



PGNiG Upstream Norway AS mot Staten v/ Oljeskattekontoret: Dom Oslo tingrett 19.12.23

Fradragsrett for renter betalt på lån fra morselskap (tynn kapitalisering mv.)

Advokat Andreas Bullen (PhD)

ORS Kristiansand Symposium 11. juni 2024

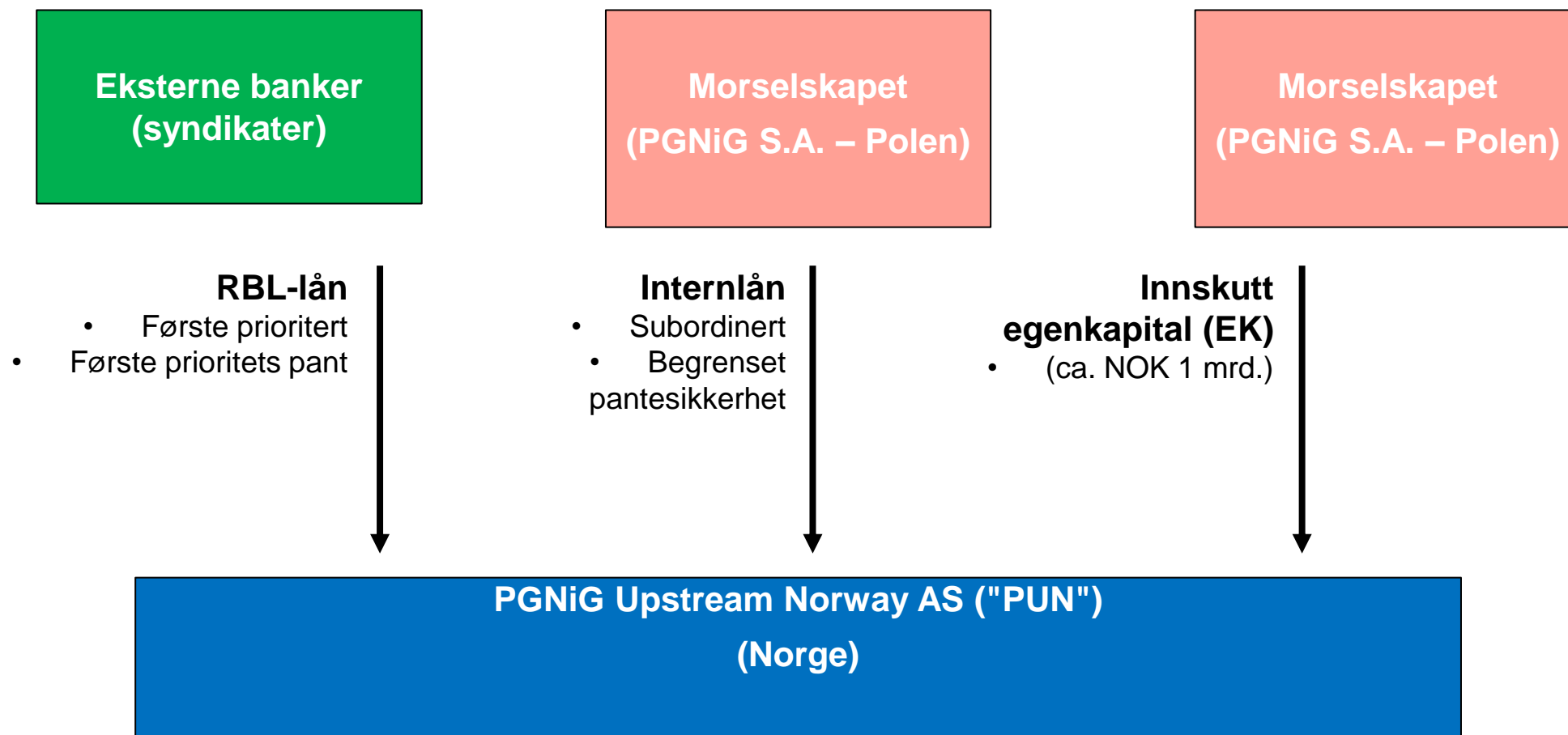
Fiersholm

01

Faktum, hovedspørsmål og avgjørelser

Faktum

Finansieringskilder 2010–2016



Faktum

Eksternlån (RBL)

Overordnet

- RBL = Reserve based lending"
 - Finansering av petroleumsselskaper basert på nåverdien av fremtidig kontantstrøm fra olje- og gassreserver
- PUNs RBL-lån
 - Tatt opp for å finansiere utbygging av Skarv-feltet mv.
 - Nr. 1: Tatt opp høst 2010 (MUSD 400 i låneramme)
 - Nr. 2: Tatt opp høst 2015 (refinansiering av nr 1) (ca. samme låneramme)
- Tilgjengelig lånebeløp begrenses av en "borrowing base" som beregnes på nytt hvert halvår i lånets løpetid

Borrowing base: Beregningsgrunnlag

- Nåverdien av PUNs fremtidig kontantstrømmer
 - Enten i feltets levetid
 - Prosentandel av nåverdi = "field life borrowing base"
 - Eller i lånets løpetid
 - Prosentandel av nåverdi = "loan life borrowing base"
- Fremtidige kontantstrømmer svært konservativt beregnet
 - Fremtidige olje- og gasspriser settes betydelig lavere enn tilgjengelige forwardpriser
 - Fremtidige produksjonsvolumer svært konservativt fastsatt, osv.

Faktum

Eksternlån (RBL)

Borrowing base: Andel nåverdi som kan belånes

- "Field life borrowing base"
 - Ca. 70 % av nåverdien av kontantstrømmer i feltets levetid
- "Loan life borrowing base"
 - Ca. 80 % av nåverdien av kontantstrømmer i lånets løpetid
- "Loan life borrowing base" normalt lavere enn "Field life borrowing base"
 - Riktignok: Høyere prosentandel av nåverdi kan belånes
 - Men: Nåverdi lavere (færre år med fremtidige kontantstrømmer)
- Borrowing base = typisk laveste av "Loan life" og "Field life" til feltet starter produksjon
 - Lånebeløp deretter kun begrenset av "Field life"

Reduksjonsplan

- Tilbakebetaling i løpet av lånets løpetid (f.eks. 7 år for RBL-lån nr. 1)
- Tilgjengelig lånebeløp blir lavere og lavere i lånets løpetid
 - Laveste beløp av tilgjengelig lånebeløp iht. reduksjonsplan og borrowing base

Faktum

PUNs virksomhet og internlån

2007–2010: Etablering

- PUN etablert i 2007
 - Kjøp av lisensandel i Skarv fra Exxon
 - Finansiert med EK (ca. MNOK 1 000) og Internlån 1 (MNOK 3 800)
- OSK fravek opprinnelig rentesats på internlån 1, men aksepterte denne til slutt i et vedtak fattet i 2012
 - NIBOR + 2,2 %
 - Tilnærmet samme rentemargin på etterfølgende internlån

2010–2012: Refinansiering og forsinkelse Skarv

- Refinansiering i 2010
 - Internlån 2 (MNOK 786): Brofinansiering til RBL-lån 1 kom på plass
 - RBL-lån 1
 - Internlån 3 (MNOK 3 900 / 5050) erstatter internlån 1 (subordinering/ begrensning av pante-sikkerhet) og internlån 2
- Planlagt oppstart Skarv høst 2011 forsinket
 - PUN tar opp internlån 4 og 5 (MNOK 730 og 500)

2013–2014: Skarv i produksjon

- Skarv starter produksjon i januar 2013
- Internlån 4 og 5 tilbakebetales
- Internlån 3 eneste utestående

2015–2016: Refinansiering og diversifisering

- Kjøp av lisensandeler fra Total høsten 2014
 - Internlån nr. 6 (MNOK 900) tas opp i 2014, og nedbetales i 2015
- RBL lån 2 erstatter RBL-lån 1 i 2015

NB! Jeg vil tidvis omtale internlån 2–6 som "internlånet" i det følgende

Sakens kjernesporsmål

- Fradragsrett for renter i alminnelig inntekt (finanskostnad land)
 - Fradragsretten for renter i særskattegrunnlaget ikke tema
 - Ingen vesentlig skattesatsforskjell mellom morselskap og PUN (skattesats 19 % i Polen)
- Kjernesporsmål: Var PUNs rentekostnader på internlån 2–6 høyere enn de ville ha vært uten interessefellesskap, jf. sktl. § 13-1(1)?
 - Partene enige om at PUN hadde behov for kapitalen
 - OSK anførte ikke at rentemarginen var for høy
 - Derimot anførte PUN at rentemarginen var for lav
 - Forutsetningen for at PUNs inntekt skulle være redusert var derfor at lånebeløpet var høyere enn det ville ha vært uten interessefellesskap



Tre hovedproblemstillinger

Lånekapasitet

- Overskred internlånet PUNs "lånekapasitet"?
 - Lånekapasitet: Det beløp PUN ville ha vært i stand til å ta opp i lån fra uavhengige långivere
- = det lånebeløp som ville ha vært en *"realistically available option"* for PUN uten interessefellesskap
 - *OECD Transfer Pricing Guidelines ("TPG") § 1.38:*
 - *"Independent enterprises, when evaluating the terms of a potential transaction, will compare the transaction to the other **options realistically available to them**, and they will only enter into the transaction if they see no alternative that offers a **clearly more attractive** opportunity to meet their commercial objectives."*

Lånevillighet

- Overskred internlånet PUNs "lånevillighet"?
 - Ville det være mer økonomisk gunstig for PUN å erstatte en andel av internlånet innenfor lånekapasiteten med EK?
- Spørsmål om hvilket lånebeløp som ville være *"clearly more attractive"* for PUN uten interessefellesskap, jf. TPG § 1.38

Rentemargin

- Var rentemarginen på internlånet lavere enn den ville ha vært uten interessefellesskap
 - Uvanlig at skattyter anfører dette, men godt begrunnet anførsel som tingrettens flertall tok til følge

Oljeskattekontoret vedtak (7. juni 2022)

2010–2013:

- Lånekapasitet = laveste av "Field life" og "Loan life" borrowing base beregnet etter RBL-modellen
 - Utestående RBL-lån var i hele perioden noe lavere enn PUNs borrowing base
 - Internlån akseptert innenfor ubenyttet del av borrowing base
- Lånevillighet = lånekapasitet
- Rentemargin = faktisk avtalt rentemargin i internlåneavtalen

2014:

- Lånekapasitet = "Kun" begrenset av "Field life" borrowing base
 - Fordi Skarv hadde kommet i stabil produksjon
- Lånevillighet = lånekapasitet
- Rentemargin = faktisk avtalt rentemargin i internlåneavtalen

2015–2016

- Som for 2014, men med tillegg av en juniortransje på toppen av "Field life borrowing base"
 - Fordi PUN hadde fått en mer diversifisert portefølje
 - Juniortransje = ca. 80 % av nåverdien av kontantstrømmer i feltets levetid beregnet etter RBL-modellen fratrasket "Field Life" borrowing base
 - Rentemargin = 150 bps tillegg på faktisk avtalt rentemargin i internlåneavtalen

Tingrettens dom (19. desember 2023)

Twistegjenstand

- Saken gjaldt gyldigheten av kontorvedtaket (ikke påklaget)
 - Oljeskattekontoret mente PUNs rentekostnader oversteg et armlengdes nivå, og nedjusterte rentekostnadene med til sammen MMOK 880 for 2010–2016
- Oslo tingrett satt med fagkyndige meddommere
 - Flertall: Meddommerne
 - Mindretall: Fagdommer

Tingrettens resultat (TOSL-2022-177528-2)

- Oslo tingrett konkluderte med at kontorvedtaket var ugyldig (dissens kun på et punkt – rentekostnadsspørsmålet)
 - Tre av årene: Ikke skjønnsadgang, jf. sktl. § 13-1(1)
 - Fire av årene: Skjønnsadgang, men ugyldig skjønn, jf. sktl. § 13-1(3)
- Staten har påanket dommen til Borgarting lagmannsrett
 - Ankeforhandlingen ikke berammet per i dag

Agenda

- 01 Faktum, hovedspørsmål og avgjørelser
- 02 Lånekapasitet
- 03 Lånevillighet
- 04 Rentemargin
- 05 Sammenfatning

02

Lånekapasitet

02a

Innledende om problemstillingen

Rettskildebildet

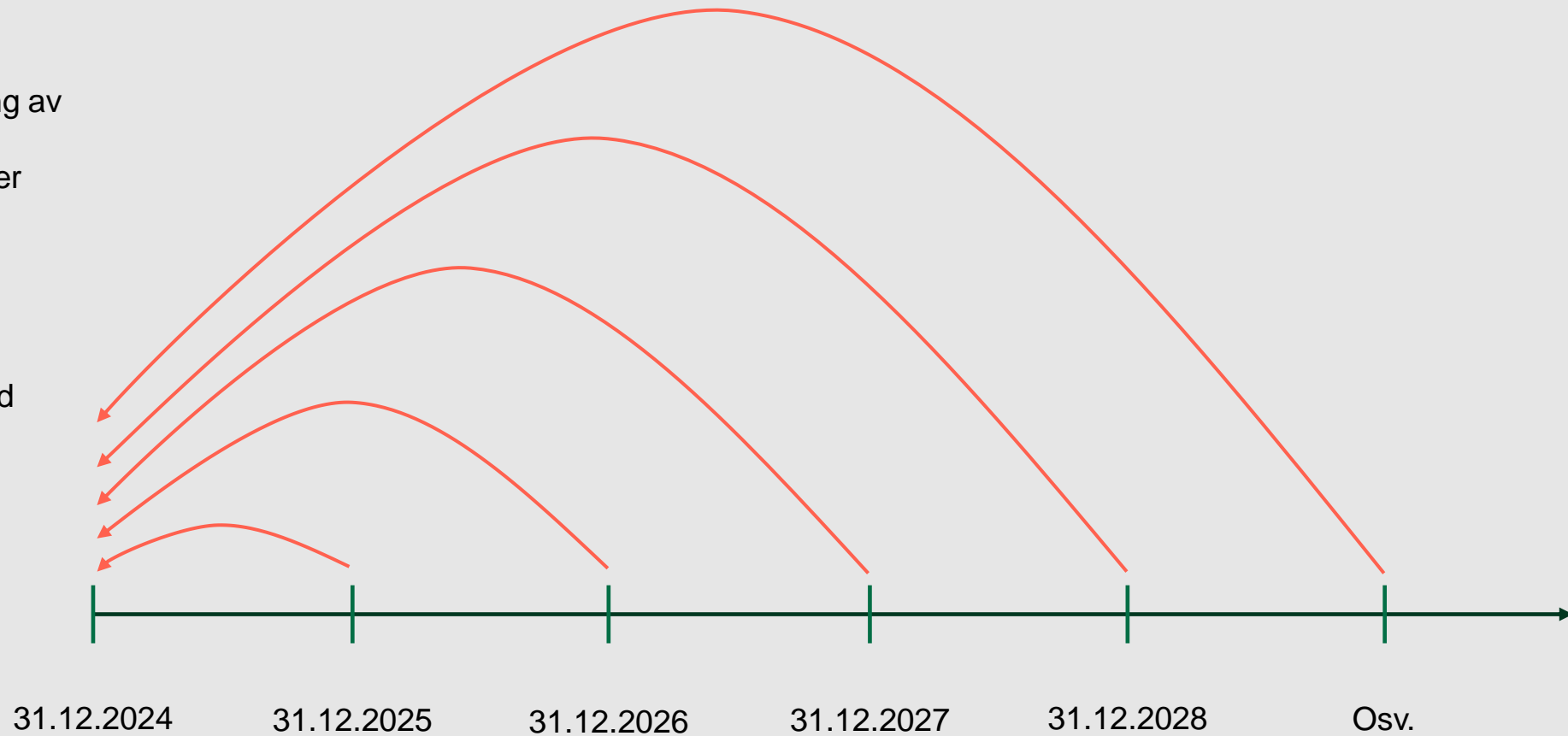
- Hvordan fastsette skattyters lånekapasitet?
 - Verken TPG kap. X (om finansielle transaksjoner) eller andre kapitler i TPG gir konkret veiledning
 - Tidligere retts- og ligningspraksis gir en viss veiledning
 - I praksis nødvendig å foreta en konkret vurdering basert på foreliggende bevismateriale, økonomisk teori, mv.



Egenkapitalbasert vs. kontantstrømbasert tilnærming

To sider av samme sak – intet motsetningsforhold

1. Neddiskontering av fremtidige kontantstrømmer
2. Nåverdien av eiendelene
3. En andel av nåverdien må finansieres med egenkapital



Tingrettens lånekapasitetsvurdering: Oversikt

- Syntes å være enighet om:
 - Lånekapasiteten = viss prosent av nåverdien av skatteyters fremtidige kontantstrømmer + skatteposisjoner
 - = prosentandel av PUNs eiendelsverdi
 - Lånekapasiteten vurderes løpende (ikke bare på tidspunkt låneavtaler ble inngått)
- Tingretten vurderte derimot følgende tre (omstridte) forhold:
 1. Beregningsgrunnlag for PUNs lånekapasitet
 - Konservativ eiendelsverdi (RBL), bokført eiendelsverdi eller forventningsrett eiendelsverdi?
 2. Skal PUNs konserntilknytning tillegges vekt i vurderingen av hvor stor prosentandel av eiendelsverdien som kan belånes?
 3. Konkret vurdering av hvor stor prosentandel av eiendelsverdien som kan belånes



02b

**Beregningsgrunnlaget for
lånekapasiteten:
Eiendelsverdien**

Alternativ 1: Nåverdi av selskapets fremtidige kontantstrømmer basert på RBL-modellen

OSK: Konservativ eiendelsverdi (RBL-modellen)

- OSK anførte at eiendelsverdien skulle beregnes basert på RBL-modellen = lave eiendelsverdier = lav lånekapasitet
 - Jf. tingretten gjengivelse av OSKs anførsel:
 - "Oljeskattekontoret mener det lånet PUN kunne fått i form av reservebasert lån (RBL-lån) tilsvarer maks lånekapasitet PUN kunne ha tatt opp eksternt.
 - "Oljeskattekontoret har derfor beregnet PUNs lånekapasitet i tråd med metodikken som eksterne banker benytter ved innvilgelse av RBL-lån"
 - Ifølge Oljeskattekontoret er RBL-modellen det nærmeste man kommer et sammenligningsgrunnlag i saken."

Tingretten: RBL-modellen gir ikke uttrykk for (maksimal) lånekapasitet

- Tingretten: "*Det å basere lånekapasiteten utelukkende på PUNs evne til å ta opp RBL-lån vil etter rettens syn gi en for konservativ belåningsgrad, særlig i perioden 2011 til 2014.*"
 - Viste bl.a. til konservative oljeprisforutsetninger i RBL-modellen:
 - "*beregningen benytter konservative forutsetninger for fremtidige oljepriser og som i den aktuelle perioden har vært **betydelig lavere enn markedets forutsetninger representert ved forwardpriser** på olje. Oljeprisforutsetningen i RBL-avtalene var i gjennomsnitt 60 prosent av spotpris i årene 2010 til 2014*"

Alternativ 2: Bokførte verdier

Tingretten: PUNs bokførte verdier etter OSKs RBL-skjønn viser at RBL-modellen ikke uttrykker lånekapasitet

- Tingretten: "å basere lånekapasiteten utelukkende på PUNs evne til å ta opp RBL-lån vil etter rettens syn gi en for konservativ belåningsgrad, særlig i perioden 2011 til 2014, **målt ved implisert bokført egenkapital**"

Accounting equity ratio (after reclassification)	
2010	54,0%
2011	49,7%
2012	56,1%
2013	57,6%
2014	40,2%
2015	24,3%
2016	24,9%
AVG	43,8%

Tingretten baserte seg ikke på bokførte verdier

- Tingretten baserte seg likevel ikke på bokførte verdier som beregningsgrunnlag for å fastsette PUNs lånekapasitet.

Alternativ 3: Nåverdien av selskapets fremtidige kontantstrømmer basert på forventningsrette forutsetninger

PUN: Eiendelsverdi basert på forventningsrette forutsetninger

- PUN: Nåverdien av selskapets fremtidige kontantstrømmer må baseres på forventningsrette forutsetninger
 - "Virkelig eiendelsverdi"

Tingretten: Enig med PUN

- Tingretten var enig med PUN :
 - *"Dersom bokført verdi avviker fra virkelig verdi, vil det være en **sannsynlighetsovervekt for at rasjonelle markedsaktører tar utgangspunkt i virkelig verdi** ved beregning av lånekapasitet.*
- Tingretten baserte seg på eiendelsverdi beregnet av PUNs sakkyndige vitner:
 - *"Retten tar derfor utgangspunkt i virkelig verdi av eiendelene i en ny lånekapasitetsberegning, og benytter verdsettelsen foretatt av sakkyndig vitne Daniel Rennemo, verdsettelsen foretatt av Wood Mackenzie og verdien av skattefordelen slik dette er presentert i Rennemos presentasjon"*

02c

**Konserntilknytningens
betydning for andel av
eiendels-verdi som kan
belånes**

OECD TPG: Konserntilknytning *skal* tillegges vekt i lånekapasitetsvurdering

Partenes anførsler

- OSK: Konserntilknytning skal vektlegges i vurdering av armlengdes rentesats, men ikke i vurdering av armlengdes lånebeløp (lånekapasitet)
 - Motsatt av hva staten har anført i tidligere saker
- PUN: Konserntilknytning skal vektlegges både i vurderingen av armlengdes lånebeløp og armlengdes rentesats

OECD TPG 1.177

- *"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".*

OECD TPG § 10.76 og 10.77

- *"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"*
- *"Secondly, the MNE may receive support from the group to meet its financial obligations in the event of the borrower getting into financial difficulty"*
- *"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"*

Tidligere rettspraksis: Konserntilknytning skal tillegges vekt i lånekapasitetsvurdering

LE-1990-574 *Conoco* om armlengdes rentesats på et internlån: Konserntilknytningen vektlegges

- Lagmannsretten: "*Lagmannsretten er enig med staten i at en ikke skal se bort fra CNIs [debitors] faktiske stilling som datterselskap. Loven må forstås slik at den med "om interessefelleskap ikke hadde foreligget", sikter til interessefelleskap mellom långiver og låntaker. Reelle hensyn som taler for å tolke bestemmelsen annerledes, kan ikke sees å foreligge. Det ville også bli en svært hypotetisk vurdering som måtte foretas, dersom en skulle se bort fra CNIs faktiske stilling. (...) Etter bevisførselen må legges til grunn at det har en viss betydning for lånevilkårene at det foreligger en konserntilknytning, selv om morselskapet ikke garanterer for lånet. Det er i praksis sjelden at sterke morselskaper lar et datterselskap gå konkurs, da dette også lett får konsekvenser for morselskapets omdømme og kredittverdighet. Etter det som foreligger, må antas at konserntilknytningen ville hatt en positiv effekt for CNI ved eksterne låneopptak.*"

Utv. 1999 s. 540 *Nycomed* om lånekapasitet: Konserntilknytningen vektlegges

- Gjaldt rentefrie lån fra norsk mor til utenlandsk datter og staten argumenterte for at datter hadde høy lånekapasitet
 - Staten anførte at konserntilknytningen måtte vektlegges
- Lagmannsretten var enig: "*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, jf Eidsivating lagmannsretts dom 28 september 1992 i sak nr 90-00574A, der tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i en sak vedrørende fravikelse av krav om rentefradrag på internlån for et selskap i oljesektoren. 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.*"

Petrolia: Konserntilknytning skal ikke tillegges vekt i lånekapasitetsvurdering

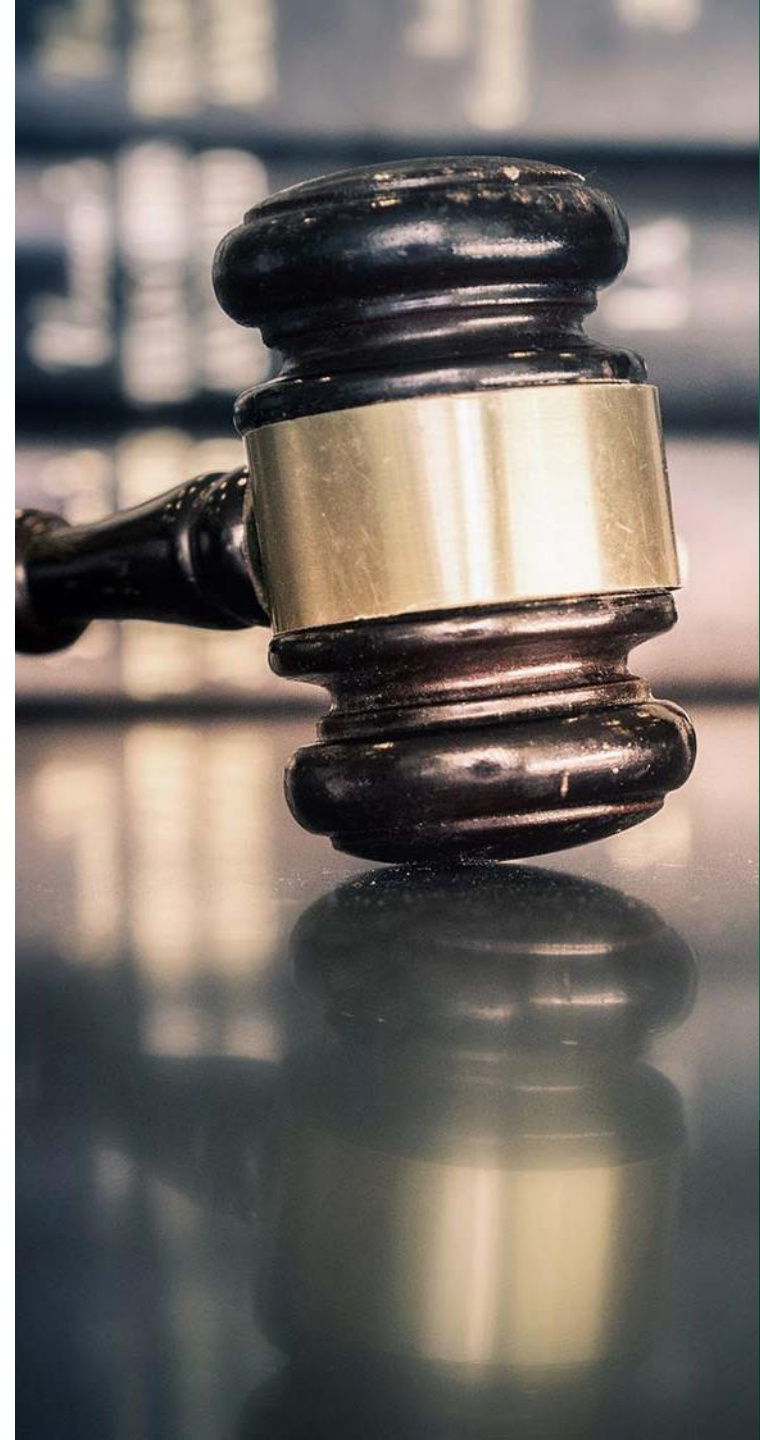
Utv. 2021 s. 665 *Petrolia*

- Lagmannsretten:
 - **"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."**
- Arbeidsuhell?
 - Vektlegging av konserntilknytning vil ikke øke lånekapasitet til 100 % av eiendelsverdi
 - Lagmannsretten viste ikke til noen av kildene som klart fastslår at konserntilknytningen skal vektlegges
 - Lagmannsretten viser i stedet til kilder som ikke berører problemstillingen



Tingretten: Konserntilknytning *skal* tillegges vekt i lånekapasitetsvurderingen

- Tingretten mener *Petrolia*-dommen må leses i lys av det spesielle saksforholdet i den saken (anførsel om at lånekapasitet var 100 % av eiendelsverdi)
 - *"Etter rettens syn må lagmannsrettens uttalelser i den saken ses i lys av saksforholdet som der ble behandlet. Petrolia hadde negativ egenkapital i de årene vedtaket gjaldt, og det var tale om å fullfinansiere virksomheten."*
 - *"Situasjonen lagmannsretten henviser til er en helt annen situasjonen enn i vår sak. Konserntilknytning kan etter rettens syn tillegges vekt, men det er **ikke likhetstegn mellom det å tillegge noe en viss vekt og en fullfinansiering.**"*
- Tingretten la avgjørende vekt på de øvrige rettskildene:
 - *"Etter rettens syn må gjennomgåtte rettskilder forstås slik at konserntilknytningen kan vektlegges både i vurderingen av lånekapasitet og i vurderingen av rentenivå. Hvor mye vekt en slik konserntilknytning skal tillegges er usikkert."*



Konkret betydning av konserntilknytning

PUNs betydning for PGNiG-konsernet

- TPG § 10.78: Betydning av konserntilknytning beror på konkret vurdering av datterselskapets betydning for konsernet:
 - *"Entities of an MNE group will be more or less likely to receive group support according to the relative importance of the entity to the MNE group as a whole and the linkages between the entity and the rest of the MNE group, either in its current form or in terms of future strategy. An **MNE group member with stronger links, that is integral to the group's identity or important to its future strategy, typically operating in the group's core business, would ordinarily be more likely to be supported by other MNE group members and consequently have a credit rating more closely linked to that of the MNE group.** (...) In the case of an entity where there is evidence that no support would be provided by the MNE group, it may be appropriate on the prevailing facts and circumstances to consider the entity on the basis of its own stand-alone credit rating only."*
- OSK klassifiserte PUN som "highly strategic" iht. Standard & Poor's rating metodikk
 - PUN enig i denne klassifiseringen, mens staten antydte at PUN kunne være enda viktigere ("core")
 - Tingretten la til grunn samme rating som OSK

02d

**Konkret vurdering av andel
av eiendelsverdi PUN kunne
belåne**

PUNs anførsel og tingrettens vurdering

PUN: 70–80 % av virkelig eiendelsverdi kan belånes

- Prinsipalt: Dersom konserntilknytning vektlegges:
 - Lånekapasitet = 80 % av virkelig eiendelsverdi
- Subsidiært: Dersom konserntilknytning ikke vektlegges:
 - Lånekapasitet = 70 % av virkelig eiendelsverdi

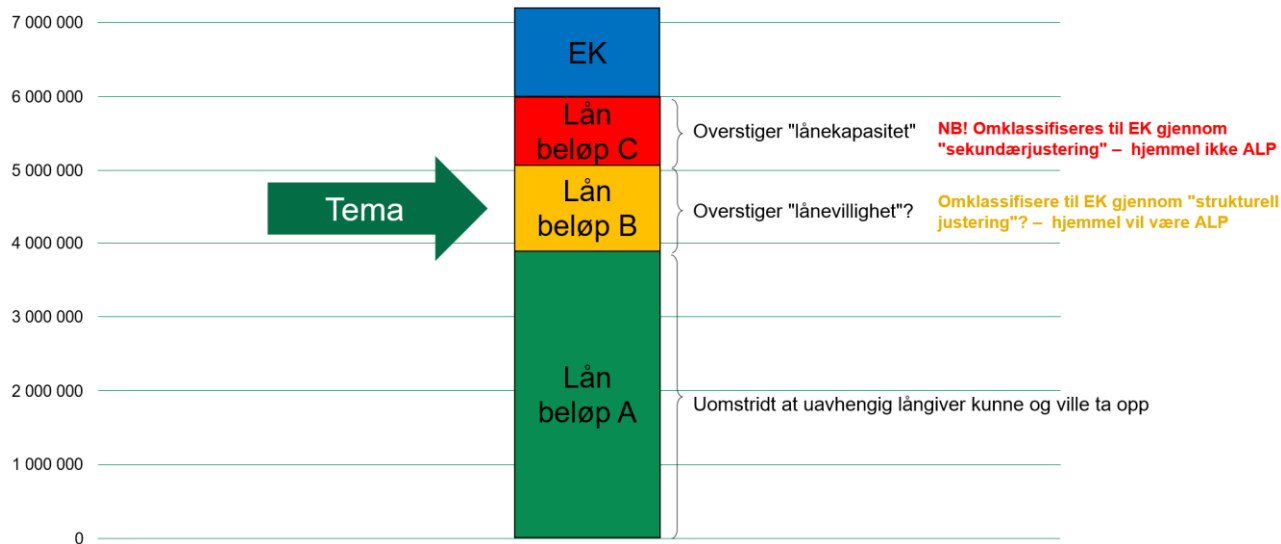
Tingrett: 70 % av virkelig eiendelsverdi kan belånes

- Tingretten falt ned på 70 % basert på en konkret vurdering
 - *"Retten er enig med PUN i at jo viktigere et datterselskap er i konsernet, jo større viktighet har en implisitt garanti, men retten har likevel ikke funnet det sannsynliggjort at PUN ville fått en finansiering på over 70 prosent av eiendelsverdien sett i lys av at PUN særlig i 2011 til 2013 var i en tidlig fase."*
- Tilbud fra DNB tillagt betydelig vekt:
 - *"Retten viser til tilbudet fra DNB datert september 2018 hvor det fremgår på side 10 at obligasjonsinvestorene trolig kunne godta en belåning inntil 70 prosent av selskapets verdi"*
- Sakkyndig vurdering som belyste belåningsgraden til andre sammenlignbare selskaper på norsk sokkel også vektlagt

03

Lånevillighet

Problemstillingen



- Reiser to problemstillinger:
 1. Prinsipalt: Gir sktl. § 13-1 hjemmel til å skape en egenkapitaldisposisjon?
 2. Subsidiært: Var vilkårene for å restrukturer en andel av internlånet til EK oppfylt?

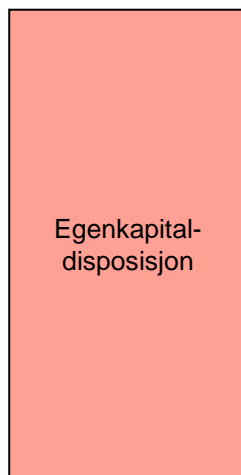
1. Gir sktl. § 13-1 hjemmel for å skape en egenkapitaldisposisjon?

PUNs anførsel

HR-2016-2165-A, **IKEA**

Ikke anvende ALP på en EK-disposisjon

Faktisk transaksjon

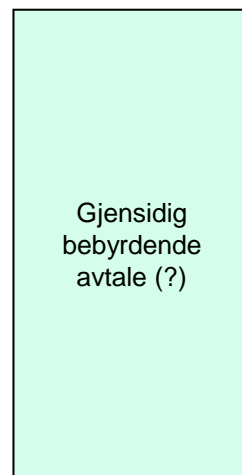


Kan ikke forekomme mellom uavhengige parter – kan ikke ALP-testes



"(81) Mitt syn er at § 13-1 ikke kommer til anvendelse der disposisjonsrekken omfatter reelle egenkapitaldisposisjoner som lovlig foretas etter norsk aksjelovgivning."

Alternativ transaksjon

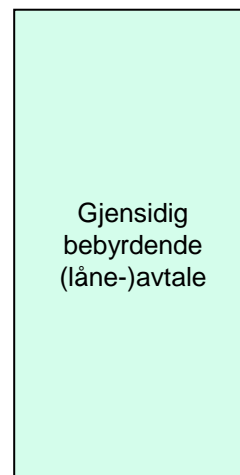


Gjensidig bebyrdende avtale (?)

Lånevillighetsvurderingen

Ikke anvende ALP for å skape en EK-disposisjon?

Faktisk transaksjon



Gjensidig bebyrdende (låne-)avtale



"(79) (...) Den sammenligningen som skjønnnet etter § 13-1 tredje ledd legger opp til, vil også by på problemer i slike tilfeller [egenkapitaldisposisjoner]. Grensen mot disposisjoner som likevel må tillates, vil derfor bli vanskelig – for ikke å si umulig – å trekke under § 13-1"

Alternativ transaksjon



Kan ikke forekomme mellom uavhengige parter – kan ikke skapes av ALP?

1. Gir sktl. § 13-1 hjemmel til å skape en egenkapitaldisposisjon?

Tingrettens vurdering

- Tingretten nevner ikke IKEA-dommen, men viser i stedet til "økonomisk substans-unntaket" i TPG 2010 § 1.65:
 - *"The first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form. In such a case the tax administration may disregard the parties' characterisation of the transaction and re-characterise it in accordance with its substance. An example of this circumstance would be an investment in an associated enterprise in the form of interest-bearing debt when, at arm's length, having regard to the economic circumstances of the borrowing company, the investment would not be expected to be structured in this way. In this case it might be appropriate for a tax administration to characterise the investment in accordance with its economic substance with the result that the loan may be treated as a subscription of capital."*
 - Tingretten: *"Kapitalisering av datterselskap i form av rentebærende gjeld er eksplisitt nevnt som et eksempel på hvor skattemyndighetene har mulighet til å se bort fra valgte transaksjonsstruktur og behandle det som egenkapital."*
- Men: Retningslinjene skal kun vektlegges i vurderingen av om det foreligger en inntektsreduksjon etter sktl. § 13-1(1) og ved skjønnnet etter sktl. § 13-1 (3), jf. sktl. § 13-1(4).
 - Retningslinjene skal ikke anvendes for å avgrense selve anvendelsesområdet til sktl. § 13-1, herunder spørsmålet om hvilke typer disposisjoner sktl. § 13-1 kan anvendes på og hvilke typer disposisjoner bestemmelsen kan benyttes til å etablere.
- Økonomisk substans-unntaket er dessuten fjernet fra senere versjoner av retningslinjene – og skal derfor ikke vektlegges
 - Utv. 2020 s. 75 Orange: *"Lagmannsretten legger til grunn at det **kun kan tas hensyn til eventuelle endringer av retningslinjene vedtatt etter selvangivelsestidspunktet og som er til skattyters gunst**. Endringer til ugunst, må det ses bort i fra."*

2. Var vilkår for å restrukturere en andel av internlånet til EK oppfylt?

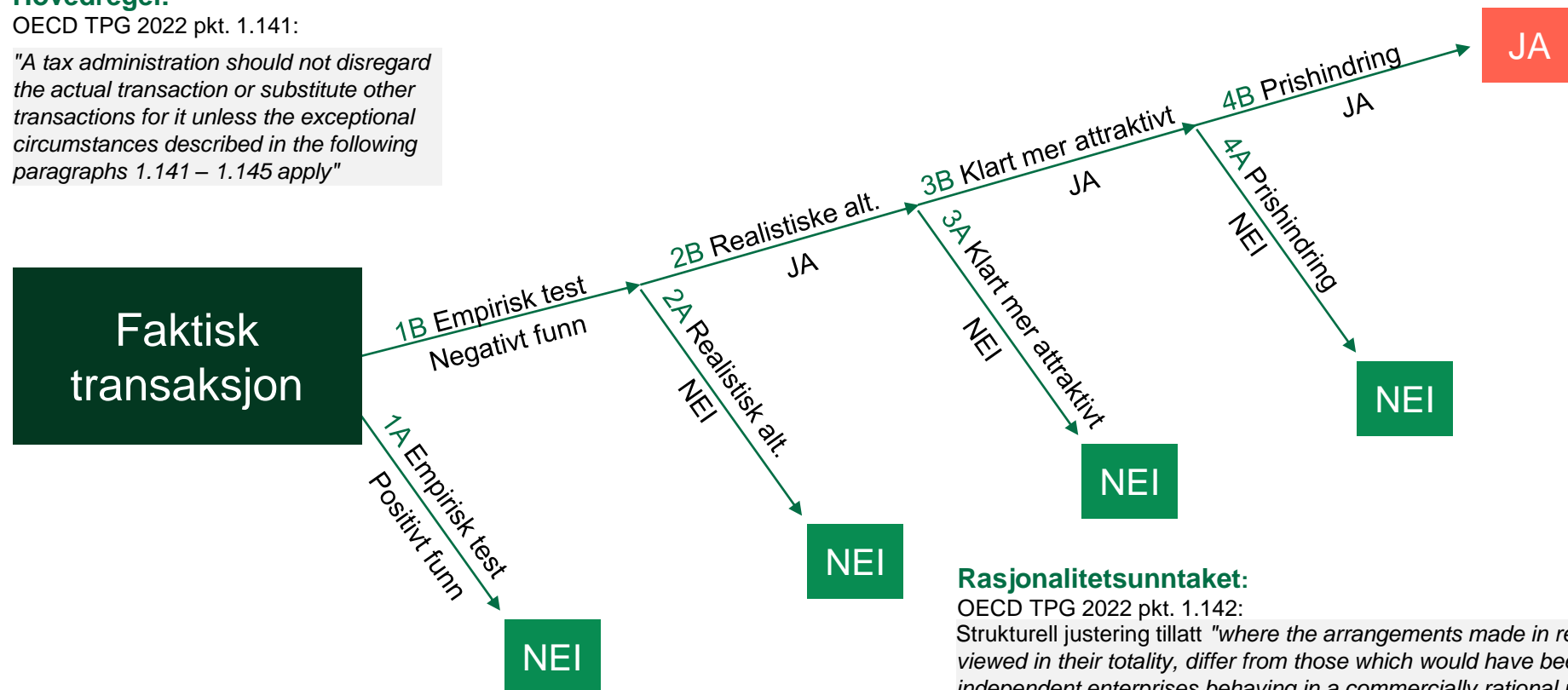
Vilkårene



Hovedregel:

OECD TPG 2022 pkt. 1.141:

"A tax administration should not disregard the actual transaction or substitute other transactions for it unless the exceptional circumstances described in the following paragraphs 1.141 – 1.145 apply"

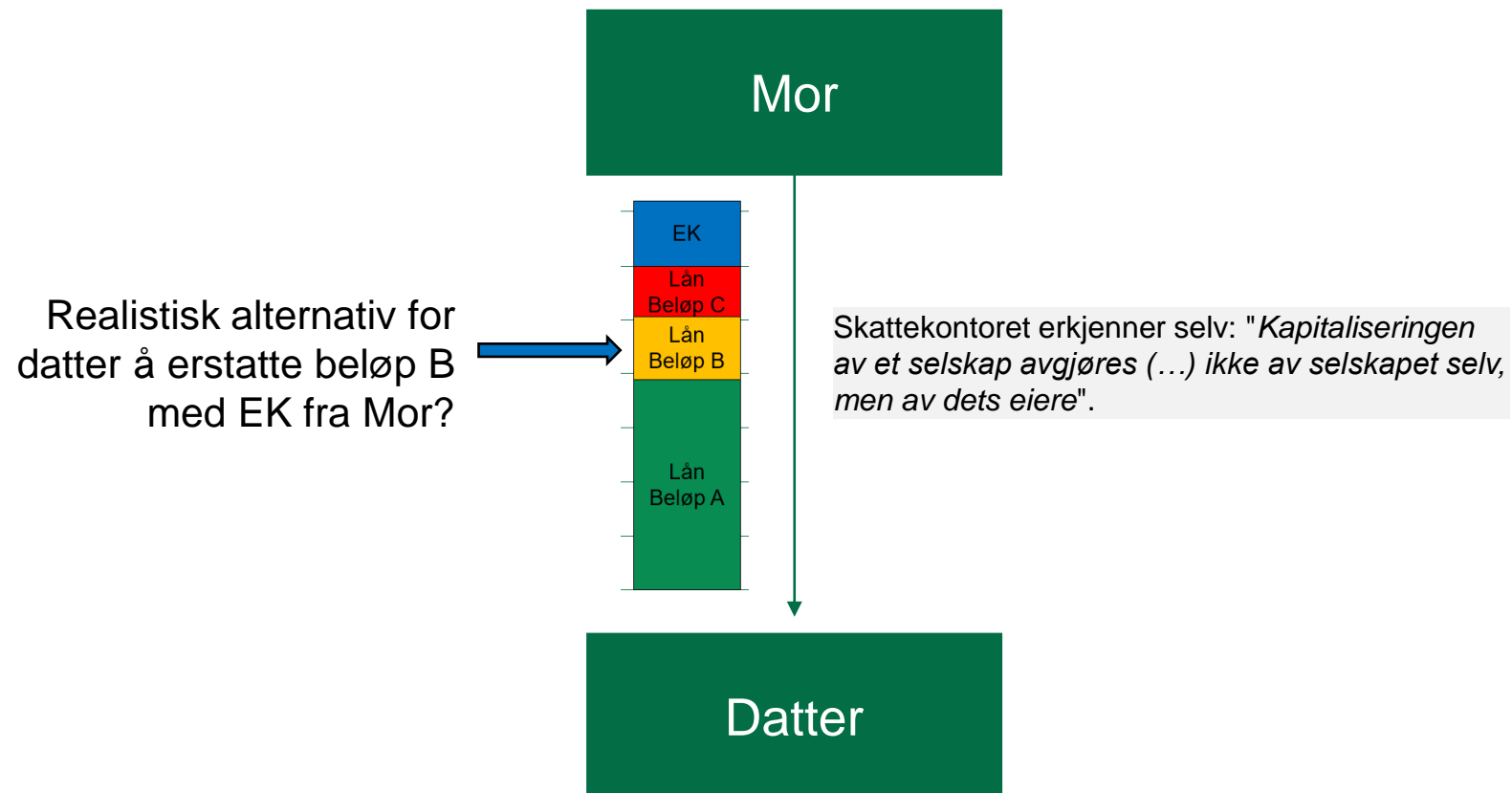


Rasjonalitetsunntaket:

OECD TPG 2022 pkt. 1.142:

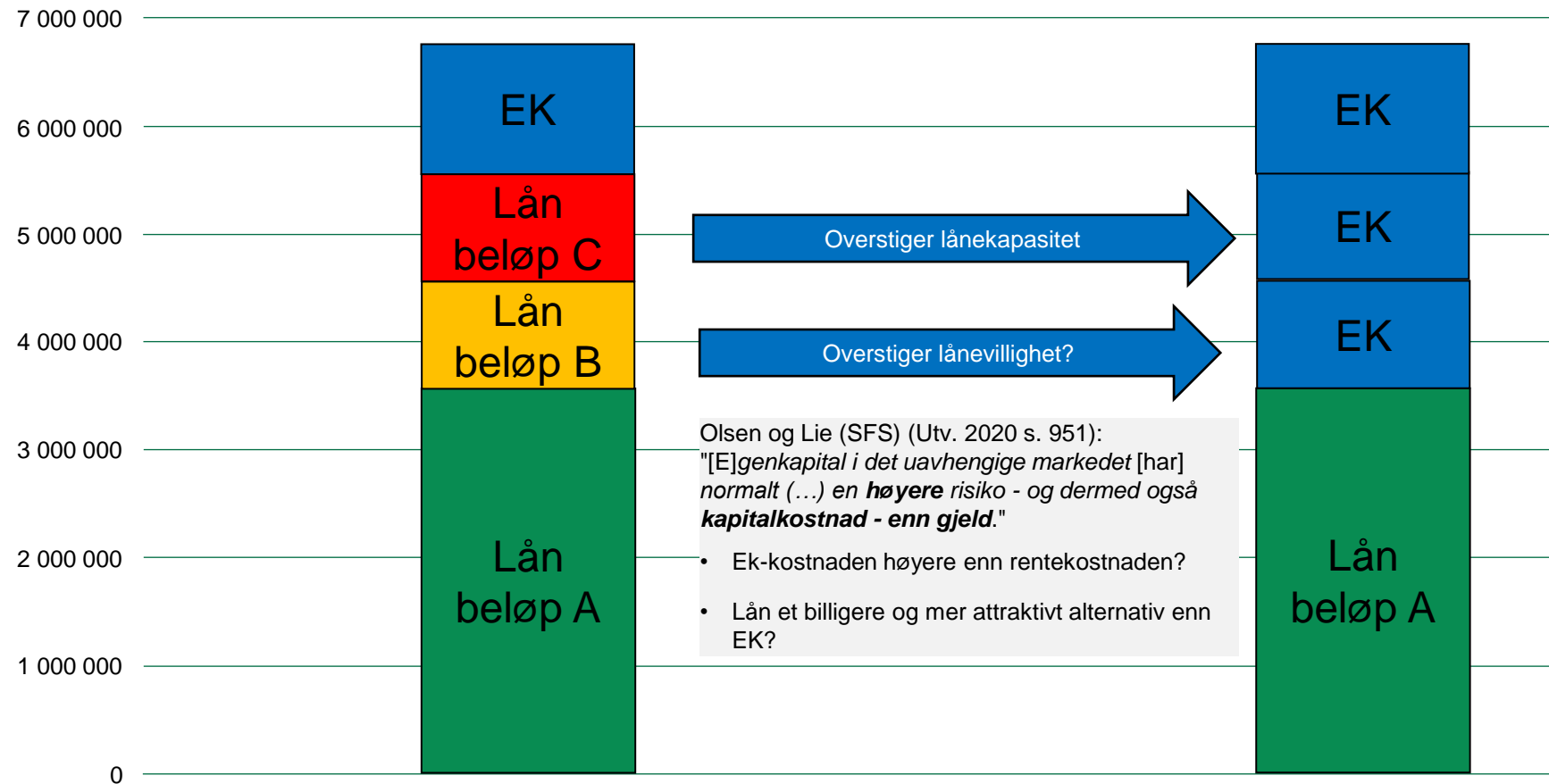
Strukturell justering tillatt "where the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner in comparable circumstances, thereby preventing determination of a price that would be acceptable to both of the parties taking into account their respective perspectives and the options realistically available to each of them at the time of entering into the transaction"

2. Var vilkår for å restrukturere en andel av internlånet til EK oppfylt? *Var EK et realistisk alternativ?*



2. Var vilkår for å restrukturere en andel av internlånet til EK oppfylt? *Var EK klart mer attraktivt enn lån?*

Klart mer attraktivt
for datter å motta
beløp B som EK
enn som lån?



2. Var vilkår for å restrukturere en andel av internlånet til EK oppfylt?

Tingrettens vurdering

- Tingretten har ingen metodisk tilnærming til vurderingen av om vilkårene for å foreta en strukturell justering er oppfylt
- Viser i stedet til "at kjernen i vurderingstemaet er om det foreligger manglende kommersiell rasjonalitet" og vurderer tre forhold som alle var foranlediget av statens anførsler

Internlån ikke negativ påvirkning på konsernets rating

- "Det er etter rettens syn ikke sannsynlig at økt låneopptak inntil lånekapasiteten ville påvirket morselskapet negativt i form av lavere rating. Selv om låneopptaket ville økt konsernets samlede gjeld ville fortsatt gjeldsbelastningen i konsernet vært lav. En slik økning ville ikke betydd mye for kredittverdiheten til morselskapet. (...)

Gjeldsbelastning er for øvrig bare ett av en rekke parametre som vurderes i forbindelse med rating av et selskap."

Sammenligning med mors (lavere) gjeldsgrad ikke relevant

- "Etter rettens syn kan heller ikke PUNs gjeldsgrad sammenlignes med gjeldsgraden til morselskapet. PUN ble etablert i 2007 og er et oppstrømselskap med stort finansieringsbehov, mens morselskapet er et veletablert midt- og nedstrømselskap som har et langt mindre finansieringsbehov. Sammenligningen mellom morselskapet og datterselskapet tilsier uansett ikke at et lån inntil lånekapasiteten ville vært kommersielt irrasjonelt."

Høy gjeldsgrad ikke uforenlig med PUNs finansieringsstrategi

- Staten viste til uttalelser fra selskapet i korrespondansen med OSK som den mente ga uttrykk for at PUNs strategi tilsa at selskapet ville være forsiktig med å ta opp lån
- "Retten er av den oppfatning at uttalelsene i brevet må leses i sammenheng og sannsynliggjør ikke at selskapet ikke ville tatt opp lån inntil lånekapasiteten nettopp av den grunn at selskapet hadde et stort behov for kapital."

2. Var vilkår for å restrukturere en andel av internlånet til EK oppfylt?

Tingrettens konklusjon

- Tingretten konkluderte med at internlån innenfor lånekapasitet retten selv hadde beregnet ikke oversteg PUNs lånevillighet
 - *"Retten finner det sannsynliggjort at PUN ville pådratt seg ekstern gjeld inntil den lånekapasiteten som retten har beregnet og dette ville ikke vært kommersielt irrasjonelt av selskapet. Det er derfor ikke nødvendig for retten å vurdere om vilkårene for strukturell justering som følge av manglende lånevillighet etter OECDs retningslinjer er oppfylt."*
- Det er uklart om tingretten forstod hvordan vilkårene for strukturell justering skal vurderes:
 - Andre setning harmonerer ikke med første setning
 - I første setning konkluderer jo retten nettopp med at lån innenfor lånekapasiteten ikke var kommersielt irrasjonelt og at vilkårene for strukturell justering derfor ikke var oppfylt

04

Rentemargin

Problemstilling: Var avtalt rentemargin lavere enn den ville vært uten interessefellesskap?

- Bakgrunn for problemstilling:
 - Rentekostnaden er en funksjon av lånebeløp og rentesats
 - Dersom *lånebeløpet* overstiger armlengdes nivå → tilsier isolert at inntekten er redusert (renter fradragsført på for høyt lånebeløp)
 - Dersom *rentemarginen* er lavere enn et armlengdes nivå → tilsier isolert at inntekten er høyere enn den ville ha vært uten interessefellesskap (renter fradragsført med for lav sats)
 - Nettoeffekten kan bli at rentekostnaden ikke overstiger et armlengdes nivå
- Tingretten vurderte problemstilling ut fra to innfallsvinkler:
 1. Lå avtalt rentemargin innenfor armlengdeintervallet, eller var den lavere?
 2. Ville rentemarginen mest sannsynlig ligget høyere (i armlengdeintervallet) uten interessefellesskapet?



PUN: Armlengdes rentemargin på internlån 2–6 betydelig høyere enn avtalt rentemargin

- **Bakgrunn:** Internlån 2–6 var i motsetning til internlån 1 og RBL-lånene, subordinerte og hadde svært begrenset sikkerhet
 - Tilsier at armlengdes rentemargin må være betydelig høyere på internlån 2–6, enn på internlån 1 og RBL-lån
- **Indikasjon 1:** Rentemarginen likevel tilnærmet lik på internlån 2–6 som på internlån 1 (NIBOR 3M + 2,2% vs. 2,25 %)
 - Marginen på internlån 1 akseptert av OSK i vedtak i 2012
 - Dersom 2,20 % var markedsmessig margin på et internlån med første prioritet og full sikkerhet → Markedsmessig margin på subordinert internlån med begrenset sikkerhet betydelig høyere
- **Indikasjon 2:** Rentemarginen var dessuten lav på internlån 2–6 sammenlignet med rentemarginen på RBL-lån
 - Forventingen ville derimot være at rentemargin på subordinert internlån med begrenset sikkerhet → betydelig lavere enn margin på RBL-lån med første prioritet og full sikkerhet
- **Indikasjon 3:** OSK akseptert en juniortransje på toppen RBL-modellen for 2015 og 2016 (da PUN hadde fått en mer diversifisert portefølje) → økte rentemargin på denne delen av internlånet med 150 bps

Tingrett nr. 1: Avtalt rentemargin lå innenfor armlengdeintervallet

- Tingretten:

- *"Til dette vil retten kort vise til at for nettopp internlånene har selskapet **selv avtalt** den aktuelle renten og selv vurdert renten på internlånene for hvert år til å være markedsmessig. Retten viser her til internprisdokumentasjonen som er utarbeidet årlig og fremlagt i saken. Riktignok fremgår det av internprisdokumentasjonen at renten var i low end of arm's length range, men renten ble altså vurdert å være innenfor intervallet. Retten har forståelse for at fastsettelsen av renten kan ha vært farget av en pågående sak med Oljeskattekontoret om internlån 1 fra 2007, men dette spørsmålet var uansett endelig avklart i 2012. Retten bemerker at selskapet selv ikke viste til denne problematikken i den årlige internprisdokumentasjonen hvor renten ble vurdert til å være markedsmessig. Denne anførselen kan derfor ikke føre frem."*

- Tingrettens hovedbegrunnelser:

- PUN hadde selv avtalt rentemarginen
 - Men: Irrelevant i en armlengdevurdering – det er nettopp avtalte priser skattekontoret skal armlengde-teste
- TP-dokumentasjonen gav uttrykk for at rentemarginen kunne ligge innenfor armlengdeintervallet
 - Igjen: Irrelevant i en armlengdevurdering
 - Dessuten: TP-dokumentasjonen gav klart uttrykk for at marginen lå i "low end", og kanskje lå lavere

Tingrett nr. 2: Rentemargin ville mest sannsynlig ligget høyere (i armlengdeintervall) uten interessefellesskap

Flertall: Formulering av problemstilling

- Hvilken rentemargin ville Mor og PUN mest sannsynlig avtalt om de var uavhengige på et "tilleggs lån" - dvs. et lån
 - utover lånekapasitet beregnet av OSK, men
 - Innenfor lånekapasitet beregnet av tingretten selv
- Altså: Mest sannsynlig armlengdes rentesats på "topplånet"

Flertall: Rentesatsen ville mest sannsynlig vært 150 bps høyere uten interessefellesskap

- "Rettens flertall har beregnet renter på tilleggs lånet ved å ta utgangspunkt i årlig vektet gjennomsnittlig rentesats på intern gjeld (NIBOR 3M + rentemargin) og tillagt 150 basispunkter for å **reflektere at tilleggs lånet ville vært subordinert og med begrenset sikkerhet**. Rettens flertall har med andre ord fulgt **samme fremgangsmåte som det Oljeskattekontoret selv** gjorde i beregningen av juniortransje for årene 2015 og 2016."
- "Grunnen til at retten har lagt til 150 basispunkter på tilleggs lånet til tross for at retten i avsnittet over har konkludert med at renten på intern lånet var markedsmessig, er at det etter flertallets syn **ikke er sannsynlig at selskapet nødvendigvis ville fått tilleggs lånet til en margin som er i low end of the arm's lengths range på all finansiering utover opptrukket ekstern gjeld**."

Mindretall: Retten bundet av partenes internavtale

- "Det er intern lånet som i realiteten settes ned til et lavere lånebeløp når retten har kommet til en lavere lånekapasitet enn total gjelden PUN hadde. Mindretallet mener derfor at **retten er bundet av den avtalte renten mellom partene**, slik at renten på intern lånet legges til grunn i ny beregning av PUNs rentekostnad på tilleggs lånet."
- Men:
 - Retten ikke bundet av avtalen ved armlengdetesting
 - Retten skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn

05

Sammenfatning

Tingrettens konklusjon

Inntektsårene 2011, 2012 og 2014: Ikke skjønnsadgang, jf. sktl. § 13-1(1)

- Flertallet: PUNs rentekostnader ikke høyere i 2011, 2012 og 2014 enn de ville ha vært uten interessefellesskap (dvs. ikke høyere enn armlengdes rentekostnad)
 - Armlengdes rentekostnad = Lån innenfor lånekapasitet beregnet av tingretten x flertallets rentesats (150 bps over avtalt margin på "topplån")

Inntektsårene 2010, 2013 og 2015–2016: Ugyldig skjønn, jf. sktl. § 13-1(3)

- Enstemmig: PUNs rentekostnader var høyere i 2010, 2013, 2015 og 2016 enn de ville ha vært uten interessefellesskap (dvs. høyere enn armlengdes rentekostnad)
 - Derfor skjønnsadgang jf sktl. § 13-1(1)
 - PUN hadde akseptert skjønnsadgang for 2010
- Enstemmig: OSK skjønn iht. sktl. § 13-1(3) ikke i samsvar med rettslige normer for hvordan skjønnet skal gjennomføres
 - Feil å basere lånekapasitetsvurdering på RBL-modellen
 - Feil å se bort fra konserntilknytning i lånekapasitetsvurderingen
 - (+ 150 bps tilleggsmargin på topplån – men dette hadde OSK også lagt på "juniortransje" akseptert i 2015–16)

Learning points

- Lånekapasitetsvurdering
 - RBL-modellen gir ikke uttrykk for maksimal lånekapasitet
 - Lånekapasiteten skal baseres på virkelige eiendelsverdier
 - Konserntilknytning skal vektlegges i lånekapasitetsvurderingen
- Lånevillighet
 - Begrenset generell veiledning i tingrettens dom
- Rentemargin
 - Avgjørende er hvilken rentemargin partene mest sannsynlig ville ha avtalt uten interessefellesskap
 - Denne rentemarginen skal legges til grunn ved beregning av armlengdes rentekostnad
 - Armlengdes rentekostnad = armlengdes lånebeløp x mest sannsynlig rentemargin innenfor armlengdeintervall



Takk for oppmerksomheten!

Andreas Bullen
abu@wiersholm.no