig friinntekt utbetales i tillegg til restverdien av avskrivninger og overskytende friinntekt, ville det ha funnet sted en **overkompensasjon** som **strider imot formålet** med friinntektsreglene om å kompensere for verditapet ved at investeringer må avskrives over tid i særskattepliktig inntekt. Det ville likeledes ha vært en overkompensasjon i forhold til kontinuitetsprinsippet ved overdragelser hvor ny eier viderefører friinntektsfradraget og avskrivninger til tidligere eier.»

Dommer 2018 anket

1. Norske Shell (FoU) - Oslo tingrett 23.03.2018
[17-095122TVI-OTIR/04]
2. Total E&P Norge AS – Oslo tingrett 30.07.2018
[15-097323TVI-OTIR/05]

Norske Shell (FoU) - Oslo tingrett 23.03.2018
[17-095122TVI-OTIR/04]

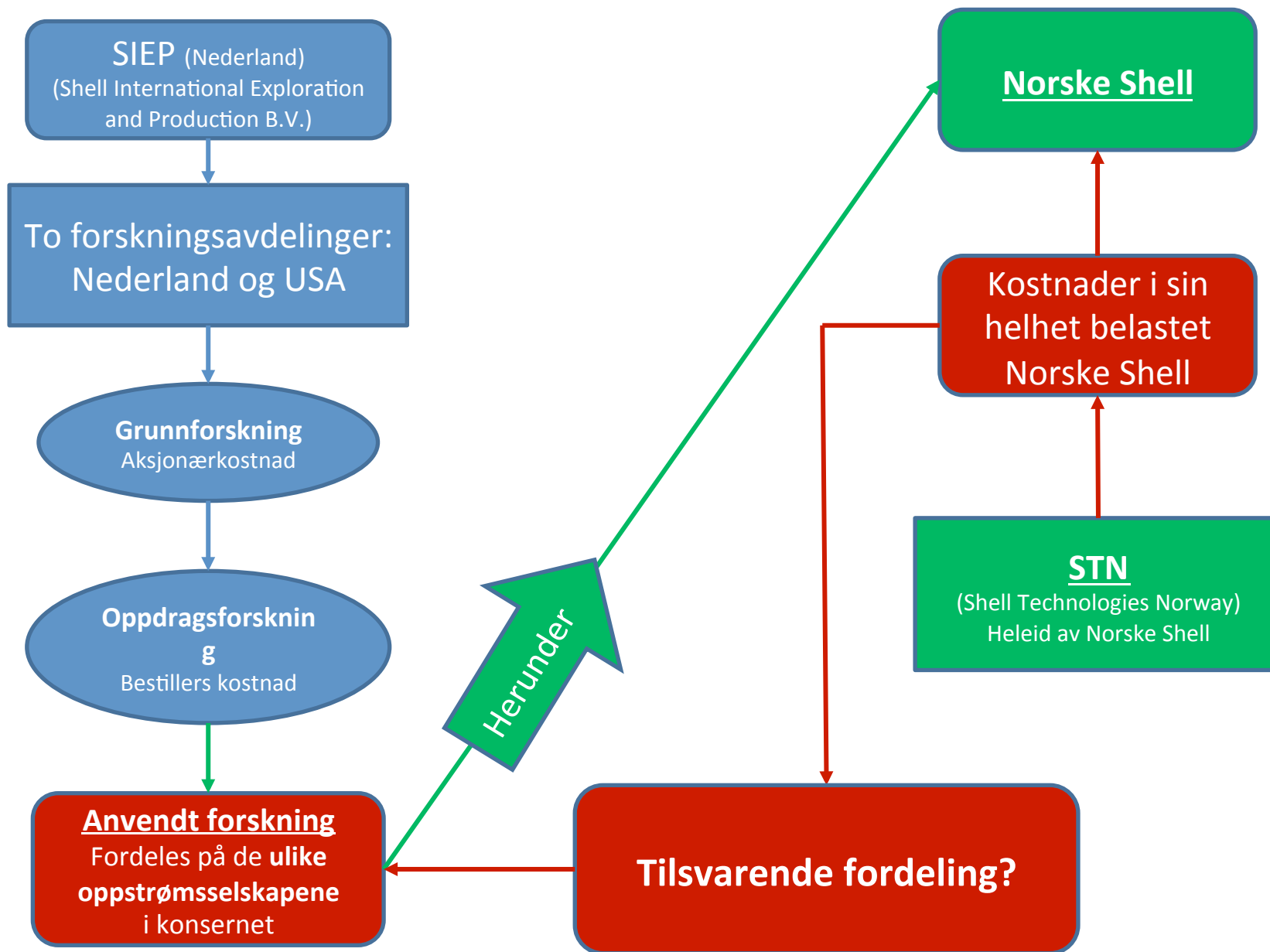
Spørsmål om forskningsaktivitet i
Norge også måtte belastes andre
konsernselskaper

- ◆ Konsernet har flere forskningsavdelinger, hvorav én i Norge.
- ◆ **Noen** av avdelingenes forskningskostnader belastes ut til de forskjellige oppstrømselskapene etter en **fordelingsnøkkel**.

Kostnader knyttet til forskningsaktivitetene i Norge ble imidlertid **utelukkende** belastet norsk utvinningsvirksomhet.

Problemstillinger:

- 1) Er forskningsaktiviteten i Norge kun til nytte for virksomheten på norsk sokkel. Eller skal kostnadene også belastes ut på andre Shell-selskaper (utenfor Norge)?
- 2) Brutto/netto fordeling av kostnadsbasen: Selskapet mente at en eventuell fravikelse måtte beregnes netto ved at kostnadsbasen ble redusert med de FoU-kostnadene som ble viderebelastet (Shell operatør) til selskapets lisenspartnere.



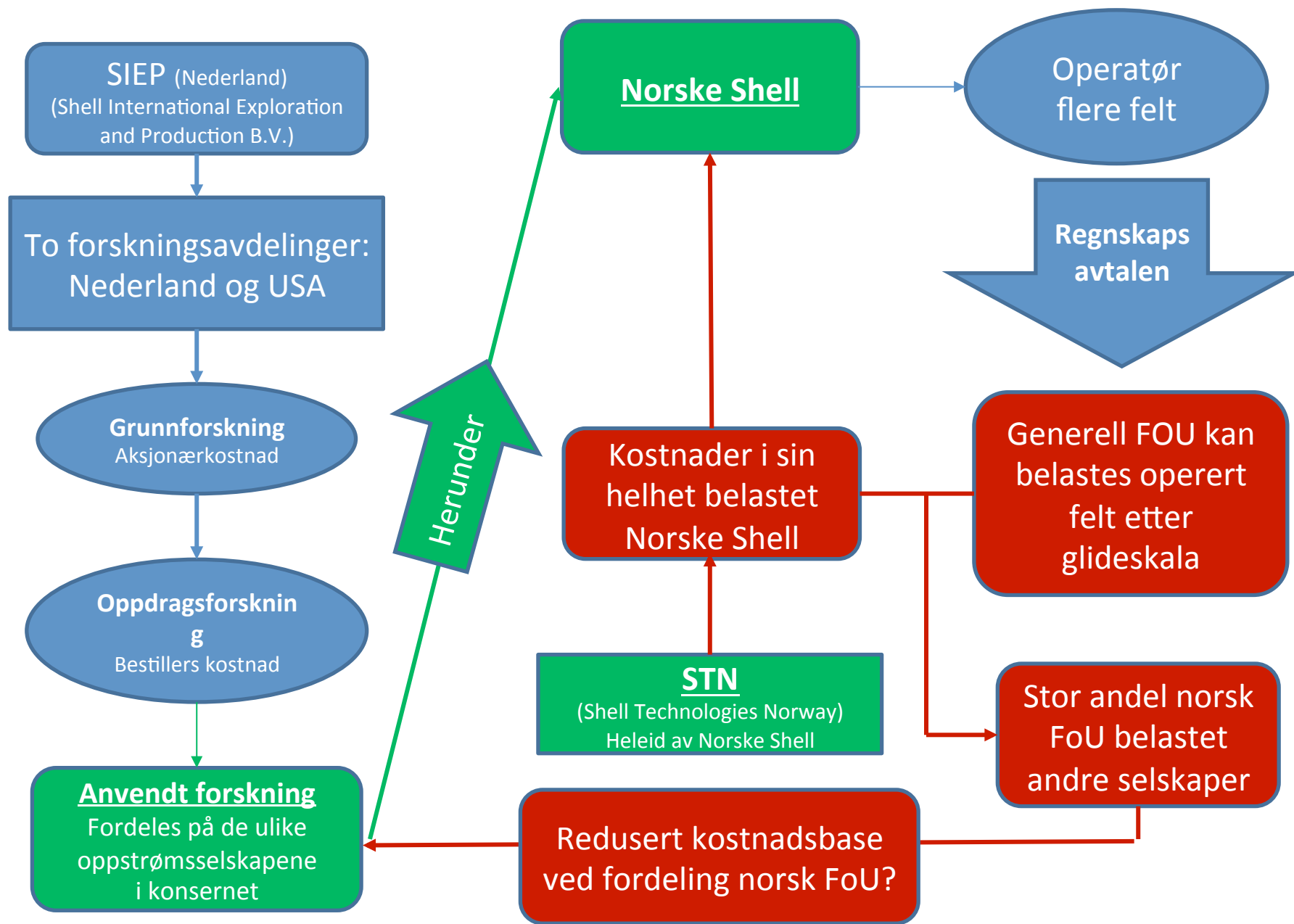
Hovedanførselen

(slik retten formulerte det)

- ◆ Selskapets hovedanførsel er at forskningsaktivitetene i Norge gjøres for å oppfylle myndighetenes politikk og ambisjoner innenfor ressursforvaltningen, og at de således ikke gir økonomiske fordeler for øvrige oppstrømsselskaper i konsernet.

Retten om hovedanførselen

- ♦ «I likhet med klagenemnda mener retten at det ikke er nødvendig å ta stilling til om – og i så fall på hvilken måte – petroleumsmyndighetene vektlegger norsk forskning og leverandørindustri ved konsesjonstildelingene.
- ♦ Selv om man skulle legge til grunn at søkerens bidrag til norsk sysselsetting er et viktig moment for myndighetene, **har retten vanskelig for å se at det er noe nødvendig motsetningsforhold mellom FoU som er egnet til å blidgjøre norske petroleumsmyndigheter og FoU som er nyttig for de aktører som på ulike måter bidrar inn i forskningen.** Snarer tvert imot, er det grunn til å anta at norske myndigheter vil være mest begeistret for forskning som bidrar med noe mer enn den umiddelbare sysselsettingen som FoU-aktiviteten i seg selv måtte stå for.
- ♦ Den eventuelle goodwill-effekten av forskningen er derfor ikke i seg selv noen indikasjon på at den ikke også vil kunne være nyttig for de petroleumsselskapene som deltar. **Et brudd på presumsjonen om at FoU-aktivitetene i Norge har nytte for hele Shell-konsernet, må følgelig forklares med andre forhold enn at aktivitetene gir goodwill hos myndighetene.»**



- ❑ Viste til kjennelsen: *«Klagenemnda er ikke enig i dette og viser til kjennelse av 26. mars 2012 for et annet selskap hvor bruttoprinsippet ble lagt til grunn. Utbelastningen fra morselskapet og selskapets viderebelastning til partnerne er **to separate transaksjoner**. Klagenemnda kan ikke se at det foreligger en sammenheng mellom disse transaksjonene som tilsier at disse likevel bør vurderes samlet sett opp mot sktl. § 13-1. Klagenemnda **kan på samme grunnlag heller ikke se at bruttoprinsippet medfører en dobbeltbeskatning**, slik selskapet også har anført. For øvrig må det kunne legges til grunn at lisenspartnerne har tatt fradrag i sokkelinntekten for de utbelastede kostnadene.»*
- «Etter rettens syn er klagenemndas tilnærming til problemstillingen riktig.»

- ❑ «Spørsmålet ved skjønnsfastsettelsen blir dermed hvordan Norske Shell ville benyttet denne retten dersom selskapet ikke hadde hatt interessefellesskap med resten av Shell-konsernet. Med dette utgangspunktet framstår det opplagt at selskapet **ikke ville «brukt opp» retten til viderebelastning etter regnskapsavtalen på kostnader som egentlig skulle vært tilordnet andre selskaper i konsernet.** Retten mener det er fullt mulig å komme til en slik konklusjon uten å samtidig underkjenne regnskapsavtalen og de viderebelastningene som er gjort mellom lisenspartnerne i medhold av denne. Det er ikke viderebelastningene som sådan oljeskattemyndighetene har bestridt, men norske Shells argument om at viderebelastningen skatterettslig også skal omfattet kostnader som egentlig burde vært fordelt innad i konsernet.»

Total E&P Norge AS – Oslo tingrett
30.07.2018 [15-097323TVI-OTIR/05]

Erstatning betalt til konsernselskap for forventet
manglende levering av LNG – spørsmål om fradragrett

Hva saken gjelder - hovedspørsmålet

- ◆ Utgangspunktet er en salgskontrakt (LNG Sale and Purchase Agreement, heretter kalt **SPA**), mellom
 - ◆ Total E&P Norge AS (**TEPN**), og
 - ◆ Total Gas & Power Limited (**TGPL**)
- ◆ om salg av LNG (flytende gass) fra Melkøya/Snøhvit
- ◆ TGPL er et britisk selskap som hovedsakelig driver med handel og markedsføring av naturgass.
 - ◆ Naturgass fra Snøhvit utgjør en mindre del av samlet salg
- ◆ På grunnlag av **tilleggsavtaler** (forliksavtaler) til SPA'en krevet TEPN for inntektsårene 2007-2009 fradrag for til sammen **1 091 984 453 NOK** som erstatning for manglende (antesipert) levering til TGPL pga. forsinket oppstart (tekniske feil ved anlegget) på Melkøya.
 - ◆ Av dette beløpet ble **801 748 402 NOK** ikke ansett fradragsberettiget av petroleumsskattemyndighetene
- ◆ Staten mente at det her forelå en *inntektsreduksjon* ved at det var utbetalt en erstatning som ikke ville vært betalt mellom uavhengige parter og at *leveringsplikten og dermed erstatningsplikten var uttømmende regulert i SPA'en*.
- ◆ Selskapet syn var derimot at det har en forpliktelse til å levere det antall laster som sannsynligvis ville bli levert dersom anlegget hadde fungert som forutsatt (dvs. ca. 12 laster)
 - ◆ *Tilleggsavtalene konkretiserte bare den leveringsforpliktelsen som fulgte av SPA'en*

Snøhvit/Melkøya



- ◆ PUD godkjent av Stortinget mars 2002
- ◆ Planlagt produksjonsstart desember 2005.
 - ◆ Før oppstart av faste leveranser var det avtalt en «Run-In-Period» (RIP) for testing og igangkjøring av anlegget
- ◆ Produksjon startet først opp i september 2007. Produksjonsproblemer også etter dette tidspunkt.
 - Endrede RIP

Total E&P Norge AS – Oslo tingrett 30.07.2018 [15-097323TVI-OTIR/05]
Proessen og kontraktene

- ◆ En omfattende prosess frem til sluttbruker: utvinning, rørledning til Melkøya, nedkjøling, lagring, løfting, skipstransport, regassifisering og distribusjon til sluttbruker.
 - ◆ En rekke kontraktsforhold med mange aktører
- ◆ I denne saken her er det to kontraktsforhold som står sentralt
 - ◆ Mellom TEPN og TGPL (altså **SPA og tilleggsavtalene**)
 - ◆ Avtalen som regulerer løftingen mellom deltakerne på Snøhvit (**løfteavtalen**)
 - ◆ Hovedspørsmålet avhenger av hvilken betydning rettigheter og forpliktelser iht. løfteavtalen får når det gjelder TEPN's *leveringsforpliktelser*,
 - ◆ Og dermed grunnlaget for et eventuelt erstatningskrav fra TGPL
- ◆ Dessuten vil betydningen av TEPN's uttalelser om **forpliktelser og risikofordeling** i forbindelse med en søknad om **bindende forhåndsuttalelse (BFU)** vedrørende internpris knyttet til SPA'en måtte vurderes.

SPA artikkel 5 regulerer «**Seller's** Delivery Obligation» (**leveringsforpliktelse**)

❑ Av 5.1 fremgår:

*In respect of each **Contract Year**, the Seller shall sell and deliver to the Buyer the ADQ as follows:*

$$ADQ = ACQ - R$$

R er iflg dommen «ikke relevant for tolkningen»

➤ Der:

- «Contract Year» går fra 1.oktober – 30. september
- ADQ = Annual Delivery Quantity
- **ACQ = Annual Contract Quantity**

Total E&P Norge AS – Oslo tingrett 30.07.2018 [15-097323TVI-OTIR/05]
Nomineringsprosedyren som fastlegger leveringsforpliktelsen

◆ *Artikkel 4.1*

- ◆ “No later than **1st of April** prior to the start of any Contract Year, the Seller shall notify the Buyer of the amount **of its estimated entitlement** of LNG for the next Contract Year, from its yearly production forecast, **expected to amount to approximately twelve (12) Full Cargo Lots** of approx. 147,000m3 provided that Seller’s nomination shall be based on the operational and technical requirements of the Loading Terminal.”

◆ *Artikkel 4.4*

- ◆ “No later than **1st July** the Seller shall notify the Buyer of the **Final Loading Programme** which shall include **the final amount of its entitlement of LNG** for the next Contract Year and the number of Full Cargo Lots comprising the delivery to Buyer of this amount of LNG. ***The number of Full Cargo Lots nominated in Final Loading Programme shall be the Annual Contract Quantity (ACQ) of LNG to be delivered to the Buyer in such Contract Year.***”

(uthevet her)

Total E&P Norge AS – Oslo tingrett 30.07.2018 [15-097323TVI-OTIR/05]
Oppsummert – leveringsforpliktelsen etter ordlyden i SPA

- ◆ Forpliktelsen knyttes til ACQ, dvs. kontraktens kvantum som relateres til antall laster
En «**take or pay**» forpliktelse over 20 år.
- ◆ Nomineringsprosedyren som fastlegger forpliktelsen
 - ◆ Starter 1. april:
 - ◆ Selger meddeler kjøper «of the amount of its estimated entitlement of LNG for the next Contract Year»
 - ◆ Altså en estimert størrelse
 - ◆ “from its yearly production forecast, expected to amount to approximately twelve (12) Full Cargo Lots”
 - ◆ 12 laster er basert på prognose og (generell) forventning
 - ◆ Ikke senere enn 1.juli
 - ◆ Skal selgeren notifikere kjøper “the **Final Loading Programme**” (FLP) som angir antall laster (“*the number of Full Cargo Lots*”)
 - ◆ FLP med angivelse av antall laster “*shall be the Annual Contract Quantity (ACQ) of LNG to be delivered to the Buyer in such Contract Year.*”

Resultatet av Klagebehandlingen

(FLP = Final Loading Programme)

Avtale	Type	Antall laster	Periode	Beløp i NOK
Amendment no 1, 16.04.07	uten FLP	6	juli-nov. 2007	179 418 715
Forliksavtale 02.01.08	uten FLP	3	Jan.-mars 2008	133 072 218
Forliksavtale 02.01.08	med FLP	5	april – sept. 2008	287 671 958
Forliksavtale 02.04.08	uten FLP	3	Okt. – des. 2008	189 540 504
Forliksavtale 02.04.08	uten FLP	8	jan- aug. 2009	302 281 058
Sum				1 091 984 453

- Erstatning var betalt for til sammen 25 laster
- 40% av kontraktssummen (uavhengig av tap for TGPL)
- Klagenemnda godkjente fradrag for de 5 lastene der FLP forelå med NOK **290 236 051**

Selskapets påstand

- 1) Vilkårene inntektsreduksjon og årsakssammenheng foreligger ikke
 - TEPN hadde risikoen for forsinket oppstart på grunn av tekniske feil ved anlegget
 - Tilleggsavtalene bygger derfor på at TEPN har en forpliktelse til å levere det antall laster som sannsynligvis hadde blitt levert dersom anlegget hadde fungert som forutsatt, dvs. ca. 12 laster i året
 - Forpliktelsen følger direkte av SPA.
 - Tilleggsavtalene ingen vesentlig endring.
 - Ved vurderingen av vilkåret om årsakssammenheng bygger Klagenemnda (på grunnlag av BFU-søknaden) på den uriktige oppfatningen at selskapets *opprinnelige standpunkt* var at kjøper hadde risikoen for oppstartsproblemene.
- 2) Subsidiært: TEPN ville uansett inngått tilleggsavtaler
 - Selv om statens forståelse av leveringsforpliktelsen legges til grunn ville det – *mellom uavhengige parter* – blitt inngått tilleggsavtaler for å løse de problemer som oppstod. I disse tilleggsavtalene ville man måtte konkretisere leveringsforpliktelsen (antall laster) som TEPN hadde.
- 3) Atter subsidiært
 - Uten *tilleggsavtaler* ville TEPN betalt erstatning for mer enn 5 laster.

- ◆ Redegjør først for vilkårene i § 13-1 (interessefellesskap, inntektsreduksjon, årsakssammenheng)
- ◆ Deretter om avtaletolkning **etter norsk rett**
 - ◆ Utgangspunktet: **avtalens ordlyd**
 - ◆ Retten: «Ved tolkning av kontrakt i næring inngått mellom profesjonelle parter følger det av Høyesteretts praksis at slike kontrakter som utgangspunkt skal tolkes **objektivt** og at *kontraktens ordlyd må tillegges stor vekt*, jfr. Rt-2002-1155» (uthevet her)
- ◆ Om **subjektive** momenter
 - ◆ Rt-2003-1132, avsnitt 34-35: «*Subjektive momenter ved fortolkningen kan imidlertid også i næringslivets kontrakter føre til en annen forståelse enn det som følger av kontraktens ordlyd. I de tilfeller det kan påvises at kontraktspartene har hatt en felles forståelse som avviker fra en naturlig forståelse av kontrakten, må den omforente forståelse legges til grunn. Det kreves i slike tilfeller relativt klare holdepunkter for at partene har vært enige om en avvikende forståelse.*»
 - ◆ Her foreligger **interessefellesskap: enighet i ettertid har begrenset betydning**
- ◆ **Utvidende tolkning:** Det fremkommer også av rettspraksis at det er lite rom for en utvidet tolkning av ordlyden i kontrakter mellom *profesjonelle*. **Det kan ikke ved utvidet tolking av ordlyden fanges opp forhold som det var nærliggende å fange opp i kontrakten.** Viser til Rt-1994-581 s. 587.
- ◆ Generelt prinsipp: **tidsnære bevis skal tillegges størst vekt**

Total E&P Norge AS – Oslo tingrett 30.07.2018 [15-097323TVI-OTIR/05]
Retten om **ordlyden** og spørsmålet om leveringspliktens innhold

- ◆ Tar utgangspunkt i artikkel 5.1, 4.1 og 4.4 (jf. foran)
 - ◆ «Etter ordlyden kan ikke retten se at det foreligger en plikt for TEPN å nominere ca. 12 laster, slik som TEPN anfører. **SPA art 4.1 sier noe om hva som er forventet:** «*estimated entitlement of LNG*», «*yearly production forecast, expected to amount to approximately twelve (12) Full Cargo Lots*». En naturlig forståelse av ordlyden i artikkel 4.1 og nomineringsprosedyren som er beskrevet i kapittel 4 tilsier ikke at det har oppstått en leveringsforpliktelse på ca. 12 laster LNG på det tidspunkt TEPN meddeler estimatet av LNG for neste år (1. april). **Det årlige kvantum av LNG som TEPN er forpliktet til å levere angis i det endelige løfteprogrammet (FLP).**» (uthevet her)
 - ◆ «Retten er ikke enig med TEPN i at nomineringen bygger på en forventning, eller et estimat, fordi nomineringen skal skje før 1. juli, 3 til 15 måneder før lastene kommer. **Etter rettens vurdering fremgår det uttrykkelig av ordlyden at når det endelige løfteprogrammet blir meddelt (før 1. juli) oppstår det leveringsforpliktelse for TEPN for det påfølgende kontraktsår.** Det som TEPN skal levere angis i FLP og skal baseres på «*entitlement of LNG*».» (uthevet her)

Retten om «Entitlement of LNG»

- ◆ **TEPN:** uttrykket «entitlement» i SPA kan ikke ha samme meningsinnhold som «entitlement» i løfteavtalen, men at «entitlement» til LNG oppstår etter hvert som det kommer LNG inn på tanken.
- ◆ **Retten:**
 - ◆ Uttrykket ikke definert i SPA
 - ◆ Viser til **Løfteavtalens** definisjon av «entitlement» i artikkel 1.1 (9): *“Entitlement” shall mean each Shipper’s entitlement to Snøhvit LNG deriving from the Participating Interest of the Corresponding Partner*”
 - ◆ «Selv om løfteavtalen ikke var inngått i 2004, er det etter rettens vurdering **ingen annen måte å forstå “entitlement av LNG» på enn slik «entitlement» er definert i løfteavtalen.**»
 - ◆ Viser også til **intern presentasjon** fra 2004, synspunkter i **BFU-søknaden** (*the contract quantity will equal seller's entitlement to LNG from the Melkøya plant, ... while the buyer will have to take the annual quantities nominated by the seller regardless of the actual quantity that this represents.)* og **internprisingsdokumentasjonen** (2009) (*Det årlige løfteprogrammet danner også grunnlag for de leveringsforpliktelser som selskapet har ovenfor TGPL etter SPA*)
 - ◆ «Etter rettens oppfatning innebærer ordlyden i SPA og løfteavtalen, sammenholdt med TEPNs tidsnære uttalelser at «entitlement of LNG» i SPA må forstås **som en kobling til løfteavtalen**»
 - ◆ «**Dette innebærer også at TEPN ikke er rettslig forpliktet til å levere LNG til TGPL dersom et løfteprogram ikke er blitt fastsatt etter løfteavtalen.**» (uthevet her)

Retten om betydningen av RIP

- ◆ TEPN:
 - ◆ Regulære leveranser (First Regular Delivery) skulle starte opp juni 2007.
 - ◆ TGPLs 20-årige take-or-pay-forpliktelse begynte å løpe fra dette tidspunkt.
 - ◆ Selger hadde derfor en **leveringsforpliktelse fra samme tidspunkt.**
- ◆ TEPN's nominering av oppstart av faste leveranser var basert på en tentativ RIP fra operatøren
 - ◆ Ytterligere forsinkelser medførte imidlertid at løfteavtalen ble reforhandlet
 - ◆ Og i mars 2008 ble RIP forlenget med opptil ett år
- ◆ Run in Period (RIP) er definert i SPA art 3.1 som:
 - ◆ *(...) period of testing and commissioning of the production, processing, liquefaction, transportation, and shipping facilities which the seller shall use to deliver LNG to the buyer under this agreement*
- ◆ *Selgerens forpliktelser under RIP:*
 - ◆ *If the Seller has entitlement to any LNG available for sale during Run in Period, the Seller shall offer such LNG in Full Cargo Lots as soon as possible ...*
- ◆ **Fulle forpliktelser for selger (levering) og kjøper (take or pay) inntreffer ved opphør av RIP og start på regulære leveranser**
- ◆ *Retten:* kan synes som det dermed blir liten forskjell på RIP og Date of First Regular Delivery
 - En konsekvens av partenes kontrakt

Retten om misligholdsbeføyelsene i kontrakten

- ◆ **TEPN:** misligholdsbeføyelsene i kontrakten blir meningsløse om ikke selskapets tolkning legges til grunn. TGPL kan **terminere kontrakten** dersom TEPN misligholder sin leveringsforpliktelse med 3 eller flere laster
- ◆ **Retten:** misligholdet må knyttes opp mot leveringsforpliktelsen som fastlegges etter artikkel 4.4, jfr. artikkel 5.1. Kontraktsbrudd vil f.eks. oppstå ved at laster som er nominert i FLP ikke blir levert. I 2008, hvor TEPN nominerte laster i FLP som ikke ble levert, *ville bestemmelsen kunne komme til anvendelse*. Bestemmelsen er dermed ikke meningsløs.
- ◆ **TEPN:** erstatningsbestemmelsen i SPA art 5.2 henviser til alle bestemmelsene i SPA, ikke bare leveringsforpliktelsen, slik at ethvert brudd på en kontraktsforpliktelse som medfører manglende levering av LNG, som ellers ville blitt levert, medfører erstatningsansvar. Bestemmelsen fungerer som en mekanisme for å balansere kjøpers take or pay forpliktelse.
- ◆ **Retten:** Viser til ordlyden. Art. 5.2: erstatning kan kreves for manglende levering av LNG. Artikkelen er plassert i kapittelet om leveringsplikt for selger. Artikkel 5.2 viser til leveringsforpliktelsen som følger av artikkel 5.1, jfr. art 4.4. ACQ definerer omfanget av leveringsplikten og dermed også erstatningsplikten. ***Det følger ikke av en naturlig fortolkning av bestemmelsen i artikkel 5.2 at den gjelder enhver forpliktelse i SPA.***

Retten om forhistorien – de ulike utkastene

- ◆ **Retten** går gjennom de ulike utkastene og gir uttrykk for at endringene fremstår som *bevisste valg*. Det vises til at avtalen er inngått mellom profesjonelle parter på et område der kontraktspartene hadde meget god kompetanse. Retten viser også til at i avtaler mellom profesjonelle kan det ikke ved utvidet tolking av ordlyden fanges opp forhold som det var nærliggende å fange opp i kontrakten.
- ◆ **TEPN**: Ingen endringer i prisformlene i de ulike kontraktutkastene. Dersom det var meningen til partene å overføre hele volumrisikoen til kjøper, så ville dette gitt seg utslag i prisen.
- ◆ **Retten** har *en viss forståelse* for dette synspunktet, men det er likevel på det rene at det har vært forhandlinger over lang tid, det er profesjonelle parter som har forhandlet og da må ordlyden og en objektiv tolkningen av denne få størst betydning.
- Avtalenes forhistorie støtter ordlyden.

Total E&P Norge AS – Oslo tingrett 30.07.2018 [15-097323TVI-OTIR/05]
Retten om tidsnære uttalelser fra TEPN (dvs. om uttalelser i BFU-søknaden)

- ◆ Retten siterer bl.a. følgende fra BFU-søknaden:
 - ◆ «During the regular delivery period of the Agreement the **contract quantity will equal seller's entitlement** to LNG from the Melkøya plant.»
 - ◆ «...**the buyer will have to take** the annual quantities nominated by the seller **regardless of the actual quantity that this represents.**»
 - ◆ «**The volume risk** on a year by year basis therefore **resides exclusively with the buyer** and he will be exposed to the effects of any changes in the annual quantity produced at the Melkøya plant.» (uthevet her)
 - ◆ «(The risk) exposes him to potential costs and losses should the capacity of the Snøhvit plant change in the future **leaving buyer with a supply surplus/deficit** compared to his own sales commitments»
 - ◆ «...**exposing buyer to risk of losses** should the quantities to be supplied by seller be smaller than expected»
- ◆ Retten viste til at på tidspunktet for søknaden om BFU var TEPN klar over at oppstarten var forsinket
 - ◆ Uttalelsene om leveringsplikten/volumrisiko må derfor tillegges **betydelig vekt**
 - ◆ Viste også til at i notat vedlagt søknaden var uttrykkelig uttalt prisen ikke var påvirket av hvordan leveringsplikten var regulert.

Retten om balansen i avtalen

- ◆ **TEPN:** avtalereguleringen som Klagenemnda bygget på ville fått konsekvenser for prisingen av avtalen. Selskapet mente at prisen i SPA'en er vanlig for en langsiktig SPA *med normal risikofordeling*.
- ◆ **Retten** siterer BFU-søknaden:
 - ◆ *Although it is impossible to quantify the impact it is clear that the risk allocation on this issue did impact the commercial conditions of the contract.*
 - ◆ *The allocation of risk on the other individual contractual elements discussed in this section 7, were of minor importance compared to the volume risk. Although the allocation of risk on certain elements is more or less favourable to one of the parties, the overall risk allocation on all these elements **were perceived to be relatively balanced**. Other elements than the volume risk did therefore not have any significant impact on the contract price. (Uthevet her)*
- ◆ *Retten viser til at prisen ble godtatt av OSK som en armlengdes pris med den risikofordelingen som er beskrevet i BFU-søknaden*
- ◆ *Og at risikofordelingen i søknaden ble beskrevet som balansert*
- ◆ *At TGPL hadde volumrisikoen ble ansett som hensiktsmessig fordi TGPL – som håndterte en stor portefølje – hadde de beste forutsetningene for å håndtere bade for mye og for lite LNG*

Total E&P Norge AS – Oslo tingrett 30.07.2018 [15-097323TVI-OTIR/05]
Rettens konklusjon vedrørende leveringsforpliktelsen

Etter dette er det rettens vurdering at ordlyden er klar når det gjelder hvilken leveringsforpliktelse TEPN har. TEPN er forpliktet til å levere det antall laster selskapet har nominert i henhold til artikkel 4.4. Ordlyden støttes av de øvrige tolkningsmomenter i saken, herunder avtalens tilblivelse, TEPNs tidsnære uttalelser om leveringsforpliktelsen og SPAs øvrige bestemmelser. Partene er profesjonelle og begge er godt kjent med gassalgsavtaler. Hverken balansen i forpliktelsene etter avtalen eller prisen tilsier en annen forståelsen av leveringsplikten enn det som følger av ordlyden.

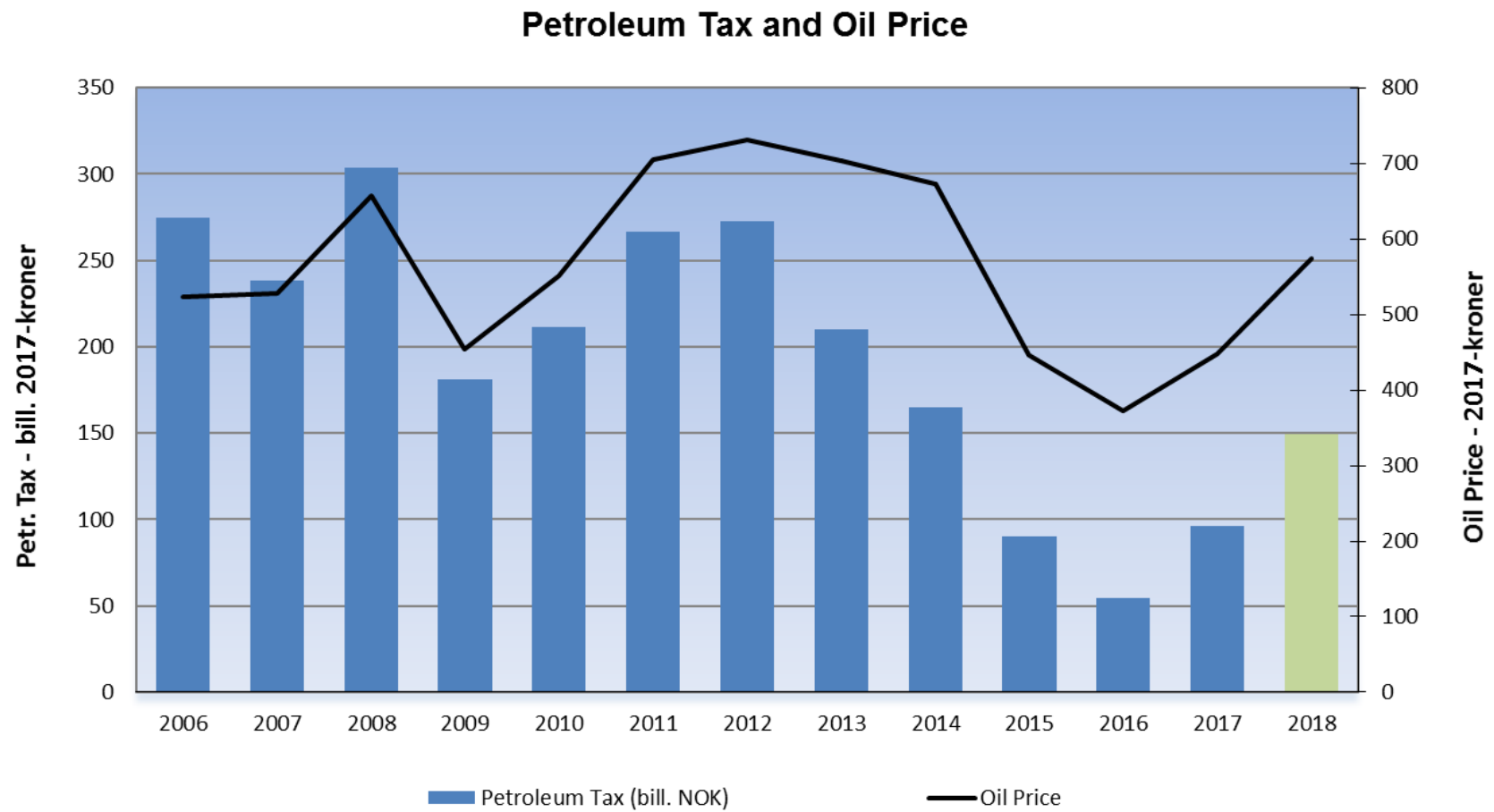
Årsakssammenheng

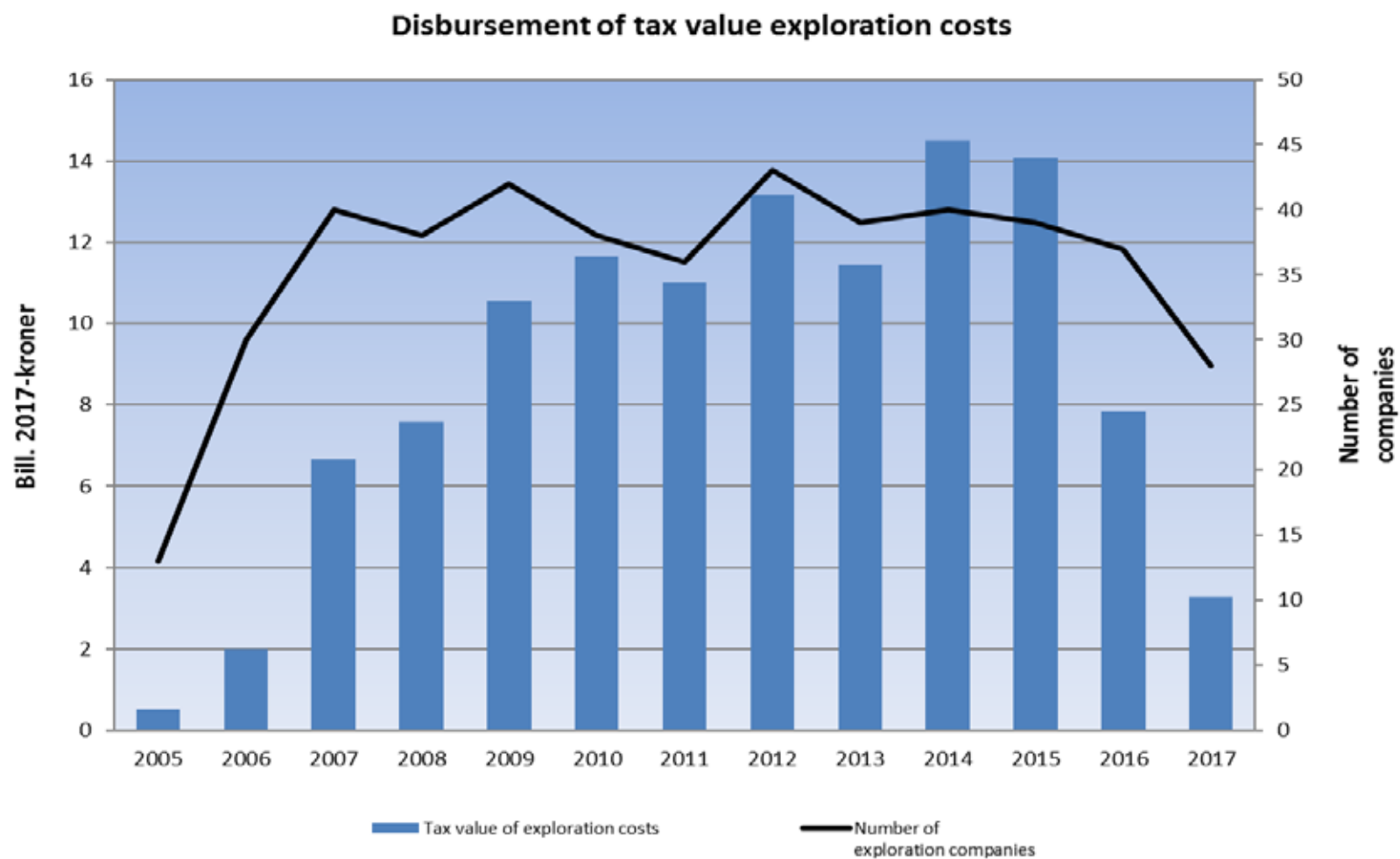
- ◆ Utgangspunkt: det foreligger en inntektsreduksjon som ikke følger av SPA. Enighet om at det foreligger interessefellesskap.
 - Normalt vil vilkåret om årsakssammenheng være oppfylt når det er konstatert interessefellesskap og inntektsreduksjon.
- ◆ **TEPN:** Dersom TEPN hadde inngått tilsvarende avtale med et uavhengig selskap ville TEPN forstått leveringsforpliktelsen i SPA på samme måte som lagt til grunn i tilleggssavtalene.
- ◆ **Staten:** det er «ikke er sannsynlig at TEPN ville vært i villfarelse om sine forpliktelser og betalt erstatning på 1 milliard kroner til en uavhengig tredjepart.»
- ◆ Retten:
 - ◆ Formodningen mot seg at TEPN ville vært i villfarelse om sine forpliktelser
 - ◆ Viser til at selskapet i BFU-søknaden ikke har gitt uttrykk for at det hadde risikoen for oppstartsproblemer
 - ◆ I en intern vurdering av erstatningskravet heter det: «*The actual delivery obligations under the agreement are somewhat unclear, but there is an estimated delivery of 12 Full Caro Lots per Contract Year*»
 - Mest sannsynlig at interessefellesskapet har forårsaket inntektsreduksjonen.

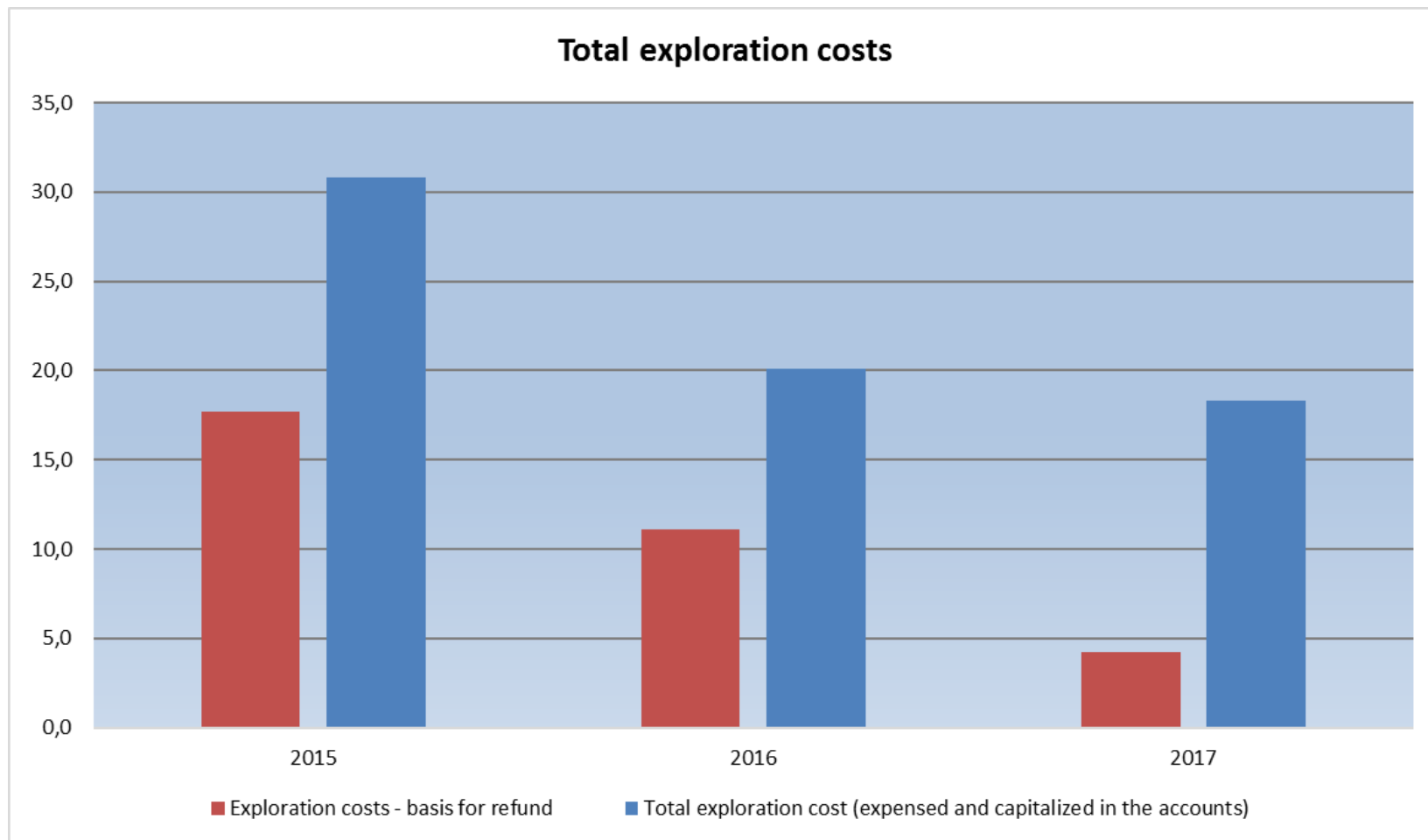
Skjønn (subsidiært og atter subsidiært)

- ◆ **TEPN (subsidiært):** «selv med Statens tolkning av SPA ville prosessrisikoen vært så høy og behovet for å få mer fleksible nomineringsprosedyrer vært så stort at det ville vært rasjonelt å inngå tilleggsavtaler som fastsatte en mer rasjonell leveringsforpliktelse.»
- ◆ **Staten:** Ny anførsel.
- ◆ **Retten:** «Forutsetningen om at det ikke forelå leveringsforpliktelse før nominering i FLP og at det likevel var hensiktsmessig å inngå forliksavtaler på grunn av behov for fleksibilitet, kan ikke retten se er anført tidligere.»
- ◆ **TEPN: (atter subsidiært)** erstatningen skulle ha omfattet flere enn 5 laster, nemlig lastene med FLP for kontraktsåret 2008.
- ◆ **Retten:** Åpenbart ny anførsel.
- Anførslelene kunne ikke føre frem.

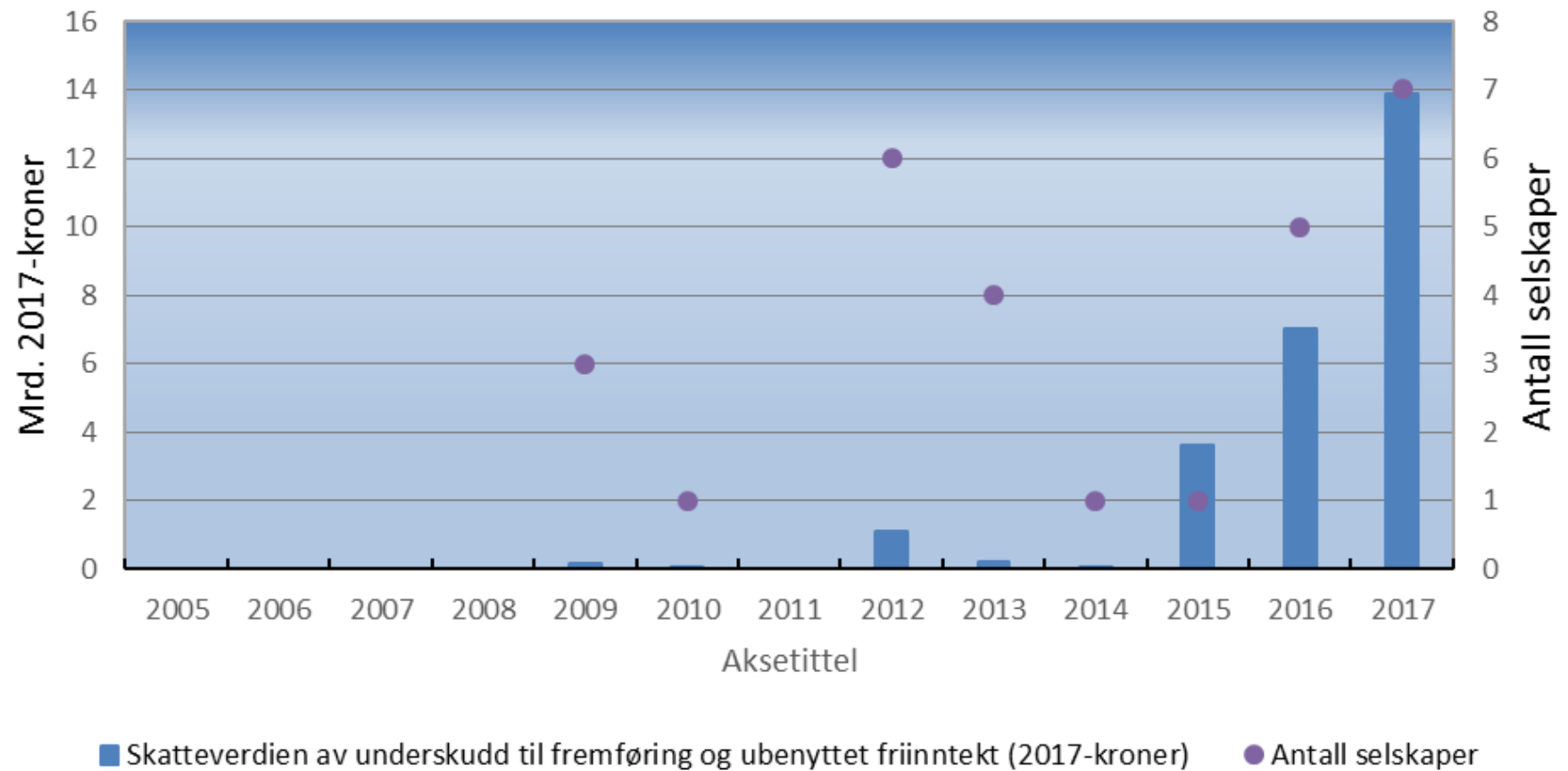
Fastsetting inntektsåret 2017







Utbetaling av opphørsrefusjon



Takk for oppmerksomheten !