

Det juridiske fakultet

Fradrag for garantipremie

- med særlig fokus på garantistillelser innenfor olje- og gassindustrien

Kristine Forsmo

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2014

Antall ord: 17922

Innholdsfortegnelse

DEL I. INNLEDENDE BEMERKNINGER OG OPPGAVENS RAMMER	5
1 INNLEDNING	5
1.1 Problemstilling og aktualitet.....	5
1.2 Avgrensninger	8
1.3 Rettskildebruk og metode	9
1.4 Struktur	11
2 HVA ER EN GARANTI FOR SKATTEFORMÅL	12
2.1 Definisjon.....	12
2.2 Sikkerhetsstillelse for finansielle- eller naturalytelser.....	12
2.3 Når en garanti er rettslig bindende	13
2.3.1 Implisitte- og eksplisitte garantier.....	13
2.3.2 Comfort letters.....	14
2.3.3 Ugyldige garantier	14
DEL II. GENERELT OM FRADRAGSRETTE OG INTERNPRISING	15
3 UTGANGSPUNKTET: FRADRAGSRETT	15
3.1 Skatteloven § 6-1	15
3.2 Fradrag for garantipremie	15
4 GARANTIPREMIER OG ARMLENGDEPRINSIPPET	16
4.1 Vilkår for skjønnsadgang – skatteloven § 13-1 første ledd.....	17
4.1.1 Direkte eller indirekte interessefellesskap	17
4.1.2 Skattyters formue eller inntekt må være redusert	18
4.1.3 Årsakssammenheng	21
4.2 Armlengdeprinsippet	23
4.2.1 Skatteloven § 13-1 tredje ledd.....	23
4.2.2 OECDs retningslinjer	24
4.2.3 Implisitte garantiers betydning for armlengdes garantipremie	26
4.3 Litt om domstolenes prøvelsesrett.....	27
4.4 Strukturelle-/verdijusteringer	29
5 PRISINGSMETODER	31
5.1 Utgangspunktet: CUP-metoden.....	32
5.1.1 Indikative priser.....	32
5.2 Beregning av garantipremie for finansielle garantier.....	33

5.2.1	Fortjenestefordelingsmetoden med rentetilnærming	34
5.2.2	Fortjenestefordelingsmetoden med Credit Default Swap-tilnærming...	36
5.3	Beregning av garantipremie for «performance»-garantier	37
DEL III. SPESIELT OM GARANTIER INNENFOR OLJE- OG GASSINDUSTRIEN.....		39
6	GARANTI TIL STATEN	39
6.1	Sikkerhetsstillelse som vilkår for å få operere på norsk sokkel	39
6.2	Kan datterselskapet få fradrag for garantipremie?.....	40
6.3	En form for «hybrid»-garanti.....	42
6.3.1	Beregning av armlengdes garantipremie.....	43
7	GARANTI OVERFOR GASSCO	44
7.1	Vilkår for kvalifisering som skiper i Gassled.....	44
7.2	Fradragsberettiget garantipremie	45
7.2.1	Kan ligningsmyndighetene sette et øvre tak for fradragsretten?.....	45
7.3	En finansiell garanti	50
7.3.1	Beregning av armlengdes garantipremie.....	50
8	GARANTI FOR DISPONERINGSKOSTNADER.....	53
8.1	Decommissioning Security Agreements	54
8.1.1	Fradragsrett	54
8.1.2	En «performance»-garanti.....	55
9	SÆRLIGE SPØRSMÅL.....	56
9.1	Går fradragsretten tapt hvis en garantistillelse er i strid med aksjelovene? ..	56
9.2	Forholdet mellom aksjeloven § 3-9 og skatteloven § 13-1	59
9.3	Tynn kapitalisering	61
10	SKAL FRADRAGSBERETTIGET GARANTIPREMIE ALLOKERES TIL SOKKEL ELLER LAND?.....	64
10.1	Utgangspunktet.....	64
10.2	Statsgarantien.....	66
10.3	Garantien til Gassco.....	66
10.4	Decommissioning Security Agreements.....	66
11	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	68
12	KILDELISTE.....	70

*«The pricing of related-party guarantees
is an area of tremendous uncertainty.»*

Bloomberg BNA, 16. januar 2013
American Bar Association

Del I. Innledende bemerkninger og oppgavens rammer

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

I næringslivet generelt benyttes det ofte garantier – enten det gjelder sikkerhet for betaling eller riktig oppfyllelse av en kontrakt. En sikkerhetsstillelse innebærer spredning av ansvar, slik at risikoen ved å inngå en kontrakt blir mindre for tredjepart. Garantier er derfor av stor betydning både for norsk- og internasjonal økonomi og handel.¹

Avhandlingens tema er fradrag for garantipremie, med særlig fokus på utvalgte garantier som ofte stilles innenfor olje- og gassindustrien. For å få tillatelse til å drive virksomhet på norsk kontinentalsokkel kreves det for eksempel garantistillelse blant annet for forpliktelser overfor staten (med grunnlag i konsesjonsverk og/eller lovgivning). Det stilles videre enkelte finansielle krav for å få skipe gass i transportsystemet fra norsk sokkel. Et av disse alternativene er en morselskapsgaranti overfor Gassco, som er operatøren for dette transportsystemet. Ved salg av lisensandeler til utvinning på sokkel er det også vanlig at det stilles kontragarantier for oppryddingsansvar.

De fleste store aktørene innen oppstrøm er i dag organisert som multinasjonale konserner, med et morselskap og flere datterselskaper rundt om i verden. Eksempler på dette er Shell, BP, ExxonMobil med flere. Tilstedeværelse av alle de store internasjonale oljeselskapene er unikt for norsk sokkel.² Det er vanligvis et operativt norsk datterselskap som søker og tildeles utvinningskonsesjon etter petroleumsloven § 3-3 mv. og som forestår produksjonen i Norge.³ Et utenlandsk morselskap vil i den forbindelse typisk garantere for datterselskapets forpliktelser overfor tredjemann som følge av den norske aktiviteten. Datterselskapet betaler så en garantipremie til

¹ Andreassen m.fl. 2013 side 79.

² Meld. St. 28 (2010 – 2011), «En næring for framtida – om petroleumsvirksomheten», pkt. 2.5.

³ Lov om petroleumsvirksomhet 29. november 1996 nr. 72.

morselskapet som kompensasjon for tjenesten. Dette reiser gjerne skattespørsmål – som er tema for denne oppgaven.

Utgangspunktet er alminnelig fradragsrett for konsernintern garantipremie etter skatteloven § 6-1.⁴ Unntak fra dette kan imidlertid gjøres dersom størrelsen på garantipremien avviker fra hva uavhengige parter ville avtalt, jf. skatteloven § 13-1. I slike tilfeller vil ligningsmyndighetene kunne endre skattyters inntekt eller formue ved skjønn, før et eventuelt fradrag innrømmes.

Forutsatt at det er betalt fradragsberettiget garantipremie, er det et spørsmål om kostnaden skal fradragsføres på sokkel eller på land. Dette er av relevans som følge av ulik skattesats. Alle selskaper er i henhold til skatteloven § 3-2 skattepliktig til staten, med for tiden 27 prosent.⁵ Dette gjelder inntekt både fra sokkel og virksomhet på land.

Skattepliktige som driver «utvinning, behandling og rørledningstransport» i visse områder må i tillegg betale en særskatt til staten av inntekter fra slik virksomhet, jf. petroleumsskatteloven § 5 første ledd.⁶ Særskatten ble innført med tanke på at inntektene som skyldes oljeprisene skriver seg fra naturressurser som er statens eiendom og at samfunnet burde sikres en større andel av disse.⁷ Den er videre begrunnet med de spesielt gode fortjenestemulighetene ved sokkelvirksomhet.⁸ Satsen på særskatten er per i dag på 51 prosent.⁹ Sokkelselskapenes marginalsatt er altså på 78 prosent. Hvor kostnaden for garantipremie skal fradragsføres er derfor av stor betydning, både for skattyter og staten.

⁴ Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt.

⁵ Stortingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2014 § 3-3.

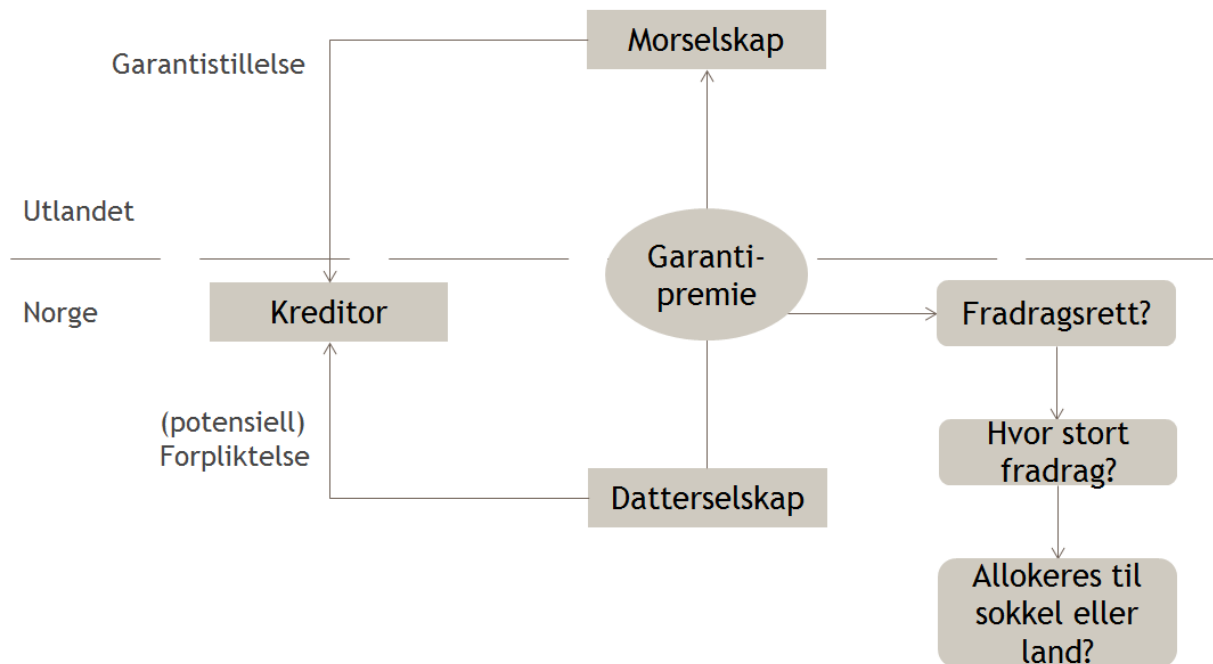
⁶ Lov om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v. 13. juni 1976 nr. 35.

⁷ Ot.prp.nr.26 (1974-1975) side 21.

⁸ BÅHR/Zimmer 2014 side 765.

⁹ Stortingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2014 § 4-2.

For tankens skyld kan avhandlingens tema illustreres ved hjelp av en figur:



Som eksempel kan det tenkes at et norsk datterselskap som beskattes på sokkel betaler en garantipremie på 100 til et morselskap i USA. Da marginalsattesatsen på norsk sokkel er 78 prosent, vil datterselskapet da få et fradrag tilsvarende 78 av garantipremien. Selskapet har derfor i realiteten en kostnad etter skatt på 22. Morselskapet skattlegges bare for 35 prosent av garantipremien og sitter da igjen med 65 i inntekt (Norge har ikke internrettslig hjemmel til å ilegge kildeskatt på garantipremien).¹⁰ Selskapsgruppen har da fått fradrag for 43 mer i Norge enn hva som er skattlagt i USA, noe som kan gi et skattemessig incentiv i konsernet til å prise garantipremien i det høyere sjikt. Dette er kjernen i problemstillingen for oppgaven.

Tilsvarende problem oppstår også dersom begge selskapene er hjemmehørende i Norge, hvis det operative datterselskapet beskattes på sokkel og morselskapet på land. Etter skatt har da datterselskapet 22 i kostnad og morselskapet har 73 i inntekt, hvilket gir en samlet inntekt på 51. Staten betaler her i realiteten nesten halve garantipremien. I Norge

¹⁰ IBFD Tax Research Database.

er det stort sett bare Statoil denne problemstillingen vil kunne gjelde for.¹¹ Avhandlingen har derfor størst betydning for oljeselskaper med morselskap i utlandet.

Etter finanskrisen har skattemyndighetene i de fleste land fått økt fokus på internprising.¹² Problemstillingen anses generelt for å være et av de viktigste spørsmålene i internasjonal skatterett.¹³ Internprising er videre et fokusområde hos Oljeskattekontoret. Kontoret har nylig begynt å sende ut standardbrev til alle olje- og gasselskapene på norsk sokkel, med anmodning om opplysninger om eventuelle morselskapsgarantier.¹⁴

Avhandlingens formål er å finne ut hvor rammene for fradragsretten går, og hvordan størrelsen på garantipremier skal beregnes i samsvar med norske skatteregler.

1.2 Avgrensninger

Avhandlingens tema kunne også vært den omvendte situasjon, nemlig at et norsk selskap stiller garanti for et beslektet selskap hjemmehørende i utlandet, og mottar garantipremie på dette grunnlag. I dette tilfellet er det også interessemotsetning mellom oljeselskapene og skattemyndighetene, men incentivene er forskjellige. Når garantipremien går inn i Norge, er det i det norske garantistselskapets (og den aktuelle selskapsgruppens) interesse at den prises lavest mulig, slik at det skattepliktige inntektsgrunnlaget blir tilsvarende lavt. Da blir internprisingsspørsmålet om armlengdeprinsippet fordrer at det norske selskapet skal skattlegges for et høyere beløp enn det faktisk har mottatt.

Forskjellen fra det forrige eksempelet er her at datterselskapet fra for eksempel USA betaler en garantipremie på 100 til morselskapet i Norge. Datterselskapet vil da få

¹¹ Lisensene til Statoil ligger i Statoil Petroleum AS, mens morselskapet Statoil ASA er på land. <http://oljefakta.petro.no/selskap/statoil-petroleum> og <http://no.wikipedia.org/wiki/Statoil> (sist sett: 12.12.2014)

¹² «2009 Global transfer pricing survey», en studie gjennomført av EY, side 6 og OECDs BEPS-arbeid

¹³ Zimmer 2009 side 147.

¹⁴ Opplyst om i foredrag av Heidi Golimo Simonsen (Director Tax Audit Department) ved Oljeskattekontoret, NPF Petroleum Tax Conference 5. november 2014.

fradrag tilsvarende 35 prosent av garantipremien, og selskapet har derfor i realiteten en kostnad på 65. Det norske morselskapet skattlegges for 27 prosent (forutsatt at det er i skatteposisjon på land) av garantipremien og sitter da igjen med 73 i inntekt.

Avhandlingen vil imidlertid konsentreres om garantier i konserner med morselskap i utlandet, da dette er mest praktisk for oljeselskapene som opererer i Norge.

Garantipremier som skattepliktig inntekt blir derfor ikke behandlet utover der det måtte være relevant for sammenligningsformål.

På grunn av plasshensyn avgrenses det også mot oppstrøms- og søstergarantier, selv om de samme spørsmålene også gjelder her. Garanti fra datter er dog lite praktisk innen petroleumssektoren.

1.3 Rettskildebruk og metode

Oppgavens problemstilling vil bli behandlet med et rettsdogmatisk perspektiv. Særskilt for avhandlingen er at det foreligger lite norsk rettskildemateriale om emnet. I rettslige analyser og redegjørelser er konserninterne garantier ofte en glemt transaksjon.

Den primære rettskilden for avhandlingens tema er skatteloven. Den alminnelige fradragsretten følger av § 6-1 og skattemyndighetenes adgang til skjønnsfastsettelse ved brudd på armlengdeprinsippet (på nærmere vilkår) følger av § 13-1.

OECDs retningslinjer for internprising er videre av relevans.¹⁵ Høyesterett har gitt uttrykk for at bruk av retningslinjene ikke vil innebære utvidende tolkning av skatteloven § 13-1, fordi de gir et mer presist uttrykk for innholdet i bestemmelsen.¹⁶ Det følger også av ordlyden i skatteloven § 13-1 fjerde ledd at det «skal tas hensyn til» dem når selskapenes samkvem er underlagt armlengdebetingelser i en skatteavtale, og i andre tilfeller «så langt de passer». Ordlyden tilsier at retningslinjene bare er veiledende og ikke har bindende karakter.¹⁷

¹⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010 (heretter omtalt som «OECDs retningslinjer», eller bare «retningslinjene».

¹⁶ Agipdommen (Rt-2001-1265) side 1278, riktignok om tidligere skatteloven § 54, men bestemmelsen er videreført uten vesentlige endringer,

¹⁷ Slik også Zimmer 2009 side 149.

Det er til nå ikke avsagt dommer i Høyesterett som direkte gjelder skattefradrag for garantipremie. Spørsmålet er så vidt meg bekjent heller ikke behandlet av underrettene. Utenlandsk rettspraksis vil derfor trekkes inn der det måtte være relevant. Denne har lavere rettskildemessig vekt enn intern rettspraksis, men den vil kunne belyse hvordan andre land har løst problemstillingen.¹⁸ I mangel av andre kilder er det naturlig å anta at norske domstoler vil kunne la seg inspirere at hva de mener er gode løsninger i utenlandsk rettspraksis. Det er også et rettskildemessig poeng at det bør søkes koherens ved internasjonal anvendelse av OECDs retningslinjer for internprising.¹⁹

Gjennomgang av ligningspraksis kan gi veiledning for hvordan fradrag for garantipremie behandles av forvaltningen. Det foreligger imidlertid begrenset ligningspraksis i Norge knyttet til prising av konserninterne garantier. Internprisingsspørsmål behandles hovedsakelig av Sentralskattekontoret for storbedrifter (SFS) og Oljeskattekontoret.²⁰ Oljeskattekontoret er ansvarlig for å forberede ligningen av norske og internasjonale selskaper som driver leting etter og utvinning av olje og gass på norsk kontinentalsokkel for Oljeskattenemnda (og eventuelt Klagenemnda for petroleumsskatt), jf. petroleumsskatteloven § 6 nr. 1 bokstav f.²¹ Mye av Oljeskattekontorets praksis offentliggjøres på ww.ors.no, men dette gjøres som regel med vesentlig etterslep. Mesteparten av den praksis som eksisterer, gjelder tilfeller behandlet av SFS. I disse sakene har som regel et norsk selskap mottatt garantipremie fra utlandet. Norske ligningsmyndigheter legger imidlertid de samme prinsipielle standpunkter til grunn, uavhengig av om vurderingen relaterer seg til inntekts- eller fradragssiden.²² Praksis fra SFS vil derfor trekkes inn der denne måtte være av relevans.

Jeg har fått innsyn i konkrete varsler fra Oljeskattekontoret om endring av ligning på grunn av for høy internprising av garantipremie.²³ Selv om varslene i seg selv ikke kan tjene som ligningspraksis, illustrerer de likevel noen av problemstillingene som tas opp i avhandlingen. Deler av drøftelsen vil derfor bygge på dem.

¹⁸ Eckhoff 2001 side 284.

¹⁹ Oppfordring fra OECDs skattekomité, se forordet til retningslinjene for internprising pkt. 10.

²⁰ <http://www.skatteetaten.no/no/Om-skatteetaten/Om-oss/Organisasjon-og-ledelse/Organisasjonen/Sentralskattekontorene/> (sist sett: 12.12.2014)

²¹ Se petroleumsskatteloven § 6 nr. 1 bokstav f.

²² SFS/OSK 2008 side 1.

²³ Anonymisert på grunn av konfidensialitetshensyn.

1.4 Struktur

I pkt. 2 drøftes først hva en garanti er for skatteformål. Dette gjøres for å trekke opp grensene for hva som skatterettslig kvalifiserer som en avgitt garanti. I del II behandles først fradragsretten for garantipremier generelt, se pkt. 3. Når avtalt internpris på en garantipremie ikke tilsvarer hva uavhengige parter ville avtalt, har skattemyndighetene hjemmel i skatteloven § 13-1 til å justere fradraget. Rammene for denne adgangen vil bli redegjort for i pkt. 4. Hvordan garantipremier skal prises generelt, vil deretter bli vurdert i pkt. 5.

I avhandlingens del III vil utvalgte garantistillelser i olje- og gassindustrien behandles, se pkt. 6-8. Spørsmålet er først om det er fradragsrett for garantipremie for disse garantiene. Deretter må det avklares hvor stort et eventuelt fradrag skal være. Dette kommer an på hvordan garantipremien skal prises. Hvordan dette skal gjøres beror i stor grad på hvordan garantien klassifiseres. Fradragsrettens størrelse bestemmes også av hvorvidt fradraget allokteres til sokkel eller til land. Dette har betydning på grunn av ulikhet i skattesats og er tema i pkt. 10.

Særlige spørsmål oppstår i forbindelse med forholdet mellom skatteloven og aksjelovens bestemmelser. Problemstillingen er her hvordan transaksjoner som er foretatt i strid med aksjeloven skal behandles skatterettslig, se om dette i pkt. 9.1 og 9.2.

Spørsmål om tynn kapitalisering er også aktuelt vedrørende konserninterne garantier. Det kan være problematisk at datterselskapet er tynt kapitalisert, fordi morselskapets garanti da kan fremstå som et substitutt for egenkapital. Dette behandles nærmere i avhandlingens pkt. 9.3.

Til slutt vil det i pkt. 11 gis noen avsluttende refleksjoner angående hva avhandlingen har avdekket.

2 Hva er en garanti for skatteformål

2.1 Definisjon

Det finnes ingen legaldefinisjon verken i norsk- eller internasjonal skatterett av hva som kan anses som en *garanti*. Utgangspunktet i skatteretten er at begreper skal gis samme innhold som de har i privatretten.²⁴ I norsk privatrett innebærer ordet garanti et løfte.²⁵ Avhandlingen vil fokusere på såkalte tredjemannsgarantier (også omtalt som intercesjoner). Garantisten har da avgitt et tredjemannsløfte om å stille sikkerhet for riktig oppfyllelse av en skyldners (dvs. tredjemanns) forpliktelse.²⁶ Med *garantipremie* menes kompensasjon for binding av kapital og for risikoen som garantistiller påtar seg.

Det følger av ligningsloven § 8-1 at det er ligningsmyndighetene som «avgjør hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn for ligningen av den enkelte skattyter etter en prøving av de opplysninger han har gitt, og de øvrige opplysninger som foreligger».²⁷ Ligningsmyndighetene må altså foreta en selvstendig vurdering av hvorvidt det foreligger en garanti. I forarbeidene heter det at ligningsmyndighetene «må legge til grunn det faktiske forhold som de etter en samlet vurdering anser som det sannsynlig riktige».²⁸ Det er altså det mest sannsynlige faktum som skal legges til grunn.

2.2 Sikkerhetsstillelse for finansielle- eller naturalytelser

Garantier inndeles vanligvis i to grupper; *finansielle*- og såkalte «*performance*»-*garantier*.²⁹ Finansielle garantier innebærer et løfte om å stille sikkerhet for riktig oppfyllelse av en pengeforpliktelse. Dette kan eksempelvis være tilfellet ved låneavtaler. Med «*performance*»-garantier sikres tredjemanns rett til riktig oppfyllelse av en naturalforpliktelse. I praksis skjer dette ved dekning av erstatningskrav eller lignende.

²⁴ Zimmer 2014 side 51.

²⁵ Røsæg 1992 side 169.

²⁶ Smith 1981 side 188.

²⁷ Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) 13. juni 1980 nr. 24.

²⁸ Ot.prp. nr. 29 (1978-1979) s. 100.

²⁹ «Performance»-garantier er ofte omtalt med ulike betegnelser, for eksempel kontraktsgarantier eller kommersielle garantier. I avhandlingen vil det bare tales om «performance»-garantier, da dette uttrykket er veiledende for hva den underliggende forpliktelsen gjelder – nemlig en ytelse.

2.3 Når en garanti er rettslig bindende

Det er slått fast i rettspraksis at de skattemessige virkningene av en transaksjon beror på «det innhold partene selv har gitt [den], bedømt etter alminnelige formuerettslige regler».³⁰ Skattevirkningene disposisjonen skal få, styres av den materielle ordning partene har etablert seg imellom. Det er imidlertid rettsforholdets innhold som er avgjørende ved skattleggingen, ikke hvilken betegnelse noen har satt på den. Etter alminnelige skatterettslige klassifikasjonsprinsipper må ligningsmyndighetene legge til grunn det faktum som er mest sannsynlig, jf. ligningsloven § 8-1. For at skatterettslig fradrag for garantipremie skal være aktuelt, må garantien således være reell.

En garantiforpliktelse er basert på et kontraktsrettslig grunnlag. Mor- og datterselskaper er forskjellige rettssubjekter og det kan derfor ikke søkes dekning hos morselskapet for datterselskapets forpliktelser, med mindre morselskapet har avgitt en dispositiv erklæring, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 1-2.³¹ Etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper må det foretas en tolkning av utsagnet for å avgjøre hvorvidt det er avgitt en rettslig bindende garanti.

2.3.1 Implisitte- og eksplisitte garantier

Ved implisitte garantier forutsettes det at et selskap, som regel morselskapet, vil stille opp dersom et datterselskap i konsernet får problemer med å oppfylle sine forpliktelser. Selv om selskapene i et konsern er ulike rettssubjekter, er det lite sannsynlig at f.eks. BP-konsernet vil la BP Norge AS misligholde en kontrakt eller gå konkurs. Dette vil kunne svekke hele konsernets rykte og påvirke merkevaren, børskurs etc. Kontraktsmotparter vil derfor ofte kunne ta for gitt at morselskapet vil tre støttende til for datterselskapet dersom dette er del av et økonomisk solid konsern. Det vil imidlertid ikke foreligge noen bindende avtale om dette, slik at morselskapet således ikke er juridisk forpliktet til å bistå. Slike garantier anses ikke som en garanti etter naturlig språklig forståelse, selv om implisitte garantier kan vektlegges ved selskapsrating av datterselskapet.³² Dette gjøres

³⁰ Rt-2010-790 «Telecomputing» avsnitt 29, min klemmeparentes.

³¹ Bestemmelsene i aksje-/allmennaksjeloven er langt på vei sammenfallende. For å forenkle fremstillingen vil bare aksjelovens regler omtales i det følgende.

³² Nilsen, 2005, side 44.

eksempelvis av det internasjonalt anerkjente kredittratingbyrået Moody's.³³ Implisitte garantier anses ikke som en betalbar tjeneste, bare som passiv tilknytning.³⁴

En eksplisitt garanti foreligger dersom et selskap uttrykkelig har forpliktet seg juridisk til å stille sikkerhet for et annet selskaps ytelser. Det er slike garantier som hovedsakelig vil bli behandlet gjennomgående i avhandlingen. Det kan imidlertid problematiseres hvorvidt en implisitt garanti kan ha betydning for om det skal betales garantipremie for en eksplisitt garanti, se nærmere om dette i pkt. 4.2.3.

2.3.2 Comfort letters

Et morselskap kan gi en erklæring til datterselskapets medkontrahent om at datterselskapet vil komme til å oppfylle sine forpliktelser. Dette omtales ofte som et «letter of comfort» (trøstebrev) og har mange likheter med en garanti. Hva som ligger i en slik erklæring kan være usikkert. Brevene er ofte uklart formulert, som regel med hensikt. Det er derfor vanskelig å vite om erklæringen inneholder et løfte. Formålet med trøstebrevsformen er å avgi en forsikring om at morselskapet har til hensikt å hjelpe datterselskapet, men at dette ikke skal kunne tvangsfullbyrdes. Det er ikke tvilsomt at de utvalgte garantiene i avhandlingen er rettslig bindende. Oppgaven vil derfor avgrenses mot behandling av trøstebrev.

2.3.3 Ugyldige garantier

Morselskapsgarantier kan videre være uten underliggende innhold. Dette vil være tilfellet dersom det ikke eksisterer en reell forpliktelse for datterselskapet. Garantistillelsen er da som hovedregel ugyldig.³⁵ Følgelig vil morselskapet ikke ha påtatt seg noen risiko. En slik situasjon omtales som aksessorisk ugyldighet.³⁶ Det er alminnelig antatt at slike garantier ikke har rettslig virkning. Spørsmålet blir da hvordan betalt garantipremie skal behandles skatterettslig. En lignende problemstilling oppstår hvis en garanti er ugyldig som følge av brudd på aksjelovens regler. Dette behandles nærmere i pkt. 9.1 og 9.2.

³³ Moody's, Cross-Sector Rating Methodology: Rating Non-Guaranteed Subsidiaries: Credit Considerations In Assigning Subsidiary Ratings In The Absence Of Legally Binding Parent Support (desember 2003).

³⁴ OECDs retningslinjer 2013 pkt. 7.13.

³⁵ Smith 1981 side 180.

³⁶ Op.cit. side 180.

Del II. Generelt om fradragsretten og internprising

3 Utgangspunktet: fradragsrett

Det er et grunnleggende prinsipp i norsk skatterett at man skal skattlegges for det man har tjent, ikke det man har investert. Også etter skatteevneprinsippet skal skattyter gis fradragsrett for pådratte kostnader i forbindelse med erverv av inntekt. Ved beregning av alminnelig inntekt må derfor utgifter trekkes fra den samlede bruttoinntekt.

3.1 Skatteloven § 6-1

Hovedregelen for fradragsretten følger av skatteloven § 6-1. Fradrag kan kreves for «kostnad» som er «pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre» en «skattepliktig inntekt». Med «kostnad» forstås en økonomisk utgift. Ordlyden tilsier at det med «pådratt» menes at kostnaden må ha medført en reduksjon i skattyters formuesstilling. At det rent faktisk er betalt en garantipremie er dermed en absolutt forutsetning for fradrag. Det må videre være en skatterettslig fordel som er oppofret.³⁷ Det er imidlertid ikke noe krav om at fordelene er, eller har vært skattepliktig.³⁸ Kostnaden må videre være pådratt «for å erverve, vedlikeholde eller sikre» skattepliktig inntekt. Utgiften må ha tilknytning til skattyters inntekt. Det er altså et krav om tilknytning mellom kostnaden på den ene side og skattyters inntekt på den andre.³⁹

3.2 Fradrag for garantipremie

Garantipremier betales som regel for sikkerhetsstillelser som er nødvendige for å oppnå inngåelse av kontrakter, eller for å skaffe kapital til videre drift av selskapet. Det er derfor alminnelig antatt at garantipremier er skattepliktig inntekt og fradragsberettiget kostnad.⁴⁰ Utgangspunktet er altså at garantipremie betalt av norsk datterselskap til morselskap i utlandet er fradragsberettiget i Norge for datterselskapet. Spørsmålet er da hvilken betydning det har at det foreligger interessefellesskap mellom det norske datterselskapet (debitor) og det utenlandske morselskapet (garantisten).

³⁷ Zimmer 2014 side 183 og Aarbakke 1990 side 232.

³⁸ Aarbakke 1990 side 233.

³⁹ Zimmer 2014 side 197.

⁴⁰ Andreassen m.fl. 2013, side 80.

4 Garantipremier og armlengdeprinsippet

Hvis vilkårene i skatteloven § 13-1 er oppfylt, kan skattyters ligning endres ved skjønn. Avtalt internpris på en garantipremie kan altså angripes av ligningsmyndighetene på visse betingelser.

Av forarbeidene til bestemmelsen fremgår det at regelen fungerer som «en nasjonal beskyttelsesbestemmelse mot ulovlig skatteflukt til utlandet», men den kan også ha betydning mellom to norske parter.⁴¹ For eksempel dersom bare det ene selskapet er i skatteposisjon, vil dette gi insentiv til å flytte fradrag til dette selskapet (som kan nyttiggjøre seg det umiddelbart fremfor å måtte la det inngå i fremførbart underskudd).

Selskapene kan videre være underlagt ulik sats, for eksempel sokkel eller land. Det vil være mest fordelaktig for konsernet å flytte mest mulig inntekt til de deler av konsernet som er på land, siden skattesatsen er vesentlig lavere der. Likeledes vil det være skattemessig fordelaktig å flytte flest mulig kostnader til selskaper som underligger satsen på sokkelen, hvor fradraget vil være høyest (forutsatt tilstrekkelig tilknytning til særskattepliktig virksomhet). I lovforarbeidene fremheves det at for å unngå dette, er formålet med skatteloven § 13-1 «å motvirke omgåelser av skattelovgivningen, først og fremst omgåelser ved at inntekts- eller formuesposter søkes overført fra en skattyter til en annen ved skjev prissetting».⁴² Begrepet omgåelse kan her gi assosiasjoner til ulovfestet gjennomskjæring. Dette må ikke imidlertid ikke blandes sammen, da det er to forskjellige ting.

Skattemyndighetene har bare adgang til endring så langt dette følger av ligningsloven. Ligningsloven § 9-6 nr. 1 fastsetter at endring av ligning til ugunst for skattyter aldri kan gjøres senere enn ti år etter ligningsåret, men hovedregelen er at ligningsendring til ugunst for skattyter ikke kan gjøres etter en frist på to år. Dette forutsetter at skattyter ikke har gitt «uriktige eller ufullstendige opplysninger» og at han ikke har «unnlatt å gjøre ligningsmyndighetene oppmerksom på feil ved ligningen og skatteoppgjøret som han er eller burde vært klar over», jf. ligningsloven § 9-6 nr. 3 litra a.

⁴¹ Ot.prp.nr.26 (1980-1981) side 56.

⁴² Ot.prp.nr.86 (1997-1998) side 75.

Når betalt garantipremie ikke er armlengdes, vil skattemyndighetene kunne endre ligningen til skattyters ugunst. Konsekvensen er at fradraget for skattyter blir mindre. Gitt at skattyter oppfyller vilkårene, er derfor utgangspunktet at skatteloven § 13-1 bare kan anvendes innenfor en ramme på to år etter det aktuelle ligningsåret. Høyesterett har imidlertid i flere avgjørelser uttalt at dersom avtalt pris «avviker betydelig» fra armlengdespris og denne er oppført i selvangivelsen, er dette i seg selv en uriktig opplysning.⁴³ Av avgjørelsene kan det utledes at avtalt pris «avviker betydelig» dersom den avviker fra armlengdeprinsippet med førti prosent eller mer. Hvis dette er tilfellet vil således toårsfristen ikke gjelde og skattyter kan risikere tilleggsskatt etter ligningsloven kapittel 10.

Skatteloven § 13-1 kan ses som en presisering av skattelovens alminnelige regler om hvem som skal tilordnes skattepliktig inntekt og formue.⁴⁴ Bestemmelsen er altså ikke i seg selv en selvstendig hjemmel for skatteplikt.

4.1 Vilkår for skjønnsadgang – skatteloven § 13-1 første ledd

4.1.1 Direkte eller indirekte interessefellesskap

Det første kumulative vilkåret for adgang til skjønnsfastsettelse er at det må foreligge et «direkte eller indirekte interessefellesskap». Skatteloven inneholder ikke noen legaldefinisjon av begrepet «interessefellesskap». Ordlyden tilsier at begge selskapene må ha et felles mål om å oppnå et best mulig samlet økonomisk resultat i konsernet eller for de involverte deltakerne. I lovforarbeidene presiseres det at interessefellesskapet «må gi den ene en faktisk innflytelse over den annens disposisjoner på vesentlig samme måte som f.eks. en deltaker i et foretak».⁴⁵ Hvorvidt vilkåret om interessefellesskap er oppfylt er sjelden vanskelig å avgjøre. Det er på det rene at mor- og datterselskaper alltid vil være i interessefellesskap, da eierinteressene er de samme. Vilkåret vil derfor ikke bli behandlet nærmere.

⁴³ Se Baker Hughes dommen (Rt-1999-1087) side 1102 og Statoildommen (Rt-2012-1648) avsnitt 51.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) side 75.

⁴⁵ Ot.prp.nr. 26 (1980-1981) side 66.

4.1.2 Skattyters formue eller inntekt må være redusert

Videre er det et vilkår at skattyters «formue eller inntekt er redusert». Ordlyden tilsier at skattyters formue eller inntekt må være mindre enn den kunne ha vært.

Inntektsreduksjonen er det viktigste grunnlaget for justering, fordi det er denne som reduserer skattefundamentet.⁴⁶ Vilkåret om inntektsreduksjon er det som oftest volder tvil ved skattemyndighetenes behandling av internprisingssaker.⁴⁷

Det er ikke nødvendig at skattefundamentet for begge parter sett under ett er redusert for at § 13-1 skal kunne anvendes. At én av partene i interessefellesskapet har redusert inntekt er nok.⁴⁸ Det kreves heller ikke et kvalifisert eller vesentlig avvik, men det må kunne dokumenteres at den avtalte internprisen avviker fra markedspris.⁴⁹

Forarbeidene peker på at vilkåret er oppfylt «når en transaksjon - *eller en samhandel totalt over tid* - er økonomisk dårligere for skattyter enn den ville ha vært i et uavhengig forhold».⁵⁰ Hvordan dette har skjedd er i prinsippet uten betydning.⁵¹ Uttrykket «samhandel over tid» kan tolkes dit hen, at dersom skattyter har foretatt flere transaksjoner innenfor et interessefellesskap, må disse ses i sammenheng.⁵² Forarbeidene gir ikke nærmere veiledning angående dette.

Problemstillingen er her hvorvidt det er adgang til å betale for høy garantipremie ett år, for så å kvittere denne mot for lav premie et annet år. Dette er et spørsmål om armlengdeprinsippet kan benyttes på flere kontrollerte transaksjoner som en helhet, eller om vurderingen må foretas konkret for hver separate transaksjon.

⁴⁶ Skaar m.fl. 2006 side 352.

⁴⁷ Carlsen 2012 side 723.

⁴⁸ Skaar m.fl. 2006 side 354.

⁴⁹ Se Lignings-ABC 2014, Internprising, pkt. 2.2.1 og Rt-1999-1087 side 1096

⁵⁰ Min kursivering.

⁵¹ Ot.prp.nr. 26 (1980-1981) side 66, min kursivering.

⁵² Anonymisert klagekjennelse av Oljeskattekontoret 19.08.2013, se kildeliste under ligningspraksis.

Utgangspunktet er at armlengdeprinsippet bør anvendes på en transaksjon av gangen for å komme frem til det mest presise anslag for rimelig markedspris.⁵³ I noen tilfeller vil det imidlertid være nødvendig å se flere kontrollerte transaksjoner i sammenheng.⁵⁴ I følge OECDs retningslinjer for internprising kan separate transaksjoner være så nært knyttet til hverandre eller så kontinuerlige, at de ikke kan vurderes tilstrekkelig hver for seg.⁵⁵ Som eksempler på dette nevner retningslinjene blant annet langsiktige kontrakter om levering av varer eller tjenester, rettigheter til å bruke immateriell eiendom og prising av en rekke nært knyttede produkter hvor det vil være upraktisk å prise hvert enkelt produkt eller transaksjon. Det må i alle tilfeller gjøres en konkret vurdering.⁵⁶

Problemstillingen er så vidt meg bekjent ikke behandlet i norske domstoler angående garantipremier. For konserninterne lån ble den indirekte berørt i Statoil Angola-dommen.⁵⁷ Høyesterett kom til at i den konkrete saken måtte to konserninterne lån vurderes samlet. Kravet til en isolert vurdering kunne etter flertallets mening «ikke gjelde dersom flere disposisjoner inngår i et *sammenhengende hele*».⁵⁸ Det var så nær sammenheng mellom lånene at de måtte vurderes under ett. Ved avtale om garantistillelse er det som regel kontraktsfestet at betaling av garantipremie skal utgjøre en viss prosentandel av den underliggende forpliktelse, med løpende betaling over flere år. Høyesteretts uttalelser taler med styrke for at slike transaksjoner må anses å inngå i et sammenhengende hele.

Spørsmålet har også vært oppe for Regeringsrätten i Sverige.⁵⁹ I en sak fra 1991 (Svenska Shell) var spørsmålet om flere kontrollerte transaksjoner var armlengdes. To beslektede selskaper i Shell-konsernet hadde drevet kjøp og salg av råolje under en langsiktig kontrakt over flere år. De hadde også avtaler om transport av råoljen. Tvisten angikk i hvilken grad det kunne anlegges et videre tidsperspektiv på

⁵³ OECDs retningslinjer pkt. 1.42.

⁵⁴ Wittendorff 2010 side 343.

⁵⁵ OECDs retningslinjer pkt. 3.9.

⁵⁶ Anonymisert klagekjennelse av Oljeskattekontoret 19.08.2013.

⁵⁷ Rt-2007-1025.

⁵⁸ Rt-2007-1025 avsnitt 46, min kursivering.

⁵⁹ RÅ 1991, ref 107. Dommen er avsagt i siste instans. Den øverste forvaltningsdomstolen i Sverige skiftet navn 1. januar 2011 til Högsta förvaltningsdomstolen. Domstolens hovedoppgave er å avsi prejudikater. <http://www.hogstaforvaltningsdomstolen.se/Om-Hogsta-forvaltningsdomstolen/> (sist sett: 12.12.2014)

armlengdevurderingen, slik at alle transaksjonene ble vurdert under ett. Underrettene kom til at vurderingen av de kontrollerte transaksjonene måtte gjøres innenfor rammen av det enkelte inntektsår. Regeringsrätten kom derimot til at spørsmålet ikke kunne besvares så kategorisk.

Retten uttalte at ordlyden muligens kunne forstås slik at vilkåret var oppfylt dersom prisene for en enkelt kontrollert transaksjon avvek fra markedspris. Å tillempe den svenske internprisingsbestemmelsen en så snever funksjon hadde derimot ikke støtte i forarbeidene. Dette ville også vært i strid med regelens formål, nemlig å forhindre skatteflukt til utlandet. Retten utelukket ikke at et armlengdes prissystem i et lengere tidsperspektiv kunne ha overdebitering ett år og underdebitering et annet år. Dette ble begrunnet med at det ikke var forenlig med kommersiell virksomhet å sette en absolutt grense ved utgangen av inntektsåret. På denne bakgrunn kom retten til at i visse tilfeller må flere konserninterne transaksjoner vurderes samlet. Retten så altså prinsippet om en helhetlig vurdering i et dynamisk perspektiv. Resultatet ble at de totale innkjøpsprisene var armlengdes.

Avgjørelsen er riktignok av eldre dato, men i mangel av norske rettskilder er den likevel av relevans. For det første kan dommen bidra til å illustrere hvordan problemstillingen er løst i et annet OECD-land.⁶⁰ Videre har dommens resultat noe for seg, da retten i hovedsak bygget resultatet på lovbestemmelsens formål og reelle hensyn. Det primære formålet med skatteloven § 13-1 er som nevnt å hindre skattytere i å flytte overskudd gjennom internprising. Dersom skattyters internpriser er armlengdes sett under ett, gjør ikke dette hensynet seg gjeldende.

Uavhengige selskaper kan også tenkes å avtale en viss avdragsmargin ved periodebasert betaling av garantipremie. Det vil derfor ikke være skattemessig forskjellsbehandling av konsernselskaper og uavhengige selskaper dersom også selskapsgrupper innrømmes en slik adgang. Det er ikke kommersielt naturlig for alle selskaper å betale en fastsatt

⁶⁰ Sverige ble medlem i OECD 28. september 1968, se lenke: http://no.wikipedia.org/wiki/Organisasjonen_for_%C3%B8konomisk_samarbeid_og_utvikling (sist sett: 12.12.2014)

armlengdes garantipremie innenfor hvert inntektsår. Ved svingninger i markedet og selskapsøkonomien kan det være nødvendig å justere betalingene ulikt fra år til år, med en viss kreditering. En avdragsmargin vil kunne gagne begge de involverte selskapene, da det gir en mulighet for at debitorselskapet vil være bedre i stand til å oppfylle alle sine løpende økonomiske forpliktelser.

Skatteflukt til utlandet har ikke forekommet så lenge alle garantipremiebetalingene er armlengdes sett under ett. Formålet med skatteloven § 13-1 vil derfor ikke være i fare. Skatteprovenyet vil riktig nok kunne svekkes i et enkelt år, men dette vil alltid jevnes ut over en periode på flere år. For å oppnå riktig skattlegging kan man ikke alltid bare se på enkeltransaksjoner eller enkelte inntektsår. Hensynet til riktig beskatning bør derfor få avgjørende vekt. Det er altså en viss adgang til å betale for høy garantipremie ett år, for så å kvittere denne mot for lav premie et annet år.

4.1.3 Årsakssammenheng

I tillegg til at det må foreligge interessefellesskap og inntektsreduksjon, så følger det av ordlyden at formuen eller inntekten må være redusert «på grunn av» interessefellesskapet. Det kreves altså årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen. Spørsmålet er om kravet til inntektsreduksjon kan anses oppfylt, selv om det ikke foreligger årsakssammenheng.

Ordlyden taler for at bestemmelsen bare gjelder inntektsreduksjon som er forårsaket av interessefellesskapet. Dette taler for at årsakssammenheng er et vilkår for at det i det hele tatt kan anses å ha skjedd en inntektsreduksjon.

I forarbeidene uttales det at «ligningsmyndighetene må bevise både at interessefellesskap foreligger, og at skattyteren har fått sitt skattefundament redusert. Er denne bevisbyrde først godtgjort, antas også årsakssammenheng å foreligge».⁶¹ Uttalelsen kan tolkes dit hen at lovgiver ikke har ment at årsakssammenheng skal

⁶¹ Ot.prp.nr.26 (1980-1981) side 56.

vurderes separat. Dersom vilkårene om interessefellesskap og inntektsreduksjon er oppfylt, skal det «antas» at også årsakssammenheng foreligger. Tolkningen støttes av at domstolene ikke alltid vurderer dette særskilt.⁶² Kravet om årsakssammenheng har derfor blitt kritisert i juridisk teori for ikke å være et selvstendig vilkår.⁶³

På den andre side kan Høyesterettspraksis tale for at det ikke alltid kan presumeres at det foreligger årsakssammenheng mellom et interessefellesskap og en inntektsreduksjon.

I Rt-2007-1025 hadde Statoil Angola fått et lån på markedsvilkår fra en uavhengig tredjepart, i tillegg til et rentefritt lån fra morselskapet Statoil ASA. Statoil Angola hadde ikke finansiell evne til å bære større rentebærende lån enn det som var opptatt hos den uavhengige tredjeparten. Det ville således ikke ha vært mulig for Statoil Angola å skaffe lånet selskapet opptok i Statoil ASA fra en uavhengig kredittgiver. På grunnlag av dette kom Høyesterett til at bestemmelsen om rentefrihet i låneavtalen ikke var et resultat av interessefellesskapet mellom Statoil ASA og Statoil Angola, men forretningsmessig begrunnet.⁶⁴ Høyesteretts resonnement kan her gi inntrykk av retten så på årsakssammenheng som et eget vilkår, og at dette ikke forelå.

I Telecomputing-dommen kan det også fremstå som at Høyesterett kom til at det ikke var årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen.⁶⁵ Det norske selskapet Telecomputing hadde foretatt en del kapitaloverføringer til sitt nyopprettede datterselskap i USA. Kapitalen skulle finansiere konsernets satsning i Amerika og var ment å gi datterselskapet startkapital, men det var forutsatt at det skulle være et lån med tilbakebetalingsplikt. Satsningen gikk imidlertid dårlig, noe som medførte at det norske Telecomputing-selskapet tapte omkring 300 millioner kroner av investeringen. Problemstillingen i dommen var om kapitaloverføringene skulle anses som egenkapital, eller fradragberettiget tap på fordring. Førstvoterende la vekt på at transaksjonen hadde «en selvstendig forretningsmessig begrunnelse» og uttalte at tapet

⁶² Se for eksempel LB-2003-11771.

⁶³ Se bl.a. Skaar m.fl., 2006, side 361-363.

⁶⁴ Rt-2007-1025 avsnitt 44.

⁶⁵ Rt-2010-790.

skattyter var blitt påført skyldtes «ikke valget av finansieringsform, men at satsingen på det amerikanske markedet ikke ble vellykket.»⁶⁶ Høyesterett kom dermed til at inntektsreduksjonen ikke hadde sammenheng med at selskapene var i interessefellesskap. Skatteloven § 13-1 kunne dermed ikke anvendes.

Basert på Høyesteretts praksis har Naas m.fl. hevdet at vilkåret om årsakssammenheng alltid må vurderes konkret.⁶⁷ Det kan imidlertid argumenteres for at en inntektsreduksjon ikke kan foreligge uten at den har årsakssammenheng med et interessefellesskap.

Årsakssammenheng fremstår som en forutsetning for at en inntektsreduksjon i det hele tatt har skjedd. Kravet til inntektsreduksjon forutsetter at selskapet ville tjent mer dersom det hadde inngått en tilsvarende transaksjon med et uavhengig selskap. I motsatt fall kunne en hvilken som helst feilinvestering kvalifisert til å oppfylle vilkåret. Det fremgår ikke av ordlyden eller forarbeidene at vilkåret er oppfylt så lenge det bare foreligger en reduksjon i forhold til forventet inntekt. Dette kan også vanskelig tenkes å ha vært lovgivers intensjon. Det må derfor kunne legges til grunn at Høyesterett i de to ovenfor nevnte dommene kom til at det ikke forelå noen inntektsreduksjon, selv om dette ikke ble eksplisitt uttalt. Kravet til inntektsreduksjon altså ikke anses oppfylt dersom denne ikke har årsakssammenheng med et interessefellesskap.

4.2 Armlengdeprinsippet

4.2.1 Skatteloven § 13-1 tredje ledd

Når skattyters inntekt eller formue justeres ved skjønn, skal den «fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget», jf. skatteloven § 13-1 tredje ledd.

Sammenligningsgrunnlaget skal altså være en lignende transaksjon mellom uavhengige selskaper. Dette omtales som armlengdeprinsippet, som er et bærende prinsipp i norsk skattelovgivning.⁶⁸

⁶⁶ Rt-2010-790 avsnitt 61.

⁶⁷ Naas m.fl. 2011 side 1006.

⁶⁸ Ot.prp.nr.62 (2006-2007) side 9.

4.2.2 OECDs retningslinjer

OECD (Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling) har utarbeidet retningslinjer som fokuserer på de internasjonale aspekter ved internprising, med det hovedsakelige formål å minimalisere risikoen for dobbeltbeskatning.⁶⁹ Retningslinjene er kommentarer til OECDs mønsterskatteavtale artikkel 9, hvor det er gitt en autoritativ angivelse av armlengdeprinsippet.⁷⁰ Når konserninterne selskaper inngår transaksjoner «som avviker fra dem som ville vært avtalt mellom uavhengige foretak», kan enhver inntektsreduksjon som følge av dette «medregnes i og skattlegges sammen med dette foretakets inntekt».⁷¹

Armlengdeprinsippet er av OECDs medlemsland valgt som internasjonal prisingsmetode. Begrunnelsen for dette er i retningslinjene angitt å være at prinsippet fører til likhet i skattebehandlingen av konserner og uavhengige selskaper.⁷² Det skal altså bidra til å fremme internasjonal handel og næringsliv. Som en del av BEPS-arbeidet utreder OECD armlengdeprinsippetets svakheter. Gjennom BEPS-prosjektet («Base Erosion and Profit Shifting») undersøker OECD blant annet om dagens skatteregler åpner for at skattemessig overskudd kan tildeles til andre steder enn der den faktiske virksomhetsaktiviteten foregår, og hva som kan gjøres for å endre det hvis dette er tilfellet.⁷³

Alle dobbelbeskatningsavtalene Norge har inngått etter 1963, inneholder en bestemmelse som er lik eller vesentlig lik armlengdebestemmelsen i artikkel 9 punkt 1 i OECDs mønsterskatteavtale.⁷⁴ Gjennom dobbeltbeskatningsavtaleloven er skatteavtalene gitt trinnhøyde som norsk lov.⁷⁵ Dette medfører at i tilfeller hvor artikkel 9 i mønsteravtalen er inntatt i en skatteavtale Norge er bundet av, er staten folkerettslig forpliktet til å basere internprising av grenseoverskridende transaksjoner på armlengdeprinsippet.

⁶⁹ OECDs retningslinjer, Preface pkt. 12.

⁷⁰ OECDs retningslinjer, Preface pkt. 9.

⁷¹ OECD Model Tax Convention art. 9, min oversettelse.

⁷² OECDs retningslinjer pkt. 1.8.

⁷³ <http://www.oecd.org/tax/beps-about.htm> (sist sett: 12.12.2014)

⁷⁴ Sjekket på Finansdepartementets hjemmesider:

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/tema/skatter_og_avgifter/skatteavtaler-mellom-norge-og-andre-stat.html?id=417330 (sist sett: 12.12.2014)

⁷⁵ Dobbeltbeskatningsavtaleloven 28. juli 1949 nr.15

Det følger nå av skatteloven § 13-1 fjerde ledd at når det foreligger interessefellesskap mellom selskaper hjemmehørende i Norge og utlandet, og armlengdebetingelser er nedfelt i skatteavtale mellom deres respektive stater, «skal det tas hensyn til» OECDs retningslinjer. Disse retningslinjene bør også, så langt de passer, «tas tilsvarende hensyn til» dersom det ikke foreligger noen skatteavtale, jf. siste punktum. Dette er en kodifikasjon av Høyesteretts uttalelse i Agip-dommen.⁷⁶ Retten uttalte at armlengdeprinsippet i den tidligere skatteloven § 54, sammenholdt med øvrige norske rettskilder, gir uttrykk for det samme som fremgår av OECDs retningslinjer.⁷⁷ Retningslinjene skal altså gi et mer presist uttrykk for innholdet i skatteloven § 54 første ledd (nåværende § 13-1 første ledd).⁷⁸

I den kanadiske avgjørelsen GE Capital mot Canada, uttalte ankedomstolen at de relevante omstendigheter i en armlengdevurdering er de som en uavhengig tredjepart ville tatt i betraktning.⁷⁹ Dette var basert på en tidligere uttalelse av samme domstol i saken Glaxosmithkline mot Canada.⁸⁰

Glaxosmithkline Canada hadde solgt et kjemisk stoff til bruk i medisiner til et beslektet selskap. Prisen var vesentlig høyere enn hva andre, uavhengige parter ville avtalt. Spørsmålet var om en avtale som påla det beslektede selskapet å kjøpe stoffet hos bestemte selskaper skulle tas i betraktning ved beregning av armlengdes pris. Skattedomstolen (Tax Court) kom til at dette ikke var tilfellet. Glaxosmithkline anket avgjørelsen til Federal Court of Appeal og fikk medhold. Retten uttalte at armlengdeprinsippet fordrer at det må foretas en «reasonable business person» test, hvor alle omstendigheter som uavhengige parter ville vektlagt skulle tas med i vurderingen. Kanadiske ligningsmyndigheter anket beslutningen, men tapte i Supreme Court, hvor avgjørelsen fra Federal Court of Appeal ble opprettholdt. Av uttalelsen kan det utledes at armlengdeprinsippet fordrer en vurdering av alle momenter som en

⁷⁶ Rt-2001-1265, side 1277.

⁷⁷ Op.cit., side 1278.

⁷⁸ Op.cit., side 1278.

⁷⁹ GE Capital Canada, Federal Court of Appeal (ankedomstolen), 15. Desember 2010, se avsnitt 59.

Canada ble medlem i OECD 10. april 1961:

http://no.wikipedia.org/wiki/Organisasjonen_for_%C3%B8konomisk_samarbeid_og_utvikling
(sist sett: 12.12.2014)

⁸⁰ Glaxosmithkline mot Canada, Federal Court of Appeal 2010. Dommen ble senere stadfestet av den øverste domstolen i Canada (the Supreme Court) 18.10.2012.

fornuftig forretningsmann ville ansett å være av betydning. Dette er i tråd med OECDs retningslinjer.

4.2.3 Implisitte garantiers betydning for armlengdes garantipremie

Det følger klart av OECDs retningslinjer at å motta indirekte fordeler som følge av konserntilknytning, ikke anses som en betalbar konsernintern tjeneste.⁸¹ Det er derfor ikke fradragsrett for garantipremie dersom det bare foreligger en implisitt garanti, men det kan problematiseres hvorvidt det er armlengdemessig å betale garantipremie for en eksplisitt garanti, hvis kreditor uansett er beskyttet av en implisitt garanti.

Så vidt meg bekjent, har ikke norske domstoler tatt stilling til betydningen av implisitte garantier ved beregning av garantipremie for en eksplisitt garanti. Den kanadiske dommen GE Capital Canada omhandlet derimot temaet.⁸²

I saken var det avgitt en eksplisitt morselskapsgaranti overfor et eksternt lån til et datterselskap. Den rettslige problemstillingen var om betalt garantipremie var armlengdes. Kanadiske skattemyndigheter anførte at fradrag for garantipremie burde nektes, fordi det også forelå en implisitt garanti fra morselskapet. Begrunnelsen var at datterselskapet ville fått en tilnærmet lik rente på grunn av konserntilknytningen uten den eksplisitte garantien. Skattemyndighetene mente at datterselskapet ikke hadde nytte av den eksplisitte garantien som det ble betalt garantipremie for. Transaksjonen ble derfor omklassifisert til utbytte og selskapet ble ilagt kildeskatt.

Retten uttalte at eventuelle implisitte garantier må tas i betraktning ved selskapsrating av datter for å komme frem til en armlengdes pris.⁸³ Den riktige tilnæringsmåten var å se på forskjellen i rentemargin («yield rates») mellom renten som skattyter kunne få uten garanti og renten som ble betalt *med* garanti. Dette tilsvarer ikke garantipremien, men er en øvre grense for den, slik at den faktiske garantipremien må ligge innenfor et

⁸¹ Retningslinjene pkt. 7.13.

⁸² GE Capital Canada, Federal Court of Appeal (ankedomstolen), 15. Desember 2010.

⁸³ GE Capital Canada avsnitt 59.

intervall under dette nivået. Ifølge domstolen var det et klart skille mellom datterselskapets rating med eksplisitt garanti og ratingen med implisitt garanti. Sett i lys av ratingskillet var garantipremien armlengdemessig, fordi den eksplisitte garantien var av nytte for datterselskapet. For å vite om det er armlengdes å betale garantipremie, må det derfor ses hen til hvorvidt datterselskapet faktisk har behov for den eksplisitte garantien.

Ratingbyråer vektlegger implisitte garantier når de skal komme frem til en selskapsrating. Dette gjør at et selskaps offisielle kredittverdighet påvirkes av eventuelle implisitte garantier. Uavhengige selskaper tar gjerne utgangspunkt i datterselskapets rating, for eksempel ved beregning av lånerenter. Det kan derfor ikke legges til grunn at en eksplisitt morselskapsgaranti aldri vil ha verdi for datterselskapet når det også foreligger en implisitt garanti.

4.3 Litt om domstolenes prøvelsesrett

Skatteloven § 13-1 første ledd hjemler et rettsanvendelsesskjønn som domstolene kan prøve fullt ut.⁸⁴ Spørsmålet i det følgende er hvor langt prøvelsesretten rekker ved ligningsmyndighetenes skjønnsfastsettelse etter bestemmelsens tredje ledd.

Domstolene har lenge antatt at skattemyndighetenes skjønnsutøvelse i henhold til tredje ledd bare vil kunne oppheves «hvis den fremstår som vilkårlig, uforsvarlig eller sterkt urimelig».⁸⁵ I Norlanddommen fra 2012 uttalte Høyesterett uttrykkelig at vurderingen skal anses som en del av forvaltningens frie skjønn som ikke kan overprøves av domstolene.⁸⁶ Denne begrensningen i prøvelsesretten er møtt med sterk kritikk i juridisk teori.⁸⁷ Begrunnelsen er først og fremst ordlyden i tredje ledd. At bestemmelsen

⁸⁴ Se for eksempel Rt-1999-1087 side 1096 og Rt-2012-1025 «Norlanddommen» avsnitt 45.

⁸⁵ Se for eksempel LB-2009-81881 «ConocoPhillips».

⁸⁶ Rt-2012-1025 avsnitt 62.

⁸⁷ Se Skaar m.fl. 2006 side 359 (riktignok før Norlanddommen), Bjerke og Søggaard *International Transfer Pricing Journal* vol. 19, no. 6 2012, side 450-456, Backer-Grøndahl (SR-2012-210) og Bullen 2014 side 139-161.

gir anvisning på at det ved «skjønnet» skal foretas en armlengdevurdering, innebærer ikke nødvendigvis at lovgiver har ment at det skal være et rent forvaltningsskjønn.⁸⁸

Det må foretas en sammenligning med en ukontrollert transaksjon allerede når vilkåret til inntektsreduksjon vurderes. Det harmonerer derfor dårlig at domstolene bare kan overprøve denne sammenligningen og ikke den endelige skjønnsutøvelsen etter tredje ledd. Også med hensyn til OECDs omfattende retningslinjer for armlengdevurderingen, kan det framstå som ulogisk at domstolene ikke skal kunne kontrollere om ordlyden er respektert i skjønnet.

På den andre siden vil kanskje ligningsmyndighetene ofte være bedre egnet enn domstolene til å vurdere hva som er markedsmessig. Dette kan likevel avhjelpes ved å ha fagkyndige meddommere, vitner eller andre hjelpemidler.

Spørsmålet om armlengdepris avgjøres på grunnlag av faktiske omstendigheter. Vurderingen er å sammenligne en kontrollerte transaksjon med en tilsvarende, ukontrollert transaksjon. Domstolene kan alltid prøve om forvaltningen har bygget på riktig faktum.⁸⁹ På dette grunnlag kan hevdes at Høyesteretts uttalelse ikke er helt i samsvar med gjeldende rett.

Prøvesesrett er også viktig for skattyters mulighet til å angripe skjønnsutøvelsen. Domstolene bør derfor kunne overprøve skattemyndighetenes skjønnsutøvelse i skatteloven § 13-1 tredje ledd.

⁸⁸ Slik også Zimmer *Høyesterettsdommer i skattesaker 2012 2013* side 152-158 på side 153.

⁸⁹ Rt-1995-72 side 77.

4.4 Strukturelle-/verdijusteringer

I det følgende er spørsmålet hvilke justeringer ligningsmyndighetene kan foreta ved skjønn med hjemmel i skatteloven § 13-1. I tråd med armlengdeprinsippet kan det foretas to typer justeringer. Disse er i juridisk teori omtalt som «verdijusteringer» og «strukturelle justeringer».⁹⁰

Verdijusteringer gjøres når det bare er variabler som endres i en kontrollert transaksjon. Eksempler på dette er endring av renter eller priser på varer og tjenester. Når størrelsen på en garantipremie fastsettes ved skjønn, vil dette være en verdijustering. Dette er den vanligste formen for skjønnsfastsettelse med hjemmel i § 13-1.

Hovedregelen er at avtalen mellom partene som utgangspunkt skal legges til grunn når prisen fastsettes.⁹¹ Dette gjøres alltid ved verdijusteringer, da det bare er avtalt pris for den konserninterne tjenesten skattemyndighetene endrer ved skjønn.

I enkelte tilfeller kan det imidlertid bli aktuelt å foreta *strukturelle justeringer* på en kontrollert transaksjon. Dette er mer inngripende enn verdijusteringer, da den kontrollerte transaksjonen omstruktureres i sin helhet for skatteformål. Slike justeringer kan ifølge OECDs retningslinjer bare foretas i «exceptional cases» og gjelder særlig tilfeller hvor avtalen er så påvirket av interessefellesskapet at den ikke bør legges til grunn.⁹² Det foreligger altså en høy terskel.

Ifølge retningslinjene pkt. 1.65 er det to situasjoner hvor strukturell justering kan være aktuelt. Det første tilfellet er hvor «the economic substance of a transaction differs from its form». Dette omtales av Bullen som «økonomisk substans-unntaket», og kan anvendes når det økonomiske innholdet i en transaksjon ikke samsvarer med den privatrettslige klassifiseringen av den.⁹³ Et praktisk eksempel hvor det kan foretas en strukturell justering er ved tynn kapitalisering.⁹⁴ I slike tilfeller kan konserninterne lån måtte anses for å være et substitutt for egenkapital. Se nærmere om dette i pkt. 9.3.

⁹⁰ Bullen 2008 side 112.

⁹¹ OECDs retningslinjer pkt. 1.64.

⁹² OECDs retningslinjer pkt. 1.64.

⁹³ Bullen 2008 side 114.

⁹⁴ Zimmer Skatterett 03/2012 side 195.

For det andre kan transaksjonen justeres dersom den avviker fra det som «would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner», og «the actual structure practically impedes the tax administration for determining an appropriate transfer price». Bullen omtaler dette som «rasjonalitetsunntaket».⁹⁵ Unntaket omfatter kontrollerte transaksjoner uten noe forretningsmessig fornuftig formål, og som fremstår som merkelig eller unødvendig komplisert. Unntaket behandles konkret for garantipremier i pkt. 7.2.1.

I Rt-2001-1265 hadde selskapet Agip inngått en konsernintern captive-avtale. Det var avtalt at Agips egenandel skulle være uvanlig lav, og forsikringspremien tilsvarende unormalt høy. Forsikringsdekningen gikk også utover hva tilsvarende forsikringer dekket. Oljeskattenemnda hadde først foretatt en strukturell justering av avtalen, ved å se bort fra at forsikringen dekket mer enn det som var vanlig i markedet. Deretter oppjusterte de egenandelen. Høyesterett opphevet den strukturelle justeringen, fordi retten anså det umulig å inngå en slik forsikringsavtale på markedsvilkår uten en viss tilpasning. Dette illustrerer at terskelen for strukturelle justeringer ligger relativt høyt. Verdijusteringen ble imidlertid stadfestet.

⁹⁵ Bullen 2008 side 114.

5 Prisingsmetoder

Problemstillingen i det følgende er hvordan man generelt skal beregne en garantipremie i tråd med armlengdeprinsippet. Dette fremgår ikke av ordlyden i skatteloven § 13-1. OECDs retningslinjer gir derimot anvisning på fem mulige internprisingsmetoder som kan anvendes.⁹⁶ Retningslinjene sonderer mellom tradisjonelle transaksjonsmetoder («traditional transaction methods») og andre profittmetoder («transactional profit methods»)⁹⁷ De tradisjonelle metodene er CUP-, videresalgpris- og kost plussmetoden. Disse metodene har i en del tilfeller vist seg ikke å være anvendelige, spesielt fordi bruken av dem forutsetter høy grad av sammenlignbarhet.⁹⁸ Som følge av dette er det derfor utviklet to fortjenestebaserte metoder; fortjenestefordelingsmetoden («profit split»), også omtalt som overskuddsdelingsmetoden, og fortjenestesammenligningsmetoden.

De tradisjonelle metodene bør brukes foran de fortjenestebaserte.⁹⁹ Dette har sin bakgrunn i at disse metodene vil kunne gi det mest pålitelige resultatet. Alle metodene er imidlertid likestilt.¹⁰⁰ Det må derfor alltid vurderes konkret hvilken metode som kan gi riktig resultat. Det er ikke alle metodene som er anvendelige overfor garantipremier. Det avgrenses derfor mot en inngående redegjørelse av internprisingsmetodene.

I retningslinjene pkt. 2.9 åpnes det også for bruk av andre metoder, dersom dette gir mest presist resultat. Det er således adgang til å anvende flere metoder for å komme frem til armlengdes pris. Resultatet er imidlertid det viktigste, ikke hvilken metode man har brukt for å komme frem til det.¹⁰¹ Forutsetningen er i alle tilfeller at metoden må ivareta armlengdeprinsippet. Dette innebærer at dersom det er ulikheter mellom en kontrollert- og en ukontrollert transaksjon, må disse justeres før man kan komme frem til armlengdes pris. Antall justeringer vil imidlertid påvirke påliteligheten av resultatet.¹⁰²

⁹⁶ Se kapittel II Transfer Pricing Methods.

⁹⁷ Se retningslinjene pkt. 2.1.

⁹⁸ Bjerke 1997 side 219.

⁹⁹ Retningslinjene pkt. 2.3.

¹⁰⁰ Retningslinjene pkt. 2.2.

¹⁰¹ Bjerke 1997 side 167.

¹⁰² Bjerke 1997 side 261.

Det er videre ikke slik at det bare er ett skjønnsresultat som er det riktige.¹⁰³

Verdivurderinger er ingen eksakt vitenskap hvor man kan regne seg frem til den eneste «riktige verdien».¹⁰⁴ Det må derfor tillates at det beregnes et armlengdeintervall. Jo vanskeligere det er å definere hva som er riktig armlengdepris, jo større grunn er det for å tillate et videre spenn av armlengdes priser.¹⁰⁵

5.1 Utgangspunktet: CUP-metoden

Utgangspunktet ved prising av garantipremier er den såkalte *CUP-metoden* («comparable uncontrolled price method»). Ved anvendelse av metoden skal den kontrollerte transaksjonen sammenlignes med en lignende transaksjon som er utført i markedet. Forretningsmessigheten av den kontrollerte transaksjonen undersøkes da ved at den blir sammenlignet med en faktisk tilsvarende transaksjon mellom uavhengige parter.¹⁰⁶ Dette kan gjøres ved å innhente prisinformasjon fra uavhengige kredittutstedere, slik som banker eller andre institusjoner (ekstern CUP). Dersom konsernet har inngått lignende avtaler tidligere med uavhengige tredjeparter, vil også disse kunne være egnede sammenligningsgrunnlag (intern CUP).

Hvis transaksjonen det sammenlignes med er helt lik den kontrollerte transaksjonen, er CUP-metoden den sikreste og enkleste metoden for å komme frem til armlengdes pris og vilkår. Flere av garantiene som behandles i avhandlingen er imidlertid spesielle. Dette vanskeliggjør bruk av CUP-metoden.

5.1.1 Indikative priser

For å være sikker på at størrelsen på en garantipremie er armlengdes, er den enkleste måten å undersøke *indikative priser* i markedet. Dette blir derfor ofte gjort i praksis. Selskapet innhenter da et prisforslag for garantistillelse fra et uavhengig selskap, for eksempel en bank. Denne indikative prisen brukes så som utgangspunkt for å fastsette armlengdes pris på garantipremien.

¹⁰³ Rt-2012-1648 avsnitt 43.

¹⁰⁴ Retningslinjene pkt. 1.45 og Rt-2012-1025 avsnitt 70.

¹⁰⁵ Naas m.fl. 2011 side 933.

¹⁰⁶ Rt-2007-1025 avsnitt 43.

Forskjellen mellom CUP-metoden og bruk av indikative priser er at den kontrollerte transaksjonen sammenlignes i det første tilfellet med en faktisk transaksjon, og i det andre tilfellet med en hypotetisk transaksjon. Oljeskattekontoret har derfor tatt til orde for at indikative priser bør «benyttes med varsomhet, spesielt med tanke på at disse kan forhandles og ikke har ført til en konkret avtale. En faktisk gjennomført transaksjon vil normalt tillegges større bevismessig vekt».¹⁰⁷ Dette begrunnes blant annet med at «banker er underlagt egne regler for kapitaldekning. [Selskapet i saken] ville ikke hatt slike krav og kapitalkostnader, og vil således kunne akseptere en lavere pris enn en bank».¹⁰⁸ Skattemyndighetenes beregninger er derfor gjerne betydelig lavere enn de som oljeselskapene vanligvis kommer frem til.

Et problem i praksis er imidlertid at indikative priser ofte er det eneste holdepunktet man har for å finne armlengdes pris. Når det mangler sammenlignbare transaksjoner er det derfor vanskelig for selskapene å internprise garantipremier.

5.2 Beregning av garantipremie for finansielle garantier

Ved prising av finansielle garantier benytter SFS samme tilnærming som ved renteberegning for konserninterne lån.¹⁰⁹ Dette er i samsvar med markedspraksis.¹¹⁰ Konserninterne lån har flere likheter med garantistillelser, selv om det er visse forskjeller. Både lån og garantier består av en underliggende økonomisk eiendel som stilles til en annens rådighet. Risikoen er også i begge tilfeller debitors mislighold av den prinsipale avtalen. Det har derfor mye for seg å se hen til praksis vedrørende beregning av armlengdes lånerenter når garantipremier skal prises.¹¹¹

¹⁰⁷ Konkret varsel om endring av ligning 2013. Anonymisert av konfidensialitetshensyn.

¹⁰⁸ Min klemmeparentes.

¹⁰⁹ Magnussen og Olsen, Praktisk økonomi & finans 2010 nr. 1, side 63.

¹¹⁰ Carlsen (red.) 2012 side 731.

¹¹¹ Nedrelid 2011 side 356.

5.2.1 Fortjenestefordelingsmetoden med rentetilnærming

En av beregningsmodellene som er hevdet mest anvendelig for internprising av garantipremie for finansielle garantier er *fortjenestefordelingsmetoden med rentetilnærming* («yield approach»¹¹²).

Rentetilnærmingen består av å finne selskapenes rentemargin. Denne er verdien av renteinntekter, fratrukket renteutgifter. For en bank- eller andre finansinstitusjoner vil dette være renteinntekter fra kapitalutlån, fratrukket renteutgifter for kundenes kapitalinnskudd. Rentemarginen blir her forskjellen mellom utlåns- og innlånsrente. I en garantitransaksjon vil rentemarginen representere besparelsen hele selskapsgruppen får samlet som følge av garantistillelsen, sammenlignet med en lignende transaksjon uten garanti.¹¹³ I praksis vil renten på et eksternt lån til datterselskapet ofte være høyere uten sikkerhet. Med garantistillelse sparer altså konsernet som helhet renteutgifter. Det er denne forskjellen som utgjør rentemarginen for finansielle garantier.

Rentetilnærmingen består her av to trinn. For det første må man finne rentedifferansen mellom lånet med og uten garantistillelsen, for så å fordele konsernets samlede overskudd mellom de involverte selskapene. Denne modellen er anvendt internasjonalt, blant annet av skattedomstolen i den ovenfor omtalte avgjørelsen «GE Capital Canada».¹¹⁴

I en sak fra 1995 la Klagenemnda for oljeskatt til grunn at garantistens rating har betydning for prisingen.¹¹⁵ Garantistens høye rating ble hensyntatt med den følge at garantipremien ble satt ned. På grunnlag av dette har Oljeskattekontoret hevdet at garantibelastninger bør baseres på en rentetilnærming.¹¹⁶ Begrunnelsen for dette var at en slik metode tilfredsstiller kravene til fortjenestefordelingsmetoden. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvorfor det ikke er datterselskapets rating som er mest sentral. Jo lavere kredittverdighet datterselskapet har, jo mer sannsynlig er det at garantien vil bli gjort gjeldende av tredjemann mot morselskapet. Det er særlig aktuelt

¹¹² Se Cecilie Dahl Nedrelids artikkel i Skatterett 04/2011 side 360 flg.

¹¹³ Nedrelid 2011 side 361.

¹¹⁴ GE Capital Canada vs. Canada, se kildeliste.

¹¹⁵ PSK-19950612-A.

¹¹⁶ Upubliserte, konkrete varsler om endring av ligning fra 2013.

fordi morselskapene i oljekonserner stort sett alltid har veldig høy rating. Det synes derimot ikke som at Oljeskattekontoret har vurdert dette som relevant.

Oljeskattekontoret begrunner også bruk av metoden med at denne fremgangsmåten er på linje med lagmannsrettens vurdering i Conocophillips-saken.¹¹⁷ Problemstillingen i dommen var hvorvidt to norske datterselskaper i Conocophillips-konsernet mottok lavere rente på innskudd i en konsernintern flervalutapoolordning, enn hva uavhengige selskaper ville godtatt. Saksforholdet er svært forskjellig fra betaling for garantistillelse, men en rentetilnærming kan også tenkes brukt på beregning av garantipremier. Først må det beregnes hvor stor samlet fortjeneste den kontrollerte transaksjonen har medført. Dette vil vise transaksjonens samlede inntekter. Verdien av disse fordelene selskapene får ved garantistillelsen, skal så fordeles slik uavhengige parter ville gjort. Basert på denne fordelingen kan det beregnes en garantipremie. Det er i utgangspunktet nettofortjenesten som skal fordeles.¹¹⁸

Formelen for beregning av garantipremie er etter dette som følger:

$$\text{Garantipremie} = \text{rentemargin Mor} - \text{rentemargin Datter}$$

Utregningsmodellen vil kunne gi en pålitelig armlengdes garantipremie dersom morselskapet har høyere rentemargin enn datterselskapet. Dersom begge selskapene har samme kredittverdighet, og samme rentemargin, vil imidlertid garantipremien bli lik 0. I følge formelen vil altså uavhengige selskaper ikke kreve garantipremie for en garantistillelse, dersom debitorselskapet har tilsvarende kredittverdighet. Dette kan vanskelig anses å være i tråd med armlengdeprinsippet.¹¹⁹ En garanti fra morselskapet vil uansett være av verdi for kreditor, da to mulige kilder for dekning er bedre enn én. Vurdert som uavhengig part, er det vanskelig å tenke seg at morselskapet ikke ville ha stilt en garanti uten å kreve premie. Formelen må etter dette i visse tilfeller anses å være utilstrekkelig til internprising av garantipremier.

¹¹⁷ Utv-2010-199.

¹¹⁸ OECDs retningslinjer pkt 2.131.

¹¹⁹ Slik også Øystein Andal, e-post av 17. november 2014.

5.2.2 Fortjenestefordelingsmetoden med Credit Default Swap-tilnærming

En annen aktuell innfallsvinkel ved prising av finansielle garantier er *fortjenestefordelingsmetoden med Credit Default Swap-tilnærming*. En Credit Default Swap er et kredittderivat. Dette er en kredittforsikring, hvor kjøperen av forsikringen betaler en premie til selgeren. Finansielle garantier kan sammenlignes med kredittderivater.¹²⁰ De har begge samme formål, nemlig å sikre kreditor mot et eventuelt tap ved mislighold fra en tredjeperson. Basert på denne erkjennelsen er det utviklet en utregningsmodell for internprising av finansielle garantier. Denne metoden tar også utgangspunkt i rentemarginen hos mor- og datterselskapet.

Formelen for utregning av armlengdes garantipremie etter denne modellen kan illustreres slik:

$$\text{Garantipremie} = \text{rentemargin Mor} - (\text{rentemargin Datter} \times Y)$$

Y reflekterer kredittkorrelasjonen mellom mor- og datterselskapet. Uttrykket kredittkorrelasjon kan defineres som nærhet i konkursrisiko. Når denne er høy, er begge de involverte selskapene sårbare for de samme usikkerhetsfaktorene. Denne modellen tar flere momenter i betraktning, slik at størrelsen på garantipremien blir mer presis enn ved bruk av fortjenestefordelingsmetoden med rentetilnærming.

¹²⁰ Hoddevik, Om fastsettelse av garantipremie 3. april 2014, se kildeliste.

5.3 Beregning av garantipremie for «performance»-garantier

I markedet prises «performance»-garantier lavere enn finansielle garantier. Dette er hovedsakelig begrunnet med at finansinstitusjoner, som er underlagt krav til kapitaldekning, har lavere kapitalkostnader ved utstedelse av «performance»-garantier enn ved finansielle garantier.¹²¹

Ligningsnemnda ved SFS har også lagt til grunn at risikoen forbundet med «performance»-garantier er lavere enn ved finansielle garantier.¹²² Dette betyr imidlertid ikke at også morselskapet vil ha lavere kostnader i forbindelse med sikkerhetsstillelse for riktig oppfyllelse av en naturalytelse, enn for en pengeforpliktelse. Dette kan likevel ikke være avgjørende, da armlengdevurderingen skal ta utgangspunkt i hva uavhengige parter ville avtalt.

SFS har anslått forskjellen mellom de to garantitypene til å utgjøre femti prosent.¹²³ I praksis prises altså «performance»-garantier etter en konverteringsfaktor på femti prosent av den underliggende forpliktelse garantistillelsen sikrer. Finansielle garantier og rene lånesubstitutter har derfor en konverteringsfaktor på hundre prosent. Dette samsvarer med konverteringsfaktorer for risikovekting av bankenes ulike regnskapsposter i kapitalforskriften.¹²⁴ Det kan derfor synes som at prisingsmodellen er i tråd med armlengdeprinsippet.

Nedrelid har tatt til orde for at det kan finnes en viss veiledning i en slik tilnærming, men at det i tillegg bør foretas en konkret risikovurdering.¹²⁵ Begrunnelsen er at dette kreves for å ivareta armlengdeprinsippet. Dette har gode grunner for seg, da uavhengige parter kanskje nødvendigvis ikke alltid ville avtalt det samme som en bank. For garantistillelser hvor den underliggende forpliktelse er betydelig, kan det imidlertid innvendes at det stort sett bare vil være aktuelt å få en garanti fra en finansinstitusjon. En konverteringsfaktor på femti prosent vil derfor i de fleste tilfeller være armlengdes uansett.

¹²¹ Andreassen m.fl. side 83.

¹²² Utv-2008-320.

¹²³ Utv-2008-320.

¹²⁴ Forskrift om kapitalkrav for forretningsbanker, sparebanker, finansieringsforetak, holdingselskaper i finanskonsern, verdipapirforetak og forvaltningsselskaper for verdipapirfond mv. 14.12.2006 nr. 1506

¹²⁵ Nedrelid 2011 side 375.

Risikomomentet må imidlertid også vurderes ved prising av «performance»-garantier. Uavhengige selskaper vil nok alltid ta dette med i beregningen av hvor stor premie som skal betales. Datterselskapets kredittverdighet er her særlig av betydning, men også størrelsen på den underliggende forpliktelse er av relevans.¹²⁶

Sammenlignet med finansielle garantier, kan det være betydelig vanskeligere å vurdere verdien av den underliggende forpliktelse ved «performance»-garantier.¹²⁷ Når sikkerhetsstillelsen gjelder en pengebetaling, er det ofte gitt hva den underliggende forpliktelse lyder på. Ved naturalytelser er dette vesentlig vanskeligere. Det er for eksempel ikke alltid mulig å vite hvor stort et erstatningskrav kan bli ved et eventuelt mislighold. Ved ulykker på sokkelen kan det her være tale om milliardbeløp. Det er også vanskelig å tenke seg at en slik risiko overhode vil kunne plasseres i markedet, slik at prisestimer fra banker eller forsikringsselskaper kan være umulig å fremskaffe. Dersom er mulig, vil dette imidlertid kunne gi gode prisestimer for hvordan to uavhengige parter ville beregnet garantipremien.

Utgangspunktet er etter dette at ved betaling for «performance»-garantier, skal det gjøres en tilsvarende tilnærming som ved finansielle garantier. Deretter skal armlengdeintervallet nedjusteres med femti prosent. Til slutt må det vurderes om konkrete omstendigheter tilsier at garantipremien må justeres.

¹²⁶ Nedrelid 2011 side 375.

¹²⁷ Nedrelid 2011 side 374.

Del III. Spesielt om garantier innenfor olje- og gassindustrien

6 Garanti til staten

6.1 Sikkerhetsstillelse som vilkår for å få operere på norsk sokkel

Det følger av petroleumsloven § 10-7 første ledd at ved meddelelse av tillatelse til utvinning og senere, kan departementet bestemme at rettighetshaver skal stille sikkerhet «for oppfyllelse av de forpliktelser rettighetshaver har påtatt seg, samt for mulig ansvar i forbindelse med petroleumsvirksomheten». Etter ordlyden har departementet ingen lovpålagt plikt til å kreve sikkerhet. Dette gjøres imidlertid konsekvent i praksis.¹²⁸

Petroleumsloven § 10-7 er identisk med § 55 i den eldre loven av 1985, og forarbeidene til denne er derfor fortsatt relevant.¹²⁹ Av lovutredningen til den eldre bestemmelsen fremgår det at «[s]ikkerhetsstillelsen kan omfatte både ansvar overfor staten som pådras i henhold til tillatelsen og lovgivningen og ansvar overfor tredjemann».¹³⁰ Garantien omfatter derfor både offentligrettslige krav som erstatningsansvar og kontraktsforpliktelser. Vilkåret for ansvar er at kravet har sin bakgrunn i en tillatelse eller i virksomhet som drives i henhold til denne.

Formålet med kravet til sikkerhetsstillelse er «særlig det forhold at deltagere i utvinningstillatelsen ofte er et datterselskap av store utenlandske selskaper».¹³¹ Selskaper er selvstendige rettssubjekter. Morselskapets formue er derfor vanligvis ikke tilgjengelig som dekningsobjekt for datterselskapets kreditorer. Ofte er datterselskapets soliditet veldig lav sammenholdt med forpliktelsene selskapet potensielt kan pådra seg. Kravet om sikkerhetsstillelse innebærer altså at staten er forsikret om at konsernet må oppfylle selskapets forpliktelser, dersom debitorselskapet selv ikke er i stand til det.

Det følger videre av petroleumsloven § 10-12 første ledd, at overdragelse av utvinningstillatelse ikke kan foretas uten samtykke fra departementet. Departementet

¹²⁸ Hammer m.fl. 2009 side 767.

¹²⁹ Ot.prp.nr.43 (1995-1996) side 62.

¹³⁰ NOU 1979:43 side 90. Min klemmeparentes.

¹³¹ NOU 1979:43 side 90.

kan sette som vilkår for samtykke til overdragelse av tillatelse at selgers morselskap skal være ansvarlig for kostnadene ved gjennomføring av et senere disponeringsvedtak.¹³² I denne forbindelse er det vanlig at selskapene stiller kontragarantier. Se nærmere om dette i pkt. 8.

I praksis krever staten at morselskapet avgir en garantierklæring som dekker forpliktelser og ansvar i forbindelse med samtlige tillatelser datterselskapet har eller kommer til å få.¹³³ Dette er en standard garantitekst som det bygges på i det følgende.¹³⁴

Det er ingen tidsbegrensning for garantiansvaret. Garantien er derfor i utgangspunktet evig. Hvis konsernet selger seg ut av norsk sokkel, fristilles den imidlertid som regel av Olje- og energidepartementet.¹³⁵ Det er videre ingen øvre grense for økonomisk omfang av et eventuelt erstatningsansvar. Disse særtrekkene ved garantien gjør at den skiller seg vesentlig fra andre garantistillelser i næringslivet.

6.2 Kan datterselskapet få fradrag for garantipremie?

Hvorvidt det er fradragsrett for garantipremie for statsgarantien, er et spørsmål som ikke er uttrykkelig avgjort ved ligningen.¹³⁶ Det er altså ikke vanlig i praksis å betale garantipremie for denne morselskapsgarantien. Spørsmålet i det følgende er hvorvidt en slik garantipremie er fradragsberettiget etter skatteloven § 6-1.

Som nevnt ovenfor, er utgangspunktet at betalt garantipremie oppfyller vilkårene for fradragsrett, se pkt. 3.2. Det kan imidlertid problematiseres hvorvidt det faktisk bør innrømmes fradrag for garantipremie for statsgarantien. Det er for eksempel hevdet at det ikke bør svares vederlag for slike garantier fordi de ikke kan kjøpes i markedet, og at de bør anses som en aksjeeieraktivitet.¹³⁷

¹³² Ot.prp.nr. 48 (2008-2009) side 13.

¹³³ Hammer m.fl. 2009 side 767.

¹³⁴ Se Olje- og Energidepartementets standardvilkår for morselskaps-garantier. Inn tatt i Vinje 1999 på side 205, se kildeliste.

¹³⁵ Dette er basert på erfaringer fra advokatfirmaet BA-HR.

¹³⁶ E-post 17. oktober 2014 fra OSK v/leder av Juridisk-administrativ avdeling Knut Anker Tranøy.

¹³⁷ Andreassen mfl. 2013 side 81.

Problemstillingen er om foretas en strukturell justering, slik at garantien anses som en aksjeeieraktivitet.

Hvorvidt en transaksjon er en aksjeeieraktivitet, beror på om det er avgitt en konsernintern tjeneste som det vil være armlengdes å svare vederlag for.¹³⁸ Aktiviteter som utføres av et morselskap utelukkende på grunn av eierinteresser, kan ikke anses å være en konsernintern tjeneste.¹³⁹ Dette vil være tilfellet hvis den kontrollerte transaksjonen verken har økonomisk- eller kommersiell verdi for datterselskapet. Det følger av retningslinjene at slike tjenester ikke kan rettfærdiggjøre et krav på vederlag fra de mottakende foretak.¹⁴⁰ Betaling for aksjeeieraktiviteter er således ikke fradragsberettiget. Målestokken er hvorvidt uavhengige foretak ville vært villig til å betale for tjenesten, eller utføre den selv. Dersom dette ikke er tilfellet, bør vedkommende aktivitet normalt ikke betraktes som en konsernintern tjeneste i henhold til armlengdeprinsippet.¹⁴¹

Spørsmålet er etter dette om garantistillelsen overfor staten er til nytte for det operative datterselskapet og om en uavhengig part ville tatt betalt for tjenesten.

Nytteproblematikken er egentlig et spørsmål om statsgarantien i realiteten må anses som et substitutt for egenkapital. Dette er tilfellet hvis statens krav om morselskapsgaranti er en konsekvens av at datterselskapet har lite selskapskapital.¹⁴² Så vidt meg bekjent må imidlertid garantien stilles uavhengig av hvordan det operative datterselskapet er kapitalisert.

Virksomhet på sokkel innebærer en betydelig, eventuell økonomisk risiko. Staten vil sikre seg mot risikoen for å måtte bære disse kostnadene alene, gjennom å kreve morselskapsgaranti. Når garantien kreves uavhengig av kapitalstruktur, må garantien nærmest anses som en forutsetning for å få operere på norsk kontinentalsokkel. Det kan derfor hevdes at datterselskapet alltid vil ha nytte av en morselskapsgaranti.

¹³⁸ Retningslinjene pkt. 7.19.

¹³⁹ Retningslinjene pkt. 7.6 og 7.10 bokstav c.

¹⁴⁰ Se Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) pkt. 5.8.1 og retningslinjene pkt. 7.6.

¹⁴¹ Retningslinjene pkt. 7.6 siste setning.

¹⁴² Se nærmere om tynn kapitalisering i pkt. 9.3.

Garantistillelsen representerer også en betydelig risiko for morselskapet. Fare for mislighold er relativt høy i olje- og gassindustrien. Varierende olje- og gasspriser medfører at bransjen har høy kommersiell risiko. Dette kan eksempelvis illustreres av den senere tids betydelige fall i oljeprisen. Videre kan ulykker resultere i store oppryddingskostnader. Et eksempel på dette er eksplosjonen på oljeriggen Deepwater Horizon i Mexicogulfen i april 2010. Det ansvarlige selskapet for ulykken (BP) anslo selv at selskapets totale kostnader ved ulykken ville bli omtrent 37,2 milliarder USD, men på grunn av bøter kan beløpet ende med å bli så høyt som 90 milliarder USD.¹⁴³ Dette kommer i tillegg til tap av selskapets markedsverdi. BP falt med en tredjedel av børsverdien etter ulykken.¹⁴⁴ Garantistillelsen overfor staten kan altså innebære potensielt enorme beløp som morselskapet må stå ansvarlig for. Dette taler sterkt for at garantipremie for statsgarantien er fradragsberettiget.

Dersom det operative selskapet ikke har et morselskap, vil en eventuell bankgaranti være selskapets eneste mulighet for å få operere på sokkel. Når risikoen ved garantien tas i betraktning, kan det ikke være tvilsomt at en uavhengig part (for eksempel en bank) ville tatt betalt for tjenesten.

Garantien overfor staten kan ikke anses som en aksjeeieraktivitet. Kostnad for garantipremie må etter dette anses fradragsberettiget.

6.3 En form for «hybrid»-garanti

Statsgarantien er i utgangspunktet en «performance»-garanti, fordi det er selskapets forpliktelser som rettighetshaver på sokkelen som gir opphav ansvaret garantien skal dekke. Garantien vil imidlertid i tillegg kunne omfatte rene betalingsforpliktelser, slik at den også har karakter av å være en finansiell garanti. Statsgarantien vil derfor passende kunne betegnes som en form for «hybrid»-garanti, fordi den har elementer av å sikre både betalings- og naturalforpliktelser. Det finnes ikke sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner i markedet. Dette innebærer at det er en komplisert oppgave å anvende armlengdeprinsippet for å komme frem til armlengdes premie.

¹⁴³ http://en.wikipedia.org/wiki/Deepwater_Horizon_oil_spill (sist sett: 12.12.2014)

¹⁴⁴ <http://www.stocklink.no/Article.aspx?id=67969> (sist sett: 12.12.2014)

6.3.1 Beregning av armlengdes garantipremie

Den underliggende forpliktelsen består hovedsakelig av en betalingsforpliktelse. Utgangspunktet er derfor at armlengdes garantipremie beregnes på samme måte som finansielle garantier. Spørsmålet er hvorvidt premien må justeres, da garantien også har elementer av å være en «performance»-garanti.

Det helt sentrale momentet for størrelsen på en garantipremie generelt, er tilstedeværelse av risiko.¹⁴⁵ Hvor stor fare det er for at garantistillelsen vil kunne realiseres, må derfor klarlegges først. Det er ikke tvilsomt at den underliggende forpliktelsen ved statsgarantien potensielt kan bli betydelig. Selv om hyppigheten ved realisasjon er lav, taler dette for at garantipremien må oppjusteres.

Selskapenes kredittverdighet er også av betydning. Særlig datterselskapets kredittverdighet er viktig, da denne er en indikator for hvor stor risikoen er for at garantien realiseres. Lav kredittverdighet tilsier høy risiko.

I den grad det er mulig å plassere risikoen i markedet, vil forsikringsmuligheter kunne tjene som sammenligningsgrunnlag. Sammenligning med bankgarantier vil også kunne ha en viss relevans. Prisestimer for bankgarantier må da innhentes. Det er imidlertid et spørsmål om banker i det hele tatt ville vært villige til å garantere for beløp i en størrelsesklasse det her er tale om. Dette kan i alle fall ikke tenkes uten en øvre beløpsbegrensning. Garantien bør derfor prises relativt høyt, sammenlignet med andre garantistillelser i næringslivet.

Armlengdes garantipremie må etter dette beregnes på samme måte som finansielle garantier, med en oppjustering som følge av den høye risikoen som garantistillelsen potensielt innebærer.

¹⁴⁵ Se praksis fra SFS, f. eks. 1993-3230LN, 2002-021QLN og 2005-010LN.

7 Garanti overfor Gassco

Fra og med 1. januar 2003 ble flere transportsystemer samlet i et nytt stort interessentskap, Gassled.¹⁴⁶ Gassled er et «joint venture» som er eier av infrastrukturen for transport av gass fra norsk sokkel. Staten er største eier i interessentskapet gjennom selskapet Petoro AS. Det statlig heleide selskapet Gassco er operatør for dette integrerte transportsystemet.¹⁴⁷ Gasscos operatøransvar er regulert gjennom petroleumsloven og ulike forskrifter. Ansvaret omfatter blant annet utvikling av ny infrastruktur, administrasjon av kapasiteten i transportsystemet og koordinering og styring av gasstrømmene gjennom nettverket av rørledninger.¹⁴⁸

7.1 Vilkår for kvalifisering som skiper i Gassled

Selskaper som ønsker å skipe gass i Gassled må oppfylle minst ett av tre ulike finansielle vilkår. Disse minstekravene er gitt med hjemmel i petroleumsforskriften § 59 fjerde ledd.¹⁴⁹

Det første alternativet er at selskapet må være offisielt rangert tilsvarende nivået BBB eller bedre. Selskapsrating («credit rating») er en karakterfastsettelse av kredittverdigheten til et selskap. Nivået baseres på selskapets evne til å kunne nedbetale gjeld og sannsynligheten for et eventuelt mislighold. Dette avgjøres på grunnlag av kvalitativ og kvantitativ informasjon om selskapet, inkludert konfidensielle opplysninger. Normalt gjøres evalueringen eksternt, ved at det innhentes rating fra et uavhengig kredittvurderingsbyrå. De fleste operative selskapene på norsk sokkel har derimot ikke egen rating fra anerkjente ratingselskaper som S&P eller Moody's. Det er derfor få operative oljeselskaper som oppfyller dette vilkåret.

Det andre alternativet er at morselskapet har en rating tilsvarende BBB eller bedre, samt at det må stilles en garanti for dekning av tjuefire måneder av datterselskapets løpende tariffoppliktelse. Det kreves altså at morselskapet må ha en viss rating, i tillegg

¹⁴⁶ Se <http://www.gassco.no/om-gassco/gassled/> (sist sett: 12.12.2014)

¹⁴⁷ Se <http://www.gassco.no/om-gassco/roller/> (sist sett: 12.12.2014)

¹⁴⁸ Fakta 2014 side 47, se lenke:

http://www.regjeringen.no/upload/OED/pdf%20filer/Faktaheftet/Fakta2014OG/Fakta_2014_NO_net_.pdf (sist sett: 12.12.2014)

¹⁴⁹ Forskrift til lov om petroleumsvirksomhet 27. juni 1997 nr. 65.

at det må avgi en garanti som er varighetsbegrenset til to år. Dette er det mest praktiske alternativet, da de fleste konsernene i olje- og gassindustrien har et morselskap med betydelig økonomisk styrke.

Det siste alternativet er at en bank med rating A eller bedre stiller en garanti tilsvarende dekning av tjuefire måneders løpende tariffoppliktelse. Dette er så vidt meg bekjent et sjelden valgt alternativ, om det brukes i det hele tatt. Gassco kan også kreve ytterligere sikkerhet på bakgrunn av egne vurderinger.¹⁵⁰

7.2 Fradragsberettiget garantipremie

Det er ikke tvilsomt at kostnaden ved betalt garantipremie for garantien til Gassco som utgangspunkt er fradragsberettiget etter skatteloven § 6-1. Spørsmålet er hvor rammene for fradragsretten går.

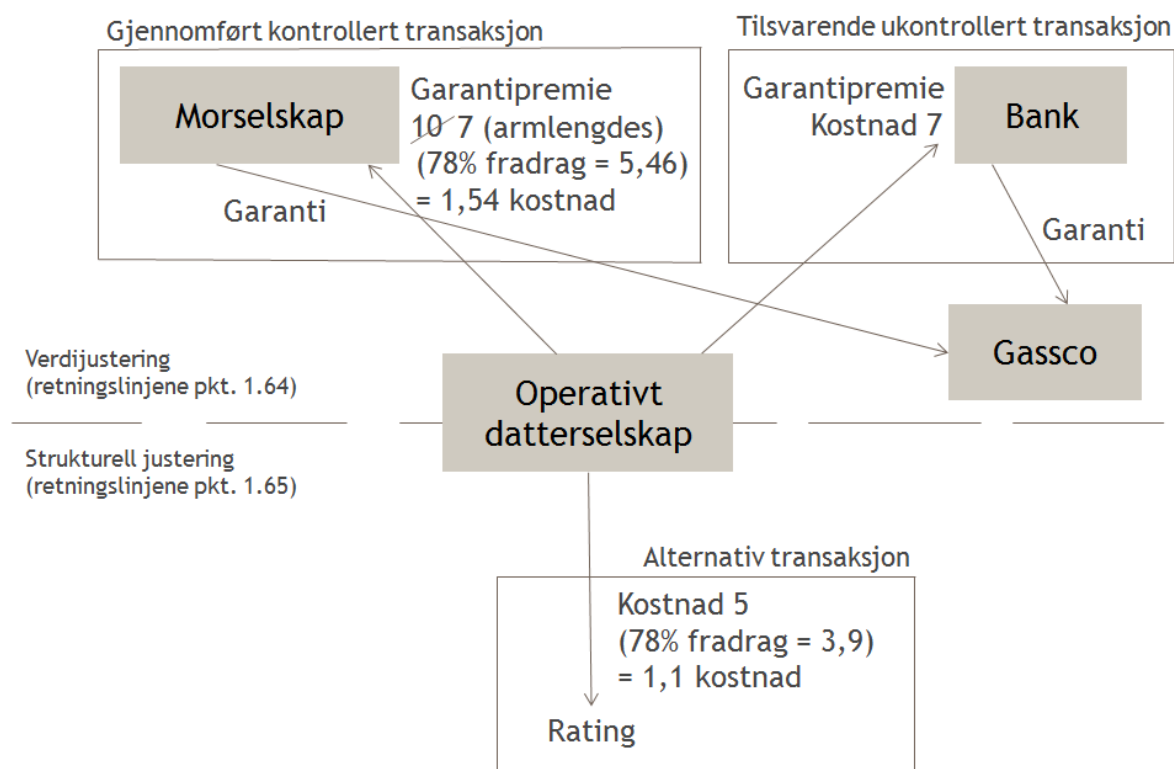
7.2.1 Kan ligningsmyndighetene sette et øvre tak for fradragsretten?

Oljeskattekontoret har i flere varsel om endringsligning hevdet at dersom den alternative kostnaden ved innhenting av rating er lavere enn betalt garantipremie, bør prisen for rating være et øvre tak for fradragsretten.¹⁵¹ Dette er egentlig et spørsmål om transaksjonen kan omstruktureres (strukturell justering), slik at innvilget fradrag ikke overstiger kostnadene ved billigste alternativ for å få skipe gass i Gassled.

Fradragsberettiget garantipremie vil da bli omklassifisert for skatteformål til bare å omfatte kostnadene ved å innhente rating.

¹⁵⁰ Se petroleumsforskriften § 59 fjerde ledd.

¹⁵¹ Konkrete varsel om ligningsendring fra 2013. Ikke publisert og anonymisert av personvernensyn.



Illustrasjonen viser de to alternativene skattemyndighetene har ved skjønnsjustering av en garantistillelse som er foretatt for å få skipe gass i Gassled. Over den stiplede linjen gjøres det en verdijustering. Da benyttes armlengdeprinsippet til å nedjustere garantipremien på 10, fordi uavhengige parter bare ville betalt 7. Dette er den vanligste måten å anvende skatteloven § 13-1 på, og er i tråd med retningslinjene pkt. 1.64. Under den stiplede linjen foretas det en strukturell justering, slik at garantistillelsen omstruktureres som om den var innhenting av rating i stedet. Adgangen til dette følger av retningslinjene pkt. 1.65.

Utgangspunktet er at skattemyndighetene skal legge den faktiske transaksjonen til grunn slik den er klassifisert av partene, samt at den av partene valgte prisingsmetode skal anvendes, jf. retningslinjene pkt. 1.64 første punktum.¹⁵² Den hovedsakelige begrunnelsen for dette er at skattemyndighetene ikke skal kunne overstyre valgene som bedriftene tar, samt at dobbeltbeskatning søkes forhindret.¹⁵³

I rettspraksis er det lagt til grunn at den skattemessige vurderingen må skje på grunnlag av hvordan et selskap faktisk har valgt å innrette seg, og ikke på grunnlag av alternative

¹⁵² Se innledende om dette i pkt. 4.4. Se også Bjerke 1997 side 168-179.

¹⁵³ Bjerke 1997 side 170-171.

transaksjoner.¹⁵⁴ Hovedregelen er derfor at den foretatte transaksjonen er utgangspunktet ved beskatning. Utgangspunktet er altså at de faktiske kostnadene ved skattyters valgte alternativ må anses å være fradragsberettiget i sin helhet.

Som nevnt ovenfor i pkt. 4.4, kan unntak kan fra hovedregelen bare gjøres i «exceptional cases», altså i ekstraordinære tilfeller.¹⁵⁵ Det kan problematiseres hvorvidt det omfattes av unntaket at skattyter ikke har valgt billigste mulige handlingsalternativ. Det økonomiske innholdet transaksjonen samsvarer her med den privatrettslige klassifiseringen av den. Økonomisk substans-unntaket er derfor ikke anvendelig.

Problemstillingen er om ligningsmyndighetene kan anvende rasjonalitetsunntaket i tilfeller hvor et konsern har valgt garanti-alternativet foran innhenting av selskapsrating for å kvalifisere som skiper i Gassled.

To kumulative vilkår må være oppfylt for at rasjonalitetsunntaket kan anvendes.¹⁵⁶ *For det første* må transaksjonen være kommersielt irrasjonell. Uavhengige parter må altså ikke kunne tenkes å inngå en avtale på tilsvarende vilkår.¹⁵⁷ Det er tilstrekkelig at transaksjonen er irrasjonell for bare ett av selskapene.¹⁵⁸

Spørsmålet er om ligningsmyndighetene kan legge til grunn at et uavhengig selskap ville valgt å innhente rating fremfor garantistillelse, for å kunne kvalifisere som skiper i Gassled. Problemstillingen er særlig relevant i tilfeller hvor det er tvilsomt om skattyter ville fått en så høy rating at det kunne kvalifisert som skiper ved rating-alternativet alene. Dette vil imidlertid i de fleste tilfeller være usikkert før en offisiell rating faktisk er innhentet.

Det fremgår ikke av pkt. 1.65 i retningslinjene hva som kan anses å være en kommersielt irrasjonell transaksjon. En viss veiledning kan finnes i pkt. 1.32. Der uttrykkes det at uavhengige foretak vil sammenligne tilgjengelige valgmuligheter med andre realistiske alternativer, og kun foreta en transaksjon dersom den *klart* fremstår som mest

¹⁵⁴ Se LB-1997-2018 og LB-2005-72814.

¹⁵⁵ Se Retningslinjene pkt. 1.64.

¹⁵⁶ OECDs retningslinjer pkt. 1.65.

¹⁵⁷ Bjerke 1997 side 172.

¹⁵⁸ Bullen 2011 side 539.

attraktiv.¹⁵⁹ Dette omtales som RAO-standarden (realistically available options standard).¹⁶⁰ Denne er i retningslinjene knyttet til bruk av metoder for anvendelse av armlengdeprinsippet, men Bullen hevder at den også kan anvendes som målestokk i vurderingen av kommersiell rasjonalitet.¹⁶¹ Dette begrunnes med at standarden ikke er konstruert av OECD selv, men er heller et uttrykk for fundamental fornuftig tankegang i næringslivet. Når ordlyden i standarden er at det *klart* beste alternativet velges av uavhengige parter, forutsettes det at valget ikke må være særlig tvilsomt.

Spørsmålet er hvordan man kommer frem til hva som er det mest kommersielt attraktive alternativet. For uavhengige foretak er dette i all hovedsak et spørsmål om hva som gir best profitt. Vurderingen kan imidlertid ikke begrenses utelukkende til anslag av inntekter og kostnader, det må foretas en helhetsvurdering.¹⁶²

Den kommersielle effekten av å innhente rating kan være usikker. Kravene til utstedelse av en ekstern vurdering og påfølgende offentlig oppmerksomhet vil kunne påvirke selskapets konkurranseposisjon negativt, for eksempel kan tilgangen til finansmarkedet og gjeldskostnader påvirkes. En rating kan eksempelvis tenkes å utløse en rekke «financial covenants» i selskapets låneavtaler med eksterne banker. Det kan derfor argumenteres for at det ikke alltid er kommersielt irrasjonelt å velge morselskapsgaranti, selv om det eventuelt er mindre kostbart å innhente ekstern rating.

Det er videre ingen garanti for at selskapet faktisk bli offisielt ratet til BBB eller bedre. Dersom ligningsmyndighetene bare innrømmer fradrag tilsvarende kostnader ved rating, vil det kunne resultere i at selskapene etter hvert skaper en praksis på å alltid innhente ekstern rating før et av de andre alternativene velges. Dette innebærer en risiko for at kostnadene ved en morselskapsgaranti kan komme i tillegg til utgifter til rating. De fradragsberettigede kostnadene vil da kunne bli vesentlig høyere enn hvis fradrag for faktisk betalt garantipremie innrømmes innledningsvis. Det bør derfor være fradragsrett for begge deler.

¹⁵⁹ Min oversettelse.

¹⁶⁰ Bullen 2011 side 541.

¹⁶¹ Bullen 2011 side 541.

¹⁶² Bullen 2011 side 557.

Videre er selskapet også avhengig av at ratingen holder seg høy så lenge skipingen av gass foregår. Dette kan være både vanskelig og umulig for operative datterselskaper på norsk sokkel som opptrer i en periodebasert og ofte usikker næring. Dersom selskapets soliditet svinger, vil de da stå i fare for å miste retten til å skipe gass i Gassled, med mindre de kan stille en morselskapsgaranti.¹⁶³ Dette taler med tyngde for at morselskapsgaranti ikke alltid kan anses som et kommersielt irrasjonelt alternativ.

På den andre siden kan det innvendes at et økonomisk solid morselskap bør sette inn egenkapital i det operative datterselskapet før rating innhentes, slik at det ikke vil være noen tvil om at ratingen blir tilstrekkelig. Dette kan derimot være å gå vel langt i offentlig styring av selskapets handlingsalternativer. Et selskap bør selv anses å være best i stand til å vurdere hvordan virksomheten skal styres.

Det kan etter dette ikke slås fast generelt at morselskapsgaranti overfor Gassco er en kommersielt irrasjonell struktur, fordi innhenting av rating er et billigere alternativ. Dette stiller seg derimot annerledes dersom det er klart at datterselskapet garantert vil bli ratet til BBB eller høyere, og risikoen for at dette vil kunne endre seg er minimal. I slike tilfeller vil flere av de ovennevnte hensyn ikke gjøre seg gjeldende. Beskyttelse av skatteprovenyet må derfor veie tyngst når datterselskapet som ønsker å skipe gass i Gassled har betydelig økonomisk tyngde.

Det andre vilkåret for strukturell justering er at transaksjonens faktiske struktur må forhindre skattemyndighetene fra å fastsette en korrekt internpris.¹⁶⁴ Hensynet bak dette er først og fremst at det er umulig å anvende armlengdeprinsippet på en transaksjon som aldri inngås mellom uavhengige selskaper.¹⁶⁵ Da vilkårene er kumulative, er det bare aktuelt å vurdere dette dersom den foretatte transaksjonen er kommersielt irrasjonell.

Det er bare den irrasjonelle delen av transaksjonen som må forhindre skattemyndighetene i å fastsette korrekt internpris.¹⁶⁶ Dersom det forutsettes at valget

¹⁶³ Se Gassled-avtalen pkt.6.6- 6.7 på side 20.

¹⁶⁴ OECDs retningslinjer pkt. 1.65.

¹⁶⁵ Bullen 2011 side 568.

¹⁶⁶ Bullen 2011 side 567.

av morselskapsgaranti er kommersielt irrasjonelt, er det altså denne transaksjonen som må forvanske Oljeskattekontorets mulighet til å fastsette en armlengdes garantipremie. Dette kan vanskelig anses tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret. Selskaper uten morselskap må innhente ekstern rating, for eksempel fra en bank, dersom de ikke har høy nok rating til å kvalifisere som skiper i Gassled. Det vil derfor være mulig å hente sammenligningsgrunnlag i markedet.

Det må endelig legges vekt på at en strukturell justering er et inngripende tiltak. Skattyters forutberegnelighet må her veie tungt. Etter dette kan det ikke anses tilstrekkelig til anvendelse av rasjonalitetsunntaket, at skattyter ikke har valgt billigste mulige alternativ. Ligningsmyndighetene kan altså ikke sette et øvre tak for fradragsretten i dette tilfellet.

7.3 En finansiell garanti

Garantien til Gassco er en betalingsgaranti. Den kan derfor klassifiseres som en finansiell garanti. Dette følger av at sikkerheten stilles for det operative datterselskapets løpende tariffoppliktelse. Hvordan det generelt skal beregnes armlengdes garantipremie for finansielle garantier, er det redegjort for i pkt. 5.2. I det følgende vil det behandles relevante momenter som er av særlig betydning ved prising av garantipremie for garanti overfor Gassco.

7.3.1 Beregning av armlengdes garantipremie

Konsernenes egen internprising av premier for garanti overfor Gassco, har tidligere sjelden (om i det hele tatt) blitt utfordret Oljeskattekontoret. De siste årene har derimot kontoret utsendt flere varsler til oljeselskapene om endring eller fravikelse av ligning. Dette følger av at internprising er et uttalt fokusområde for Oljeskattekontoret.¹⁶⁷ Grunnlaget for varsel er påstander om at betalt garantipremie ikke har vært armlengdes. Oljeskattekontorets beregninger som fremgår av disse varslene gir et vesentlig lavere resultat enn oljeselskapenes egen vurdering.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Skatteetatens årsrapport for 2013 side 6.

¹⁶⁸ Dette fremgår av upubliserte brev med varsel om endringsligning til flere oljeselskaper fra Oljeskattekontoret.

Omfanget av *tilstedeværelse av risiko* ved garantien overfor Gassco er et punkt som oljeselskapene og Oljeskattekontoret ofte er grunnleggende uenige om.

Oljeskattekontoret har i flere konkrete varsel om ligningsendring hevdet at sannsynligheten for at Gassco vil kreve inn misligholdte tariffoppliktelser fra garantisten er svært begrenset. Dette begrunnes med at i henhold til bestemmelsene i "Terms and Conditions for Transportation of Gas in Gassled", kan Gassco holde tilbake og selge skiperens gass ved uteblivende betaling.¹⁶⁹ Verdien av skiperens gass vil normalt være mer enn tilstrekkelig til å dekke skiperens utestående tariffoppliktelser. Risikoen ved å garantere for skiperens forpliktelser ovenfor Gassco må derfor i utgangspunktet anses å være relativt lav.

Gassco har imidlertid selv opplyst at de vil kreve en garanti realisert før det vil bli aktuelt å ta besittelse i gass, men at denne rekkefølgen ikke er formelt regulert i noe avtaleverk.¹⁷⁰ Det foreligger således ingen formelle hindringer som tilsier at Gassco ikke kan søke å dekke utestående krav gjennom gassalg fremfor garantier.

I en konkret sak fra 2013 sendte OSK varsel om endring av ligning med hjemmel i skatteloven § 13-1.¹⁷¹ Dette var begrunnet med at kontoret mente at konsernet hadde priset morselskapsgarantien til Gassco alt for høyt. Som grunnlag for beregning av størrelsen på garantipremien hadde konsernet innhentet et prisforslag fra en ekstern finansinstitusjon. I brevet uttalte Oljeskattekontoret at: «Det kan stilles spørsmål ved om morselskapsgarantien i herværende sak egentlig bør ha en pris. (...) Etter kontorets oppfatning fremstår garantiavtalen som en praktisk formalitet uten nevneverdig risiko. En garantist med full kontroll kan sikre at garantien ikke behøves». Skattemyndighetene synes således å hevde at en garanti overfor Gassco ikke har noen verdi for det operative selskapet dersom morselskapet har betydelig finansiell styrke.

Gassco har til nå aldri gjort krav gjeldende fra noen av garantistene under Gassled-avtaler. Spørsmålet er om det har betydning for prissettingen at Gassco aldri har krevd oppgjør fra en garantist, så lenge de har rett til å gjøre det. Problemstillingen har visse likhetstrekk med prising av forsikringspremier. Skattemyndighetene vil i slike tilfeller

¹⁶⁹ Se henvisning i kildelisten, under elektroniske kilder.

¹⁷⁰ E-post av 8. oktober 2010.

¹⁷¹ Konkrete varsel om ligningsendring fra 2013. Ikke publisert og anonymisert i avhandlingen av personvern hensyn.

kunne hevde at forsikringspremien bør være lavere dersom selskapet har en fin skadestatistikk.

Å realisere garantien vil være enklere for Gassco enn å ta besittelse i gass som må videreselges med usikre inntekter, men det kan jo hende at selskapet ikke har noen gass som kan beslaglegges på det aktuelle tidspunktet. Det er også mest tenkelig at Gassco, som en kommersielt rasjonell bedrift, vil foretrekke muligheten å kreve betaling fra en solid garantist. Disse argumentene taler med styrke for at det ikke kan legges generelt til grunn at risikoen ved garantistillelse overfor Gassco er lav.

Det må få avgjørende vekt at det også her er tale om en potensiell enorm underliggende forpliktelse. Kostnadene ved en ulykke i transportsystemet kan bli betydelige. Når Gassco har sikret seg mulighet til å søke dekning for disse hos garantisten, må det kunne legges til grunn at risikoen ved sikkerhetsstillelsen absolutt er relativt betydelig. Det må etter dette legges til grunn at garantipremie for morselskapsgaranti overfor Gassco må prises i det høyere sjiktet.

8 Garanti for disponeringskostnader

Fjerning av innretninger på norsk sokkel kan innebære betydelige kostnader.¹⁷² Det følger av petroleumsloven 5-3 annet ledd at rettighetshaver og eier av utvinningstillatelsen, er forpliktet til å sørge for at vedtak om *disponering* blir gjennomført.¹⁷³ Disponering kan være flere ting, for eksempel videre bruk i petroleumsvirksomheten, eller en forpliktelse til helt eller delvis fjerne innretninger på sokkelen.¹⁷⁴ Det er bare fjerningsansvaret som er relevant for garantistillelsen, men disponering omfatter altså også en del mer.

Dersom en tillatelse eller andel i tillatelse til utvinning overdras, er overdragende rettighetshaver subsidiært ansvarlig overfor de øvrige rettighetshavere for disponeringskostnader, jf. petroleumsloven § 5-3 tredje ledd. Hvis rettighetshaver eller eier ikke er i stand til å innfri sine forpliktelser, kan altså de gjenværende rettighetshaverne på visse vilkår kreve at en tidligere rettighetshaver som har overdratt hele eller deler av sin andel, innfrir fjerningskostnadene.¹⁷⁵ Det subsidiære ansvaret er et rent økonomisk ansvar.¹⁷⁶ Det har ingen tidsbegrensning og det vil heller ikke oppheves ved kjøpers senere avhending. Kravet skal imidlertid først rettes mot den som sist overdrar.¹⁷⁷

Det er ikke fradragsrett for kostnader til å dekke et økonomisk ansvar etter petroleumsloven § 5-3 tredje ledd og mottatt oppgjør tas heller ikke til inntekt, jf. petroleumsskatteloven § 3 bokstav j. Ansvar for fjerningsforpliktelser er således et etter skatt-ansvar. Risikoen for at staten må dekke kostnader ut over skatteverdien av nedstengnings- og fjerningskostnadene er på denne måten redusert.

¹⁷² Hammer m.fl. side 442.

¹⁷³ Lov om petroleumsvirksomhet 29. november 1996 nr. 72.

¹⁷⁴ Se mer om dette i Ot.pr.nr.43 (1995-1996) side 51 og BA-HR/Zimmer 2014 side 795.

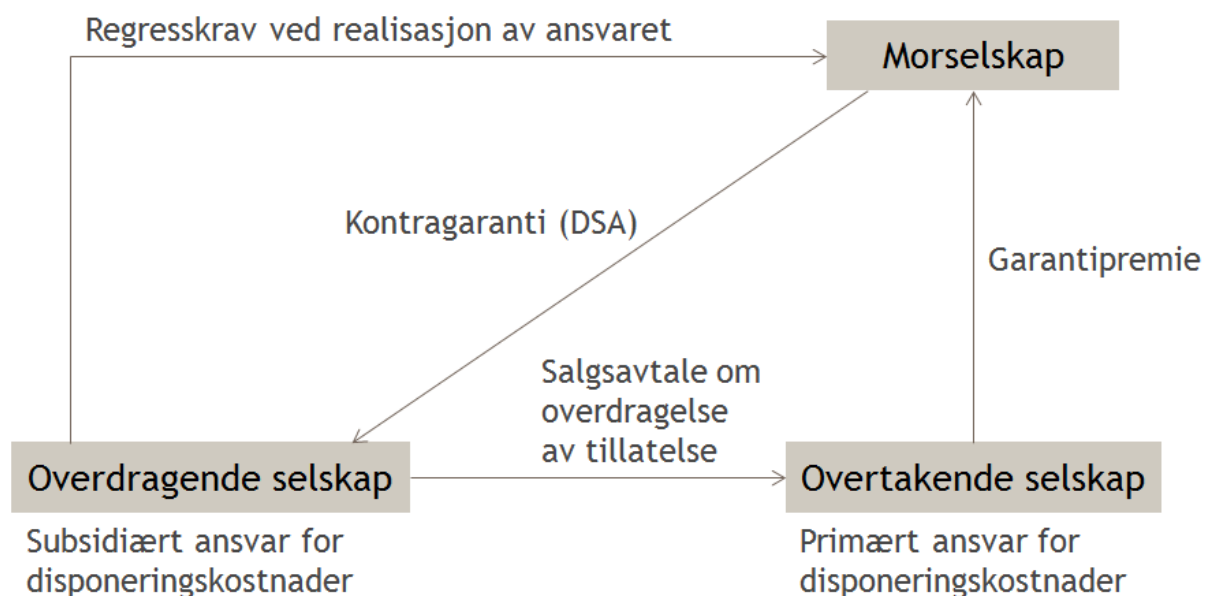
¹⁷⁵ Ot.prp.nr. 48 (2008-2009) side 12.

¹⁷⁶ Ot.prp.nr. 48 (2008-2009) side 12.

¹⁷⁷ Ot.prp.nr. 48 (2008-2009) side 12.

8.1 Decommissioning Security Agreements

Det overdragende selskaps ansvar vil realiseres dersom det overtakende selskap ikke stiller dekning for fjerningsforpliktelsene. Det er derfor vanlig at selger setter som vilkår for overdragelsen at kjøpers morselskap stiller garanti for dekning av selgers subsidiære ansvar. Kjøpers morselskap stiller da en kontragaranti overfor selger gjennom en såkalt Decommissioning Security Agreement (DSA). Dette er en finansiell sikkerhetsavtale for fjerningsforpliktelser. Dersom kjøpers morselskap har avgitt en kontragaranti (typisk en slik DSA) vil selger ha et regresskrav ved realisasjon av ansvaret for fjerningsforpliktelsene. Situasjonen kan illustreres med en figur:



8.1.1 Fradragsrett

Selv om det ikke fradragsrett for kostnader til å dekke et økonomisk ansvar etter petroleumsloven § 5-3 tredje ledd, har Finansdepartementet forutsatt at garantipremie for en kontragaranti er fradragsberettiget.¹⁷⁸ At det er fradragsrett for garantipremie kan tenkes begrunnet med at garantien ofte er en nødvendig forutsetning for at et sokkelselskap kan få kjøpt lisensandeler til utvinning av petroleum. Kostnaden ved garantistillelsen har derfor sterkt tilknytning til inntektsskapende virksomhet på sokkelen.

¹⁷⁸ Utv-2012-962, pkt. 3.2 side 966.

8.1.2 En «performance»-garanti

DSA'er klassifiseres som «performance»-garantier, fordi det i siste instans er plikten til å fjerne som ligger til grunn for det ansvar garantien skal dekke. Den skal derfor i utgangspunktet prises til halvparten av armlengdes premie for finansielle garantier, se pkt. 5.3 ovenfor. Spørsmålet er om det foreligger konkrete omstendigheter ved denne garantien, som medfører at garantipremien må justeres for å være i tråd med armlengdeprinsippet.

Hvor stor den underliggende forpliktelse er, kan beregnes ved å se hen til hva det vil koste å fjerne de innretningene på sokkelen som lisensandelen relaterer seg til. Å kartlegge den underliggende forpliktelse er derfor ikke like vanskelig å for denne garantien som for statsgarantien og garantien overfor Gassco. Størrelsen på garantipremien vil altså måtte justeres ut fra hvor høy kostnader fjerningsforpliktelsen kan medføre.

Datterselskapets kredittverdighet har også betydning ved prising av garantipremie for DSA'er. På dette punktet er det ingen forskjell fra de ovennevnte garantiene.

Armlengdes garantipremie for en DSA kan etter dette finnes ved å ta utgangspunkt i generell beregning av vederlag for «performance»-garantier. Hvorvidt prisen skal justeres, beror på hvilke innretninger på sokkelen som lisensandelen knytter seg til, og de involverte selskapenes kredittverdighet.

9 Særlige spørsmål

Bestemmelsene i aksjeloven oppstiller rammene for den selskapsrettslige adgangen til å avgi konserninterne garantier. Spørsmålet er hvordan disse reglene står i sammenheng med bestemmelsene i skatteloven. Problemstillingen behandles i pkt. 9.1.

Tynn kapitalisering er også et tema av særlig art som har relevans i forhold til skatteloven § 13-1. Dersom et selskap har lite kapital og mye gjeld, kan det problematiseres hvorvidt en morselskapsgaranti egentlig er et substitutt for egenkapital. Dette vil bli drøftet i pkt. 9.3.

9.1 Går fradragretten tapt hvis en garantistillelse er i strid med aksjelovene?

Problemstillingen i det følgende er hvorvidt det kan kreves fradrag for kostnad for en garantistillelse som er i strid med aksjeloven.

Det følger av aksjeloven § 3-6 første ledd at utdeling fra et aksjeselskap kan bare skje etter reglene om utbytte, kapitalnedsetting, fusjon eller fisjon av selskaper. Enhver overføring av verdier som «direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode» regnes som utdeling fra selskapet, jf. annet ledd. Bestemmelsen tar hensyn til selskapets aksjonærer ved å beskytte aksjekapitalen. Spørsmålet i det følgende er om konserninterne garantier kan omfattes av utbyttereglene.

I en nylig avsagt lagmannsrettsavgjørelse var saksforholdet at et datterselskap (Peterson Packaging AS) hadde pantsatt sitt varelager til sikkerhet for forfalt gjeld som dets morselskap (Peterson AS) skyldte en leverandør (DFDS Logistics).¹⁷⁹ Da morselskapet senere ble slått konkurs, krevde leverandøren tvangssalg av varelagerpantet. Datterselskapet, som før konkursen var solgt til tredjemann, anførte da blant annet at varelagerpantet måtte anses som ulovlig utbytte, jf. aksjeloven §§ 3-6 og 3-7. Datterselskapet hadde ikke betinget seg garantiprovisjon for sikkerhetsstillelsen. Etter rettens syn oversteg derfor verdien av ytelsen fra datterselskapet den positive verdien avtalen innebar for selskapet. Det ble derfor ansett å foreligge en utdeling etter

¹⁷⁹ Borgarting lagmannsrett 24. oktober 2014 (13-202804ASD-BORG/01).

aksjeloven § 3-6. Dersom et datterselskaps ytelse er mindreverdig sammenliknet med vederlaget, kan det altså bli tale om ulovlig utdeling fra selskapet, jf. aksjeloven § 3-7.

Sikkerhetsstillelse til fordel for et morselskap er således en overføring som vil kunne omfattes av utbyttereglene.¹⁸⁰ Det avgjørende er da om verdien av datterselskapets ytelse er høyere enn morselskapets motytelse.¹⁸¹

Problemstillingen kan også tenkes å oppstå dersom morselskapet stiller garanti overfor datterselskapet. Da er det betalt garantipremie som er datterselskapets ytelse.

Det følger videre av aksjeloven § 3-8 at hvis det inngås en «avtale» mellom et selskap og «en aksjeeier, en aksjeeiers morselskap, et styremedlem eller daglig leder» og «selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør over en tidel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet eller avhendelsen», er avtalen «ikke bindende for selskapet», med mindre den godkjennes av generalforsamlingen.¹⁸² Regelen beskytter hensynet til selskapets aksjonærer, ved at avtaler med selskapets nærstående ikke kan inngås uten at det er enighet om dette i generalforsamlingen. Aksjeloven § 3-8 første ledd annet punktum nr. oppstiller imidlertid et unntak fra hovedregelen i tilfeller hvor avtalen gjelder kreditt eller sikkerhet til fordel for et morselskap som er eneeier av datterselskapet. Problemstillingen vedrørende aksjeloven § 3-8 er derfor bare aktuell når datterselskapet eies av flere aksjonærer.

Det kan ikke tolkes ut av ordlyden hvorvidt avtalen kan repareres ved etterfølgende godkjenning av generalforsamlingen. Gode grunner taler imidlertid for at dette bør være mulig. Dersom generalforsamlingen godkjenner garantistillelsen er jo bestemmelsens formål ikke lenger til stede.

Hvis generalforsamlingen ikke godkjenner garantiavtalen, har datterselskapet hatt en kostnad for en transaksjon som er ulovlig selskapsrettslig. Spørsmålet er her om det kan kreves fradrag for kostnad når garantien ikke er bindende. Problemstillingen kan tenkes å oppstå både ved ned- og oppstrømsgarantier. I første tilfelle vil det da være størrelsen

¹⁸⁰ Slik også Bråthen 2011 side 46.

¹⁸¹ Se Langseth 2012 side 173.

¹⁸² Tilsvarende bestemmelse finnes i allmennaksjeloven § 3-8, hvor virkelig verdi er satt til 1/20.

på garantipremien som ikke må overstige 1/10 av datterselskapets aksjekapital, og i det andre tilfellet må ikke den underliggende forpliktelse overstige samme grense.

Selskapers adgang til garantistillelse begrenses ytterligere av bestemmelser i aksjeloven §§ 8-7 til 8-10.

Felles for alle de nevnte bestemmelsene, er at garantistillelser i strid med dem innebærer at transaksjonen er ulovlig selskapsrettslig. Selv om en morselskapsgaranti er i strid med aksjeloven, har likevel datterselskapet hatt en faktisk kostnad. Spørsmålet er om det kan kreves fradrag for kostnad som relaterer seg til en garanti uten underliggende innhold.

På generelt grunnlag er det hevdet at så lenge en garanti er stillet i strid med aksjelovens bestemmelser, vil den antagelig være ugyldig også skatterettslig.¹⁸³ Dette synes begrunnet med at transaksjonen i slike tilfeller må omklassifiseres med hjemmel i skatteloven § 13-1. Det kan imidlertid argumenteres for at dette ikke bør gjelde generelt.

I Rt-2007-1822 kom Høyesterett til at skattyter hadde fradragsrett for kostnad ved kjøp av aksjer som aldri ble overført. Villkårene for fradrag ble ansett oppfylt, fordi skattyter faktisk hadde lidt et formuestap. Saksforholdet er ikke direkte sammenlignbart med problemstillingen her, men det kan likevel utledes av dommen at det avgjørende for fradragsrett er om selskapet har hatt en faktisk kostnad. Garantipremie er en kostnad som betales for garantistillelse som er nødvendig i relasjon til inntektsgivende virksomhet. Dette trekker sterkt i retning av at det bør være fradragsrett for garantipremie, selv om garantien er stillet i strid med aksjeloven.

På den annen side kan det hevdes at det bør søkes harmoni i lovverket. Dersom en transaksjon er ugyldig etter aksjeloven, bør den kanskje også være det skatterettslig. Det kan også tenkes at dette vil bidra til å skape forutberegnelighet for skattyter. Skattemyndighetenes behandling av slike transaksjoner vil også kunne bli forenklet.

¹⁸³ Nedreliid 2011 side 358.

At fradragsretten skal gå tapt når garantien er stillet i strid med aksjeloven, fremgår imidlertid ikke av bestemmelser i skatteloven. Det har derfor formodningen mot seg at dette er tilfellet, når lovgiver ikke har regulert det. Følgelig bør det kunne kreves fradrag for kostnad i forbindelse med en garantistillelse som er i strid med aksjeloven.

9.2 Forholdet mellom aksjeloven § 3-9 og skatteloven § 13-1

Av aksjeloven § 3-9 første ledd fremgår det at konserninterne transaksjoner skal «grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper». Etter annet ledd skal «kostnader, tap, inntekter og gevinster» som ikke kan henføres til noe bestemt konsernselskap, fordeles mellom konsernselskapene «slik god forretningskikk tilsier». Ordlyden taler for at det skal foretas en slags armlengdevurdering.¹⁸⁴ En kontrakt må altså være kommersielt rasjonell for begge selskapene. Dette beskytter særlig kreditorer og minoritetsaksjonærer.

I forarbeidene fremheves det at det foreligger et krav om at det skal være likevekt i kontraktsforholdet angående partenes ytelse og vilkår ellers.¹⁸⁵ Det som fremstår som en forretningsmessig transaksjon mellom konsernselskaper, skal ikke innebære en ensidig verdioverføring fra ett selskap til et annet som ikke er forretningsmessig begrunnet.¹⁸⁶ Konserninterne transaksjoner må altså være lojale.

Det er antatt i teorien at en transaksjon mellom to konsernselskaper som tilfredsstiller skatterettens krav til armlengdes internpriser, normalt også vil være i overensstemmelse med aksjeloven § 3-9.¹⁸⁷ Problemstillingen er om aksjeloven § 3-9 må anvendes i sammenheng med skatteloven § 13-1.

Høyesterett har uttalt at dersom det gjennomføres transaksjoner i strid med § 3-9, «vil dette kunne føre til at ligningen skjer ved skjønn etter skatteloven [daværende] § 54 første ledd».¹⁸⁸ Utgangspunktet er altså at transaksjoner i strid med aksjeloven § 3-9 kan

¹⁸⁴ Slik også Naas m.fl. 2011 side 958.

¹⁸⁵ NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning, side 192-193.

¹⁸⁶ NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning, side 192-193.

¹⁸⁷ Bråthen, Konserninterne transaksjoner, Magma nr. 1 2004, side 8.

¹⁸⁸ Rt-2000-1473, side 1480. Som nevnt ovenfor, tilsvarer daværende skatteloven § 54 dagens § 13-1, uten vesentlige endringer.

lede til at det må foretas en armlengdevurdering etter skatteloven § 13-1. Dette synet støttes av Andenæs, som hevder at aksjeloven § 3-9 indirekte kan ha «en viss skatterettslig betydning».¹⁸⁹ Aarbakke m.fl. mener derimot at det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom anvendelsen av § 3-9 og bestemmelser i skattelovgivningen.¹⁹⁰

I relasjon til aksjeloven § 3-9 annet ledd angående fordeling av kostnader og inntekter mellom selskapene, uttalte Høyesterett i Statoil Angola-saken at «formålet med skatteloven § 13-1 [er] å sikre at disposisjoner som er foretatt i strid med aksjeloven § 3-9, ikke blir lagt til grunn for beskatningen. Når dette er tilfellet, kan skatteloven § 13-1 ikke benyttes som hjemmel for å gjennomføre beskatning ut fra et faktum som er i strid med aksjelovens bestemmelser».¹⁹¹ Klagenemnda for oljeskatt kunne derfor ikke foreta en strukturell justering av den konserninterne låneavtalen, slik at det faktum som da ville blitt lagt til grunn ville vært i strid med aksjeloven § 3-9.

Høyesteretts uttalelse har fått sterk kritikk i juridisk teori.¹⁹² Dette er hovedsakelig fordi bestemmelsene ment å ivareta forskjellige hensyn. Som tidligere nevnt, er formålet med skatteloven § 13-1 blant annet å være «en nasjonal beskyttelsesbestemmelse mot ulovlig skatteflukt til utlandet», å unngå dobbeltbeskatning og forskyvning av inntekter og utgifter.¹⁹³ Bestemmelsen skal altså hovedsakelig ivareta hensynet til skattekreditor ved å motvirke illojal skatteplanlegging og feilprising av konserninterne transaksjoner. Aksjeloven § 3-9 er ment å beskytte mot formuesoverføringer «til skade for de enkelte sarselskaps særkreditorer, minoritetsaksjeeiere, ansatte mv.».¹⁹⁴ Denne regelen ivaretar således hensynet til andre kreditorer, ikke hovedsakelig skattekreditor. Det er derfor ingen nødvendig sammenheng mellom bestemmelsenes anvendelsesområde. Aksjeloven § 3-9 må derfor ikke anvendes i sammenheng med skatteloven § 13-1.

Høyesterett synes også å gi uttrykk for at formålet bak skatteloven § 13-1 tilsier at man ikke skatterettslig kan bygge på et faktum som er i strid med aksjeloven. Spørsmålet er

¹⁸⁹ Andenæs 2006 side 433.

¹⁹⁰ Aarbakke m.fl. 2012 side 218.

¹⁹¹ Rt-2007-1025 avsnitt 53, min klemmeparentes.

¹⁹² Bullen, Skatterett 2008, side 136

¹⁹³ Ot.prp.nr.26 (1980-1981) side 56.

¹⁹⁴ NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning, side 193.

om aksjeloven § 3-9 oppstiller en skranke for hvilke strukturelle justeringer som kan foretas med hjemmel i skatteloven § 13-1.

Problemstillingen er ikke regulert fra lovgivers side. Dette taler for at Høyesteretts standpunkt kanskje ikke er i tråd med lovgivers intensjon. På den andre side kan det tenkes at lovgiver ikke har vært klar over problemstillingen. Dersom dette er tilfellet, taler gode grunner for at domstolene kan avklare spørsmålet.

Strukturelle justeringer kan foretas fordi enkelte avtaler er så påvirket av interessefellesskapet, at de ikke bør legges til grunn.¹⁹⁵ Transaksjoner i strid med aksjeloven § 3-9, er også påvirket av interessefellesskapet i stor grad. Det kan derfor hevdes at formålet med å foreta strukturelle justeringer ikke oppnås dersom transaksjonen justeres til å være i strid med aksjeloven § 3-9. Armlengdeprinsippene som bestemmelsene gir uttrykk for synes også å være like, i relasjon til at det er markedsmessige vilkår skal legges til grunn. Gode grunner taler derfor for at aksjeloven § 3-9 må anses å oppstille en skranke for hvilke strukturelle justeringer som kan foretas med hjemmel i skatteloven § 13-1.

9.3 Tynn kapitalisering

Tynn kapitalisering regnes som en sentral problemstilling ved anvendelsesområdet til skatteloven § 13-1.¹⁹⁶ Begrepet dekker tilfeller hvor skattemotivert tilpasning av lån og egenkapital har medført at et selskap er lånefinansiert utover det som anses som forretningsmessig rimelig og naturlig. Et selskap i et konsern er tynt kapitalisert når det finansieres med påfallende mye lån og tilsvarende lite egenkapital.¹⁹⁷ Ofte har selskapet mer lån enn det ville klart å ta opp på egen hånd.¹⁹⁸ Incentivet for dette er vanligvis at gjeldsrenter er fradragsberettiget etter skatteloven § 6-40, mens aksjeutbytte ikke gir fradragsrett for utdelende selskap.¹⁹⁹ Når konsernet velger å finansiere et datterselskap med så høy gjeld at det kan anses for å være tynt kapitalisert, vil dette kunne medføre at fradragsreglene uthules og at beskatningsreglene i norsk rett omgås.

¹⁹⁵ Se retningslinjene pkt. 1.66.

¹⁹⁶ Gjems-Onstad 2008, side 1074.

¹⁹⁷ Zimmer 2009 side 40-41.

¹⁹⁸ Bjerke 1997 side 172.

¹⁹⁹ Se Zimmer 2014 side 303 og retningslinjene pkt. 7.6.

Ved tynn kapitalisering kan det bli aktuelt å se bort fra den foretatte transaksjonen og gjøre strukturelle justeringer i tråd med OECDs retningslinjer pkt. 1.65. Det er her tale om anvendelse av økonomisk substans-unntaket.²⁰⁰ Tynn kapitalisering nevnes i ordlyden som et eksempel på når unntaket kan anvendes.

En morselskapsgaranti kan ha medført at datterselskapet for eksempel har fått et lån det ellers ikke ville fått uten sikkerhetsstillelsen. Lånet vil da være innvilget på grunnlag av morselskapets kredittverdighet, ikke datterselskapets. Garantien har da tilført datterselskapet lånekapasitet. Dette har en klar parallell til innskudd av egenkapital. Som nevnt ovenfor, anses ikke aksjeeieraktiviteter som en betalbar konsernintern tjeneste. Egenkapitalinnskudd gir derfor ikke skattemessig fradrag og et substitutt vil er således heller ikke fradragsberettiget. På bakgrunn av dette kan skattemyndighetene nekte å innrømme fullt fradrag for garantiprovisjon dersom selskapets lånekapasitet er oversteget. I slike tilfeller synes det som at Oljeskattekontoret konsekvent nekter å innrømme fradrag for garantipremie.²⁰¹ Det er imidlertid hevdet at dette blir feil som generelt utgangspunkt, fordi man må se hen til bakgrunnen for utstedelsen av en garanti.²⁰²

Problemstillingen er om skattemyndighetene ubetinget kan omklassifisere en morselskapsgaranti til egenkapital på grunn av tynn kapitalisering.

Ved anvendelse av tidligere skatteloven 1911 § 54 (nåværende § 13-1) uttalte Høyesterett i Fornebodommen at «det ikke er nok at det foreligger et interessefelleskap (deltakerinteresse); dette må ha resultert i en ordning med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkasting, som i og for seg ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig, men bare kan forklares ved interessefelleskapet, og som har medført en forrykning av skattefundamentene».²⁰³ Uttalelsen kan tolkes dit hen at det ikke er tilstrekkelig med en inntektsreduksjon på grunn av et interessefelleskap, det er også et

²⁰⁰ Retningslinjene pkt. 1.65.

²⁰¹ På ligningskvelden 2013 uttalte Torstein Fløystad at etter Oljeskattekontorets syn, er det ikke fradragsrett i slike tilfeller.

²⁰² Foredrag av Øystein Andal, Advokatfirmaet Harboe & Co AS, Norsk olje og gass skatteseminar 2013.

²⁰³ Rt-1940-598 side 601. Dette er fulgt opp i senere rettspraksis, se f. eks. Rt-2003-536 avsnitt 48 og Rt-2006-1573 avsnitt 39.

vilkår at transaksjonen ikke er «forretningsmessig rimelig og naturlig». I teorien er imidlertid uttalelsen forutsatt brukt med varsomhet, særlig i internasjonale forhold der en skatteavtale får anvendelse.²⁰⁴

Grunnen til at det ofte kreves morselskapsgaranti, er som regel at datterselskapet har lite aksjekapital. Uavhengige parter anser da risikoen for å være for høy til å gi et lån eller inngå en kontrakt uten garanti for oppfyllelse.

Det er imidlertid ikke nødvendigvis årsakssammenheng mellom mulig tynn kapitalisering og behovet for en garanti. Enkelte garantier kreves uavhengig av hvordan datterselskapet er kapitalisert. Dette gjelder for eksempel statsgarantien. Vilkåret til årsakssammenheng mellom inntektsreduksjonen og interessefellesskapet i skatteloven § 13-1 er da ikke oppfylt. Denne garantien vil derfor alltid være forretningsmessig rimelig og naturlig. Hensynet bak å nekte fradragsrett for garantipremie når selskapet er tynt kapitalisert gjør seg altså ikke gjeldende i alle tilfeller.

Videre kan implisitte garantier medføre at et selskap får innvilget mer lån enn uavhengige selskaper ville fått, uten at det er tynt kapitalisert. Dette må derfor også tas i betraktning. Etter dette må vilkårene i skatteloven § 13-1 må alltid vurderes konkret før en strukturell justering, også i de tilfeller hvor datterselskapet er tynt kapitalisert.

Skattemyndighetene kan ikke ubetinget omklassifisere en morselskapsgaranti til egenkapital på grunn av tynn kapitalisering.

²⁰⁴ Zimmer, Skatterett 03/2012, side 196.

10 Skal fradragsberettiget garantipremie allokteres til sokkel eller land?

Ovenfor er det drøftet hvorvidt garantiene i olje- og gassindustrien er fradragsberettiget, og hvordan armlengdes garantipremie skal beregnes. Som følge av ulik skattesats på land og sokkel er det av relevans å vite hvilket av disse skatteregimene fradrag for garantipremie skal allokteres til. Det forutsettes i det følgende at det er betalt fradragsberettiget garantipremie. Spørsmålet er hvor kostnad ved garantipremie for en morselskapsgaranti skal allokteres.

10.1 Utgangspunktet

Hvilket skatteregime inntekter og kostnader skal allokteres til, reguleres av petroleumsskatteloven. Hovedprinsippet er at finansielle inntekter og utgifter skal fordeles mellom sokkel- og landdistriktet basert på formuesverdiene i de to distriktene.²⁰⁵

Særskatteplikten gjelder bare skattytere som driver «utvinning, behandling og rørledningstransport» i indre norsk farvann, på norsk sjøterritorium, på kontinentalsokkelen og i visse lignende områder, jf. petroleumsskatteloven § 5 første ledd, første punktum. Det er derfor bare inntekter og kostnader som relaterer seg til slik virksomhet som skal allokteres til sokkel. Klagenemnda for oljeskatt har poengtert at legalitetsprinsippet innebærer visse grenser for fortolkningen av ordlyden.²⁰⁶ Det forutsettes etter dette at vilkårene for plikt til å betale særskatt skal tolkes snevert.

En naturlig forståelse av uttrykket «utvinning» er aktivitet hvor det fysisk hentes ut ressurser fra sokkelen. I rettspraksis er det lagt til grunn at begrepet må forstås som tilfeller hvor en ikke fornybar ressurs, en verdi, tas ut fra sitt naturlige miljø. Kjernen i den utløsende aktivitet må da være at sokkelen, som en verdibank for staten, tappes for gass.²⁰⁷

Ved tolkning av begrepet kan det ikke uten videre bygges på tradisjonelle oppfatninger omkring virksomhetsbegrepet i den alminnelige skatteloven. Dette er blitt lagt til grunn

²⁰⁵ Ot.prp. nr. 86 (2000-2001) side 26.

²⁰⁶ PSK-19810617-A.

²⁰⁷ Se LG-2013-5031.

av Klagenemnda for oljeskatt i en kjennelse fra 1981.²⁰⁸ Klagenemnda uttalte at det må trekkes snevre grenser slik at ikke særskatteplikten trekkes for langt. Dette ble begrunnet i hensynet til at formålet med særskatten er å beskatte grunnrenten.²⁰⁹ Klagenemnda uttalte videre at det bør vises forsiktighet med å anvende særskattereglene i tilfeller hvor rekkevidden av reglene fremstiller seg som tvilsom og hvor de nevnte hensyn ikke er til stede.²¹⁰ Konklusjonen ble at det må vurderes konkret i lys av de ovennevnte hensyn, om en inntekt som ikke direkte skriver seg fra utvinning eller rørledningstransport i snever forstand, har slik tilknytning til disse virksomhetsartene at den er særskattepliktig.

Basert på kjennelsen er det lagt til grunn i rettspraksis at særskatten for det første rammer inntekter fra *direkte utvinning eller rørledningsvirksomhet*.²¹¹ Inntekter som etter en konkret vurdering har en tilstrekkelig sterk tilknytning til utvinning eller rørledningsvirksomhet i snever forstand rammes også.²¹²

Med «behandling» forstås bearbeidelse, oppbevaring og lignende av ikke-fornybare ressurser. Videre tilsier ordlyden at uttrykket «rørledningstransport» sikter til aktivitet hvor olje og gass fraktes fra et sted til et annet.

Det følger av petroleumsskatteloven § 3 d første- og annet ledd, at på sokkel kan det kreves fradrag blant annet for «driftskostnader». Ordlyden tilsier at det er fradragsrett for kostnader som har tilknytning til selve sokkelvirksomheten. Andre finansielle inntekter og finansielle ytelser som ikke kan henføres til noen bestemt inntektskilde, skal fradragsføres i landdistriktet, jf. bestemmelsens sjette ledd.

²⁰⁸ PSK-19810617-A, bokstav d del 1.

²⁰⁹ BAHZ/Zimmer 2014 side 771.

²¹⁰ PSK-19810617-A, bokstav c siste avsnitt.

²¹¹ LG-2013-5031.

²¹² LG-2013-5031.

10.2 Statsgarantien

Etter petroleumsløven § 3-3 tredje ledd, gir en utvinningstillatelse enerett til undersøkelse, leteboring og utvinning av petroleumforekomster. Det er ikke tvilsomt at rettighetshavere av slike tillatelser er i skatteposisjon på sokkel.

Garantien ovenfor staten er en forutsetning for faktisk å kunne utføre den inntektsskapende virksomhet på sokkelen. Garantipremie må derfor anses som en «driftskostnad». Fradrag for garantipremie skal således allokere til sokkelregimet.

10.3 Garantien til Gassco

I Gassled fraktes gass gjennom rørledningstransport. Dette dekkes direkte av ordlyden i petroleumsskatteløven § 5 første ledd, første punktum. Skipere i Gassled er derfor i skatteposisjon på sokkel.

Garantien overfor Gassco relaterer seg til rettigheter til transport av gass. Dette er helt nødvendig for å få tilgang til gassforekomstene. Kostnader for garantipremie er derfor klart en «driftskostnad». Fradrag for slike garantier skal altså henføres til sokkel.

10.4 Decommissioning Security Agreements

Utgifter tilknyttet DSA'er pådras for å sikre et selskaps betalingsevne. De kunne derfor vært ansett som finanskostnader og blitt allokert til land i tråd med petroleumsskatteløven § 3 bokstav d, sjette ledd.

Etter Finansdepartementets syn skal imidlertid garantikostnader som pådras for å sikre seg mot fjerningsforpliktelser, klassifiseres som en «driftskostnad».²¹³ Fradrag for garantipremie for DSA'er skal derfor allokere til sokkel. Dette begrunnes ikke i uttalelsen.

Denne løsningen er ikke helt opplagt. Selger av tillatelsen er for eksempel kanskje ikke lenger i skatteposisjon på sokkel, når fradrag for garantipremie for en DSA kreves. Slike

²¹³ Utv-2012-962 FIN, side 966 pkt. 3.2.

garantier har imidlertid en så tett relasjon til virksomheten som har vært utøvd, at kostnader i forbindelse med den bør henføres til dit. Ved fradrag for DSA'er er det derfor ikke avgjørende hvor skattyter er i skatteposisjon.

I teorien er det fremhevet som et problem at eventuelle garantiutbetalinger fra garantisten for en DSA, ikke er omfattet av petroleumsskatteloven § 3 bokstav j.²¹⁴ Dette innebærer at en garantiutbetaling vil være skattepliktig for selger. Kjøper må derfor i praksis stille sikkerhet som også vil dekke selgers skattebelastning. Dette innebærer at den underliggende forpliktelse blir vesentlig høyere enn ansvar for bare 22 prosent av fjerningsforpliktelsene. Her er det en skjevhet i lovverket som bør reguleres.

²¹⁴ BAHR/Zimmer 2014 side 796.

11 Avsluttende bemerkninger

Fremstillingen viser for det første at oljeselskapene bør begynne betale garantipremie for statsgarantien. Denne sikkerhetsstillelsen må anses som en konsernintern tjeneste som det er armlengdes å betale garantipremie for. Kostnad for garantipremie er således fradragsberettiget. Hvis morselskapet er hjemmehørende i Norge, vil derfor selskapets inntekt bli redusert dersom garantipremie ikke blir betalt.

Lovverket regulerer per i dag ikke direkte hvordan garantipremier spesielt skal beregnes for å være armlengdes skatterettslig. Dette bidrar til at internprisingen fremstår som en nokså komplisert oppgave. Usikkerheten forsterkes også av at skattemyndighetenes tilnærming til spørsmålet har blitt mer aggressiv de siste årene. Denne endringen gjør at det ikke er mulig å vise til en konsekvent ligningspraksis.

Dette viser at fradragsretten for garantipremie innebærer et behov for et klarere regelverk. Utvikling av reglene kan for eksempel gjøres i større grad av domstolene. Til nå har det så vidt meg bekjent ikke vært behandlet en eneste Høyesteretts sak angående fradrag for og internprising av garantipremier. Dette bidrar til at usikkerheten er stor angående rekkevidden av skatteloven § 13-1 utover de mer generelle tilfeller. For garantipremier er det vanskelig å finne veiledning i norsk rett for hvordan regelen skal anvendes. OECDs retningslinjer gir heller ikke klare føringer for en bestemt løsning. Skatteloven § 13-1 kan derfor fremstå som utilstrekkelig på dette området.

Spørsmålet er hvordan rettsreglene eventuelt vil kunne forbedres i fremtiden. En løsning er for eksempel at fradrag nektes konsekvent, eller en matematisk begrensingsregel (slik som § 6-41 for renter i dag). Begge alternativene ville fjernet enhver form for tvil, og behovet for en regel som skatteloven § 13-1 ville ikke lenger vært til stede. En annen fordel er at forutberegneligheten ville økes betraktelig. Ulempen med slike regler er at de individuelle forskjellene mellom ulike garantistillelser ikke ville blitt tatt hensyn til. En matematisk regel kunne imidlertid i noen grad ha åpnet for dette.

Videre bør det klargjøres generelt av lovgiver hva som er forholdet mellom aksjeloven og skatteloven. Selskapsrettslig ugyldige transaksjoner kan skape skatterettslige

problemstillinger som ikke er regulert i lovtekst. Både i skatteretten generelt, men særlig for garantistillelser spesielt, er det behov for avklaring på dette området.

Endelig synes det som at det er relativt lite usikkerhet vedrørende hvor kostnad for garantipremie skal allokere. Dette gjelder særlig garantiene i olje- og gassindustrien som er behandlet i avhandlingen. Scheel-utvalget har foreslått at den alminnelige skattesatsen skal reduseres.²¹⁵ Dersom dette gjennomføres, er det sannsynlig at satsen for særskatt økes. Konsekvensene av hvor kostnader og inntekter skal allokere kan derfor tenkes å bli enda større enn de er i dag.

²¹⁵ NOU 2014:13 Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi på side 188, andre spalte.

12 Kildeliste

Norske lover

Lov om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning m.v. 28. juli 1949 nr.15.

Lov om skattlegging av undersjøiske petroleumsforekomster m.v. 13. juni 1976 nr. 35

Lov om ligningsforvaltning 13. juni 1980 nr. 24.

Lov om petroleumsvirksomhet 29. november 1996 nr. 72

Lov om skatt av formue og inntekt 26. mars 1999 nr. 14.

Forskrifter

Forskrift til lov om petroleumsvirksomhet 27. juni 1997 nr. 65.

Forskrift om kapitalkrav for forretningsbanker, sparebanker, finansieringsforetak, holdingselskaper i finanskonsern, verdipapirforetak og forvaltningsselskaper for verdipapirfond mv. 14.12.2006 nr. 1506

Storingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2014 (Stortingets skattevedtak) 5. desember 2013 med hjemmel i Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814 § 75 bokstav a (FOR-2013-12-05-1499)

Offentlige utredninger

NOU 1979:43	Petroleumslov med forskrifter
NOU 1996:3	Ny aksjelovgivning
NOU 2014:13	Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi

Proposisjoner

- Ot.prp.nr.26 (1974-1975) Om lov om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster m.v.
- Ot.prp.nr.29 (1978-1979) Om ligningslov og endringer andre lover
- Ot.prp.nr.26 (1980-1981) Om lov om endringer i lov nr. 8 av 18. august 1911 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) m v.
- Ot.prp.nr.43 (1995-1996) Om lov om petroleumsvirksomhet
- Ot.prp.nr.86 (1997-1998) Ny skattelov
- Ot.prp.nr.86 (2000-2001) Om lov om endringer i lov 13. juni 1975 nr. 35 om skattlegging av undersjøiske petroleumforekomster mv.
- Ot.prp.nr.62 (2006-2007) Om lov om endringer i skattelovgivningen (internprising)
- Ot.prp.nr.48 (2008-2009) Om lov om endringer i lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet

Stortingsmeldinger

- Meld. St. 28 (2010-2011) En næring for framtida – om petroleumsvirksomheten

Ligningspraksis

- Klagenemnda for oljeskatt: PSK-19810617-A
PSK-19950612-A
- Sentralskattekontoret for storbedrifter: 1993-323OLN
2002-021QLN
2005-010OLN
- Ligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter: Utv-2008-320

Anonymisert klagekjennelse av Oljeskattekontoret 19.08.2013:

http://www.skatteetaten.no/upload/PDFer/OSK%20-%20Oljeskattkontoret/OSK%20klagekjennelser%20PDF/1311_2013-08-19.pdf?epslanguage=nb-NO (sist sett: 12.12.2014)

Rettspraksis

Rt-1940-598	«Fornebo»
Rt-1995-72	«Utvisningsdom I»
Rt-1999-1087	«Baker Hughes»
Rt-2000-1473	
Rt-2001-1265	«Agip»
Rt-2003-536	
Rt-2006-1573	
Rt-2007-1025	«Statoil Angola»
Rt-2010-790	«Telecomputing»
Rt-2012-1025	«Norland»
Rt-2012-1648	«Statoil»
LB-1997-2018	«Nycomed»
LB-2003-11771	
LB-2005-72814	
LB-2009-81881	«ConocoPhillips»
LG-2013-5031	
13-202804ASD-BORG/01	Borgarting lagmannsrett 24. oktober 2014

Internasjonale kilder

GE Capital Canada v. Canada	Canadian Federal Court of Appeal 15. Desember 2010
GlaxoSmithKline v. Canada	Federal Court of Appeal 26.07.2010 og Supreme court of Canada 18.10.2012

OECD Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations, 22. juli 2010
<http://www.oecd.org/tax/treaties/47213736.pdf>

RÅ 1991 ref 107 Svensk avgjørelse av Regeringsrätten

Articles of the OECD Model Tax Convention on income and capital, 22 juli 2010

Bøker

Andenæs Mads Henry, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, Oslo 2006

BAHR/Zimmer *Bedrift, selskap og skatt*, Universitetsforlaget, 6. utgave, Oslo 2014

Bjerke Joachim M., *Internprissetting*, Tano Aschehaug, Oslo 1997

Bråthen (red.) Tore, *Moderne forretningsjus II*, Fagbokforlaget, Oslo 2011

Bullen Andreas, *Arm's Length Transaction Structures Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*, IBFD Doctoral Series 2011

Carlsen Knut Morten, *Bedriftsbeskatning i praksis*, Sentralskattekontoret for storbedrifter, 4. utgave, Fagbokforlaget 2012

Eckhoff Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2001

Gjems-Onstad Ole, *Norsk bedriftsskatterett*, 7. utgave, Gyldendal Akademisk 2008

Hammer m.fl. *Petroleumsloven*, Universitetsforlaget, Oslo 2009

Naas m.fl. Naas, Bruusgaard, Ilstad og Svensen, *Norsk internasjonal skatterett*, Universitetsforlaget, Oslo 2011

- Røsæg Erik, *Garantier eller fattigmanns trøst?*, Universitetsforlaget, 1992
- Skaar m.fl. Arvid Aage, *Norsk skatteavtalerett*, Gyldendal 2006
- Smith Carsten, *Garantikrav og garantistvern*, Universitetsforlaget, 2. utgave, 1981
- Vinje Eirik H., *Tolkning av garantier i forretningsforhold*, Universitetsforlaget, Oslo 1999
- Zimmer Frederik *Internasjonal inntektsskatterett* Universitetsforlaget, 4. utgave, Oslo 2009
- Lærebok i skatterett*, Universitetsforlaget, 7. utgave, Oslo 2014
- Wittendorff Jens, *Transfer pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, Nederland 2010
- Aarbakke Magnus, *Skatt på inntekt*, 4. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 1990
- Aarbakke m.fl. *Aksjeloven og allmennaksjeloven*, 3. utgave, Oslo 2012
- Artikler**
- Andreassen m.fl. Bente, Geir F. Furøy og Bjørn Hoff Hansen, *Internprising: Garantier og sikkerhetsstillelser i konsernforhold – en praktisk gjennomgang*, Praktisk økonomi & finans 2013 nr. 1
- Backer-Grøndahl Finn, *Domstolenes prøvelsesrett i internprisingssaker*
Kommentar til «Norland-dommen», SR-2012-210
- Bjerke/Søgaard Joachim M. Bjerke og Simen Søgaard, *International Transfer Pricing Journal* vol. 19, no. 6 2012, side 450-456

- Bråthen Tore, *Konserninterne transaksjoner*, Magma 2004/01
- Bullen, Andreas *Et skråblikk på Høyesteretts dom i Statoil Angola (Rt-2007-1025)*
Skatterett 2008 side 110
- Prøving av faktumskjønn og verdsettelseskjønn i skattesaker for domstolene, Høyt skattet, Festskrift til Frederik Zimmer, 2014 side 139-161.*
- Langseth, Erik *Kreditt i konsernforhold. Noen praktiske spørsmål vedrørende aksjelovene § 3-8 og utbyttreglene*, Tidsskrift for Forretningsjus 2012 side 156-178 (TFF-2012-156)
- Magnussen, Hanne Sten-Frode Olsen, *Internprising – erfaringer fra Sentralskattekontoret for storbedrifter*, Praktisk økonomi & finans 2010 nr. 1
- Nedrelid, Cecilie D. *Garantier i konsernforhold – En analyse av rettskilder og økonomisk tilnærming til prising av garantier i praksis*, Skatterett 04/2011
- Nilsen, Jørgen O. *Prising av kredittrisiko*, Praktisk økonomi & finans 01/2005, side 40-48
- OSK og SFS *Prising av konserninterne tjenester*, Revisjon og Regnskap 2008 utgave 4 og 5
- Zimmer, Frederik *Bevis, rettsanvendelse, omgåelse, internprising: Forholdet mellom problemstillinger i skatteretten*, Skatterett 03/2012, side 186-199
- Høyesterettsdommer i skattesaker 2012*, Skatterett 02/2013

Elektroniske kilder

“Terms and Conditions for Transportation of Gas in Gassled” 01.04.2014,

<http://www.gassco.no/Documents/Terms%20and%20Conditions%20with%20Appendix%20A-E%2001.04.2014.pdf> (sist sett: 12.12.2014)

“Om fastsettelse av garantipremie”, Halvor Hoddevik, Rann Rådgivning AS, 3. april 2014:

http://rann.no/bibliotek/wp-content/uploads/2014/04/Nærmere-om-fastsettelse-av-garantipremie_final-1.pdf (sist sett: 12.12.2014)

Skatteetatens årsrapport for 2013 «Transfer pricing»:

http://www.skatteetaten.no/upload/PDFer/Arsrapport_TP_2013_offentlig_versjon.pdf
(sist sett: 12.12.2014)

OECDs retningslinjer for internprising, norsk oversettelse 1995:

<http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fin/brv/2002/0055/ddd/pdfv/156776-internprising.pdf> (sist sett: 12.12.2014)

<http://www.gassco.no/om-gassco/roller/> (sist sett: 12.12.2014)

http://www.regjeringen.no/upload/OED/pdf%20filer/Faktaheftet/Fakta2014OG/Fakta_2014_NO_netts.pdf (sist sett: 12.12.2014)

<http://www.skatteetaten.no/no/Om-skatteetaten/Om-oss/Organisasjon-og-ledelse/Organisasjonen/Sentralskattekontorene/>(sist sett: 12.12.2014)

OECDs BEPS-arbeid: <http://www.oecd.org/tax/beps-about.htm> (sist sett: 12.12.2014)

IBFD Tax Research Database: <http://www.ibfd.org/> (sist sett: 12.12.2014)

<http://oljefakta.petro.no/selskap/statoil-petroleum> (sist sett: 12.12.2014)

<http://no.wikipedia.org/wiki/Statoil> (sist sett: 12.12.2014)

http://no.wikipedia.org/wiki/Organisasjonen_for_%C3%B8konomisk_samarbeid_og_utvikling (sist sett: 12.12.2014)

http://no.wikipedia.org/wiki/Organisasjonen_for_%C3%B8konomisk_samarbeid_og_utvikling (sist sett: 12.12.2014)

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/tema/skatter_og_avgifter/skatteavtaler-mellom-norge-og-andre-stat.html?id=417330 (sist sett: 12.12.2014)

http://en.wikipedia.org/wiki/Deepwater_Horizon_oil_spill (sist sett: 12.12.2014)

<http://www.stocklink.no/Article.aspx?id=67969> (sist sett: 12.12.2014)

Foredrag

Heidi Golimo Simonsen (Director Tax Audit Department) ved Oljeskattekontoret, NPF
Petroleum Tax Conference 5. november 2014

Øystein Andal, Advokatfirmaet Harboe & Co AS, Norsk olje og gass skatteseminar 2013

Torstein Fløystad v/Oljeskattekontoret på Ligningskvelden 2013.

Annet

Lignings-ABC 2014

Ernst & Young *2009 Global transfer pricing survey*
<http://www.vergidegundem.com/files/globaltpsurvey2009.pdf>
(sist sett: 12.12.2014)

Utv 2012 s 962 Subsidiært økonomisk ansvar for disponeringskostnader ved
overdragelse av utvinningstillatelser på norsk sokkel -

skattemessige spørsmål (Finansdepartementets brev av 30. april 2012 til Oljeindustriens Landsforening)

- Moody's Cross-Sector Rating Methodology: Rating Non-Guaranteed Subsidiaries: Credit Considerations In Assigning Subsidiary Ratings In The Absense Of Legally Binding Parent Support (desember 2003).
- E-post Gassco (08.10.2010)
- E-post Oljeskattekontoret v/leder av Juridisk-administrativ avdeling, Knut Anker Tranøy (17.10.2014)
- E-post Advokat Øystein Andal (17.11.2014)