



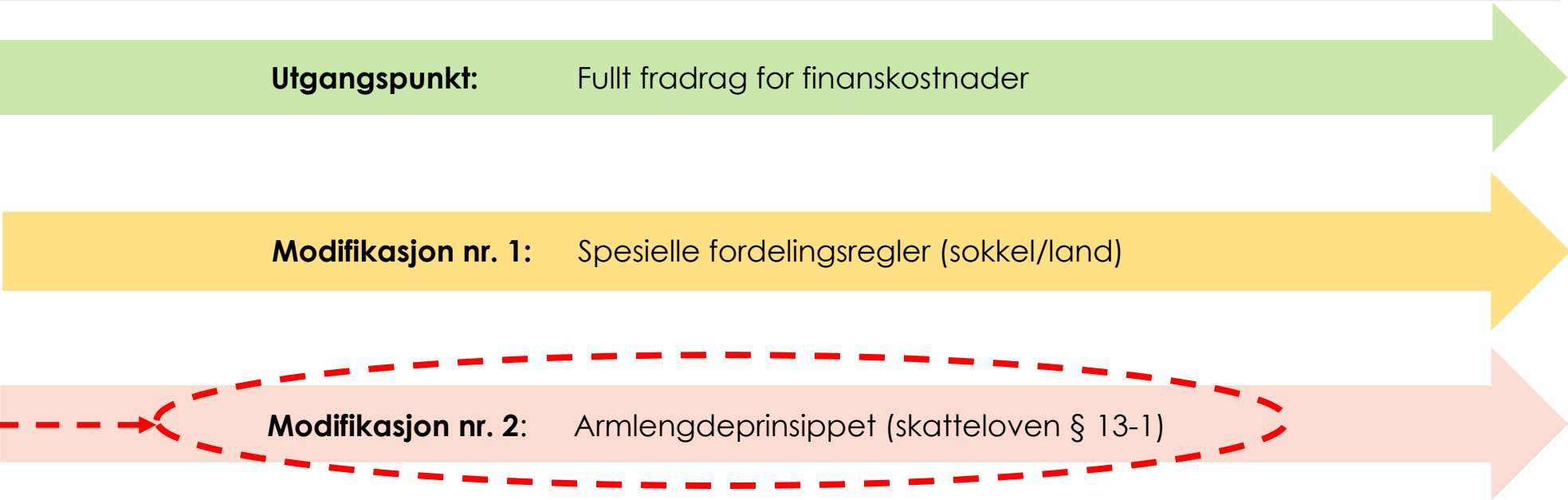
Internprising av lån – status på rettsområdet

Joachim M. Bjerke og Simen S. Søgaaard

KRISTIANSAND SYMPOSIUM, 13. JUNI 2022

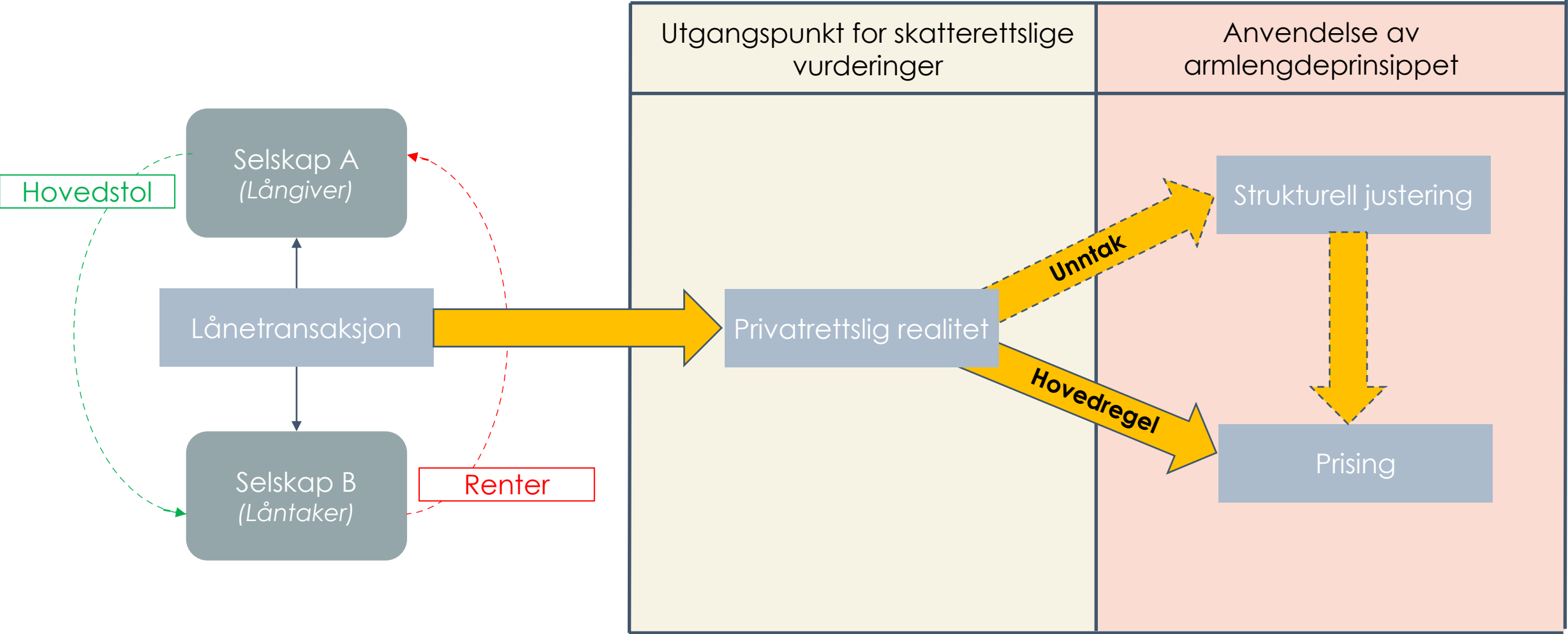
BAHR

Lån – en klassiker i petroleumsskatteretten

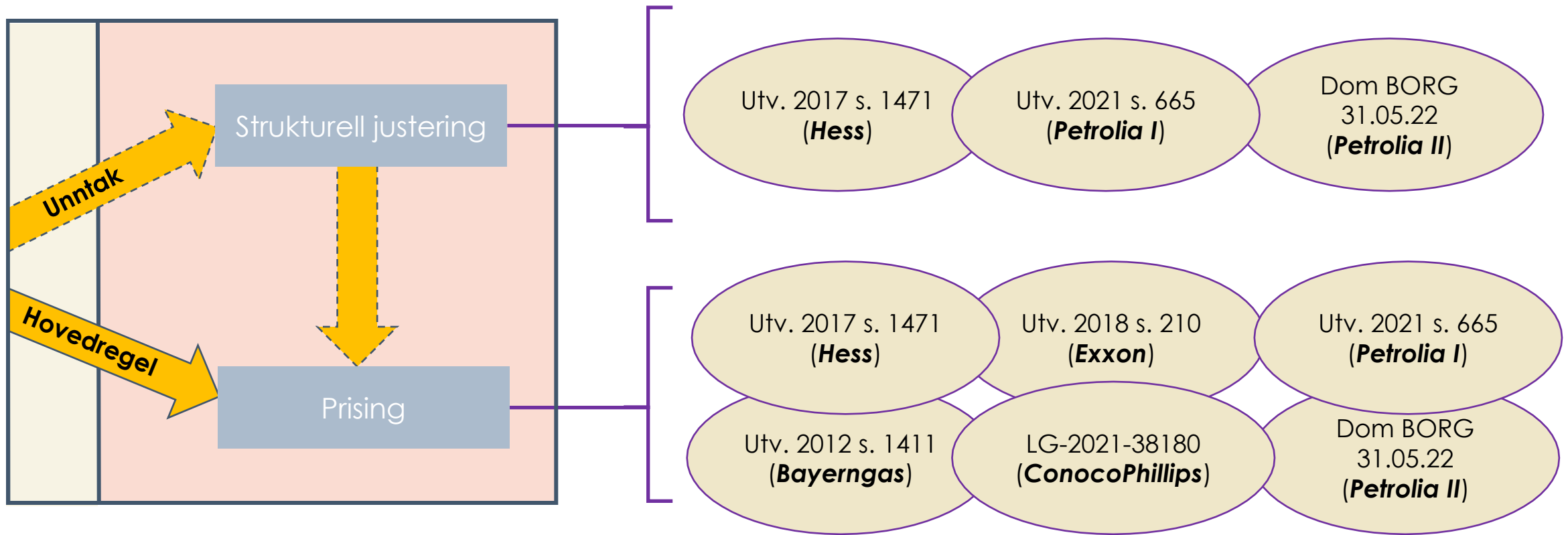


Selskapsskatt	50.8 %	28 %				27 %	25 %	24 %	23 %	22 %	22 % (6.2 %)
Skatt	25 %	50 %				51 %	53 %	54 %	55 %	56 %	71.8 %
Friinntekt	10 % (15 år)	5 % (6 år)	7.5 % (4 år)		5.5 % (4 år)	5.4 % (4 år)	5.3 % (4 år)	5.2 % (4 år)	24 %	17.69 %	N/A

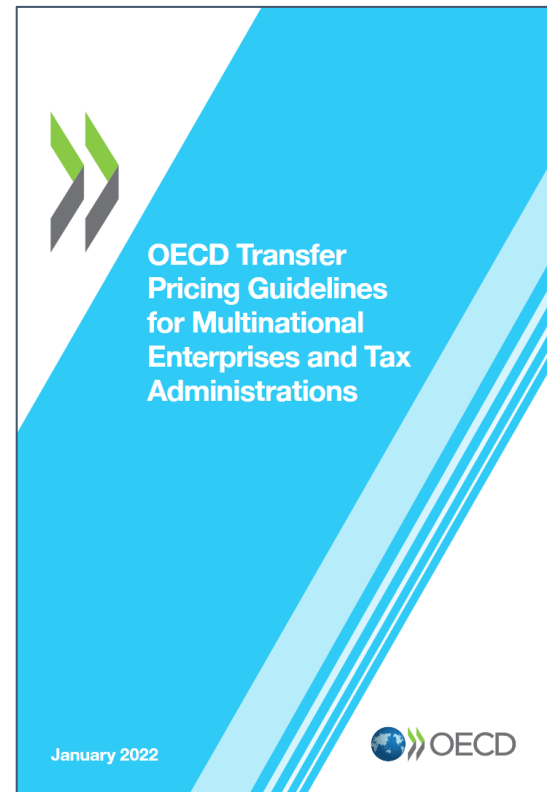
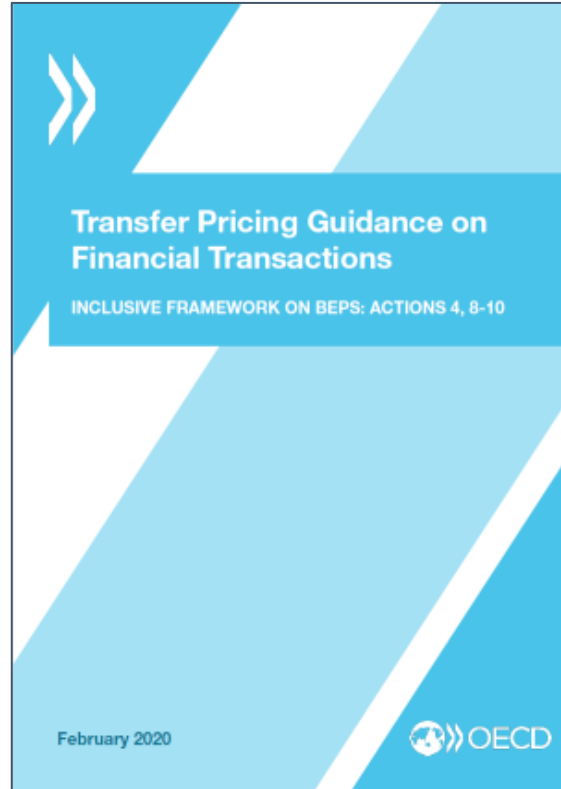
Lånetransaksjoner og armlengdeprinsippet



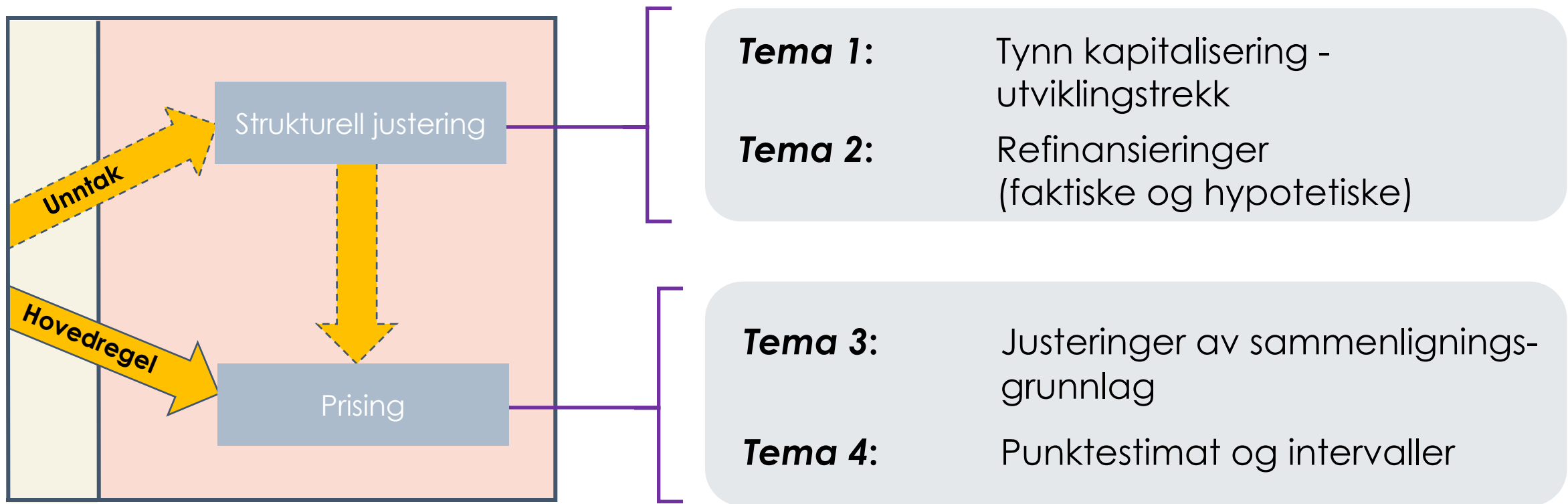
Flere rettsaker de siste 10 årene, uten at noe har nådd Høyesterett



OECD TPG om finansielle tjenester i 2020



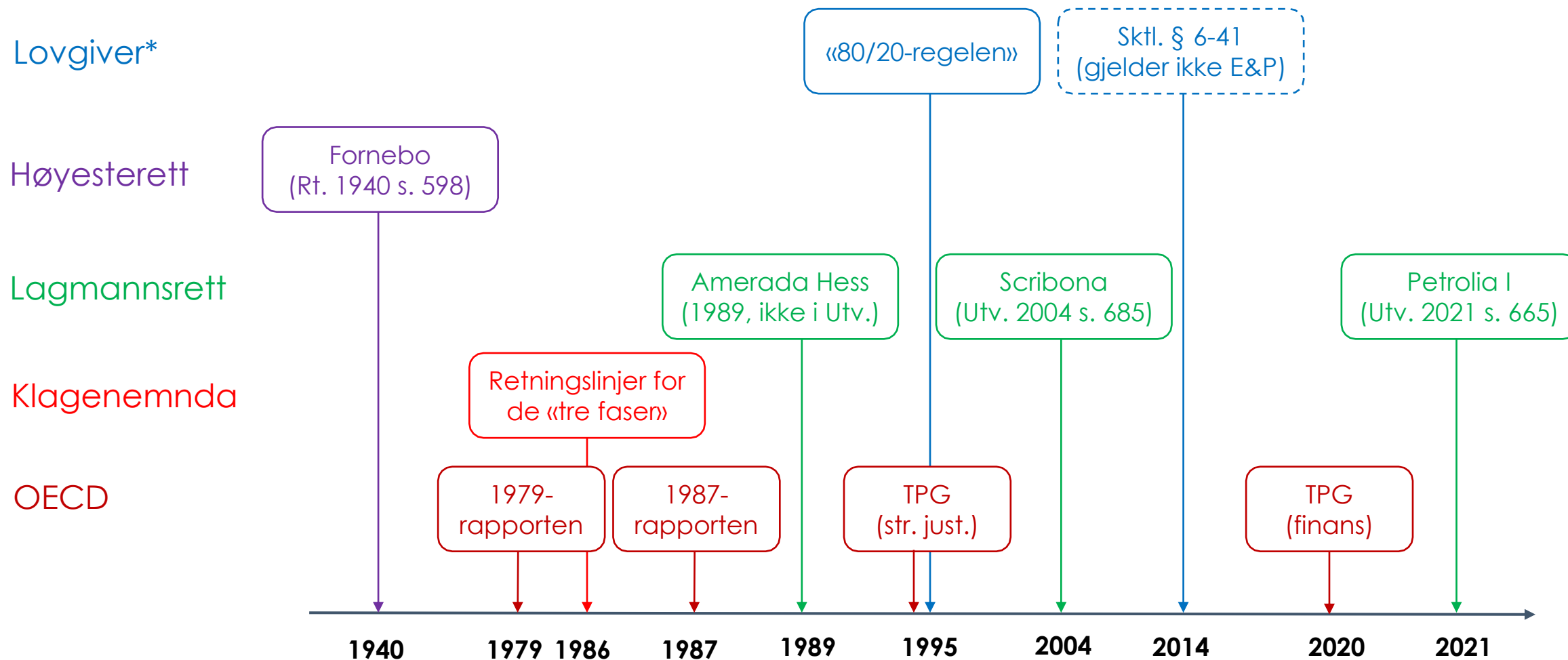
Agenda – aktuelle problemstillinger innen lån og armlengdeprinsippet





Tema 1: Tynn kapitalisering – utviklingstrekk

Tynn kapitalisering: En klassiker, men fortsatt i vinden



Hovedspørsmål tynt kapitalisering

- Vurderingsnormen
- Tidspunktet for vurderingen
- Virkningen av at selskapet er tynt kapitalisert



Vurderingsnormen

- Vurderingsnormen
 - Lånekapasitet
 - Lånevilje



Statens tilnærming: Letefasen

Utvikling i ligningpraksis:

1980-årene	Klagenemnda: Ingen lånekapasitet, letefasen 100 % EK-finansiert
Nyere tid	Klagenemnda: Kontantstrømbasert tilnærming Letelån i bank (pant i krav på leterefusjon)

«En pantsettelsesadgang kan både gi nye, små aktører større lånemuligheter og gi lavere lånerente pga. redusert risiko for långiver»

(Ot.prp. nr. 1 (2006–2007) pkt. 9.5.2)

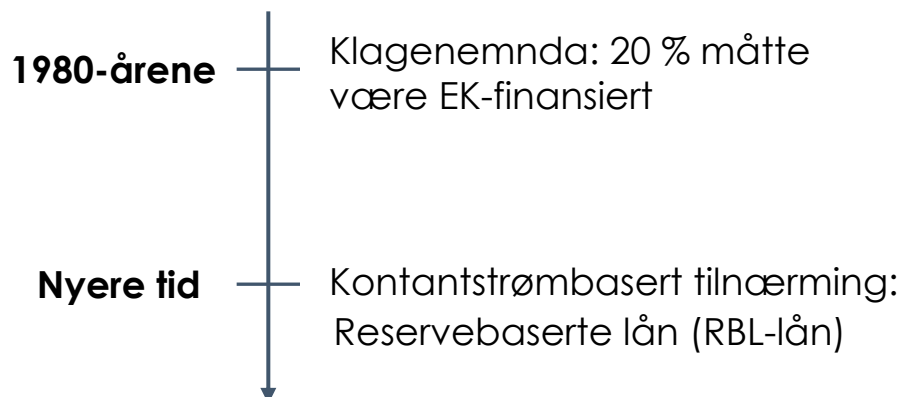
Klagenemndas «formel» for beregning av lånekapasitet (jf. *Petrolia I*):

- Klagenemnda tar utgangspunkt i hva banker har tilbudt av lån mot pant i leterefusjon
- Lånetilbud fra bankene bygger på planlagte (budsjetterte) letekostnader (som også oppgis i svar på standardbrev om terminskatt)
- Kan ikke låne opp til 78 %, bl.a. fordi «bankene tar høyde for at enkelte letekostnader ikke vil bli refundert, og derfor regelmessig kun tilbyr å lånefinansiere omkring 70 % av letekostnadene»



Statens tilnærming: Utbyggingsfasen

Utvikling i ligningspraksis:



Oljeskattekontoret:

«Kunne-testen»:

- Vurdering av hvor mye selskapet kunne lånt opp med RBL-lån
- Lite rom for lånekapasitet utover dette, jf. sitater fra konkrete saker:

«Kontoret legger til grunn at hvilke lånebeløp et selskap har evne til å betjene, og således vil kunne oppta i markedet, er en funksjon av selskapets forventede kontantstrøm. Dersom dette beløpet allerede er trukket opp via RBL kan det etter kontorets syn ikke legges til grunn at det kan trekkes opp ytterligere gjennom utstedelse av obligasjonslån.»

«Hvorvidt det er kapasitet i selskapet til belåning også utover RBL-banklån, har vært vurdert konkret ut fra omstendighetene i saken. I alle de tilfeller som har vært vurdert, har kontoret etter en konkret vurdering kommet til at det ikke har vært grunnlag for ytterligere lånekapasitet utover RBL.»

«Ville-testen»:

- Sammenligning med konsernets gjeldsgrad
- Betydningen for morselskapets rating
- Betydningen for fleksibilitet i nedsidescenarier



Hva er innebærer «ville-testen»?

OECD TPG

- 10.13: Begge parter vurdering

“... a function of the maximum amount that an unrelated lender would have been willing to advance to [...], and the maximum amount that an unrelated borrower in comparable circumstances would have been willing to borrow ... »

- Låntaker

- 10.58: Borrowers seek to optimise their weighted average cost of capital and to have the right funding available to meet both short-term needs and long-term objectives.
- 10.59. Borrowers will also consider the potential impact of changes in economic conditions such as interest rates and exchange rates, as well as the risk of not being able to make timely payments of interest and principal on the loan if the borrower's business encounters unexpected difficulties, and the risk of not being able to raise more capital (either debt or equity) if necessary.

Vår tolkning

- Lånekapasitet (långivers perspektiv)

- Soliditet, kredittrisiko og formålet med lånet er sentralt

- Lånevilje (låntakers perspektiv)

- Selskapets betjeningsevne
 - Et selskap kan være tynt kapitalisert hvis det ikke kan forventes å betjene et lån det *kunne fått* av en uavhengig långiver
 - Betjening kan innebære refinansiering
 - Prisen på lånet
 - Et selskap kan være tynt kapitalisert selv om det *kunne fått og betjent lån* fra en uavhengig långiver, dersom det er for dyrt
 - Konkret vurdering av låntakers situasjon og realistiske alternativer – derfor lite rom for å vektlegge andre forhold
- Lånekapasitet og lånevilje henger nært sammen med renten
 - Lånekapasitet: Er renten høy nok, så får man det lånet man ønsker
 - Lånevilje: Jo lavere rente, desto høyere er viljen

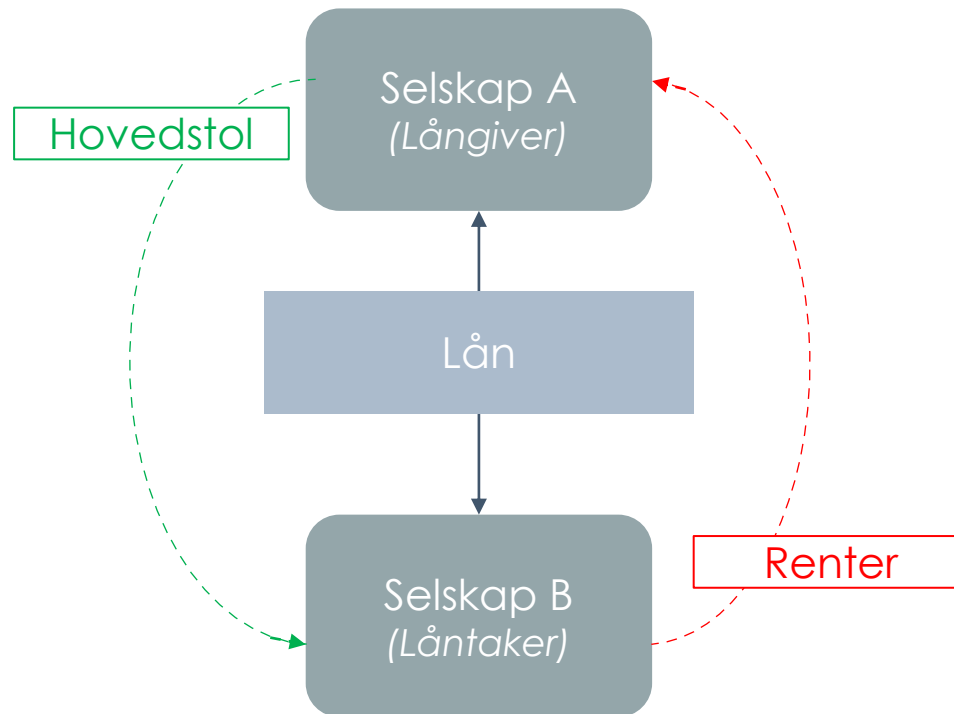
Særlig om implisitt støtte

Statens syn: Ikke relevant for låneevne, men for prising (*Petrolia I-dommen*)

Vurderingen av armlengdes låneevne

Skal se bort fra at långiver og låntaker er del av samme konsern

«Dersom det i vurderingen hadde vært relevant å legge vekt på at en garanti eller annen støtte fra et morselskap ville satt skattyter i stand til fullt ut å lånefinansiere virksomheten fra en uavhengig långiver, ville det vært lite igjen av reglene om inntektsjustering ved tynn kapitalisering»



Vurderingen av armlengdes rentesats

Skal *ikke* se bort fra at långiver og låntaker er del av samme konsern (på godt og vondt)

«Vurderingen av armlengdemessig pris skiller seg dermed fra vurderingen av tynn kapitalisering»

OECD Transfer Pricing Guidelines om implisitt støtte

C.1.1.3. Effect of group membership

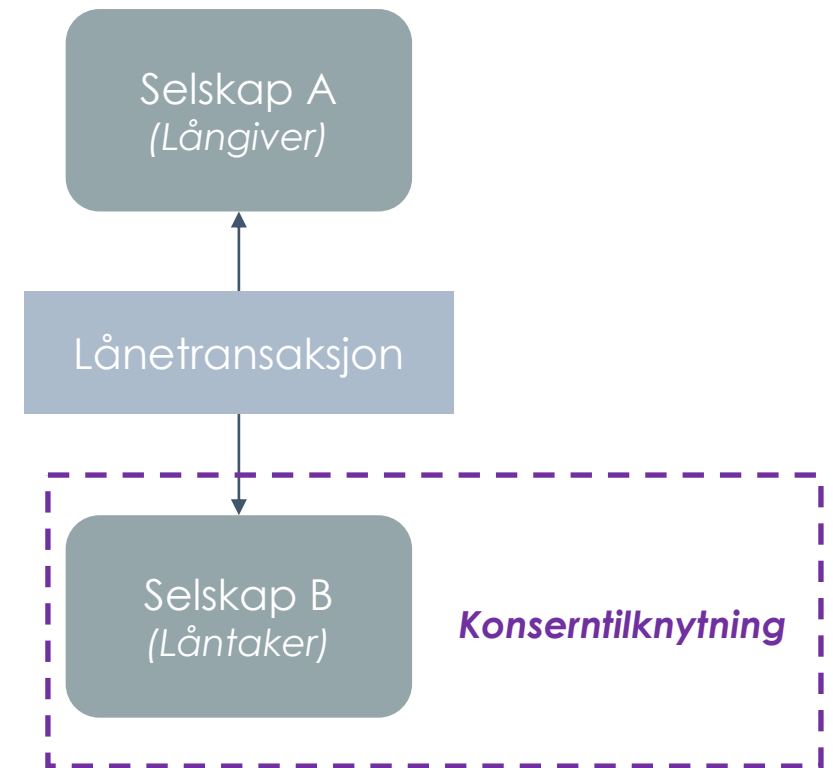
- 10.76. The effect of group membership is relevant for informing the conditions under which an MNE would have borrowed from an independent lender at arm's length in two ways in particular. Firstly, the external funding policies and practices of group management will assist in informing the form and terms and conditions of the debt the MNE would have entered into with an independent lender, including the pricing (i.e. interest rate paid), and all economically relevant characteristics such as the type of loan, its term, currency, security, covenants, business strategies, and so forth. Secondly, the MNE may receive support from the group to meet its financial obligations in the event of the borrower getting into financial difficulty. Paragraph 1.178 of Chapter I of these Guidelines is relevant to analyse the effect of group membership on the terms and conditions of a borrowing when the borrowing MNE obtains an incidental benefit arising solely by virtue of group affiliation, i.e. passive association.
- 10.77. In the context of intra-group loans, this incidental benefit that the MNE is assumed to receive solely by virtue of group affiliation, is referred to as implicit support. The effect of potential group support on the credit rating of an entity and any effect on that entity's ability to borrow or the interest rate paid on those borrowings would not require any payment or comparability adjustment. See Example 1 in paragraphs 1.184-1.186 of Chapter I and Section D.3.

D.8. MNE group synergies

- 1.177. Comparability issues, and the need for comparability adjustments, can also arise because of the existence of MNE group synergies. In some circumstances, MNE groups and the associated enterprises that comprise such groups may benefit from interactions or synergies amongst group members that would not generally be available to similarly situated independent enterprises. Such group synergies can arise, for example, as a result of combined purchasing power or economies of scale, combined and integrated computer and communication systems, integrated management, elimination of duplication, increased borrowing capacity, and numerous similar factors. [...]
- 1.178. Paragraph 7.13 of these Guidelines suggests that an associated enterprise should not be considered to receive an intra-group service or be required to make any payment when it obtains incidental benefits attributable solely to its being part of a larger MNE group. [...] Consistent with this general view of benefits incidental to group membership, when synergistic benefits or burdens of group membership arise purely as a result of membership in an MNE group and without the deliberate concerted action of group members or the performance of any service or other function by group members, such synergistic benefits of group membership need not be separately compensated or specifically allocated among members of the MNE group.
- 1.179. In some circumstances, however, synergistic benefits and burdens of group membership may arise because of deliberate concerted group actions and may give an MNE group a material, clearly identifiable structural advantage or disadvantage in the marketplace over market participants that are not part of an MNE group and that are involved in comparable transactions. [...]

Implisitt støtte (forts.)

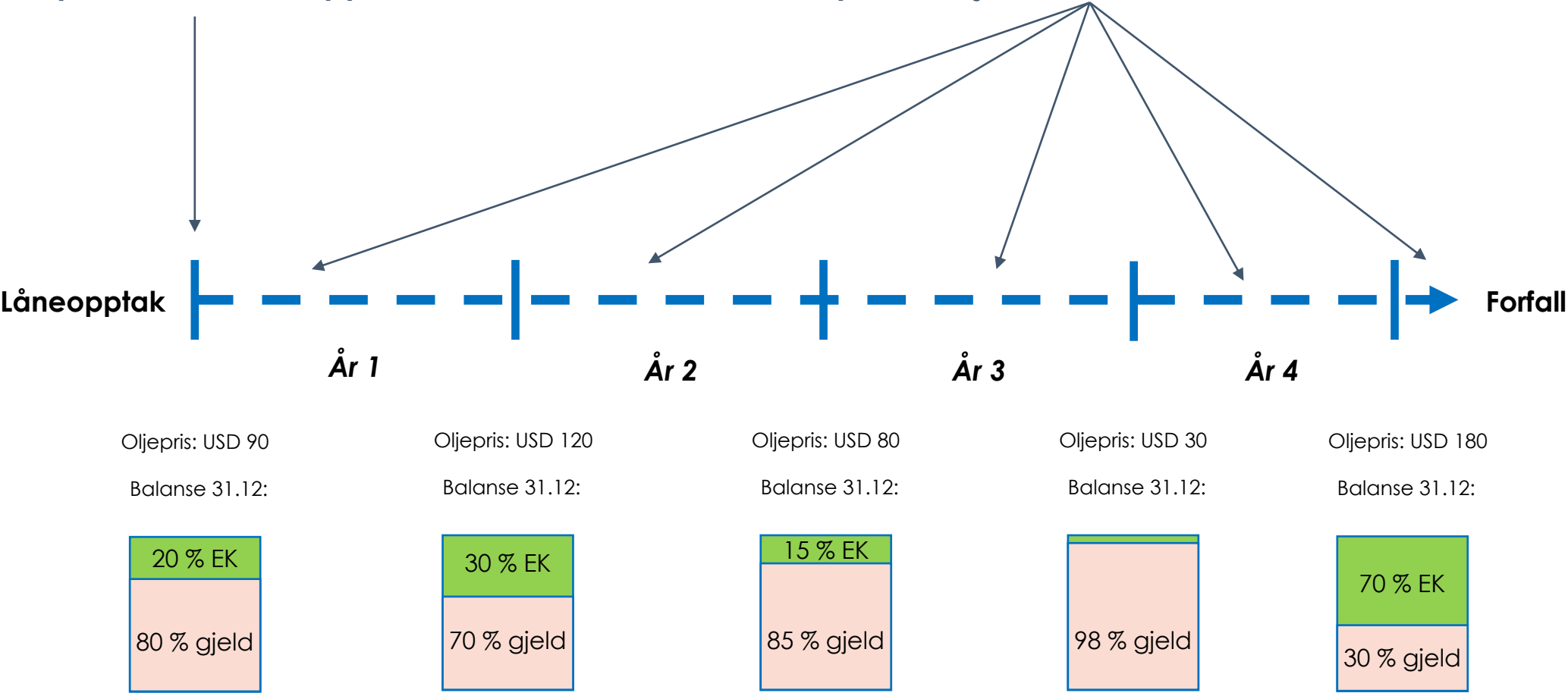
- Utv. 1999 s. 540 (Nycomed)(Borgarting)
 - *Det tilføyes at det ved vurderingen av om det forelå lånekapasitet, etter rettens syn er relevant også å legge en viss vekt på datterselskapenes konserntilknytning [...]. Selv om man må ta utgangspunkt i datterselskapenes egen finansielle situasjon, kan man ikke se bort fra at tilknytningen til et solid internasjonalt konsern ville hatt en positiv effekt for en ekstern långivers vurdering av datterselskapenes kredittverdighet.*
- Reelle hensyn som taler for at man ikke bør se bort fra implisitt støtte gjennom konserntilknytningen på generelt grunnlag:
 - Skal låneevnen til Selskap B være større ved låneopptak fra en ekstern kreditor (som vil vektlegge konserntilknytningen) enn fra Selskap A?
 - Skal det rettslige innholdet i armlengdeprinsippet være ulikt ved vurdering av låneevne og vurdering av rentenivå?
 - Hvorfor kombinere en lavere låneevne (ved å se bort fra konserntilknytningen) med en lavere pris (pga. konserntilknytningen)?
 - Det avgjørende må uansett være om Selskap Bs lånefinansiering alt i alt innebærer en inntektsreduksjon pga. interessefellesskapet, jf. sktl. § 13-1 (1)
- Hvis man ser bort fra implisitt støtte, må en i hvert fall også se bort fra evt. konsekvenser for mors rating ved lån i datter



Når skal skattyters låneevne vurderes?

På tidspunktet for låneopptak?

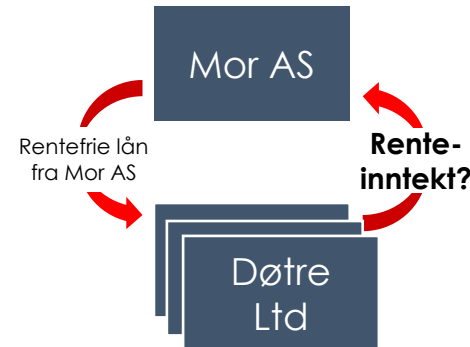
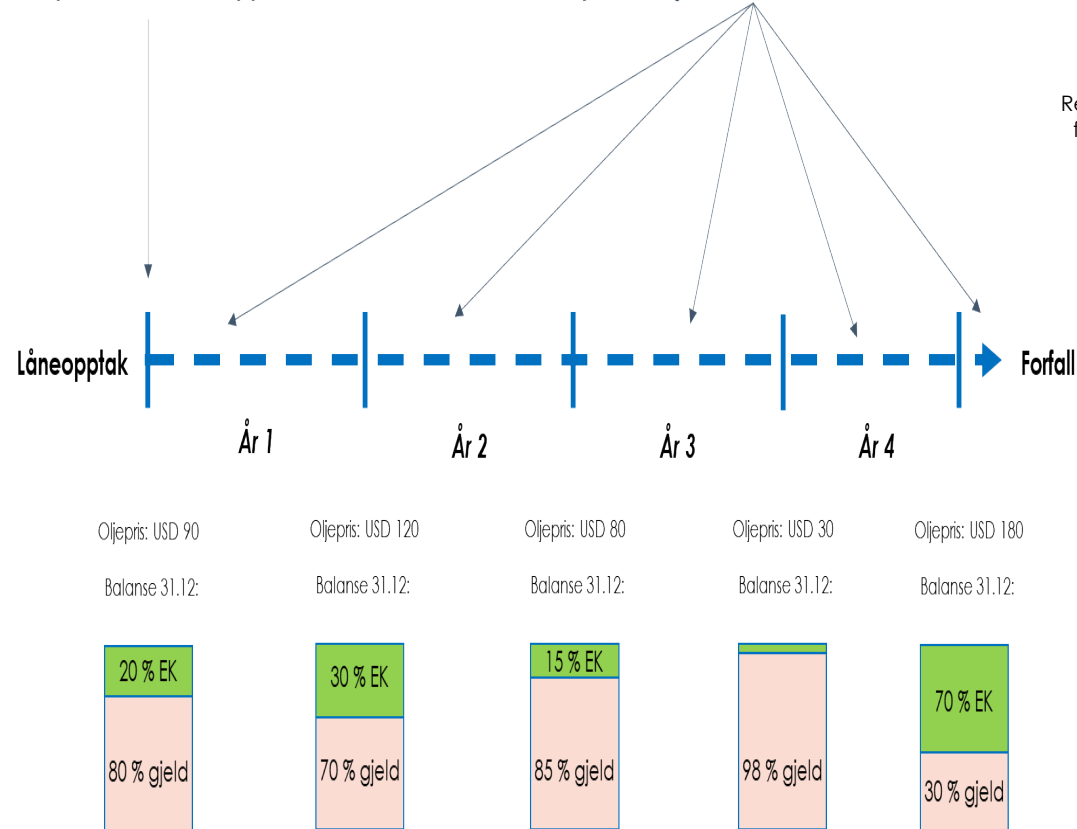
Basert på situasjonen i det enkelte inntektsår?



Når skal skattyters låneevne vurderes (forts.)

På tidspunktet for låneopptak?

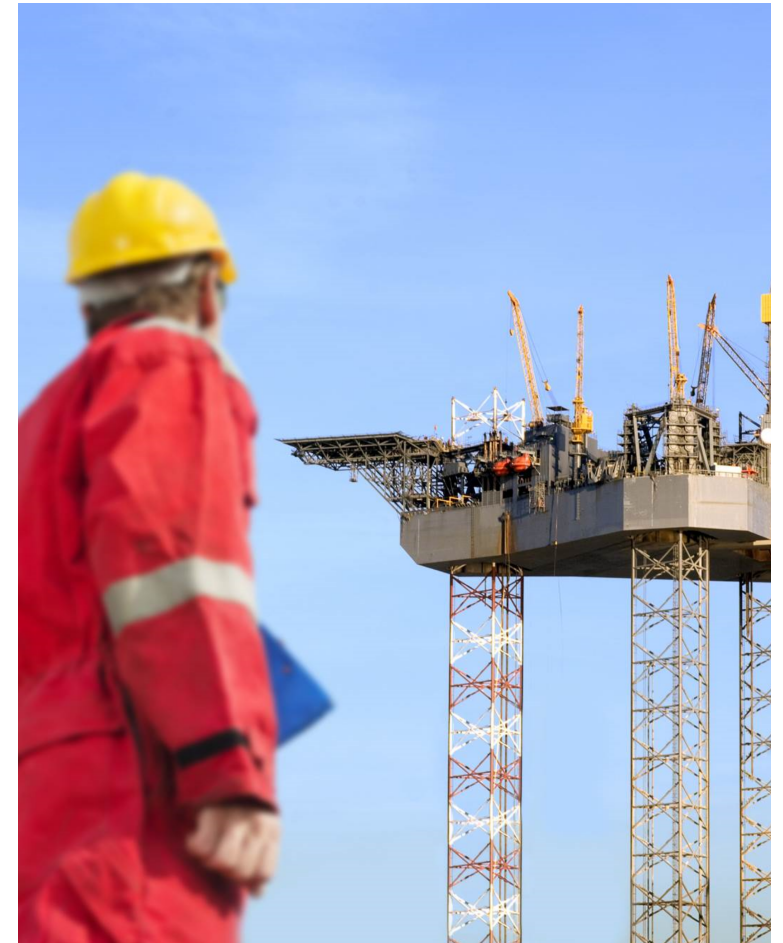
Basert på situasjonen i det enkelte inntektsår?



- Utv 1999-540 (Nycomed) (Borgarting)
 - «Selv om det ikke direkte framgår av ordlyden i [§ 13-1], har det vært utledet at inntektsreduksjon hos morselskapet ikke kan konstateres dersom datterselskapets finansielle situasjon er så svak at dette helt utelukker muligheten for fremmedfinansiering. [...]
 - Lagmannsretten er videre enig med staten i at datterselskapets lånekapasitet må vurderes på det tidspunktet den aktuelle ligningen gjelder. Det kan ikke være avgjørende om datterselskapet manglet låneevne da lånet opprinnelig ble tatt opp, dersom den økonomiske stillingen har endret seg, slik at lånet fra morselskapet i mellomtida kunne vært erstattet med eksternlån.»
- Økt lånekapasitet er relevant
 - Må gjelde også der låntaker er norsk skattyter
- Redusert lånekapasitet?
 - Bare hvis eksterne långivere ville avtalt det

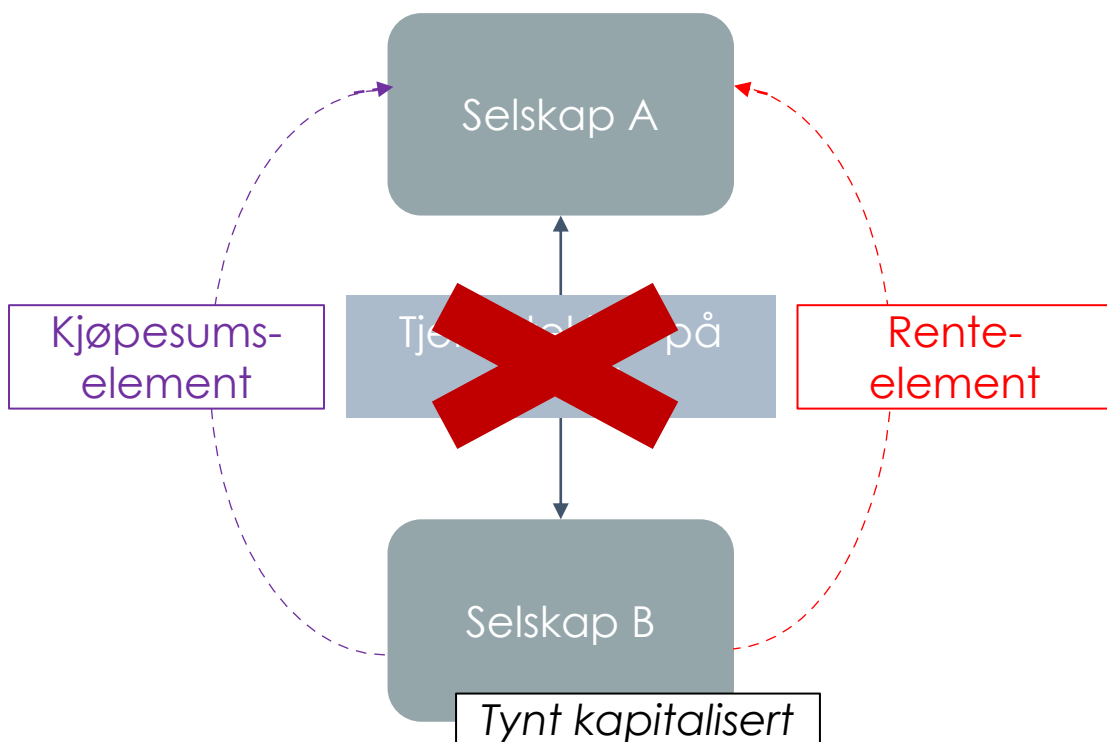
Virkningene av tynn kapitalisering

- Spørsmål om inntektsreduksjon, jf. sktl. § 13-1
 - Gjelder rentefradraget som helhet (gjeldsmengde x rente)
 - Tynn kapitalisering er bare ett skritt på veien
 - Må også vurdere renten!
- Gjeldsmengden skal bare reduseres så langt ned som den tynne kapitaliseringen går
 - Ikke spørsmål om “normal” gjeldsgrad e.l.
- Tynn kapitalisering kan (alt annet likt) tilsi økt rentesats



Tynn kapitalisering: Betydning for mer enn rentefradraget?

Eksempel: TOSLO-2019-076823 (Fortis)



- Hvis Selskap B ikke hadde klart å lånefinansiere tjenestekjøpet om interessefellesskapet tenkes borte, oppstår spørsmål om også kjøpesumselementet ryker for skatteformål
- Kan få stor betydning for Selskap B, f.eks. hvis det er seismikk (som gir grunnlag for leterefusjon)
- Skatteloven § 13-1 åpner etter sin ordlyd for å tilsidesette hele transaksjoner («inntekt fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget»)
- OECDs retningslinjer åpner også for å tilsidesette hele transaksjoner («the transaction between the parties (...) can be disregarded for transfer pricing purposes»)

Saken løst på annet grunnlag i lagmannsretten (LB-2021-26379 – påanket)



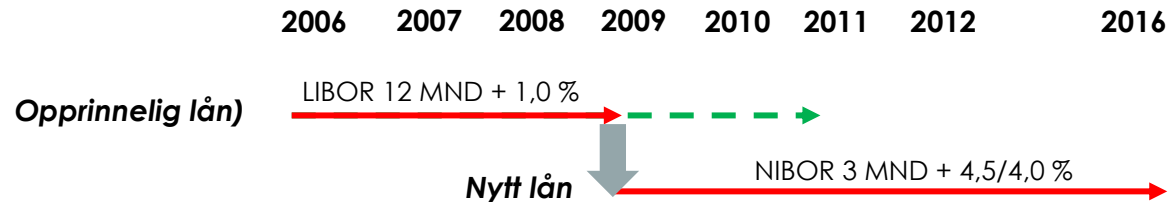
Tema 2: Refinansieringer (faktiske og hypotetiske)

Utviklingstrekk de senere årene (2)

Se bort fra at en refinansiering er gjort

Hess-dommen (Utv. 2017 s. 1471):

- Selskapet hadde refinansiert et femårig lån to år før forfall (aktiv handling fra selskapets side)

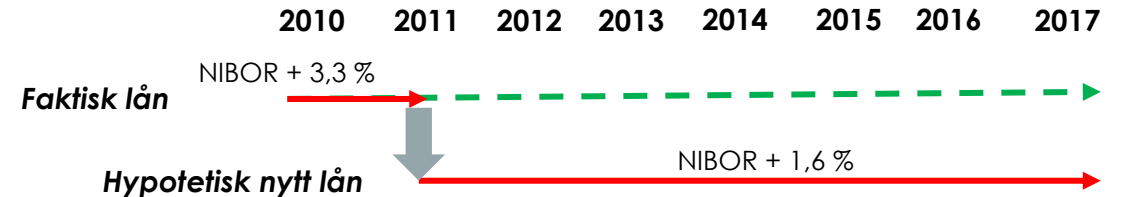


- Lagmannsretten: Kunne se bort fra refinansieringen (ikke ansett markedsmessig)
- Det er selskapets faktiske refinansieringsrisiko som er avgjørende (ikke generell risiko)
 - Et konsernselskap har normalt ingen refinansieringsrisiko

Forutsette en refinansiering som ikke er gjort

Klagevedtak fra november 2021 (står for domstolene)

- Selskapet hadde inngått et syvårig lån i 2010, av Klagenemnda ansett markedsmessig ved inngåelsen

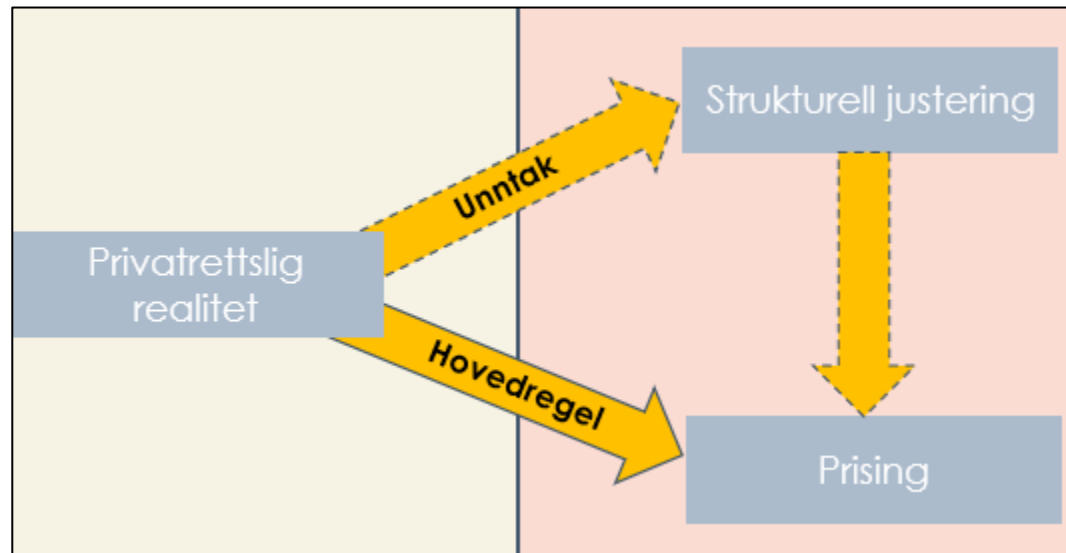


- Klagenemnda: Selskapet «burde» refinansiert lånet etter seks måneder pga. endrede markedsforhold
- Den markedsmessige marginen på avtaletidspunktet (3,3 %) derfor fraveket for nesten hele lånets løpetid (6,5 år)

Forskjell på å se bort fra en aktiv handling (refinansiering) og å forutsette en aktiv handling (refinansiering) som ikke har skjedd

Privatretslig realitet:

Skatteretten knytter rettsvirkninger til disposisjoner som faktisk er foretatt

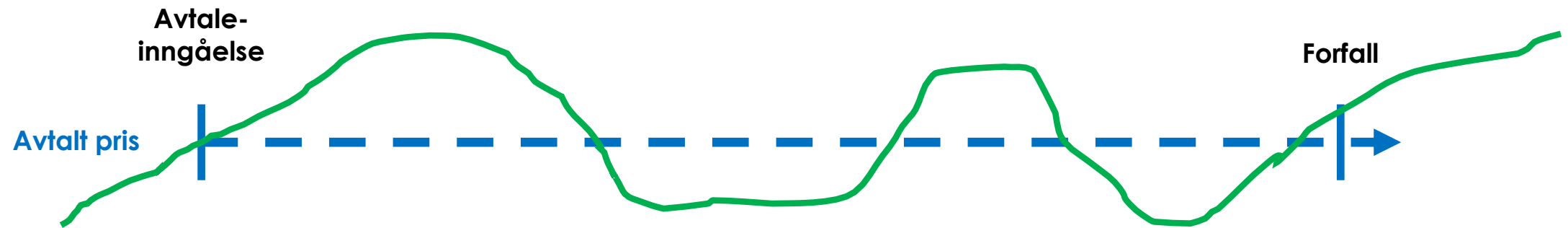


Strukturell justering forutsetter irrasjonalitet «at the time of entering into the transaction», jf. OECD TPG pkt. 1.142

Prising bygger på «situasjonen slik den fortonte seg for partene da avtalen ble inngått», jf. Rt. 2003 s. 1324 Statpipe avsnitt 62

«(...) legger lagmannsretten til grunn at det er den faktiske transaksjonen som skal vurderes og ikke en hypotetisk alternativ transaksjon»

Hypotetiske refinansieringer reiser mange spørsmål



«Armlengdepris» (sett bort fra intervall)

- Hvor ofte må skattyter vurdere om det finnes mer gunstige alternativer til det markedsmessig prisede lånet?
- Må man legge til grunn mange refinansieringer hvis renten fortsetter å falle?
- Ville en uavhengig låntaker ha opptrådt slik?
- Ville en uavhengig långiver akseptert slik fleksibilitet uten å ta seg ekstra betalt for det?

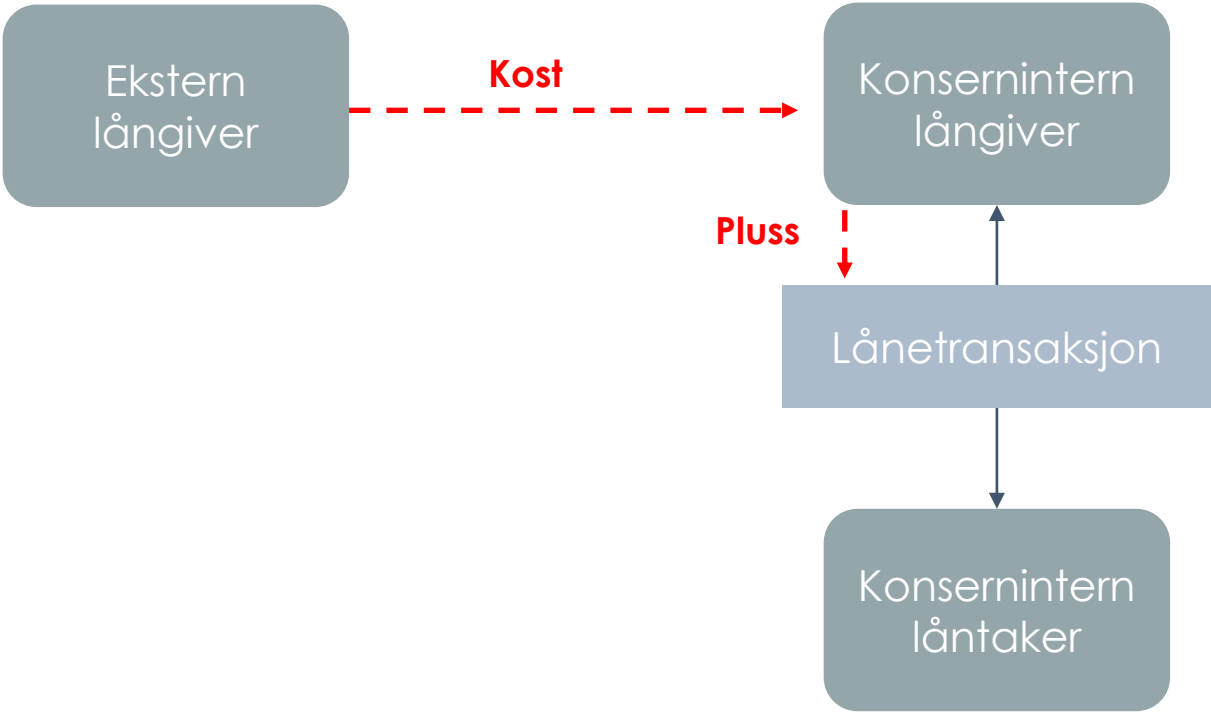


Tema 3:

Justeringer av sammenligningsgrunnlag

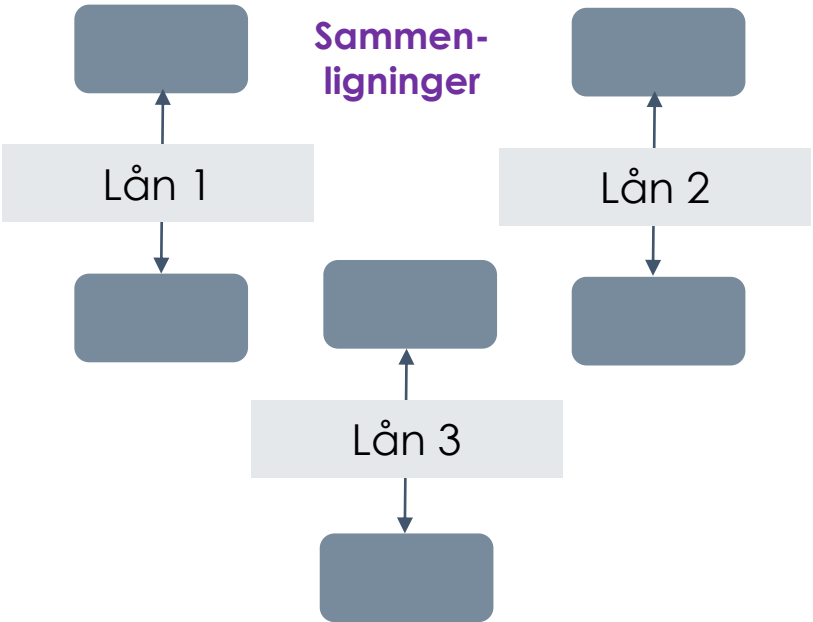
Valg av metode for prising av lån (1)

“Kost pluss”-metoden:



Lånet som skal prises

“CUP”-metoden:

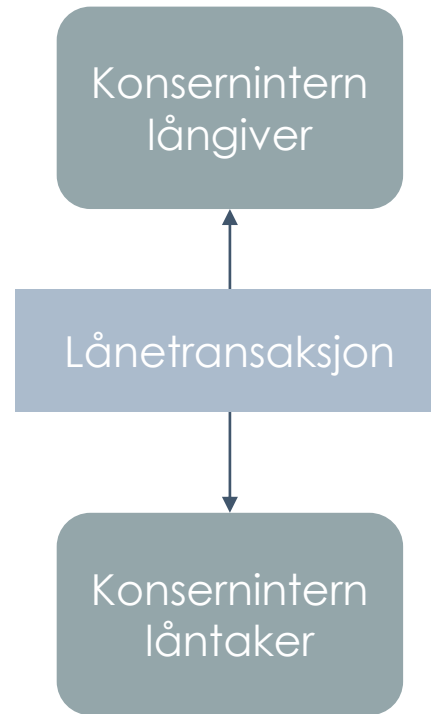


Valg av metode for prising av lån (2)

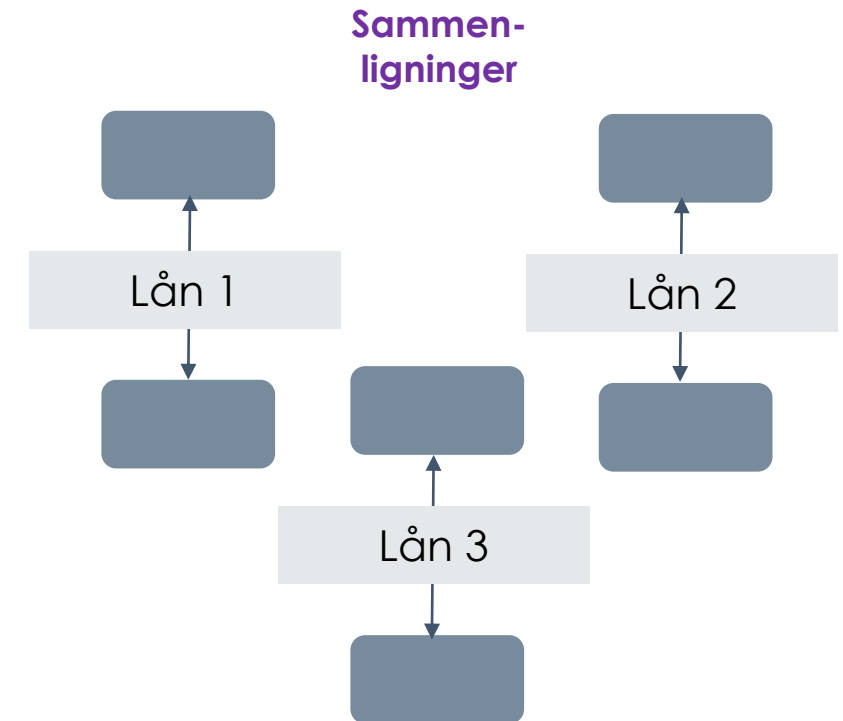
Normalt CUP-metoden som må anvendes:

- Utv. 2018 s. 210 (Exxon)
 - «For lån foreligger det (...) 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»
- Utv. 2021 s. 665 (Petrolia I)
- Borgartings dom 31.05.22 (Petrolia II)
- OECD TPG pkt. 10.89 flg.

Lånet som skal prises

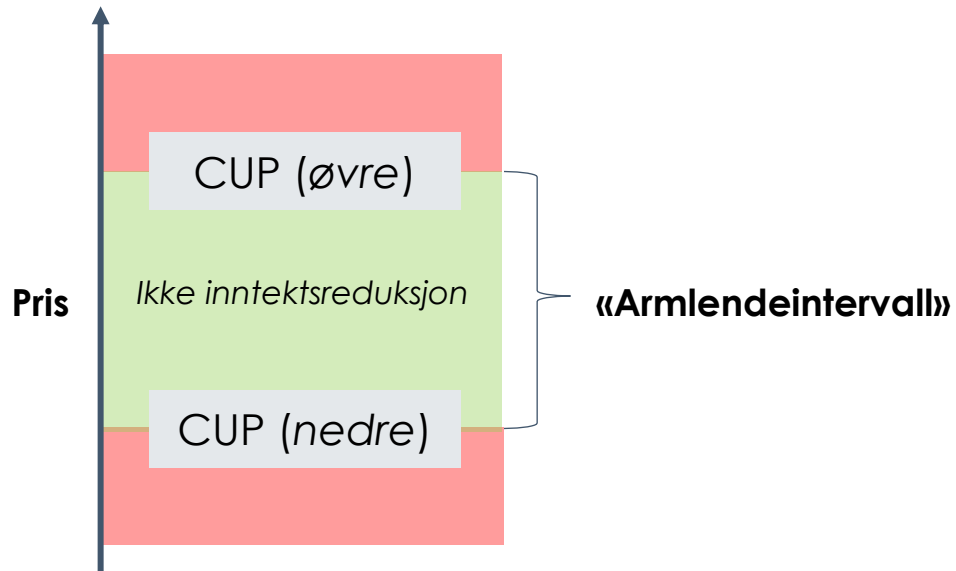


“CUP”-metoden



CUP-metoden forutsetter at det foreligger sammenlignbare transaksjoner

- CUP-metoden innebærer at man skal finne «comparable uncontrolled transactions»
- Disse vil danne et armlengdeintervall av priser:



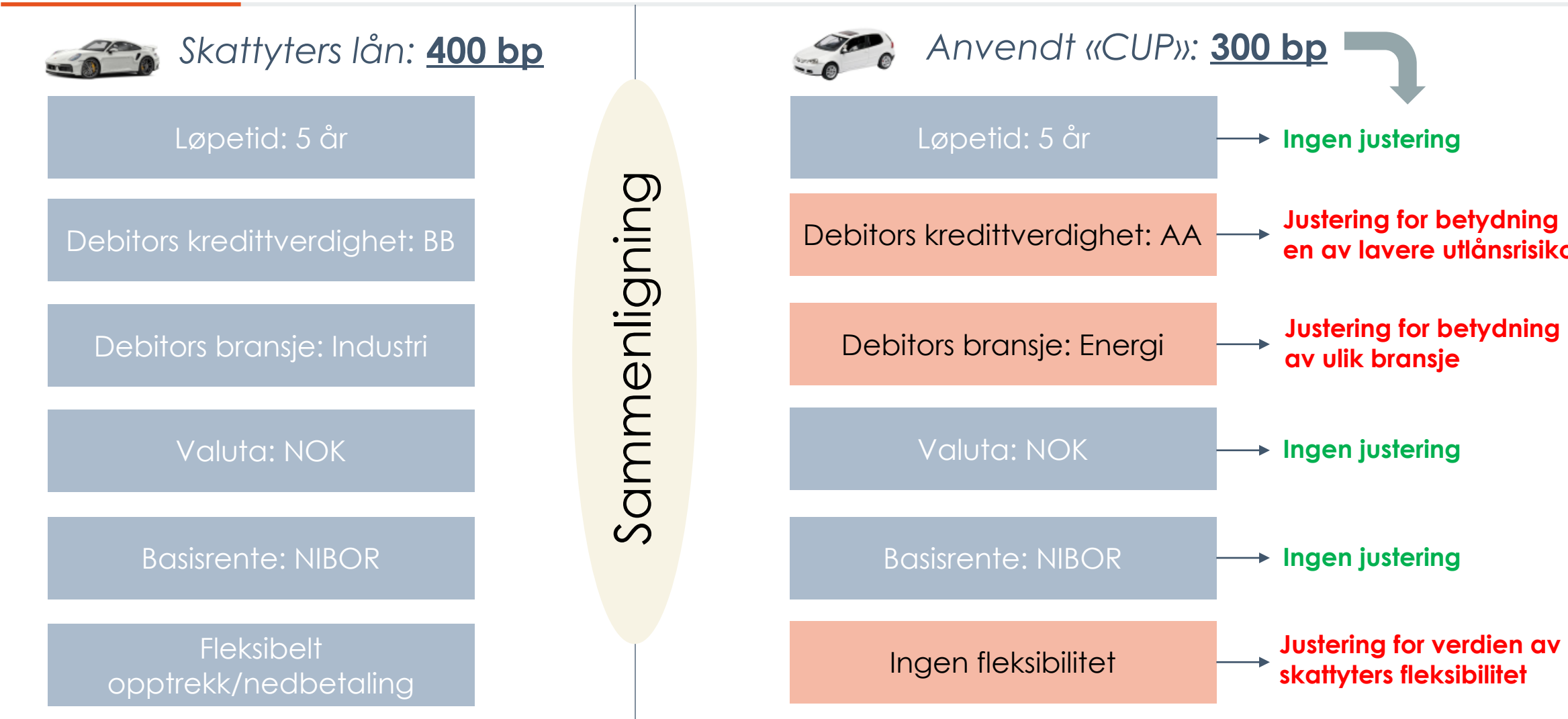
- CUP-metoden forutsetter sammenlignbarhet, evt. at det justeres for forskjeller i sammenligningsgrunnlaget
 - Eksempel: Markedspris på en Porsche gir ikke veiledning for markedspris på en Golf (selv om begge er biler)
 - Må derfor evt. justere for de forskjellene mellom Porsche og Golf som har betydning for markedsverdien



«Hvis det er forskjeller mellom den kontrollerte og den ukontrollerte transaksjonen som har konsekvenser for verdien av den betingelsen man undersøker, må det foretas justeringer for å finne armlengdebetingelsen.»

Utv. 2018 s. 210 (Exxon)

Ofte må en «CUP» justeres før den kan gi veiledning om armlengdes pris



Noen «misforståelser» knyttet til justeringer av sammenligningsgrunnlaget

Ikke skattyters lån, men sammenligningsgrunnlaget, som skal justeres

- Misforstått i bl.a. LG-2021-38180 (ConocoPhillips):
 - «Lagmannsretten vurderer det slik at når lånet er tatt opp i norske kroner og skal tilbakebetales i norske kroner skal det ikke gjøres justeringer som om lånet hadde vært avtalt i dollar, som så skulle utbetales og tilbakebetales i norske kroner»

Ikke et spørsmål om å innrømme fradrag for kostnader som ikke er relevante i konsernforhold

- I konsernforhold får man ikke nødvendigvis fradrag for gebyrer mv. som skal dekke kostnader som «associated enterprises might not incur», jf. OECD TPG pkt. 10.96
- Men det betyr ikke at man skal se bort fra forskjeller mellom skattyters lån og sammenligningsgrunnlaget som påvirker verdien av tjenesten, og dermed armlengdeprisen
- To ulike problemstillinger, som noen ganger blandes sammen

Staten kan ikke både si at det ikke skal justeres for forskjell i fleksibilitet, og samtidig si at den samme fleksibiliteten innebærer en tenkt refinansiering

- Skal staten legge til grunn dette ...



- ... så må staten samtidig akseptere dette:





Tema 4: Punktestimat og intervaller

Bruk av punktestimater som «CUP» (1)

I utgangspunktet skal det sammenlignes med faktiske transaksjoner

- OECD TPG, definisjon av «CUP»:
 - «the price charged for property or services transferred in a comparable uncontrolled transaction in comparable circumstances»

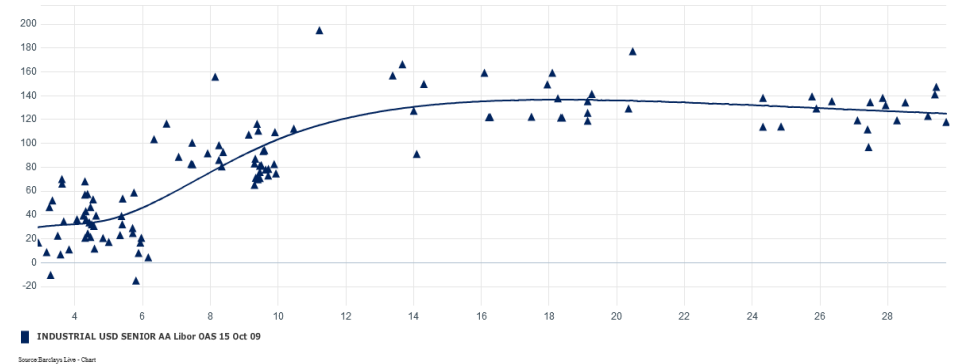
Punktestimater (fra Bloomberg, Barclay's etc.) er ikke faktiske transaksjoner

- Utv. 2018 s. 210 (Exxon)
 - «Estimatene 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»

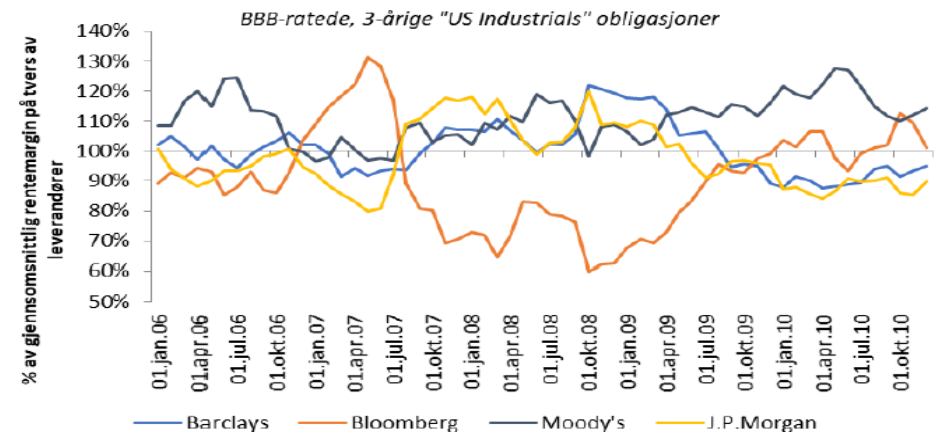
Ulike leverandører kan ha ulike punktestimater

- Ulikt datagrunnlag
- Ulik «bearbeiding» for å gi «rimelig/normalisert» rentekurve

Faktiske transaksjoner vs. punktestimat:



Ulike indeksleverandører gir ulikt svar:



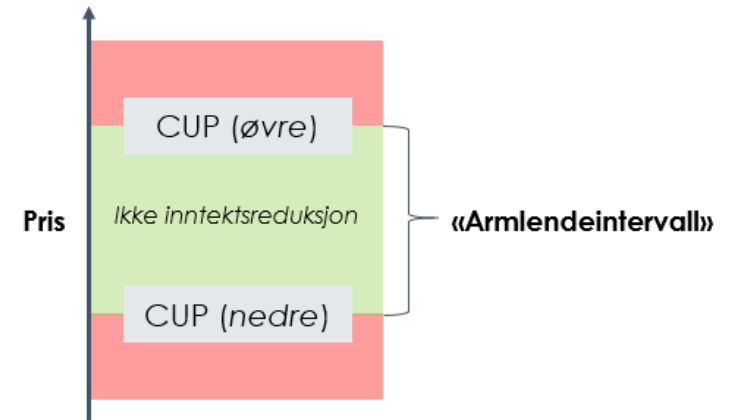
Bruk av punktestimater som «CUP» (2): Armlengdeintervaller

Punktestimater kan være et utgangspunkt, men må etableres et armlengdeintervall rundt punktestimatet

- Se hen til faktiske transaksjoner?
- Beregne et standardavvik e.l.?

Gal utvikling i rettspraksis

- Utv. 2018 s. 210 (Exxon):
 - Bare forskjellen mellom de ulike indeksleverandørene som innebærer et armlengdeintervall
 - Faktiske transaksjoner er irrelevant
- LG-2021-38180 (ConocoPhillips):
 - «Hvis en renteindeks hadde vært tilstrekkelig for å fastslå armlengdeprisen, eventuelt at alle indeksene hadde det samme gjennomsnittet, altså det samme punktestimatet, ville det vært armlengdeprisen»



«In practice, however, there is unlikely to be a single “market rate” but a range of rates although competition between lenders and the availability of pricing information will tend to narrow the range. »

OECD TPG pkt. 10.91

Takk for oss!

www.bahr.no



SIMEN SKJOLD SØGAARD
Partner/advokat

T +47 900 21 287

M sss@bahr.no



JOACHIM M. BJERKE
Partner/advokat

T +47 905 05 777

M jmb@bahr.no