

Internprising i multinasjonale konsern

Knytter funksjonene som ligger hos norske morselskap seg til den operative driften i datterselskapene på en slik måte at morselskapet anses å kontrollere risikoen, hvilket kan utgjøre grunnlag for å beskatte morselskapet?

Kandidatnummer: 251

Antall ord:14759



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.mai 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Aktualitet og bakgrunn.....	5
1.3 Avgrensninger	6
1.4 Metodisk tilnærming	7
1.5 Fremstillingen videre.....	8
2 Internprising	10
2.1 Generelt	10
2.2 Oppgavens subjekt – konserner.....	12
3 Armlengdeprinsippet.....	14
3.1 Innhold og formål.....	14
3.2 Internrettslig forankring – sktl. §13-1	16
3.2.1 Vilkår etter §13-1	16
3.3 Internasjonal forankring - OECD.....	21
3.3.1 OECD modellavtale artikkel 9	21
3.3.2 Hva er OECD?	23
3.3.3 OECD Transfer Pricing Guidelines.....	23
3.3.4 Base Erosion and Profit Shifting (BEPS).....	25
4 Kontroll over risiko som et armlengdekonsept	27
4.1 Innledende bemerkninger	27
4.2 Risikoallokering og BEPS.....	29
4.3 Armlengdeprinsippetets betydning etter BEPS.....	31
4.4 Større fokus på kontroll over risiko.....	33
5 Risikoallokering	35
5.1 Innledning.....	35
5.2 Underliggende prinsipper ved risikofordeling	38
5.2.1 De faktiske forholdene mellom partene	38
5.2.2 Moralsk risiko	40
5.2.3 Partenes kontroll over risiko og finansiell kapasitet til å påta seg risiko	41
5.2.4 Vurdering av risiko-avkastning.....	42

5.3	Risikofordeling i tråd med armlengdeprinsippet.....	43
6	Nærmere om risikofordeling mellom partene	45
6.1	Kontroll over risiko	45
6.2	Finansiell kapasitet til å bære risiko	50
6.3	Virkingen av at en part ikke oppfyller de rettslige vilkårene for kontroll over risiko og finansiell kapasitet til å bære risiko	52
7	Avsluttende bemerkninger	55
	Litteraturliste	57

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

At selskaper tilhørende i ulike jurisdiksjoner inngår i større konsern, er et resultat av en stadig økende globalisering. Et konsern består av morselskap og dets datterselskaper.¹ Morselskapet styrer konsernet, det hefter det ingen tvil om. Korrigeringer etter sklt.13-1, og herunder armlengdeprinsippet, hvor den skattepliktige inntekten til et morselskap eventuelt øker medfører ikke juridisk at morselskapet betaler skatt av inntekten til datterselskapet. Aksjeselskaper er rettslige konstruksjoner, og har forpliktelser og rettigheter separat fra aksjonærene.² Innad i konsern vil dette bety at morselskap og datterselskap er separate enheter med separate forpliktelser, og dermed i de fleste sammenheng behandles som de var uavhengige.

Temaet for denne avhandlingen er følgelig internasjonal skatterett, herunder internprising. Med internprising menes «prising av transaksjoner mellom tilknyttede skattytere»³. Oppgaven vil utgjøre en analyse av ulike problemstillinger knyttet til armlengdeprinsippet hvor OECDs⁴ retningslinjer for internprising for multinasjonale foretak og skattemyndigheter er en sentral rettskilde.

Det grunnleggende prinsippet i norsk skatterett, og i de fleste land i verden, er at hvert konsernselskap utgjør et selvstendig skattesubjekt og skal skattlegges i så henseende. Dette innebærer at hvert enkelte konsernselskap er ansvarlig for egne kostnader og inntekter. For å sikre konkurransemessige transaksjoner mellom tilknyttede og uavhengige foretak er det gitt

¹ Aksjeloven §1-3 (2)

² Bullen, «Må morselskapet betale skatten på datterselskapenes inntekter fordi det kontrollerer konsernet?» (2021)

³ Bjerke, «Interprising» (1997) s.17

⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development

internasjonale retningslinjer som skal sørge for at transaksjoner innad i konserner foregår på markedsmessige vilkår.

Reglene er et resultat av et internasjonalt samarbeid i et forsøk på å forhindre at konsernets verdier blir plassert i skatteparadis for å lette på det totale skattegrunnlaget til konsernet. Som utgangspunkt for transaksjoner mellom selskaper inngående i samme konsern, gjelder prinsippet om at transaksjonen skal skje på samme vilkår som mellom uavhengige foretak – det såkalte *armlengdeprinsippet*⁵. Prinsippet spiller en helt nødvendig rolle i slike transaksjoner for å sikre konkurransemessige vilkår, og dermed at transaksjonen tilsvarer en transaksjon inngått mellom uavhengige parter.

Det er ikke uvanlig at konserner oppretter enheter som er spesialiserte og står ansvarlig for utøvelse av en konkret del av virksomheten. På denne måten oppnår foretaket gevinster i form av *reduserte* kostnader og økt effektivitet ved at den spesialiserte delen av virksomheten kan håndtere den delen av driften for resten av konsernet.⁶ Dette omtales som økonomisk integrasjon. I noen tilfeller vil det være slik at risikoen plasseres i datterselskaper som ligger i skattejurisdiksjoner med lave skattesatser for å oppnå høyest mulig fortjeneste, mens den faktiske verdiskapningen skjer i andre land. I slike tilfeller vil det være avgjørende å undersøke hvem som kontrollerer risikoen, og eventuelt utøver funksjoner som er sentrale for den operative driften i et annet selskap. Oppgaven vil i det følgende ta for seg om de funksjoner som ligger hos norske morselskap knytter seg til den operative driften til et eller flere datterselskap, slik at morselskapet anses å ha kontroll over risikoen, og om dette kan utgjøre grunnlag for å skattlegge morselskapet.

⁵ Forankret I sktl. §13-1

⁶ Wittendorff «Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law», (2010), s.19-20

1.2 Aktualitet og bakgrunn

Utfordringer knyttet til internasjonal beskatning har aldri vært så dagsaktuelt som det er i dag.⁷ Integrering av nasjonale økonomier og markeder har økt betraktelig de siste tiårene, og har derfor lagt en belastning på de internasjonale skattereglene.⁸ Organisering av virksomheter på tvers av skattejurisdiksjoner utfordrer dessuten disse reglene, og allokering av overskudd gjenspeiler, i mange tilfeller, ikke den faktiske verdiskapningen eller den økonomiske aktiviteten til bedriftene.⁹ Svakheter i reglene åpner for at konsern har mulighet til å organisere virksomheten utfra hvor de kan oppnå størst mulig skattefordeler, men på bekostning av nasjonale myndigheters skatteinntekter.¹⁰

Konsern kan foreta endringer i organiseringen sin av forretningsmessige grunner – herunder samle produksjonsenheter, plassere virksomheten slik at det utgjør lavest mulig kostnader, skape synergier etc. – eller av skattemessige årsaker, eksempelvis forflytning av verdier til lavskattland. Som følge av svakheter i de internasjonale skattereglene har det oppstått en trend blant multinasjonale konsern hvor risikoen – og dermed avkastningen denne genererer – i lavskattland for å minke det totale skattetrykket til konsernet. Verdier blir på denne måten flyttet til selskaper med liten eller ingen økonomisk aktivitet, mens andre konsernselskaper står for den reelle verdiskapningen og blir dermed kompensert for funksjonene de har utøvet basert på markedsverdi. En måte dette kan gjøres på er ved å flytte risikofylte transaksjoner til konsernselskaper i lavskattland.

En måte å gjøre dette på er ved å plassere risikoen i selskaper med lav beskatning, til tross for at verdiskapningen skjer i andre jurisdiksjoner. På denne måten vil overskuddet allokere ut av landet verdiskapningen har skjedd i, samt den økonomiske aktiviteten befinner seg i, og over til land hvor selskapet som er juridisk eier er lokalisert. Det er i slike tilfeller viktig å undersøke om vedkommende selskap som er eier av risikoen også oppfyller kravene til å sitte på en slik

⁷ OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, 2015, s.3

⁸ Ibid.

⁹ OECD Action Plan 2013, s.3

¹⁰ Ibid. s.9

risiko. Dersom dette ikke er tilfellet vil det foretas en retting, og risikoen vil bli allokert til det selskap som utøver de funksjonene som kreves for å ha en risiko. På bakgrunn av denne praksisen har det blitt iverksatt et internasjonalt samarbeid mellom OECD og G20-landene¹¹. Samarbeidet resulterte i en rapport i 2015, ved navnet BEPS¹². Denne rapporten har dessuten medført at retningslinjene for internprising har blitt revidert, og senere oppdatert flere ganger i tiden etter.

På de fleste rettsområdene i norsk rett tar utgangspunkt i den rettslige konstruksjonen heller enn den økonomiske realiteten, og skatteretten utgjør ingen unntak. Med dette menes at hvert konsernselskap utgjør selvstendige skattesubjekter, og skal dermed skattlegges basert på dette. Dessuten styrer konsernselskapene over egne inntekter og kostnader, og morselskapet kan ikke bli ansvarlig overfor datterselskapets kreditorer.¹³ Utgangspunktet kan tyde på at det er den rettslige konstruksjonen som er avgjørende ved spørsmålet om hvor overskuddet er plassert og dermed hvem som er skattepliktig for nettopp denne verdiskapningen.

Etter de reviderte retningslinjenes utgangspunkt skal allokering av overskudd fordeles mellom selskapene hvor den *reelle verdiskapningen har funnet sted*.¹⁴ For å realisere formålet innfører retningslinjene i større grad substans-over-form-regler, særlig om kontroll over viktige utviklingsfunksjoner, finansiering av utvikling og risikofordeling. Det fornyede fokuset hva gjelder risiko vil understreke temaets aktualitet.

1.3 Avgrensninger

Problemstillingen oppgaven reiser vil gjøre seg særlig aktuell i multinasjonale konserner. Samme type problemstilling vil neppe oppstå ved risikoallokeringer innenfor landegrensene,

¹¹ G20 er et internasjonalt samarbeidsforum mellom de 19 landene som har definert seg selv og hverandre som de viktigste økonomiene i verden, samt EU. G20 står for 80% av verdens BNP.

¹² Base Erosion and Profit Shifting, se punkt 3.3.4 for nærmere beskrivelse

¹³ Woxholt "Selskapsrett", (2018) s.396

¹⁴ OECD, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, 2015, s.9

og det avgrenses derfor mot nasjonale konserner. Overskuddsforflytning innad i konsernet vil tvilsomt utgjøre et problem dersom all kapital holder seg innenfor samme jurisdiksjon.

Videre vil oppgaven ha hovedfokus på risiko og problemstillingene som kan oppstå knyttet til risiko i kontrollerte transaksjoner. Det vil derfor gås spesifikt inn på konkrete type problemstillinger knyttet til eksempelvis immaterielle rettigheter og eiendeler. Avhandlingen vil heller ikke ta for seg kartlegging av risiko gjennom prosessen som omtales som *delineation*, hvilket omhandler retningslinjene for å identifisere og analysere risikoen.

Avhandlingen tar heller ikke for seg klarlegging av risiko gjennom *delineation*, verken juridisk sett og etter armlengdeprinsippet. Utover dette vil det avgrenses mot en grundig gjennomgang av hvordan man foretar en funksjons- og sammenlignbarhetsanalyse. Å flytte en risiko kan imidlertid også anses som en strukturell justering, hvilket vil være innenfor oppgavens tema.

Ettersom at OECDs retningslinjer for internprising vil utgjøre en viktig rettskilde i oppgaven vil kilden spille en viktig rolle i avklaringen av oppgavens tema. Spørsmålet om oppdateringer av retningslinjene kan ha tilbakevirkende kraft på transaksjoner foretatt før oppdateringene vil dermed oppstå. Dette vil det gås noe inn på under punkt 4.1, men ettersom dette er et uavklart spørsmål det er uenighet rundt, vil ikke dette utgjøre en nevneverdig del av oppgaven.

1.4 Metodisk tilnærming

Oppgaven baserer seg på alminnelig norsk rettskilde- og metodelære slik som den er beskrevet av Eckhoff.¹⁵ Dette innebærer at fremstillingen vil basere seg på allment tilgjengelige rettskilder, både nasjonale og internasjonale. Avhandlingen vil ta sikte på å finne frem til de relevante rettskilder som er gjeldende etter norsk rett, herunder norsk lov og de internasjonale

¹⁵ Se Eckhoff, «Rettskildelære», (2001)

rettskilder som også er en del av rettskildebildet. Kildene vil anvendes i et forsøk på å avklare hvordan disse gjør seg gjeldende for den gitte problemstillingen i avhandlingen, og oppgaven vil bære preg av å utgjøre en *de lege lata*-fremstilling. De rettskildene som er relevante for oppgaven vil gjennomgå nærmere under kapittel 3.

Den sentrale rettskilden i oppgaven vil være OECDs retningslinjer for internprising av flernasjonale foretak og skattemyndigheter (heretter omtalt som «retningslinjene»), hvilket er gjeldende etter norsk rett.¹⁶ Det vil også ses hen til rettspraksis i de tilfeller dette vil være hensiktsmessig.

Utover dette bemerkes det at retningslinjene som følger av det internasjonale samarbeidet under OECD i et forsøk på å motvirke skatteplanlegging og profitt forflytting, stadig er i endring som følge av utviklingen på rettsområdet. Det har derfor vært en utfordring knyttet til tolkningen av disse rettskildene da det ble publisert en oppdatert versjon av retningslinjene i januar 2022, og ytterligere kilder for avklaring på ulike punkter har vært begrenset. Når det er sagt, er det flere publiserte artikler for de tidligere retningslinjene som har vært til hjelp under arbeidet med oppgaven. I de tilfeller hvor det refereres til tidligere versjoner av retningslinjene vil dette fremgå eksplisitt, enten i teksten eller i fotnotene.

1.5 Fremstillingen videre

Avhandlingen består av 6 kapitler, foruten innledningskapitlet. I den videre fremstillingen vil det bli gått nærmere inn på internprising på et generelt og overordnet grunnlag. Også oppgavens subjekter – multinasjonale konserner – vil forklares kort under dette punktet. Videre vil armlengdeprinsippet, som det bærende prinsippet i internprisingsretten, gjøres rede for under kapittel 3. I tillegg vil det under dette punktet gås nærmere inn på den internrettslige forankringen av prinsippet, i tillegg til internasjonal forankring og hvordan denne gjør seg gjeldende i norsk rett.

¹⁶ Se skatteloven §13-1 fjerde ledd, se også rt.2001 s.1265 (Agip-dommen)

Under kapittel 4 vil det bli gått nærmere inn på sammenhengen mellom armlengdeprinsippet og kontroll over risiko, og hvilken betydning dette utgjør. I tillegg vil det et gis et overblikk over hvordan armlengdeprinsippet har utviklet seg, og hvordan ulike internasjonale samarbeid har utviklet prinsippet. Kapittel 5 omhandler risikoallokering, samt prinsippene som ligger til grunn for slik forflytning. Risikofordeling mellom partene vil være gjenstand for drøftelse under kapittel 6, herunder kontroll over risiko og hvilke vilkår som må være oppfylt for å kunne besitte en slik kontroll vil bli gjennomgått grundig. I tillegg vil det gås noe inn på hva det innebærer å ha kontroll over risikoen, samt hva konsekvensene av at man ikke oppfyller vilkårene for dette er.

I kapittel 7 vil det konkluderes med noen avsluttende bemerkninger for oppgaven.

2 Internprising

2.1 Generelt

Med internprising menes prisfastsettelsen ved transaksjoner mellom skatteyttere som er knyttet til hverandre gjennom ulike former for interessefellesskap.¹⁷ Når det gjelder beskatning av konsernselskaper har internprising fått særlig internasjonal oppmerksomhet. Reglene som følger av skatteloven bygger på at transaksjonene foretas mellom uavhengige parter, og at prisen styres av partenes økonomiske interesser og markedsmekanismen.¹⁸ I slike tilfeller vil partene ønske å forhandle frem best mulig pris for å ivareta egne økonomiske interesser, og transaksjonen vil således ikke være motivert av skattemessige motiver. Det vil da ikke foreligge lovhjemmel til å overprøve prisingen av transaksjonen som er foretatt.

I tilfeller hvor selskap som er i interessefellesskap gjelder et ønske om å ivareta forretningsmessige interesser i å oppnå gode resultater, men ettersom det er i konsernets samlede interesse å betale minst mulig skatt vil selskapet i interessefellesskap ha incitament til å prise transaksjonene med dette som formål. Dette kan medføre uthuling av skattefundamentet til enkelte land, ettersom at markedsmekanismen ikke gjelder. I slike tilfeller vil overprøving være aktuelt nettopp fordi det ikke foreligger samme interessemotsetninger som ved transaksjoner mellom uavhengige parter og prisen på transaksjonen vil dermed kunne overstyres av skattemessige motiver. Internprising er altså de vilkår og den prisen som knyttes til transaksjoner og mellomværende mellom selskap i interessefellesskap.¹⁹

Internprising er et aktuelt tema innenfor internasjonal skatterett, og det oppstår flere ulike problemstillinger knyttet til temaet. Temaet aktualiseres eksempelvis i tilfeller hvor selskaper innenfor samme konsern inngår avtale om kjøp av varer eller tjenester. I slike tilfeller vil spørsmålet være om prisen og vilkårene partene har avtalt tilsvarer armlengdes vilkår og pris. Problemstillinger knyttet til internprising vil også kunne oppstå i tilfeller hvor det er tale om

¹⁷ Ot.prp.nr.62 (2006-2007) s.5

¹⁸ Naas m.fl., «Norsk og internasjonal skatterett», (2017), s. 969

¹⁹ Skatteetaten 2016a, 1400

leieforhold mellom konserninterne selskaper eller dersom det ytes lån eller kreditt. En transaksjon mellom parter i interessefellesskap omtales også som den kontrollerte transaksjonen, i motsetning til ukontrollerte transaksjoner som foregår mellom uavhengige parter.²⁰

Fastsettelsen av internpriser er av stor betydning ved beskatningen, ettersom at den fastsatte prisen påvirker den skattepliktige inntekten.²¹ Selv om et konsern utgjør én økonomisk enhet, utgjør hvert selskap et selvstendig rettssubjekt og vil dermed kunne være underlagt ulike skatte-regimer dersom konsernselskapene ligger i ulike land. Det vil da foreligge forretningsmessige grunner for konsernet til å strukturere virksomheten på en slik måte at deler av virksomheten flyttes til land med lave produksjons- og lønnskostnader. For å sørge for profitt-maksimering innad i konsernet vil det også være fornuftig å sørge for en konsernstruktur som totalt sett gir lavest mulig beskatning ved å flytte deler av virksomheten hvor det er bedre skattevilkår for nettopp denne typen virksomhet.²² Den samme risikoen ligger til rette ved konserninterne transaksjoner, nettopp at transaksjonene skal foretas med hensikt å lette det totale skattetrykket på konsernet. Derfor har vi hatt regler som sikrer skattemyndighetene rett til å justere vilkårene i transaksjoner foretatt mellom selskap som er i et interessefellesskap helt siden 1911.²³

Multinasjonale konserner vil som regel ha skattemessige incentiver til å tillate avtaler om transaksjoner mellom konsernselskapene. Dette er en måte for konsernet å regulere at transaksjonsoverskuddet vil fordeles slik at parter tilhørende i land med lave skattesatser får uforholdsmessig stor andel av transaksjonsoverskuddet, og tilsvarende parter tilhørende i land med høye skattesatser en større del av kostnadene. Internprising gjør det mulig å styre den totale beskatningen av konsernet ved å flytte overskudd til lavskatteland og underskudd til høy-skatteland. Slik skatteplanlegging vil medføre en svekkelse av enkeltlands skatteproveny vesentlig. For å sikre at pris og vilkår i avtaler mellom to nærstående selskaper vil tilsvare det uavhengige selskaper ville avtalt, skal disse transaksjonene inngås i henhold til armlengde-prinsippet.

²⁰ Naas m.fl., (2017) s.971

²¹ Ot.prp.nr.62 (2006-2007) s.5

²² Naas m.fl., (2017) s. 969

²³ Ibid.

2.2 Oppgavens subjekt – konserner

Konsernforhold spiller en viktig rolle i næringslivet. Siden 1888 har konserner vært anerkjent i lovgivningen da staten New Jersey uttrykkelig tillot selskaper å eie aksjer i andre selskaper.²⁴ I norsk rett måtte vi derimot vente til 1957 før konsernforhold skulle bli en del av selskapsretten da dette ble inntatt i norsk lovgivning for første gang. Det vil i det følgende bli gjort rede for hva et konsern er.

Konsernforhold er i praksis den viktigste måten et foretak kan inngå i en større enhet på.²⁵ Imidlertid kan også interessefellesskap oppnås i transaksjoner mellom selskaper som ikke er innenfor samme konsern. I norsk lovgivning foreligger det ingen generell definisjon av hva som utgjør et konsern, og vi opererer med ulike definisjoner på ulike rettsområder,²⁶ samt en rekke særlover hvor vi har noen særlige konserndefinisjoner for vedkommende område.²⁷

Til tross for at det foreligger spredt lovgivning hvor konserndefinisjonene på de ulike rettsområdene ikke er identiske, er kjernen i begrepet det samme; et selskap eller en annen type foretak har bestemmende innflytelse over ett eller flere andre selskaper eller foretak.²⁸ Selskapet som har bestemmende innflytelse over ett eller flere selskaper, omtales som morselskapet. Det eller de øvrige selskapene i konsernet omtales som datterselskaper. Denne sammen-slutningen av flere selvstendige selskaper utgjør sammen én økonomisk helhet, hvor hvert konsernselskap er selvstendige rettssubjekter som hefter for sine egne forpliktelser. Dette medfører at morselskapet, som eier, ikke er ansvarlig overfor datterselskapenes kreditorer.

Morselskapet vil, som regel, benytte sin posisjon til å styre over selskapene som én organisatorisk enhet, ledet under konsernets felles interesser. Dette kan eksempelvis være avgjørelser om å flytte deler av virksomheten til land med lavere produksjonskostnad, eller foreta transaksjoner mellom datterselskapene for å lette på den totale beskatningen.

²⁴ Hansen, «Eurpøisk Koncernret» (1996) s.75

²⁵ NOU 1996:6, punkt 2.1, s.14

²⁶ Se bl.a. aksjeloven og selskapsloven

²⁷ Eks. Skatteloven og regnskapsloven

²⁸ NOU 1996:6, punkt 2.2.1, side 14

Det mest karakteristiske trekket ved et morselskap er at det har bestemmende innflytelse over datterselskapene. Som hovedregel vil en slik innflytelse ha grunnlag i eie av aksjemajoriteten,²⁹ men de ulike definisjonene åpner også opp for etablering av konsernforhold på andre grunnlag som f.eks. avtaleinngåelse som medfører kontroll over et annet selskap. Andre måter konsern kan oppstå på er eksempelvis ved oppkjøp av et allerede eksisterende selskap, etablering av et nytt selskap, fusjon³⁰, eller ved oppkjøp av egne aksjer eller rettet kapitalnedsettelse.

Foruten nasjonale konsern, finnes det også multinasjonale konsern hvor de ulike konsernselskapene er etablert i ulike land. Dersom konsernselskapene er etablert og operative innenfor et enkeltlands grenser vil det være tale om et nasjonalt konsern. Et norsk morselskap med sine utenlandske datterselskap utgjøre et multinasjonalt konsern. Felles er uansett alltid at morselskapet har den overordnede kontrollen i konsernet og bestemmende innflytelse over datterselskapene.

²⁹ Se Aksjeloven §1-3

³⁰ Se aksjeloven kap.13

3 Armlengdeprinsippet

3.1 Innhold og formål

Armlengdeprinsippet er det grunnleggende prinsippet for prising av konserninterne transaksjoner, og dermed det viktigste prinsippet når man snakker om internprising, både i nasjonal og internasjonal sammenheng.³¹ Dersom det foreligger interessefellesskap mellom partene i transaksjonen, og prinsippet anvendes av partene, vil dette bidra til å sikre at avtalen inngås på markedsmessige vilkår. Prinsippet går i hovedtrekk ut på at pris og vilkår som avtales mellom parter i interessefellesskap, skal tilsvare den pris og de vilkår som ville ha vært avtalt mellom uavhengige parter i en tilsvarende situasjon. Det heter derfor at transaksjonen skal skje på armlengdes avstand.

Et avgjørende skritt i prosessen er å kartlegge den faktiske transaksjonen som er foretatt. Dette gjøres ved hjelp av funksjons- og risiko analysen, hvor det undersøkes hva partene faktisk gjør og hvilken kapasitet de har. Analysen utgjør en avtegnning av faktum basert på økonomisk viktige aktiviteter, tilskudd og påtatt risiko, og resultatet er viktig for å klargjøre om den foretatte transaksjonen er inngått på riktig vilkår og til riktig pris.

For å finne ut av om prisen som er avtalt i den kontrollerte situasjonen oppfyller standarden etter armlengdeprinsippet, må det foretas en sammenligning mellom den kontrollerte transaksjonen og en tilsvarende ukontrollert transaksjon. En bakside ved prinsippet er at det, i til tider, kan være utfordrende å finne identiske kontrollerte og ukontrollerte transaksjoner, hvilket gjør analysen vanskelig.³² Dette utelukker imidlertid ikke at det kan gjennomføres en sammenligning av den kontrollerte og ukontrollerte transaksjonen. Poenget er at transaksjonene som er gjenstand for sammenligning må være tilstrekkelig like. Med dette menes at enten må forskjellene være uvesentlige for prisingsspørsmålet, hvis ikke må det foretas pålitelige rimelige justeringer for å fjerne betydningen av forskjellene³³. Særlig prising av immaterielle

³¹ Naas m.fl., (2017) s.971

³² Ibid.

³³ OECD Transfer Pricing Guidelines (heretter TPG) 2022 pkt.1.39

rettigheter vil være utfordrende ettersom visse typer immaterielle eiendeler kan forventes å tilføre en virksomhet en forhøyet økonomisk vekst, uten at disse eiendelene nødvendigvis har en sammenlignbar transaksjon. I tilfeller hvor man ikke finner tilstrekkelige sammenlignbare transaksjoner, og det ikke er mulig å foreta justeringer vil transaksjonen tas ut.

Det er flere grunner til at armlengdeprinsippet er det viktigste prinsippet, både innenfor nasjonal og internasjonal internprising. En grunn til dette er at det sikrer markedsmessige priser og vilkår i kontrollerte transaksjoner. OECD fremhevet at prinsippet behandler uavhengige foretak og flernasjonale foretak på samme måte for skatteformål.³⁴ På denne måten forhindrer man skattefordeler eller ulemper som vil endre konkurranseposisjonen mellom selskapsformene.³⁵ Armlengdeprinsippet vil også fungere som en nasjonal beskyttelses-bestemmelse mot ulovlig fremholdt skatteflukt til utlandet.³⁶

Noe av kritikken som tilfaller prinsippet går ut på at utformingen av prinsippet kan resultere i at det oppstår dobbeltbeskatning, samt den kjente problematikken om utfordringen knyttet til å finne gode sammenlignbare transaksjoner. Retningslinjene for internprising til OECD fremsetter en rekke momenter og prosedyrer som skatteyteren må ta hensyn til ved beregningen av internpris. Dette medfører imidlertid at skattyter i praksis må ta stilling til flere vanskelige og skjønnsmessige spørsmål uten tilstrekkelig konkret veiledning.³⁷ Spørsmålene har som regel ikke svar, hvilket medfører en lite forutberegnelig situasjon for skattyter, hvor vedkommende risikerer å havne i kostbare konflikter med skattemyndigheter om konserninterne transaksjoner.

I den anledning har det internasjonale pengesamarbeidet³⁸ fremlagt mulige løsninger hvilket går ut på å enten lage en minste skattesats innenfor det allerede eksisterende systemet, eller endre hele strukturen til internasjonal skatterett.³⁹ Debatten er imidlertid svært kontroversiell, men likevel nødvendig å påpeke.

³⁴ Naas m.fl., (2017), s.972

³⁵ OECDs TPG 2022 pkt.1.8

³⁶ Ot.prp.nr.26 (1980-1981) s.56

³⁷ Naas m.fl., (2017) s.972

³⁸ Forkortet IMF, en organisasjon bestående av 190 land som jobber for å fremme globalt pengesamarbeid, mv.

³⁹ White, «The IMF seeks an alternative to the arm's length principle», (2019)

3.2 Internrettslig forankring – sktl. §13-1

Armlengdeprinsippet er forankret i Lov av 26.mars 1999 om skatt av formue og inntekt (skatteloven, sktl.) §13-1. Bestemmelsen er skattemyndighetenes hjemmel til å fastsette skattbar inntekt og formue etter skjønn, og er en generell bestemmelse som omfatter både privatpersoner og selskaper og for alle typer transaksjoner av eiendeler og tjenester.⁴⁰ Bestemmelsen innebærer en objektiv vurdering av pris og vilkår i transaksjoner mellom nærstående parter basert på det som kan observeres mellom sammenlignbare uavhengige parter.⁴¹ Formålet tilsvarer formålet bak armlengdeprinsippet; nettopp å sikre at tilordningen av inntekter og kostnader går til riktig skattesubjekt i tilfeller hvor interessefellesskap har påvirket prisingen av inntekter eller kostnader i en transaksjon.⁴²

3.2.1 Vilkår etter §13-1

Det følger av skatteloven §13-1 at:

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

Bestemmelsen oppstiller tre kumulative vilkår for at skattemyndighetene skal kunne benytte seg av armlengdeprinsippet til å regulere prisen på transaksjonen. Det må følgelig foreligge en «reduksjon» av inntekt eller formue «på grunn av» et «interessefellesskap» med et selskap. Rettsvirkningen av at alle vilkårene er oppfylt blir dermed at skattemyndighetene kan gripe inn og foreta en skjønnsmessig justering av vilkårene i partenes disposisjoner.⁴³ Også bestemmelsens tredje ledd, om hvordan skjønnsfastsettelsen skal foretas baserer seg på armlengdeprinsippet.⁴⁴

⁴⁰ Jf. Ordlyden «person, selskap eller innretning»

⁴¹ Prop. 98 L (2018-2019), kap.9, s.63

⁴² Ibid.

⁴³ Inst. O. Nr.81 (2006-2007) s.7

⁴⁴ Naas m.fl., (2017) s.972

Interessefellesskap

Det første vilkåret som må være oppfylt er at det må foreligge et «interessefellesskap». Vilkåret innebærer at det må foreligge to parter, hvorav den ene part er skatteyter mens den andre en «annen person, selskap eller innretning». Tilknytningen mellom partene må være slik at den er egnet til å skape en økonomisk interesse for begge parter. Vurderingen av vilkåret beror på en helhetsvurdering, hvor den faktiske innflytelsen over den andres disposisjon er et sentralt moment i vurderingen.⁴⁵

Det vanligste grunnlaget for interessefellesskap er eierskap eller felles kontroll, typisk i tilfeller hvor partene inngår i samme konsern.⁴⁶ Imidlertid vil vilkåret også være oppfylt i tilfeller hvor det ikke foreligger eierskap, men eksempelvis personlige relasjoner vil være styrende for prisen som blir satt på transaksjonen. Også andre tilknytningsforhold kan i spesielle tilfeller oppfylle lovens interessefellesskapskrav, eksempelvis i form av kreditorposisjon eller leverandørposisjon.⁴⁷ Imidlertid er det verdt å nevne at det svært sjeldent oppstår uenighet mellom skattyter og skattemyndighetene om dette vilkåret.

Skatteloven inneholder ingen definisjon av interessefellesskap, men omfatter både direkte og indirekte interessefellesskap.⁴⁸ Ved direkte interessefellesskap er forholdet mellom partene avgjørende; dersom tilknytningen som etablerer interessefellesskap kun omfatter partene i transaksjonen foreligger et direkte interessefellesskap. Tilknytningen må være av en slik styrke at den alene er tilstrekkelig til å etablere interessefellesskapet.⁴⁹ Karakteristisk for direkte interessefellesskap er at den ene parten har eierinteresse i den andre, eksempelvis i forholdet mellom mor- og datterselskap.

⁴⁵ Ot.prp.nr.26 (1980-1981)

⁴⁶ Ot.prp.nr.62 (2006-2007) s.9

⁴⁷ Inst.O.nr.81 (2006-2007) s.7

⁴⁸ Jf. Ordlyden i sktl.§13-1

⁴⁹ Skaar m.fl., «Norsk skatteavtalerett», (2006) s.344

Ved indirekte interessefellesskap er det partenes forhold til en tredjepart som vil være avgjørende for etableringen av om det foreligger interessefellesskap eller ikke.⁵⁰ Dette vil være oppfylt enten dersom begge partene har interesser i tredjeparten, eller dersom en tredjepart har interesse i begge selskapene.⁵¹ Typetilfellet ved indirekte interessefellesskap er to søsterselskaps forhold til morselskap. Selv om søsterselskapene ikke har noen relasjon til hverandre vil de være tilknyttet gjennom morselskapet. Hvor den andre part er hjemhørende vil være avgjørende for bevisbyrden i saken.⁵²

Ved konserninterne transaksjoner vil vilkåret som regel være oppfylt da begge parter enten har direkte eller indirekte interessefellesskap i form av å være en del av samme konsern.

Reduksjon i inntekt eller formue

Vilkår nummer to innebærer at det må foreligge en «reduksjon i inntekt eller formue» som følge av interessefellesskapet. Vilkaeret er i praksis det vanskeligste for skattemyndighetene å påvise.⁵³ Vurderingstemaet er om skatteyterens inntekt eller formue er redusert i forhold til et tilsvarende tilfelle hvor det ikke foreligger interessefellesskap mellom partene, og vilkåret er et direkte utslag av armlengdeprinsippet.

Hva som ligger i inntektsreduksjon er i forarbeidene definert som «når en transaksjon – eller en samhandel totalt over tid – er økonomisk dårligere for skattyteren enn den ville ha vært i et uavhengig forhold».⁵⁴ Inntektsreduksjon foreligger med andre ord i tilfeller hvor det er en forskjell mellom skattyters faktiske oppnådde skattepliktige inntekt eller formue og den

⁵⁰ Skaar m.fl. (2006) s.344

⁵¹ Se eksempelvis Rt.2006 s.1537 (Dillerud-dommen) hvor Høyesterett kom frem til at det forelå interessefellesskap mellom to deltagere i et ansvarlig selskap.

⁵² Se sktl. §13-1 (2)

⁵³ Naas m.fl., (2017) s.972

⁵⁴ Ot.prp.nr.26 (1980-1981) s.66

skattepliktige inntekt eller formue som skattyter ville ha hatt dersom armlengdeprinsippet hadde blitt benyttet i transaksjonen.⁵⁵

Selv om konsernselskapene er selvstendige rettssubjekter vil et konsernforhold kunne medføre at transaksjoner mellom de juridiske enhetene ikke alltid er basert på hva som vil være best for det enkelte selskapet, men heller hva som vil tjene konsernenheten. En slik forbindelse kan medføre et spenningsforhold mellom selskapene innenfor det samme konsernet ved fastsettelse av internpriser.

Forarbeidene oppgir at måten inntektsreduksjonen har skjedd på er «uten betydning», men at det kan oppstå som følge av «uriktig prisfastsetting på varer, tjenester eller andre ytelser, unaturlig høy lånefinansiering m.v».⁵⁶ Listen er i ikke uttømmende og inntektsreduksjon kan også forekomme på andre måter.⁵⁷ Utgangspunktet må derfor være at *enhver* inntektsreduksjon som har skjedd som følge av interessefellesskapet, kan gi grunnlag for justering.

Fordi det til tider vil være vanskelig å fastsette en helt konkret pris, vil det ofte tillates et intervall der hvor dette gir det beste sammenligningsgrunnlaget for de nærstående transaksjonene i forhold til de uavhengige. Dermed erkjenner man at uavhengige foretak som deltar i sammenlignbare transaksjoner under sammenlignbare omstendigheter, ikke nødvendigvis vil bli enige om samme pris og vilkår i like transaksjoner. Handel forutsetter enighet mellom partene, og det vil derfor være naturlig at pris og vilkår i tilsvarende tilfeller vil kunne avvike noe. I stede for å fokusere på å finne frem til helt korrekt pris fokuserer man heller på om en pris er innenfor en ramme av akseptable priser. Vilkåret anses oppfylt dersom prisen avviker⁵⁸ fra markedspris.

⁵⁵ Skaar (2006) s.352

⁵⁶ Ot.prp.nr.26 (1980-1981) s.66

⁵⁷ Ibid. Jf. «m.v»

⁵⁸ Utenfor det angitte prisintervallet

Bevisbyrden for at det foreligger inntektsreduksjon ligger hos skattemyndighetene. Likevel har det den siste tiden blitt gitt mer ansvar til skattyter gjennom et utvidet krav til dokumentasjon på at de konserninterne prisene er foretatt på armlengdes avstand. Når det skal påvises inntektsreduksjon er det ingen krav om at denne reduksjonen må være åpenbar eller vesentlig.⁵⁹

Årsakssammenheng

Til slutt må det foreligge en årsakssammenheng mellom de to nevnte vilkårene. Reduksjonen av inntekten eller formuen til skatteyter må være en følge av at det forelå interessefellesskap, jf. ordlyden «på grunn av» i første ledd. Vilket vil som normalt være oppfylt dersom inntektsreduksjonen sammenlignet med en tilsvarende ukontrollert transaksjon kan påvises, fordi det er situasjonen uten interessefellesskap som er sammenligningsgrunnlaget når det skal fastslås om inntektsreduksjonsvilkåret er oppfylt.⁶⁰

Skattemyndighetene må med andre ord påvise at det foreligger interessefellesskap og inntektsreduksjon.⁶¹ Dersom det kan påvises interessefellesskap og reduksjon i inntekt eller formue vil det normalt knytte seg liten tvil til om det også foreligger årsakssammenheng. Høyesterett uttalte i relasjon til årsakssammenheng at «et bærende synspunkt er om disposisjonen først og fremst er begrunnet i interessefellesens, og ikke selskapets egen, interesse».⁶² Vurderingen knytter seg dermed til om disposisjonen er foretatt på grunn av interessefellesskapet fremfor selskapets egne gevinst.

Det er verdt å nevne at det i juridisk teori er argumentert for at kravet til årsakssammenheng inngår i inntektsreduksjonsvilkåret og at det dermed kun er to vilkår.⁶³ Bakgrunnen for denne argumentasjonen er at vilkåret om årsakssammenheng i praksis sjeldent problematiseres.

⁵⁹ Se Rt.2001 s.1264 (Agip-dommen)

⁶⁰ Naas m.fl., (2017) s.974

⁶¹ Bjerke (1997) s.138

⁶² HR-2014-1293-A, avsnitt 18

⁶³ Beck og Bullen, «Årsakssammenheng og inntektsreduksjon i skatteloven §13-1 første ledd», (2018)

3.3 Internasjonal forankring - OECD

3.3.1 OECD modellavtale artikkel 9

I alle skatteavtaler som Norge har inngått etter 1963,⁶⁴ inneholder bestemmelser om at transaksjoner som krysser landegrensene skal inngås i tråd med armlengdeprinsippet. Disse bestemmelsene bygger på modellavtalen artikkel 9 (1). Bestemmelsen omhandler foretak med fast tilknytning til hverandre, eksempelvis morselskap og datterselskap. Videre åpner bestemmelsen, i likhet med sktl. §13-1, opp for at ligningsmyndighetene kan forhøye et foretaks skattbare inntekt dersom enten denne er redusert som følge av det økonomiske tilknytningen til det andre foretaket, eller det er avtalt «særlige forretningsvilkår» som ikke tilsvarer vilkår som ville vært avtalt mellom uavhengige foretak under tilsvarende omstendigheter.⁶⁵ Dette gjelder for justeringer hvor formålet med reklassifiseringen er å prise den reklassifiserte transaksjonen.⁶⁶ I slike tilfeller skal det forretningsvilkåret som er anvendt i transaksjonen erstattes med et vilkår som stemmer overens med armlengdeprisen.⁶⁷

I tillegg har OECD publisert en kommentert utgave av modellavtalen, hvor det gis nærmere veiledning ved anvendelsen av art.9 og armlengdeprinsippet. I den kommenterte utgaven fremgår det at art.9 gir uttrykk for anerkjente og omforente prinsipper. Imidlertid følger det lite veiledning for anvendelsen av armlengdeprinsippet, hvilket er bakgrunnen for utgivelsen av OECDs retningslinjer for internprising av flernasjonale foretak og skattemyndigheter.

Imidlertid har det vært omdiskutert hvilken vekt kommentarene til artikkel 9 kan tillegges i rettslig sammenheng, og oppstår først og fremst ettersom kommentarene synes å ha større praktisk betydning enn hva som følger etter Wienkonvensjonens system om forarbeider.⁶⁸

⁶⁴ Ot.prp.nr.62 (2006-2007) s.9

⁶⁵ Prop.14 S (2015-2016), s.4

⁶⁶ Se OECD TPG 2017, pkt.1.122 om *strukturelle justeringer*. Typiske eksempler på strukturelle justeringer har vi i de såkalte tynn kapitalisering sakene, hvor man for skattemessige formål reklassifiserer den delen av lånet låntaker ikke har lånekapasitet til å påta seg. På denne måten avskjærer man deler av rentekostnadene til låntakeren.

⁶⁷ Jf. sktl. §13-1

⁶⁸ Zimmer, «Internasjonal inntektsskatterett», (2009) s.78

Reglene om traktatolkning som følger av konvensjonens art.31 legges til grunn, til tross for at Norge ikke har ratifisert konvensjonen, ettersom at den er en kodifisering av folkerettslig sedvane.⁶⁹ Høyesterett har uttrykt at «mønsteravtalen, [...] også kommentarene til denne, må vege tungt»⁷⁰. I tillegg er disse kommentarene vedtatt som «recommendations» av OECD,⁷¹ og det kommentarene er relevante i ved tolkningen av internrett. Modellavtalen har dessuten blitt lagt betydelig vekt på i en rekke andre høyesterettsavgjørelser.⁷²

Flertallet av bilaterale avtaler Norge har inngått er basert på OECDs modellavtale.⁷³ I de tilfeller Norge har benyttet OECDs modellavtale om mønster for inngåelse av bilaterale avtaler, vil kommentarene til modellavtalen være av «great assistance in the application and interpretation of the convention».⁷⁴ Det pålegges imidlertid ingen juridisk bindende forpliktelser for medlemslandene til å følge kommentarene, men dersom det ikke er fremsatt reservasjoner mot anbefalingene forventes det likevel en viss grad av etterlevelse.⁷⁵ At modellavtalen ikke er juridisk bindende medfører ikke automatisk at den ikke er av rettslig betydning ved tolkning av skatteavtaler. Det følger klart av kommentarene til mønsteravtalen at skattemyndighetene «gives great weight to the guidance contained in the Commentaries».⁷⁶ Tilsvarende gjelder for de avgjørelser som blir vedtatt i nasjonale domstoler,⁷⁷ og norske domstoler utgjør intet unntak.⁷⁸ På dette grunnlag konkluderes det med at modellavtalens kommentarer må tillegges stor rettskildemessig vekt ved tolkning av skatteavtaler som bygger på mønsteravtalen.

⁶⁹ Rt.2008 s.577 (Sølvik)

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Zimmer (2009) s.79

⁷² Se Rt.1994 s.752, Rt.2011 s.1581

⁷³ Skatteavtaler mellom Norge og andre stater, 03. 03. 2022

⁷⁴ Kommentarer til OECDs mønsteravtale, (2017), pkt.29

⁷⁵ Vogel, Reimer, Rust, “Klaus Vogel, Ekkhard Reimer and Alexander Rust, Klaus Vogel on Doble Taxation Conventions”, (2015) s.47

⁷⁶ Kommentarer til OECDs mønsteravtale, (2017), pkt.29.1

⁷⁷ Ibid. se pkt.29.3

⁷⁸ Se rt.2008 s.577 avsnitt 49

3.3.2 Hva er OECD?

Forkortelsen OECD står for Organisation for Economic Co-operation and Development, og oversettes til organisasjon for økonomisk samarbeid og utvikling. Organisasjonen består, per januar 2020, av 36 medlemsland, og er et viktig internasjonalt forum som i hovedsak har som oppgave å fremme økonomisk vekst, samt stabilisere økonomien, og å bidra til å utvide verdenshandelen mellom medlemslandene. Det er dessuten et stort fokus på innenrikspolitiske spørsmål som har virkninger over landegrensene, eksempelvis skatterettslige spørsmål og problemstillinger. Gjennom å drøfte disse problemstillingene med hverandre får medlemslandene et bedre grunnlag for å utforme politiske virkemidler som igjen bidrar til å sikre økonomisk vekst og sosial trygghet for sine borgere. Organisasjonen har ikke overnasjonal myndighet eller utlånsmidler, men baserer seg heller på frivillige studier av medlemslandenes politikk.

3.3.3 OECD Transfer Pricing Guidelines

Internprising har lenge vært i fokus i OECD, og i den anledning har det blitt publisert retningslinjer⁷⁹ for internprising for flernasjonale foretak og skattemyndigheter.⁸⁰ Disse retningslinjene har som utgangspunkt at internpriser for skatteformål skal fastsettes til den pris som ville vært satt mellom uavhengige parter, og er forankret i OECDs mønsteravtale artikkel 9. OECD-rådet utga retningslinjene for første gang i 1995, og har siden den tid kommet med oppdateringer. Hovedformålet med retningslinjene er å sikre mest mulig lik tolkning av armlengdeprinsippet på tvers av jurisdiksjoner, for igjen å redusere sjansen for dobbeltbeskatning.⁸¹

Retningslinjene brukes av norske rettsanvendere i arbeidet med internprising,⁸² og stadfester at armlengdeprinsippet er den internasjonale standarden for internprisregler. Tidligere var det

⁷⁹ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (forkortet OECD TPG)

⁸⁰ Ot.prp.nr.62 (2006-2007) s.5

⁸¹ Naas m.fl., (2017), s.987-988

⁸² Anddal, «OECDs retningslinjer for internprising og norsk rett», (2006) s.53

uklart hvilken vekt man kunne tillegge retningslinjene, før Høyesterett stadfestet i Agip-dommen⁸³ at:

«ved tolkningen og anvendelsen av skatteloven §54 førsteledd (nåværende sktl.§13-1) er det etter min mening, og som anført av partene grunn til å legge vekt på [...] OECDs retningslinjer. [...] Jeg antar at skatteloven §54 førsteledd sammenholdt med de kortfattede uttalelser om «det såkalte arms lenght-prinsipp» i lovforarbeidene, jf. Ot.prp.nr.26 (1980-1981) side 56, og med rettspraksis, i prinsippet er uttrykt for det samme som fremgår av OECDs retningslinjer. Det er derfor ikke tale om noen innskrenkende eller utvidende tolkning av lovbestemmelsen når OECDs retningslinjer tillegges betydning. Men retningslinjene gir et mer presist uttrykk for innholdet i skatteloven §54 førsteledd.»⁸⁴

Uttalelsene i dommen har langt på vei gitt opphav til dagens vektlegging av retningslinjene.⁸⁵ Fra og med inntektsåret 2008 ble det vedtatt et nytt fjerdeledd i sktl. §13-1 som skulle formalisere retningslinjenes status ytterligere, hvilket ble bekreftet i Shell-dommen⁸⁶. Høyesterett legger dermed forsterkede bindinger på skattemyndighetenes mulighet for skjønnsjustering i saker som omhandler internprising.

Skatteloven §13-1 er dermed blitt bindeleddet mellom norsk internprisingsrett og OECDs retningslinjer ettersom at retningslinjene til OECD, i fjerde ledd av bestemmelsen, er gitt lovfestet innflytelse ved anvendelsen av sktl. §13-1.⁸⁷ Armlengdeprinsippet og internprisingsregelen i sktl. §13-1 skal tolkes i lys av retningslinjene for internprising av flernasjonale selskaper dersom en skatteavtale foreligger, og etter lovens ordlyd bør tilsvarende vekt også tillegges der slik avtale ikke foreligger.

⁸³ Rt.2001 s.1264

⁸⁴ Ibid. se s.1277-1278

⁸⁵ Andal (2006) s.58

⁸⁶ HR-2020-1130-A, avsnitt 42-43

⁸⁷ Se sktl. §13-1 (4) hvor det fremgår at retningslinjene for internprising fastsatt av OECD skal tas hensyn til.

3.3.4 Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)

BEPS er et internasjonalt samarbeid med skattemyndighetene i OECD- og G20-landene⁸⁸ for å motvirke overskuddsflytning og uthuling av medlemslandenes skattegrunnlag.⁸⁹ Samarbeidet skal dermed motvirke multinasjonale konserns mulighet til å flytte overskudd og inntekter fra høyskatt land til såkalte skatteparadiser. Prosjektet består av en rapport bestående av 15 tiltakspunkter og er et resultat av at nasjonale skatteregler ikke har klart å henge med i utviklingen av globale selskapsstrukturer.

Noen av anbefalingene under BEPS-prosjektet er minimumsstandarder som alle forpliktete land må gjennomføre, mens de resterende er valgfrie.⁹⁰ Anbefalingene omfatter styrking av nasjonalt regelverk og endring i skatteavtalene medlemslandene inngår. BEPS-rapporten har foreslått konkrete endringer i retningslinjene til OECD, hvorav hovedtrekkene går ut på at inntekter i større grad skal tilordnes og skattlegges i det landet verdiskapningen faktisk skjer, altså den økonomiske realiteten, heller enn der verdiskapningen formelt sett har skjedd.

Tiltakspunktene 8, 9 og 10 inneholder derfor veiledning, samt klargjøring av hvordan man kan styrke de allerede eksisterende standardene som foreligger for armlengdeprinsippet. Rapporten inneholder revisjoner av OECDs retningslinjer for internprising, hvor fokuset er på følgende tre nøkkelområder; immaterielle eiendeler⁹¹, risk og kapital⁹², og høyrisktransaksjoner⁹³.

Et av hovedmålene i prosjektet er dessuten å sikre større åpenhet innen internprising, hvilket følger av tiltakspunkt 13. For å oppnå dette må dokumentasjon av internprising standardiseres samt gjøres enklere for å sikre tilstrekkelig grad av transparens. Det er i den anledning foreslått endring i reglene for rapportering av internprising ved å innføre standardrapportering for

⁸⁸ G20 er et internasjonalt samarbeidsforum mellom de 19 landene som har definert seg selv og hverandre som de viktigste økonomiene i verden, samt EU. G20 står for 80% av verdens BNP.

⁸⁹ OECD TPG 2022 – kapittel 6

⁹⁰ Prop. 58 S (2020-2021) s.6

⁹¹ BEPS action 8

⁹² BEPS action 9

⁹³ BEPS action 10

internprisingsformål, hvilket må bestå av en «master file»⁹⁴, en «local file»⁹⁵ og en «land-for-land-rapport»^{96,97}. Det overordnede formålet med land-for-land rapporteringen er at det skal kunne danne grunnlag for overordnede risikoanalyser og statistikk.

Tiltakspunkt 13 gir dermed nye krav til dokumentasjon av internprising, og dokumentasjonsendringene vil medføre økt etterlevelseshets- og dokumentasjonsbyrde for mange skattytere. Disse informasjonskravene går foreløpig lenger enn det som følger av gjeldende lovgivning, og vil dermed gi skattemyndighetene større innsikt i den globale virksomheten til konsernene samt deres interne retningslinjer for internprising. Dette kan medføre at etterlevelseshetsbyrden for konserner som omfattes av reglene vil øke betraktelig.

Rapporten har dessuten resultert i en oppdatert versjon av OECDs retningslinjer fra 2017, nemlig 2022 versjonen av retningslinjene hvor det er gjort en rekke spesifiseringer og justeringer. Retningslinjene som behandles videre vil være en konkretisering av armlengdeprinsippet.

⁹⁴ Rapport med informasjon om global informasjon om et multinasjonalt konsern, inkludert spesifikk informasjon om immaterielle eiendeler og finansielle aktiviteter. Filen skal være tilgjengelig for alle relevante skattemyndigheter.

⁹⁵ Rapport med detaljert informasjon om alle konserninterne transaksjoner til den bestemte konsernenheten i hvert land.

⁹⁶ Rapport om inntekt, skatter betalt, og mål for økonomisk aktivitet.

⁹⁷ BEPS action 13

4 Kontroll over risiko som et armlengdekonsept

4.1 Innledende bemerkninger

Som følge av BEPS-prosjektet ble det gjort flere endringer i OECDs retningslinjer for internprising. Spørsmålet om man kan anvende de oppdaterte retningslinjene også for transaksjoner foretatt i årene før endringene, er i tråd med Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov regler om tilbakevirkende kraft, har oppstått.⁹⁸

Dersom endringene som er foretatt anses å være i tråd med armlengdeprinsippet, slik det fremgår av modellavtalens artikkel 9, vil de i utgangspunktet være i tråd med Grunnloven §97. Endringene hevdes å være presiseringer av armlengdeprinsippet, men de endrer også betydelige premisser for de vurderingene som skal foretas under en kontrollert transaksjon. Det kan dermed hevdes at endringene i retningslinjene medfører endringer av materiell betydning. I teorien er det antatt at endringen av retningslinjene vil kunne medføre overskuddsallokeringer som ikke er i tråd med armlengdeprinsippet.⁹⁹ Dersom retningslinjene medfører endringer som ikke er i tråd med det som følger av modellavtalens artikkel 9 vil de Grunnlovens regler om tilbakevirkende kraft.

Etter revisjonen av retningslinjene ble armlengdeprinsippet enda viktigere, og fokuset på hvilken part som har kontroll over risikoen i kontrollerte transaksjoner ble større. I den anledning ble det utviklet en seks-trinns-prosess for å analysere risiko, hvor trinnene er 1) identifisering av den økonomiske risikoen, 2) kontraktmessig overtagelse av risiko, 3) funksjonsanalyse av risikoen, 4) tolkning av punkt 1-3, 5) omfordele risikoen, og 6) prise den kontrollerte transaksjonen.¹⁰⁰

⁹⁸ Grunnloven §97

⁹⁹ Se Hafkenscheid, «The BEPS Report on Risk Allocation: Not So Functional», (2017) s.19, 23 og 24. Se også Schoueri, “Arm’s Length: Beyond the Guidelines of the OECD” s(2015) s.714-715.

¹⁰⁰ OECD TPG 2022 pkt.1.60

Kontroll som et konsept er ikke nytt i retningslinjene, og tilknytningen mellom kontroll over risiko og risikoallokering ble introdusert i retningslinjene allerede i 1999,¹⁰¹ og videre fulgt opp under 2010 retningslinjene.¹⁰² Under revisjonen av retningslinjene i 2010 ble et nytt kapittel inkludert, kapittel 9 om rekonstruering; og tilknytningen mellom kontroll og risiko ble utviklet ytterligere.¹⁰³ I retningslinjene fra 2017 fikk kontroll over risiko en enda større betydning, hvilket gjenspeiles i antall paragrafer i retningslinjene som skal håndtere risiko i relasjon til kontrollerte transaksjoner.

Risikostyring og det å ha kontroll over en risiko er definert i retningslinjene, hvor det henholdsvis er listet opp tre elementer som må anses oppfylt. Imidlertid må kun de første to elementene være oppfylt for at en part skal oppfylle kravene for å ha kontroll over risikoen.¹⁰⁴

«(i) the capability to make decisions to take on, lay off, or decline a risk-bearing opportunity, together with the actual performance of that decision-making function, (ii) the capability to make decisions on whether and how to respond to the risks associated with the opportunity, together with the actual performance of that decision-making function, and (iii) the capability to mitigate risk, that is the capability to take measures that affect risk outcomes, together with the actual performance of such mitigation»¹⁰⁵

Ved risikoallokering må også kontroll over risikoen overføres til den part som påtar seg risikoen. Imidlertid er det ikke slik at en risikoallokering automatisk er foretatt i tråd med armlengdeprinsippet. Spørsmålet om hvorvidt denne kontrolltesten reflekterer armlengdeprinsippet, beror på om man kan anta at en uavhengig part som påtar seg en betydelig økonomisk risiko under en transaksjon vil ha evnen til å vurdere de sannsynlige konsekvensene av denne risikoen og dermed kunne fastslå vilkårene for vedkommende transaksjon.¹⁰⁶ En slik forutsetning er rimelig, og kontrolltesten vil sies å være i tråd med armlengdeprinsippet.

¹⁰¹ OECD TPG 1999 pkt.1.27

¹⁰² OECD TPG 2010 pkt. 1.49

¹⁰³ Hickman, "Arm's length principle mutations: control of risk in the OECD guidelines and variations in practice", (2021)

¹⁰⁴ OECD TPG 2022 pkt.1.65

¹⁰⁵ Ibid. pkt.1.61

¹⁰⁶ Hickman (2021)

Bakgrunnen for at risikostyring og hvor risikoen plasseres spiller en stor rolle etter BEPS-rapporten og retningslinjene, er først og fremst fordi risiko som en signifikant funksjon gjenspeiler den enkelte deltakers andel av samordningsfunksjonen innad i konsernet. Det er tale om en gevinst som opparbeides som følge av konsernets enhetlige opptreden og felles innsats. Det fremgår av retningslinjene at dersom risikoplasseringen ikke stemmer overens med de faktiske forholdene, vil det foretas en risikoallokering, hvilket er en del av delineation-prosessen.¹⁰⁷

Under punkt 6 vil det gjennomgås nærmere hva som skal til for at vilkårene for å ha kontroll over er oppfylt

4.2 Risikoallokering og BEPS

Som nevnt kort under punkt 3.3.4 om BEPS, er formålet med OECD-prosjektet å forhindre skatteplanlegging gjennom utnyttelse av smutthull i eksisterende skatteregler ved å flytte overskudd til land med lave eller ingen skattesatser, hvor det i realiteten ikke foregår noen økonomisk aktivitet for selskapet, for å unngå store skattebyrder. Selskapets reelle funksjon blir igjen i land hvor det er høye skattesatser, men risikoen blir flyttet til konsernselskaper i lavskattland. Overskuddet risikoen genererer vil dermed bli værende i lavskattland, og konsernet vil sitte igjen med høyere inntekter da dette overskuddet fra risikoen vil bli beskattet etter reglene for det landet risikoen er flyttet. Den reelle funksjonen og den operative driften vil likevel bli igjen i land med høyere skattesatser. På denne måten flytter konserner rundt på overskuddet for å få sitte igjen med høyere verdier.

At slik aktivitet tidligere har vært antatt å være i tråd med skattereglene har vært en utfordring i det internasjonale skattesamfunnet. BEPS-samarbeidet gir uttrykk for at selskapet har anvendt internprisreglene på en måte hvilket har medført et utfall hvor allokeringen av overskuddet ikke

¹⁰⁷ OECD TPG 2022 pkt.1.60, punkt 5

er på linje med den økonomiske aktiviteten som ga overskuddet.¹⁰⁸ Slik aktivitet er med på å undergrave skatteregimer fordi selskapene organiserer virksomheten sin på tvers av skattejurisdiksjoner, og er et middel for å oppnå konkurransefortrinn.

Under BEPS' tiltaksplan 8-10 har OECD kommet med en endelig rapport om allokering av inntekt på grunnlag av økonomisk aktivitet og utøving av verdiskapende funksjoner.¹⁰⁹ Rapporten utgjør en veiledning for hvordan selskaper skal kompenseres for deltakelse i virksomheten, med formål om å sikre enhetlig etterlevelse av tiltakspunktene. Gjennom å oppdatere retningslinjene for internprising ønsker OECD bl.a. å fjerne selskapers insentiver til å flytte verdifulle immaterielle eiendeler og andre verdiskapende funksjoner til skatteparadiser.¹¹⁰ I tillegg er det et ønske om å forhindre kontraktmessig allokering av risiko, og profitten forbundet med dette, der det ikke stemmer overens med den underliggende økonomiske realiteten.¹¹¹

At aktiviteten mellom selskaper på tross av landegrenser øker, hefter det ingen tvil om. Den økende veksten forutsetter imidlertid at det internasjonale skattesamfunnet følger utviklingen og søker etter løsninger på globale utfordringer, samt forener statene gjennom utvikling av felles skatteregler.¹¹² Dersom OECD- og G20-landene samarbeider med å utvikle og implementere oppdateringene av de internprisreglene som fremgår av OECD TPG, vil det forventes at en større del av overskuddet blir værende i de jurisdiksjonene verdiskapningen faktisk er foretatt, heller enn å flyttes på tvers av landegrensene for å søke å øke den totale profitten til konsernet. Videreutvikling av internasjonale skattestandarder er derfor ytterst nødvendig fordi reglene, uten oppdateringer, vanskelig holder følge med den teknologiske utviklingen og konserners organisering av deres virksomhet.¹¹³

¹⁰⁸ OECD, Executive Summaries (2015), s.27

¹⁰⁹ Aliening Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Action 8-10 (2015)

¹¹⁰ OECD, Executive Summaries (2015), s.27-28

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Aliening Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Action 8-10 (2015) s.3

¹¹³ OECD 2013, Action Plan, s.13

Bilaterale avtaler land imellom har vist seg effektive på enkelte områder av skatteretten, blant annet for å unngå dobbeltbeskatninger. Likevel har ikke disse avtalene vært tilstrekkelige i kampen mot unnvikelse av beskatning i tilfeller hvor land opererer i flere enn to land. BEPS-samarbeider har på dette området vist seg å være særlig viktig for å hindre og motvirke utnyttelsen av systemet i forsøket på å oppnå lavest mulig totalbeskatning av konsernet gjennom å flytte kontroll over risikoen, og dermed retten til overskuddet denne risikoen genererer, til land hvor det er mest gunstige skatteregler.

4.3 Armlengdeprinsippets betydning etter BEPS

Armlengdeprinsippet var, i retningslinjene fra 1995, kun begynnelsen på en løsning på problemene knyttet til overskuddsforflytning. Imidlertid strakk ikke prinsippet helt til, da selskaper hadde mulighet til å inngå avtaler hvor man separerte risikoen knyttet til verdiskapningen fra de reelle funksjonene.¹¹⁴ Selskaper har derfor kunnet flytte risikoen til lavskattland for å øke profitt og minimere eventuelt tap dersom risikoen skulle materialisere seg, samtidig som den reelle funksjonen har blitt igjen i høyskattland. Slik forflytning av verdier kan, i betydelig grad, påvirke skattegrunnlaget til multinasjonale konserner ettersom at fordelingen av overskuddet under armlengdeprinsippet baserer seg på verdien av bidragene til hvert enkelt konsern-selskap.¹¹⁵ Overskuddsforflytningen vil dessuten utgjøre en byrde for flere lands totale skattegrunnlag,¹¹⁶ ettersom verdier blir plassert i skatteparadis og inntekten der den faktisk skapes går tapt.

Etter BEPS-rapporten så man endringer i retningslinjene for internprising fra OECD, og armlengdeprinsippet fikk en annen betydning enn det tidligere hadde hatt. Armlengdeprinsippet i retningslinjene fra 2015 har gått fra å være kun en prisstandard til at overføringsprisen samt visse aspekter av den kontrollerte transaksjonen må være foretatt på armlengdes avstand.¹¹⁷

¹¹⁴ Wittendorff, "BEPS Action 8-10: Birth of a New Arm's-Length Principle", (2016), s.332

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Særlig land med høyere skattesatser

¹¹⁷ OECD TPG 1995 sml. OECD TPG 2015

Oppdateringene er ment å sikre overskuddsfordeling mellom tilknyttede foretak og deling av skatterettigheter mellom nasjoner, i samsvar med verdiskaping.¹¹⁸

Ved å fremme funksjoner utført på bekostning av kontraktsfestet risikoallokering og juridisk eierskap til immaterielle eiendeler, skal de nye retningslinjene gjøre skatteplanlegging basert på separat enhetstilnærming og separasjon av funksjoner fra risiko vanskelig. Håpet var at overskuddet skal omdisponeres fra lavskatteland til høyskatteland.

Etter revisjonen av retningslinjene fortsetter funksjoner, risikoer og eiendeler å være det avgjørende ved allokering av overskudd. I den anledning er det gjort sentrale endringer, både for risikoallokering og overskuddsfordeling. Retningslinjene fra OECD etter 2015 ser bort fra risikofordeling som følger av kontrakt dersom den er i strid med de faktiske forholdene til partene, og tar heller stilling til de faktiske forholdene partene imellom i tillegg til partenes økonomiske kapasitet til å bære risikoen forbundet med transaksjonen.¹¹⁹ Dersom det foreligger en uoverensstemmelse mellom de faktiske forholdene og det som kontraktsmessig fremgår, vil det opprettes en ny kontrollert transaksjon for å overføre risikoen mellom de tilknyttede virksomhetene. Man har derfor skiftet fokus fra *de rettslige forholdene*, og en kontraktbasert-tilnærming, til å se på de *faktiske forholdene* i transaksjonen.

For å undersøke om risikoplasseringen er foretatt i tråd med armlengdeprinsippet, må man undersøke om de tilsvarende det en uavhengig part ville akseptert. Denne prosessen er omtalt som delineation og utgjør rammeverket for å analysere transaksjoner mellom tilknyttede virksomheter. Etter revisjonen av retningslinjene i 2015 ble det lagt større vekt på denne prosessen, og den utgjør derfor et viktig verktøy når man skal undersøke om de foretatte risikoallokeringene er tilsvarende det uavhengige parter ville godtatt.

¹¹⁸ Wittendorff (2016), s.331

¹¹⁹ Ibid. s.332

4.4 Større fokus på kontroll over risiko

Det fundamentale utgangspunktet etter armlengdeprinsippet er at partene i den kontrollerte transaksjonen skal kompenseres for de funksjoner, eiendeler eller risiko partene har ytt i den kontrollerte transaksjonen. Basert på en funksjonsanalyse av partenes bidrag av funksjoner, eiendeler og risiko, vil transaksjonen foretatt mellom nærstående foretak sammenlignes med en ukontrollert transaksjon av tilsvarende økonomisk karakter.¹²⁰ Tidligere har retningslinjene åpnet opp for at nærstående foretak har kunnet plassere risikoen i selskaper i land hvor driften egentlig ikke er operativ, gjennom kontraktbaserte avtaler. På denne måten har risikoplasseringen bidratt til å flytte overskuddet risikoen genererer over landegrenser, slik at konsernene samlet sett vil få lavest mulig totalbeskatning. Hvor risikoen plasseres har derfor en viktig plass i internprisingsretten, nettopp fordi den er bestemmende for hvor inntjeningen til konsernet skal ligge, men også hvor tap skal plasseres.

Etter BEPS-rapporten har fokuset flyttet seg over på hvem som har den *faktiske* kontrollen over risikoen i transaksjonen, heller enn hvem som juridisk¹²¹ anses å ha kontrollen, hvilket gjenspeiles i de oppdaterte retningslinjene.¹²² De nye retningslinjene konstaterer at kontraktfestet risikoallokering mellom tilknyttede foretak må samsvare med de faktiske forholdene, hvilket er kommunisert mellom partenes kontroll over risikoen og den økonomiske kapasiteten til å påta seg slik risiko.¹²³ Konsekvensene av denne endringen har medført at fokuset på hvilket selskap som har utført funksjoner, og tar sentrale beslutninger for å kontrollere risikoen, har blitt større. Man kan derfor ikke lenger innad i et konsern avtale hvilken part som skal bære risikoen dersom realiteten er at et annet selskap kontrollerer sentrale funksjoner for denne risikoen. I så tilfelle vil det bli foretatt en retting av forholdet, hvor risikoen allokeres til den part som har faktisk, og ikke rettslig, kontroll.¹²⁴

¹²⁰ OECD TPG 2022 pkt.1.51

¹²¹ Kontraktbasert regulering av risikofordeling

¹²² OECD TPG 2022

¹²³ Wittendorff (2016), s.336

¹²⁴ I tråd med OECD TPG pkt.1.98

Tidligere har virksomheter kunnet regulere hvem som skal bære risikoen seg imellom gjennom kontrakter, hvilket har kunnet avvike fra de faktiske forholdene. Dette åpnet for opprettelse av «tomme» selskaper, hvor det i realiteten ikke er noen økonomisk aktivitet, og hvor formålet kun var å flytte risiko og overskudd til land med lav beskatning for å øke den totale fortjenesten til konsernet. I slike tilfeller vil det ikke nødvendigvis være sann at selskapet som, etter kontrakten, har ansvaret for risikoen, også har finansiell kapasitet til å stå ansvarlig dersom risikoen skulle realisere seg. Dette medførte at konsernet kunne slå det nyopprettede selskapet konkurs, uten å tape mer enn egenkapitalen for å opprette selskapet. Fokuset har etter BEPS-prosjektet blitt flyttet fra å kun se på de rettslige konstruksjonene og heller gjelde den økonomiske realiteten ved slike konserninterne transaksjoner.

5 Risikoallokering

5.1 Innledning

Risikoallokering innebærer en forflytning av risiko mellom selskaper. Det å ha en risiko vil kunne medføre fortjeneste, men det foreligger også risiko for tap av de verdiene man har investert i transaksjonen risikoen medfølger. Risiko er en viktig del av internprising fordi den er bestemmende for hvor inntjeningen som følge av investeringen av transaksjonen skal ligge, og hvor tapet, dersom det skulle oppstå, skal plasseres. For å undersøke om en risikoallokering er i tråd med armlengdeprinsippet må det foretas en risikoanalyse. En slik analyse skjer i tråd med punktene som nevnt under første avsnitt i kapittel 5.1.

Risikoanalysen er en viktig del av funksjonsanalysen, hvilket spiller en avgjørende rolle i internprisingsretten. I hovedsak går risikoanalysen ut på tanken om at desto flere utførte funksjoner, ressurser benyttet og risiko påtatt, desto høyere avkastning er forventet av transaksjonen.¹²⁵ Dersom risikoen er plassert et annet sted enn den reelt sett foreligger, vil det foretas en risikoallokering i tråd med armlengdeprinsippet. Hvor risikoen plasseres vil være avgjørende for hvor eventuelle skattebyrder, og skattekompensasjoner plasseres.

Funksjonsanalysen vil ikke være fullstendig med mindre de antatte materielle risikoene hos alle parter er identifisert og undersøkt, ettersom risikoen vil kunne ha en påvirkning på pris og vilkår ved den kontrollerte transaksjonen.¹²⁶ Risiko og fordeling av risiko fremgår innledningsvis i retningslinjene for internprising kapittel I D under veiledning for anvendelse av armlengdeprinsippet, og i kapittel IV om rekonstruering av virksomheter. Under funksjonsanalysen som fremgår i kapittel I, må det tas hensyn til hvilke funksjoner partene har utført, den antatte risikoen, og partenes eiendeler.¹²⁷ Fordi fokuset på risiko har blitt utvidet, er det er nå viet hele

¹²⁵ CIAT (2018)

¹²⁶ OECD TPG 2022 pkt.1.56

¹²⁷ Wittendorff (2016), s.336

15 sider til risiko og vurderingen av dette.¹²⁸ Til sammenligning var risiko kun omtalt på cirka halvannen side før retningslinjene ble revidert i 2010.¹²⁹ Dermed har risiko blitt en sentral del av funksjonsanalysen, også når det gjelder rekonstruering av virksomheter.

Etter revisjonen av retningslinjene er risiko definert som «the effect of uncertainty on the objectives of the business».¹³⁰ Etter ordlyden vil enhver form for risiko måtte hensyntas til når den kontrollerte transaksjonen skal vurderes. Dessuten fremgår det av juridisk teori at risikoen vil være relevant i tilfeller hvor den er tilstrekkelig spesifisert og av betydelig økonomisk grad, fordi dette innebærer at risikoen kan påvirke foretakets faktiske inntjening dersom den materialiseres.¹³¹

Kapittel IV om rekonstruering av virksomheter kom inn i retningslinjene i 2010, og er senere revidert i 2017.¹³² Kapittelet er delt inn i to hoveddeler; «del I: Arm's length compensation for the restructuring itself», og «del II: Remuneration of post-restructuring controlled transactions». Innledningsvis i kapittelet fremgår det at rekonstruering ofte innebærer en sentralisering av immaterielle eiendeler, risiko eller funksjoner, med tilknyttede inntjeningspotensial.¹³³ En rekonstruering innebærer at ansvar overføres mellom partene involvert. Derfor vil en grunnleggende del av funksjonsanalysen være en analyse før og etter rekonstrueringen.¹³⁴ Hvordan ansvaret er fordelt mellom partene må kartlegges før det kan vurderes om ansvarsfordelingen har medført endringer, og i så fall om disse endringene er foretatt i tråd med armlengdeprinsippet.¹³⁵

¹²⁸ Wittendorff (2016), s.336

¹²⁹ OECD TPG 2010

¹³⁰ OECD TPG 2022 pkt.1.71

¹³¹ Verlinden, Ledure og Dessy, «The Risky Side of Transfer Pricing: The OECD Base Erosion and Profit Shifting Reports Sharpen the Rules on Risk Allocation under the Arm's Length Principle», (2016) s.110

¹³² Naas mfl. (2017), s.1113

¹³³ OECD TGP 2022 pkt.9.2

¹³⁴ Ibid. pkt.9.19

¹³⁵ Naas mfl. (2017) s.1114

Etter retningslinjene fra 2015 ble fordeling av risiko et sentralt tema, både under kapittel I og IV. Likevel ble ikke muligheten til å konsolidere retningslinjene om risiko i kapitlene benyttet.¹³⁶ Dette medførte for det første et upraktisk dobbeltoppsett, og for det andre inkonsekvenser i anvendelsen av retningslinjene. I retningslinjene fra 2022 er det foretatt en retting, og dette er nå konsolidert hvor det i kapittel IV i stor grad vises til retningslinjene om risiko som fremgår i kapittel I.¹³⁷

Etter de nye reglene betyr ikke kontroll over risiko evnen til å påvirke utfallet, men heller den beslutningen en part tar om å bli eksponert for risikoen og muligheten til å reagere deretter, hvilket fremgår klart i retningslinjene:

«References to control over risk should not necessary mean that the risk itself can be influenced or that the uncertainty can be nullified. *Some risks cannot be influenced*, and are a general condition of commercial activity affecting all businesses undertaking that activity. [...] Instead control over risk should be *understood as the capability and authority to take on the risk, and to decide whether and how to respond to the risk* [...].¹³⁸ (mine kursiveringer)

Dette kan tolkes dithen at tilknyttede foretak anses å være i stand til å utøve kontroll over alle typer risikoer, og utgjør en sentral forskjell mellom betydningen av kontroll i de respektive kapitlene.¹³⁹ Endringene som er gjort i retningslinjenes kapittel I kan antas å være et forsøk på å dekke uforutsette etterfølgende avkastninger i transaksjoner mellom nærstående foretak.

Tidligere har rettsstilstanden vært slik at det var de kontraktmessige forholdene som var utgangspunktet for vurderingen av transaksjonen, og derfor også ved risikoallokeringer.¹⁴⁰ Fokuset har likevel flyttet seg over på hvem som *faktisk* utøver kontroll over risikoen, og har den finansiell kapasitet til å bære denne risikoen. Dette vil bli behandlet nærmere under kapittel 6 i avhandlingen.

¹³⁶ Wittendorff (2016), s.336

¹³⁷ Se OECD TPG 2022 pkt.9.19 flg.

¹³⁸ Ibid. pkt. 1.67

¹³⁹ Wittendorff (2016), s.336

¹⁴⁰ OECD TPG 1995, dette har også vært tilfellet for 2010 utgaven av retningslinjene. Det var først i 2017 utgaven at reglene om «delineation» ble introdusert.

5.2 Underliggende prinsipper ved risikofordeling

Armlengdeprinsippet er viktig ved risikoallokering fordi det er de samme reglene som gjelder her som ellers ved internprising; den påtatte risikoen må samsvare med en risiko en part ville påtatt seg i en ukontrollert transaksjon. Det må derfor først tas stilling til risikoallokeringen – herunder hvilket selskap som kontrollerer risikoen – før en deretter foretar en sammenlignbarhetsanalyse ved å gå ut i markedet å avdekke prisen på transaksjonen. Dersom risikoen ikke gjenspeiles i det prisen av transaksjonen ville vært på det åpne marked, er den ikke foretatt på armlengdes avstand.

Når det gjelder risikoallokering, er det flere prinsipper som gjør seg særlig gjeldende. OECDs tilnærming til risikoallokering bygger på de underliggende konseptene om moralsk risiko, partenes faktiske oppførsel, kontroll over risiko og finansiell kapasitet til å påta seg risiko, og en avveining mellom risikoen og avkastningen.¹⁴¹ Disse konseptene har vært utgangspunktet for utformingen av reglene under kapittel I, og vil i det følgende gås nærmere inn på. Ved vurderingen av om risikoallokeringen er foretatt på armlengdes avstand er utgangspunktet de faktiske forholdene mellom partene, hvilket også gjenspeiles i disse prinsippene.

5.2.1 De faktiske forholdene mellom partene

Under BEPS-prosjektet var det et mål å samordne internprisingsresultatene med verdiskapningen til multinasjonale konserner. Fokuset hva gjelder resultater ble dermed flyttet fra kontrakter mellom konsernselskaper, og over på den økonomiske virkeligheten mellom partene. Tiltakspunktene 8-10 utgjør blant annet en veiledning for å avgjøre utfallene for internprising i samsvar med den faktiske oppførselen til nærstående parter sett i sammenheng med de kontraktsmessige betingelsene for transaksjonen.¹⁴² Endringen bidrar til å redusere insentivet for multinasjonale konserner til å flytte inntekter til skallselskaper, hvor det kun er noen få

¹⁴¹ Wittendorff (2016) s.336

¹⁴² Aliening Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Action 8-10 (2015), s.13-14

ansatte, og lite eller ingen økonomisk aktivitet, for å dra nytte av jurisdiksjoner med lav eller ingen beskatning.

Det må først klarlegges hvem partene mener *rent faktisk har påtatt seg risikoen* før en deretter vurderer om denne parten *rent faktisk også kontrollerer risikoen*. Utgangspunktet for å kartlegge hvordan ansvaret er fordelt mellom partene er kontrakten partene har inngått, eller eventuelt annen skriftlig dokumentasjon.¹⁴³ Dersom slik avtale ikke eksisterer, eller dersom den ikke stemmer overens med de faktiske forholdene, vil partenes opptreden være utgangspunkt for vurderingen.¹⁴⁴ Bakgrunnen for dette er at partenes oppførsel utgjør det beste beviset for hvor risikoen er plassert. Vurderingen av hvor risikoen ligger vil dermed bero på det faktiske forholdet mellom partene, hvilket også er utgangspunktet etter norsk internrett.

Partenes antagelse av risiko ved transaksjonen har en betydelig effekt på prisen som fastsettes, hvilket dessuten skal være i samsvar med armlengdeprinsippet. Prisordningen vedtatt i kontrakten mellom partene bør derfor ikke alene være bestemmende for hvilken part som påtar seg risikoen.¹⁴⁵ Det er derimot det forhold hvordan partene faktisk håndterer og kontrollerer risikoer som vil avgjøre hvor risikoen faktisk ligger, og derfor den mest hensiktsmessige metoden for internprising.¹⁴⁶ Opptreden til partene vil være en viktig del av kartleggingen av ansvarsfordelingen dem imellom.

I tilfeller hvor et konsernselskap med høy kapital gir eiendeler som finansiering til bruk av et operatørselskap, men selv utfører begrenset aktivitet, er spesifikt adressert i de reviderte retningslinjene. Dersom det kapitalrike selskapet kun kontrollerer den finansielle risikoen relater til finansieringen vil dette selskapet ikke ha krav på noe mer enn en risikofri avkastning,

¹⁴³ Naas mfl. (2017), s.1114

¹⁴⁴ OECD TPG 2022 pkt.1.60 (3), se også pkt.9.20

¹⁴⁵ Ibid. pkt.1.81

¹⁴⁶ Ibid.

eller mindre eksempelvis dersom transaksjonen ikke er kommersiell rasjonell.¹⁴⁷ I et slikt tilfelle vil *retningslinjenes regler om ikke-godkjenning* gjøres gjeldende.

5.2.2 Moralsk risiko

Moralsk risiko er et økonomisk prinsipp som går ut på at man tar større risiko hvis man ikke må bære kostnadene dersom risikoen skulle realiseres seg.¹⁴⁸ Uavhengige foretak vil forsøke å unngå den moralske risikoen som kan oppstå når parter påtar seg ansvaret for en risiko, men mangler muligheten til å styre adferden til den part som står for risikoeksponeringen. Konseptet omfatter de sikkerhetstiltak eller insentivene som uavhengige foretak kan innlemme i kontrakter i et forsøk på å samordne deres interesser, og på denne måten redusere den moralske risikoen som foreligger ved transaksjonen. I transaksjoner mellom uavhengige foretak er det generelt fornuftig å foreta en fordeling av risikoen som gir hver av partene en større andel av risikoene de kan ha kontroll over.

Dersom risikoen utspiller seg vil de uavhengige partene stå ansvarlig for å dekke det tapet som foreligger. Ved kontrollerte transaksjoner kan det derimot være noe annerledes. Det fremgår av retningslinjene at kontraktfestet risikoallokering mellom tilknyttede foretak skal være i samsvar med partenes faktiske opptreden. Dette vil bero på hvilken part som har kontroll over risikoen i tillegg til finansiell kapasitet til å påta seg den.¹⁴⁹ Armlengdeprinsippet garanterer likevel ikke at den moralske risikoen fordeles mellom de avhengige partene på samme måte som ved uavhengige parter, fordi felles kontroll mellom tilknyttede virksomheter vanligvis vil medføre at slik risiko ikke oppstår.

¹⁴⁷ OECD TPG 2022 pkt.1.76

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid. pkt.1.60 (4)

5.2.3 Partenes kontroll over risiko og finansiell kapasitet til å påta seg risiko

Partenes faktiske forhold fremgår av hvilken part som har kontroll over risikoen og finansiell kapasitet til å bære den. Etter retningslinjene består risikostyring av tre elementer: (i) evnen til å ta beslutninger om, forstå eller avslå en risikobærende mulighet, sammen med den faktiske utførelsen av denne beslutningsfunksjonen, (ii) evnen til å ta beslutninger om og hvordan man skal reagere på risiko tilknyttet muligheten, sammen med den faktiske utførelsen av denne beslutningsmyndigheten, og (iii) evnen til å redusere risiko, dvs. evnen til å iverksette tiltak som påvirker utfallet av den antatte risikoen, sammen med den faktiske utførelsen av risikoreduksjonen.¹⁵⁰ *Kontroll over risikoen* krever derimot kun at parten har kapasitet og styrer over de to første punktene nevnt under risikostyring.¹⁵¹

Grunnvilkårene for at en part skal anses å ha kontroll over risikoen er at vedkommende part har «the capability to make decisions to take on [...] or decline a risk-bearing opportunity», i tillegg til «the capability to make decisions on whether and how to respond to the risks associated with the opportunity».¹⁵² Det avgjørende vil i så tilfelle være at parten utøver “the actual performance of that decision-making».¹⁵³ Dette innebærer at det ikke er nødvendig at parten har kontroll over den daglige virksomheten, hvilket kan være en funksjon satt til et annet selskap innad i virksomheten.¹⁵⁴ Å plassere disse funksjonene til et annet selskap vil helt konkret innebære at det selskapet funksjonene outsources til, har mulighet til å utøve delvis kontroll over risikoen gjennom å styre den dagligdagse driften av denne.¹⁵⁵ Den part som utøver disse funksjonene vil likevel ikke være berettiget det overskuddet risikoen genererer utover de funksjonene de utøver.

Der imidlertid disse daglige aktivitetene er videreført til andre selskaper i konsernet, vil det å ha kontroll over risikoen måtte vises gjennom annen aktivitet, som evne til å bestemme formålet

¹⁵⁰ OECD TPG 2022 pkt.1.61

¹⁵¹ Ibid. pkt.1.65

¹⁵² Ibid. pkt. 1.61

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Hickman (2021)

¹⁵⁵ OECD TPG 2022 pkt.1.63

med viderefordelingen av den daglige aktiviteten, mulighet til å bestemme ved ansettelsen av leverandøren for risikoreducerende funksjoner, muligheten til å vurdere om formålet med risikoreduksjonen blir tilstrekkelig møtt, og dersom det er nødvendig, bestemme om kontrakten med leverandøren skal justeres eller avsluttes, sammen med gjennomføringen av slik vurdering.¹⁵⁶

Finansiell kapasitet er i retningslinjene definert som «access to funding to take on the risk or to lay off the risk, to pay for the risk mitigation functions and to bear the consequences of the risk if the risk materialises».¹⁵⁷ Slik vurdering av tilgang på finansiering baserer seg på selskapets eiendeler, og de alternativene «realistically available to access additional liquidity [...] to cover the costs anticipated to arise» dersom risikoen skulle materialiseres.¹⁵⁸ Den parten som påtar seg risikoen må ha tilstrekkelig kapasitet til å bære risikoen ved en eventuell materialisering, og kunne bære kostnadene av denne. Konseptet vil dermed hindre konserner i å kunne plassere risikoen i selskaper som ikke har tilstrekkelig likviditet til å stå ansvarlig dersom risikoen skulle utspille seg.

5.2.4 Vurdering av risiko-avkastning

Risiko-avkastning er et økonomisk konsept som ble introdusert ved oppdatering av retningslinjene i 2015. Konseptet støtter rasjonalet bak å påta seg større risiko, eventuelt avstå fra å påta seg slik risiko, i forventning om økt inntekt tilsvarende den påtatte risikoen.¹⁵⁹ En risikooverføring for internprisingsformål skal ikke anerkjennes utelukkende basert på dette konseptet.¹⁶⁰ Risikoallokeringen bør kun godkjennes dersom begge parter har fått mulighet til å forbedre eller beskytte sin kommersielle eller finansielle stilling gjennom å justere risikoen. Dersom en risikooverføring ikke har endret den kommersielle eller finansielle stillingen til

¹⁵⁶ OECD TPG 2022 pkt.1.65

¹⁵⁷ Ibid. Pkt. 1.64

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Wittendorff (2016) s.338

¹⁶⁰ BEPS action 8, 9 og 10: diskusjonsutkast om revisjon av kapittel I av retningslinjene for internprising, (2014) pkt.71

partene, er det ikke nødvendig å foreta en analyse av overføringen.¹⁶¹ Spesielt bør en risikooverføring som ikke yter støtte fra funksjonene ellers være gjenstand for en kritisk analyse.¹⁶²

Hvorfor et tilknyttet foretak på lik linje med et uavhengig foretak ikke skal kunne bestemme nivået av risiko det ønsker å påta seg, er derimot ikke sikkert. Av retningslinjene følger det et eksempel hvor det konkluderes med at ingen av partene yter mindre sikkerhet som følge av en risikoallokering.¹⁶³ Likevel er det ikke slik at enhver risikoallokering er på armlengdes avstand dersom dette er resultatet. En risikooverføring kan kun unntas dersom partenes oppførsel ikke stemmer overens med den skiftelige kontrakten inngått mellom partene.¹⁶⁴

Evnen til å overføre risiko, men ikke kontroll, vil kun fremstå fornuftig dersom virksomheten skal overføre strategisk risiko. Dette vil sannsynligvis også medføre en drastisk endring av forretningsmodellen til virksomheten, hvilket kan virke urealistisk uten overføring av kontroll over risikoen eller andre vesentlige funksjoner i organisasjonen.¹⁶⁵

5.3 Risikofordeling i tråd med armlengdeprinsippet

Når man har foretatt en analyse av forholdet i den kontrollerte transaksjonen, blir spørsmålet videre om den faktiske fordelingen av risikoen mellom partene tilsvarer hva tilfellet ville vært i en ukontrollert transaksjon, hvorav pris og andre forhold må tas i betraktning.¹⁶⁶ Det sentrale i en slik vurdering vil være om den part som bærer ansvaret for risikoen også er den part som har *reell kontroll over risikoen*. Som nevnt stilles det noe lempeligere krav til å ha kontroll over risiko enn hva det gjør for risikostyring, ettersom kun to av tre vilkår må være oppfylt for at

¹⁶¹ Wittendorff (2016), s.388

¹⁶² BEPS action 8, 9 og 10, diskusjonsutkast om revisjon av kapittel I av retningslinjene for internprising, (2014) pkt.71

¹⁶³ OECD TPG 2022 pkt.1.85

¹⁶⁴ Wittendorff (2016), s.339

¹⁶⁵ *Comments received on public discussion draft*, BEPS Action 8, 9 and 10, (2015) s.598

¹⁶⁶ Naas mfl. (2017), s.1114

man skal kunne anses å ha kontroll over risikoen.¹⁶⁷ For å kunne være kontrollhaver av risikoen må man, etter retningslinjene,¹⁶⁸ ha reell beslutningsmyndighet når det gjelder å påta seg slik risiko, beslutningsmyndighet når det gjelder reduksjon av denne risikoen, og dermed mulighet til å ta beslutninger knyttet til ansvaret for risikoen.¹⁶⁹

Selv om en risiko ikke kan styres av en part, eksempelvis markedsrisiko, vil den fortsatt være av betydning ved vurderingen av om allokeringen er i tråd med armlengdeprinsippet.¹⁷⁰ Det at en part har finansiell kapasitet til å bære risikoen innebærer ikke automatisk at parten vil godta risikoen. Det kan trygt antas at en ekstern part ikke ville godtatt en høy risiko der det ikke forelå muligheter til å kontrollere denne. I vurderingen skal det vektlegges om den påtatte risikoen ville vært akseptert av en uavhengig part ville akseptert risikoen dersom den hadde materialisert seg.¹⁷¹ Å ha finansiell kapasitet til å bære risikoen betyr at vedkommende part må ha tilstrekkelig finansiering til å bære risikoen dersom den skulle materialisere seg, enten gjennom egne midler eller gjennom annen finansiering, eksempelvis forsikring.¹⁷²

¹⁶⁷ Se punkt 5.3.2

¹⁶⁸ OECD TPG 2022 pkt.1.65

¹⁶⁹ Naas mfl. (2017) s.1115

¹⁷⁰ OECD TPG 2022 pkt.1.72

¹⁷¹ Naas mfl. (2017) s.1115

¹⁷² OECD TPG 2022 pkt.1.64

6 Nærmere om risikofordeling mellom partene

6.1 Kontroll over risiko

Som nevnt kort tidligere i oppgaven skilles det mellom det å ha kontroll over risiko og risikostyring. Risikostyring innebærer at tre kumulative vilkår er oppfylt, mens for å ha kontroll over risikoen bortfaller det siste kravet om evne til å redusere risiko gjennom iverksetting av tiltak for å redusere utfallet av risikoen.¹⁷³ At det siste vilkåret ikke må være oppfylt for at en part skal kunne anses å ha kontroll over risikoen, medfører dermed at funksjoner i selskapet som er med på å minimere risikoen kan outsources til tilknyttede parter uten at kontrollen over risikoen medfølger denne forflytningen av ansvar, eksempelvis fra datterselskap og til morselskap.¹⁷⁴ Dermed er ikke den part som utøver risikominimerende funksjoner berettiget til det overskuddet risikoen eventuelt genererer, på bakgrunn av de funksjoner de ulike partene utøver. I tilfeller hvor slik aktivitet blir satt til andre selskaper innad i konsernet må det selskap som outsourcer denne kompetansen i utgangspunktet ha kontroll over disse funksjonene for å kunne sette de videre til andre selskaper.¹⁷⁵

I de tilfeller hvor man setter daglig aktivitet til andre selskaper innad i konsernet, vil kontroll over risikoen kreve at det selskap som outsourcer deler av driften til andre selskaper fortsatt har evnen til å bestemme målene for de utkontrakterte aktivitetene – eksempelvis ansettelse av leverandører som risikoreducerende funksjoner – for å kunne foreta en vurdering av om målene for risikoen blir tilstrekkelig oppfylt. Det selskap som setter denne delen av driften til andre selskaper må dessuten kunne beslutte å tilpasse eller avslutte forpliktelser knyttet til risikoen

¹⁷³ Se punkt 5.2.3

¹⁷⁴ OECD TPG 2022 pkt.1.61

¹⁷⁵ Ibid. Pkt. 1.65

for å kunne anses å ha kontroll over den.¹⁷⁶ Parten må derfor ha både kapasitet og funksjonell ytelse, slik som beskrevet ovenfor, for å utøve kontroll over risikoen.¹⁷⁷

Det fremgår dermed av retningslinjenes bestemmelse at det er partens *faktiske mulighet* til å fatte beslutninger hva gjelder å påta seg risikoen, samt hvordan det eventuelt skal responderes på den påtatte risikoen i tillegg til den *faktiske gjennomføringen* av denne myndigheten som er avgjørende.¹⁷⁸ Etter ordlyden «capability» vil det først og fremst være kompetansen til å fatte beslutninger knyttet til det å håndtere risikoen som vil være avgjørende ved vurderingen av hvor risikoen ligger.

Å ha kontroll over risikoen, og dermed beslutningsmyndighet knyttet til avgjørelser relatert til denne risikoen, er ikke samsvarende med at vedkommende selskap må kunne påvirke risikoen i seg selv, eller være i stand til å fjerne risikoen helt, men heller at selskapet har beslutningsmyndighet til å vedta tiltak for å minimere skadepotensialet risikoen kan utgjøre.¹⁷⁹

Dersom rettslig eier på tidspunktet for inngåelse av transaksjonen, hadde mulighet til å beslutte å påta seg den risiko forbundet med transaksjonen, vil ikke etter ordlyden anses å ha kontroll over risikoen dersom parten på et senere tidspunkt ikke lenger har mulighet til å fatte beslutninger som omfatter håndtering av risikoen.¹⁸⁰ Vurderingen av kravet om kontroll over risiko må dermed ikke kun testes etter forholdene på tidspunktene for transaksjonen, men også på det tidspunkt det eventuelt er foretatt justeringer.

Etter retningslinjene er det forsøkt å presisere hva som menes med effektiv beslutningsmyndighet, og det fremgår at den part som hevder å ha kontroll over risikoen, og dermed

¹⁷⁶ OECD TPG 2022 pkt.1.65

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid. pkt.1.67 – sitert under punkt 5.1 i oppgaven

¹⁸⁰ Ibid. pkt.1.65

beslutningsmyndigheten over denne, bør ha «competence and experience in the area of the particular risk for which the decision is being made».¹⁸¹

Evnen til å utføre beslutningsmyndigheten og den faktiske utførelsen av slike beslutningsfunksjoner knyttet til en spesifikk risiko, innebærer en forståelse av risikoen basert på en analyse av informasjonen knyttet til risikoens fordeler og ulemper i seg selv, men også de ulemper de kan forandre til på selskapsnivå.¹⁸² Beslutningstakeren burde ha tilstrekkelig kompetanse og erfaring til å vurdere den spesifikke risikoen som beslutningen skal tas for, i tillegg til å inneha en forståelse for virkningen av den beslutningen som tas på virksomhetens vegne.¹⁸³

Etter en naturlig forståelse av ordlyden under punkt 1.72 i retningslinjene, vil det ikke være nok i seg selv at selskapet har ansatt personell som innehar en generell kompetanse til å håndtere risiko. Det kreves en mer *spesifikk* kompetanse for det konkrete fagområdet risikoen er tilknyttet.¹⁸⁴ Kravet innebærer at for at en part skal ha kontroll over den operasjonelle risikoen må personalet i bedriften som fattet beslutninger i relasjon til risikoen ha både kompetanse og erfaring for det konkrete fagområdet risikoen befinner seg under.

Eksempelvis dersom et datterselskap påstår å ha beslutningsmyndighet for risikoen, men det i realiteten mangler personale med tilstrekkelig kompetanse innenfor det fagområdet risikoen befinner seg på, og det heller er morselskapet som sitter på personalet med denne kompetansen og personalet, vil risikoen bli allokert til det selskapet som innehar personellet med tilstrekkelig kompetanse for å håndtere risikoen. Dersom rettslig eier ikke har tilgang på slikt personell, men likevel hevder å ha kontroll over risikoen, vil ikke det kunne anerkjennes for internprisingsformål. Begrunnelsen er at det vanskelig kan tenkes at personell uten relevant erfaring på det spesifikke fagområdet vil ha tilstrekkelig *kompetanse* til å håndheve beslutningsmyndigheten

¹⁸¹ OECD TPG 2022 pkt. 1.66

¹⁸² Ibid. pkt.1.72

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Jf. Ordlyden «in the area of the particular risk» OECD TPG 2022 pkt.1.66

når det gjelder den konkrete risikoen. Et slik tilfelle vil medføre at kravet som følger etter retningslinjene ikke er oppfylt, og risikoen allokeres til den part som innehar slik kompetanse.¹⁸⁵

I tillegg bør det foreligge tilgang til relevant informasjon, enten ved å selv samle inn informasjonen eller utøve myndighet til å spesifisere og innhente relevant informasjon til støtte for beslutningsprosessen.¹⁸⁶ Dermed vil den part som sitter på beslutningsmyndigheten kunne bestemme målene for innsamlingen og analysen av informasjonen, til den part som er ansatt for å samle inn informasjonen, for så å vurdere om innsamlingen og analysen er tilstrekkelig utført og eventuelt om kontrakten med vedkommende skal tilpasses eller avsluttes.

Videre følger det en opprøpning i retningslinjene over tilfeller hvor en part ikke vil anses å ha beslutningsmyndighet.¹⁸⁷ Tilfeller som innebærer en ren formalisering av utfall som i utgangspunkt har blitt tatt på andre steder er her omfattet. Eksempelvis møter som er organisert for formell godkjenning av vedtak som er truffet andre steder, signering av dokumenter knyttet til vedtaket, eller fastsettelse av protokoller som er relevante for risikoen og som kvalifiserer for utøvelse av tilstrekkelig beslutningsmyndighet over en risiko.¹⁸⁸

Imidlertid vil karakteren av økonomisk betydning av risikoen variere mellom selskapet innad i foretaket og den konkrete risikoen det er tale om. Beslutninger av mindre økonomisk grad knyttet til den konkrete risikoen vil kunne foretas i mindre enheter innad i konsernselskapet, mens beslutninger av store økonomiske risikoer gjerne vil fattes av et mer overordnet personell, gjerne under morselskapet som helhetlig styrer konsernet som en økonomisk enhet. I slike tilfeller vil det oppstå spørsmål om hvilke parter og hvilket personell som i realiteten utøver kontrollen over risikoen, ettersom at grensen for dette kan være uklar.¹⁸⁹ Særlig uklart kan

¹⁸⁵ OECD TPG 2022 pkt.1.66

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ibid.. pkt.1.76

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Verlinden, Ledure og Dessy (2016) s.111

skillet være i tilfeller hvor risikominimerende tiltak er outsourcet til et annet konsernselskap etter tjenesteavtale.

Det sentrale i vurderingen er selvsagt er at det selskap som gir uttrykk for å besitte kontrollen over risikoen faktisk har personell som er kompetent til å foreta beslutninger vedrørende risikohåndteringen, i tillegg til kompetanse til å påvirke denne håndteringen.¹⁹⁰ For å kunne konstatere at en part har den tilstrekkelige kompetansen som er påkrevd for å kontrollere risikoen, tolkes det etter bestemmelsen i retningslinjene slik at vedkommende selskap må ha personell med tilstrekkelig faglig kompetanse til å håndtere den risiko som foreligger basert på tilgjengelig informasjon innhentet av selskapet selv.¹⁹¹ Terskelen for dette er etter ordlyden høy, og det stilles strenge krav til selskapene for å kunne besitte slikt personell. Selskapet som hevder å ha risikoen vil således ikke kunne sette viktige beslutningsfunksjoner ut av selskapet, og fortsatt kunne aksepteres å ha kontroll over risikoen.

På bakgrunn av den drøftelse som er foretatt overfor vil kravet til kompetanse være relativ sett i forhold til den konkrete risikoen som er gjenstand for vurdering. Graden av kompetanse som er påkrevd vil gjenspeiles av den risiko som foreligger, og konsekvensene av at risikoen eventuelt vil materialiseres. Det må dermed foretas en konkret helhetsvurdering av den foreliggende risikoen, og kompetansen som selskapet som hevder å besitte risikoen, for å avgjøre om vedkommende selskap er kompetent til å håndtere risikoen. Foreligger tilstrekkelig kompetanse i selskapets personell vil selskapet kunne anses å ha kontroll over risikoen.

I tilfeller hvor det er flere selskaper som viser seg å utøve kontroll over risikoen, i tillegg til at disse selskapene alle har finansiell kapasitet til å bære denne risikoen, vil det være det selskap som utøver mest kontroll som vil være berettiget å få risikoen allokert til seg.¹⁹² I slike tilfeller må det, etter ordlyden «exercising most control», foretas en vurdering av de selskapene som utøver kontroll over risikoen for å finne ut av hvilket selskap som tar beslutninger for

¹⁹⁰ OECD TPG 2022 pkt.1.66

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Ibid. pkt.1.98 . Jf. «exercising most control»

majoriteten av avgjørelser relatert til den konkrete risikoen. Det følger dermed ikke klart etter retningslinjene hva det vil si å ha beslutningsmyndighet for majoriteten av avgjørelser knyttet til risikoen. Om det i så tilfelle er kvalitative beslutninger, herunder graden av viktigheten i beslutningene som tas, eller kvantitative, hvor mange beslutninger som generelt tas av de involverte parter, er usikkert. Imidlertid vil det være nærliggende å anta at det vil bero på en helhetlig vurdering av forholdene, hvor man samlet sett kommer frem til hvilken part som tar flest beslutninger knyttet til risikoen.

6.2 Finansiell kapasitet til å bære risiko

Når den spesifikke risikoen, og hvilken part som oppfyller vilkårene for å ha kontroll over risikoen er identifisert, vil det neste som måtte avgjøres være om vedkommende part har *finansiell kapasitet til å bære risikoen*.¹⁹³ Finansiell kapasitet til å bære risikoen er definert i retningslinjene, og er gjengitt under punkt 5.3.2. Tilgangen til finansiering beror også på selskapets eiendeler, i tillegg til at det må tas hensyn til tilgjengelige alternativer «realistically available to access additional liquidity, if needed, to cover the costs anticipated to arise should the risk materialise».¹⁹⁴

Det fremgår av ordlyden at det sentrale ved spørsmål om hvilken part som har finansiell kapasitet er om det selskap som har finansiell kapasitet også har resurser og midler til å bære risikoen dersom den skulle realisere seg.. Etter en slik tolkning vil det være nærliggende å anta at dersom et selskap kun har kapital til å foreta risikominimerende tiltak, men ikke likviditet til å dekke kostnader dersom risikoen skulle materialisere seg, vil det ikke oppfylle kravet til å ha tilstrekkelig finansiell kapasitet til å bære risikoen etter ordlyden. Imidlertid følger det av retningslinjene at dersom en part mottar konsernintern finansiering kan den part som yter slik finansiering påta seg risikoen. Likevel må vedkommende part som yter slik finansiering også ha kontroll over risikoen for å påta seg denne.

¹⁹³ OECD TPG 2022 pkt.1.63

¹⁹⁴ Ibid.

Det sentrale ved vurderingen er klart om parten har finansiell kapasitet til å bære risikoen dersom denne skulle utspille seg. Dersom det aksepteres at en part kun skal ha finansiering til forebyggende tiltak vil dette medføre en inkonsekvens i regelverket, og det avgjørende er helt klart etter ordlyden om parten som har risikoen også har tilstrekkelig med likviditet til å finansiere en materialisering av denne risikoen. Det er ikke tilstrekkelig at en part kun kan foreta risikoforebyggende tiltak, som eksempelvis forsikring.

Vurderingen av hvorvidt en part har finansiell kapasitet til å bære en risiko gjøres på grunnlag av om parten som hevder å ha risikoen opererer tilsvarende det en ikke-nærstående part under samme omstendigheter, hvorav prinsippene¹⁹⁵ som gjelder for risikovurderinger er gjeldende, ville gjort.¹⁹⁶ Etter juridisk teori vil en slik vurdering bestå av tre kriterier: parten må ha finansiell kapasitet til å påta seg risikoen på det *tidspunkt transaksjonen ble foretatt*, videre er det *de ventede kostnadene* knyttet til materialiseringen av risikoen som legges til grunn, og til slutt må det foretas en vurdering av hvilke *kostnader partene i den kontrollerte transaksjonen kunne forvente* på tidspunktet for den foretatte transaksjonen.¹⁹⁷ Disse tre kriteriene er et utgangspunkt for vurderingen av om den part som hevder å ha kontroll over risikoen faktisk har finansiell kapasitet til å bære denne.

Det oppstilles likevel ingen krav om at selskapet som har kontrollen over risikoen i tillegg har *egen* likviditet til å dekke kostnadene knyttet til materialisering av risikoen.¹⁹⁸ I så tilfelle må parten på tidspunktet for transaksjonen ha tilgang til finansiering, enten internt i konsernet eller eksternt, som er egnet å dekke kostnadene dersom risikoen skulle materialisere seg, eksempelvis gjennom lån. Et selskap kan sies å ha finansiell kapasitet til å bære risikoen dersom en tegner en forsiktig, og har midler til å dekke forsikringspremien, dersom forsikringsselskapet dekker tapet hvis risikoen inntreffer. I et slikt tilfelle vil selskapet som har risikoen anses å ha foretatt tilstrekkelige sikkerhetstiltak for å sikre seg mot risikoen.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Se punkt.5.3

¹⁹⁶ OECD TPG 2022 pkt.1.64

¹⁹⁷ Bullen «Arm's Length Transaction Structures», (2011) s.485-486

¹⁹⁸ OECD TPG 2022 pkt.1.64

¹⁹⁹ OECD TPG 2022 pkt.1.64

Dersom partens kredittverdighet med tiden svekkes slik at vedkommende part ikke lenger er har den finansieringen som er nødvendig for å ha kontroll over risikoen, vil det ikke være i tråd med armlengdeprinsippet å legge den svekkede kredittverdigheten til grunn for vurderingen av om parten er finansielt kapabel til å håndtere risikoen.

Dersom datterselskapet ikke har den finansielle kapasiteten til å bære risikoen, men det heller er morselskapet som sitter på likviditeten, og risikoen kun er plassert hos datterselskapet for å generere overskudd i et lavskattland, vil risikoen altså blir allokert til morselskapet. Konsekvensen vil dermed være at overskuddet denne risikoen eventuelt medfører også blir flyttet over til morselskapet, hvilket dermed blir skattepliktig for denne inntekten.²⁰⁰ Er det imidlertid slik at datterselskapet i utgangspunktet hadde finansiell kapasitet til å bære risikoen, men på grunn av uforutsette kredittvekkinger ikke lenger besitter en slik kapasitet, er det partens kapasitet ved tidspunktet for transaksjonen som vil være avgjørende.²⁰¹

6.3 Virkningen av at en part ikke oppfyller de rettslige vilkårene for kontroll over risiko og finansiell kapasitet til å bære risiko

I de tilfeller hvor en part ikke oppfyller vilkårene for kontroll over risikoen, samt finansiell kapasitet til å bære risikoen, vil det foretas en omfordeling av denne risikoen. Omfordelingen går ut på at risikoen vil allokere til det selskap som faktisk innehar disse funksjonene.²⁰² Dette innebærer at både de fordeler og ulemper som utledes av risikoen vil bli overført til vedkommende part, og er en del av delineation-prosessen under trinn 5.²⁰³

²⁰⁰ Ibid. pkt.198

²⁰¹ Se Bullen (2011) s.485

²⁰² OECD TPG 2022 pkt.1.98

²⁰³ Ibid. Pkt.1.60

Eksempelvis dersom det i et konsern er et datterselskap som hevder å ha kontroll over risikoen, og derfor har foretatt risikominimerende tiltak, men det etter de faktiske forholdene er morselskapet som innehar den operative driften over kontrollen, vil risikoen forflyttes fra datterselskapet og over til morselskapet. I tillegg vil morselskapet få allokert de eventuelle fordeler risikoen medbringer, herunder avkastninger. Som konsekvens av overskuddsforflytningen vil morselskapet bli beskattet for dette i det landet det er hjemhørende, til tross for at risikoen i utgangspunktet var registrert i en annen jurisdiksjon. På denne måten unngår man konsernets insentiver til å flytte risiko til lavskattland, fordi hvis den operative driften i realiteten befinner seg i en annen jurisdiksjon vil den, etter armlengdeprinsippet, flyttes dit den reelle verdiskapningen har foretatt seg.

I tilfeller hvor rettslig eier, eller den part som hevder å ha kontroll over risikoen, ikke har slik kontroll eller finansiell kapasitet til å ha denne kontrollen, vil konsekvensene være at vedkommende selskap ikke er berettiget til det overskuddet risikoen genererer. Det vil dermed bli foretatt en forflytning av risikoen, slik at hvor risikoen hevdes å være plassert stemmer overens med de faktiske forholdene mellom partene. Det selskap hvor risikoen blir allokert fra vil, på en annen side, ikke lenger være forpliktet til å bære konsekvensene som vil oppstå som følge av en realisering av risikoen.

Når det gjelder rekonstruksjon av virksomheter følger det av retningslinjenes kapittel IX at i tilfeller hvor en part «before the reconstrcuting did not assume a risk [...] it cannot transfer it to another party»²⁰⁴. Dette innebærer, etter ordlyden at for å kunne overføre risikoen til andre parter må vedkommende part ha kontroll over risikoen før denne overføres. Dersom en part ikke har påtatt seg risikoen før rekonstrueringen, og dermed ikke har kontroll over denne, vil ikke parten kunne allokere risikoen videre.

I tillegg er det uttalt under samme punkt at dersom «a party that after the reconstructing does not assume the risk [...] it should not be allocated the profit potential associated with that

²⁰⁴ OECD TPG 2022 Pkt.9.21

risk». ²⁰⁵ Det vil være en naturlig følge av at en part som ikke har kontroll over en risiko ikke er berettiget den profitt risikoen genererer, hvilket fremgår klart av ordlyden i retningslinjene gjengitt overfor.

²⁰⁵ OECD TPG 2022 Pkt.9.21

7 Avsluttende bemerkninger

Armlengdeprinsippet er det bærende prinsippet ved internprisingsretten, og transaksjonene som foretas må være i tråd med det uavhengige parter ville godtatt. Når det gjelder risikoplassering må vilkårene som fremgår av retningslinjene til OECD oppfylles for at plasseringen skal anses å være i tråd med armlengdeprinsippet.

Norsk rett bygger i utgangspunktet på rettslige konstruksjoner, og det er gjennomgående i lovverket slik at man tar utgangspunkt i det partene har avtalt. Det er imidlertid ikke slik at man kan avtale seg bort fra skatterettslige forpliktelser ved å flytte på risikoen for å dermed flytte overskuddet dit hvor det blir lavest mulig beskatning for konsernet samlet. Dette vil være å anse som skatteplanlegging, hvilket ikke er ulovlig men uønsket. At morselskapet blir beskattet for inntekter som kan være å anse som tildelt datterselskapet er ikke urimelig i de tilfeller hvor den faktiske kontrollen over risikoen ligger hos morselskapet. Det hele beror på hvor kontrollen over risikoen ligger, og hvis den er plassert et annet sted enn der den reelle verdiskapningen skjer, vil skattemyndighetene ha et incentiv til å foreta retting av plasseringen.

Morselskapet vil i utgangspunktet ha det overordnede økonomiske ansvaret for konsernet. Dette medfører naturligvis at noen funksjoner knyttet til datterselskapets operative drift vil kunne ligge hos morselskapet. Imidlertid vil ikke dette automatisk medføre at morselskapet blir skattepliktig for datterselskapenes inntekter. Hva gjelder risiko, og inntekten knyttet til dette, må selskapet som hevder å ha risikoen oppfylle visse kriterier – kontroll over risiko og finansiell kapasitet til å bære risikoen.

Selv om morselskapet vil ha det overordnede økonomiske ansvaret for konsernet, og funksjoner knyttet til den operative driften, vil ikke dette automatisk medføre at morselskapet er berettiget skatten. Dersom funksjonene som ligger hos morselskapet er knyttet til risikoreduserende funksjoner, men datterselskapet fortsatt oppfyller vilkårene for kontroll over risikoen i tillegg til å ha finansiell kapasitet til å bære risikoen, vil ikke denne risikoen bli allokert over til morselskapet.

I de tilfeller hvor morselskapet utfører deler av den operative driften til datterselskapet, vil det avgjørende være hvorvidt datterselskapet har beslutningsmyndighet når det gjelder risikoen, og dermed mulighet til å styre over risikoen for å kunne fatte risikoreducerende tiltak. Dersom disse funksjonene også ligger hos morselskapet vil det foretas en allokering av risikoen, og morselskapet vil etter dette være skattepliktig i det landet morselskapet er plassert for den andelen av inntekten risikoen genererer. Datterselskapet må i tillegg ha finansiell kapasitet til å bære risikoen. Dersom morselskapet står for finansieringen knyttet til risikoen vil det være sterke incentiver for å foreta en flytting av risikoen fra datterselskap til morselskap.

Selv om en risiko blir omplassert som følge av at den ikke er i tråd med armlengdeprinsippet, er det ikke slik at det overskuddet risikoen genererer vil bli beskattet først i den jurisdiksjonen risikoen befant seg i, og deretter i den jurisdiksjonen risikoen blir forflyttet til. Det internasjonale samarbeidet som fremgår av OECD's BEPS-arbeid søker også å unngå dobbeltbeskatning.

Litteraturliste

Lover

Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov - Grunnloven (Grl.)

Lov 26.mars 1999 om skatt av formue og inntekt – Skatteloven (sktl.)

Lov 13.juni 1997 om aksjeselskaper – Aksjeloven (asl.)

Lov 17.juli 1998 om årsregnskap m.v. – Regnskapsloven

Lov 21.juni 1985 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper – Selskapsloven

Rettspraksis

Rt.1994 s.752

Rt.2001 s1264 – Agip-dommen

Rt.2006 s.1537 – Dillerud-dommen

Rt.2008 s.577

Rt.2011 s.1581

HR-2014-1293-A

HR-2020-1130-A

Lovforarbeider:

- Ot.prp.nr.26 (1980-1981)
- Ot.prp.nr.84 (1997-1998) kap.7 s.75
- Ot.prp. nr.62 (2007-2008)

Proposisjoner:

- Prop.14 S (2015-2016)
- Prop. 98 L (2018-2019)
- Prop. 58 S (2020-2021)

Høringsnotat:

- Høringsnotat om internprising mellom nærstående foretak, Gjennomføring av OECDs retningslinjer for internprising og særlige oppgave- og dokumentasjonskrav

Juridisk litteratur

- Andal (2006) Øystein Andal, *OECDs retningslinjer for internprising og norsk rett*, Oslo, 2006
- Bjerke (1997) Joachim Bjerke, *Internprising*, Oslo, 1997
- Bullen (2011) Andreas Bullen, *Arm's Length Transaction Structures*, Oslo, 2011
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff, Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5.utgave, Oslo, 2001
- Hansen (1996) Friis, Hansen *Europæisk Koncernret*, København, 1996
- Naas m.fl. (2017) Henning Naas, Ståle R. Kristiansen, Finn Holen Backer-Grøndahl, Hanne Skaarberg, og Marius Holm Rynning, *Norsk internasjonal skatterett*, 2.utgave, Oslo, 2017
- Skaar (2006) Arvid Aage Skaar, Mariann Andersen, Bettina Banoun, Andreas Bullen m.fl., *Norsk skatteavtalerett*, Oslo, 2006

- Torvik (2016) Oddleif Torvik, *Arm's Length Distribution of Operating Profit from intangible value chains*, Avhandling (PhD), Universitetet i Bergen, 2016
- Vogel, Reimer, Rust (2015) Klaus Vogel, Ekkhard Reimer and Alexander Rust, *Klaus Vogel on Doble Taxation Conventions*, 4.utg., The Netherlands (2015)
- Woxholt (2018) Geir Woxholt, *Selskapsrett*, 6.utgave, Oslo, 2018
- Wittendorff (2010) Jens Wittendorff, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, København, 2010
- Wittendorff (2016) Jens Wittendorff, *BEPS Action 8-10: Birth of a New Arm's-Length Principle*, Tax Notes International, January 25, København, 2016
- Zimmer (2009) Frederik Zimmer, *Internasjonal inntektsskatterett*, Oslo, 2009

Internasjonale rettskilder:

OECD Transfer pricing guidelines (TPG) 2022

OECD mønsteravtale

OECD kommentarer til mønsteravtalen

OECD BEPS Action Plan 2015

OECD, Action Plan 2013

OECD, *Executive summaries* 2015: <https://www.oecd.org/ctp/beps-reports-2015-executive-summaries.pdf>

Aliening Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, *Actions 8-10: 2015 Final Reports*, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241244-en.pdf?expires=1647541861&id=id&accname=guest&checksum=5A1E0DC745F19C2C1A4EB16C8980D9C6>

Discussion draft: BEPS Actions 8, 9 and 10: *discussion draft* on revision to chapter I of the transfer pricing guidelines (including risk, recharacterisation and special measures), 26 December 2014- 6 February 2015, <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-actions-8-9-10-chapter-1-TP-Guidelines-risk-recharacterisation-special-measures.pdf>

Comments received on public discussion draft, BEPS Action 8, 9 and 10: discussion draft on revision to chapter I of the transfer pricing guidelines (including risk, recharacterisation and special measures), February 10 2015, <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/public-comments-actions-8-9-10-chapter-1-TP-Guidelines-risk-recharacterisation-special-measures-part2.pdf>

Public consultation: draft handbook on transfer pricing risk assessment, 30.april 2013, <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Draft-Handbook-TP-Risk-Assessment-ENG.pdf>

Artikler/Tidsskrift

Bullen, Andreas og Alexander Beck, *Årsakssammenheng og inntektsreduksjon i skatteloven §13-1 første ledd*, Skatterett vol.37, 1.utgave, 2018

Bullen, Andreas og Fredrik Anfinsen, "*Skatteloven § 13-1 fjerde ledd: OECDs retningslinjer for internprising som rettskilddefaktor i norsk rett*", Skatterett, nr. 2 2013, s. 159–203.

Hafkenschied, Rutger, *The BEPS Report on Risk Allocation: Not So Functional*, International Transfer Pricing Journal, January/February 2017, s. 19–24.

Hickman, Andrew, *Arm's length principle mutations: control of risk in the OECD guidelines and variations in practice*, MNE tax, 2021, <https://mnetax.com/arms-length-principle-mutations-control-of-risk-in-the-oecd-guidelines-and-variations-in-practice-42047>

Kvamme, Kristian, *Skatteloven §13-1 og forholdet til OECDs retningslinjer*, skatterett nr.33 2014, s.25-42.

Roer, Arild, *Prising av konserninterne tjenester i praksis*, Revisjon og regnskap, Skatt nr.2 2011, <https://www.revregn.no/asset/pdf/2011/2-68-73.pdf>

Schouer, Louis Eduardo, *Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD*, Bulletin for International Taxation , Desember 2015, s.690-716

Verlinden, Isabel, David Ledure and Maxime Dessy, *The Risky Side of Transfer Pricing: The OECD Base Erosion and Profit Shifting Reports Sharpen the Rules on Risk Allocation under the Arm's Length Principle*, International Transfer Pricing Journal, March/April 2016, s. 109–114

White, Josh, *The IMF seeks an alternative to the arm's length principle*, international tax review, <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1fydbvvd90klp/the-imf-seeks-an-alternative-to-the-arms-length-principle>

Kilder fra internett

Retningslinjer for dokumentasjon av prisfastsettelsen ved kontrollerte transaksjoner og overføringer, skattedirektoratet, 2007, versjon 36 05. 07. 07

CIAT, Risk and Transfer Pricing, 18.11.2018, hentet 22.04.2022, <https://www.ciat.org/risk-and-transfer-pricing/?lang=en>

Andreas Bullen, Må morselskapet betale skatten på datterselskapenes inntekter fordi det kontrollerer konsernet?, 2021, <https://rett24.no/articles/ma-morselskapet-betale-skatten-pa-datterselskapenes-inntekter-fordi-det-kontrollerer-konsernet>

Skatte-ABC: skatteetatens handbok 2021-2022:

https://www.skatteetaten.no/globalassets/rechtskilder/handboker/skatte-abc/skatte-abc_2021-2022.pdf

Skatteavtaler mellom Norge og andre stater, 03. 03. 2022,

<https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/skatter-og-avgifter/skatteavtaler-mellom-norge-og-andre-stat/id417330/>