

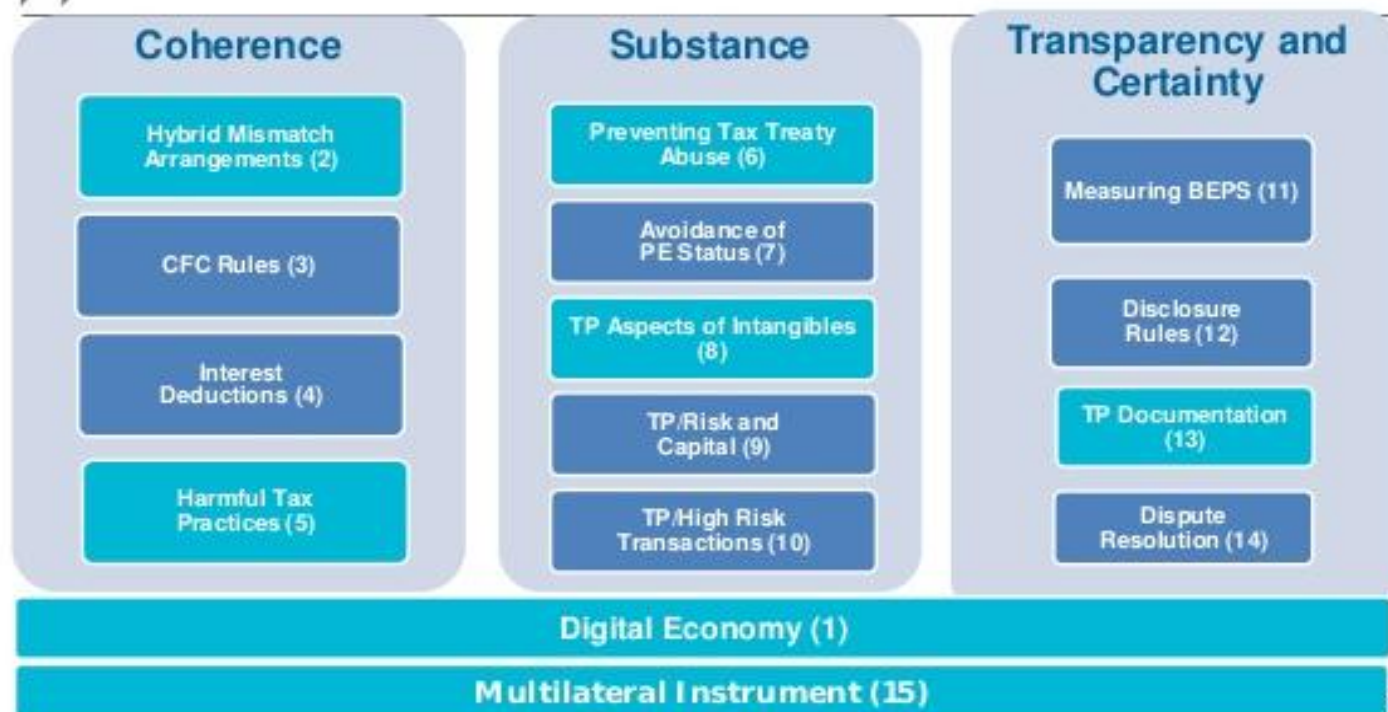
Konsekvenser for selskapene. Endringer i Transfer Pricing Guidelines, Kapittel I

Norsk Olje og Gass skatteseminar

3. mai 2016 - Stockholm

Anders Heieren

15 Actions around 3 Main Pillars



Kap. 1 Guidance for applying the arm's length principle

Nytt punkt D (gjelder særlig D.1)

Tidligere overskrift punkt D.1: Comparability analysis (9 s.)

Nå: Identifying the commercial or financial relations (23 s.)

Nødvendig både for (A) å avtegne korrekt hvilken transaksjon(er) vi står ovenfor, og, dernest (B) å kunne foreta en relevant sammenligning/prising basert på observasjoner i markedet.

Kap. D.1 omhandler kun (A). En prosessbeskrivelse – hvordan gå frem for å klargjøre faktum.

En klargjøring av faktum skjer gjennom en prosess hvor kontraktens ordlyd er én av de relevante faktorene for å fastsette den transaksjonen som skal prises. Denne klargjøringen omtales som «delineation of the actual transaction» - avtegning av den faktiske transaksjonen.

Action 8-10 temaer som IKKE gjelder TP GL kap 1

- Et tillegg til TP GL kap II; om prising av varer (commodity transactions). Senere på agendaen). (Action 10)
- Endringer i TP GL kap VI om transfer pricing guidelines for intangibles. Helt ny tekst. Mye om hva som regnes som intangible. Mye ny tekst til kap VI. DEMPE*. Ett av stridspunktene er ex post vurderinger av verdier. Nærmere retningslinjer skal komme senere i 2016. (Action 8)
- TP GL kap. VII - Low value added services (senere på agendaen). (Action 10)
- Endringer i TP GL kap VIII – transfer pricing guidelines for cost contribution arrangements. Kort, antakelig ikke så mye nytt. (Action 8)

* Development, Enhancement, Maintenance, Protection, Exploitation. Hvis et ellers tomt selskap kun har funding risiko, men faktisk håndterer og bærer slik kapitalrisiko, er selskapet berettiget til en risikobasert avkastning (ikke «bankrente»)

Action 8-10 temaer som IKKE gjelder TP GL kap 1

- Internprisingsmetodene dekkes i TP GL kap II. Under Action 10 gis det en særlig omtale av pågående arbeid med å klarlegge når profit split metoden kan/skal anvendes. Ser mindre på det enkelte selskap i et konsern/kontraktene mellom disse og fordeler den samlede fortjenesten mellom de basert på funksjoner/risiko/kapital. I dag sekundært hvor andre metoder er utilstrekkelige. Residual profit split har vært/er brukt for service næringen offshore. Vi har også sett MAP basert på ren profit split.
- Omtalen reflekterer at profit split kan tenkes å bli den foretrukne metoden for «Highly integrated business operations», for «Unique and valuable contributions» samt for «Synergistic benefits». Passer for flere multinasjonale E&P selskaper?
- Rapporten danner basis for arbeid som vil pågå i WP 6 i 2016. Høring i mai måned. Høringsforslag vil bli sirkulert før arbeidet skal ferdigstilles i første halvdel av 2017.

Ingen endring i Artikkel 9 (her fra NSA)

I tilfelle hvor

- a) et foretagende i en kontraherende stat deltar direkte eller indirekte i ledelsen eller kontrollen i et foretagende i en annen kontraherende stat, eller eier andel av kapitalen i dette foretagende, eller
- b) samme personer deltar direkte eller indirekte i ledelsen eller kontrollen i såvel et foretagende i en kontraherende stat som et foretagende i en annen kontraherende stat, eller eier andel av kapitalen i disse foretagender,

skal følgende gjelde:

Hvis det mellom vedkommende foretagender blir avtalt eller pålagt vilkår i deres kommersielle eller finansielle samkvem, som avviker fra dem som ville ha vært avtalt mellom uavhengige foretagender, kan enhver fortjeneste som uten slike vilkår ville ha tilfalt et av foretagendene, men i kraft av disse vilkår ikke har tilfalt dette, medregnes i og skattlegges sammen med dette foretagendets fortjeneste.

Hovedpunkter i prosessbeskrivelsen

Pkt. 1.36: Klargjøre de kommersielle og finansielle forholdene basert på en analyse av følgende økonomisk relevante karakteristika ved transaksjonen:

- I. Kontraktens ordlyd
- II. Funksjonsanalyse knyttet til hver av partene, hensyntatt benyttede aktiva og fordeling av risiko
- III. Kjennetegn ved aktiva overført eller tjenester levert
- IV. Økonomiske forhold knyttet til partene og markedet
- V. Forretningsstrategien

Den videre fremstilling knytter seg hvert av disse punktene.

Formålet er å fordele beskatningsretten i tråd med verdiskapning («value creation»). Mer vekt på at verdier skapes av funksjoner, ikke bare av kapital.

I. Kontraktens ordlyd

- Som i 2010 TP GL uttales at kontraktens ordlyd kun er ett av flere holdepunkter for å fastslå faktum. Fordi konserninterne avtaler ikke håndheves på samme måte som mellom uavhengige.
- «Delineation of contract with actual conduct». Kontraktens innhold fastslås på bakgrunn av partenes opptreden.
 - Selvsagt. Beskatning på grunnlag av realiteten.
 - MEN, nå er det ikke bare tale om delineation med opptreden, men delineation/innholdet skal baseres på partenes bidrag med funksjoner og kapital, herunder funksjonell «kompetanse», samt finansiell «kapasitet» til å bære den aktuelle risiko.
 - Funksjonsanalyse, som AOA fra 2008 for Art 7 – tilordning til fast driftssted

II. Funksjonsanalysen

- Avtegning av faktum basert på
 - Økonomisk viktige aktiviteter
 - Tilskudd/bruk av aktiva
 - Påtatt risiko
- Se på hva partene faktisk gjør og hvilken kapasitet de har. Aktiviteter og tilskudd/bruk av aktiva er mer «håndfast» enn fastlegging av (faktisk, ikke bare avtalt;) risiko.
- Derfor hele 14 sider om hvordan fastslå fordeling av risiko.

II b Funksjonsanalysen - fordeling av risiko

- Risiko defineres i par. 1.71 som effekten av usikkerhet for gjennomføringen av virksomheten. Risiko øker lønnsomheten, gitt at risikofaktorene håndteres. Å ta og håndtere risiko er derfor sentralt i forretningsvirksomhet.
- «Risiko» er veldig relevant for prising, men samtidig vanskelig å fastslå utover det som er beskrevet i kontrakt. Fare for BEPS.
- Vesentlig utvidet angivelse av funksjonsanalysen for å teste fordeling av risiko mellom partene.

II b Funksjonsanalysen - typer av risiko

Typer av risiko/usikkerhet:

1. Strategisk risiko og markedsrisiko
2. Infrastruktur og operasjonell risiko
3. Finansiell risiko
4. Transaksjonsrisiko
5. Risiko for uforutsette hendelser

II b Funksjonsanalysen - fordeling av risiko

- Par. 1.60 gir oversikt over stegene man skal gjennom for å avstemme (delineate) fordeling av risiko
 1. Identifisere risiko (strategisk/markedsrisiko, operasjonell risiko, finansiell risiko, transaksjonsrisiko, og risiko for uforutsette hendelser)
 2. Fastslå hvordan kontrakten fordeler disse risiki
 3. Funksjonsanalyse: Hvordan partene håndterer hvilke risiki, kontrollerer risiki, foretar risiko-reduserende tiltak, får glede av oppside/bærer nedside, samt har finansiell kapasitet til å bære en nedside
 4. Avstemme kontraktsfordeling med funksjonsanalyse (steg 2 og 3)
 5. Hvis den parten som har påtatt seg risiko ikke aktivt kontrollerer denne, eller ikke har finansiell kapasitet til å bære risikoen, så skal risikoen omfordeles
 4. Transaksjonen (som korrekt nedtegnet) med riktig fordeling av risiko er klar til å prises
- Mange skjønnsmessige vurderinger.

II b Funksjonsanalysen - fordeling av risiko

- Påpekes at fordeling av risiko bør klargjøres i kontrakt – før den inntreffer. Hvis det er gjort, og stemmer med funksjonsanalysen, så kan ikke skattemyndighetene etterpå omfordele basert på faktisk markedsutvikling eller andre faktisk inntrådte risikohendelser.
- Prisen i seg selv er derimot ikke avgjørende for å konkludere på hvem som har risikoen. Må bruke stegene i funksjonsanalysen.

Kapital får fortsatt risikobasert avkastning *hvis* samme selskap styrer risikoen.
Captive – funksjonsanalyse.

III. Kjennetegn ved aktiva overført eller tjenester levert

- Kvalitet, holdbarhet osv. ved overførte aktiva er relevant når transaksjonens innhold skal klarlegges, og kanskje enda mer i steg to når sammenlignbare priser skal defineres.
- Det samme gjelder tjenestene; om de krever særlig innsikt, erfaring, spesialister osv.

IV. Økonomiske forhold knyttet til partene og markedet

- Samme aktiva eller tjeneste *kan* ha ulik pris i ulike markeder/land. Hvor markedsprisen er global/regional kan internprisen fastsettes samlet for mange land, ellers ikke.
- Betyr det at et globalt E&P selskap må selge tjenester rimelig til datterselskaper i land i Afrika og dyrt til Norge? Neppe, antakelig dekning langt på vei for å si at det er et globalt marked for så spesialiserte tjenester. Kan være annerledes for mer rutinemessige tjenester, men det synes nå dekket av den nye metoden for «low value added services».
- Tilnærminger á la Questor e.l. er ikke omtalt. *Hvis* det skulle være landvise forskjeller av betydning i pris, så må vel konsekvensen ved kostfordeling være at det *blir* dyrt i Norge. Synes vanskelig å bruke et argument om at det er dyrt i Norge til å hevde at det skal være billigere for selskaper i Norge. (se også par 1.142 i punkt D.6 location savings – skal bruke local comparables)

V. Forretningsstrategi

- Omtale av hvordan gå frem hvis selskap A forklarer at fortjenesten er lav ikke fordi selskap A betaler for mye til selskap B, men fordi produktet er midlertidig priset lavt for å kjøpe seg markedsandeler eller komme inn i nye markeder.
- En del av det å definere transaksjonen/sammenlignbarhet. Hvem som skal betale for markedstilgang avhenger bl.a. av hvem som vil nyte godt av oppsiden.

Punkt D.2 - Transaksjonen skal respekteres

- D.2 Recognition of the accurately delineated transaction.
 - Understreker at det at transaksjonen ikke ville funnet sted mellom uavhengige parter ikke betyr at den ikke skal legges til grunn innen et konsern.
 - The transaction as accurately delineated may be disregarded, and if appropriate, replaced by an alternative transaction, where the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner in comparable circumstances, thereby preventing determination of a price that would be acceptable to both of the parties taking into account their respective perspectives and the options realistically available to each of them at the time of entering into the transaction.
- Tilsvarende formulering som i TP GL 2010. Det gis to eksempler på svært søkte transaksjoner som illustrerer at dette unntaket fortsatt er snevert. Kan da legges til grunn det som burde ha vært avtalt.

Grensen klargjøring / restrukturering av faktum

- Jo lenger man går i å fravike avtalens ordlyd, jo nærmere kommer man å restrukturere avtalen? Forbudet mot restrukturering (annet enn i irrasjonelle tilfeller) blir mindre viktig?
- Nei, to forskjellige ting:
 - Delineation er å klargjøre den avtalte transaksjon.
 - Restrukturering er å se bort fra den klarlagte transaksjon, og i stedet legge til grunn det som burde ha vært avtalt.
- USA veldig tydelig på at det utelukkende er tale om en forbedret beskrivelse av hvordan man skal gå frem for å finne ut om avtalen etterleves. «The real deal».
(Michael McDonald, 15 March 2016)
- Oppstår likevel en usikkerhet om skattemyndighetene i alle land vil holde begrepene fra hverandre. Og det er ikke helt krystallklart, f.eks. skattekontoret sier for lite kapital til å bære risikoen, må e.m.m. være veldig klare tilfeller for å kunne «klargjøre» transaksjonen.
(Jens Wittendorff mener nye TP GL her går for langt, Tax Notes Jan 25, 2016 s. 335)

Fastsetting av faktum – ikke gjennomskjæring

- Delineation er en del av faktum fastsettelsen. Gjøres uten å se hen til lovgivers formål med en skatteregel eller andre vilkår for gjennomskjæring.
- Gjennomskjæring derimot er rettsanvendelse – beror på anvendelse av gjennomskjæringsregelen. Ref Zimmer i NOU 2016:15 bl.a. s. 20.
- Hvis kontrakten er etterlevet så skal den legges til grunn, med mindre vilkårene for gjennomskjæring er til stede (hvilket er en nasjonal rettsanvendelse så langt det ikke støter mot bestemmelser i skatteavtale).
- Delineation er å klarlegge faktum, ikke å legge til grunn et annet faktum.
- TPG GL 2010 par. 1.47, 1.48 og 1.52 flg. sier det samme, men mindre detaljert.
- § 13-1 = Art 9, Ikea dommen kan gi avklaringer for norsk syn.

Fastsetting av faktum – ikke gjennomskjæring

- For den som måtte mene at de nye TP GL er noe fundamentalt materielt nytt, ikke bare en forbedret prosessbeskrivelse for å klarlegge faktum men nye materielle skatteregler som via § 13-1 blir norsk rett: Omkamp uansett utfall i en eventuell HR dom i Ikea saken? *Kan* en gjennomskjæringsbestemmelse innføres i en prisingsbestemmelse via OECD uten lovvedtak? Hva mener FIN/OSK? Hva mener andre land?

Forholdet til MAP

- Forholdet til MAP: Dette er retningslinjer for anvendelse av artikkel 9. Slik klarlegging av faktum inngår derved i det som omfattes av MAP.
- Står ingenting om betydning av lovvalgsregler e.l. som antyder at et land skal ha «forrang» ifht. å klarlegge hva som er den faktiske transaksjon.
- TP GL beskriver en fremgangsmåte for klarlegging av faktum som er helt lik for alle landene som slutter seg til TP GL. Lovvalg kan i visse (sjeldne) tilfeller ha betydning for forståelsen av hva som er avtalt, men kontrakten skal uansett gjøres til gjenstand for delineation – klarlegging – basert på funksjonsanalyse, risikofordeling og håndtering osv.

Noen utfordringer

- Endringene sier ikke klart om de ER endringer, eller hvilke deler av de nye formuleringene som er tilsiktet å være endringer, samtidig blir de med ett slag del av skatteretten for en lang rekke land – alle OECD/G20, men antakelig mange flere.
- BEPS er en helhet. Kommer sammen med hard-to-value intangibles, profit split, LOB/PPT og nye nasjonale skatteregler. Ulike land vektlegger ulike faktorer og/eller har ulik forståelse. Kan bli langt flere tvister.
- MAP blir viktigere. Peer review av land som ikke løser MAP.
- 78% skatt, bra for alle hvis OSK mer enn noen gang bidrar aktivt til å forhindre dobbeltbeskatning.



Takk for oppmerksomheten!

Anders Heieren
+47 98294522
avh@adeb.no