

SKATTERETTSLEGE PROBLEMSTILLINGER VED CAPTIVEFORSIKRING



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 711

Leveringsfrist: 25.11.10

*Til sammen 16049 ord**

25.11.2010

1	Innledning	1
1.1	Bakgrunn	1
1.2	Grunner til captiveforsikring	2
1.2.1	Redusere administrasjonskostnader	3
1.2.2	Unngå subsidiering av dårligere forsikringstegnere	3
1.2.3	Fordeler med selvassurering som er overførbare på captiveforsikring.....	3
1.2.4	Avhjelpe manglende marked.....	4
1.2.5	Tilgang til reassuranse markedet.....	4
1.2.6	Finansinntekter.....	4
1.2.7	Skattefordeler ved captive forsikring i forhold til selvassuranse.....	5
1.2.8	Andre fordeler med captive fremfor selvassuranse	5
1.3	Ulemper ved captiveforsikring.....	5
1.4	Vanlig struktur	6
2	Er forsikring tegnet	6
2.1	Fradrag for forsikringspremie	6
2.2	Hva er forsikring i skatterettslig forstand.....	7
2.2.1	Risikoovergang	9
2.2.2	Andre vurderingsnormer	15
2.2.3	Underlagt samme regler og kontroll	16
2.2.4	Bruken av fronting selskaper.	17
2.2.5	Risikospredning	19
2.2.5.1	Premieraten som indikator på grad av risikospredning	19
2.2.6	Garantier/comfortletters	20
3	Beregning av armlengdes pris.....	22
3.1	Rettsgrunnlag	22
3.1.1	Skatteloven § 13-1	23
3.2	Anvendelse av armlengdeprinsippet	24
3.2.1	Sammenlignbarhetsanalyse.....	24
3.2.2	Tilordning av fordeler ved captiveforsikring.....	27
3.3	De forskjellige metoder.....	29
3.3.1	Forholdet mellom de forskjellige metodene	30
3.3.2	Sammenlignbar ukontrollert pris metoden (Comparable price method – CUP) 30	
3.3.2.3	Nærmere om AGIP-saken Rt-2001-1265	34
3.3.3	Videresalgsprismetoden	36

3.3.4	Kost pluss metoden	37
3.3.5	Overskuddsdelingsmetoden	38
3.3.6	Transaksjonsbasert nettomarginmetoden	39
3.4	Rammene for skjønnsutøvelsen.	39
4	Oppsummering.....	40
5	Litteraturliste.....	40
6	Lister over tabeller og figurer m v	A

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Forsikring i eller gjennom et captive vil si at man forsikrer seg i et eget eiet forsikringselskap. Captiveselskapet er forsikringselskapet som er eiet av forsikringstegnerne. Slike selskaper er vanligst blant store industriselskap, men er etter hvert mer utbredt også i andre bransjer. På samme måte som uavhengige forsikringselskaper baserer også captiveselskaper seg på ideen om risikospredning. Når man har flere virksomheter av en viss størrelse, kan man ved å betale inn jevnlige beløp til et selskap, som så igjen vil bære kostnaden ved uhell, få spredd risikoen. Som vist nedenfor er det en del fordeler og ulemper med å gjøre dette gjennom et captive, fremfor i et uavhengig forsikringselskap. Det er først når den forsikrede virksomheten er av en hvis størrelse at disse fordelene veier opp for de ulemper en slik forsikringsordning innebærer.

Forsikring i et captiveselskap har, som nærmere vist nedenfor, mange likhetstrekk med selvassuransse. Selvassuransse innebærer at selskapet selv bygger opp reserver for å dekke tap som oppstår, der forsikringen ellers ville dekket det. Det er derimot en vesentlig skattemessig forskjell på selvassurering og forsikring i captive. Både for forsikring i et captive og forsikring i et uavhengig forsikringselskap gjelder at den risiko som beholdes hos forsikringstegneren gjennom egenandelen, blir skattemessig behandlet på samme måte som selvassuransse. Ved at det ikke betales premie for den og at fradragsretten først oppstår når skade inntreffer, og den økonomiske fordel vil være den samme. Men for den del av forsikringen som bringes ut til captive eller uavhengig forsikringselskap er det vesentlige skattemessige forskjeller på de to og selvassuransse. Ved både captiveforsikring og forsikring i uavhengig forsikringselskap vil forsikringspremien være fradragsberettiget. Ved forsikring i captive har det blitt forsøkt både å oppnå deler av de fordeler som ligger i selvassuransse, som vil bli nærmere redegjort for nedenfor, og å få fradratt premiebeløpet fra skattlegging.

Denne forsikringen kan være både direkte og indirekte. Det vil si at forsikringstegneren kan være både mor, søsterselskap eller annet konsernselskap. Indirekte tegning gjøres av flere grunner som vil bli nærmere drøftet nedenfor. Innledningsvis kan det kort nevnes at disse grunnene kan være både av skattemessig og foretningmessig karakter. Mange Captiveselskaper er basert i såkalte lavskatt stater. Eksempelvis er Bermuda, Cayman Islands, og British Virgin Islands populære baser for etablering. I Norge vil det spesielle oljeskatte regime, med 78 % skatt på enkelte typer offshorevirksomhet blant annet oljeutvinning, gjøre forsikring i et norsk fastlandsbasert captive interessant. For et selskap som driver oljeutvinning på norsk kontinentalsokkel, og forsikrer seg i et

landbasert captive er resultatet av denne øvelsen at skatten på det aktuelle beløp reduseres med omtrent 50 %. Dette gjelder imidlertid bare så langt det betalte beløp overstiger det man ville betalt til et uavhengig forsikringsselskap. Hvis ikke, vil den representere en fradragberettiget kostnad uansett.

Reglene om internprising i skatteloven § 13-1 er ment å hindre den skattemessig motiverte prissettingen av transaksjoner mellom nærstående parter. Uten regler som gir skattemyndighetene adgang til å fastsette inntekten ved skjønn der det forekommer avvikende priser på internt transaksjoner ville tilpasningene antagelig vært svært utstrakte.

Reglene om internprising er basert på skattemessige hensyn. Formålet med bestemmelsen er å forebygge en skatteplanlegging der overskudd blir unndratt beskatning i Norge. Skatteloven § 13-1 har dermed ingen innvirkning på den faktiske transaksjon, og det foretningmessige. Den tar kun sikte på den skatterettslige behandlingen av slike situasjoner. Den selskapsrettslige virkning er regulert i Lov om aksjeselskaper/Allmennaksjeselskaper (asl/asal) § 3-9.

Spørsmålet om fradrag for forsikringspremie utbetalt til captiveselskap er delt i to hovedspørsmål. Det er for det første et spørsmål om forsikring er tegnet, altså om det foreligger en reell tegning av forsikring.

Besvares det bekreftende blir det andre spørsmålet; hvilken pris skal legges til grunn ved ligningsberegningen.

1.2 Grunner til captiveforsikring

Det finnes flere grunner til at selskaper velger å forsikre seg gjennom captiveselskaper. Begrunnelsene og vektlegging av de forskjellige hensyn varierer nødvendigvis med hvilken bransje man opererer innenfor, verdiene på gjenstander og tilgjengelig kapital.

Ikke alle grunnene har med skattebesparelser å gjøre. Likevel kan det tenkes at skattehensyn er den viktigste grunnen til å opprette et selvstendig forsikringsselskap, fremfor å være selvassurert.¹ Det følgende avsnittet vil gi en kort oversikt over de vanligste grunner til å benytte seg av captiveforsikring.

Det er vanlig at captiveselskapene reassurerer seg, og dermed ikke blir sittende igjen med hele den risiko de har påtatt seg gjennom polisen. En del av fordelene vil bli av mindre betydning etter hvert som reassuranseandelen øker. Også størrelsen på egenandelen, både fra driftsselskap til captive, og fra captive til reassuranse, vil spille inn på utslaget av de forskjellige virkninger.

¹ Skaar, captive insurance companies s. 17.

1.2.1 Redusere administrasjonskostnader

Ved å forsikre seg gjennom et captive unngår man et fordyrende mellomledd. Et eksternt forsikringsselskap har en rekke kostnader som skal dekkes inn av prisen de belaster sine kunder. En del av kostnadene vil også captivet ha. Captivet trenger også en administrasjon, regnskapsføring og juridisk bistand.

Captivet har ikke kostnader som markedsføring og kundepleie og enklere oppgjør for de deler av risikoene som ikke er reassurert. De kjenner også forsikringstageren bedre hvilket gjør prosesser som avtaleinngåelse og oppgjør enklere og mindre kostbare.

Man regner i Norge med at 30 % av forsikringspremien går til å dekke slike kostnader.² Bare dette alene er god grunn til å forsikre seg i et captiveselskap, fremfor å benytte seg av det uavhengige markedet.

1.2.2 Unngå subsidiering av dårligere forsikringstegnere

Ved forsikring i eksterne forsikringsselskaper kan det tenkes at forsikringspremien ikke beregnes individuelt. Dette medfører at en forsikringstager som har mindre sannsynlighet for skade, og eller lavere forventet skadebeløp enn gjennomsnittet, i praksis subsidierer de forsikringstagerne som ligger over snittet. Ved å forsikre seg gjennom et captive unngår man dette.³ På denne måten blir konsernets endelige kostnader like som de faktiske påførte tap.

Dette kan også føre til at de som velger å forsikre seg i markedet er de selskaper som har en risiko som ligger over snittet. På den måten får virkningen en selvforsterkende effekt.

1.2.3 Fordeler med selvassurering som er overførbare på captiveforsikring

Ved å øke egenandelen vil forsikringstagerne få redusert sine forsikringspremier. Likevel er ikke alltid denne reduksjonen i samsvar med den risiko selskapet får gjennom den økte egenandelen.⁴ Ved å forsikre seg gjennom et captive vil selskapet være sikret den reelle rabatt.

² Aarhus, Thore og Clausen, Tore, forsikringsøkonomi s. 26.

³ Skaar, Captive Insurance Companies. S. 13.

⁴ Skaar, Captive Insurance Companies. S. 14.

En annen fordel med selvassuransse er at selskapet ofte vil bli flinkere til å forebygge skade.⁵ Selv om captive er et selvstendig selskap, er det trolig at denne virkningen vil oppstå likevel fordi risikoen er beholdt i konsernet. Dette som følge av at det er felles eierskap, og dermed de samme som rammes, til tross for at de er adskilte subjekter.

Effekten vil variere med egenandelens størrelse. Slik at en kan oppnå mye av det samme ved å beholde en høyere egenandel i selskapet. Dette kan være aktuelt selv ved bruk av captives, fordi de ofte vil ha reassurert seg og beholdt noe risiko selv.

1.2.4 Avhjelpe manglende marked

En annen grunn til å velge forsikring gjennom et captive kan være at det ikke er noe egnet marked for forsikring av det aktuelle objektet. Det kan enten være umulig eller uforholdsmessig dyrt.⁶ Gjennom forsikring i et captive kan man unngå denne problemstillingen.

1.2.5 Tilgang til reassuransse markedet

Forsikringsselskaper kan, ved reassuransse, benytte seg av andre aktører enn det første ledds forsikringstegner kan. Forsikringsselskapene har dermed et større marked enn andre tegnere. Reassuranssemarkedet består dermed både av det markedet som er tilgjengelig for alle, og det markedet tilgjengelig for forsikringsselskapene. Det er ofte mulig å oppnå bedre betingelser i reassuranssemarkedet⁷ På grunn av dette er de i stand til å oppnå bedre betingelser. Captiveselskaper kan, i kraft av å være forsikringsselskap, også benytte seg av dette markedet. Det ligger dermed allerede der en vesentlig besparelse på forsikringspremiene. Dette gjør det i seg selv gunstig å kanalisere sine forsikringspremier gjennom et captive.

1.2.6 Finansinntekter

En annen inntektskilde for forsikringsselskaper er finansinntekter. Forsikringspremier betales inn før skade oppstår og jo lengre tid det tar før utbetaling skal skje, desto høyere blir disse inntektene. For selskaper med kostbare forsikringsobjekter, som for eksempel oljeplattformer, kan disse beløp bli betydelige.⁸

Ved å forsikre seg gjennom et captive tilfaller disse inntektene captivet, fremfor et

⁵ Skaar, captive insurance companies. S. 14.

⁶ Skaar, captive insurance companies S. 15.

⁷ Bjørn Erik Simenstad

⁸ Bjørn Erik simenstad. Muntlig samtale 11/02-10

eksternt forsikringselskap. Gjennom eierinteressen i captivet tilfaller dermed inntekten konsernet.

1.2.7 Skattefordeler ved captive forsikring i forhold til selvassuranse.

De over nevnte fordeler er i stor grad sammenfallende med fordelene ved selvassuranse. Likevel er det en vesentlig fordel ved forsikring gjennom captive, som ikke oppnås ved selvassuranse. Det er den potensielle skattemessige fordel med forsikring i et captivet. Et driftsselskap kan betale forsikringspremie til captivet, som setter av penger til dekning av en senere skade. Driftsselskapet kunne ikke ha fått skattefradrag for slik avsetning til selvassuranse. I praksis har det blitt forsøkt å få fradrag for forsikringspremie betalt til captive, for dermed å oppnå de fordeler som ligger i selvassuranse og å samtidig få fradrag for premien som om forsikringen var tegnet i uavhengig forsikringselskap.

1.2.8 Andre fordeler med captive fremfor selvassuranse

Ved at de forskjellige selskaper i et konsern forsikrer i et captive oppnår man også en risikospredning utover hvert enkelt selskap. Ved selvassuranse ville hvert selskap selv satt av midler til dekning av tap som måtte oppstå, for deretter å bære de selv slik at man ikke får den fordel av risikospredning som oppstår ved captiveforsikring.

1.3 Ulemper ved captiveforsikring

Det er imidlertid også visse ulemper ved å forsikre seg i et captive. Når en forsikrer seg i et uavhengig forsikringselskap bringes risikoen for utbetalinger ved skader ut av konsernet. Ved å forsikre seg i et captive bringes også risikoen ut av dette selskapet. Men med samme eiere, beholdes dermed risikoen hos dem selv. Resultatet er at de må ta tapet, men i et annet selskap. Ved hyppigere skadetilfeller, eller større utbetalinger enn forventet kan det tenkes at det ikke er lønnsomt å forsikre seg i et captive. Fordelen med forsikring i uavhengig selskap er at man kun blir sittende med risikoen for den egenandel som beholdes hos forsikringstegneren, dette oppnås ikke ved forsikring i captive.

En annen ulempe med captiveforsikring er at konsernet kan ha vanskelig for å vurdere hvilke omkostninger som følger med forsikringselskapet. Det kan også tenkes at tredjeparter vil være betenkte med forsikringsordningen, de vil kunne være usikre på hvor god dekning de har for eventuelle krav som måtte oppstå.

1.4 Vanlig struktur

Som fremstillingen nedenfor vil vise blir forsikring i captiveselskap strukturert på forskjellige måter. Produksjonsselskapet kan være forsikret enten direkte i sitt captive eller via et såkalt frontingselskap. Betydningen av dette vil bli nærmere drøftet nedenfor.

2 Er forsikring tegnet

2.1 Fradrag for forsikringspremie

Det første spørsmålet som reiser seg ved vurderingen av fradragsrett for premier betalt til et captiveselskap er om slik betaling, uansett størrelse, er fradragsberettiget.

Skatteloven § 6-1 stiller opp hovedregelen for fradrag i alminnelig inntekt. Etter denne bestemmelsen kan fradrag føres for kostnad som er pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt. Det stilles dermed opp to kumulative vilkår for at fradrag kan føres.

Det må for det første være snakk om en oppofrelse. Dette innebærer at det må skje en reduksjon i skatteyterens formuesstilling.⁹ At det stilles krav om formuesreduksjon innebærer at en ombytting av verdier ikke er fradragsberettiget. Hvis et selskap setter av 300 000 NOK til å dekke potensielle skader på en installasjon er dette således ikke fradragsberettiget. Selskapet har kun gått fra å ha 300 000 NOK i disponible kontanter, til å ha samme beløp i et skadesikringsfond. At det skjer en regnskapsmessig disponering av beløpet er ikke avgjørende. Den fradragsberettigete disposisjonen skjer først når beløpet utbetales fra fondet til dekning av en oppstått skade. At utbetalinger sjelden gjøres uten at en får noe igjen for det gjør at vilkåret må presiseres noe. Det avgjørende vil være om formuesstillingen på sikt vil bli svekket, eller formulert på en annen måte, om den mottatte ytelse har varig verdi.¹⁰ Har motytelsen ikke varig verdi vil utbetalingen kunne være fradragsberettiget, forutsatt at de andre vilkår er oppfylt, og utbetalingen vil dermed kunne fradragsføres. Når det utbetales en forsikringspremie, får man en forsikringsdekning igjen, som også har en verdi. Denne verdien kan likevel neppe kategoriseres som varig, og beløpet bør derfor være fradragsberettiget.

Det er også et vilkår at kostnaden har tilknytning til virksomheten. Dette følger av ordlyden i skatteloven § 6-1, ”erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt”.

⁹ Zimmer, lærebok i skatterett. S. 171

¹⁰ Zimmer, lærebok i skatterett. S. 172

Det er ikke noe vilkår at kostnaden har vært nødvendig.¹¹ At slikt krav ikke stilles gjør at det i forhold til forsikringspremier ikke er nødvendig å ta stilling til hva premien dekker. Det kan likevel tenkes at nødvendigheten av et forsikret objekt, og dermed forsikringen, blir prøvet i relasjon til tilknytning.¹²

Forutsatt at forsikringen dekker et objekt som brukes i bedriftens inntektsskapende virksomhet kan utbetaling av premier fradragsføres. Det oppstår få problemer rundt dette ved forsikring i uavhengig forsikringsselskaper.

I tillegg til at det må foreligge formuesreduksjon, er reglene om tidfesting viktige for å vurdere når fradrag kan føres. Hovedregelen her er realisasjonsprinsippet jfr. Skatteloven § 14-2 (2), ”med mindre annet er bestemt, skal en kostnad fradras i det året det oppstår en ubetinget forpliktelse for skatteyteren å dekke eller innfri kostnaden”. Fradraget kan føres det året verdireduksjonen antas å finne sted. Fradrag føres i det år skatteyteren får en ubetinget plikt til å betale,¹³ slik at dersom det betales 1 million NOK for ett års forsikring blir resultatet ved årets slutt en formuesreduksjon på tilsvarende beløp. Dette gjelder også motsatt, slik at hvis et beløp er betalt for en forsikring som gjelder over to regnskapsår, eller deler av to år, skal fradrag føres med den forholdsmessige del av betalingen som knytter seg til de forskjellige regnskapsår.

2.2 Hva er forsikring i skatterettslig forstand

Når fradragsretten skal vurderes må det tas stilling til om det faktisk er forsikring som er tegnet. Problemstillingen kan formuleres som et spørsmål om realiteten i forsikringstransaksjonen. Fradragsretten vil avhenge av realiteten i avtalen.

Dette spørsmålet måtte Høyesterett ta stilling til i Treschow-saken Rt- 1973-385. Fradrag var blitt nektet ført for to livsforsikringspoliser. De tilgodesette i polisene skulle få utbetalt to fastsatte beløp på 220 000 og 7 millioner kroner på en bestemt dato, uavhengig av om forsikrede var i live. Det var betalt inn to engangsbeløp på henholdsvis 152 306 og 4 846 100. Etter Høyesteretts syn var det ingen døds - eller livsrisiko av betydning. Polisene var også knyttet til et lån gitt av flere banker, deriblant forsikringsselskapet. Treschow kunne dermed gjenkjøpe polisene ved å misligholde lånet. Høyesterett kom derfor til at ingen risiko gikk over på forsikringsselskapet, at heller ikke hensyn til de tilgodesette var begrunnelse for forsikringen, og at transaksjonen derfor var en rent skattemessig motivert transaksjon. Høyesterett godkjente ikke dette som forsikring men anså det for å være sammenlignbart med et bankinnskudd, og at disposisjonen dermed ikke hadde noen forsikringsmessig realitet. Høyesterett oppstilte her altså et vilkår om risiko overgang for at en transaksjon skal kunne aksepteres som forsikring i skatterettslig forstand. Treschow-dommen illustrerer prinsippet om risikoovergang som avgjørende for fradrag. Dersom transaksjonen ikke

¹¹ Zimmer, lærebok i skatterett. S. 188

¹² Zimmer, lærebok i skatterett. S. 188

¹³ Ot.prp. nr. 35 (1990-91) s. 348.

innebærer risikoovergang vil det ikke gis fradrag for den betalte premie. Disposisjonen ville da snarere være en avsetning av midler som ikke er fradragsberettiget.

Rt-1995-124 Schlumberger-saken var første gang fradrag for forsikringspremie betalt til captiveselskaper ble behandlet i Høyesterett. Dowell Schlumberger (Eastern) Inc. (heretter DSE) drev virksomhet på norsk kontinentalsokkel. DSE var for sin virksomhet forsikret i Tower Assurance company Ltd (heretter Tower). Tower var registrert på Bermuda. Både Tower og DSE var heleid av Dowell Schlumberger Corp. Tower tok utelukkende forsikringer for selskaper i Dowell Schlumberger-konsernet, og var dermed et rent captive. Høyesterett fulgte opp synspunktet fra Treschow saken og mente at det sentrale spørsmål i denne saken var om forsikring var kjøpt eller om det kun var snakk om å sette av midler slik at en ville stå bedre rustet til å bære tap som måtte oppstå.

Ifølge Høyesterett var det for det første en formell side ved dette spørsmålet. Det måtte foreligge en forsikringsavtale som førte risikoen over fra forsikringstageren slik at forsikringstageren var fri for risiko. Skattemyndighetene anførte at forsikring ikke var tegnet. De mente at transaksjonen ikke brakte risikoen ut av konserngruppen. Dette synspunkt ble ikke akseptert av Høyesterett, som innledningsvis fastslo at forsikringspremie betalt til captive kan være fradragsberettiget, slik at det at handelen skjer med tilknyttet selskap ikke i seg selv utelukker fradrag. Høyesterett baserer dette på at aksjeselskaper er selvstendige skattesubjekter jfr. Skatteloven § 2-2, 1. ledd bokstav a. jfr. Rt-2006-1232 avsnitt 41. De er dermed selvstendige juridiske personer som blir ilagt og betaler skatt, uavhengig av eierne og deres skattemessige forhold. Dette er også forutsatt i de to andre sentrale høyesterettsdommene som omhandler captiveforsikringer.¹⁴ Og at dermed selskaper innenfor konsernstrukturer også er selvstendige skattesubjekter og at skatteloven 1911 § 54, 1. ledd (nå 13-1) forutsetter at reelle transaksjoner mellom tilknyttede parter legges til grunn, ved at de åpner for en justering av vederlaget under gitte vilkår, og ikke for å se bort fra transaksjonen. I Schlumberger-saken ble spørsmålet da om det forelå en reell forsikringstransaksjon.

Høyesterett satte opp visse vilkår for å anerkjenne disposisjonen som kjøp av forsikring. Det sentrale poeng var at forsikringstageren ved den aktuelle avtalen fikk sikkerhet mot selv å måtte dekke tapet ved en eventuell ulykke. Slik sikkerhet ville forsikringstageren ha kun dersom captivet hadde den nødvendige økonomiske styrke til å bære et eventuelt tap. Enten ved å reassurere risikoen eller å ha egen økonomisk styrke til å håndtere det. Eventuelt kan disse to kombineres.

Det blir dermed nødvendig å klarlegge et par forhold for å vurdere denne evnen til å bære risiko. Høyesterett peker på at det ved en slik vurdering vil være naturlig å se hen til hva uavhengige forsikringsselskaper vurderer som forsikringsmessig forsvarlig.

I AMOCO-saken Rt-2002-1247 var spørsmålet også om fradrag for forsikringspremie betalt til et captive. Saken gjaldt inntektsårene 1992-95. AMOCO Norway Oil (nå BP Norge AS) drev virksomhet på norsk kontinentalsokkel. AMOCO var forsikret i RAS og fra annet halvår 1995 i AIRCO. RAS/AIRCO var et såkalt frontingsselskap (dette er

¹⁴ Rt-1995-1224 "Schlumberger", Rt-2001-1265 "Agip", Rt-2002-1247 "AMOCO"

nærmere behandlet nedenfor) som hadde reassurert hele sin polise i Northern. Northern var et konsern captive for AMOCO CORP, som også eide AMOCO Norway Oil. Northern hadde reassurert deler av risikoene i markedet, men ikke alle og fradragsretten for den reassurerte delen var uomtvistet. Saken gjaldt de risikoer Northern hadde beholdt selv.

Det var hovedsakelig to spørsmål I AMOCO-saken. For det første om forsikring direkte i Northern ville gitt fradragsrett, og for det andre om hvilken betydning det skulle tillegges at forsikringen var tegnet i frontingselskapene.

Høyesterett tok først stilling til spørsmålet om en direkteforsikring i Northern ville gitt fradragsrett. Spørsmålet var i utgangspunktet uten betydning for resultatet, men tar opp interessante poenger ved vurderingen av risikoovergang.

2.2.1 Risikoovergang

I Schlumberger-saken ble det stillet opp et vilkår om at det er reell forsikring som kjøpes for at transaksjonen skal tas i betraktning ved beregning av ligningen. Dette blir både i Schlumberger- og AMOCO saken formulert som et spørsmål om risikoovergang. Dette spørsmålet har to sider. én formell og én materiell side. For det første må det foreligge en avtale som tar sikte på å overføre risiko fra skatteyder til captivet, slik at en uforpliktet utbetaling til captivet ikke gir fradragsrett.

Den mer problematiske siden er den materielle. Som nevnt er kravet at tjeneste skal være kjøpt. Og for forsikringspoliser vil det avgjørende da være om forsikring er kjøpt. Dette innebærer at skatteyder mottar de tjenester som ville vært forventet ved en forsikringsavtale med uavhengig forsikringsgiver. Formålet med å tegne forsikring er å fri seg fra risiko for de forhold som polisene dekker.

Dette spørsmålet beror igjen på en vurdering av forsikringsgiverens økonomiske situasjon. Først når captivet har den nødvendige økonomiske styrke til å møte krav som måtte oppstå, er forsikringstegneren sikker på ikke å måtte dekke kravet selv, og dermed bli ytet den tjeneste som betales for.

Ved vurderingen av denne evnen la Høyesterett i Schlumberger saken til grunn at man må se hen til forholdet mellom selskapets solvenskapital og maksimal potensiell skadeutbetaling. Forholdet mellom "relevant assets" mot "relevant liabilities". Resultatet av denne analysen må deretter sammenlignes med hva uavhengige forsikringselskaper betrakter som forsvarlig ved forsikring av tilsvarende typer risiko. Vurderingen av dette forholdet vil bli utdypet under avsnittet om evnen til å bære risiko.

Når et tilknyttet selskap tegner forsikring i et captive er det ikke unormalt at deler av disse polisene videretegnes. For eksempel kan det tenkes at alle polisene reassureres, men at en egenandel beholdes i captivet. Eller at enkelte risiko beholdes, mens andre

reassureres Ved vurderingen av captivets evne til å bære eventuelle krav som måtte oppstå, vil det være den del som beholdes i captivet som må brukes som utgangspunkt.

I Schlumberger-saken var det kun tingsskadeforsikringene som var reassurerte. De immaterielle risikoer var beholdt i captivet. Disse risikoer utgjorde 20 %. Det var dermed for disse deler, som tilsvarte 1/5 av det totale forsikringsbeløp Tower måtte godtgjøre evnen til å bære den økonomiske risiko.

Ikke ethvert avvik fra markedsstandard er nok til å underkjenne selskapet som forsikringsselskap, slik at captivet kan ha enkelte år med avvik fra markedsstandard. ¹⁵ Det er dermed avvikene over et visst tidsperspektiv som er avgjørende. Et captiveselskap har bedre oversikt over forsikringstegnerens forhold. De har også bedre innsikt i det forsikredes egenskaper, samt drift og andre forhold som er av betydning for risikoen for inntreff og omfang av skade. Dette gir større grad av forutsigbarhet for utbetalinger og kan dermed forsvare visse avvik fra markedsstandarder. Det må derfor også aksepteres at enkelte av markedsstandardene ikke er oppfylt så lenge en helhetsvurdering tilsier at selskapets økonomiske situasjon er forsvarlig til å operere som forsikringsselskap. ¹⁶

Ved vurdering av evnen til å bære den risiko captivet påtar seg gjennom forsikringspolisen er det særlig ett forhold det har blitt lagt vesentlig vekt på både i praksis fra klagenemnda for oljeskatt og i Høyesterett, i Schlumberger- og AMOCO-saken. ¹⁷ I disse avgjørelsene har det blitt lagt stor vekt på eksponeringsgraden. Eksponeringsgraden er ett uttrykk for forholdet mellom selskapets solvenskapital og den såkalte egenregningsmaksimal. Et selskaps solvenskapital består av dets egenkapital pluss risikoutjevningfond og sikkerhetsavsetninger til dekking av krav som måtte oppstå. Risikoutjevningfondet og sikkerhetsavsettingene er beløp forsikringsselskapet setter til side for å dekke sine forpliktelser. Sammen med egenkapitalen utgjør dette det beløp forsikringsselskapet har tilgjengelig for å møte sine forpliktelser.

Egenregningsmaksimal er ett uttrykk for det maksimale beløp et selskap vil måtte utbetale ved én uavhengig hendelse. Dette innebærer at der flere forsikringstagere deler risikoen, og er forsikret i captivet, er det de samlede utbetalinger til disse som til sammen utgjør captivets egenregningsmaksimal. ¹⁸ Den maksimale utbetalingen ved én hendelse kan være begrenset oppad på to måter. Enten ved verdien på det forsikrede, eller ved at ansvar etter forsikringspolisen er begrenset oppad til et visst beløp. Det vil si at captivet ikke er forpliktet til å dekke skader som er over dette beløp. I tillegg er det vanlig at forsikringstegneren beholder en viss egenandel. Resultatet blir da at captivet ved en hendelse kun er forpliktet til å utbetale beløpet mellom egenandelen og det forsikredes verdi eller den avtalte ansvarsbegrensning, og det er dette beløpet som skal

¹⁵ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 170.

¹⁶ Avgjørelse klagenemnda for oljeskatt, 20 mars, 1995.

¹⁷ Rt-1995-124, Rt-2002-1247.

¹⁸ Avgjørelse, klagenemnda for oljeskatt, 20. Mars. 1995. jfr. Fløystad utredning (finn referanse?)

ligge til grunn for beregningen av eksponeringsgrad. For eksempel har forsikringstageren en egenandel på 100 000 NOK, og det i polisen avtalt et utbetalingstak på 1 000 000 NOK, vil ved beregningen av eksponeringsgraden således egenregningsmaksimal være på 900 000 NOK.

Utrekningen baseres på den tilgjengelige kapital mot, som nevnt over, det beløp forsikringsselskapet selv har beholdt risikoen for, altså ikke reassurert. Det avgjørende er forholdet mellom selskapets egenkapital og maksimal utbetaling ved en begivenhet.¹⁹

I Schlumberger-saken ble eksponeringsgraden brukt som vurderingstema for hvorvidt captivet hadde den økonomiske kapasitet nødvendig for å anse risiko for endelig overdratt, og dermed om fradrag skulle tillates ført. I denne saken ble dette mer nevnt under et bevisavskjærings spørsmål. Likevel kom Høyesterett med en bemerkning av interesse for spørsmålet generelt. Tallene for året etter var tilgjengelige og indikerte en eksponeringsgrad på 18.5 %, slik at egenregningsmaksimalen utgjorde 18,5 % av solvenskapitalen. Høyesterett bemerket at en sammenligning med hva andre, uavhengige forsikringsselskaper anser for forsvarlig eksponeringsgrad vil være det naturlige utgangspunkt. Forholdet til bransjestandarder utarbeidet av bransjen selv som retningslinjer for captiver, som TRACS og GACS blir ikke nevnt.²⁰

2.2.1.1 Hva inngår i beregningen av solvenskapitalen

Som nevnt kan eksponeringsgraden variere med hva man tar med i beregningen. Dette har ikke bare betydning i forhold til beregning av selskapets kapital, men også hvilke poliser som skal inkluderes, og som dermed påvirker risikobildet. I en annen sak behandlet av klagenemnda for oljeskatt, av 11. November 1996 ble spørsmålet om det var kun de norske polisene som skulle tas med i behandlingen. Selskapet det gjaldt hadde virksomheter i flere land forsikret i sitt captive, så vel som deres norske engasjement. Klagenemnda kom her til at også de utenlandske poliser skal med i beregningen.

Når målet er å vurdere hvorvidt captivet kan dekke de forpliktelser som måtte oppstå taler det for klagenemndas løsning. Først ved å se på hele bildet av forpliktelser kan man se realiteten om forholdet mellom solvenskapital og forpliktelser.

I AMOCO-saken var det to spørsmål knyttet til beregningen av Northern's solvenskapital. Uenigheten gikk på hvorvidt avsetning til oppståtte, men ikke innrapporterte krav, og innbetalt men ikke opptjent forsikringspremie, skulle tas hensyn til. Ved å inkludere disse postene ville man fått en høyere solvenskapital, og dermed ville egenregningsmaksimalen tilsvare en lavere andel av denne, og dermed lavere eksponeringsgrad.

2.2.1.1.1 Avsetning til oppståtte, men ikke innrapporterte krav.

¹⁹ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 159.

²⁰ Kun GACS som var utarbeidet.

I AMOCO-saken var et spørsmål ved vurderingen av selskapets økonomi IBNR-avsetningene. Dette er avsetninger som er gjort for å dekke krav som, basert på erfaring, er oppstått, men enda ikke innrapportert.

Det var her uenighet rundt betydningen av den regnskapsmessige klassifikasjonen av denne posten. I AMOCOs regnskaper var det gjort såkalte IBNR-avsetninger. AMOCO hevdet imidlertid at disse beløp i realiteten var skjulte reserver, og ikke var ment å dekke oppståtte, men ikke innrapporterte krav. I praksis vil det si at pengene ikke var forventet å skulle utbetales, slik at de dermed representerte solvenskapital fremfor gjeld. Staten anførte at AMOCO var bundet av den regnskapsmessige klassifikasjon. Høyesterett kom til motsatt resultat av staten, og påpekte at selskapet skatterettslig var bundet av klassifiseringen i regnskapet, men at ved vurderingen av eksponeringsprosenten er det de faktiske forhold som er avgjørende. Slik at AMOCO ved beregning av skatt var bundet av regnskapsføringen, men at det ved en analyse av selskapets økonomi var de faktiske forhold som måtte legges til grunn. Høyesterett kom i dette tilfellet, basert på AMOCOs rutiner, til at en kunne legge til grunn at disse beløp hadde mer karakter av skjulte reserver enn å være IBNR-avsetninger. ”i denne relasjon kan den regnskapsmessige klassifikasjon ikke være bindende”. Høyesterett deler dermed spørsmålet om skattemessig virkning av regnskapsklassifikasjon i to typer, direkte og indirekte. Den ene i de tilfeller der inntektskatt skal beregnes ut fra regnskapet, noe som ikke blir kommentert nærmere i dommen. Og det andre om hvorvidt klassifikasjonen skal tillegges betydning ved beregning av om enkelte poster, som baseres på regnskapet, skal aksepteres ved ligningen. Hvorvidt det er riktig at selskapet skatterettslig er bundet er ikke av betydning ved vurderingen av økonomisk soliditet.

Det syn høyesterett her legger til grunn er at disposisjoner har flere typer virkninger og må bli vurdert etter de regler som gjelder for det rettsområdevirkningen ”hører under”. Spørsmålet blir om en skal godta gjennomskjæring til skatteytters fordel, og skal en legge et annet faktum til ved vurdering av skatteposisjoner enn det som det legges opp til gjennom skatteytters private disposisjoner. I AMOCO saken foretar Høyesterett en slik gjennomskjæring til skatteytters fordel.

Dette følger opp synet som har vært gjennomgående i de analyserte sakene. Det er den økonomiske realiteten i avtalene som legges til grunn, navn og konstruksjoner tillegges liten vekt.

2.2.1.1.2 Innbetalt men uopptjent premie.

Den andre posten det var uenighet om å inkludere var innbetalt men uopptjent premie. Denne posten består av de beløp som selskapet har mottatt, men der forsikringsperioden ikke er påbegynt. Høyesterett kom i AMOCO-saken til at dette ikke kunne tas med i beregningen av solvenskapitalen. Begrunnelsen for dette standpunkt var at forsikringspremie som ikke er opptjent har karakter av en gjeldspost og at den ikke kan

brukes til å dekke krav under forsikringspolicene.²¹

2.2.1.2 Tidspunktet for vurderingen

I avgjørelse fra klagenemnda for oljeskatt, av 11. november 1996, var blant annet tidspunktet for vurderingen et tema. Spørsmålet var på hvilket tidspunkt av året eksponeringsgraden skulle beregnes som skulle legges til grunn. I dette tilfellet var eksponeringsgraden for de aktuelle år rundt 30 % lavere ved årets slutt enn ved årets begynnelse.

Klagenemnda kom her til at det avgjørende måtte være forholdene ved årets begynnelse. Dette harmonerer også best med formålet med bruken av analysen, i den forstand at målet er å finne utbetalingsevnen til selskapet. Denne må til en hver tid være forsvarlig. Derfor må dette antagelig gjelde bare så lenge det er på dette tidspunkt eksponeringsgraden er høyest. Målet er å bruke eksponeringsgraden som et verktøy for å vurdere risikoovergang, og en bør derfor ta årets høyeste eksponeringsgrad som utgangspunkt for vurderingen, først da vil en ha sikkerhet for at captivet til enhver tid har hatt evnen til å bære forsikringen.

Også i AMOCO-saken ble det, i alle instanser lagt til grunn at vurderingen av eksponeringsgrad skal skje ved forsikringsårets begynnelse, dette var også Høyesterett enig i og spørsmålet syntes ubestridt.

2.2.1.3 Hva aksepteres?

Norske uavhengige forsikringsselskaper har en normal eksponeringsgrad på mellom 2- og 4 %, ²² slik at de ikke for en enkeltutbetaling kan risikere en høyere andel av solvenskapitalen enn denne sats. Høyere eksponeringsgrader kan likevel forekomme blant mindre og spesialiserte forsikringsselskaper. ²³ Dette fordi de ofte har få risikoer og dermed bedre oversikt over de faktorer som fører til utbetalinger. Dette vil også ofte gjelde for captiveselskaper, og kan dermed tale for at det aksepteres høyere eksponeringsgrad hos disse.

Captiveselskaper opererer jevnt over med langt høyere eksponeringsgrader enn uavhengige forsikringsselskaper. Og det er ikke uvanlig at de ligger over 100 %. ²⁴ I AMOCO-saken hadde dets captive, Northern, eksponeringsprosenten, varierende, men mellom 85- og 188 %. Førstvoterende fant det i denne saken, ”klart at et forsikringsselskap med så høye eksponeringsprosenten ikke tilfredsstiller de soliditetskrav som Høyesterett stilte i Schlumberger-dommen” Resultatet blir da at forsikringstegnere ikke er garantert sine utbetalinger. Eller at en enkelt hendelse kan

²¹ Rt-2002-1247. På s. 1258

²² Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies.

²³ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 159.

²⁴ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 161.

ruinere captivet. En så høy eksponeringsgrad kan reise spørsmålet om det premiebetalingen skal anses for å være kjøp av forsikring. Med tanke på at dette er eksponeringsgraden for enkelte episoder, og at det dermed kan oppstå flere krav samtidig, som da langt kan overstige 100 % av selskapets egenkapital, kan det tale mot at eksponeringsgraden er forsvarlig og dermed tale mot at captivet har evnen til å bære den økonomiske risiko.

Det er forsøkt opprettet standarder av uavhengige konsultantselskaper. Disse setter opp visse "krav" til eksponeringsgraden. Eksempler på dette er TRACS²⁵ og GACS²⁶. Disse standardene er ikke utarbeidet med henblikk skattefradrag, men snarere som en veiledning for captiveselskaper for forsvarlig drift. Dette er objektive standarder satt opp for å gi bransjen målestokker for vurdering av sitt eget risikobilde og kan derfor gi gode holdepunkter ved en vurdering av om captivet opererer med forsvarlig risiko i forhold til egen økonomisk situasjon.

Klagenemnda for oljeskatt kom i sak av 20. mars 1995 til at en eksponeringsgrad utover den ordinære 2 til 4 % ikke i seg selv nødvendigvis er grunn til å nekte fradrag, og at dermed dette ikke kan settes som en øvre grense for et captivets eksponeringsgrad. Dette har også senere blitt forutsatt av Høyesterett. Men Oljeskattekontorets praksis viser at tendensen har vært å nekte fradrag der eksponeringsgraden har oversteget 20 %.²⁷ Rettspraksis viser at ligningspraksis normalt blir tillagt ganske mye vekt ved vurdering av skattespørsmål.²⁸ Imidlertid ble det også uttalt at det ikke her går noen fast grense, og at en slik ikke lar seg stille opp. Og at eksponeringsgraden, må sees i sammenheng med andre faktorer. Om den er over eller under 20 % er dermed kun et moment i vurderingen. Som nevnt over ble i AMOCO-saken, Northern's risikograd på mellom 85 % og 188 % vurdert som klart over det som aksepteres for akseptabelt i forhold til den skattemessige behandling.

I dette tilfellet ble fradrag nektet, på bakgrunn av at en eksponeringsgrad på rundt 100 % funnet å være klart var over det som aksepteres, og at premieutbetaling dermed ikke var til kjøp av forsikringstjeneste i skatterettslig forstand. I denne saken ble også såkalte "comfort letters" ansett som indikasjon på at reell forsikring ikke var tegnet. "comfort letters", er nærmere beskrevet under punkt 2.2.6.2, men er kort beskrevet, støtteerklæringer fra annet selskap. Slike støtteerklæringer kan igjen være en indikasjon på at captivet er underkapitalisert.

Likevel er det ofte slik at captivet beholder de lavere lag av forsikringspolisen.²⁹ For eksempel er en installasjon forsikret for til sammen 10 000 000 NOK. En egenandel på 200 000 beholdes hos forsikringstaker, mens alt over 1 000 000 NOK reassureres av captivet. Som et resultat av dette vil utbetalingene fra captivet oftere tilsvare

²⁵ www.towersperrin.com

²⁶ Tillinghast Report, Generally Accepted Captive Standards. GACS 1991/92.

²⁷ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 162.

²⁸ Eckhoff, Rettskildelære. S. 234.

²⁹ Avgjørelse av klagenemnda for oljeskatt. 20. mars 1995.

egenregningsmaksimum enn om man hadde beholdt risikoen for en gitt brøkdel av den totale utbetalingen. Forskjellen kan illustreres med følgende eksempel, forsikringsverdi 10 000 000 NOK, captivet dekker fra første krone til 1 000 000 NOK resten reassurert. Skade på 5 000 000 NOK inntreer, captivet må da utbetale 1000 000 NOK, altså tilsvarende maksimumsbeløpet. Hadde captivet imidlertid beholdt risikoen for 1/10 av skadens omfang, ville utbetalingen kun blitt på 500 000 NOK, altså halvparten av maksimumsbeløpet. En resultat av dette kan være at captivets økonomiske situasjon er noe mer uttrygg en eksponeringsgraden i seg selv skulle tilsi.

2.2.2 Andre vurderingsnormer

I tillegg til eksponeringsraten er det også andre vurderingsnormer kan benyttes ved vurderingen av captivets evne til å bære den økonomiske risiko for forsikringspolisene. Da disse ratene ikke har stått sentralt i noen av Høyesteretts avgjørelser velger jeg kun kort å redegjøre for dem.

2.2.2.1 Forholdet mellom egenregningsmaksimum og premierater

Dette forholdet gir et bilde på captivets risiko i forhold til inntjeningen. Dette kan gi et bilde på captivets evne til å drive forsikringsvirksomhet. En lav inntjening i forhold til risiko, kan tilsi at captivet mangler evne til å drive forsikringssekskap og kan tale mot at det faktisk er forsikring som er tegnet.

2.2.2.2 Forholdet mellom solvenskapital og netto premieinntekter (solvensmarginen)

Solvensmarginen gir uttrykk for forholdet mellom captivets solvenskapital, og dets netto premieinntekter. Nettopremieinntekter er totale premieinntekter minus utbetalte premier for reassuransse.

Ved at nettopremie kan gi en indikasjon på beholdt risiko i captivet kan forholdet mellom den og solvenskapitalen (se over i pkt 2.2.1.1) gi en indikasjon på risiko i forhold til kapital tilgjengelig til å dekke tap. En høy solvensmargin kan dermed tilsi at captivet har en høy risiko i forhold til dets solvenskapital. Slik at en margin over et vist nivå kan tilsi at captivet kan mangle evnen til å dekke krav som måtte oppstå.

Som nevnt tidligere er dette forholdet ikke alene avgjørende, i praksis har Høyesterett lagt vesentlig vekt på eksponeringsgraden.³⁰

2.2.2.3 Forholdet mellom tapsreserver og solvenskapital

³⁰ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 165.

Dette forholdet gir uttrykk for hvor stor del tapsreservene utgjør av solvenskapitalen. Og dermed et bilde på captivets evne til å tåle en undervurdering av tapsreservene. Tapsreservene er beløp som captivet har satt av for å dekke tap som har, eller er forventet å oppstå. Hva som er et forsvarlig forhold vil variere avhengig av hva forsikringen dekker. For eksempel burde tapsreservene til captiveselskaper som har mange poliser med lav frekvens men høyt skadeomfang være mindre i forhold til solvenskapitalen.³¹

2.2.3 Underlagt samme regler og kontroll

I tillegg til at risikoen må ha gått over på det forsikrende selskap ble det i Schlumberger-saken også stilt opp som et vilkår for å anerkjenne at dette selskapet måtte være underlagt de regler og den kontroll som andre forsikringsselskaper er underlagt. Dette vilkåret er begrunnet i at først når forsikringsselskapet er underlagt slik kontroll vil en ha en sikkerhet for at selskapet også i fremtiden kan bære den økonomiske risiko, slik at forsikringstegner også i fremtiden er sikret og ikke måtte bære et tap selv, til tross for avtale. Det er imidlertid ikke avgjørende for vurderingen at captivet drives i henhold til de forsikringsrettslige regler, slik at også de andre krav til økonomisk evne må foreligge for at captivet skal ansees for å kunne bære forsikringen.

I AMOCO-saken ble dette vilkåret også vurdert i forhold til et garanterende morselskap. Captivet selv hadde ikke den nødvendige økonomiske styrke til å bære forsikringen, men tanken var at en garanti fra morselskap til frontingselskapet skulle gi captivet tilstrekkelig sikkerhet å stille overfor frontingselskapet. Førstvoterende bemerker i sine uttalelser at det selskap som har overtatt risikoen må være underlagt reglene. Og videre at dette selskapet ikke nødvendigvis må være det samme som er reell forsikrer.

2.2.3.1 Der captivet er registrert.

Det avgjørende er at captivet er underlagt den gjeldende regulering der det er registrert og ikke der skattefradrag for utbetalt forsikringspremie kreves. Slik at dersom captivet er registrert på for eksempel Bermuda, og fradrag kreves av norskregistrert selskap vil det avgjørende være om reglene på Bermuda er oppfylt, Jfr. Rt-1995-215 Schlumberger.

³¹ TRACS, Towers Perrin Recommended and Accepted Captive Standards. S. 8.

2.2.4 Bruken av fronting selskaper.

Høyesterett kom i AMOCO-saken som nevnt til at en direkteforsikring i Northern ikke ville tilfredstilt soliditetskravet og at de utbetalte forsikringspremier således ikke ville vært fradragberettiget. Spørsmålet da var hvilken betydning det skulle tillegges at forsikringen ikke var tegnet direkte i Northern, men via frontingselskapene RAS og senere AIRCO.

Forsikring via et frontingselskap innebærer at driftselskapet ikke forsikrer seg direkte i captivet, men tegner forsikring i et kommersielt forsikringsselskap, som deretter reassurerer risikoen i det aktuelle captivet. Dette kan blant annet skyldes at captivet ikke har de nødvendige lisenser til å drive forsikringsvirksomhet.³²

Ligningskontoret hadde ved ligningen lagt til grunn at frontingselskapene ikke skulle tillegges betydning.

Staten anførte at selskaper i konsern riktignok er selvstendige subjekter, men at dette bare gjelder så langt ”det enkelte konsernselskap ikke har latt sin forretningsmessige adferd påvirkes av hensynet til andre konsernselskaper”. Og at disposisjonene dem imellom må ha vært upåvirket av konsernfellesskapet. Når situasjonen ikke lenger var den, som staten mente i AMOCO saken, var det anledning til å identifisere AMOCO Norway med AMOCO CORP.

Staten viste her til at verken RAS eller AIRCO ville inngått avtalen uten støtteerklæringen fra morselskapet.

Ut fra avtalen mellom Northern og AIRCO/RAS var det klart at AIRCO/RAS kun fungerte som en kanal for forsikringen, uten noen selvstendig økonomisk risiko. Det var for det første en forutsetning at 100 % av forsikringen skulle bli tegnet i Northern. For det andre måtte alle utbetalinger fra AIRCO/RAS til AMOCO godkjennes av Northern. I tillegg kunne AIRCO/ RAS kreve betaling av Northern samme dag som de selv utbetalte til AMOCO. Oljeskattekontoret mente derfor at den del som ikke ville bli akseptert som reell forsikring dersom AIRCO/RAS-leddet var tenkt bort, ikke skulle godkjennes.

Dette fikk de ikke medhold i Høyesterett. Førstvoterende begrunnet dette på følgende måte ” ved de forsikringsavtaler AMCO Norway inngikk med RAS og AIRCO, ble selskapet kvitt risikoen for de forhold som var omfattet av forsikringen,” førstvoterende mente derfor at AMOCO måtte ha krav på fradrag for forsikringspremien.

Høyesterett kom til at den økonomiske realitet i bruken av frontingselskapene var at Northern var den reelle forsikringsgiver. AIRCO/RAS administrerte polisene og

³² Revisjon og Regnskap nr. 8 1996 s. 360

skadeoppgjør.

På tross av at den faktiske økonomiske risiko overført til AIRCO/RAS var liten fant flertallet i Høyesterett at kanaliseringen skulle tillegges betydning. Det ble lagt til grunn at AIRCO/RAS stilte den nødvendige økonomiske soliditet slik at Amoco Norway var sikret utbetalinger ved et skadetilfelle. Flertallet mente at det faktum at denne sikkerhet kom gjennom en støtteerklæring fra AMOCO CORP, og at AIRCO/RAS dermed kunne rette krav mot tegnerens morselskap ikke endret Amoco Norways rettsstilling. Høyesterett kom dermed til at på tross av at Northern manglet den økonomiske soliditet til å bære forsikringen, og at en direkteforsikring i Northern derfor ikke ville gitt fradragsrett, skulle forsikringen anses som reell med bakgrunn i at Amoco Norway var endelig kvitt sin risiko for de tilfeller som var dekket av polisene.

Førstvoterende uttalte i denne saken at ”såfremt forholdet ikke fanges opp av særlige rettsregler eller det foreligger grunnlag for gjennomskjæring må spørsmålet om fradragsrett vurderes separat i forhold til det enkelte selskap i konsernet”. Høyesterett legger altså her til grunn at en slik identifikasjon ikke er utelukket.

Høyesterett kom til at dette identifikasjonssynspunkt ikke kunne føre frem, og avfeide påstanden med at det ikke var grunnlag for en slik identifikasjon, da aksjeselskaper, også innenfor ett konsern er selvstendige rettssubjekter. Denne argumentasjonen har blitt kritisert i teorien³³ for usikker rekkevidde, og uavklart forhold til gjennomskjæringsnormen.

I denne saken var det imidlertid dissens. Mindretallet var ikke uenig i utgangspunktet lagt til grunn av førstvoterende, men mente at det var grunnlag for å vurdere transaksjonene samlet, og dermed foreta en vurdering av realiteten i disposisjonene, uavhengig av de formelle avtaler.

Mindretallet mente at det måtte foretas en helhetlig vurdering av disposisjonene. Og bemerket i den sammenheng at dette ikke ville komme i konflikt med prinsippet om at selskaper innenfor et konsern er selvstendige skattesubjekter. Mindretallet viste til Nordea bank-dommen Rt-2002-798, der det ble foretatt en samlet vurdering av flere transaksjoner foretatt i en ”sammenhengende handlingsrekke”. Etter mindretallets mening var også transaksjonene i dette tilfellet av en slik karakter at de samme synspunkter kunne legges til grunn. Dette baserer mindretallet på at ingen av transaksjonene ville ha vært aktuelle uten de andre. Mindretallet mente at det måtte tillegges avgjørende vekt at den faktiske risiko AIRCO/RAS påtok seg var svært lav, og nærmest av teoretisk art. Og at dette var klart allerede fra avtaleinngåelsestidspunktet. Når transaksjonene så vurderes under ett, var det etter mindretallets mening ingen forsikringsmessig realitet i leddet AIRCO/RAS.

³³ Zimmer, Høyesterettsdommer i skattesaker 2002, kommentar til Rt-2002 s. 1247

2.2.5 Risikospredning

Det har i praksis fra klagenemnda³⁴ for oljeskatt i tillegg til vilkåret om risikoovergang blitt vurdert om det har foreligget tilstrekkelig risikospredning. Et karakteristikum ved forsikring er som nevnt at forsikringsselskapet påtar seg risiko for flere forsikringstagere. Ved at forsikringsselskapet påtar seg risiko for flere forsikringstegnere spres risikoen mellom dem. For at et selskap skal betraktes som forsikringsselskap har klagenemnda krevet at selskapet skal være ansvarlig for et antall uavhengige risiko. Det sentrale er at risikoene skal være uavhengige av hverandre. Dette kan oppnås enten gjennom forsikring av forskjellige typer risiko, for eksempel personskader og eiendomsskader. Eller det kan være samme type risiko på forskjellige installasjoner. Det sentrale er at utløsning av en risiko er uavhengig av hva som skjer med de øvrige.³⁵ Slik at en premie for en risiko dekker utbetaling knyttet til en annen polise. Det må antagelig være et visst antall uavhengige risiko for å oppnå fullverdig risikospredning. I Schlumberger-saken uttalte et sakkyndig vitne at slik risikospredning først forelå når captivet hadde tegnet forsikring for 30 uavhengige risiko.

Risikospredning kan dermed være et moment i vurderingen av om risiko har gått over. Manglende risikospredning kan gjøre utslag i de over beskrevne vurderingsmomenter for captivets økonomiske evne til å bære risikoen. Men det har verken i Schlumberger-saken³⁶ eller i AMOCO-saken³⁷ blitt vurdert av høyesterett som et selvstendig vilkår.

Ved vurderingen av risikospredning kan det stilles spørsmål ved om det avgjørende er om risikoen er spred over flere forsikringstagere, eller om det er nok at en forsikringstager tegner poliser for flere risiko. Den sentrale virkningen av risikospredningen, som nevnt over, blir i like stor grad oppfylt ved flere risiko fra en forsikringstager, hvilket taler for at det ikke kan stilles krav om det er flere forsikringstagere.³⁸

Lav grad av risikospredning kan komme til uttrykk ved en analyse av premieraten, som er nærmere beskrevet under kapittel tre.

2.2.5.1 Premieraten som indikator på grad av risikospredning

Premieraten gir uttrykk for forholdet mellom det forsikrede og forsikringspremien. En høy premierate vil si at den betalte forsikringspremie tilsvarer en stor del av det forsikredes verdi. En høy premierate kan være naturlig dersom det forsikrede objekt for eksempel har en relativt høy skadefrekvens. Men en høy premierate kan også være en

³⁴ Avgjørelse fra klagenemnda for oljeskatt. 20/3 1995.

³⁵ Selstad, Berrum, Captive forsikring, regnskap og revisjon nr. 8/96 s.362

³⁶ Rt-1995-124.

³⁷ Rt-2002-1247

³⁸ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 46.

indikasjon på manglende risikospredning. Premieraten kan dermed også gi en indikasjon på om det er kjøpt forsikring eller at disposisjonene har annen motivasjon.

Forsikringsavtaler er basert på en tanke om at man betaler en liten fast pris i forsikringspremie, istedenfor å risikere å måtte bære en høy kostnad hvis en uforutsett hendelse skulle inntre.³⁹ Som dommene og fremstillingen for øvrig viser, er det et gjennomgående ønske om å betale mest mulig i forsikringspremier til captive selskapene. En analyse av premieraten sammenholdt med forsikringsobjektet, sammenholdt med polisen for øvrig og hva som er dekket ved hvilke hendelser, kan gi en indikasjon på om prisen som betales er riktig.

Som et eksempel kan en forsikringspremie som tilsvarer maksimal potensiell utbetaling for ett år. Premieraten kan da gi en indikasjon på at det ikke er snakk om forsikring. Realiteten i disposisjonen er at captivet har fått tilført en sum penger, uten at forsikringstegner har fått noen fordel av ordningen. Forsikrer har byttet en stor usikker kostnad, med en stor sikker kostnad.

Forutsigbarheten for forsikringsutbetalinger varierer med hvilke typer skader som er dekket, og innenfor hvilke beløp. For enkelte forsikringsobjekter kan det da tenkes at en med stor sannsynlighet kan forutsi hvor mye en forsikringsavtale vil koste forsikringsselskapet hvert år. Forsikring er basert på statistikk. Forsikringsselskaper bruker sine tidligere erfaringer og sammenholder de med det aktuelle objekt, tegneren, og andre forhold som kan tenkes å påvirke hvor ofte, og hvor store skader som vil oppstå. Denne statistikken vil deretter danne grunnlag for beregning av forsikringspremiene. Det må derfor aksepteres at premiene er nært knyttet opp til de forventede utbetalinger.

Når et frittstående forsikringsselskap beregner prisen, tar de også sine andre forpliktelser inn i beregningen. Det vil ofte resultere i at det benyttes standardiserte formler ved beregningen av premiene. På den måten vil de med færre skader, eller mindre omfangsrrike skader en snittegneren i praksis subsidiere de øvrige. Desto mindre variasjon det er mellom de forskjellige tegnerens omfang og hyppighet, i desto større grad vil hver forsikringstegner betale for sitt eget tap. Dermed vil forsikringspremien i større grad fremstå som en avbetaling på egne skader.⁴⁰ Hvilket kan tale for at det aksepteres andre premierater ved forsikring i captiveselskaper en ved forsikring i uavhengige forsikringsselskaper.

2.2.6 Garantier/comfortletters

2.2.6.1 Garantier

³⁹ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 151.

⁴⁰ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 153.

En måte å avhjelpe utilstrekkelige finanser på, ved bruk av frontingselskaper, er at morselskapet garanterer for captivets forpliktelser. Resultatet blir at selv om captivet ikke selv har penger, er forpliktelsene garantert dekket likevel. Slike garantier har betydning i to henseender. For det første kan de avhjelpe manglende økonomisk styrke ved vurderingen av om forsikring er tegnet. Og for det andre kan de spille en stor rolle når forsikringene tegnes via frontingselskaper. Slike garantier vil da ofte være helt nødvendige ved bruk av frontingselskaper. Uten sikkerhet for dekning i gjentegneren, ville det neppe være enkelt å forsikre seg via et frontingsselskap.

En slik garanti kan imidlertid også tjene som bevis på at captivet ikke har den nødvendige økonomiske styrke til å håndtere polisene, og dermed tale mot at captivet faktisk yter forsikringstjenester.⁴¹

Når et morselskap avgir en garantierklæring har dette de samme økonomiske virkninger som en reassuranse.⁴² Både de reassurerte polisene, eller deler av dem, og de som har garanterte utbetalinger fra morselskapet, vil kunne dekkes uavhengig av captivets økonomi. Denne likheten med reassuranse har også en annen side.

Klagenemnda for oljeskattesaker kom i avgjørelse 20. mars 1995 til at dersom morselskapet garanterer for captivets forpliktelser, kan risikoen ikke anses å ha gått over fra forsikringstager til captivet. Avgjørelsen er basert på tanken om at garantien i seg selv er en indikasjon på manglende økonomisk evne, og at det dermed ikke er reell forsikring som er tegnet, og at de leder til en fradragsnektelse.⁴³

I en senere sak året etter ble imidlertid denne linjen ikke fulgt opp. Her ble selskapene i større grad behandlet som selvstendige enheter. Og Nemndas uttalelser i saken indikerte en endret kurs i forhold til sak av 20. mars 1995.⁴⁴

I AMOCO saken var det avgitt en slik garanti fra morselskap til frontingselskap. Dette ble akseptert av Høyesterett. Slik at en lignende konstruksjon i seg selv, antagelig ikke vil utelukke fradrag. Denne avgjørelse, som har langt større rettskildemessig vekt, stadfester dermed konklusjonen i 1996 avgjørelsen. Alternativt kunne morselskapet gjort et større innskudd i captivet og på den måten styrket dets finansielle styrke.

I AMOCO-saken kom imidlertid Høyesterett til at støtteerklæringen ikke kunne tas hensyn til ved vurderingen av Northern's evne til å bære de aktuelle risikoer. Men dette var fordi AMOCO CORP, ikke var underlagt den nødvendige kontroll som Schlumberger-dommen stilte som krav (nevnt over). Man hadde derfor ingen garanti for at kravet til økonomisk bæreevne ville være oppfylt også i fremtiden. Høyesterett kom derfor til at det ikke skulle tas hensyn til støtteerklæringen ved vurderingen av eksponeringsprosenten, og dermed om forsikringen ville gitt fradragsrett om den var tegnet direkte i Northern.

⁴¹ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 147.

⁴² Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 137.

⁴³ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 147.

⁴⁴ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 147.

2.2.6.2 ”Comfort letters”

En annen variant, men med samme hensikt, og virkning som morselskapsgaranti, er de såkalte ”comfort letters”. Forskjellen mellom ”comfort letters” og garantier går i all hovedsak på i hvilken grad avsender er rettslig forpliktet etter sin erklæring. Den vil avhenge av form og innhold. Et ”comfort letter” vil typisk inneholde en erklæring som sier at morselskapet vil sørge for at datteren er i stand til å møte sine økonomiske forpliktelser overfor erklæringens mottager. Den vil nok også inneholde en erklæring om at datteren vil fortsette å være en datter, eller i hvert fall bli beholdt i konsernet, og dermed ikke bli solgt eller overdratt. Dette kan være av avgjørende betydning for ”comfort letters” verdi.

I tillegg vil et slikt ”comfort letter” også inneholde et avsnitt der utsteder lover å ikke gjøre noe som kan forhindre captivet i å oppfylle sine forpliktelser. Altså er det ikke bare en forpliktelse til å støtte, men også avstå fra å foreta noe som kan hindre captivet i å oppfylle sine forpliktelser.

Det var avgitt støtteerklæringer fra AMOCO CORP, morselskap, til både RAS og AIRCO. Men disse hadde litt forskjellige innhold. Hva angikk erklæringen overfor AIRCO ble den lagt til grunn som rettslig forpliktende av begge parter. Høyesterett kom til at også erklæringen ovenfor RAS nok var rettslig bindende, men at det uansett ikke var avgjørende. Høyesterett mente at den faktiske sikkerheten her var det avgjørende. Slik at selv om det ikke forelå noen rettslig bindende forpliktelse ville en rent faktisk kunne belage seg på en slik støtte. Begrunnelsen for dette kommer ikke tydelig frem i dommen. Men det kan virke som tanken er at AMOCO CORP av hensyn til sitt omdømme nok ville følt seg forpliktet til å betale. Dette kan i så fall stille seg annerledes for mindre og mer ukjente selskapers garantier kan bli vurdert på en annen måte. Vurderingen av den faktiske solvensrisiko vil nok i slike tilfeller også bli annerledes da selskapene ikke nødvendigvis har samme finansielle styrke.

3 Beregning av armlengdes pris.

3.1 Rettsgrunnlag

Besvares spørsmålet om forsikring er tegnet bekreftende, oppstår det en ny problemstilling, hvilken pris. I den foregående fremstilling har det blitt fokusert på spørsmålet om forsikring er tegnet, og det er der også nevnt hvilke skattemessige insentiver selskaper har til å konstruere slike forsikringsavtaler, også der forsikring ikke foreligger. De samme grunner vil være motiverende for å sette premien høyere en den reelle prisen ville vært dersom forsikringen hadde vært tegnet i et uavhengig forsikringselskap. På samme måte som nevnt tidligere kan selskapet da få fradrag for høye forsikringspremier, i et skatteregime med høy skatt, og la dette gå til overskudd i et selskap underlagt et mildere skatteregime.

Det er derfor behov for å fastsette armlengdesprisen, eller markedspris. Formålet er å finne den pris selskapet ville betalt til et uavhengig forsikringselskap. En annen problemstilling i denne sammenheng er hvordan særegenheter ved captiveforsikring kan tilsi en forsikringspremie som avviker fra markedspris, og om det skal tas hensyn til disse ved vurderingen av retten til fradrag for betalt forsikringspremie. Resultatet av operasjonene vil bli enten at premiene synes å være i tråd med markedspris, og at fradrag dermed tillates ført for hele premien. Eller alternativt at premiene blir vurdert som for høye, og at fradrag dermed nektes ført for den avvikende del av forsikringspremien.

3.1.1 Skatteloven § 13-1

Gjennom skatteloven § 13-1 er skattemyndighetene gitt anledning til å skjønnsmessig fastsette inntekt eller formue dersom skatteyteren har fått denne redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap med annen person, selskap eller innretning.

Bestemmelsen gir anvisning på armlengdeprisnippet som grunnlag for beregning av skattemessig pris ved internttransaksjoner.

Armlengdeprinsippet handler om å fastsette den pris som ville vært avtalt mellom uavhengige parter. Man snakker om forskjellen på en kontrollert og en ukontrollert transaksjon. Den kontrollerte transaksjon er den mellom to tilknyttede parter, det vil i denne sammenheng si parter som har felles økonomiske interesser. Slik at den ”interessekonflikten” som ligger i det åpne marked, kjøpe dyrt, selge dyrt”, ikke gjør seg gjeldende. Tanken er at kontrollerte transaksjoner kan skje med en pris som ikke tilsvare markedspris, dette gjelder spesielt på transaksjoner på tvers av skatteregimer. Motsatt representerer de ukontrollerte transaksjoner det som antas å være markedspris. Tanken med armlengdeprisnippet er da at man, ved fastsettelse av ligningen, legger den pris som ville følge av den ukontrollerte transaksjon til grunn, altså armlengdesprisen. For forsikringspremier betyr det, sagt enkelt, at man kun skal få fradrag for den forsikringspremie som ville blitt betalt mellom uavhengige parter.

Armlengdeprinsippet er gjennom OECDs mønsterskatteavtale artikkel 9 angitt som den internasjonale standard for internasjonale internprisingsreguleringer. Og en lignende bestemmelse er tatt med i alle norske skatteavtaler siden 1963.⁴⁵ OECDs retningslinjer (heretter omtalt som retningslinjene) er myntet på internasjonale transaksjoner og, utarbeidet med dette som nedslagsfelt. Likevel er retningslinjene gjennom skattelovens § 13-1 fjerde ledd annet punktum, gitt relevans ved vurderingen av transaksjoner internt i Norge. (Avhandlingen er ikke oppdatert med de nye retningslinjene).

I tillegg til at det må foreligge en inntektsreduksjon, en pris som avviker fra

⁴⁵ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/regpubl/otprp/20062007/otprp-nr-62-2006-2007-/4.html?id=466919>

markedspris, er det to vilkår som må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.

Det må for det første foreligge interessefellesskap. Skatteloves krav er at det må være snakk om ”direkte eller indirekte interessefellesskap”. Interessefellesskapet kan altså springe ut fra forskjellige forhold. Det kan være gjennom direkte eller indirekte eierskap av aksjer i det annet selskap eller gjennom styre/ledelses funksjoner i det annet selskap. For captive saker er det sentrale at bestemmelsen også gjelder for indirekte tilknytting, slik at bestemmelsen kan anvendes på søster selskaper, så vel som mor datter. Dette vilkåret har i praksis ikke vært gjenstand for diskusjon.

For det andre må det foreligge årsakssammenheng for at inntektsreduksjonen skal sees bort fra ved ligningen kreves det at interessefellesskapet er årsaken til dette. Det kan tenkes at det finnes foretningmessige grunner til at avtalen er slik den er. Selskap A kan for eksempel være villig til å godta en gunstig avbetalingsplan for å få kontrakten. At de på denne måten er villige til å redusere sine marginer kan ha flere årsaker. Det kan være for å holde produksjonslinjen i gang. Slik kan også tenkes for forsikringsavtaler.

Det er særlig to store utfordringer ved å forsøke å finne en armlengdes pris på forsikringer tegnet i captiveselskaper. For det første kan det være vanskelig å finne ukontrollerte transaksjoner. Blant annet er de aller fleste store oljeselskaper, som er særlig aktuelt i Norges tilfelle grunnet det innledningsvis nevnte offshore skattregimet, forsikret i egne captiveselskaper.

For det andre er det vanlig at oljeselskapene forsikrer et større antall poliser. Det kan da være svært vanskelig å fastslå prisen på hver enkelt polise.

Disse utfordringene vil bli nærmere beskrevet nedenfor.

3.1.1.1 Skjæringspunkt

Det avgjørende tidspunkt for vurderingen av om en pris er armlengdes er tidspunktet for avtaleinngåelse jfr. Statpipe-saken.⁴⁶

3.2 Anvendelse av armlengdeprinsippet

3.2.1 Sammenlignbarhetsanalyse

Armlengdesprinsippet går som nevnt ut på å finne markedsprisen for den transaksjon man undersøker. Egenskaper ved gjenstandene eller transaksjonens formål kan ha stor

⁴⁶ Rt-2003-1324

innvirkning på den prisen som tilbys av forsikringsselskaper. Når transaksjoner skal sammenlignes er det derfor viktig at de økonomiske betingelser ved dem er sammenlignbare. Det innebærer at de eventuelle forskjeller som måtte foreligge ikke kan ha påvirket betingelsen som undersøkes. Eller at virkningene av ulikehetene kan elimineres gjennom rimelig presise justeringer.⁴⁷

OECDs retningslinjer redegjør for fem faktorer som kan være sentrale ved en vurdering av sammenlignbarhet. Spesielt fire av dem vil være relevante for captiveforsikringer. Særlig sentralt ved sammenligningen av forsikringstransaksjoner står funksjonsanalysen. Denne vil bli behandlet her, mens de andre momenter i sammenlignbarhetsanalysen vil bli drøftet under de forskjellige metoder der de kan tenkes å spille inn.

3.2.1.1 Egenskaper ved forsikringsobjektet og forhold ved forsikringen

For forsikringsselskaper vil tjenestens karakteristika blant annet være hva slags type objekt som er forsikret og mot hva. For eksempel vil det normalt måtte betales en høyere forsikringspremie for en type risiko som er forventet å inntre hyppig enn for en risiko som er forventet å inntre sjeldent. Det kan også tenkes at enkelte typer forsikringsobjekter vil, tross samme verdi, ha ulik gjennomsnittlig tap ved ulykke. Dette kan for eksempel skyldes skjørhet ved det forsikrede objektet.

I de fleste sakene for norske domstoler har oljeinstallasjoner vært de aktuelle forsikringsobjekter. Det har i disse sakene vært spørsmål om installasjonenes geografiske beliggenhet, da risikobildet kan variere mellom de forskjellige oljefelt.

Problemstillinger knyttet til forsikringsobjektets art er nærmere drøftet under avsnittene om de forskjellige metodene.

3.2.1.2 Funksjonsanalyse

Ved anvendelse av armelengdesprinsippet er målet som nevnt å finne markedsprisen på den forsikringen som er kjøpt. Det er i den forbindelse viktig blant annet å definere hvilken type transaksjon det gjelder og hva som er ”markedet”.

Her står funksjonsanalysen sentralt. Hvilken funksjon captivet har i den aktuelle transaksjon er viktig å definere, uavhengig av hvilken metode man anvender for å fastslå markedspris etter armelengdesprinsippet, for å kunne forsvarlig beregne markedspris. Markedsprisen kan i stor grad variere ut fra hvilke roller i forsikringsbransjen man sammenligner med. Enkelte av metodene er i større grad sensitive ovenfor hvilken funksjon captivet tjener, men dette vil bli behandlet nærmere under egenskaper ved de forskjellige metoder.

⁴⁷ www.regneringen.no/upload/kilde/fin/hdk/2006/0093/ddd/pdfv/297305-h_notat_akr.pdf

Ved en funksjonsanalyse er det sentrale som sagt å definere hvilken funksjon captivet har i den aktuelle saken. Det sentrale ved en funksjonsanalyse av captiveselskaper er å definere captivets risiko og innsatsfaktorer. Utgangspunktet er at jo høyere risiko og innsats desto høyere pris kan captivet forsvare.

Et captive kan for det første ha rollen som direkteforsikrer. Dette forutsetter at captivet har de nødvendige lisenser, og oppfyller kravene som stilles til forsikringsselskap. Captivet utfyller da samme rolle som et uavhengig forsikringsselskap, og disse vil være det naturlige sammenligningsgrunnlag. Captivet kan, likevel på lik linje med det uavhengige forsikringsselskapet reassurerer deler av sine poliser.

For det andre kan captivet ha samme rolle som et reassuranseselskap. Forsikringstageren tegner da forsikring i et uavhengig forsikringsselskap som igjen reassurerer seg i captivet. Captivet kan da velge å beholde alle/hele risikoen, eller reassurere hele eller deler av denne. Grunnen til å velge denne løsningen kan for eksempel være at captivet ikke oppfyller de nødvendige krav som stilles for å drive forsikringsselskap. Det naturlige sammenligningsgrunnlaget vil da være de premier tilsvarende selskaper opererer med.

For det tredje kan captivets ha en mellomleddrolle. Forsikring kan være tegnet i captivet via et uavhengig forsikringsselskap. Captivet kan eller ønsker ikke å beholde noen del av risikoen, så det reassurerer hele politen i markedet. Captivet vil med det kvitte seg med risiko under politen(e) og kun ha en mellomledds rolle, dets rolle minner da mer om forsikringsmeglerens rolle.⁴⁸ Likevel vil captivet i dette forholdet ha beholdt likviditetsrisikoen for de(n) aktuelle politen(e), slik sett er ikke rollen veldig ulik en reassurandørs rolle. Vel og merke i de tilfellene der reassurandøren reassurerer hele politen og kun beholder risikoen for tredjepartens likviditet.

For det fjerde kan captivets rolle være å gi adgang til reassuransemarkedet. Som nevnt innledningsvis kan dette gi mulighet for store besparelser. Captivets rolle blir å samle polisene for flere risikoer i en pakke, for deretter å reassurere denne i markedet, med de besparelser det medfører. Captivets rolle er i denne situasjonen nærmest frontingsselskapets rolle, og bør derfor sammenlignes med disse når armlengdes pris skal fastslås.

Det kan også tenkes at captivets rolle er en kombinasjon av de over nevnte, og det kan ligge ulik motivasjon og realitet bak forskjellige poliser mellom samme parter. Dette har to forskjellige mulige løsninger. Man kan enten vurdere polisene hver for seg. Slik at én polise sammenlignes med materiale A og en annen polise sammenlignes med materiale B. Alternativt kunne man se på det større bildet og vurdere captivets helhetlige virksomhet, og vurdere hva som i hovedsak er captivets rolle. Resultatet vil da bli at begge polisenes armlengdes pris settes etter sammenligningsgrunnlaget for den ene. Det kan være vanskelig å fastslå hva som er den dominerende rolle, og det kan i mange tilfeller bli upresist. Captivets virksomhet er ofte for variert til at det vil gi en god

⁴⁸ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies s. 217

løsning å vurdere deres transaksjoner under en rolle. Resultatet vil da bli at hver transaksjon vurderes for seg under sammenligning med de nærmest beslektede transaksjoner. Dette harmonerer også best med ordlyden i skatteloven § 13-1. Formålet er å tenke tilknytningen bort, og foreta en hypotetisk beregning av hva premien ville vært. Dette oppnås enklest ved å vurdere hver transaksjon ut fra dens karakter.

Som vist kan captivet ha flere typer roller, og det er viktig å identifisere hvilken av disse captivet har i hvert enkelt tilfelle, for å kunne foreta en sammenligning med et forsvarlig resultat. Funksjonsanalysen vil stå spesielt sentralt ved anvendelse av kost-plussmetoden, som vil bli nærmere behandlet nedenfor.

3.2.1.3 Forsikringsvilkårene

Også kontraktvilkårene vil kunne være egnet til å påvirke prisen på forsikring. Blant annet vil egenandelens størrelse være relevant. Egenandelen vil for det første ha innvirkning på det totale beløp som utbetales. Men egenandelen kan også tenkes å innvirke på hvor hyppig utbetaling kan forventes å skje. For eksempel kan det tenkes at småskader oppstår hyppig. Dersom disse ikke overstiger egenkapitalen vil ingen utbetaling skje. Også oppgjørstidspunkt kan være relevant. Desto hurtigere det tapte beløpet blir utbetalt fra forsikringsselskapet desto mer er forsikringen verdt for forsikringsselskapet.

3.2.1.4 Foretningsstrategier

Forskjellige forrentningsstrategier er mindre relevant for captiveforsikringer fordi disse ikke vil konkurrere mot andre forsikringsselskaper. Captivene er eiet av ett eller flere selskaper som i stor grad bestemmer vilkårene de tilbyr seg selv via captivet. Imidlertid kan foretningsstrategier spille inn der en sammenligner med uavhengige forsikringsselskaper. Det kan tenkes at enkelte av de ukontrollerte transaksjoner man bruker som sammenligningsgrunnlag involverer en part som av strategiske hensyn for eksempel tilbyr en lavere pris enn det som normalt ville vært realiteten i en ukontrollert transaksjon. Dette kan for eksempel skyldes at ett forsikringsselskap tilbyr forsikring til en lav pris for å etablere seg i ett marked.

3.2.2 Tilordning av fordeler ved captiveforsikring

Ved beregningen av armlengdes pris kan det, som nevnt innledningsvis, oppstå et spørsmål om en skal ta hensyn til særegenheter ved captives. Et stort oljeselskap med mange og varierte risiko vil antagelig kunne oppnå rabatter på sine forsikringer ved å forsikre sin portefølje i et forsikringsselskap fremfor å forsikre hver enkelt polise i markedet. Spørsmålet blir da hvem som skal tilskrives denne fordelene. Fordelen kan enten tilskrives morselskapet, via sitt captive, ved at hvert datterselskap betaler ”markedspris” for sine poliser til captivet, og at morselskapet dermed får besparelsen.

Alternativt kan datterselskapene bli tilskrevet besparelsen ved at de hver betaler en pris beregnet ut fra deres del av den totale forsikringsporteføljen til morselskapet. Resultatet av sistnevnte betraktning vil være at datterselskapet, eller C i eksempelet ovenfor, vil få fradrag for en forsikringspremie som er lavere en den beregnede markedsprisen for samme polise. I en sak for Borgarting lagmannsrett⁴⁹ der spørsmålet gjaldt Finas forsikringspremier betalt til sitt captive Brittany ble dette vurdert. Lagmannsretten sluttet seg til byrettens standpunkt om at det var tilknytningen mellom Fina og Brittany som måtte tenkes bort, og ikke Finas samordning med sine søsterselskap. Det ble argumentert med at, hvis Brittany var uavhengig ville Fina og søsterselskapene hatt en gunstig forhandlingsposisjon ovenfor Brittany, og dermed kunne oppnådd en rabatt. Lagmannsretten konkluderer etter det med at den rabatten som ligger i samordningen skal fordeles forholdsmessig mellom Fina og søsterselskapene.

Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn ved dette synspunktets rekkevidde. Det er antagelig ikke uvanlig at enkelte av de transaksjoner man sammenligner med involverer en eller flere forsikringstegner(e) i samme situasjon, og at det dermed allerede kan være tatt hensyn til muligheten for slike rabatter.

En beslektet problemstilling ble diskutert i UTV-2008-19. Der var problemstillingen tilordningen av en fordel Norsk Hydro Produksjon (NHP)s captive Industrieforsikring (IF) hadde fått ved å bli medlem i OIL. OIL er en forsikringspool for oljeselskaper. NHP anførte at de selv ikke hadde tilgang til OIL på de samme vilkår som IF hadde, og at i alle tilfeller ville konsernbestemmelsene hindre dem i å bli medlem i OIL. Imidlertid ville ikke IF kunne bli medlem i OIL uten NHP fordi medlemskap i OIL krevde minst at minst 50 % av virksomheten knyttet seg til ”petroleum operations”. Lagmannsretten kom i dette tilfellet til at fordelingen måtte tilordnes NHP. Dette ble begrunnet i at dersom forbindelsen mellom NHP og IF tenkes bort ville det være utenkelig at ikke NHP benyttet sin sterke forhandlingsposisjon til å få rabatt på sine forsikringer. Konsekvensen av dette ble som skissert ovenfor at det aksepterte premiefradrag reduseres.

Det kan også tenkes at et selskap har forsikret en liten del av sine poliser i et uavhengig forsikringselskap. Spørsmålet blir da om den prisen de betaler til det uavhengige forsikringselskapet skal legges til grunn ved beregningen av armlengdespris for de øvrige poliser. Selskapet vil i et slikt tilfelle kunne være interessert i å betale en høy pris på polisen forsikret i det uavhengige selskapet, fordi dette i så tilfelle kan forsvare en høyere pris til captivet, og dermed høyere skattefradrag.

Også et captives kostnadsnivå kan tilsi at aksepteres en annen pris på forsikring tegnet i et captive og på forsikring tegnet i et uavhengig forsikringselskap. Som nevnt helt innledningsvis er det flere grunner, utover de skattemessige, til å forsikre seg i et captiveselskap. Captivet vil oppnå store besparelser både i form av fravær av markedsføringskostnader og i form av adferdsendringer som nevnt tidligere. Det kan

⁴⁹ Utv-2003-531

derfor bli nødvendig å gjøre justeringer for disse ulikhetene.⁵⁰

Det kan imidlertid være en noe usikker rekkevidde på de overnevnte synspunkter, avhengig av hvilken metode man bruker for å sammenligne. At et captive

3.3 De forskjellige metoder

Når en skal komme frem til armelengdeprisen på en avtale dukker det opp et metodevalg. OECDs retningslinjer gir anvisning på fem internprisingsmetoder. Disse er igjen delt i to kategorier. De tradisjonelle og de fortjenestebaserte⁵¹. De tradisjonelle baseres på sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner og anses som de sikreste, mens de fortjenestebaserte, som er basert på transaksjonenes overskudd, er forbeholdt de ekstraordinære tilfeller der de tradisjonelle blir lite treffende. Som nevnt er, av OECD de tradisjonelle metoder å foretrekke fremfor det fortjenestebaserte. Det kan likevel tenkes at de høye kravene som stilles til sammenlignbarhet gjør de tradisjonelle metodene uanvendelige, og en av de to fortjenestebaserte metodene vil da måtte anvendes.

De fem metoder:

De tradisjonelle:

- 1) CUP
- 2) Viderealgprismetoden
- 3) Kost plussmetoden

De fortjenestebaserte:

- 4) Overskuddsdelingsmetoden
- 5) Transaksjonsbasert nettomarginmetoden

Til forskjell fra kost pluss- og viderealgsmetodene, er transaksjonsoverskuddsmetodene nettomarginmetoder. Forskjellen på netto- og bruttomarginmetoder ligger i grunnlaget for beregningen av marginene. Mens nettomarginene gir uttrykk for fortjenesten etter at alle kostnader er trukket fra, gjøres det ved bruk av bruttomarginmetodene kun fratrukk for produksjonskostnadene, direkte og indirekte.

⁵⁰ Gresik og Osmundsen, *Captive Insurance and tax-induced transfer pricing – Current Regulatory Issues* s. 10

⁵¹ Zimmer, *internasjonal inntektsskatterett* s. 156

3.3.1 Forholdet mellom de forskjellige metodene

Det er nok at én av metodene anvendes når en skal komme frem til armlengdesprisen. Metode velges ut fra en vurdering av hvilken som vil gi de sikreste holdepunkter. Men det kan være aktuelt å kombinere flere metoder. Dette kan være nødvendig der bruken av kun én metode ikke gir et noenlunde sikkert svar. Skatteyder trenger imidlertid kun å vise at den kontrollerte prisen er armlengdes etter én metode jfr. Retningslinjene 1.36. Slik at det ikke er nok at ved bruk av en annen metode til å beregne markedspris kunne gitt en høyere pris. "the method applied by the taxpayer". Dette gjelder likevel ikke lenger enn at resultatet ville blitt annerledes om den metode skatteyder har lagt til grunn gir klart mer usikkert resultat enn den metode som ligningsmyndighetene har valgt.⁵² Skatteyder kan også bruke andre metoder jfr. 1.68. Det tilsvarende gjelder for skattemyndighetene, likevel med strengere vilkår. Jfr. 1.70.

Selv om metodevalget i utgangspunktet er fritt angir retningslinjene preferanser basert på grad av sammenlignbarhet og nærmere forhold til transaksjonen. Disse fordeler ved de enkelte transaksjonsmetoder vil bli nærmere beskrevet nedenfor. Retningslinje uttrykker klart at CUP metoden er den foretrukne der den lar seg anvende. Dernest uttrykkes en preferanse for de tradisjonelle transaksjonsmetodene, videresalg og kostplussmetoden, fremfor de transaksjonsbaserte fortjenestemetoder. Disse metoder er nærmere beskrevet nedenfor. Det er imidlertid ikke sikkert at noen av metodene er anvendbare i et konkret tilfelle. Eller at man kan oppnå det sikreste resultat ved en tilpassing av en metode til ett enkelt tilfelle. For eksempel kan Agip-saken⁵³, der en variant av CUP-metoden med tre kontrollerte og én ukontrollert transaksjon ble akseptert av Høyesterett.

3.3.2 Sammenlignbar ukontrollert pris metoden (Comparable price method – CUP)

Man sammenligner prisene mellom den kontrollerte og den ukontrollerte transaksjon. Metoden vil innebære at man søker etter lignende transaksjoner, og med utgangspunkt i en analyse av dem vil man kunne definere en armlengdes pris. For eksempel vil de i den sammenheng, som nevnt over, være viktig å definere captivets funksjon i den aktuelle transaksjon. Denne vil så bli sammenholdt med prisen i den aktuelle transaksjon og et eventuelt avvik vil danne grunnlag for avkorting av fradrag.

Anvendelse av CUP-metoden er en tre stegsprosess. Første steg innebærer en analyse av

⁵² Zimmer, internasjonal inntektsskatterett s. 156

⁵³ Rt-2001-1265

den aktuelle transaksjon. Neste steg er å kartlegge innholdet i den eller de ukontrollerte transaksjoner. Før man til slutt foretar en sammenligning av de to.

CUP sammenligner bruttomarkedsprisen. Det vil si at det ikke tas hensyn til captivet, og deres kostnader for seg, men at det er tilbudsprisen som er gjenstand for analyse.

Som et eksempel kan det tas utgangspunkt i tre oljeplattformer, med tre forskjellige eiere, A, B og C. A og B er forsikret i uavhengige forsikringsselskaper, mens C er forsikret i sitt captive. Forutsatt videre at de har tilsvarende egenandel, og tilsvarende risikobilde. A og B betaler begge 2 % av plattformens verdi i årlig premie, mens C betaler 3 %. Ved bruk av CUP metoden vil da C bli nektet fradrag for den del av forsikringspremien som overstiger 2 %, slik at 1/3 av den betalte premie vil bli lagt til hans inntekt i skattemessig forstand.

Denne metoden gir det sikreste resultatet og er dermed å foretrekke. Det sikreste svaret får man i de tilfeller der ett av de aktuelle selskap også har inngått en lignende avtale med en uavhengig part. Hvis selskap A har tegnet forsikring både i sitt captive og i et uavhengig selskap. Det er imidlertid ikke utenkelig at det der forsikring er tegnet både i captive og i uavhengig forsikringsselskap er vesentlige ulikheter mellom avtalene som gjør det vanskelig å sammenligne med hverandre. Som nevnt tidligere kan slike avtaler også bli holdt utenfor en vurdering av armlengdespris fordi de kan være inngått med ett element av strategi for å forsvare høyere premier på de kontrollerte transaksjonene.

For at CUP-metoden skal kunne anvendes må én av to betingelser være oppfylt. Én, at ingen av forskjellene, hvis noen, vil kunne påvirke prisen i det åpne markedet, i vesentlig grad. Eller alternativ to, at disse forskjellene kan elimineres gjennom rimelig presise justeringer.

En svakhet ved metoden er at den er svært sensitiv for variasjoner i forsikringsavtalens innhold. Det kan være flere forhold ved en forsikringsavtale som kan tilsi en høyere eller lavere forsikringspremie. For eksempel kan dekningsprosent, oppgjørstidspunkt, hvilke hendelser som er dekket og lignende forhold gjøre at en er villig til å betale en høyere eller lavere premie for forsikringen av ellers like objekter. Også det forsikrede objekts geografiske plassering kan spille inn. Dette kan for eksempel være aktuelt på Oljeinstallasjoner i Nordsjøen der det kan være variasjoner i risikobildet avhengig av hvilket oljefelt det dreier seg om. Disse forholdene må det i vesentlig grad kunne foretas justeringer for hvis metoden skal kunne brukes. Det kan være vanskelig å beregne verdien av denne typen ulikheter, og når det blir mange slike variasjoner og justeringer kan resultatet bli at slik sammenligning ikke lar seg gjøre.⁵⁴ Både antallet justeringer og usikkerhetene ved disse vil spille inn. UTV-2008-19, nærmere referert nedenfor, ble det funnet at for mange og usikre justeringer måtte foretas, slik at CUP-metoden ble ansett for å være uanvendelig.

En faktor som spiller inn ved bruk av CUP-metoden for beregning av armlengdespris i forsikringsavtaler er egenandelens størrelse. Egenandelen kan påvirke hvor hyppig

⁵⁴ ⁵⁴ Skaar, taxation issues relating to captive insurance companies. S. 220.

forsikringsutbetaling kan forventes å skje. Skadeomfanget må overstige egenandelen for at utbetaling skal være aktuelt. Desto høyere egenandelen settes, desto sjeldnere vil krav om skadeutbetaling skje i tillegg til at egenandelens størrelse vil påvirke størrelsen på en potensiell utbetaling. Ved anvendelse av CUP-metoden vil man da måtte med noenlunde sikkerhet kunne kompensere for en eventuell ulikhet i egenandel. Det vil i den sammenheng nok være lettere å utjevne ulikhet i utbetalt forsikringsoppgjør, enn ulikhet i antatt hyppighet på utbetalinger.

En annen svakhet ved metoden er at det kan være vanskelig å finne sammenlignbare metoder. I Norsk sammenheng er det som først og fremst premier betalt fra oljeselskaper basert offshore i Norge som har vært skatterettslig omtvistet. Det er også slik at det klare flertall av store oljeselskaper tegner sine forsikringer i sine captiveselskaper. Resultatet av det er at det kan være vanskelig, om ikke umulig, å finne sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner. Det kan derfor bli nødvendig å sammenligne med andre kontrollerte transaksjoner. Dette kan imidlertid skape et nytt problem. De sammenlignbare selskapene vil være klar over at deres egne transaksjoner vil bli brukt som sammenligningsgrunnlag, som igjen kan skape insentiver for taktisk prissetting. Når alle aktørene på ett marked har skattemessige insentiver til å betale høye forsikringspremier er det en fare for at det resultatet man kommer frem til ved anvendelse av CUP-metoden ikke gir et riktig bilde av verdien av forsikringstjenesten⁵⁵

Som drøftet under avsnittet om punkt 3.2.1 er det viktig gjennom en funksjonsanalyse, å fastslå hvilken rolle captivet har i den konkrete saken. Først ved å definere denne kan en foreta en forsvarlig sammenligning av priser, slik at man sammenligner transaksjoner av samme karakter.

I de fleste saker som har vært opp i norske domstoler har det vært oljeinstallasjoner som har vært de aktuelle forsikringsobjekter. Forsikring gjennom captive selskaper er meget utbredt blant store oljeselskap, i tillegg er det et begrenset antall operatører på norsk kontinentalsokkel. Som et resultat av det har det vist seg vanskelig å finne ukontrollerte transaksjoner å sammenligne med. Dette var blant annet et tema i Agip-saken⁵⁶ hvor det var vanskelig å finne tilsvarende ukontrollerte transaksjoner. Det var riktignok andre lignende poliser, men klagenemnda hadde i stor grad basert seg på andre forsikringer, tegnet i captives. Løsningen ble i det tilfellet en tilpassning av CUP-metoden som er nærmere beskrevet nedenfor.

3.3.2.1 Det relevante sammenligningsgrunnlag: Premierater

Forsikringsobjekter har som objekter svært varierende verdi. Mens det for handelsvarer kan være naturlig å ta utgangspunkt i pris per tonn, eller prosent av et beløp, vil det for forsikringspoliser være mest relevant å sammenligne premieraten. Denne er, som beskrevet nærmere nedenfor, et uttrykk for forholdet mellom premiens størrelse, og den forsikringsverdi den dekker.

⁵⁵ Gresik, Osmundsen, Captive Insurance and tax-induced transfer pricing

⁵⁶ Rt-2001-1265

Ved anvendelse av de nedenfor angitte metodene er det viktige å finne det relevante sammenligningsgrunnlag. Først ved å finne det korrekte grunnlag, vil det være mulig å foreta en analyse der resultatet vil være noenlunde sikkert. I AGIP-saken⁵⁷ ble premieraten brukt som sammenligningsgrunnlag.

Premieraten gir, som nærmere beskrevet foran under punkt.2.2.5.1 uttrykk for forholdet mellom det forsikrede og forsikringspremier. Altså den relative prisen man betaler for forsikringen. Slik at en høy premierate, indikerer en høy pris i forhold til forsikringsverdien. Når en skal sammenligne pris på produkter eller tjenester vil det alltid være behov for å definere et sammenligningsgrunnlag, for eksempel for korn vil en pris pr kilo være mest egnet til å bruke som sammenligningsgrunnlag. Det vil sjelden være mulig, og behov for, å sammenligne absolutt pris, hva det er betalt for vil alltid måtte tas med i sammenligningen. For forsikringspremier er premierate den mest hensiktsmessige størrelse, da den gir et godt bilde på hvor mye man betaler pr. forsikrede krone.

Eksempelvis vil en polise der en gjenstand er forsikret for 100 millioner NOK, med en premie på 1 million NOK, ha en premierate på 1 %. Analysen vil da bestå i å sammenligne dette resultatet med det man får av andre, ukontrollerte, forsikringspoliser. Formelen for premierate kan settes opp slik, premie/forsikret verdi.

Premieraten som sammenligningsgrunnlag

Det er likevel ikke slik at en sammenligning av premieraten nødvendigvis gir et forsvarlig svar på om armlengdespris er betalt. For det første vil premieraten variere ut fra hva som er forsikret. Enkelte gjenstander har større fare for skade, forsikringsselskapet vil da kreve en høyere rate. En kan enkelt si at der risikoen er høyere, er raten høyere. Med utgangspunkt i talleksempelen over, tenkes to scenarier. En installasjon vil statistisk sett bli skadet for 2 millioner NOK i året. Premieraten må da ligge på over 2 % for at forsikringen skal være lønnsom for giver. Halveres dette beløpet til 1 million i året, vil forsikringsselskapet tjene på en rate på over 1 %

I AGIP-saken⁵⁸ ble premieraten beregnet til 1,64 % for 1986, og 1,35 for 1987. I følge klagenemnda skulle den, for å være armlengdes, vært henholdsvis 1,11 % og 1,05 %, for de aktuelle år. Klagenemnda hadde ikke funnet noe entydig svar på dette. Det var ikke slik at alle de sammenlignbare polisene hadde denne premieraten. Nemnda hadde, grunnet de store variasjonene, regnet ut hva snittet lå på, blant forsikringen av forskjellige typer installasjoner på Ekofisk. Det ble også tatt hensyn til at AGIP, både selv og gjennom konsernet det tilhørte kunne oppnådd rabatter på forsikringen, slik at en det ble lagt til grunn at de kunne oppnådd bedre vilkår enn markedet ellers. Det kan imidlertid stilles spørsmål til hvor mye vekt som skal legges på denne gunstige forhandlingsposisjon nå en sammenligner forsikringer av denne typen. Det er antagelig ikke unikt for AGIP å være i denne forhandlingssituasjon, slik at det kan antas at også

⁵⁷ Rt-2001-1265

⁵⁸ Rt-2001-1265

enkelte av de premier en sammenligner med også er påvirket av forsikringstegners sterke forhandlingsposisjon. Spesielt kan dette antas å gjelde i Agips tilfelle der tre av de fire sammenlignbare transaksjonene var kontrollerte transaksjoner gjort av større aktører på Ekofisk feltet.

I tillegg var det ved beregningen av armlengdes premierate, var gitt god margin til de premieratene som var brukt som sammenligningsgrunnlag. Høyesterett mente at det talte for at skjønnet var utøvet på riktig måte, og at den armlengdes premierate dermed kunne legges til grunn.

AGIP ble dermed nektet å føre fradrag for den del av forsikringspremien som oversteg disse prosentsatsene.

3.3.2.2 Bruk av armlengdes intervall

Retningslinjene åpner for at resultatet av en analyse angis i et intervall. For eksempel at en markedsmessig premierate ligger mellom 0,9 % og 0,93 %. Dette fordi en analyse ofte vil gi flere mulig løsninger. Dette kan imidlertid være et tegn på at metoden brukt ikke er den best egnede. Men selv med riktig anvendt metode vil ofte resultatet sprike. I Agip-saken viste en analyse av de sammenlignbare transaksjoner, justert for forskjeller, en variasjon i premieratene for et enkelt år på nesten 38 %.⁵⁹

Hvis en gjennom en analyse finner transaksjoner, blant transaksjonene brukt som sammenligningsgrunnlag, som i vesentlig grad avviker fra de andre, gir retningslinjene anvisning på at disse bør analyseres nærmere for å vurdere om de bør inkluderes i sammenligningsgrunnlaget. Hvis man ved en analyse av for eksempel premieraten for tre forsikringstransaksjoner, forutsatt justert for ulikheter, finner at en av de to ligger langt fra de to andre, kan det være grunn til å se om det er forhold ved denne som diskvalifiserer den fra sammenligningsgrunnlaget slik at den dermed ikke skal tas med ved beregningen av armlengdesintervallet.

3.3.2.3 Nærmere om AGIP-saken Rt-2001-1265

Agip drev virksomhet på norsk kontinentalsokkel. De var for fysiske skader på sine installasjoner forsikret i AIRCO. AIRCO var igjen 100 % reassurert i FINAS, som var et captive for Ente Nazionale Idrocarburi (heretter ENI). ENI var også eier av Agip. FINAS var reassurert delvis markedet og delvis i forsikringspoolen Oil Insurance Limited.

Det var i saken ikke bestridt at forsikring var tegnet og heller ikke at ligningsmyndighetene kunne vurdere forholdet mellom Agip og FINAS direkte, slik at bruken av frontingsselskap ikke ble tillagt betydning. Spørsmålet var hvordan armlengdespris skal beregnes, for dermed å avgjøre om Agip kunne få fradrag for hele sin utbetalte forsikringspremie.

⁵⁹ Rt-2001-1265. s. 1287.

En problemstilling var at det var få ukontrollerte transaksjoner å bruke som sammenligningsgrunnlag. Dermed ble en variant av CUP-metoden anvendt for å beregne armlengdes pris. Ved beregningen av armlengdespris hadde klagenemnda for oljeskatt beregnet en armlengdespremie ut fra ett gjennomsnitt av fire transaksjoner hvorav tre, som nevnt, var kontrollerte. Selv om CUP-metoden ikke direkte ble anvendt gir saken god illustrasjon på problemstillinger knyttet til anvendelse av CUP-metoden.

Klagenemnda for oljeskatt mente at Agips premierater var høyere en de til andre selskaper på samme geografiske felt. Og at forsikringspremien Agip betalte avvek fra armlengdespris og at det dermed var adgang til å nekte fradrag for hele premiebeløpet.

Resultatene av analysen viste at den eneste ukontrollerte transaksjonen brukt som sammenligningsgrunnlag var blant de som hadde de aller laveste premieratene for de to årene. Dette taler for at løsningen var riktig.

Det første problem som oppsto var vurderingen av verdiene forsikret av Agip. Ved vurderingen av Agips premierater var beregningen av den forsikrede verdi sentral. En høyere forsikret verdi ville gi en lavere premierate, og Agips premier ville dermed være nærmere den beregnede markedsraten. Forsikringen var basert på nedskrevet verdi, actual cash value, heretter ACV. Denne verdi skulle først fastlegges ved takst etter skadetilfellet hadde oppstått. Klagenemnda hadde vurdert denne verdien til å utgjøre 70 % av full gjenkjøpsverdi, full replacement value, heretter FRV. Agips utbetalinger tilsvarte 85 % av det de måtte ha betalt hvis forsikringen var basert på FRV.

Ved å beregne ut fra en høyere ACV, altså en høyere forsikringsverdi, får man en lavere premierate, forsikringspremien blir relativt sett lavere. Dette kan illustreres med følgende eksempel. Gitt en FRV på 1 000 000 NOK, og en forsikringspremie på 25 000. Legger en til grunn en ACV på 70 % av FRV vil regnestykket se slik ut 25 000/ 700 000 og man vil få en premierate på ca 3,6 %. Skulle man imidlertid lagt til grunn en ACV på 85 % ville regnestykket sett slik ut, 25 000/800 000, og man ville fått en premierate på ca 3,1 %. I Agip-saken viste alle sammenligningstransaksjonene en premierate på 1 % eller mindre. For Agips del ble den vurdert til 1,64 % i 1986, og 1,35 % i 1987. Hadde en lagt en ACV på 85 % til grunn ville en endt opp med en premierate på henholdsvis 1,34 % og 1,11 %.

Videre kan Agip-saken gi en god illustrasjon på hvordan ulikheter i forsikringsavtalenes innhold kan spille inn ved en sammenligning. Agips forsikring skilte seg også fra de brukt som sammenligningsgrunnlag, ved at den også inkluderte bølgeskadeforsikring. Dette hadde ikke klagenemnda for oljeskatt tatt hensyn til. At forsikringen dekker flere skadetilfeller kan forsvare en høyere premie. Klagenemndas begrunnelse for å utelate bølgeskadeforsikring var at en slik klausul ikke fantes hos andre, og at uavhengige parter ikke ville inngått en avtale med slik dekning, med begrunnelse i at den ikke var foretningmessig. Dette synspunkt delte imidlertid ikke Høyesterett. De fant det godtgjort at Agip faktisk hadde slik dekning. Førstvoterende uttalte at forsikringene var skreddersydd for feltet, Ekofisk, og at det faktum at ingen andre hadde slik dekning ikke i seg selv åpne for å se bort fra den. Slik at når bølgeskadedekning var kjøpt, og

dette var bevist fra Agips side, var det ikke grunnlag for å se bort fra den. Dette kunne dermed forsvare en høyere premie hos Agip, i forhold til sammenligningsgrunnlaget. Desto mer kompliserte og verdifulle forsikringsobjekter er, desto mer bør tillates av individuell tilpasning og dermed økt takhøyde for særvilkår.

Agip fikk altså medhold i at bølgeskadeerstatningen skulle inkluderes ved beregningen av premierate, men Høyesterett fant, med bakgrunn i det høye avviket fra markedsmessig premierate at det bølgeskadedekningen i seg selv ikke var nok til å forsvare den høye premieraten.

Klagenemnda hadde heller ikke akseptert de lave egenandelene i Agips forsikring. Lavere egenandeler tilsier normalt en høyere forsikringspremie. Egenandelen var på USD 3 260 for 1986 og USD 32 600 for 1987. Agip aksepterte at egenandelen for 1986 kunne justeres slik at egenandelen ble USD 32 600 for begge år. Agip mente videre at dette var innenfor det markedsmessig. Dette synspunkt fikk Agip ikke medhold i. Førstvoterende fant det ikke bevist at egenandelene lå innenfor det markedsmessige. De la avgjørende vekt på at det ikke var opplyst om noe skadetilfelle der så lav egenandel var lagt til grunn.

Høyesterett kom dermed til at med forbehold for bølgeskadeerstatningen var klagenemndas beregning av Agips premierate riktig.

3.3.3 Viderealgprismetoden

Utgangspunktet for denne metoden er prisen i neste ledd i omsetningskjeden. Dette forutsetter at det er to eller flere omsetningsledd. Man bruker da den første transaksjon mellom uavhengige parter som utgangspunkt. Man gjør så et fradrag for en gitt margin. Resultatet man kommer til skal da tilsvare armlengdesprisen på den tidligere transaksjonen.

For at viderealgmetoden skal kunne anvendes må, som ved anvendelse av CUP-metoden, én av to betingelser være tilstedet. Enten må ingen av forskjellene ved transaksjonene, hvis noen forskjeller i det hele tatt, være egnet til i vesentlig grad å påvirke viderealgmarginen i det åpne marked. Eller så må det kunne gjøres rimelig presise justeringer for dermed å eliminere virkningen av disse. Denne metoden er anvendelig da det antas å være relativt likt hva forskjellige aktører har som marginer. Metoden fungerer nok bedre der en viderealger det samme produktet, enn der det endres i det aktuelle leddet, da det ved endringer kan være vanskeligere å sammenligne. Gjøres det endringer må disse justeres for i prisberegningen. For mange og usikre justeringer vil gjøre at man ikke oppnår et tilstrekkelig sikkert resultat og metoden kan være uanvendelig i det konkrete tilfellet.

I Agip-saken var som nevnt et problem ved beregningen av armlengdes pris at det ikke var noen sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner. En slik situasjon er ikke unik og

også annen praksis⁶⁰ viser at det er en problemstilling som er svært aktuell ved beregning av armlengdes pris ved captiveforsikring. Det er imidlertid vanlig at captives reassurerer deler av sine poliser hos en uavhengig aktør. Gitt at captivet er underlagt et gunstig skatteregime, som det ofte er, vil captivet ikke ha insentiver til å inngå en reassuranseavtale med unaturlig høye forsikringspremier, slik at det kan antas at denne premien er markedsmessig. Denne transaksjonen kan dermed være en god indikator på markedsprisen. Videresalgsmetoden kan dermed være svært anvendelig ved vurderingen av armlengdespris på forsikringspremier betalt til captives.

Ved analyse av armlengdespris for forsikringsavtale, vil det typiske utgangspunkt være en eventuell reassuranse. Man vil da trekke en rimelig fortjeneste fra reassuranse premien. Det er imidlertid svært vanlig at reassuranse består i en samling poliser. Som tidligere nevnt, ligger det store fordeler i å samle polisene, og deretter forsikre dem i markedet. Prisforholdet mellom en enkel polise og en større gruppe poliser kan være vanskelig å fastslå. Metoden har derfor en svakhet ved at endrede prisbilder ved samling av poliser kan gjøre den lite anvendelig.

Tidsaspektet spiller også inn her. Metoden blir mindre presis hvis det tar lang tid mellom transaksjonene, fordi markedet kan endre seg. For forsikringsavtaler vil dette normalt ikke representere noe stort problem da de fleste poliser som reassureres blir det i løpet av relativt kort tid etter opprinnelig inngåelse.

3.3.4 Kost pluss metoden

Denne metoden innebærer at man tar utgangspunkt i omkostningene for selgeren i den kontrollerte transaksjon. Man gjør så et tillegg for en fortjeneste. (Retningslinjene 2.32 – 2.48). Kost plussmetoden kan anvendes dersom én av to betingelser er oppfylt. Det må enten ikke foreligge noen forskjeller på transaksjonene som er egnet til å påvirke kost-plusspåslaget i det åpne markedet, eller eventuelt at disse forskjellene kan elimineres ved hjelp av rimelig presise beregninger.⁶¹ Det kan være vanskelig å fastsette kostnadene. Beregningen må ofte ta utgangspunkt i regnskapene. Til disse kan det ofte knytte seg usikkerhet rundt klassifikasjon av kostnader og virkningene av ulike regnskapsmessige prinsipper. I forsikringstransaksjoner vil kostnaden være representert ved den forventede forsikringsutbetalingen. Forskjellen fra videresalgsmetoden ligger i at utgangspunktet tas i kostnaddene captivet har snarere enn prisen captivet betaler ved en reassuranse. Disse kan riktignok være sammenfallende, men de kan også variere avhengig av hvilke endringer som gjøres med polisene i captivet. Hvis captivet reassurerer identisk risiko med den det tilknyttede selskapet tegnet vil metodene antagelig gi et ganske likt resultat.

Kartelegning av captivets funksjon i den aktuelle transaksjon vil stå spesielt sentralt ved

⁶⁰ UTV-2008-19

⁶¹ Høringsnotat om internprising mellom nærstående foretak

http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fin/hdk/2006/0093/ddd/pdfv/297305-h_notat_akr.pdf

bruken av kost-plussmetoden. Dette fordi en beregnet fortjeneste i stor grad vil avhenge av hvilken risiko og innsats captivet har.

Denne metoden kan være enklere å anvende enn de foran nevnte fordi man antar at det er enklere å fastslå en gitt fortjeneste en ønsker. Man går ut fra at det eksisterer en ”normal” fortjeneste. Det kan imidlertid forsvares å avvike fra denne. For eksempel kan ulike foretningsstrategier, forsvare ulik fortjenestes påslag. Det kan også tenkes at nye selskaper ønsker å operere med lavere marginer for å etablere seg i et marked.

Kost pluss metoden er brukt relativt flittig blant captiveselskaper, spesielt blant oljeselskaper⁶², da som nevnt ukontrollerte transaksjoner kan være vanskelig å finne. Også i retningslinjene anbefales kost pluss metoden for tjenester.⁶³

Kost pluss metoden ble anvendt i UTV-2008-19. Oljeskattekontoret mot Norsk Hydro produksjon AS (NHP). NHP AS var forsikret i sitt captive Industriforsikring (IF) Klagenemnda for oljeskatt hadde her anvendt kost plussmetoden for årene 1995 til 2002. Som et ledd i saksbehandlingen hadde nemnda foretatt en prissammenligning for 1995, men fant da at det ble for mange usikre justeringer i sin analyse, og konkluderte dermed med at CUP-metoden ikke var anvendelig. Lagmannsretten var enig i nemndas syn, men uttrykte samtidig at CUP-metoden har forrang der anvendelig.

Lagmannsretten mente at man ved anvendelse av kostplussmetoden måtte gjøre færre og mer mindre kompliserte justeringer enn om man skulle anvendt CUP-metoden, og at kostplussmetoden dermed var å foretrekke. Kostelementet ble av lagmannsretten beregnet ut fra captivets reassuransekostnader fratrukket en beregnet premie for den risiko captivet beholdt. Denne premien ble beregnet ved bruk av CUP metoden. Det ble så gjort et tillegg for administrasjonskostnader og kredittrisiko, samt et tillegg for fortjeneste.

Imidlertid måtte det i denne saken også gjøres justeringer ved anvendelse av kost plussmetoden, men disse var færre og mindre kompliserte. Lagmannsretten kom dermed til at det ikke var galt av klagenemnda å bruke kost plussmetoden ved vurdering av armlengdes pris.

Videre anerkjenner retningslinjene transaksjonsoverskuddmetoder. Disse skal som nevnt kun brukes der de, over beskrevne metoder, ikke gir et sikkert nok resultat. For begge metoder blir utgangspunktet tatt i transaksjonenes overskudd.

3.3.5 Overskuddsdelingsmetoden

Ved bruk av overskuddsdelingsmetoden (Retningslinjene 3.5-3.25) beregnes et felles

⁶² Bjørn Erik Siemenstad. Muntlig samtale 11/2-2010.

⁶³ OECDs retningslinjer pkt 2.32.

overskudd for de selskap som har vært parter i transaksjonen. Dette kan som nevnt være to selskaper eller en rekke transaksjoner dersom vilkårene for å vurdere flere transaksjoner under ett foreligger, se drøftelse ovenfor. Dette overskuddet fordeles så mellom partene på en måte som ville vært forventet i en avtale inngått mellom uavhengige parter.

En fordel med denne metoden er at begge parter vurderes. Når et konsern forsikrer risiko for alle sine virksomheter i sitt captive vil det ha visse fordeler av omfanget av polisene slik at det ville oppnådd en rabatt. Ved bruk av overskuddsdelingsmetoden, kan man tilskrive de enkelte forsikringstakerne denne rabatten, i motsetning til at den inngår i captivets overskudd. På den måten unngår en at alle de stordriftsfordeler som ofte ligger i forsikring i captiveselskap blir tilskrevet captivet. Sett fra skattemyndighetenes side er dette ønskelig da dette ofte vil tilsi at disse beløpene kommer til beskatning i Norge og ikke går til overskudd i et lavskattland.

Imidlertid kan det være problemer knyttet til fordeling av overskuddet. Retningslinjene gir anvisning på to alternativer. For det første kan det gjøres en bidragsanalyse. Der fordeles overskuddet etter partenes relative bidrag. Eventuelt kan fordelingen skje etter en residualanalyse. Dette innebærer at partene blir tilskrevet en grunnavkastning, og at det i tillegg blir gjort en fordeling etter innsats for den resterende avkastning.

3.3.6 Transaksjonsbasert nettomarginmetoden

Her sammenlignes størrelsen av nettomarginene knyttet til den kontrollerte transaksjonen med nettomarginene på ukontrollerte disposisjoner. (Retningslinjene 3.26 – 3.48) Metoden minner om kost pluss og- videresalgsprismetodene, men forskjellen ligger i analysen av nettomarginen fremfor brutto.

Et problem med denne metoden, som også er grunnen til at den ikke ”anbefales” er at bruk av nettomarginen inkluderer elementer som ikke hører til den aktuelle transaksjon. Den tar ikke bare inn de kostnader som knytter seg til det handlede produkt, men også kostnader som tilfaller selskapet som helhet.

Fordelen med metoden er at det er lettere, enn ved de øvrige metodene å finne frem til sammenligningsgrunnlaget, fordi man antar at nettomarginene varierer mindre fra selskap til selskap enn det bruttomarginene gjør⁶⁴

3.4 Rammene for skjønnsutøvelsen.

Resultatet av skjønnen skal være en pris som sammenfaller med den pris som ville blitt avtalt dersom tilknyttingene mellom partene ikke hadde eksistert. Dette er således

⁶⁴ Zimmer, internasjonal inntektsskatterett s. 160.

rammen som stilles opp for skattemyndighetenes skjønnsutøvelse. Det innebærer at prisen kan settes til armlengdespris, men ikke høyere eller lavere.

4 Oppsummering

Rettspraksis viser at det er adgang til fradrag for forsikringspremie betalt til captiveselskap. En forutsetning for dette er at det er reell forsikring som kjøpes. Det sentrale vilkår for denne vurderingen er om en helhetsvurdering tilsier at risikoen har gått over fra forsikringstegneren til captivet.

Det gis imidlertid ikke fradrag for forsikringspremier som er høyere enn de som ville vært avtalt mellom uavhengige parter, også kalt armlengdes pris. For å vurdere hva armlengdes pris ville vært i den aktuelle transaksjon kan det bli nødvendig å bruke en kombinasjon av OECDs angitte metoder. Målet vil være å finne en pris basert på en metode med færrest og sikrest mulige justeringer for ulikheter ved avtalene som sammenlignes. En gjennomgang av praksis viser at kost-plussmetoden virker som den metoden som oftest gir det sikreste resultat grunnet den ofte manglende tilgangen på ukontrollerte transaksjoner til å bruke som sammenligningsgrunnlag.

5 Litteraturliste

Lover og forskrifter

- Lov 1997-06-13 nr. 44 Lov om aksjeselskaper (asl)
- Lov Lov om allmennaksjeselskaper (asal)
- Lov 1999-3-26 nr. 14: Lov om skatt av formue og inntekt. Skatteloven (sktl)

Rettningslinjer

- OECDs retningslinjer for internprising for flernasjonale foretak og skattemyndigheter – norsk oversettelse

Forarbeider

- Ot.prp. nr. 35 (1990-91)
- Innst. O. nr. 81 – 2006-2007
- Ot.prp. nr. 62 (2006-2007)

Rettspraksis

- Rt-1995-124 Schlumberger
- Rt-2001-1265 Agip
- Rt-2002-1247 AMOCO
- Rt-2003-1324
- UTV.2003-531
- UTV-2008-19
- UTV-2008-1320

Administrative avgjørelser

- Avgjørelse klagenemnda for oljeskatt, 20. mars, 1995

Juridisk Litteratur

- Eckhoff, rettskildelære , femte utgave, Oslo 2001
- Aarhus, Thore og Clausen, Tore, Forsikringsøkonomi, andre utgave, Oslo 1995
- Skaar, Arvid A, Taxation issues relating to captive insurance companies, Amsterdam 1995
- Zimmer, Frederik Lærebok i skatterett, femte utgave, Oslo 2005
- Zimmer, Frederik, Internasjonal Inntektsskattrett, fjerde utgave, Oslo 2009
-

Administrative uttalelser mv.

- Høringsnotat om interprising mellom nærstående foretak:
http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fin/hdk/2006/0093/ddd/pdfv/297305-h_notat_akr.pdf
-

Artikler mv.

- Grethe, Anne, Berrum, Marianne, Captive forsikring, Revisjon og Regnskap nr. 8 1996,
- Gresik, Thomas A, Osmundsen, Petter, Captive Insurance and tax-induced transfer pricing – Current Regulatory Issues, Pennsylvania, 2000
- Zimmer, Frederik Høyesterettsdommer i skattesaker 2002, kommentar til Rt-2002 s. 1247
- Tillinghast Report, Generally Accepted Captive Standards. GACS 1991/92
- TRACS, Towers Perrin Recommended and Accepted Captive Standards
- http://www.ors.no/foredragsbibliotek/2_forsikringer_rettssaker.pdf
- http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?webc=TILL/USA/2004/200404/captive_mgmt.pdf

Samtaler

- Bjørn Erik Simenstad, Industri Forsikring, Muntlig samtale, Vækerø, 11/02-10

6 Lister over tabeller og figurer m v

.