

# Finansielle transaksjoner

**Oljeskattekvelden 30. november 2022**

**Katrine Døskeland**





Skatteetaten

# Agenda



- **Ingen klagevedtak**
- **Dommer:**
  - To lagmannsrettsdommer vedrørende prising av konserninterne lån, begge rettskraftige:
  - Gulating lagmannsrett 16. mars 2022 **ConocoPhillips** (2013-17)
    - (LG-2021-38180, Utv. 2022-724)
  - Borgarting lagmannsrett 31. mai 2022 **Petrolia II** (2014-16)
- **Noen kommentarer til Joachim Bjerke og Simen Søgaards (BAHR) innlegg på ORS' Kristiansandsymposium: *Internprising av lån – status på rettsområdet***

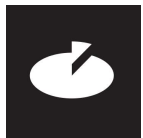


# Gulating LRs dom av 15. mars 2022

## ConocoPhillips

- ConocoPhillips Skandinavia AS (COPSAS)
- Inntektsårene 2013-17
- Rentefradrag redusert med MNOK 287 med hjemmel i skatteloven § 13-1
- Gulating lagmannsrett: Medhold til staten
- Ikke påanket til Høyesterett





Skatteetaten

# Avtalen og skjønnet

- Innlån fra beslektet selskap
- Avtalen inngått i 2013
- Løpetid på fem år
- Låneramme NOK 20 mrd.
  - Frem til endelig forfallsdato stod selskapet fritt til å foreta opptrekk og nedbetalinger.
- Avtalt rente **6M NIBOR + 125 bp**
- Rentemarginen skjønnsmessig nedjustert til + **75 bp**

– Krangler om 0,5 prosentpoeng

**E24** |



# COPSAS' kredittrating



- COPSAS hadde ved rentefastsettelsen lagt til grunn en kredittrating på BBB
- Tingretten la til grunn OSKs vurdering på A-
- Dette punktet ble ikke påanket av COPSAS til lagmannsretten
- COPSAS startet derved i oppoverbakke
  - (...) grunn til å fremheve at A- er to nivå høyere enn den COPSAS viste til som begrunnelse for at riktig nivå var 125 bp.
  - Det er en sammenheng mellom kredittrating og rentenivå, ved at bedre kredittverdighet gir lavere rente i rentemarkedet.

# COPSAS' anførsler

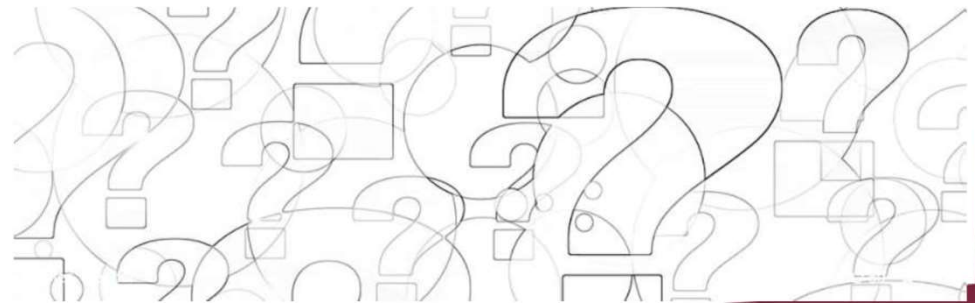


- COPSAS' anførsler:
- Ingen inntektsreduksjon, selv om en rating på A- legges til grunn
- **CUP-metoden anvendt på feil måte** av OSK
  - **Feil sammenligningsgrunnlag**
    - Punktestimat heller enn enkeltlån
  - **Armlengdeintervallet fastsatt for smalt**
    - Intervallet mellom laveste og høyeste punktestimat
  - **Ikke foretatt alle nødvendige justeringer** for å oppnå sammenlignbarhet
    - Fleksibilitet, valutaswap, datterselskapspremie



# Utgjør alle lån relevante sammenligningsgrunnlag med mindre OSK har bevist det motsatte?

- *COPSAS har anført at alle faktiske transaksjoner i utgangspunktet er relevante sammenligningsgrunnlag. Synspunktet er at det er OSK som skal godtgjøre hvorfor enkelte (...) lån, skal ses bort fra.*
- Lagmannsretten uenig:
  - **OSK har ikke kjennskap til enkeltheter rundt alle lån**
  - **Det store antallet lån gjør oppgaven uoverkommelig**
  - **Fremgangsmåten ville i praksis ledet til et svært vidt armlengdeintervall**



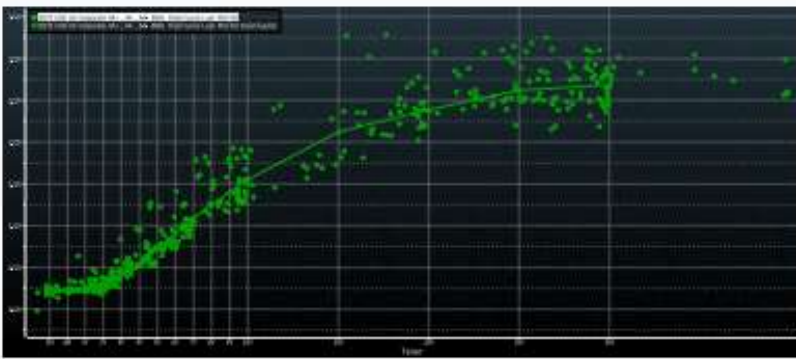
# Enkeltlån som sammenligningsgrunnlag

- COPSAS viste til 14 lån tatt opp av selskap som driver petroleumsvirksomhet i Norge og anførte at disse var sammenlignbare.
- Lagmannsretten uenig:
  - 12 av de 14 lånene var til to rørtransportselskaper, dvs. annen virksomhet enn E&P
  - 1 lån var konserninternt
  - 1 lån var tatt opp i 2015, dvs. to år etter COPSAS' lån
- Alle lånetransaksjonene ble etter dette forkastet som sammenligningsgrunnlag av LR
  - ***De lånene som COPSAS har vist til finner lagmannsretten etter dette å kunne se bort fra som relevant sammenligningsgrunnlag.***





# Punktestimater som sammenligningsgrunnlag



- Basert på data fra obligasjonsmarkedet om enkeltlån kan det tegnes en rentekurve
- Rentekurven viser **den systematiske sammenhengen** mellom renten (y-aksen) og løpetid (x-aksen) for lån med en gitt kredittrating per et gitt tidspunkt
- Hvert punkt på rentekurven er et **punktestimat**
- Angir den mest «sannsynlige» renten gitt lånetidspunkt, kredittrating og lånets løpetid
- Ulike indeksleverandører (Bloomberg og Standard & Poor's f.eks.) kan komme frem til ulike punktestimat, enten grunnet ulike datagrunnlag eller grunnet ulik metode

# Punktestimater som grunnlag for å fastsette et armlengdeintervall

- OSK hadde i tråd med *ExxonMobil*-dommen (LB-2016-160306 – UTV-2018-201) fastsatt armlengdeintervallet tilsvarende intervallet mellom laveste og høyeste punktestimat
- COPSAS anførte at *ExxonMobil*-dommen ikke ga uttrykk for et generelt prinsipp
- Lagmannsretten uenig og går til og med enda lengre:
  - ***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.***



# I samsvar med TPG å anvende punktestimater som sammenligningsgrunnlag?



- COPSAS anførte at i strid med TPG å anvende punktestimat som sammenligningsgrunnlag
- Lagmannsretten uenig:
  - **TPG** er omfattende og skal anvendes som **retningslinjer**.
    - Det følger videre av TPG punkt 2.17 at retningslinjene gir **anvisning på en fleksibel tilnærming** når CUP-metoden skal anvendes.
    - Videre følger det av TPG punkt 3.30 at **en vanlig kilde for informasjon er kommersielle databaser** som er gjort tilgjengelig for statistiske analyser.
  - Lagmannsretten kan **ikke** se at det er **i strid med CUP-metoden**, slik den er beskrevet i retningslinjene, **at det ikke er sammenlignet med konkrete og identifiserte enkeltlån**.

# Nødvendige justeringer for å oppnå sammenlignbarhet ikke foretatt?

- COPSAS:
- Ikke foretatt nødvendige justeringer for å oppnå sammenlignbarhet
  - **Lånets fleksibilitet** mht. opptrekk/nedbetaling
  - **Valutaswapkostnader**
  - **Datterselskapspremie**



# Lånets fleksibilitet – Commitment fee



- COPSAS:
  - Må hensyntas at lånet er fleksibelt
  - Ikke avtalt commitment fee
- Commitment fee:
  - Beredskapsprovisjon
  - Betaling for at långiver holder lånerammen tilgjengelig
  - Beregningsgrunnlaget for commitment fee er *uopptrukket* del av låneramme
  - Bakes i markedet ikke inn i renten, men avtales særskilt

# Lånets fleksibilitet – Commitment fee



- Lagmannsretten uenig:
- Ikke grunnlag for å hensynta fleksibilitet ved armlengdevurderingen av renten
- **Ikke tema ved avtaleinngåelsen**
  - *Lagmannsretten ser det slik at det ikke kan kreves at det tas hensyn til kostnader som partene ikke har vurdert ved avtaleinngåelsen, men som de kunne ha vurdert.*
- **Lite hensiktsmessig at commitment fee inkluderes i lånerenten**
  - *Commitment fee er ment å dekke kostnaden for långiver med å stille kapital til rådighet, altså for kostnaden som långiver har ved at hele eller deler av lånerammen ikke er benyttet. Hvis et slikt gebyr skal inkluderes i lånerenten på den delen av lånerammen som er benyttet, får gebyret en motsatt virkning.*

# Lånets fleksibilitet – Commitment fee



- **Ikke dokumentert at långiver hadde midler** eller et rettskrav på midler som samsvarte med den avtalemessige forpliktelsen overfor COPSAS
  - *Det vil ikke være grunn til å betale for fleksibilitet hvis det ikke er sikkert at fleksibiliteten kan benyttes.*
- **Lånerammen** antageligvis på et høyere nivå enn armlengdemessig

# Valutaswapkostnader



- COPSAS:
- Dersom COPSAS skulle ha lånt i markedet, ville selskapet sannsynligvis ha måttet ta opp et lån i USD og deretter vekslet lånet om til NOK, grunnet lånets størrelse
- Det må hensyntas at det da ville påløpt kostnader knyttet til veksling (swap) fra USD til NOK

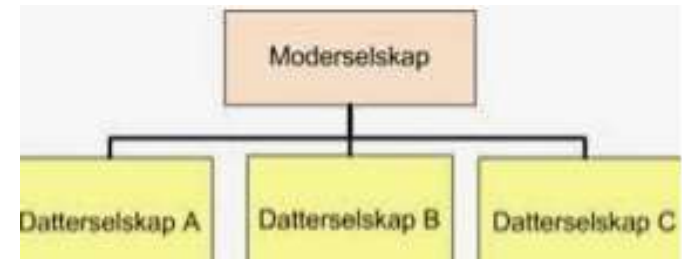


# Valutaswapkostnader



- Lagmannsretten uenig:
- *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.***
- *På samme måte som i LG-2016-092596 legger lagmannsretten til grunn at **det er den faktiske transaksjonen som skal vurderes og ikke en hypotetisk alternativ transaksjon.***
- *Det er heller **ikke dokumentert** om långiver (...) har pådratt seg swapkostnader, som kunne underbygge at det skal justeres for dette.*

# Datterselskapspremie



- COPSAS:
- Det må beregnes **en ekstra premie fordi det er et lån til et datterselskap, noe som utgjør et ekstra risikoelement.**
  - Observeres en ekstra premie på lån til datterselskap i markedet
- Først anført for LR
- Lagmannsretten uenig:
  - Begrepet datterselskapspremie:
    - Introdusert av COPSAS' sakkyndige vitne først for lagmannsretten
    - Ikke beskrevet i litteraturen
  - Taler sterkt for at det ikke er grunnlag for en datterselskapspremie.



Skatteetaten

# Rettens konklusjon



- *Lagmannsretten er etter dette kommet til at det ikke hefter feil med OSKs fremgangsmåte for å fastsette armlengdes pris, og at det **ikke er grunn til å justere intervallet med henblikk på fleksibilitet, swap, eller datterselskapspremie.***
- *Lagmannsretten mener at **renteindeksene er relevante sammenligningsgrunnlag.***

# Borgarting LRs dom av 31. mai 2022

## Petrolia II

- Petrolia NOCO AS
  - Leteselskap etablert i 2011
  - Finansiert med lån fra morselskapet Petrolia SE (Kypros)
- I utgangspunktet gjaldt rettssaken to delspørsmål:
  - Deler av gjelden å anse som egenkapital for skatteformål (tynn kapitalisering)?
    - OSK: Ja. **Beregning av lånekapasitet foretatt basert på bankers letelån-modell**
      - Medhold til staten i TR
      - Ikke påanket til LR
  - Renten (på akseptert gjeld) høyere enn armlengdemessig?
    - OSK: Ja. **Rentemarginen nedsatt til rentemarginen på letelån i bank**





Skatteetaten

# Domstolsbehandlingen



- Dersom saken lyder kjent, er det helt riktig
- Inntektsårene 2012-13 (**Petrolia I**)
  - Borgarting lagmannsretts dom av 19. mars 2021 (LB-2020-5842, Utv. 2021-665)
    - Fullt medhold til staten
  - Ikke påanket til HR
- Inntektsårene 2014-16 (**Petrolia II**)
  - Oppfølging av saken for tidligere inntektsår
  - Borgarting lagmannsretts dom av 31. mai 2022
    - Fullt medhold til staten
  - Anken til HR ikke tillatt fremmet



Skatteetaten

# Forholdet til LR-dommen for tidligere år

- Saken stod i all hovedsak i samme stilling for 2014-16 som for 2012-13
- (...) *snakk om **den skattemessige behandlingen av det samme konserninterne lånet og med i stor utstrekning de samme rettslige anførsle**ne som ble behandlet i dommen av 2021.*
- *Lagmannsretten er i det vesentligste enig i de vurderingene som denne dommen bygger på (...)*
- Nytt: Ny anførsel knyttet til CUP-metoden fra Petrolias side



# RTA-prinsippet og CUP-metoden («Options Realistically Available»)



- Petrolias anførsel:
- En **forutsetning** for at en transaksjon skal kunne anvendes som sammenligningsgrunnlag ved bruk av CUP-metoden er at transaksjonen var et **realistisk tilgjengelig alternativ** (RTA) for skattyter, jf. TPG punkt 1.38
- Selskapet viste til at det **hadde fått avslag på letelån i bank**
  - Indirekte aksjonær (under straffeforfølgning) anført som sannsynlig årsak til avslagene
  - **Letelån i bank derved ikke anvendelig som sammenligningsgrunnlag**
- Kunne fått obligasjonslån, men til en høy rente
  - Internlånet med rente på 3M NIBOR + 10 % derved armlengdemessig

# RTA-prinsippet («Options Realistically Available»)

- Må det oppstilles et tilleggsvilkår om at sammenligningsgrunnlaget var tilgjengelig for skattyter?
- *For det første viser lagmannsretten (...) til at det ikke foreligger tilstrekkelig bevismessig dekning for at letelån var utilgjengelig for skattyter i den aktuelle tidsperioden.*
- *Dette er likevel ikke avgjørende. Uansett mener lagmannsretten at **et tilleggsvilkår ved valget av CUP-er om at skattemyndighetene må påvise hvorvidt disse rent faktisk var tilgjengelige for skatteyter, ikke kan utledes verken av lovens ordlyd, OECD-retningslinjene eller gjeldende rettspraksis, og dermed ikke har noen rettskildemessig dekning.***





# CUP-metoden



- Lagmannsretten:
- *At transaksjonene gikk ut på **lån** av penger (...), gjør at **CUP-metoden** kan anses **spesielt pålitelig** (...)*
- *Det avgjørende vilkåret for valget av CUP-metoden for å komme frem til armlengdes pris er at det foreligger **sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner**, jf. særlig retningslinjene punkt 2.15. Det utslagsgivende i denne forbindelse er om det foreligger en egnet målestokk for **hva et uavhengig leteselskap ville valgt**.*
- *I dette tilfelle er det etter lagmannsrettens syn klart at en slik målestokk forelå, og at **letelånsordningen i bank**, dvs. hos en uavhengig långiver, med sikkerhet i form av pant i leterefusjonen, **er det alternativet som uavhengige leteselskaper må forutsettes å ha benyttet og dermed var sammenlignbart**.*



# Noen kommentarer til BAHRs innlegg på ORS' Kristiansand-symposium 2022

## Internprising av lån – status på rettsområdet

Joachim M. Bjerke og Simen S. Søgård

KRISTIANSAND SYMPOSIUM, 13. JUNI 2022

BAHR

**Tema 1:**  
Tynn kapitalisering – utviklingstrekk

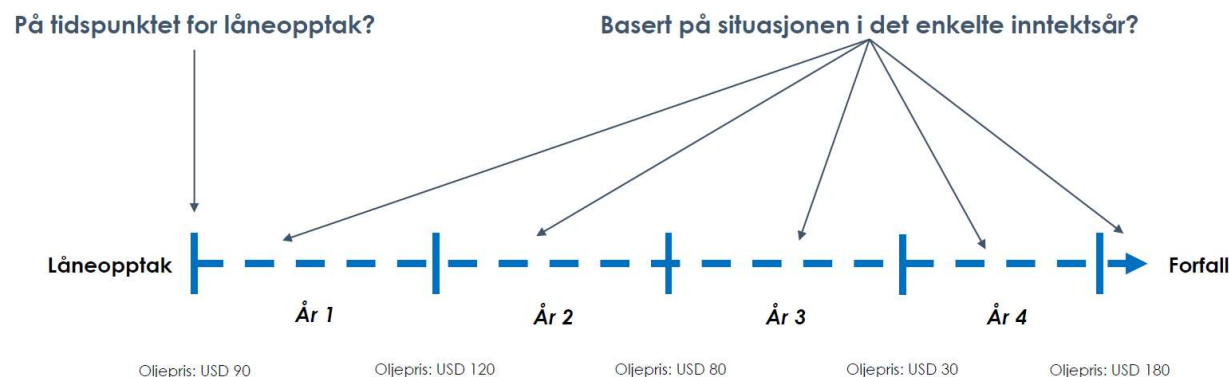
**Tema 2:**  
Refinansieringer (faktiske og hypotetiske)

**Tema 3:**  
Justeringer av sammenligningsgrunnlag

**Tema 4:**  
Punktestimat og intervaller

# Tynn kapitalisering – tidspunkt for lånekapasitetsvurderingen

Når skal skattyters låneevne vurderes?



- Når skal lånekapasiteten vurderes?
  - Kun på tidspunktet for låneopptak?
  - Hvert inntektsår lånet består? Fare for at skiftende oljepriser i så fall vil føre til at beregnet lånekapasitet går opp og ned som en jojo?



# Tynn kapitalisering – tidspunkt for lånekapasitetsvurderingen

- BAHR: Endringer i lånekapasiteten kan være relevant
  - Økt lånekapasitet er relevant
    - Må gjelde også der låntaker er norsk skattyter
  - Redusert lånekapasitet?
    - Bare hvis eksterne långivere ville avtalt det
- Ingen prinsipiell uenighet om dette
- Kontoret observerer at eksterne långivere i form av **banker foretar en løpende lånekapasitetsvurdering** ved både letelån og reservebaserte lån (RBL)
  - Tilsier etter kontorets syn at redusert lånekapasitet må hensyntas
  - Fordi RBL-bankenes prisforutsetninger er konservative vil svingninger i petroleumsprisen ikke medføre tilsvarende svingninger i «borrowing base» og derved beregnet lånekapasitet



# Tynn kapitalisering – betydningen av implisitt støtte

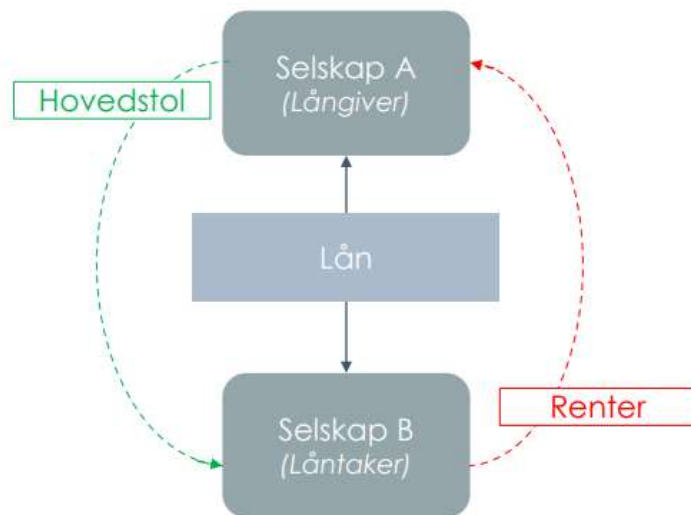
Særlig om implisitt støtte

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»

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?





# Tynn kapitalisering – betydningen av implisitt støtte



- **Rettspraksis klar:** Ved lånekapasitetsvurderingen skal det ses bort fra den økte lånekapasiteten som måtte følge av konserntilknytningen
  - Petrolia I-dommen (LB-2020-5842, Utv. 2021-665)
- Uavhengig av dette kan man stille seg følgende spørsmål:
- **Hvordan skulle man gått frem for å kvantifisere «konserneffekten»?**
- **I hvilken grad er lånekapasitet mer enn neddiskonterte kontantstrømmer?**
  - En forventning om at konsernet vil bidra økonomisk ved et eventuelt behov påvirker kun **sikkerheten** knyttet til lånet (sannsynlighet for mislighold og tap gitt mislighold), **de fremtidige kontantstrømmene knyttet til driften påvirkes ikke**
  - Det er de fremtidige kontantstrømmene som skal betjene lånet og som derved skaper låneevnen



Skatteetaten

# Refinansieringer - hypotetiske

Se bort fra at en refinansiering er gjort

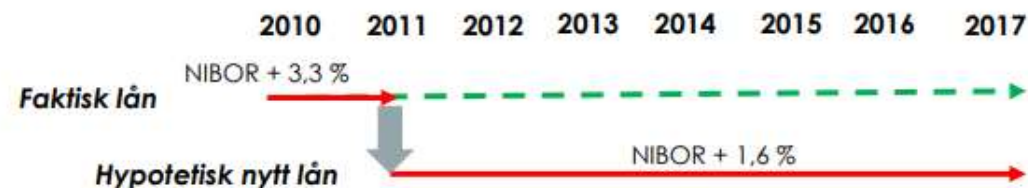
Hess-dommen (Utv. 2017 s. 1471):



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)

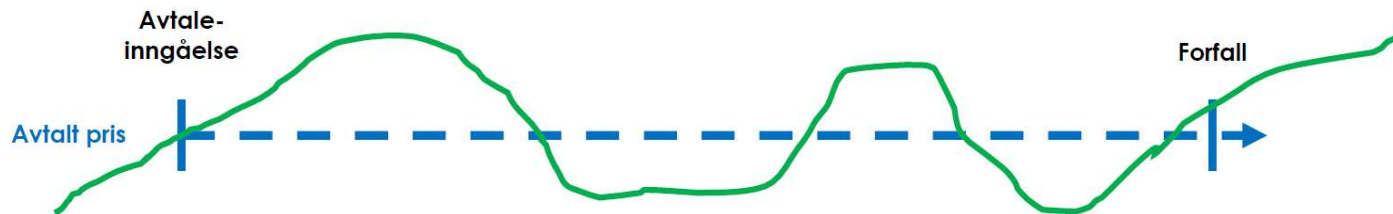




Skatteetaten

# Refinansieringer - hypotetiske

## 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?





Skatteetaten

# Refinansieringer - hypotetiske

- Ikke slik at skattepliktige må foreta en dag-til-dag vurdering av hvorvidt det ville lønne seg å refinansiere
- Vurderingstema: **Hva ville en uavhengig låntager i samme situasjon gjort?**
- Dersom en uavhengig låntager ville valgt å refinansiere, må det samme legges til grunn for internprisingsformål
  - I saken det er vist til: Avtalt rentemargin 3,3 % mot rentemargin i markedet 1,6 %, 6,5 år igjen av lånets løpetid



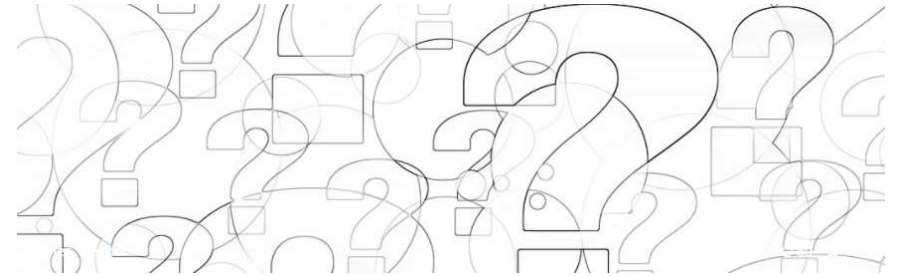
# Punktestimat og armlengdeintervall

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»



# Punktestimat og armlengdeintervall

- **Rettspraksis er klar**
- Det skal **ikke** etableres **et armlengdeintervall rundt punktestimatene**, eksempelvis i form av standardavvik
  - *ExxonMobil* (Utv. 2018 s. 210), *ConocoPhillips* (LG-2021-38180)
- Konkurransen mellom långivere og god tilgang på prisinformasjon taler mot etablering av et vidt armlengdeintervall i lånesaker
  - TPG 2022 art 10.91 («*competition between lenders and the availability of pricing information will tend to narrow the range*»)



# Punktestimat og armlengdeintervall

- Avvik fra punktestimat må begrunnes i **særegne, dokumenterte forhold** ved lånet som er til vurdering
- **Faktiske transaksjoner er (selvfølgelig) ikke irrelevante, gitt at de er tilstrekkelig sammenlignbare** (lik kredittrating holder ikke)
- **Store renteavvik mellom transaksjonene i det anførte sammenligningsgrunnlaget indikerer manglende sammenlignbarhet**





Skatteetaten

# Takk for oppmerksomheten!

