

2010-01-11. LB-2009-081881. Utv 2010 s 199. Borgarting lagmannsrett - dom.

Kilde: Rettsavgjørelser/Lagmannsrettene

Gyldendal Rettsdata www.rettsdata.no Skrevet ut 12.07.2010

## 2010-01-11. LB-2009-081881. Utv 2010 s 199. Borgarting lagmannsrett - dom.

**Stikkord:** Skatterett. Oljekonsern. Valutapool. Armlengderente. Skatteloven § 13-1.

**Sammenheng:** Spørsmål om inntektspåslag for to oljeselskaper som følge av deltakelse i konsernkontoordning. Likningsmyndighetene anså at den avtalte rentesatsen i poolordningen ikke ga deltakende selskaper som var netto innskytere tilstrekkelig andel av samordningsgevinsten ved poolen. Tingretten frifant staten, og anke til lagmannsretten førte ikke fram.

**Avsagt:** 11.01.2010

**Saksnr.:** 09-081881ASD-BORG/02

**[Høyesteretts ankeutvalg:** Anke fra ConocoPhillips Skandinavia AS og Norske ConocoPhillips AS over lagmannsrettens dom ikke tillatt fremmet for Høyesterett, jf tvisteloven § 30-4, HR-2010-00681-U, (sak nr. 2010/476).]

**Dommer:** Lagdommer: Sveinung Koslung. Lagdommer: Svein Kristensen. Ekstraordinær lagdommer: Hilde Wiesener Haga.

### I Anke

Ankende part: Conocophillips Skandinavia AS (Advokat Eirik Jensen)

Ankemotpart: Oljeskattekontoret (Advokat Espen Bjerkvoll)

### II Anke

Ankende part: Norske Conocophillips AS (Advokat Eirik Jensen)

Ankemotpart: Oljeskattekontoret (Advokat Espen Bjerkvoll)

### *Hva sakene gjelder.*

Sakene gjelder gyldigheten av skattelikningen av ConocoPhillips Skandinavia AS (heretter COPSAS) for inntektsårene 2003 og 2004 og av Norske ConocoPhillips AS (heretter NCOPAS) for inntektsåret 2004. Likningsmyndighetene har for de aktuelle årene økt de to selskaperes finansinntekter under henvisning til at selskapene som deltakere i en konsern-intern flervalutapoolordning mottok lavere rente på innskudd i poolen enn det uavhengige aktører ville ha godtatt, jf skatteloven § 13-1. Saken gjelder først og fremst om det foreligger brudd på armlengdeprinsippet, slik at vilkårene for skjønnsfastsettelse foreligger, dernest om likningsmyndighetene har utøvd et forsvarlig skjønn.

Klagenemnda for oljeskatt (heretter Klagenemnda) opprettholdt i to vedtak datert 10. desember 2007 i det vesentlige Oljeskattenemndas tidligere vedtak, men justerte skjønnet til en viss grad, slik at inntektspåslagene ble noe redusert. COPSAS har etter dette fått økt sin inntekt med ca. 7,75 millioner kroner for 2003 og med

ca. 12,25 millioner kroner for 2004. For NCOPAS er økningen ca. 6,7 millioner kroner for 2004. Etter det som er opplyst er tilsvarende spørsmål for andre år ikke likningsmessig ferdigbehandlet.

#### *Kort om selskapene.*

De norske aksjeselskapene COPSAS og NCOPAS tilhører begge det internasjonale oljekonsernet ConocoPhillips. Etter sammenslåing av Phillips Petroleum Company og Conoco Inc i 2002 er dette et av verdens største oljekonsern med virksomhet i mange land.

Morselskapet, ConocoPhillips Inc., har hovedsete i Houston i USA. De norske selskapene driver utvinning og leting etter petroleum på den norske kontinentalsokkelen. COPSAS og NCOPAS fusjonerte med virkning fra 1. januar fra 2007 og er i dag ett selskap, Conoco-Phillips Skandinavia AS.

#### *Kort om valutapoolordningen.*

COPSAS og NCOPAS var i de aktuelle inntektsårene separate deltakere i konsernets valutapoolordning sammen med over 150 andre konsernselskaper. Ordningen innebærer at deltakerne plasserer sin overskuddslikviditet i ulike valutaer på rentebærende brukskontoer i Bank of America (heretter BoA). Dette er en ekstern bank som ikke er kontrollert av ConocoPhillips-konsernet, men valgt etter anbud. Hvert konsernselskap kan etter behov gjøre innskudd på eller trekke fra sine kontoer. Summen av alle selskaperes kontoer kalles en toppkonto. Banken belaster eller godskriver konsernet renter med grunnlag i toppkontoens saldo, og fra bankens side anses konsernet som helhet å være én kunde med én konto for hver valuta. Det er en underliggende forutsetning mellom BoA og konsernet at toppkontoen alltid skal ha positiv saldo.

Fra konsernets side administreres ordningen av det britiske selskapet ConocoPhillips Treasury Ltd. (heretter Treasury) som er deltakernes agent overfor banken. Treasury skal blant annet påse at toppkontoen aldri blir negativ og har anledning til å plassere et overskudd på toppkontoen i pengemarkedet til noe høyere rente enn etter avtalen med BoA. Morselskapet, ConocoPhillips Inc., er deltaker i ordningen og fungerer i realiteten også som garantist overfor banken, selv om deltakerne formelt hefter subsidiært solidarisk. Ved positiv saldo på toppkontoen gir banken en rente på LIBID (London InterBank Bidrate) minus 25 basispunkter (bp). Et bp utgjør 0,01 %. Ved eventuell negativ saldo på toppkontoen belastes konsernet med rente tilsvarende LIBOR (London InterBank Offerrate) pluss 25 bp. LIBOR ligger normalt 12,5 bp over LIBID, dvs at forskjellen på innskuddsrente og trekkrente i BoA utgjør 62,5 bp eller 0,625 %.

Det enkelte selskap mottar innskuddsrente eller betaler trekkrente på sine kontoer basert på saldoen på disse. Den fastsatte renten er den samme for innskudd og trekk, og utgjør LIBID minus 25 bp. Når innskudds- og trekkrenten er lik, skyldes dette blant annet behovet for å unngå transaksjoner internt i poolen motivert av svingninger i valutakursene.

COPSAS og NCOPAS hadde begge betydelige kontantinnskudd i poolen i de aktuelle årene. I 2004 hadde selskapene netto innestående i gjennomsnitt 3,8 milliarder kroner til sammen. NCOPAS hadde på samme tid flere langsiktige eksterne lån knyttet til ulike prosjekter, mens COPSAS var gjeldfri.

*Den administrative og rettslige behandlingen.*

I sine to vedtak la Klagenemnda til grunn at det foreligger en inntektsreduksjon for COPSAS og NCOPAS som skyldes interessefellesskapet med de øvrige selskapene i poolordningen. Klagenemnda bygde sitt standpunkt på at en felles rente for innskudd og opptrekk på LIBID minus 25 bp gir en asymmetrisk fordeling av samordningsfordelen som deltakerne oppnår gjennom ordningen. Nemnda mente at denne rentesatsen i alt for stor grad tilgodeser dem som har behov for opptrekk og ikke gir markedsmessig kompensasjon for den kredittrisiko de innskytende selskaper påtar seg. Klagenemnda mente at et uavhengig selskap ikke ville ha godtatt at en felles innskudds- og opptreksrente ble lagt så lavt.

Ved skjønnsutøvelsen kom Klagenemnda til at LIBID pluss 25 bp ville være et rentenivå som uavhengige parter ville godtatt for å inngå et tilsvarende arrangement.

COPSAS og NCOPAS anla ved stevninger av 10. juni 2008 søksmål mot staten v/Oljeskattekontoret med påstand om at likningen for de aktuelle inntektsårene skulle oppheves. Staten v/Oljeskattekontoret tok til motmæle og påsto seg frifunnet. Under saksforberedelsen for tingretten ble sakene forent til felles behandling. Oslo tingrett avsa dom 23. mars 2009 med slik domsslutning:

1. Staten v/Oljeskattekontoret frifinnes.
2. I saksomkostninger betaler ConocoPhillips Skandinavia AS og Norske ConocoPhillips AS til staten v/Oljeskattekontoret 72 000 - syttitotusen - kroner, innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom.

COPSAS og NCOPAS har i felles anke av 23. april 2009 anket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett, og staten v/Oljeskattekontoret har tatt til motmæle mot anken. Ankeforhandling ble holdt i Borgarting lagmannsretts hus 3. og 4. desember 2009. Det er framlagt enkelte nye dokumentbevis og hjelpedokumenter, men sakene står i det vesentlige i samme stilling som for tingretten.

*De ankende parters anførsler i korte trekk.*

Det gjøres prinsipielt gjeldende at det ikke foreligger noen inntektsreduksjon hos selskapene når renteinntektene i konsernkontoordningen sammenliknes med hva de ville vært dersom interessefellesskapet ikke hadde foreligget. Vilkårene for skjønsmessig fastsettelse av inntekten etter skatteloven § 13-1 er da ikke oppfylt. Domstolene har full prøvingskompetanse når det gjelder vilkårssiden.

Den aktuelle konsernkontoordningen ble innført av DuPont/Conoco i 1992, før fusjonen med Phillips. Den avtalte innskuddsrenten på LIBID minus 25 bp er et produkt av en anbudsprosess og aksept av beste tilbud fra en uavhengig bank, BoA. Den samme renten er så brukt internt, ved at deltakerne både får LIBID minus 25 bp ved innskudd og må betale samme rente når de trekker på kontoen og dermed reduserer saldoen. Oljeskattemyndighetene hevder imidlertid at en høyere rente skal benyttes internt enn den som ble fastsatt mellom uavhengige parter.

Etter § 13-1 skal selskapenes inntekter sammenliknes med hva de ville vært om partene var uavhengige. Uavhengige selskaper oppretter imidlertid ikke samarbeidsordninger som svarer til konsernkontoordningen i ConocoPhillips-konsernet, mens det er meget vanlig for konsernselskaper. Forklaringen er at uavhengige ville pådra seg transaksjonskostnader som er større enn gevinsten ved slike ordninger. Når morselskapet kjenner sine datterselskaper og disse gjør som morselskapet sier, spares store kostnader til undersøkelser, forhandlinger og overvåkning mv. Det er morselskapets kontrollevner som her skaper gevinsten.

Det er ikke noe prinsipp etter retningslinjene fra OECD (Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling) at man skal sammenlikne med en transaksjon som ikke ville forekomme mellom uavhengige parter. Når uavhengigheten gjør transaksjonen umulig, må man i stedet sammenlikne med det nærmeste alternativet som foreligger mellom uavhengige. Det følger av dette at når uavhengige selskaper skal løse sitt behov for likviditetsplassering/kassekreditt, må de søke tilbud hos uavhengige banker.

De framlagte prissammenlikningene (sammenliknbar ukontrollert pris, SUP) viser at konsernkontoordningen ga både en innskuddsrente og en trekkrente som var vesentlig bedre enn det beste uavhengige alternativet. Selskapene har med andre ord *økt* sine renteinntekter som følge av en kontrollert transaksjon, sammenliknet med det inntekten ville vært hvis de hadde valgt en ekstern løsning. Staten kan da ikke med hjemmel i skatteloven § 13-1 kreve at inntekten for skatteformål skal økes ytterligere.

Det skal ikke skje noen fordeling av den konsoliderings- eller samordningsfordelen som konsernet oppnår gjennom poolordningen i vår sak. Dette forutsetter at fordelene ville ha påvirket prisen mellom uavhengige parter, og det er ikke tilfellet her, jf professor Moens analyse. I vår sak er hele samordningsfordelen skapt av morselskapet/Treasury. Hvis disse hadde vært uavhengige, ville fordelene ha blitt borte. Hvis morselskapet/Treasury likevel hadde kunnet etablere en valutapool, ville de vært den sterke forhandlingsparten og fått hele fordelene. Innskuddsrenten for deltakerne ville derfor vært lik bankrenten.

Det anføres at vår sak skiller seg avgjørende fra rettspraksis i andre saker (Agip-dommen i Rt 2001 side 1265, Fina-dommen i UTV - 2003 - 531 og Borgarting lagmannsretts dom 26.11. 2007 vedrørende Norsk Hydro Produksjon) der det er lagt til grunn at det foreligger en samordningsfordel som skal fordeles i henhold til armlengdeprinsippet. I vår sak ville fordelene ikke oppstått hvis selskapene hadde vært uavhengige av morselskapet/Treasury, det er ikke selskapene, men morselskapet/Treasury som skaper fordelene, og selskapene ville hatt en svak forhandlingsposisjon. Det blir således her ingen samordningsfordel til fordeling.

Når staten hevder at selskapene i stedet burde ha foretatt innskudd i en høyrentekonto med tidsbinding, er dette en ny anførelse som ikke er holdbar. For det første blir det feil å sammenlikne en rente på innskudd uten binding (overnight) i poolen med en ekstern høyrentekonto med lengre bindingstid. For det andre innebærer det en sensur av selskapenes egne forretningsmessige vurderinger og valg, jf finansdirektør Ellingsens vitneprov om behovet for fleksibilitet på grunn av store svingninger i kontantstrømmen. OECDs retningslinjer foreskriver at man ved sammenlikningen - med få unntak som ikke er aktuelle her - anerkjenner de transaksjonene som faktisk har funnet sted

Det bestrides at ulikhet i kreditt-rating mellom banken og morselskapet (rating AA minus sammenliknet med A minus) og forskjellen i kreditt-riksiko mellom innskudd i en bank og en industribedrift i praksis ville gitt nevneverdig utslag for rentefastsettelsen, jf opplysninger innhentet fra Fokus Bank.

Konklusjonen blir at vilkårene etter skatteloven § 13-1 første ledd for å sette til side selskapenes faktiske inntekter ikke er til stede, og at endringsvedtakene blir å oppheve.

Subsidiært anfører selskapene at Klagenemndas skjønnsutøvelse bryter med grunnleggende økonomisk teori og erfaringsgrunnsetninger. Uavhengige parter ville ikke vært i stand til å skape en netto samordningsfordel, og selv om de hadde vært i stand til det, så ville innskytere og trekkere i poolen delt fordelingen likt mellom seg. Det anføres derfor at likningen må oppheves og hjemvises til å bli foretatt på nytt og da på riktig grunnlag.

ConocoPhillips Skandinavia AS har nedlagt slik påstand:

1. Ligningen av ConocoPhillips Skandinavia AS for inntektsårene 2003 og 2004 oppheves.
2. ConocoPhillips Skandinavia AS tilkjennes sakskostnader.

Norske ConocoPhillips AS har nedlagt slik påstand:

1. Ligningen av Norske ConocoPhillips AS for inntektsåret 2004 oppheves.
2. ConocoPhillips Skandinavia AS tilkjennes sakskostnader.

*Ankemotpartens anførsler i korte trekk.*

Staten gjør gjeldende at tingrettens dom er riktig i resultatet og at anken må bli å forkaste. Det foreligger en inntektsreduksjon for selskapene som følge av deltakelsen i flervalutapoolordningen, og det er ikke grunnlag for å oppheve Klagenemndas skjønn.

Hovedspørsmålet i saken er om rentenivået for konsernets flervalutapoolordning ble fastsatt på armlengdes basis, jf skatteloven § 13-1. Det helt sentrale tvistetemaet er om armlengdeprinsippet stiller krav til hvordan samordningsfordelene som oppstår for konsernet knyttet til poolordningen skal fordeles mellom de deltakende selskapene. Pool-ordningen medfører enkelt beskrevet at konsernet sparer forskjellen mellom innskudds- og lånerente i markedet.

Staten anfører at den fastsatte renten i poolen er lavere sammenliknet med hva den ville ha vært dersom deltakerne hadde vært selvstendige selskaper, slik at selskapenes inntekter er redusert som følge av interessefellesskapet med de øvrige deltakerne i poolordningen.

Armlengdeprinsippet krever at samordningsfordelen skal fordeles mellom de deltakende selskapene, slik fordelingen ville ha blitt fordelt dersom deltakerne hadde forhandlet som uavhengige. Det anføres at COPSAS og NCOPAS gjennom slike tenkte forhandlinger ville ha oppnådd større andel av samordningsfordelen enn de er tilført gjennom poolavtalen.

Relevant sammenlikningsgrunnlag er tilsvarende poolordning inngått mellom uavhengige selskaper. Det er ikke

korrekt å sammenlikne med renten på ordinære bankinnskudd, slik de ankende parter hevder. Ved å bruke dette som sammenlikningsgrunnlag ignorerer de poolordningen som den faktiske transaksjonen samt spørsmålet om fordeling av gevinsten mellom aktørene.

Den sentrale begrunnelsen for skjønnsadgangen er at det avtalte rentenivået på LIBID minus 25 bp ikke gir selskaper som er netto innskytere en tilstrekkelig fordel av ordningen. Rentenivået i poolordningen har medført en *skjevdeling* av samordningsfordelen i favør av deltakere som trekker fra poolen. Dette følger av at den avtalte renten for ordningen ligger mye nærmere SUP for isolert innskudd enn SUP for isolert opptrekk. Staten vil for øvrig påpeke at motpartens framlagte prissammenlikninger ikke framstår som gode markører for hvilken rente selskapene ville ha oppnådd ved innskudd i en uavhengig bank. Selskapene ville ikke hatt behov for full fleksibilitet, slik at store deler av likviditeten kunne vært plassert på høyrentekonto. Det må dessuten justeres for at innskudd i poolen medfører større kredittrisiko enn innskudd i bank, samt at innskudd i poolen i realiteten er innskudd i andre oljeselskaper, og ikke bankinnskudd.

Etter statens oppfatning er det den foretatte transaksjonen som skal legges til grunn ved armlengdevurderingen. Det er kun avhengigheten mellom selskapene det skal ses bort fra, mens alle øvrige faktiske omstendigheter skal forutsettes uendret. Herunder vil det ikke være korrekt å tenke bort samordningsfordelen. Det skal heller ikke foretas noen justering som følge av at uavhengige parter ville bli påført "transaksjonskostnader". Dette vil være i strid med kravet til sammenliknbarhet og prinsippet om opprettholdelse av den faktiske transaksjonen. Det finnes ingen sammenliknbar poolordning mellom uavhengige parter. Ingen av de tradisjonelle prisingsmetodene i OECDs retningslinjer er direkte anvendelige. Skjønnen må derfor baseres på en analyse av elementene i flervalutapoolordningen.

Det vil ikke være opp til konsernet å plassere fordelene der det måtte ønske, for eksempel for å spare skatt. Staten mener at fordelene knyttet til poolordningen må fordeles mellom deltakerne basert på deres bidrag. Den sentrale innsatsfaktoren i poolen er kapital, og det er netto innskytere som skaper gevinstmulighetene for de deltakende selskapene. Partene har tidligere vært enige om at det foreligger endringsadgang hvis armlengdeprinsippet stiller krav til hvordan den oppståtte samordningsfordelen skal fordeles mellom deltakerne. Selskapenes nye anførsel om at samordningsfordelen ikke skal fordeles, men helt ut tilfalle morselskapet/Treasury, framkom først under innledningsforedraget for lagmannsretten, og kreves avskåret som for sent framsatt.

Staten vil anføre at det ikke er grunnlag for å oppheve det foretatte skjønnen som vilkårlig eller sterkt urimelig. Skjønnen bygger heller ikke på vesentlig feil faktum eller strider mot grunnleggende økonomisk teori eller erfaringsgrunnsetninger. At skjønnen er usikkert, kan ikke lede til opphevelse.

Staten v/Oljeskattekontoret har nedlagt slik påstand i begge saker:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Oljeskattekontoret tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

### **Lagmannsrettens vurdering.**

*Tvistetemaet.*

Hovedspørsmålet i saken er om det for skattemessige formål er adgang til å øke inntektene til COPSAS og NCOPAS med bakgrunn i de norske datterselskapenes deltakelse i ConocoPhillips-konsernets valutapoolordning. Det underliggende spørsmålet er om selskapenes renteinntekter for de aktuelle årene skal anses redusert som følge av interessefellesskapet med de øvrige deltakerne i poolordningen, slik at skatteloven § 13-1 gir hjemmel for inntektpåslag. Hvis det foreligger inntektsreduksjon og dermed endringsadgang, blir det spørsmål om det er grunnlag for å sette til side Klagenemndas skjønnfastsettelse etter § 13-1 tredje ledd.

Lagmannsretten legger til grunn at domstolen fullt ut kan prøve det faktiske grunnlaget og rettsanvendelsen for så vidt gjelder om vilkårene for skjønnlikning foreligger. Når det gjelder skjønnutøvelsen, legges til grunn at prøvingen er mer begrenset og at skjønnets i utgangspunktet bare kan oppheves hvis det framstår som vilkårlig, uforsvarlig eller sterkt urimelig.

*Rettslige utgangspunkter.*

Konsernselskaper driver ofte virksomhet og økonomiske aktiviteter i fellesskap samt yter hverandre tjenester. Det selskapsrettslige utgangspunktet er at et aksjeselskap, selv om det inngår i et konsern, er en selvstendig enhet med egne rettigheter og plikter. Aksjeloven § 3-9 bestemmer at transaksjoner mellom selskaper i samme konsern skal grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper og at "kostnader, tap, inntekter og gevinster som ikke kan henføres til noe bestemt konsernselskap, skal fordeles mellom konsernselskapene slik god forretningsmessig tilsier". Det følger av dette at det ikke er tillatt å foreta verdioverføringer fra et selskap til et annet innen konsernet uten at dette er forretningsmessig begrunnet, og at økonomiske fordeler og ulemper som gjelder konsernets felles forvaltning, skal fordeles mellom selskapene i samsvar med det enkelte selskaps forretningsmessige interesse i transaksjonene.

Et konsernselskap er også et selvstendig skattesubjekt, jf skatteloven § 2-2 første ledd bokstav a. Kravet om at transaksjoner mellom konsernselskaper skal være basert på forretningsmessige vilkår, ligger også til grunn for skattereglene og kommer til uttrykk i skatteloven § 13-1, som gir adgang til skjønnmessig fastsettelse av formue eller inntekt når denne har blitt redusert som følge av interessefellesskap. Paragraf 13-1 første og tredje ledd lyder:

"(1) Det kan foretas fastsettelse ved skjønn hvis skattyters formue eller inntekt er redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap med annen person, selskap eller innretning.

- - -

(3) Ved skjønnets skal formue eller inntekt fastsettes som om interessefellesskap ikke hadde foreligget."

For at skatteloven § 13-1 skal komme til anvendelse, må tre vilkår være oppfylt. Det må foreligge et interessefellesskap, inntekten må være redusert hos skattyteren, og det må være årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen.

For vurderingen av om en konsernintern transaksjon er basert på forretningsmessige vilkår og prinsipper, er det utviklet et såkalt armlengdeprinsipp. Innholdet i dette er at disposisjoner som er foretatt mellom parter i et interessefellesskap, blir sammenliknet med disposisjoner som under ellers sammenliknbare omstendigheter blir foretatt mellom uavhengige parter. For transaksjoner mellom foretak i flernasjonale interessefellesskap er armlengdeprinsippet nedfelt i OECDs mønsterskatteavtale artikkel 9 punkt 1. Det framgår av denne at hvis det mellom nærstående foretak blir avtalt eller pålagt vilkår "som avviker fra dem som ville vært avtalt mellom uavhengige foretak, kan enhver inntekt, som uten disse vilkår, ville ha tilfalt et av foretakene, men i kraft av disse vilkår ikke har tilfalt dette, medregnes i og skattlegges sammen med dette foretakets inntekt."

Prinsippet om armlengdes vilkår er nærmere beskrevet i OECDs retningslinjer for internprising for flernasjonale foretak og skattemyndigheter. Her er ulike metoder for sammenlikninger mellom kontrollerte transaksjoner og tilsvarende uavhengige disposisjoner for å komme fram til armlengdes priser nærmere gjennomgått og beskrevet. Høyesterett har lagt til grunn at retningslinjene er relevante ved tolkingen av skatteloven, jf Rt 2001 side 1265, og ved endring med virkning fra 2008 er det lovfestet i skatteloven § 13-1 fjerde ledd at det skal tas hensyn til OECD-retningslinjene.

#### *Nærmere om armlengdevurderingen.*

Lagmannsretten legger til grunn at valutapoolordningen for ConocoPhillips-konsernet i BoA er forretningsmessig begrunnet og medfører reduserte kostnader for konsernet som helhet. Ordningen gir de deltakende selskapene anledning til å koordinere sine lånebehov og valutaposisjoner på et overordnet nivå, i stedet for å måtte gjøre dette i de enkelte konsernselskaper. Selskapene oppnår gunstigere rentevilkår både på innskudd og opptrekk, enn hva de hver for seg ville ha oppnådd utenfor poolen. Enkelt sagt sparer selskapene forskjellen mellom innskudds- og lånerente. Summen av fordelene som poolordningen skaper for konsernet som helhet, betegnes i det følgende som samordningsfordelen. Det forhold at konsernkontoordningen er forretningsmessig begrunnet for konsernet, er ikke til hinder for at det kan foreligge endringsadgang etter skatteloven § 13-1.

De ankende parter bestrider ikke at det foreligger et interessefellesskap mellom de deltakende selskapene, herunder COPSAS og NCOPAS. Lagmannsretten oppfatter det videre slik at selskapene ikke egentlig bestrider årsakssammenheng dersom det påvises inntektsreduksjon. De ankende parter anfører imidlertid at det ikke foreligger reduserte inntekter når selskapenes renteinntekter sammenliknes med hva de ville vært hvis interessefellesskapet ikke hadde foreligget, slik at vilkårene for skjønnsfastsettelse etter § 13-1 ikke foreligger.

Klagenemndas vedtak bygger på at COPSAS og NCOPAS som netto innskytere i poolordningen mottok lavere rente på sine innskudd enn hva uavhengige parter ville ha akseptert. Spørsmålet er altså om rentesatsen i poolen, som var fastsatt til LIBID minus 25 bp, ivaretar kravet til armlengdes vilkår for så vidt gjelder innskudd. Det forhold at poolen hadde lik rentesats for innskudd og opptrekk, har Klagenemnda akseptert. Spørsmålet blir dermed om den felles rentesatsen måtte ha ligget høyere for at de norske datterselskapene med god likviditet og store innskudd skulle ha oppnådd en tilstrekkelig fordel av ordningen. Klagenemndas

syn er at den avtalte rentesatsen gir en asymmetrisk gevinstfordeling, og at poolen i for stor grad tilgodeser selskaper som har behov for opptrekk og ikke gir markedsmessig kompensasjon for den kreditt risikoen de innskyttende selskapene påtar seg.

De ankende parter har vist til at rentesatsen i poolen var den samme som BoA tilsto konsernet ved positiv saldo på toppkontoen. Det er også framhevet, med henvisning til et notat fra Ernst & Young framlagt under den administrative klagebehandlingen, at selskapene ikke ville ha oppnådd bedre innskuddsrente ved innskudd i en uavhengig bank, slik at selskapene ved deltakelsen i poolen i virkeligheten har *økt* sine renteinntekter sammenliknet med beste tilgjengelige eksterne løsning. Etter lagmannsrettens vurdering er dette i seg selv ikke avgjørende for den skatterettslige vurderingen. Det er ingen nødvendig sammenheng mellom innskuddsrenten som BoA tilbød og internrenten i poolen. Ved videre å sammenlikne med ordinære bankinnskudd ser man bort fra poolordningen som rammen for de faktiske transaksjonene, samt spørsmålet om fordelingen av ordningens gevinst mellom deltakerne. Det avgjørende for om det foreligger en inntektsreduksjon må etter rettens syn være om poolrenten er lavere enn den renten som deltakerne ville ha avtalt dersom de hadde vært uavhengige aktører.

Partene i saken synes i utgangspunktet å være enige om at når man skal undersøke om poolrenten er armlengdes, skal det etter loven og OECDs retningslinjer foretas en sammenlikning med tilsvarende transaksjoner som foretas mellom uavhengige parter under ellers sammenliknbare omstendigheter. Det er med andre ord bare avhengigheten mellom partene som skal tenkes bort, mens de andre omstendighetene rundt den foretatte transaksjonen forutsettes fastholdt.

#### *Prinsipper for sammenlikningen.*

Når det gjelder den konkrete valutapoolordningen, er det heller ikke uenighet om at uavhengige selskaper i praksis ikke oppretter samarbeidsordninger som tilsvarer denne. Bakgrunnen er at en slik organisering ville pådratt deltakerne diverse kostnader, såkalte transaksjonskostnader, som antakelig ville oversteget samordningsgevinsten ved poolen.

Partene er imidlertid uenige om hvilke konsekvenser som skal trekkes av denne omstendigheten for sammenlikningen med uavhengige transaksjoner.

De ankende parter mener at selskapenes faktiske renteinntekter må sammenliknes med hva renteinntektene ville vært hvis uavhengige foretak hadde inngått i en tilsvarende pool, men at man da må gjøre fradrag for de transaksjonskostnader som uavhengige i tillegg ville pådratt seg. Resultatet ville vært, anføres det, at selskapene ville hatt en nettoinntekt som var lavere enn den faktiske, og kravet om inntektsreduksjon som følge av interessefellesskapet er da ikke oppfylt. Staten mener derimot at det ikke er riktig å hensynta transaksjonskostnader som ikke oppstår mellom deltakerne i poolordningen, da dette ville være det samme som å se helt bort fra samordningsfordelen ved poolen. Det anføres at dette ville være i strid med prinsippet om at man skal opprettholde alle transaksjonens ledsagende omstendigheter.

Lagmannsretten oppfatter OECD-retningslinjene og rettspraksis slik at sammenlikningen for å komme fram til

armlengdes pris skal ta hensyn til alle karakteristika ved den kontrollerte transaksjonens, bortsett fra partenes tilknytning til hverandre. Bare når de relevante økonomiske aspekter ved de situasjoner som skal sammenliknes, ikke er tilstrekkelig sammenliknbare, er det aktuelt å foreta justeringer. Dersom man lar samordningsfordelen ved en konsernordning utliknes av ekstra kostnader som uavhengige ville ha pådratt seg, mister man etter rettens syn selve den sentrale økonomiske drivkraften bak opprettelsen av poolordningen. Det vil i så fall være lite relevant å spørre hvilken rentesats uavhengige deltakere i en tilsvarende pool ville ha avtalt.

#### *Avskjæring av nye bevis/påstandsgrunnlag.*

De ankende parter har, med støtte i forklaringen fra sakkyndig vitne professor Moen, gjort gjeldende for lagmannsretten at det er morselskapet/Treasury som skaper hele samordningsfordelen i konsernkontoordningen og at disse selskapene ved tenkte forhandlinger mellom uavhengige parter også ville fått hele gevinsten, slik at det her ikke ville blitt noen samordningsgevinst til fordeling. Staten har krevd denne anførselen, som først framkom i innledningsforedraget for lagmannsretten, avskåret som for sent framsatt.

Etter lagmannsrettens syn er det ikke grunnlag for avskjæring etter tvisteloven § 9-16.

Retten ser det slik at det anførte ikke utgjør noe nytt bevis eller nytt påstandsgrunnlag, men framtrer som en videreutvikling eller tilføyelse til et resonnement som tidligere er gjort gjeldende i saken. Det antas at slike mer teoretiske betraktninger ikke er gjenstand for avskjæring.

Lagmannsretten mener imidlertid at selskapenes nye betraktninger ikke endrer vurderingen av om det foreligger skjønnsadgang. Etter rettens oppfatning er det fortsatt den foretatte transaksjonen innenfor konsernkontoordningen som skal legges til grunn, men slik at man tenker seg avhengigheten mellom deltakerne borte. Når morselskapet/Treasury ikke lenger har makt over datterselskapene i kraft av konsernforholdet, vil disse heller ikke kunne påberope seg en særskilt rett til gevinsten ved ordningen. Konsekvensen blir at det uansett må gjøres en fordeling av samordningsgevinsten mellom deltakerne i henhold til armlengdeprinsippet.

#### *Samlet vurdering.*

Etter lagmannsrettens syn er ingen av de tradisjonelle prisingsmetodene som følger av OECDs retningslinjer direkte anvendelig i vår sak. Det må derfor foretas en skjønsmessig analyse basert på de konkrete omstendigheter ved den aktuelle poolordningen.

Spørsmålet er om den avtalte rentesatsen på LIBID minus 25 bp gir de store netto innskyterne en tilstrekkelig andel av samordningsgevinsten, eller om poolen medfører en skjevdeling av gevinsten og tilgodeser selskaper med trekkbehov på bekostning av selskaper med overskuddslikviditet, slik Klagenemnda har lagt til grunn. Ved vurderingen legger lagmannsretten til grunn at COPSAS og NCOPAS ved sin inntreden i poolen var finansielt sterke og hadde en større innskuddsevne enn mange av de øvrige deltakerne.

Lagmannsretten har kommet til at en slik skjevdeling er sannsynliggjort og viser blant annet til at den avtalte

poolrenten ligger nærmere SUP for isolerte innskudd enn SUP for isolerte opptrekk. I tillegg må det justeres for at innskudd i poolen innebærer noe høyere risiko enn tilsvarende innskudd i en bank. Det er kapital som er knapphetsgodet og den viktigste innsatsfaktoren i valutapoolen, og det er innskudd fra selskaper som er netto innskytere som gir de deltakende selskapene mulighet for gunstige trekkfasiliteter. Etter rettens vurdering er det naturlig at de økonomiske fordelene knyttet til poolordningen fordeles mellom deltakerne på en måte som hensyntar det enkelte selskaps bidrag. Lagmannsretten ser det derfor slik at hvis deltakerne i valutapoolordningen hadde forhandlet på fritt grunnlag, ville COPSAS og NCOPAS sannsynligvis bare ha gått inn i poolen hvis poolrenten hadde blitt satt høyere. Det foreligger da en inntektsreduksjon hos selskapene som gir grunnlag for å fastsette inntekten ved skjønn i medhold av skatteloven § 13-1.

### *Skjønnsutøvelsen.*

Når det først er adgang til skjønnslikning, framgår det av skatteloven § 13-1 tredje ledd at formue eller inntekt skal fastsettes som om interessefelleskapet ikke hadde forligget. Oppgaven består i å skjønne seg fram til en rentesats - armlengderenten - som også netto innskytere ville akseptert etter frie forhandlinger. Det legges som nevnt til grunn at domstolene her har begrenset prøvingsrett.

Etter lagmannsrettens syn har Klagenemnda tatt et riktig utgangspunkt når den søker å komme fram til en rentesats hvor eventuelle uavhengige aktører ville sett seg tjent med å foreta både innskudd og opptrekk i en tilsvarende ordning. Nemnda har videre, med henvisning til Fina-saken, uttalt at samordningsfordelene skal fordeles på de ulike deltakerne basert på deres bidrag. Med dette som utgangspunkt har Klagenemnda ment at LIBID pluss 25 bp representerer en rentesats som uavhengige aktører ville ha godtatt for å inngå et tilsvarende arrangement. LIBID er valgt som referanseramme for å reflektere at det er selskapene som selv styrer kontantflommen. Påslaget på 25 bp er ment å reflektere kredittrisikoen i ConocoPhillips-konsernet med henvisning til at det er dette påslaget som konsernet må betale til BoA ved negativ saldo på toppkontoen.

Lagmannsretten kan ikke se at nemndas skjønn er vilkårlig eller uforsvarlig eller at skjønnsresultatet framstår som grovt urimelig. Nemndas armlengderente medfører etter det retten forstår at netto innskytere oppnår en vesentlig del av gevinsten, samtidig som netto opptrekkere fortsatt gis fordelaktige vilkår. Det er klart at så lenge det ikke fins sammenlikningsmetoder som gir klarere holdepunkter for rentefastsettelsen, vil skjønnsutøvelsen måtte bli usikker. Etter lagmannsrettens syn hensyntar imidlertid Klagenemndas vedtak i rimelig grad også denne usikkerheten, herunder ved at den har nedjustert Oljeskattenemndas resultat noe.

De ankende parters anførsel om at skjønnsutøvelsen bryter med grunnleggende økonomisk teori og erfaringsgrunnsetning og av den grunn må oppheves, kan ikke føre fram. En teoretisk basert anførsel om at innskytere og opptrekkere under frie forhandlinger ville hatt en tendens til å likedele fordelene, kan etter lagmannsrettens vurdering ikke slå igjennom overfor et rettslig utledet prinsipp om at samordningsgevinsten skal fordeles forholdsmessig i henhold til deltakernes bidrag til ordningen.

Etter dette er det ikke grunnlag for å oppheve Klagenemndas vedtak i noen av sakene. Ankene blir å

forkaste.

*Sakskostnader.*

Staten v/Oljeskattekontoret har vunnet ankesakene og har krav på erstatning for sine sakskostnader av motparten etter tvisteloven § 20-2 første ledd, da lagmannsretten ikke kan se at det er rimelig å fritta de ankende parter etter tredje ledd.

Statens prosessfullmektig har levert kostnadsoppgave der det er krevd 79 800 kroner til sammen i salær og 2000 kroner i utlegg. Retten finner kostnadskravet rimelig og nødvendig og tilkjenner i alt 81 800 kroner i sakskostnader for lagmannsretten.

Med bakgrunn i lagmannsrettens resultat er det ikke grunn til å endre tingrettens sakskostnadsavgjørelse.

Dommen er enstemmig. På grunn av fravær i forbindelse med jul og nyttår er fristen i tvisteloven § 19-4 femte ledd ikke overholdt.

**Doms slutning:**

1. Ankene forkastes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler ConocoPhillips Skandinavia AS og Norske ConocoPhillips AS in solidum til staten v/Oljeskattekontoret 81 800 - åttientusenåttehundre - kroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen.