

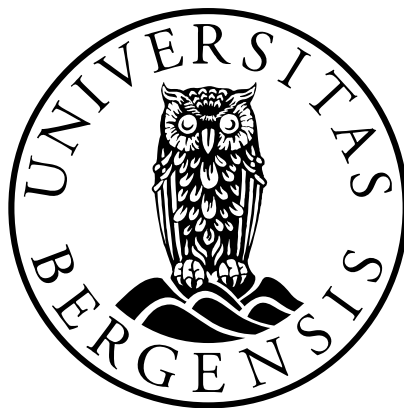
Skjønnsmessig prising av forsikringer tegnet i captive forsikringsselskaper

Våren 2013

Kandidatnummer: 192887

Veileder: Ingebjørg Vamråk Dobrovolskis

Til sammen 13992 ord



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2013

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	1
1.1 Oppgavetema, aktualitet og problemstilling	1
1.1.1 Oppgavetema	1
1.1.2 Aktualitet	1
1.1.2.1 Internprisindeproblematikken	1
1.1.2.2 Hensyn bak opprettelsen av captives	2
1.1.3 Problemstilling	5
1.2 Avgrensninger	5
1.3 Rettskildebildet	5
1.3.1 Skattelovens § 13-1	5
1.3.2 OECDs Retningslinjer	6
1.3.3 Ligningslovens § 4-12	7
1.3.4 Rettspraksis	7
1.4 Videre fremstilling	8
2. Hvilke transaksjoner kan utgjøre grunnlaget for en armlengdepris?	8
2.1 Armlengdeprinsippet	8
2.2 Sammenlignbarhetsanalysen	9
2.2.1 Introduksjon	9
2.2.2 Funksjonsanalysen	11
2.2.3 Forsikringsobjektets karakteristikk og egenskaper	13
2.2.4 Økonomiske forhold	14
2.2.5 Forsikringsvilkårene	15
2.2.6 Forretningsstrategier	18
3. Fastsettelsen av armlengdeprisen – hvilke prisingsmetoder er egnet?	18
3.1 Introduksjon	18
3.2 De tradisjonelle transaksjonsbaserte metodene	21
3.2.1 <i>Sammenlignbar ukontrollert pris-metoden (CUP-metoden)</i>	21
3.2.1.1 Introduksjon	21
3.2.1.2 Forholdet til sammenlignbarhetsanalysen	22
3.2.1.3 Prissammenligningen	26
A. Betydningen av forsikringsverdien – ACV vs. FRV	27
B. Betydningen av egenandelens størrelse	28
C. Betydningen av særvilkår i den kontrollerte forsikringsavtalen	31
3.2.1.4 Foreløpig konklusjon	32
3.2.2 <i>Videresalgsmetoden</i>	33
3.2.3 <i>Kost pluss-metoden</i>	35

3.2.3.1 Introduksjon	35
3.2.3.2 Forholdet til sammenlignbarhetsanalysen	36
3.2.3.3 Prissammenligningen	40
3.2.3.4 Foreløpig konklusjon	42
3.3 De transaksjonsbaserte fortjenestemetodene	43
3.3.1 Den transaksjonsbaserte nettometoden (TNM-metoden)	43
3.3.2 Overskuddsdelingsmetoden (Profit Split Method)	45
3.4 Konklusjon	46
<u>4. Avslutning: har problemstillingen aktualitet i fremtiden?</u>	<u>47</u>
<u>Litteraturliste</u>	<u>49</u>

Forkortelser

Forkortelse	Fullt navn
Sktl.	Skatteloven
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
OECD	The Organization for Economic Co-operation and Development (Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling)
Retningslinjene	OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OECDs retningslinjer for internprising for flernasjonale foretak og skattemyndigheter).
ACV	Actual cash value
FRV	Full replacement value

1. Innledning

1.1 Tema, aktualitet og problemstilling

1.1.1 Oppgavetema

Tema for oppgaven er skjønnsmessig prising av forsikringer tegnet i captive forsikringsselskaper (captives).

Situasjonen er som følger: Et selskap inngår forsikringsavtale med et annet selskap i samme konsern – captivet ("den kontrollerte transaksjon"). Forutsetningen for oppgaven er så at forsikringspremien er satt høyere enn det som ville vært tilfellet for en tilsvarende forsikring mellom uavhengige parter ("den ukontrollerte transaksjon"). Dermed overføres en for stor del av forsikringstakers inntekter til captivet. Dette resulterer i at forsikringstakers skattefundament blir mindre, og at midlene i stedet skattlegges på captivets hånd.

Forutsatt at reduksjonen i forsikringstakerens inntekt skyldes interessefellesskapet mellom forsikringstaker og captivet, kan premien "fastsettes ved skjønn" etter skattelovens § 13-1. Premien skal fastsettes etter armlengdeprinsippet, dvs. "som om interessefellesskap ikke hadde foreligget." jf. § 13-1 tredje ledd. Dette innebærer i praksis at forsikringstaker ikke kan kreve skattefradrag i inntekt, for den delen av premien som avviker fra markedsvilkårene.

1.1.2 Aktualitet

For å sette temaet inn i en sammenheng er det nødvendig å si noe om bakgrunnen for reglene om internprising generelt, og opprettelsen av captives spesielt.

1.1.2.1 Internprisingsproblematikken

Selskaper som inngår i et konsern er egne rettssubjekter. De har partsevne, kan alene stifte rettigheter og plikter og er i utgangspunktet selvstendige skattesubjekter jf. sktl. § 2-2 første ledd. Likevel er konsernet økonomisk sett én enhet ved at deltakerselskapene er i eierskap til hverandre, jf. aksjeloven § 1-3. Deltakerselskapene har derfor samme økonomiske interesser.

Dette åpner for skatteplanlegging i form av å ”transportere” inntekter eller formue fra et selskap som betaler høyere skatt, til et selskap som er undergitt mildere skatteregler.¹ Ved å feilprise interne transaksjoner, kan man samle mye av overskuddet hos ett selskap. Konsernets midler skattlegges dermed hos det selskap som har skattemessige fordeler, samtidig som det overdragende selskapet krever fradrag for det overførte som kostnad til inntekts ervervelse etter sktl. § 6-1. Slik kan konsernet maksimere sitt resultat.

For det første kan to selskaper som er hjemmehørende i samme stat rammes av ulike skatter eller skattesatser. Eksempelvis plikter bare ett av selskapene å betale særskilt petroleumsskatt på 50 %, slik saken var i Rt. 2003 s. 1324 Statpipe. For det andre kan inntekter overføres til et selskap som er hjemmehørende i en annen stat med lavere skattesatser, eller tilsvarende mellom hovedkontoret til et selskap og en selskapsfilial i utlandet.

Poenget er at slike transaksjoner innebærer tap av store skattefundamenter for statene som rammes. Det er antatt at om lag 60 % av verdenshandelen omfatter konserninterne transaksjoner.² Global Financial Integrity, en amerikansk tenketank som bl.a. samarbeider med OECD, anslo i en rapport fra 2012 at mellom 585,9 og 918,6 milliarder dollar årlig ble transportert ut av utviklingsland i perioden 2001-2010.³ Fra november 2011 har derfor OECD satt i gang et prosjekt med å lage en håndbok som gir statene konkrete retningslinjer for hvordan de kan vurdere risikoen for at en virksomhet driver internprising.⁴

For stater som Norge, hvor man generelt har høy beskatning, er man særlig utsatt for slike transaksjoner. Derfor gir skatteloven § 13-1 adgang for ligningsmyndighetene til å fastsette markedsmessig pris på transaksjonen.

1.1.2.2 Hensyn bak opprettelsen av captives

¹ Se også Zimmer, Frederik, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4. utgave, 2009, s. 147, pkt. 19.1

² Se Neighbour, J., Transfer pricing: Keeping it at arm's length, *OCED Observer*, July 2002.

³ Se Kar, Dev og Sarah Freitas, Illicit Financial Flows from Developing Countries: 2001-2010. Update with a focus on Asia, *Global Financial Integrity*, December 2012, s. 9.

⁴ Se <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/draft-handbook-on-tp-risk-assessment.htm>

Men captives er ikke nødvendigvis opprettet for å omgå skattereglene eller unndra skatt. Det finnes også legitime grunner til å opprette konserninterne forsikringsselskaper:

For det første kan opprettelsen av et captive begrunnes i rent økonomiske interesser:

Når konsernselskaper forsikres i captives, betales forsikringspremien til captivet og ikke til et uavhengig forsikringsselskap. Midlene holdes i konsernet. Captivet kan i neste omgang foreta investeringer med premiene og dermed øke sin egen inntekt. Dette er et bedre alternativ enn å føre midler ut av konsernet, og bidrar til økt fortjeneste for konsernet som et hele.

Opprettelse av captives kan også være et bedre alternativ til selvassuransse. I Norge er det særlig selskaper i oljevirkomheten som tegner forsikringer i captives.⁵ Bakgrunnen er høye særskatter på norsk sokkel på 78 %, mot 28 % i alminnelig selskapsskatt. I stedet for å foreta selvassuransse ved oppbygging av egenkapital, får man en skattemessig fordel av å forsikre seg i captives, fordi man kan kreve fradrag for forsikringspremiene som betales til captivet.

Videre skal forsikringspremien som betales til uavhengige forsikringsselskaper delvis dekke administrative kostnader som forsikringsselskapet påføres ved utarbeiding av forsikringsavtalen, herunder eks. revisorutgifter og markedsføringsutgifter. I Norge har det tidligere vært antatt at opptil 30 % av premien skulle dekke slike kostnader.⁶ Statistikk for skadeforsikringer de siste 15 årene viser nå en nedadgående trend, med kostnadsprosenten ned mot 20 %.⁷ Ved å opprette et captive kan slike utgifter uansett reduseres betraktelig på grunn av interessefellesskapet. Man vil bl.a. ikke betale for utgifter til markedsføring.

På samme måte kan opprettelse av captives bidra til såkalt ”cost control.”⁸ Forsikringspremier reguleres etter markedsrisiko. Hvis andre selskaper i samme bransje påføres skade og tap, anses risikoen for tap i denne bransjen å ha økt. Forsikringsselskapene krever da høyere premier, noe som også rammer selskaper som ikke har blitt påført tap. I captives kan man

⁵ Se Schjødt, Martin, Skatterettslige problemstillinger ved bruk av captive forsikringsselskap, Masteroppgave ved UiO, 2012, s. 7, pkt. 2.2.

⁶ Aarhus, Thore og Clausen, Tore, *Forsikringsøkonomi*, 1997, s. 26.

⁷ Se tabell fra Finansnæringens Hovedorganisasjon over resultater i skadeforsikring (1994-2012): <http://www.fno.no/Hoved/Statistikk/skadeforsikring/>

⁸ Se Skaar, Arvid Aage, *Taxation Issues relating to Captive Insurance Companies*, 1998, s. 13, pkt. 1.5.2

imidlertid tegne forsikring til premier som er basert på ens egen tapshistorie. Dette skaper forutberegnelighet.

Videre kan captivet gi tilgang til reassuransemarkedet. Da kan konsernet spre risikoen, ved at deler av risikoen holdes i captivet, mens resten gjenforsikres i det uavhengige markedet. Slik spredning av risiko kan også gi konsernet gunstige vilkår ved reassuranse: Siden captivet ofte forsikrer flere selskaper i konsernet, kan det foreta en samlet reassuranse av de risiki som polisene innebærer. Siden reassuransen omfatter et stort antall risiki, vil graden av risikospredning være høy. Det er dermed attraktivt for forsikringsselskapene å tegne slike forsikringer, fordi risikoen for tap reduseres. Konsernet kan da foreta reassuranse til lavere pris enn hvis hvert konsernselskap forsikret seg på egen hånd.⁹ Lagmannsrettsdommen Utv. 2003 s. 531 Fina viser at det gis slike grupperabatter ved tegning av forsikringer.

Opprettelsen av et captive kan også være en stor fordel hvor det foreligger et smalt marked for å tegne forsikringer. Hvor det bare finnes et fåtall tilbydere, vil disse i større grad kunne diktere forsikringsvilkårene. Da vil et selskap ofte måtte inngå kostbare forsikringsavtaler på ufordelaktige vilkår. Ved å opprette et captive kan man derimot oppnå rimeligere forsikringer uten at det går ut over forsikringstjenestene.

Ofte påtar forsikringsselskaper seg risiko for forhold som avhenger av forsikringstakers egen atferd ("moral hazard"). Derfor er det fremhevet i teorien at bruk av captives motiverer til "Risk Management" i konsernet.¹⁰ Dette begrunnes slik: Hvis man forsikrer seg i et uavhengig forsikringsselskap, vet man at man uansett har sikkerhet hvis tap oppstår. Forsikringstakeren kan da bli mindre forsiktig enn om han hadde foretatt selvassuransse. Dette øker igjen sannsynligheten for tap, og forsikringsutbetaling. Tegner man forsikring i et captive, vil et tap ramme konsernet. Forsikringstakeren da har en oppfordring til forsiktighet.

Internprising er altså til en viss grad legitimt. Problemet oppstår når man aktivt foretar feilprising, utelukkende for skattemessige formål.

⁹ Se Schjødt, Martin, Skatterettslige problemstillinger ved bruk av captive forsikringsselskap, Masteroppgave ved UiO, 2012, s. 8, pkt. 2.3.3.1

¹⁰ Se Skaar, Arvid Aage, *Taxation Issues relating to Captive Insurance Companies*, 1998, s. 14, pkt. 1.5.3.

1.1.3 Problemstilling

Hvis forsikringspremien er feilpriset som følge av interessefellesskapet mellom konsernselskapet og captivet, kan forsikringspremien ”fastsettes ved skjønn” av ligningsmyndighetene etter sktl.§ 13-1.

Problemstillingen blir hvordan man skal foreta slik skjønnsmessig fastsettelse av forsikringspremier betalt til captives.

1.2 Avgrensninger

Oppgaven tar sikte på en analyse av den skjønnsmessige fastsettelsen av forsikringspremien. Vilkårene for adgangen til slik fastsettelse forutsettes dermed oppfylt. Foruten en kort fremstilling av vilkårene under punkt 1.3, vil oppgaven bare behandle selve fastsettelsen av forsikringspremien.

1.3 Rettskildebilde og metode

Skjønnsmessig prising er atypisk i juridisk sammenheng. For å illustrere særegenhetene ved metoden, vil følgende fremstilling bli mer omfattende enn vanlig:

1.3.1 Skatteloven § 13-1

Adgangen til skjønnsmessig prisfastsettelse reguleres i skattelovens § 13-1.

Etter § 13-1 første ledd fremgår det at

«det kan foretas fastsettelse ved skjønn hvis skattyters formue eller inntekt er redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap med annen person, selskap eller innretning.»

Ordlyden forutsetter at tre vilkår må være oppfylt før ligningsmyndighetene kan fastsette pris ved slikt skjønn: Det må for det første foreligge et «direkte eller indirekte interessefellesskap» mellom de kontraherende partene. For det andre er det et vilkår at skattyters «formue eller inntekt er redusert.» Avslutningsvis må det kunne påvises årsakssammenheng mellom

inntekts- eller formuesreduksjonen og interessefellesskapet. Jf. «på grunn av.» For tilfeller hvor medkontrahenten er «bosatt eller hjemmehørende i en stat utenfor EØS», presumeres imidlertid slik årsakssammenheng å foreligge. Jf. andre ledd. Her har skattyter bevisbyrden for at årsakssammenheng likevel ikke foreligger.

Den skjønnsmessige fastsettelsen, som denne oppgaven fokuserer på, skal følge det såkalte *armlengdeprinsippet*¹¹, dvs. at prisen skal settes til den pris som ville gjelde mellom uavhengige parter. Dette følger også direkte av § 13-1 tredje ledd som sier at «Ved skjønnset skal formue eller inntekt fastsettes som om interessefellesskapet ikke hadde foreligget.» Utover dette kravet gir loven ingen direkte føringer for hvordan en slik vurdering skal foretas.

1.3.2 OECDs retningslinjer

Ved tolkningen av § 13-1 er det imidlertid viktig å ha klart for seg at det skal «tas hensyn til retningslinjer for internprising for flernasjonale foretak og skattemyndigheter som er vedtatt av Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling(OECD)» (heretter kalt Retningslinjene). Jf. § 13-1 fjerde ledd. Retningslinjene er utviklet som en presisering til den internasjonale mønsterbestemmelsen om internprising i OECDs mønsteravtale art. 9.¹² De gir veiledning i hvordan man fastslår *om* det er snakk om et tilfelle hvor det er adgang til skjønnsmessig prissetting, og foreskriver ulike metoder for å *komme fram* til armlengdeprisen.

Da OECDs mønsteravtale art. 9 i all vesentlighet er lik den norske § 13-1, har Høyesterett lagt til grunn at Retningslinjene også er av stor betydning ved tolkningen av § 13-1, selv om de ikke er bindende, jf. eks. Rt. 2001 s.1265 Agip, som omhandlet spørsmålet om en forsikringspremie var riktig priset. Førstvoterende uttalte at «*ved tolkningen og anvendelsen av skatteloven § 54 første ledd er det etter min mening, og som anført av partene, grunn til å legge vekt på OECDs «Report Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations»*». Saken gjaldt riktignok den gamle skattelovens (1911) § 54 første ledd, men den nye skatteloven tok ikke sikte på noen realitetsendring.¹³

¹¹ Jf. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (Retningslinjene), July 2010, kapittel I, pkt. 1.1

¹² Se OECD kommentarene, art. 9, pkt.1.

¹³ jf. Ot.prp. nr. 26 (1980-81), s. 66

Retningslinjenes betydning ble stedfestet ved den nevnte tilføyelsen av § 13-1 fjerde ledd ved lov 29.juni 2007 nr.72, som ble gitt virkning fra 2008.¹⁴ Dette gir Retningslinjene en sterkere formell stilling, men gjør likevel ikke at de får bindende virkning. Dette ble også presisert i forarbeidene til § 13-1 fjerde ledd.¹⁵

1.3.3 Ligningslovens § 4-12

Ligningslovens § 4-12 regulerer dokumentasjons- og opplysningsplikten ved konserninterne transaksjoner. Det fremgår av § 4-12, nr.1. at selskaper som omfattes av bestemmelsen, skal ”levere oppgave over art og omfang av transaksjoner og mellomværender med nærstående selskaper eller innretninger.”

Av nr.2 følger det videre at selskapene skal utarbeide ”skriftlig dokumentasjon som gir grunnlag for å vurdere om priser og vilkår i deres transaksjoner og mellomværender med nærstående selskaper og innretninger samsvarer med det som ville vært fastsatt i transaksjoner og mellomværender inngått mellom uavhengige parter under sammenlignbare forhold og omstendigheter.”

Bestemmelsen skal gi ligningsmyndighetene oversikt over interne transaksjoner. Manglende oppfyllelse kan det lede til tilleggsskatt etter § 10-2 eller straffeforfølgelse etter kapittel 12.

1.3.4 Rettspraksis:

Høyesteretts praksis er som ellers av stor rettskildemessig verdi. Det er likevel viktig å merke seg at det foreligger svært lite rettspraksis om skjønsmessig prising av captiveforsikringer. Den sentrale høyesterettsdommen er Rt. 2001 s.1265 Agip. For øvrig foreligger det noen lagmannsrettsdommer om temaet, herunder Utv. 2003 s. 531 Fina og Utv. 2008 s. 19 Norsk Hydro Produksjon AS. Dommene behandles nærmere i punkt 2 og 3.

¹⁴ Jf. også Ot.prp. nr. 62 (2006-2007), s. 13, hvor det sies at formålet med innføringen av fjerde ledd var å «klargjøre og forsterke OECD-retningslinjenes status i norsk rett.»

¹⁵ Jf. Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) s. 15.

1.4 Videre fremstilling

Problemstillingen er altså hvordan man skal foreta skjønnsmessig fastsettelse av forsikringspremier betalt til captives.

Utgangspunktet for prisingen er armlengdeprinsippet: skattemessig riktig pris er den pris som ville blitt lagt til grunn mellom uavhengige parter i en tilsvarende transaksjon.¹⁶ Derfor er det naturlig å innlede hoveddelen med å si noe om dette prinsippet i punkt 2.1.

Armlengdeprinsippet forutsetter at det må foreligge et sammenligningsgrunnlag for den aktuelle forsikringen. I punkt 2.2 drøfter jeg hvordan man skal finne en tilsvarende ukontrollert forsikringsavtale som kan utgjøre grunnlaget for en armlengdepris.

Når armlengdeprisen så skal fastsettes, foreskriver Retningslinjene ulike prisingsmetoder.¹⁷ Valget av metode beror på hvilke sammenlignbarhetsfaktorer man har tilgjengelig. Valget av metode har på samme måte betydning for hvilke faktorer som er viktigst å justere for. I punkt 3 foretas en analyse av hvor egnet metodene er til prising av captiveforsikringer.

I punkt 4 foretas en kort vurdering av problemstillingens aktualitet i fremtiden.

2. Hvilke transaksjoner kan utgjøre grunnlaget for en armlengdepris?

2.1 Armlengdeprinsippet

Utgangspunktet for den skjønnsmessige fastsettelsen er *armlengdeprinsippet*, som kommer til uttrykk i sktl. § 13-1:

Etter første ledd kan det foretas fastsettelse ved skjønn ”hvis skattyters(...) inntekt er redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap med en annen person, selskap eller

¹⁶ Se Lov 26 mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven eller sktl.) § 13-1 første ledd, jf. tredje ledd.

¹⁷ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.2 flg.

innretning.” Dette presiseres i tredje ledd, som sier at ”ved skjønnnet skal(...) inntekt fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget.”

For skjønnsmessig prising av captiveforsikringer innebærer dette at forsikringspremien som betales til captivet skal samsvare med det beløp som et uavhengig forsikringsselskap ville krevd for tilsvarende forsikring.

Armlengdeprinsippet er også internasjonalt anerkjent som utgangspunkt for internprisingen, og kommer til uttrykk i OECDs mønsteravtale art. 9 og i Retningslinjene.¹⁸ Bakgrunnen for at armlengdeprinsippet er internasjonal konsensus er hovedsakelig at transaksjoner mellom uavhengige parter ikke forskyver skattefundamentene. Det er markedet som bestemmer armlengdeprisen, og dette er likt for alle foretak. Når reglene på denne måten sørger for å likestille selvstendige selskaper med selskaper i konserner, skapes det ikke skattefordeler som kan gi konkurransefortrinn.¹⁹

2.2 Sammenlignbarhetsanalysen: er transaksjonene sammenlignbare?

2.2.1 Introduksjon

Spørsmålet er så hvordan man skal gå frem for å finne en ukontrollert forsikringstransaksjon som kan utgjøre grunnlaget for en armlengdepris.

Forutsetningen er som sagt at den ukontrollerte transaksjonen er så innholdsmessig lik den kontrollerte transaksjonen, at man kan gå ut ifra at forsikringspremiene ville være like hvis avtalen var inngått mellom uavhengige parter. Den ukontrollerte transaksjonen kan være ”intern” eller ”ekstern.” I en intern ukontrollert transaksjon er skatteyder selv part i transaksjonen.²⁰ Som hovedregel skal interne ukontrollerte transaksjoner benyttes, fordi dette gir et bedre sammenligningsgrunnlag – da er særegenheter ved skattyteren lik i de

¹⁸ Jf. Retningslinjene, pkt. 1.1

¹⁹ Jf. Retningslinjene, pkt. 1.8

²⁰ Se Naas, Bruusgaard, Ilstad og Svensen, *Norsk internasjonal skatterett*, 2011, s. 981, pkt. 23.18.2.2 (ii)

sammenlignbare transaksjonene.²¹ Innholdsmessige forskjeller må være uvesentlige for prisfastsettelsen, eller mulig å eliminere betydningen av, ved å foreta justeringer.²²

Retningslinjene nevner fem faktorer som er relevante når man skal analysere innholdet i transaksjonene, herunder tjenestens og objektets karakteristik, hvilken funksjon partene har i transaksjonen, avtalevilkårene, økonomiske forhold, og forretningsstrategier.²³

Spørsmålet blir da hvordan sammenlignbarhetsfaktorene gjør seg gjeldende når innholdet i forsikringstransaksjoner skal fastsettes.

Fordi et forsikringsselskap bare yter en tjeneste i form av å stille sikkerhet for tap, vil premiens størrelse måtte svare til den *risiko* for tap som forsikringsselskapet påtar seg. Sammenlignbarhetsfaktorene representerer altså *risiko* for captivet og det uavhengige forsikringsselskapet. I motsetning til alminnelig kjøp/salg av varer og tjenester, foretar ikke forsikringsselskapet innkjøp av varer, og de administrative kostnadene er ofte små i forhold til fortjenesten. Forsikringsselskaper pådrar seg dermed svært få direkte kostnader knyttet til selve tegningen (se figuren nedenfor).

Det som forsvarer den høye fortjenesten på selve transaksjonene, er de ofte enorme tapene som forsikringsselskapet må dekke hvis forsikringstaker påføres skade – skadeprosenten (loss ratio) har de siste årene ligget på ca. 70 % for skadeforsikringer.²⁴ Prisen er altså i større grad knyttet til den overførte risikoen enn ved alminnelig varehandel. Problemet er hvordan man skal vurdere og sammenligne risiko. Dette gjør skjønnsmessig prising av captiveforsikringer vanskelig. Sammenlignbarhetsanalysen blir imidlertid en måte å vurdere en totalt ukjent risiko for tap, som mer eller mindre sannsynlig.²⁵

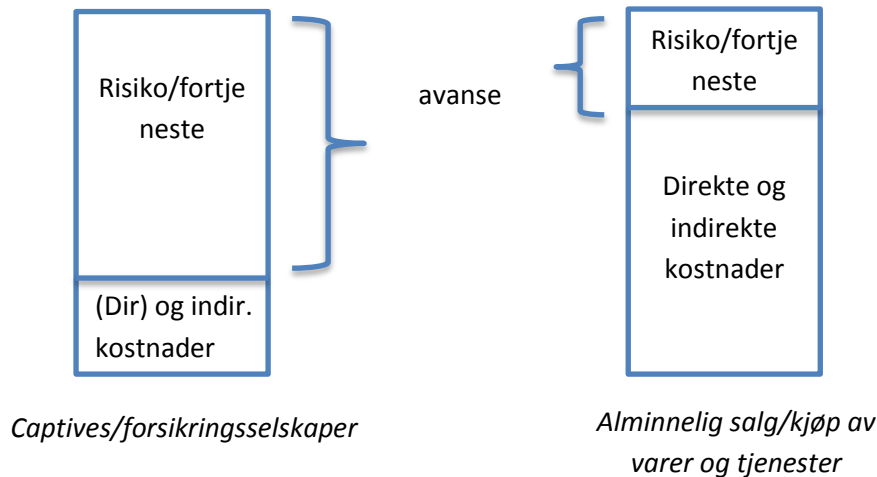
²¹ Jf. Retningslinjene, pkt. 3.27

²² Jf. Retningslinjene, pkt. 1.33

²³ Jf. Retningslinjene, pkt. 1.36 og 1.38-1.63.

²⁴ Se tabell fra Finansnæringens Hovedorganisasjon over resultater i skadeforsikring (1994-2012): <http://www.fno.no/Hoved/Statistikk/skadeforsikring/>

²⁵ Se Jeffrey M. Voas, Larry K. Voas og Keith W. Miller, A model for Assessing the Liability of Seemingly Correct Software, 1992, s. 2.



2.2.2 Funksjonsanalysen

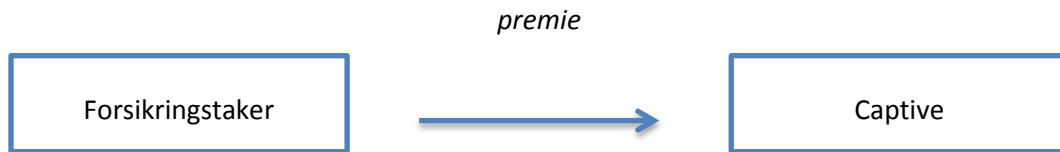
Funksjonsanalysen skal identifisere hvilken funksjon hver av partene i en transaksjon skal spille, herunder omfanget av funksjonen.

I forsikringstransaksjoner er det snakk om å yte en tjeneste i form av å stille sikkerhet. Omfanget av forsikringen beror på forsikringsobjektets verdi og risikoen ved å påta seg ansvaret for et eventuelt tap for forsikringstakeren. Selve kjernevirksomheten til et forsikringsselskap ligger nettopp i helt eller delvis å overta risiko fra forsikringstakeren. Forsikringspremien gjenspeiler risikofordelingen mellom partene i transaksjonen: Jo større risiko forsikringsselskapet overtar, desto større blir forsikringspremien. Det er derfor viktig for prisingen av forsikringer at selskapene i den kontrollerte og den ukontrollerte transaksjonen utøver tilsvarende funksjoner.

I forlengelsen kan det spørres hvilke roller eller funksjoner et captive kan ha i transaksjonen med forsikringstakeren.

For det første kan captivet opptre som direkte forsikrer. Forsikringstakeren tegner forsikring med captivet, som overtar risikoen for det aktuelle forsikringsobjektet. I slike tilfeller vil forsikringspremien fullt ut svare til den risikoen som captivet er villig til å påta seg. For sammenlignbarhetsanalysens del, vil man typisk kunne anvende et vanlig uavhengig forsikringsselskap som sammenligningsgrunnlag.

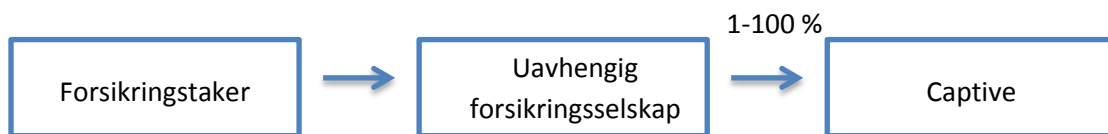
Figur: Direkte forsikrer



Captivet kan videre ha funksjon som reassurandør. Dette innebærer at forsikringstakeren først forsikrer seg i et uavhengig forsikringsselskap. Forsikringsselskapet (frontingselskapet) forsikrer så polisen i captivet, dvs. tegner forsikring hvor selskapet overlater en del av premien til captivet mot at dette overtar en tilsvarende del av risikoen. Dette var tilfellet i Rt. 2001 s.1265 Agip. Reassuranse i captives er vanlig i næringer hvor man risikerer store utbetalinger eks. shipping og oljevirkosomhet. Det uavhengige forsikringsselskapet kan da spre den risikoen det opprinnelig overtok. Captivet overtar da ofte en mindre risiko, noe som tilsier lavere premie. Da bør sammenligningen skje med uavhengige reassurandører.

I noen tilfeller blir polisen gjenforsikret 100 prosent i captivet. Da er captivet i realiteten direkte forsikrer av konsernselskapet. Dette ble også lagt til grunn i Utv. 2003 s. 531 Fina, hvor Lagmannsretten la til grunn at "man, i relasjon til de skatterettslige problemstillinger i den foreliggende sak, kan se bort fra "frontingselskapene" AIRCO /AFIA – og følgelig betrakte forholdet som om Finas poliser var tegnet direkte i Brittany." I slike tilfeller kan man også foreta sammenligning med tilsvarende ukontrollerte transaksjoner hvor det uavhengige forsikringsselskapet er direkte forsikrer.

Figur: Reassurandør

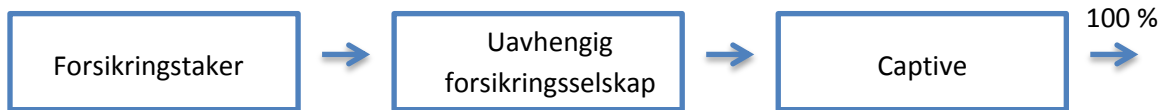


Videre kan captivet ha funksjon som forsikringsmegler. Situasjonen er som ved reassuranse, men captivet gjenforsikrer seg videre 100% i markedet, fordi det ikke kan eller vil sitte med noen risiko.²⁶ Captivet har da reelt sett ingen funksjon som et forsikringsselskap, og tjener bare penger på tjenesten av å være en forsikringsmegler, og ikke på overtakelse av risiko. Dette får betydning for den andel captivet sitter igjen med. For sammenlignbarhetsanalysens

²⁶ Se Skaar, Arvid Aage, *Taxation Issues relating to Captive Insurance Companies*, 1998, s. 217

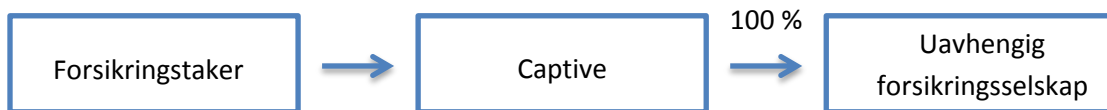
del, er det da mer nærliggende å foreta sammenligning med en forsikringsmegler enn et uavhengig forsikringsselskap.

Figur: Forsikringsmegler



Avslutningsvis kan captivet ha funksjon av å være et frontingselskap. Captivet har da en ren mellommann-rolle. Ved å tegne forsikring i captivet, for så at dette gjenforsikrer *hele* polisen i et uavhengig forsikringsselskap, får forsikringstakeren adgang til reassuransemarkedet. Her kan som sagt premieratene være lavere siden captivet foretar en total gjenforsikring av alle konsernselskaperens forsikringer og dermed kan oppnå en form for grupperabatt.²⁷ Det er da nærliggende å foreta sammenligning med en ukontrollert transaksjon hvor det uavhengige forsikringsselskapet har funksjon som frontingselskap.

Figur: Frontingselskap



2.2.3 Forsikringsobjektets karakteristikk og egenskaper

Det forsikrede objektets egenskaper er av betydning for hvilken risiko captivet påtar seg, og dermed for premiens størrelse. Dette fordrer en bred vurdering av eks. forsikringsobjektets kvalitet, merkevare, volum, tilgjengelighet, mengde, holdbarhet og miljøvennlighet.²⁸

Selv om det skulle være tegnet forsikringer av samme type produkt både i den kontrollerte og ukontrollerte transaksjonen, og premiene var like, vil man likevel kunne forsvare skjønsmessig prisfastsettelse, dersom objektet i den kontrollerte transaksjonen er i dårligere

²⁷ Se Skaar, Arvid Aage, *Taxation Issues relating to Captive Insurance Companies*, 1998, s. 218.

²⁸ Se Naas, Bruusgaard, Ilstad og Svensen, *Norsk internasjonal skatterett*, 2011, s. 980.

stand enn i den ukontrollerte. Da kan det nektes fradrag for denne andelen i forsikringspremien.

Et lignende eksempel kan være gjenstandens tilgjengelighet. Selv om det skulle være tegnet forsikringer av samme type produkt i den kontrollerte og ukontrollerte transaksjonen, og premiene var like, kan man likevel måtte foreta en skjønnsmessig prisfastsettelse hvis den ukontrollerte transaksjonen var foretatt på et tidspunkt da det var vanskelig eller ikke var mulig å importere produktet. Dette taler for at risikoen var større i den ukontrollerte transaksjonen, slik at premien må være lavere i den kontrollerte transaksjonen. Det må da foretas en justering i prisen.

Spennet av relevante karakteristikker er svært bredt, og avhenger av de faktiske forholdene. For oppgavens del blir det dermed uhensiktsmessig å foreta en avgrensning. Forutsatt vesentlige forskjeller i forsikringsobjektene karakteristikk, bør man velge en prisingsmetode som i mindre grad er avhengig av at slike forhold er sammenfallende.

2.2.4 Økonomiske forhold

Økonomiske forhold peker typisk på markedsforhold. Hvordan markedet ser ut, kan ha betydning for prisingen. Eksempler på slike forhold kan være de sammenlignende parters posisjon i markedet, forsikringstakers størrelse og erfaring, forsikringsobjektets geografi, konkurranse, om det er syklusbasert virksomhet, muligheter for reassurans, arbeidskraft og lønnsnivå.²⁹ Forsikringene som sammenlignes bør være relatert til samme markedsforhold.

Et eksempel på en slik vurdering i relasjon til captiveforsikringer følger av Rt. 2001 s.1265 Agip. Det sentrale i dette henseende er Høyesteretts uttalelse om at *”forsikringsvilkår for selskaper som produserer olje eller gass på kontinentalsokkelen, varierer fra felt til felt, idet feltene viser klare forskjeller i risikobildet. Forsikringer tegnet av andre deltakere i Ekofisk ga derfor de best tilgjengelige indikasjoner på markedsvilkår for dette feltet.”*

Her var et sentralt poeng for valget av sammenligningsgrunnlag, at forsikringene gjaldt olje- og gassinstallasjoner med samme geografiske plasseringen i Nordsjøen. Da kunne man anta at

²⁹ Se Naas, Bruusgaard, Ilstad og Svensen, *Norsk internasjonal skatterett*, 2011, s. 980, pkt. 23.18.2.1

det var snakk om så like faktiske forhold at også risikoen for å påta seg ansvar for eventuell skade måtte være lik.

2.2.5 Forsikringsvilkårene

Vilkårene i forsikringsavtalene gjenspeiler den risiko som forsikringsselskapet er villig til å ta. Et eksempel hvor dette ble tatt hensyn til er Rt. 2001 s. 1265 Agip, jf. sitatet i punkt 2.2.4.

En problemstilling kan imidlertid være om man alltid kan stole på den formelle forsikringsavtalen som er inngått mellom captivet og forsikringstakeren:

Kan det tenkes at forsikringsavtalen eller visse forsikringsvilkår ikke er reelle etter det underliggende forholdet mellom konsernselskapene?

Man kan for det første tenke seg at transaksjonen er pro forma ved at man i realiteten ikke tegner forsikring, men bruker forsikringsavtalen som et skalkeskjul for å overføre midler til captivet. I slike tilfeller er det ikke overført noen reell risiko, og det foreligger egentlig ingen motytelse for forsikringspremien. Sktl. § 13-1 forutsetter at transaksjonen er reell.³⁰ Hvis den formelle avtalen er pro forma, er den allmenne oppfatningen at det underliggende forholdet må legges til grunn.³¹ Man må da nekte fradrag for den delen som er pro forma.

Et annet og kanskje mer praktisk tilfelle som kan oppstå, er at bare noen forsikringsvilkår er reelle, slik at captivet egentlig tar for stor premie i forhold til den risiko det overtar. Da må forsikringstaker bare kunne kreve fradrag for den del av premien som relaterer seg til de reelle forsikringsvilkårene.

Et lignende spørsmål kom opp i Rt. 1995 s.124 Dowell Schlumberger, hvor det nevnte selskapet krevde fradrag for forsikringspremie for immaterielle skader, betalt til sitt captive – Tower. Høyesterett avviste imidlertid kravet, begrunnet i at det ikke forelå tilstrekkelig dokumentasjon til å slå fast en reell forsikringsdekning for immaterielle skader.

³⁰ Jf. eks. Rt. 1995 s. 124 (s. 129) Dowell Schlumberger, hvor førstvoterende uttaler at ”av § 54 første ledd følger det forutsetningsvis at reelle transaksjoner mellom f.eks. søsterselskaper får skatterettslige konsekvenser som om de var foretatt mellom uavhengige selskaper.”

³¹ Se eks. Gjems-Onstad, Ole, *Norsk bedriftsskatterett*, 8. Utgave, 2012, s. 1078.

Førstvoterende uttalte at ”*det må foreligge en forsikringsavtale som fører risikoen over. Men det er også et materielt vilkår. Captivet må ha evne til å møte krav under forsikringspolisene. Først da vil forsikringstakeren ha sikkerhet mot selv å måtte dekke tapet.*” I en slik vurdering er det relevant om captivet kan stille sikkerhet ved å foreta reassuranse eller selvassuranse ved å spare midler. For immaterielle skader var ikke polisene gjenforsikret og captivets egne midler kunne ikke dekke et eventuelt krav ved skade.

Men selv om det er et *nødvendig* krav at captivet hadde mulighet til å dekke krav etter forsikringsavtalen, kan det ikke alltid være *tilstrekkelig*. Nektelse av fradrag må uansett kunne foretas hvis det påvises at forsikringsavtalen er pro forma: Da ville ikke captivet foretatt dekning etter den formelle forsikringsavtalen, selv om det økonomisk sett var i stand til det. Bevisbyrden ligger imidlertid på ligningsmyndighetene, og det er fremhevet i teori at terskelen for å nå frem med pro forma er høy.³²

Sett at det er vanskelig å påvise pro forma forsikringsavtale, kan man likevel spørre om nektelse av fradrag kan begrunnes i de skatterettslige gjennomskjæringsbetraktningene.

De skatterettslige gjennomskjæringsbetraktningene rammer disposisjoner som er skattemessig motivert, og som ellers strider mot de hensyn skattereglene er ment å ivareta.³³ En forsikringsavtale som inneholder uvanlige eller vidtgående vilkår for rettferdiggjøre en høyere premie, vil utelukkende være skattemessig motivert uten andre forretningsmessige formål. I en slik vurdering må man se hen til hva som er vanlig i tilsvarende forsikringsforhold. Foreligger det avvik kan det tale for at de alminnelige skatterettslige gjennomskjæringsbetraktningene må gjelde, slik at fradrag kan nektes.

Poenget er uansett at man må være bevisst på muligheten for at forsikringsvilkårene ikke er reelle, når man foretar en sammenlignbarhetsanalyse. Dette er avgjørende for å fastsette riktig armlengdepris for captiveforsikringen.

Man kan på samme måte spørre om den ukontrollerte transaksjonen i visse tilfeller må avvises som sammenligningsgrunnlag, fordi den er foretatt for å benyttes til dette formålet.

³² Se Gjems-Onstad, Ole, *Norsk bedriftsbeskatning*, 8. Utgave, 2012, s. 1079.

³³ Jf. Zimmer, Frederik, *Lærebok i Skatterett*, 6. Utgave, 2009, s. 64-66.

Eksempelvis tegner forsikringstakeren nesten alle sine forsikringer i captivet, mens de resterende tegnes i et uavhengig forsikringsselskap til ufordelaktige forsikringsvilkår for forsikringstakeren.³⁴ På denne måten skaper forsikringstakeren et sammenligningsgrunnlag for den kontrollerte transaksjonen. Den ukontrollerte transaksjonen vil da typisk gi uttrykk for en armlengdepris som er høy i lys av forsikringsvilkårene, men fordi transaksjonen bare omfatter noen få forsikringer får ikke dette så mye å si. Derimot åpner det for å overføre enorme midler i den kontrollerte transaksjonen, fordi denne omfatter nesten alle forsikringene.

For det uavhengige forsikringsselskapet innebærer den ukontrollerte transaksjonen en god handel. Forutsatt at vilkårene ikke avviker i vesentlig grad fra det som er vanlig, kan det tenkes at forsikringsselskapet ikke er klar over forsikringstakers motivasjon for å tegne forsikringen. I et slikt tilfelle kan man ikke se på den ukontrollerte transaksjonen som en pro forma avtale som kan danne grunnlag for å avvise den som sammenligningsgrunnlag.

Problemstillingen har ennå ikke vært oppe i norsk rett. Amerikanske skattemyndigheter har imidlertid i sine forskrifter inntatt at

³⁵”Transactions ordinarily will not constitute reliable measures of an arm's length result for purposes of this section if—(...)

(2) One of the principal purposes of the uncontrolled transaction was to establish an arm's length result with respect to the controlled transaction.”

Det bør understrekes at avgjørende må være *forsikringstakers* motivasjon. Det uavhengige forsikringsselskapet vil som sagt ha inngått en god avtale, og vil som regel ikke være klar over forsikringstakers hensikt.

Bjerke mener at den amerikanske bestemmelsen trolig ikke strekker seg lenger enn det som allerede følger av armlengdeprinsippet.³⁶ Som allerede nevnt i punkt 2.2.4, kreves det at

³⁴ Se Bjerke, Joachim M., *Internprising: Skattemessig prising av transaksjoner mellom tilknyttede parter – en historisk og komparativ fremstilling*, 1997, s. 198.

³⁵ Jf. Treas reg (Treasury regulations) 1.482-1(d), (4), (iii)

markedsforholdene i de to transaksjonene er tilsvarende like. Dette vil nok ikke være tilfellet, siden den ukontrollerte transaksjonen er inngått på særlig gode vilkår for forsikringstakeren. Transaksjonen gir altså ikke uttrykk for slike markedsforhold som ellers ligger til grunn i ukontrollerte transaksjoner. Dermed kan ikke den ukontrollerte transaksjonen anvendes som sammenligningsgrunnlag.

2.2.6 Forretningsstrategier

Forretningsstrategier vil sjelden være relevant som sammenligningsfaktor ved captiveforsikringer. Captivene er interne forsikringsselskaper, som nesten utelukkende tegner forsikringer med sitt eierselskap. Konkurranseselementet er derfor fraværende, og høy premie kan da vanskelig begrunnes i captivets forretningsstrategi.³⁷

3. Fastsettelsen av armlengdeprisen – hvilke prisingsmetoder er egnet?

3.1 Innledning

Forutsatt at det foreligger innholdsmessig sammenlignbare forsikringer, gjenstår det å fastsette armlengdeprisen.

Allerede helt innledningsvis kan man imidlertid stille spørsmål om prisen i ukontrollerte transaksjoner bør være bestemmende for prisen mellom konsernselskapet og captivet.

Grunnen til dette er at selv om transaksjonene etter en sammenlignbarhetsanalyse er innholdsmessig like, er et legitimt hensyn bak å opprette captives at forsikringstaker kan betale mindre for administrative kostnader som captivet måtte ha, enn om selskapet tegnet forsikring i et uavhengig forsikringsselskap.³⁸ Dette skulle tilsi at det bare er naturlig at premien eller fortjenestemarginen i transaksjonen mellom forsikringstaker og captivet og en

³⁶ Se Bjerke, Joachim M., *Internprising: Skattemessig prising av transaksjoner mellom tilknyttede parter – en historisk og komparativ fremstilling*, 1997, s. 198.

³⁷ Se også Schjødt, Martin, *Skatterettslige problemstillinger ved bruk av captive forsikringsselskap*, Masteroppgave ved UiO, 2012, s. 38, pkt. 4.2.1.4

³⁸ Se punkt 1.1.2.2

ukontrollert transaksjon er ulike. Sagt på en annen måte, taler dette for at premien eller fortjenestemarginen til et uavhengig forsikringsselskap ikke skal være bestemmende for captivets premie eller fortjenestemargin.

Poenget er imidlertid at formålene bak opprettelsen av captives tar sikte på å gjøre premien eller fortjenestemarginen *lavere* enn i de ukontrollerte transaksjonene. Dette følger naturligvis av det som er sagt om at de administrative kostnadene er lavere.³⁹ Reglene om internprising skal ramme tilfeller hvor forsikringspremien eller fortjenestemarginen til captivet er *høyere* enn det som følger av ukontrollerte transaksjoner, altså hvor det utelukkende er snakk om transport av midler for skattemessige formål: I slike tilfeller er forsikringstakers ”inntekt (...) redusert”, jf. sktl. § 13-1. Dette er et banalt, men likevel viktig poeng.

Armlengdeprisen kan fastsettes med ulike metoder. Det skilles mellom de tradisjonelle transaksjonsbaserte metodene og de transaksjonsbaserte fortjenestemetodene.⁴⁰

De tradisjonelle transaksjonsbaserte metodene omfatter Sammenlignbar ukontrollert pris-metoden (CUP/SUP), Videresalgsmetoden (Resale Price Method) og Kost pluss-metoden. De transaksjonsbaserte fortjenestemetodene er Transaksjonsbasert nettomarginmetoden (TNM-metoden) og Overskuddsdelingsmetoden (Profit Split Method). Hovedforskjellen er at de tradisjonelle transaksjonsbaserte metodene sammenligner bruttofortjenestemarginer/-pris og de transaksjonsbaserte fortjenestemetodene sammenligner nettofortjenestemarginer.

Den overordnede problemstillingen for analysen blir da hvor egnet prisingsmetodene er til å fastsette armlengdeprisen til captiveforsikringer, herunder om én metode skiller seg ut som den mest egnede.

Ordlyden i sktl. § 13-1 setter ingen begrensninger med hensyn til valg av prisingsmetode.

Likevel står det i bestemmelsens fjerde ledd, at det ”skal (...)tas hensyn til retningslinjer for internprising for flernasjonale foretak og skattemyndigheter som er vedtatt av Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling (OECD).”

³⁹ Se punkt 1.1.2.2

⁴⁰ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.1.

I den forbindelse følger det av Retningslinjenes kapittel II, punkt 2.2. at

”The selection of a transfer pricing method always aims at finding the most appropriate method for a particular case. For this purpose, the selection process should take account of the respective strengths and weaknesses of the OECD recognised methods; the appropriateness of the method considered in view of the nature of the controlled transaction, determined in particular through a functional analysis; the availability of reliable information (in particular on uncontrolled comparables) needed to apply the selected method and/or other methods; and the degree of comparability between controlled and uncontrolled transactions, including the reliability of comparability adjustments that may be needed to eliminate material differences between them.”

Retningslinjene stiller altså ikke opp krav til hvilke tilfeller de enkelte metodene skal anvendes. I utgangspunktet er det snakk om likestilte alternative metoder, og det overlates til ligningsmyndighetene å velge den metoden som passer best for det aktuelle forholdet.

En viss føring får man imidlertid i Retningslinjenes punkt 2.3:

”where (...) a traditional transaction method and a transactional profit method can be applied in an equally reliable manner, the traditional transaction method is preferable to the transactional profit method.”

De tradisjonelle transaksjonsbaserte metodene er ansett som de mest direkte måtene å fastslå armlengdeprisen på. Bakgrunnen for dette er at de sammenligner bruttopris og –fortjeneste. Det er da lettere å identifisere armlengdeprisen. Følgelig blir det lettere å fastslå forskjell i pris og dessuten lettere å relatere prisforskjellen til partsforholdene.

Retningslinjenes punkt 2.3 sier videre at

”where (...) the comparable uncontrolled price method (CUP) and another transfer pricing method can be applied in an equally reliable manner, the CUP method is to be preferred.”

Som et generelt utgangspunkt må altså CUP-metoden anses som den sikreste metoden for å sammenligne prisene. Likevel er den overordnede retningslinjen at ligningsmyndighetene selv må velge hvilken metode som egner seg best på den aktuelle transaksjonen. Dette må bl.a. bero på hvilke faktorer som er mest fremtredende under sammenlignbarhetsanalysen.

3.2 De tradisjonelle transaksjonsbaserte metodene

3.2.1 Sammenlignbar ukontrollert pris-metoden (CUP-metoden)

3.2.1.1 Introduksjon

Problemstillingen er så om Sammenlignbar ukontrollert pris-metoden (CUP-metoden) er egnet til prising av captiveforsikringer.

Metoden innebærer å sammenligne den prisen som er betalt for en tjeneste eller vare i den kontrollerte transaksjonen, med den markedsprisen som gjelder for tilsvarende ukontrollerte transaksjoner.⁴¹ Markedspris fungerer på den måten at like varer og tjenester etter hvert vil danne sammenfallende priser ut ifra tilbud og etterspørsel – et beløp som markedet mener er riktig pris. Markedsprisen gir derfor generelt best uttrykk for ”riktig” pris på en transaksjon.⁴²

For tjenester i form av forsikring, skulle dette tilsi at det er den premien man betaler for forsikringen som er gjenstand for sammenligning. Men av Høyesteretts praksis følger det at det er premieratene i transaksjonene som skal sammenlignes når man anvender CUP-metoden på captiveforsikringer, jf. eks. Rt. 2001 s. 1265 Agip. Premieratene utgjør forholdet mellom forsikringspremien og forsikringsverdien. Forsikringsverdien er den verdi det forsikrede objektet har etter forsikringsavtalen – det beløp forsikringsselskapet må dekke ved et tap.

⁴¹ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.13.

⁴² Se også Zimmer, Frederik, *Lærebok i Skatterett*, 6. utgave, 2009, s. 383.

Bakgrunnen er at man først kan fastslå armlengdeprisen til en forsikring når man ser forsikringspremien i forhold til motytelsen, som er forsikringsverdien.⁴³ En lav premierate tilsier at premien er lav i forhold til den forsikringsverdi avtalen innebærer.

3.2.1.2 Forholdet til sammenlignbarhetsanalysen

For det første kan det spørres om CUP-metoden er egnet til å finne sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner for captiveforsikringer.

CUP-metoden sammenligner bruttopriser. For alminnelig kjøp og salg av forbruksvarer, hvor det generelt er få svingninger i markedet, vil metoden være praktisk. Egenskapene til en vare eller tjeneste vil sjelden undergå særlige endringer og som regel vil prisendringer for varer gjelde verditap i form av slit og elde. Eksempelvis vil man lett kunne anvende CUP-metoden hvor transaksjonsobjektet er en bestemt bilmodell for et gitt år.

Men ved forsikringer er hele poenget at bruttoprisen svarer til de risiki som foreligger på et bestemt tidspunkt.⁴⁴ Det er den risikoen captivet påtar seg som bestemmer prisen.

Bevisvurderingen må da foretas på dette tidspunktet. Alle faktorene som Retningslinjene foreskriver kan påvirke prisen når man anvender CUP-metoden. Det må altså i utgangspunktet finnes ukontrollerte forsikringsavtaler som er inngått i samme tidsperiode, og som i vesentlig grad er lik når det kommer til forsikringsobjekt, markedsforhold, avtalevilkår, økonomiske omstendigheter og funksjon.⁴⁵ Dette taler for at det er svært vanskelig å finne tilstrekkelig sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner når man anvender CUP-metoden til prising av captiveforsikringer.

Dette synspunktet underbygges også av rettspraksis. I lagmannsrettsdommen Utv. 2008 s. 19 Norsk Hydro Produksjon, ble Kost pluss-metoden valgt foran CUP-metoden. Saken gjaldt forsikring av Norsk Hydros olje- og gassinstallasjoner på norsk sokkel. Som potensielt sammenligningsgrunnlag brukte man forsikringspoliser inngått av andre selskaper på

⁴³ Se også Tønseth, Kristian Landgraff, *Skatterettslige problemstillinger ved captiveforsikring*, Masteroppgave ved UiO, 2010, s. 33, pkt. 3.3.2.1.

⁴⁴ Se også Skaar, Arvid Aage, *Taxation Issues relating to Captive Insurance Companies*, 1998, s. 151, pkt. 7.3

⁴⁵ Jf. Retningslinjene, pkt. 1.36 og pkt. 1.38 – 1.63.

nordsjøfeltene Ekofisk og Snorre. CUP-metoden ble ikke anvendt fordi det forelå så mange forskjeller mellom polisene til de ulike selskapene, at det måtte foretas flere usikre justeringer før forholdene skulle anses sammenlignbare. Særlig tre forhold ble fremhevet:

Det største justeringselementet var at captivet i den kontrollerte transaksjonen (IF) hadde gjenforsikret seg i et gjensidig forsikringsselskap, OIL, hvor IF var deltaker. Forsikringsavtale i OIL, krevde altså medlemskap, noe som bare captivet hadde. OIL hadde på det aktuelle tidspunktet gunstige premierater. Fordelen med medlemskap i OIL ville påvirke prisen i forsikringsavtalen mellom IF og Norsk Hydro Produksjon, dersom de hadde vært uavhengige selskaper. Derfor hadde Norsk Hydro Produksjon dratt fordeler av IFs medlemskap. Premien som Norsk Hydro Produksjon betalte, måtte da justeres for OIL-fordelen.

For det andre hadde Norsk Hydro Produksjon kjøpt en pakkepolise, som omfattet nesten alle deler av virksomheten. Skulle man kunne oppnå et tilstrekkelig sammenligningsgrunnlag måtte da kostnadene ved polisen fordeles på de ulike delene av virksomheten, og deretter sammenlignes med tilsvarende transaksjoner på de aktuelle områdene.

Avslutningsvis medførte ordningen med pakkepolise også at polisen strakk seg over et lengre tidsrom. Dette ville få betydning for premien, da forsikringsvilkårene for de ukontrollerte transaksjonene var knyttet til de faktiske forholdene på et bestemt tidspunkt.

CUP-metoden er etter dette i stor grad avhengig av at sammenlignbarhetsfaktorene i transaksjonene er like. Dette gjelder særlig forsikringsobjektene karakteristikk. Brutto prisen skal svare til de faktiske forholdene på et bestemt tidspunkt, mens de andre internprisingsmetodene knytter seg til fortjenestemarginer. Ved sammenligning av fortjenestemarginer er det ofte nødvendig, men også tilstrekkelig at bare visse elementer i sammenlignbarhetsanalysen er sammenlignbare. Dette tilsier at CUP-metoden ikke er egnet til å finne sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner når man priser captiveforsikringer.

Likevel kan det spørres om manglende sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner alltid utelukker bruk av CUP-metoden til fordel for andre prisingsmetoder.

I Rt. 2001 s.1265 Agip, drev Norsk Agip AS olje- og gassutvinning på Ekofiskfeltet. Selskapet hadde først tegnet forsikring hos AIRCO, et uavhengig forsikringsselskap. AIRCO

hadde funksjon som et frontingselskap: selskapet gjenforsikret politen fullt ut i Finas, et captive knyttet til konsernet som Agip inngikk i, med base på Bermuda. Spørsmålet var om ligningsmyndighetene kunne redusere skattefradrag relatert til den betalte forsikringspremien, fordi den var for høyt priset. Høyesterett konkluderte med at premieratene for Agips vedkommende var så forskjellige fra tilsvarende premierater for selskaper med virksomhet på Ekofisk-feltet, at myndighetene kunne redusere fradraget for forsikringspremien.

Spesielt med saken var imidlertid at det ikke forelå tilstrekkelig sammenlignbare *ukontrollerte* transaksjoner. Likevel konkluderte Høyesterett med rett til fradragsnektelse ut ifra en sammenligning med andre *kontrollerte* transaksjoner på Ekofisk-feltet. Førstvoterende uttalte: *”Jeg kan ikke se at dette er uttrykk for en uriktig rettsoppfatning. OECDs retningslinjer gir anvisning på flere metoder, men ingen av dem dekker slike situasjoner som saken gjelder. Retningslinjene må derfor tillempes, noe de for øvrig uttrykkelig åpner for selv.”* For å oppfylle kravet til sammenlignbarhet måtte et tilsvarende faktisk forhold søkes i andre kontrollerte transaksjoner.

Det kan imidlertid spørres hva dette innebærer: Er det etter dette tilstrekkelig å foreta sammenligninger med innholdsmessig like transaksjoner, uavhengig om de er kontrollerte eller ukontrollerte?

Noen nærmere begrunnelse ble ikke gitt av Høyesterett. Det fremgår ikke klart hva det er Høyesterett sikter til når de sier at dette er en løsning Retningslinjene *”for øvrig uttrykkelig åpner for selv.”* Det sies heller ingenting om hvor mye eller hvordan Retningslinjene kan tillempes. Dette kan tale for at det ikke gjelder begrensninger så lenge transaksjonene er innholdsmessig sammenlignbare.

Retningslinjene foreskriver imidlertid en sammenligning med ukontrollerte transaksjoner.⁴⁶ I slike tilfeller foreligger det ikke noe interessefellesskap mellom partene: Selskapene har ingen økonomiske fellesinteresser, og transaksjonen gir på den måten best uttrykk for en armlengdepris. Man må kunne legge til grunn at løsningen ville vært mer pålitelig dersom det fantes et ukontrollert sammenligningsgrunnlag. I så fall må man kunne dra den slutningen at

⁴⁶ Jf. Retningslinjene, pkt. 3.1

sammenligning med andre kontrollerte transaksjoner bør være en slags ”siste utvei”, og bare kan foretas hvor det ikke finnes sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner.

Resonnementet til Høyesterett kan ha vært at markedsprisen for ukontrollerte transaksjoner i alle fall ikke vil være *høyere* enn markedsprisen for kontrollerte transaksjoner.⁴⁷ Dermed er den markedsprisen som fremgår av de kontrollerte transaksjonene, likevel nærmere armlengdeprisen. Et visst avvik fra prisen i ukontrollerte transaksjoner må man regne med. Men løsningen gir i alle fall en viss pekepinn på hvor armlengdeprisen ligger.

For eventuelt å gjøre en slik løsning enda mer pålitelig, bør det ses hen til *flere* kontrollerte transaksjoner, hvis de er sammenlignbare med hverandre. Ved å utvide ”stikkprøven” til å omfatte flere transaksjoner, vil prisspenet gi et desto mer riktig bilde av armlengdeprisen. Dette ble som nevnt gjort i Rt. 2001 s.1265 Agip. Her sammenlignet Høyesterett transaksjonen mellom Agip og Finas med flere kontrollerte transaksjoner knyttet til samme oljefelt.

Løsningen til Høyesterett kan også underbygges med det grunnleggende behovet for å finne pragmatiske løsninger. Det er mulig at det er dette Høyesterett sikter til når det uttales at det er en løsning Retningslinjene ”for øvrig åpner for selv.”⁴⁸ Behovet for å finne pragmatiske løsninger er nemlig presisert i Retningslinjenes punkt 3.38:

”The identification of potential comparables has to be made with the objective of finding the most reliable data, recognising that they will not always be perfect. For instance, independent transactions may be scarce in certain markets and industries. A pragmatic solution may need to be found, on a case-by-case basis...”

Videre fremgår det også i Retningslinjenes punkt. 2.10 at

”It should not be the case that useful information, such as might be drawn from uncontrolled transactions that are not identical to the controlled transactions, should be simply dismissed because some rigid standard of comparability is not fully met.

⁴⁷ Se Skaar, Arvid Aage, *Taxation Issues relating to Captive Insurance Companies*, s. 226-277, pkt. 11.3.4.2.

⁴⁸ Se Rt. 2001 s. 1265 Agip, (s. 1278)

Similarly, evidence from enterprises engaged in controlled transactions with associated enterprises may be useful in understanding the transaction under review.”

I Agip-saken saken befant man seg likevel i en uvanlig situasjon som gjorde at man hadde spesielt god tilgang på sammenlignbare kontrollerte transaksjoner. Dette kan være en mulig grunn til at Høyesterett ikke vurderte om andre metoder kunne anvendes, men det er samtidig verdt å merke seg at Agip heller ikke hadde innvendinger mot valget av metode. Dette kan tale for at man må kunne anvende kontrollerte transaksjoner som sammenligningsgrunnlag, selv om det finnes ukontrollerte sammenlignbare transaksjoner. Forutsetningen må i så fall være at graden av sammenlignbarhet med de kontrollerte transaksjonene er større.

På den annen side uttrykker førstvoterende uttrykkelig at ”*generelle markedsvilkår ikke var tilgjengelige i noen større utstrekning. I denne situasjonen fant Klagenemnda å kunne legge vesentlig vekt på en sammenligning med forsikringer tegnet av andre deltakere i Ekofisk med større andeler.*”

Etter dette må derfor sammenligning med *kontrollerte* transaksjoner bare kunne foretas dersom det ikke finnes sammenlignbare *ukontrollerte* transaksjoner.

Men selv om Agip-saken utvider anvendelsesområdet for CUP-metoden til også å gjelde sammenligning med kontrollerte transaksjoner, er de strenge kravene til sammenlignbarhet mellom de kontrollerte transaksjonene fortsatt de samme. Oppsummert tilsier dette uansett at CUP-metoden ikke er egnet til å finne tilstrekkelige sammenligningsgrunnlag ved prising av captiveforsikringer.

3.2.1.3 Prissammenligningen

Neste problemstilling blir i hvilken grad CUP-metoden er egnet når man skal beregne og sammenligne prisene i transaksjonene.

Det er som sagt premieratene som skal sammenlignes når man anvender CUP-metoden. Dette forutsetter at man påviser og legger til grunn riktige premierater for hver av transaksjonene. Premieraten tilsvarer som sagt forholdet mellom forsikringspremien og forsikringsverdien,

hvor forsikringsverdien er den verdi forsikringsobjektet har etter forsikringsavtalen, og som forsikringsselskapet må utbetale ved en eventuell skade.

Problemstillingen som oppstår ved bruk av CUP-metoden er da hvordan man fastsetter premieratene, herunder hvilke momenter som får betydning for fastsettelsen.

A. Betydningen av forsikringsverdien – ACV ("actual cash value") vs. FRV ("full replacement value")

Spørsmålet blir for det første hvilken betydning forsikringsverdien til polisene har for fastsettelsen av premieratene.

Det skilles mellom ACV-poliser ("actual cash value") og FRV-poliser ("full replacement value") når man snakker om forsikringsverdien til en polise.

En FRV-polise innebærer at man forsikrer den verdi forsikringsobjektet har på forsikringstidspunktet: Det er gjenanskaffelsesverdien som dekkes av forsikringsselskapet. Tegner man imidlertid en ACV-polise må forsikringsselskapet bare erstatte den *reelle* verdi som forsikringsobjektet utgjør på tidspunktet for skaden, altså det man ville fått for objektet hvis man solgte det til markedet.

Et forsikringsobjekt kan forsikres med ACV-poliser, FRV-poliser eller ved en kombinasjon av begge typene, slik som i Rt. 2001 s. 1265 Agip. Agip hadde tegnet forsikringer med sitt captive fra 1982 til 1987. For årene 1982 til 1985 var sikkerheten basert på gjenanskaffelsesverdi (FRV). For årene 1986 og 1987 var forsikringen basert på anslåtte nedskrevne verdier. ACV var altså ikke avtalt, men var beregnet i etterkant av skaden. Norsk Agip gjorde gjeldende at Klagenemnda hadde bygget på sviktende grunnlag når den fastsatte forsikringsverdien for selskapet.

Klagenemnda og Høyesterett kom til at Agips fradragsførte beløp for i 1986, representerte 1,15 % av FRV og 1,64 % av anslått ACV. For 1987 representerte de førte fradragene 0,94 % av FRV og 1,35 % av anslått ACV. Agip ble imidlertid bare gitt fradrag for en premierate på 1,11 % av den anslåtte ACV for 1986, og i for beløp som tilsvarte 1,05 % av anslått ACV i 1987. Dette samsvarte med premieraten i de øvrige kontrollerte transaksjonene.

Poenget er altså at forsikringsverdien er av stor betydning for fastsettelsen av premieratene, da man ikke oppnår så stor sikkerhet ved en ACV-polise som en FRV-polise.

Forsikringspremiene for FRV-poliser er dermed relativt sett høyere enn for ACV-poliser.

B. Betydningen av egenandelens størrelse

Spørsmålet blir så hvilken betydning egenandelens størrelse har for fastsettelsen av premieratene.

Egenandelen er den andel av tapet som forsikringstaker selv må dekke hvis en skade skulle skje. Hvor et selskap har lav egenkapital og dermed lite midler til selv-assuransé, vil forsikringspremiene bli høyere fordi det innebærer en større risiko for forsikringsselskapet å stille sikkerhet. På denne måten får størrelsen på forsikringstakers egenandel betydning for fastsettelsen av premieraten.

For et konsernselskap som forsikrer seg i et captive, kan det lønne seg å operere med lav egenandel. Dette medfører i utgangspunktet at forsikringstakeren kan kreve større fradrag i inntekten fordi forsikringspremien blir større, noe som kommer konsernet som hele til gode. Premien som betales, beholdes jo uansett i konsernet.

Det må likevel spørres om det finnes en grense for hvor lavt egenandelen kan settes i den kontrollerte transaksjonen, eventuelt hvor en slik grense må settes.

I Agip-saken var forholdet at Agips egenandel for inntektsårene 1986 og 1987 var på hhv. USD 3.260 og USD 32.600. Andre selskaper som hadde tegnet forsikringer i captives, hadde gjennomgående mye høyere egenandeler. Avviket i saken ble slått fast ut ifra *"det Storebrand og andre oppgir som vanlig i markedet"*, altså etter en slags sakkyndiguttalelse fra uavhengige forsikringsselskaper. Klagenemnda mente at *"en egenandel på NOK 5.000.000 bør kunne legges til grunn ved skjønnet for disse årene."* Dette tilsvarte USD 666.000.

Agip mente at de høye premieratene både var naturlige og forsvarlige, slik at transaksjonen likevel måtte anses som markedsmessig. Høyesterett var imidlertid uenig og la til grunn at egenandelen i seg selv måtte være markedsmessig, og at forsikringstaker ikke ville fått tegnet

forsikring i et uavhengig forsikringsselskap med en så lav egenandel. Etter dette er det altså et krav at egenandelen i seg selv er markedsmessig.

Man kan imidlertid stille spørsmålet om ikke svært lave egenandeler også kan være markedsmessige i visse tilfeller.

Når man tegner forsikring må man svare for en egenandel ved et eventuelt tap. I kapitalkrevende bransjer hvor man forsikrer meget kostbare objekter vil en slik egenandel ofte være beløpsmessig stor. Egenandelen må forsikringstaker finansiere med egne midler.

Selskaper med høy likviditet kan i mye større utstrekning foreta selvassuransse ved å bygge opp midler gjennom sparing. Selskaper med lav likviditet har ofte ikke denne muligheten, og det er da nødvendig å tegne forsikring. Skulle selskapet i et slikt tilfelle måtte avvikle deler av virksomheten eller selge eiendeler for å betale egenandelen, kan det medføre at selskapet viker fra å tegne forsikring. Dette er i seg selv uhensiktsmessig for et selskap som forutsetningsvis ønsker fortsatt drift. Skulle man påføres en skade, vil dette kunne få stor betydning for driften. Det kan tale for at å operere med lav egenandel dermed ivaretar andre forretningsmessige formål enn de rent skatterettslige.

Man kan videre tenke seg tilfeller hvor forsikringstaker for så vidt har mulighet til å tegne forsikring med en større egenandel, men hvor dette likevel kan by på betydelige økonomiske problemer for selskapet dersom skade inntreffer. Eksempelvis kan det være at en eventuell skade vil medføre at selskapet må foreta nødvendige og dyre investeringer fordi skaden påvirker driften. Hvis forsikringstaker har lav likviditet, er det ikke sikkert at selskapet har råd til å foreta investeringene, hvis det først må innfri en høy egenandel. Har forsikringstaker lav likviditet kan det altså være en fordel å operere med lav egenandel, men med desto større premier over en lengre tidsperiode. Dette kan gjøre forsikringstakeren mer rustet mot plutselige og uforutsette hendelser.

Som allerede nevnt i innledningen til oppgaven, er også opprettelse av captives for økonomiske hensyn i visse tilfeller legitimt.⁴⁹ Midlene holdes på denne måten i konsernet,

⁴⁹ Jf. punkt 1.1.2.2

samtidig som man kan kreve fradrag for forsikringspremien. Dette taler for at man ikke alltid kan legge til grunn at en lav egenandel ikke er legitim.

Med en slik åpning oppstår imidlertid en rekke nye problemstillinger: Adgangen må forutsetningsvis være forbeholdt selskaper med lav likviditet. Et spørsmål som da oppstår er hvor en slik grense skal settes. En slik grensesetting kan bli svært skjønnsmessig. Dessuten kan en slik adgang gi et konkurransefortrinn for selskaper med lite midler, i forhold til selve adgangen til å tegne forsikring. Dette tilsier at man må være forsiktig med å tillegge forsikringstakers midler noen betydning, når man vurderer om egenandelen er markedsmessig.

Et annet problem kan være at selskapets synlige likviditet egentlig gir et uriktig bilde av den reelle likviditeten. For det første kan situasjonen være at midlene egentlig stammer fra konserninterne lån fra morselskapet. For det andre kan selskapet ha fått konsernbidrag. Det kan altså oppstå spørsmål om man i det hele tatt kan stole på den synlige likviditeten. I disse tilfellene vil det bli vilkårlig å legge vekt på forsikringstakers midler.

Uansett er nok dette også en problemstilling som sjelden vil komme på spissen. Som sagt er opprettelsen og driften av et captive svært kapitalkrevende, og dermed i praksis forbeholdt store aktører med høy likviditet. Det er særlig i olje-, gass- og shipping-industrien at bruken av captives er utbredt. Derfor vil man sjelden finne tilfeller hvor hensynet til konsernselskapets lave likviditet gjør seg gjeldende.

Unntak kan imidlertid tenkes, fordi et konsern kan være sammensatt av mange selskaper, som driver med ulik type virksomhet. Selskapene er som sagt egne rettssubjekter, og ikke alle behøver å være like kapitaliserte. De er like fullt i interessefelleskap med captivet. På denne måten kan det finnes tilfeller hvor et konsernselskap har andre forretningsmessige interesser i å tegne forsikring til svært lav egenandel, enn de rent skattemessige, jf. det som er sagt i avsnittene over.

Men som sagt er nok disse unntakene sjeldne. Hvis lite midler skal vært unnskyldelig for at en premie/-rate avviker vesentlig fra premier/premierater i andre transaksjoner, vil det åpne for disposisjoner som utelukkende er skattemessig motivert. Etter dette har det derfor gode

grunner for seg at forsikringstakers egenandel ikke kan være lavere enn det som ville vært tilfellet i sammenlignbare transaksjoner.

C. Betydningen av særvilkår i den kontrollerte forsikringsavtalen.

Spørsmålet blir så hvilken betydning særvilkår i den kontrollerte forsikringsavtalen har for fastsettelsen av premieratene.

Ulikheter i kontraktsvilkårene kan medføre forskjeller i forsikringspremiene. Dette må tas hensyn til og justeres for. I den nevnte Agip-saken anførte Agip som forsvar for den høye premien, at Agips forsikring også dekte partielle bølgeskader. Ingen av de sammenlignbare transaksjonene inneholdt et slikt avtalevilkår. Dette tilsa etter Agips mening at det bare var naturlig at Agip betalte høyere premie til sitt captive enn hva som fulgte av de sammenlignbare transaksjonene.

Men som ved behandlingen av egenandelens størrelse, ble det for klagenemnda avgjørende *”at det mellom uavhengige selskap ikke ville blitt avtalt et slikt vilkår.”* Videre mente nemnda at *”selskapet må sies å ha hatt en dekning som går ut over det som ville vært en forretningsmessig naturlig avtale mellom to uavhengige parter.”*

Høyesterett ga imidlertid Agip medhold: *”At Agip alene hadde avtaler om partiell bølgeskadedekning som selskapet betalte for, kan i seg selv ikke være tilstrekkelig grunnlag for å se bort fra dette punkt i forsikringsavtalene ved inntektsbeskatningen. At det er ”vanlig og forretningsmessig forsvarlig” å bære en risiko selv, gir i seg selv heller ikke tilstrekkelig grunnlag for gjennomskjæring.”* Her måtte man altså ta hensyn til vilkåret i prisingen, noe som tilsa at det til en viss grad var forsvarlig at forsikringspremien var høyere enn i de sammenlignbare transaksjonene. På generelt grunnlag kan altså dette forsvare høye premier.

Men også her kan man stille spørsmålet om det må settes en grense for hvor avvikende et vilkår kan være fra det som vanligvis avtales i tilsvarende ukontrollerte transaksjoner.

Høyesterett uttaler *””at det er vanlig og forretningsmessig forsvarlig” å bære en risiko selv, gir i seg selv heller ikke tilstrekkelig grunnlag for gjennomskjæring.”* Formuleringen *”i seg selv”* tilsier imidlertid at muligheten for gjennomskjæring holdes åpen. Hvis det kan påvises

at særvilkår er inntatt for å øke prisen, vil dette være en disposisjon som utelukkende er skattemessig motivert, uten andre forretningsmessige formål.⁵⁰ Vilkårene for gjennomskjæring er da oppfylt. Da er det mulig at ligningsmyndighetene kan nekte fradrag for den del av premien som knytter seg til dette vilkåret.

Eventuelt kan man spørre om vilkåret er et pro forma forsikringsvilkår. Som vist under drøftelsen av sammenlignbarhetsanalysen i punkt 2.2.5, kan nemlig falske vilkår inntas i avtalen for utad å ”legitimere” at captivet mottar en høy forsikringspremie. Også i slike tilfeller kan man nekte fradrag for den del av premien som relaterer seg til pro forma vilkåret.

På den annen side er en av begrunnelsene for å opprette captives at konsernselskaper kan inngå gunstige forsikringer. Dette er ikke bare av rent økonomiske hensyn, men også på den måten at man kan inngå forsikringer til vilkår som man ellers ikke ville oppnådd med et uavhengig forsikringsselskap. Eksempelvis kan tilfellet være at man driver en så risikofylt virksomhet at man i det hele tatt ville ha problemer med å tegne forsikring med et uavhengig forsikringsselskap.⁵¹ Slik sett er det legitimt å avtale vilkår som avviker fra det som er vanlig i uavhengige forsikringsavtaler. Høyesteretts uttalelse er i samsvar med dette.

3.2.1.4 Foreløpig konklusjon

Analysen viser at selve prissammenligningen, er en forholdsvis enkel operasjon når man anvender CUP-metoden. Det går som regel greit å identifisere premiene som er betalt, og samtidig beregne forsikringsverdien på polisen. For dette formålet er CUP-metoden egnet.

Problemet med CUP-metoden er hovedsakelig at det ikke finnes tilstrekkelig sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner. Dette viser seg typisk gjennom forskjeller i forsikringsobjektene karakteristikk, captivets og uavhengig forsikringsselskaps funksjon, avtalevilkårene og økonomiske forhold som eks. markedsforhold.⁵² Som Rt. 2001 s.1265 Agip viser, måtte ligningsmyndighetene foreta en sammenligning med andre kontrollerte transaksjoner inngått med captives, i mangel på ukontrollerte transaksjoner.

⁵⁰ Se Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 6. utgave, 2009, s. 64-66.

⁵¹ Se Skaar, Arvid Aage, *Taxation Issues relating to Captive Insurance Companies*, 1998, s. 15, pkt. 1.5.4.

⁵² Jf. Retningslinjene, pkt. 1.36 og pkt. 1.38 – 1.63.

Dette taler dermed for at Sammenlignbar ukontrollert pris-metoden (CUP-metoden) sjelden egner seg til prising av captiveforsikringer.

3.2.2 Viderealgsmetoden ("Resale Price Method")

Problemstillingen blir så om Viderealgsmetoden er egnet til prising av captiveforsikringer.

Viderealgsmetoden forutsetter at det foreligger en transaksjon mellom selskaper i samme konsern, for så at den aktuelle varen/tjenesten videreselges til en uavhengig part. Metoden tar utgangspunkt i viderealgprisen og *trekker så ifra* en bruttofortjenestemargin som skal dekke salgs- og driftskostnader ved salget i tilsvarende ukontrollerte transaksjoner.⁵³

Armlengdeprisen finner man altså ved å sammenligne bruttofortjenestemarginene.

Bruttofortjenestemarginen viser forholdet mellom utsalgspris og innkjøpspris, eller mer presist, direkte og indirekte kostnader pluss fortjeneste.⁵⁴

Eksempel: Konsernselskap A selger sko til konsernselskap B for 19 000 kroner, og B selger dem videre til en uavhengig part for 20 000 kroner. Hvis bruttofortjenestemarginen til den uavhengige parten er på 20 %, skal det samme legges til grunn for den kontrollerte transaksjonen. Dette betyr at armlengdeprisen må tilsvare 20 000 kroner (viderealgprisen) – 4000 kroner (20 %) = 16 000 kroner. A får altså bare fradrag for 16 000 kroner.

Siden viderealgsmetoden er en bruttofortjenestemetode, er den i utgangpunktet mindre avhengig av at forsikringsobjektene karakteristikk og egenskaper er like, enn etter CUP-metoden hvor man sammenligner priser.⁵⁵ Som illustrasjon kan nevnes en godteributikk: Avansen kan være ganske lik hos en distributør av godteri, enten den selger løsvekt eller ferdigprodukt. Salgsprisen på et ferdigprodukt er imidlertid mye høyere enn for løsvekt. Produktegenskapene kan altså være ganske forskjellige, uten at dette får betydning for bruttofortjenesten. Forsikringspremiens størrelse gjenspeiler på samme måte en bestemt risiko på et bestemt tidspunkt. Den er svært avhengig av objektets egenskaper. I slike tilfeller er det

⁵³ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.21.

⁵⁴ Se Naas, Bruusgaard, Ilstad og Svensen, *Norsk internasjonal skatterett*, 2011, s. 993, pkt. 23.19.4.2

⁵⁵ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.24

vanskelig å finne ukontrollerte transaksjoner som er sammenlignbare. Dette taler for at en bruttofortjenestemetode som videresalgsmetoden er mer egnet til prising av captiveforsikringer enn CUP-metoden.

Man kan imidlertid stille spørsmål om i hvilken grad denne forskjellen får betydning ved prising av captiveforsikringer, sett i lys av at captivet bare yter en tjeneste i form av å stille sikkerhet.

For forsikringsselskaper vil som sagt avansen eller bruttofortjenesten være veldig høy for de enkelte transaksjonene.⁵⁶ Forsikringsselskapene påføres minimale direkte kostnader i forbindelse med transaksjonene, fordi tjenesten utelukkende består i å stille sikkerhet for tap. Dette i motsetning til alminnelig varesalg, hvor man pådrar seg store kostnader til innkjøp av varer. Bruttofortjenestemarginene vil dermed i større grad nærme seg de betalte premiene beløpsmessig, når man priser forsikringer enn når man priser varer. Slik nærmer bruttofortjenestemetodene seg CUP-metoden. Dermed er prisen likevel sterkt knyttet til den bestemte risikoen. Dette taler for at bruttofortjenestemetodene likevel er mer sensitive for ulikheter i sammenlignbarhetsfaktorene når man priser captiveforsikringer enn når man priser varer i varehandel.

Selv om bruttofortjenestemetodene, på generelt grunnlag, lettere finner sammenlignbare transaksjoner, kan det altså tale for at det ikke nødvendigvis er snakk om noen stor forskjell når man priser captiveforsikringer.⁵⁷

Uansett kreves det at det skjer et videresalg i etterkant av den kontrollerte transaksjonen. Et captive selger imidlertid tjenester i form av sikkerhet for eventuelle skader til selskaper i samme konsern. Det er altså sjelden at captivet foretar noe videresalg, i ordets rette forstand. Captivet sitter med en kapitalbase som det bygger opp gjennom premiene som betales fra konsernselskaper. Dette taler igjen for at metoden ikke passer på de forholdene som foreligger når man tegner forsikring i et captive.

⁵⁶ Se punkt 2.2.1

⁵⁷ Etter samtale med veileder Ingebjørg Vamråk Dobrovolskis, PhD research scholar, NHH.

Imidlertid kan metoden kanskje anvendes i de tilfeller hvor captivet foretar en gjenforsikring av konsernselskapets polise. Captivet viderefører da deler av risikoen fra forsikringstaker til et uavhengig forsikringsselskap. Dette tilsier at premien som betales til reassurandøren kan anvendes som markedspris, da det ikke foreligger noe interessefellesskap mellom captivet og det uavhengige forsikringsselskapet.

Problemet er likevel at captivet i reassuransetilfellene i større grad ”kjøper” sikkerhet, enn det ”selger” risiko.⁵⁸ I dette ligger det at captivets ”videresalg” om man vil, ikke er en handling som tar sikte på å skape fortjeneste, men som i stedet tar sikte på å redusere tap. Captivet kjøper forsikring for sine utstedte poliser. Forholdet kan derfor vanskelig sammenlignes med de typiske tilfeller videresalgsmetoden skal ramme. Dette taler for at videresalgsmetoden ikke egner seg til prising av captiveforsikringer.

Oppsummert viser analysen at det er vanskelig å anvende videresalgsmetoden på captiveforsikringer, fordi den i større grad passer for tilfeller hvor det foreligger et videresalg i ordets rette forstand – typisk av varer. Videresalgsmetoden egner seg derfor ikke til prising av captiveforsikringer.

3.2.3 Kost pluss-metoden

3.2.3.1 Introduksjon

Problemstillingen blir så om Kost pluss-metoden egner seg til prising av captiveforsikringer.

Kost pluss-metoden er også en sammenligning av bruttofortjenestemarginer i den kontrollerte og ukontrollerte transaksjonen. For denne metoden tar man imidlertid ikke utgangspunkt i videresalgprisen for et konsernselskap, men i kostnadene knyttet til transaksjonen. Til kostnaden *legges det til* en bruttofortjenestemargin tilsvarende de marginer som kan finnes i uavhengige transaksjoner.⁵⁹ Slik finner man armlengdeprisen for den kontrollerte transaksjonen.

⁵⁸ Skaar, Arvid Aage, *Taxation Issues relating to Captive Insurance Companies*, 1998, s. 243, pkt. 11.4.2.

⁵⁹ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.39.

Eksempel: Konsernselskap A har kostnader ved innkjøp av sko på 10 000 kroner. Skoene selges så videre til B til 12 000 kroner. Tilsvarende ukontrollerte transaksjoner viser en markedsmessig bruttofortjenestemargin (mark-up) på 50 %. Armlengdeprisen for den kontrollerte transaksjonen skal da være 15 000 kroner.

Anvendt på captiveforsikringer må utgangspunktet ideelt sett tas i captivets kostnader i forbindelse med gjenforsikringen av sine poliser, og ikke en uavhengig forsikringstakers forsikringskostnader.⁶⁰ Bakgrunnen for dette er at i slike tilfeller tas særegenheter ved captivet med i begge transaksjonene, noe som gir det beste sammenligningsgrunnlaget for den kontrollerte transaksjonen.⁶¹ Dette har blitt fulgt opp i praksis.⁶²

Gjenforsikringskostnadene omfatter som regel den forsikringspremien som captivet betaler til det uavhengige forsikringsselskapet samt administrative omkostninger og kostnader på krav relatert til den risiko captivet beholder.⁶³ Dette beløpet må så *tillegges* en bruttofortjenestemargin tilsvarende den som et uavhengig forsikringsselskap har i tilsvarende transaksjoner. Det endelige beløpet utgjør armlengdeprisen/forsikringspremien som konsernselskapet skal betale til captivet.

3.2.3.2 Forholdet til sammenlignbarhetsanalysen

For det første kan det spørres om Kost pluss-metoden er egnet til å finne sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner for captiveforsikringer.

Herunder kan det spørres i hvilken grad Kost pluss-metoden er avhengig av at alle sammenlignbarhetsfaktorene er like i den kontrollerte og den ukontrollerte transaksjonen.

Som videresalgsmetoden, er også Kost pluss-metoden en bruttofortjenestemetode. Sammenligner man forsikringspremier, må man være klar over at disse svarer til en bestemt risiko ved et bestemt forsikringsobjekt, på et bestemt tidspunkt og i lys av markedsforholdene

⁶⁰ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.40.

⁶¹ Jf. Retningslinjene, pkt. 3.27.

⁶² Se eks. Utv. 2003 s. 531 Fina og Utv. 2008 s. 19 Norsk Hydro Produksjon AS.

⁶³ Se Skaar, Arvid Aage, *Taxation Issues relating to Captive Insurance Companies*, 1998, s. 243, pkt. 11.4.3

på dette tidspunktet. Bruttofortjenestemarginer er på generelt grunnlag mindre sensitive for slike forskjeller – de gir anvisning på en på forhånd forventet fortjeneste, basert på tidligere sammenlignbare transaksjoner. Dette tilsier at Kost pluss-metoden derfor er mindre sensitiv for forskjeller i faktorene enn det CUP-metoden er, særlig i forhold til forsikringsobjektene karakteristikk og egenskaper.

Som grunnlag og illustrasjon kan for det første nevnes Utv. 2008 s. 19 Norsk Hydro Produksjon AS, som gjaldt forsikring i et captive, jf. fremstillingen av CUP-metoden. I denne saken forelå det så mange forskjeller mellom den kontrollerte og den ukontrollerte transaksjonen at det måtte foretas mange og vanskelige justeringer for at transaksjonene kunne anses sammenlignbare. Lagmannsretten valgte derfor å anvende Kost pluss-metoden i stedet for CUP-metoden: *”Samlet sett mener lagmannsretten at de skjønnsmessige anslag som må gjøres ved kostplussmetoden er færre og mindre kompliserte enn ved SUP-metoden.”*

Det samme ble lag til grunn av Lagmannsretten i Utv. 2003 s. 531 Fina. Også her var det spørsmål om rett til å nekte fradrag for forsikringspremier betalt til et captive. Et sentralt spørsmål i saken var om man skulle anvende CUP-metoden eller Kost pluss-metoden: *”det er store forskjeller i forsikringsvilkår mv. fra oljeselskap til oljeselskap, noe som henger sammen med at forsikring av oljeinstallasjoner er en meget komplisert virksomhet. På grunn av disse forskjeller må det foretas en rekke justeringer før ratene for andre oljeselskaper på en meningsfylt måte kan sammenlignes med Finas.(...) Samlet sett ser lagmannsretten det slik at i den foreliggende sak er de skjønnsmessige anslag færre og mindre kompliserte ved kost pluss-metoden enn ved polisesammenligninger.”* Dette kan tale for at Kost pluss-metoden er mer egnet til å finne sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner for captiveforsikringer enn CUP-metoden, hvis det innholdsmessig foreligger store ulikheter i sammenlignbarhetsfaktorene.

På den annen side uttaler Lagmannsretten at *”i den foreliggende sak er de skjønnsmessige anslag færre og mindre kompliserte ved kost pluss-metoden enn ved prissammenligninger.”* Dette kan tale for at man ikke på generelt grunnlag kan si at *”de skjønnsmessige anslag”* alltid vil være *”færre og mindre kompliserte ved kost pluss-metoden.”* Lagmannsretten understreker her Retningslinjenes utgangspunkt om at valget av prisingsmetode må gjøres ut

ifra forholdene i den konkrete saken.⁶⁴ Dette kan tale for at Kost pluss-metoden ikke alltid kan sies å være bedre egnet til finne sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner for captiveforsikringer enn CUP-metoden.

I den forbindelse kan det spørres i hvilken grad forskjellen mellom bruttofortjenestemarginer og bruttopris får betydning for å finne sammenlignbare captiveforsikringer, når captivet bare yter en tjeneste i form av å stille sikkerhet.

Utgangspunktet om at bruttofortjenestemetoder enklere finner sammenlignbare transaksjoner enn CUP-metoden, gjør seg ikke nødvendigvis så gjeldende ved prising av captiveforsikringer, som ved alminnelig varesalg: Som vist under analysen av videresalgsmetoden⁶⁵, kan de spesielt høye avansene hos forsikringsselskaper tale for at bruttofortjenestemarginene vil nærme seg premiene, og dermed kan man likevel si at prisen er sterkt knyttet til risikoen som forelå på transaksjonstidspunktet. Dette taler for at forskjellen mellom bruttofortjenestemetodene og CUP-metoden ikke får så stor betydning når man skal finne sammenlignbarhetsgrunnlag til captiveforsikringer.

Videre blir spørsmålet i hvilken grad Kost pluss-metoden er avhengig av funksjonsanalysen for å finne sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner.

Partenes utførte funksjoner er den primære sammenligningsfaktoren når kost pluss-metoden skal anvendes for å prise forsikringer, fordi dette er bestemmende for hvordan risikoen er fordelt mellom partene. I forsikringsforhold kan captivet ha mange ulike funksjoner overfor sin medkontrahent. Forsikringsselskapets funksjon kan ha stor betydning for den risiko selskapet tar ved å tegne polisen. Risikoen er vesentlig for fastsettelsen av påslaget/bruttofortjenestemarginen (mark-upen). Funksjonen til forsikringsselskapet i den ukontrollerte transaksjoner må derfor ha samme funksjon som captivet i den kontrollerte transaksjonen.

I de fleste tilfellene vil captivet ha funksjon som direkte forsikrer overfor konsernselskapet. Da har det mest for seg å sammenligne med et uavhengig forsikringsselskap som har samme

⁶⁴ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.2

⁶⁵ Se punkt 3.2.2

funksjon overfor captivet eller en annen uavhengig part. Når captivet foretar gjenforsikring med et uavhengig forsikringsselskap vil det uavhengige forsikringsselskapet ha funksjon som direkte forsikrer overfor captivet. Da har partene i transaksjonene samme funksjoner. For en utdypet fremstilling av de ulike funksjonene vises det til punkt 2.2.2.

Videre kan det spørres hvilken betydning captivets egenrisiko har for om kost pluss-metoden er egnet til å finne sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner.

Egenrisikoen er den del av polisen som ikke gjenforsikres, men som captivet selv må dekke ved et evt. tap for forsikringstaker. Hvor captivets egenrisiko er lav, taler det for at den ukontrollerte transaksjonen, altså reassuransen, i større grad er sammenlignbar med den kontrollerte transaksjonen. I den kontrollerte transaksjonen sitter nemlig ikke forsikringstaker igjen med noen egenrisiko utover egenandelen, og denne er lav i forhold til hva et eventuelt tap vil beløpe seg til. Dette gjør at de forsikrede risiki i de to transaksjonene er mer lik. En analyse av risikofordelingen mellom partene i den kontrollerte og ukontrollerte transaksjonen er som sagt helt sentral når sammenlignbarhetsanalysen foretas på captiveforsikringer.⁶⁶ Dette tilsier da at det er enklere å foreta justeringer og forholdsmessige beregninger for en sammenligning av transaksjonene, hvor egenrisikoen er lav.

Det samme synspunktet er lagt til grunn i Utv. 2003 s. 531 Fina, hvor Lagmannsretten valgte Kost pluss-metoden foran CUP-metoden til å prise en captiveforsikring: *”Et viktig poeng i denne sammenheng er at Brittany (captivet), etter lagmannsrettens oppfatning, bare beholdt en nokså begrenset egenrisiko (...). Prissetting av egenrisiko kan være vanskelig, men jo mindre egenrisikoen er, jo mindre er disse vanskene og også betydningen av dem.”* Dette er også fastholdt i teori.⁶⁷ I saken hadde konsernselskapet og forsikringstaker Fina en egenandel for avbrudd på USD 9 millioner. Captivet Brittany beholdt etter refinansieringen en egenrisiko på USD 10 millioner. Brittanys reelle egenrisiko ble da bare på USD 1 million. Dette tilsier at Kost pluss-metoden i alle fall er mer egnet enn CUP-metoden hvor captivet har lav egenrisiko. Er egenrisikoen stor, taler dette motsetningsvis for at Kost pluss-metoden ikke er så egnet.

⁶⁶ Jf. Retningslinjene, pkt. 1.45.

⁶⁷ Se Kristoffersen Arthur, Kost-pluss-metoden til prising av konserninterne transaksjoner for skatteformål, *Utvalget for skattesaker*, 2010, s. 746-754.

Oppsummert er det vanskelig å si om Kost pluss-metoden er egnet til å finne sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner på generelt grunnlag. Både arten og graden av transaksjonenes innholdsmessige ulikheter, størrelsen på captivets egenrisiko og partenes funksjoner er faktorer som må tas hensyn til i det konkrete tilfellet.

3.2.3.3 Prissammenligningen

Neste problemstilling blir i hvilken grad Kost pluss-metoden er egnet til å beregne og sammenligne prisene i transaksjonene.

Da metoden tar utgangspunkt i captivets gjenforsikringskostnader, er en sentral problemstilling hvordan man skal fastsette disse kostnadene.

Det er hovedsakelig tre ulike typer kostnader som inngår i beregningen:⁶⁸ Den primære kostnaden er premien som captivet betaler for å gjenforsikre en eller flere poliser. Imidlertid omfattes også indirekte kostnader, herunder administrasjonskostnader og eventuelle krav som oppstår på den delen av polisen som ikke gjenforsikres.

Det er imidlertid visse utfordringer knyttet til fastsettelsen av kostnadene til captivet:

For det første foretar captivet som regel en samlet gjenforsikring av alle eller flere av polisene sine, inkludert poliser som andre konsernselskaper har tegnet. Man må da fastslå hvor stor del av gjenforsikringskostnadene som kan tilskrives polisen som tegnes i den kontrollerte transaksjonen. Ofte vil slike beregninger være skjønnsmessige, i og med at det dreier seg om kostnader som svarer til risiko.

Som illustrasjon kan Utv. 2003 s. 531 Fina nevnes. Her uttalte Lagmannsretten at *"i forhold til statens videre kost pluss-beregninger må det foretas en skjønnsmessig fordeling av Brittanys CAP-premie, dvs at man allokterer en rimelig andel til Finas Ekofisk-risiko.(...)*

⁶⁸ Se Skaar, Arvid Aage, *Taxation Issues relating to Captive Insurance Companies*, 1998, s. 243, pkt. 11.4.3.

For å få bistand til en slik fordeling av CAP-premien henvendte Oljeskattekontoret seg i 1996 til Hans M. Kristiansen, som på dette tidspunkt var megler i Grieg Insurance, et ledende meglerforetak innen oljeforsikring.(...)

Slike skjønnsmessige allokeringer som Hans M. Kristiansen her har foretatt er naturligvis beheftet med en viss usikkerhet.” Når også selve prisfastsettelsen i mange tilfeller må bero på skjønnsmessige vurderinger gjort av sakkyndige, kan dette tale for at Kost pluss-metoden blir så komplisert å anvende at man kan stille spørsmål ved dens pålitelighet.

For det andre må man også fastslå beløpet på den risikoen som captivet ikke har gjenforsikret, og som er grunnlag for captivets egenrisiko. Denne risikoen er som regel vanskelig å kunne sette en pris på, fordi man ved anvendelse av Kost pluss-metoden må ta utgangspunkt i kostnadene knyttet til denne risikoen. Dette lar seg sjelden undersøkes uten at det har skjedd et tap som gjør at forsikringen utbetales.⁶⁹ Igjen taler dette for at fastsettelsen av kostnadene kan bli vilkårlig.

Foreløpig kan dette tilsi at metoden ikke er egnet til å beregne og sammenligne prisene i transaksjonene, og at det slik sett vil være enklere å ta utgangspunkt i en annen metode hvor de sammenlignbare størrelsene i større grad kan identifiseres og legges til grunn. I så måte fremstår CUP-metoden som et godt alternativ, da man bare trenger å identifisere de betalte forsikringspremiene.

I saker hvor anvendelsen av Kost pluss-metoden innebærer vanskelige beregninger, kan det imidlertid være verdt å merke seg at Retningslinjene åpner for at flere metoder kan anvendes på samme forhold:

”For difficult cases, where not one approach is conclusive, a flexible approach would allow the evidence of various methods to be used in conjunction. In such cases, an attempt should be made to reach a conclusion consistent with the arm’s length principle that is satisfactory from a practical viewpoint to all the parties involved, taking into account the facts and circumstances of the case, the mix of evidence available, and the relative reliability of the various methods under consideration.”⁷⁰

⁶⁹ Syversen, Jan. Fradrag for forsikringspremier til selskap i konsernforhold (Captives), *Skatterett*, 1997, s. 342.

⁷⁰ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.11

En slik kombinert prissammenligning sammenligner altså både bruttofortjenestemarginer og premierater. Det kan være en fordel å bruke flere metoder fordi prisingen i seg selv blir mer pålitelig. I Utv. 2003 s. 531 Fina, hadde byretten i første instans hovedsakelig anvendt Kost pluss-metoden, men CUP-metoden ble brukt som supplement.

I forlengelsen kan det også verdt å gjenta at forsikringsselskaper pådrar seg minimale direkte kostnader når forsikring tegnes, siden deres kjernevirksomhet er å stille sikkerhet. Dermed vil avansen/bruttofortjenesten være svært høy, og beløpsmessig nærme seg de betalte premiene, fordi de i større grad gjenspeiler den overførte risikoen. Siden premiene i en viss grad da også er veiledende for bruttofortjenestemarginene, taler dette for at man kan vurdere om de skjønnsmessige beregningene som er gjort under Kost pluss-metoden er pålitelige, ved å sammenligne bruttofortjenestemarginene med premiene. Slik sett kan de tenkes at en kombinert prissammenligning vil kunne bøte på en eventuell usikkerhet med de beregninger som er foretatt under Kost pluss-metoden.

Dette kan tale for at Kost pluss-metoden er best egnet til å beregne og sammenligne prisene på captiveforsikringer når den anvendes i kombinasjon med CUP-metoden.

3.2.3.4 Foreløpig konklusjon

Analysen viser for det første at Kost pluss-metoden kan være vanskelig å anvende når man skal foreta selve prisberegningen og –sammenligningen: Beregningen av captivets kostnader beror ofte på avanserte skjønnsmessige vurderinger, noe som kan medføre at beregningen blir mindre pålitelig eller vilkårlig. For captiveforsikringer er Kost pluss-metoden muligens best egnet når den anvendes i kombinasjon med CUP-metoden: Siden avansen/bruttofortjenesten i slike transaksjoner er svært høy, vil den nærme seg den faktiske premien, som sammenlignes under CUP-metoden. Usikkerheter ved utregningen av bruttofortjenestemarginene kan dermed bøtes på ved å anvende CUP-metoden i tillegg.

Hovedutfordringen ligger i å finne tilstrekkelige sammenligningsgrunnlag: Analysen viser at hvorvidt Kost pluss-metoden er egnet til å finne sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner, er vanskelig å svare generelt på. Dette beror i stor grad på de enkelte transaksjonene.

3.3 De transaksjonsbaserte fortjenestemetodene

3.3.1 Den transaksjonsbaserte nettometoden (TNM-metoden)

Spørsmålet blir så om den transaksjonsbaserte nettometoden (TNM-metoden) er egnet til prising av captiveforsikringer.

Ved anvendelse av TNM-metoden sammenligner man nettofortjenestemarginen i den kontrollerte transaksjonen med nettofortjenestemarginen i tilsvarende ukontrollerte transaksjoner.⁷¹ Skal man beregne nettofortjenestemarginen i stedet for bruttofortjenestemarginen, gjør man i tillegg fradrag for generelle driftskostnader for hele foretaket (overhead-kostnader) og ikke bare kostnader knyttet til den aktuelle transaksjonen, før man legger til påslaget.⁷²

TNM-metoden er likevel en fortjenestemethode på samme måte som videresalgsmetoden og Kost pluss-metoden. Nettofortjenestemarginene kan både regnes ut fra salget/omsetningen slik som videresalgsmetoden, og fra kostnadene ved innkjøp eller utarbeidelse slik som etter Kost pluss-metode.

I valget mellom de tradisjonelle transaksjonsbaserte metodene og de transaksjonsbaserte fortjenestemetodene følger det av Retningslinjene at en av de tradisjonelle metodene bør velges.⁷³

Bakgrunnen for dette er at de tradisjonelle metodene, herunder bruttofortjeneste-metodene, alene ser på den kontrollerte transaksjonen og refinansieringskostnadene som captivet påføres i relasjon til denne transaksjonen. Etter TNM-metoden må man også gjøre fradrag for generelle driftskostnader som selskapet har. Et stort problem er at de generelle driftskostnadene kan relatere seg til kostnader som ikke har noe med den aktuelle transaksjonen å gjøre og som skyldes andre markedsforhold og selskapenes forretningsstrategier. Slik sett kan det by på en utfordring å finne tilstrekkelig

⁷¹ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.58.

⁷² Se Naas, Bruusgaard, Ilstad og Svensen, *Norsk internasjonal skatterett*, 2011, s. 994, pkt. 23.19.5.1.

⁷³ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.3.

sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner som grunnlag for en armlengdepris. Mye taler dermed for at man bør velge bruttofortjenestemetodene foran TNM-metoden.

Dette underbygges også av Retningslinjenes pkt. 2.3 som uttrykker det slik:

”(...) any difference in the price (...) can normally be traced directly to the commercial and financial relations made or imposed between the enterprises, and the arm's length conditions can be established by directly substituting the price in the comparable uncontrolled transaction for the price of the controlled transaction.”

Som det allerede fremgår er den transaksjonsbaserte nettometoden bare en videreføring av bruttofortjenestemetodene.

Det kan da spørres hva poenget med TNM-metoden er, hvis anvendelsen av den uansett forutsetter at eks. Kost pluss-metoden kan anvendes.

Nettofortjenestemarginer er imidlertid mindre sensitive for forskjeller i risiko og funksjon, som jo er hovedfaktorene etter Kost pluss-metoden.⁷⁴ Dette fordi man også tar med kostnader som ikke nødvendigvis er relatert til den aktuelle transaksjonen. Man kan derfor lettere gjøre justeringer som sikrer tilstrekkelig sammenlignbarhet hvor det foreligger slike forskjeller. Dette taler igjen for at TNM-metoden er mer pålitelig enn bruttofortjenestemetodene på dette området. Hvor forskjellene er vesentlige tilsier dette også at TNM-metoden er et bedre alternativ enn CUP-metoden. I slike tilfeller kan nemlig ikke CUP-metoden anvendes.

Beregningen av nettofortjenestemarginene innebærer imidlertid at man må ta hensyn til forhold som ikke er direkte knyttet til transaksjonen. De andre metodene tar bare for seg faktorer ved de aktuelle transaksjonene. Dette gjør TNM-metoden mindre pålitelig enn de tradisjonelle transaksjonsmetodene, og medfører større fare for vilkårlighet når prisen skal fastsettes.

Oppsummert taler derfor analysen for at TNM-metoden ikke er egnet til prising av captiveforsikringer.

⁷⁴ Jf. Naas, Bruusgaard, Ilstad og Svensen, *Norsk Internasjonal Skatterett*, 2011, s. 995, pkt. 23.19.5.2.

3.3.2 Overskuddsdelingsmetoden (Profit Split Method)

Spørsmålet blir så om Overskuddsdelingsmetoden er egnet til prising av captiveforsikringer.

Overskuddsdelingsmetoden ser på den kontrollerte transaksjonen i sin helhet. Man ser først på det totale overskuddet eller underskuddet som samles i den kontrollerte transaksjonen.

Deretter fordeles dette overskuddet/underskuddet på partene ut ifra deres bidrag i forbindelse med transaksjonen.⁷⁵ Dette bidraget har nær sammenheng med den risiko hver av partene har tatt, og må ses i lys av momentene under sammenlignbarhetsanalysen.

I Retningslinjene er det fremhevet som en fordel med metoden, at begge parter i den kontrollerte transaksjonen vurderes.⁷⁶ Hvis captivet gjenforsikrer alle konsernselskapenes poliser i ett med et uavhengig forsikringsselskap, vil captivet kunne oppnå en slags grupperabatt, fordi forsikringen vil ha høy grad av risikospredning for det uavhengige forsikringsselskapet. Hvis man anvender overskuddsdelingsmetoden kan man rabatten overføres til de enkelte forsikringstakerne, i stedet for captivet.⁷⁷ For statenes vedkommende er dette ønskelig fordi beløpene skattlegges på selskapenes hånd, og ikke captivet, som ofte driver sin virksomhet i lavskatteland som eks. Bermuda.

Men et stort og avgjørende problem med metoden er imidlertid tilgangen på informasjon. Som fremstillingen av de øvrige metodene har vist, ligger hovedutfordringen ved prising av captiveforsikringer i å finne sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner. Prisen på en forsikring bestemmes av den risiko captivet påtar seg. Og hvor stor en risiko er, beror igjen på en skjønnsmessig vurdering av flere faktorer. Mens det for videresalgsmetoden, kost pluss-metoden og TNM-metoden er tilstrekkelig å se hen til bare én av partene i den kontrollerte transaksjonen, må man for overskuddsdelingsmetodens del se hen til begge parter. Dette gjør at det kan bli desto vanskeligere å finne tilstrekkelig sammenlignbare transaksjoner, siden det

⁷⁵ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.108

⁷⁶ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.109

⁷⁷ Jf. Tønseth, Kristian Landgraff, Skatterettslige problemstillinger ved captiveforsikring, Masteroppgave ved UiO, 2010, s. 39, pkt. 3.3.5.

forutsetter at man besitter informasjon om begge parter. Etter dette må det derfor legges til grunn at Overskuddsdelingsmetoden ikke er egnet til å prise captiveforsikringer.

3.4 Endelig konklusjon

Analysen viser at det på generelt grunnlag er vanskelig å fremheve én bestemt metode som bedre egnet til å prise captiveforsikringer enn de andre. Den enkelte metodes anvendelighet beror i stor grad på hvordan de faktiske forholdene ligger til rette i transaksjonene. Funnet er dermed i samsvar med utgangspunktet om at man må velge den metoden som er best i lys av de faktiske forholdene.⁷⁸

Som vist er Kost pluss-metoden i rettspraksis blitt fremhevet som den sikreste metoden til å finne tilstrekkelige sammenligningsgrunnlag. Metoden er, i alle fall i en viss utstrekning, mindre sensitiv for forskjeller i sammenlignbarhetsfaktorene enn CUP-metoden.

Men det er det verdt å merke seg at forskjellen mellom bruttofortjenestemetodene og CUP-metoden nok får mindre betydning ved prising av captiveforsikringer enn ved alminnelig salg av varer og tjenester: Siden kjernevirksomheten til captives er å stille sikkerhet, påføres selskapet svært få direkte kostnader i en forsikringstransaksjon. Dette gjør at bruttofortjenesten/avansen blir veldig høy, og på den måten nærmer seg selve forsikringspremien. Det må da antas at også bruttofortjenestemarginen i stor grad gjenspeiler risikoen som captivet påtar seg. Dermed er det mulig at CUP-metoden likevel ikke er så mindre egnet til å finne tilstrekkelige sammenligningsgrunnlag som metodene først gir inntrykk av.

Et alternativ kan derfor være å kombinere Kost pluss-metoden med CUP-metoden. Som analysen viser, kan selve beregningen av bruttofortjenestemetodene bli skjønnsmessig og dermed til en viss grad fremstå som litt vilkårlig. Ved bruk av CUP-metoden kan man imidlertid lett identifisere bruttoprisene. En slik kombinert metode kan da kanskje bøte på eventuelle usikkerheter ved selve beregningen av bruttofortjenestemarginene.

⁷⁸ Jf. Retningslinjene, pkt. 2.2.

4. Avslutning: har problemstillingen aktualitet i fremtiden?

Etter Finanskrisen og Euro-krisen, har statene strammet grepet for å komme internprising til livs. Privatpersoner transporterer store midler til lavskatteland. For stater som nå sliter med høy arbeidsledighet og lite midler i statskassen, er skattebehovet stort.

Både EU og USA har i den siste tiden skjerpet kravene til utveksling av informasjon om egne skattesubjekter. USA vedtok i 18. juni 2010 en lov – FATCA⁷⁹, som pålegger en rekke utenlandske finansinstitusjoner å oppgi informasjon om kundeforhold hvor kunden er direkte eller indirekte hjemmehørende i USA. Ved manglende oppfyllelse risikerer foretaket at utbetalinger med USA skattlegges med 30 % i kildeskatt. På denne måten håper de amerikanske skattemyndighetene (IRS) på økt tilgang på informasjon om amerikanske skattesubjekter. Loven trådte i kraft i januar 2013, men er ikke ferdig utformet ennå. I ettertid har de største europeiske statene som Frankrike, Storbritannia, Spania, Tyskland og Italia inngått avtale med USA om implementering av FATCA.⁸⁰ Ved at statene får slik innsyn, kan man i større grad påvise om det er foretatt skatteunndragelser.

På samme måte har flere såkalte skatteparadiser, etter press fra stormaktene, åpnet for innsyn i bankkontoer og betalingsdetaljer. Eksempelvis har Anguilla, Bermuda, De britiske Jomfruøyene, Montserrat og Turks- og Caicosøyene inngått en slik avtale med Storbritannia, noe som også vil komme andre stater til gode.⁸¹ Mange captives er opprettet i lavskatteland. Slike tiltak gjør det lettere å oppdage og beregne unndratt skatt, noe som også får betydning for transaksjoner med captives.

Man kan nok også forvente økt lovgivningsaktivitet internt for å forhindre slike transaksjoner. I 2008 ble Kapitalfluktutvalget opprettet for å ”utrede de lukkede jurisdiksjoners funksjon i forhold til kapitalflukt fra utviklingsland.”⁸² Utvalget la frem sin utredning i NOU 2009:19 –

⁷⁹ Foreign Account Tax Compliance Act.

⁸⁰ <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/020712%20Treasury%20IRS%20FATCA%20Joint%20Statement.pdf>

⁸¹ <https://www.gov.uk/government/news/chancellor-welcomes-huge-step-forward-in-global-fight-against-tax-evasion>

⁸² Se NOU 2009:19 Skatteparadis og utvikling, s. 7

”Skatteparadis og utvikling – tilstand, analyser og tiltak.” Blant temaene som ble tatt opp, var bedre regler mot internprising: Utvalget ber ”norske myndigheter utrede et bredere sett av instrumenter som kan benyttes til å fastslå internprising enn de som eksisterer i norsk intern rett i dag, og at Norge også arbeider for dette i internasjonale fora. (...)

Utvalget har påpekt at det er underinvestert i kompetanse fra samfunnets side knyttet til internprising og internasjonale skattekonstruksjoner for å unngå å betale skatt.(...) Utvalget foreslår derfor opprettelsen av et kompetansesenter som kan forske på og bistå norske myndigheter i slike spørsmål, og som samtidig skal bidra til å øke kompetansen i slike spørsmål i utviklingsland.”

Likevel vil nok feilprising av captiveforsikringer fortsatt være en utfordring, selv om informasjonstilgangen blir større. Skattesatsene i lavskattelandene er ikke endret, så konserner vil uansett nyte godt av å opprette captives i slike land. Det er som sagt også svært vanskelig å påvise feilprising av forsikringspremier, fordi det kan være vanskelig å finne tilstrekkelige sammenligningsgrunnlag – sammenlignbarhetsfaktorene gir uttrykk for risiko. Dessuten er de beløpsmessige avvikene i hver enkelt transaksjon ofte små. Det må derfor antas at skjønnsmessig prising av captiveforsikringer også er en problemstilling som vil være sentral i den nærmeste fremtiden.

Litteraturliste

Artikler

Kar, Dev og Sarah Freitas, Illicit Financial Flows from Developing Countries: 2001-2010. Update with a focus on Asia, *Global Financial Integrity*, December 2012.

Kristoffersen, Arthur, Kost-pluss-metoden til prising av konserninterne transaksjoner for skatteformål, *Utvalget for skattesaker*, 2010.

Neighbour, J., Transfer pricing: Keeping it at arm's length, *OCED Observer*, July 2002.

Syversen, Jan. Fradrag for forsikringspremier til selskap i konsernforhold (Captives), *Skatterett*, 1997.

Voas, Jeffrey M. & Larry K. og Keith W. Miller, A model for Assessing the Liability of Seemingly Correct Software, 1992.

Bøker

Aarhus, Thore og Clausen, Tore, *Forsikringsøkonomi* (Oslo 1997)

Bjerke, Joachim M., Internprising: *Skattemessig prising av transaksjoner mellom tilknyttede parter – en historisk og komparativ fremstilling* (Oslo 1997)

Gjems-Onstad, Ole, *Norsk bedriftsskatterett*, 8. Utgave (Oslo 2012)

Naas, Bruusgaard, Ilstad og Svensen, *Norsk internasjonal skatterett* (Oslo 2011)

Skaar, Arvid Aage, *Taxation Issues relating to Captive Insurance Companies* (Amsterdam 1998)

Zimmer, Frederik, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4.utgave (Oslo 2009)

Zimmer, Frederik, *Lærebok i Skatterett*, 6.utgave (Oslo 2009)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 26 (1980-1981)

Ot.prp. nr. 62 (2006-2007)

NOU 2009:19 Skatteparadis og utvikling.

Internett

Tabell fra Finansnæringens Hovedorganisasjon over resultater i skadeforsikring (1994-2012): <http://www.fno.no/Hoved/Statistikk/skadeforsikring/>

OECD: <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/draft-handbook-on-tp-risk-assessment.htm>

<http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/020712%20Treasury%20IRS%20FATCA%20Joint%20Statement.pdf>

<https://www.gov.uk/government/news/chancellor-welcomes-huge-step-forward-in-global-fight-against-tax-evasion>

Lovregister/forskrifter

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

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

Lov 18 august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

Treasury regulations(forskrifter), § 1.482-1(d)(4)(iii)

Masteroppgaver

Schjødt, Martin, Skatterettslige problemstillinger ved bruk av captive forsikringsselskap, Masteroppgave ved UiO, (2012)

Tønseth, Kristian Landgraff, Skatterettslige problemstillinger ved captiveforsikring, Masteroppgave ved UiO, (2010).

OECD

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, July 2010.

OECD-kommentarene

Rettspraksis

Høyesterettspraksis:

Rt.2001 s.1265 Agip-dommen

Rt.1995 s. 214 Dowell-Schlumberger-dommen

Lagmannsrettspraksis:

Utv. 2008 s. 19 Norsk Hydro Produksjon AS

Utv. 2003 s. 531 Fina-dommen