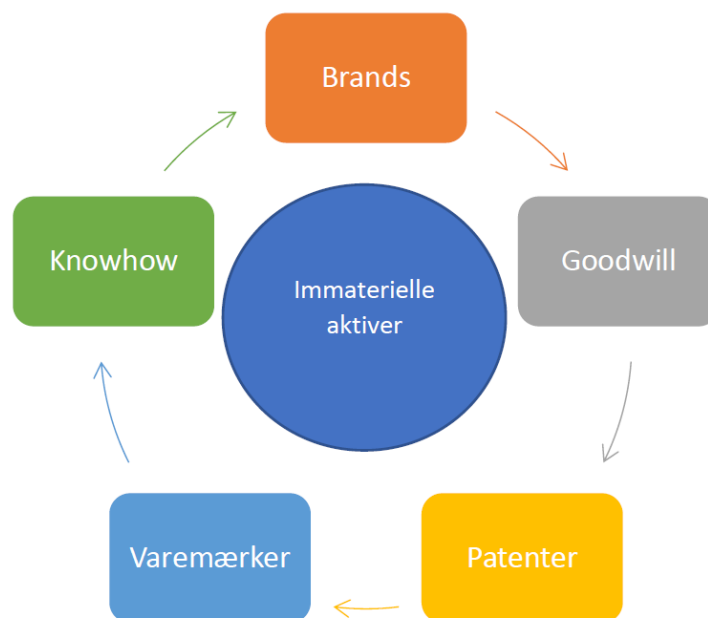


Transfer pricing

Løser DEMPE begrebet under TP Guidelines
1, 6 & 9 allokeringsproblematikken mellem
staterne?



HD (R) Afgangsprojekt

Navn:	Michael Villinger
Studie.nr.:	33872
Vejleder:	Erik Andresen
Afleveringsdato:	8. maj 2019
Tegn:	116098
Antal sider:	86

Indhold

1. Indledning	6
1.1. Problemformulering	8
1.2. Afgrænsning	9
1.3. Metode	10
1.3.1. Disposition for afgangsprjektet.....	11
1.3.2. Dataindsamling og kildekritik.....	12
2. OECD og armslængdeprincippet	12
2.1. OECD Modeloverenskomstens artikel 9.....	13
2.2. Armslængdeprincippet i dansk lovgivning	14
2.2.1. Interesseforbundne parter	14
2.2.2. Bestemmende indflydelse	14
2.2.3. Koncernforbundne juridiske personer	15
2.2.4. Opdatering af OECD Transfer Pricing Guidelines.....	15
2.3. Skattestyrelsens forvaltning af armslængdeprincippet	16
2.3.1. Rækkevidden af armslængdeprincippet efter dansk praksis.....	17
2.4. Delkonklusion	18
3. Immaterielle aktiver	19
3.1. Definition på immaterielle aktiver	19
3.1.1. Regnskabsmæssig definition på immaterielle aktiver	19
3.2. Dansk skatteretlig definition af immaterielle aktiver	20
3.3. TPGs definition af immaterielle aktiver	21
3.3.1. Kategorier af immaterielle aktiver	23
3.3.1.1. Markedsførings- og handelsmæssige aktiver	23
3.3.1.1.1. Definition af markedsføringsaktiver	23
3.3.1.1.2. Definition af handelsmæssige aktiver	24
3.3.1.2. Unikke og værdifulde immaterielle aktiver	24
3.4. HTVI	24
3.5. Skattemæssige konsekvenser ved flytning af immaterielle aktiver	26
3.6. Delkonklusion	27
4. Funktions- og risikoanalyse.....	28
4.1. Sammenlignelighedsanalysen	28
Den typiske proces ved sammenlignelighedsanalysen er at anvende 9 trins metoden, der er består af følgende trin:.....	28
4.2. Funktionsanalysen	29
4.2.1. Funktioner	29

4.3.	Risikoanalyse	31
4.3.1.	Trin 1 – Økonomiske risici ved transaktionen	32
4.3.2.	Trin 2 – Kontraktuelle risici	33
4.3.3.	Trin 3 – Hvem påtager sig og styrer risici	34
4.3.4.	Trin 4 – Substansanalyse	34
4.3.4.1.	Udøves der kontrol over risici.....	35
4.3.4.2.	TPG's definition af finansiell kapacitet	35
4.3.4.3.	Substanskriteriet.....	36
4.3.5.	Trin 5 – Allokering af risiko	37
4.3.6.	Trin 6 – Prissætning af den kontrollerede transaktion.....	37
4.3.6.1.	Eksempel med udviklingsrisici	37
4.3.6.2.	Produktionsrisici.....	39
4.3.6.3.	Cash Box selskab	41
4.4.	Prisfastsættelse	44
4.5.	Delkonklusion	45
5.	Koncernomstrukturering.....	47
5.1.	Forstå omstruktureringen.....	47
5.2.	Analyse af risici ved omstruktureringen.....	47
5.3.	Forretningsrationalet ved omstruktureringen.....	48
5.4.	Parternes realistiske alternativer til omstruktureringen	48
5.5.	Omfordeling af profit og risiko	49
5.6.	Overførsel af aktiviteter	50
5.7.	Overførsel af tabsgivende aktiviteter.....	50
5.8.	Delkonklusion	50
6.	Fordeling af indkomst fra immaterielle aktiver	51
6.1.	Profit split metoden.....	51
6.1.1.	Hvornår er metoden den mest brugbare?	51
6.1.1.1.	Unikke og værdifulde bidrag	52
6.1.1.2.	Højt integrerede transaktioner	52
6.1.1.3.	Fælles risici	53
6.2.	Metodetilgang.....	53
6.2.1.	Bidragsanalyse	54
6.2.2.	Residualanalysen	54
6.2.3.	Fordeling af systemprofitten.....	55
6.2.4.	Tillid til skatteydere interne data.....	55
6.3.	RACI matrixen	56

6.3.1.	Roller og ansvar.....	56
6.4.	Delkonklusion.....	58
7.	Afgørelser.....	59
7.1.	Kompensation for nedlukningsomkostninger, SKM2018.510.LSR.....	59
7.1.1.	Landsskatterettens afgørelse	60
7.1.2.	Bemærkninger til SKM2018.510.LSR	60
7.2.	SKM2019.207.LSR – Overdragelse af immaterielle aktiver.....	61
7.2.1.	Bemærkninger til SKM2019.207.LSR	62
7.3.	Delkonklusion	62
8.	Case	63
8.1.1.	DK koncernen	63
8.1.2.	DK koncernens struktur	63
8.1.3.	DK moder.....	64
8.1.4.	DK moders finansielle oplysninger	64
8.1.5.	DK koncernens produktionsselskab	64
8.1.6.	DK koncernens produktionsselskabs finansielle oplysninger	65
8.1.7.	DK koncernens forsknings- og udviklingsselskab	65
8.1.8.	DK koncernens forsknings- og udviklingsselskabs finansielle oplysninger.....	66
8.1.9.	DK koncernens salgsselskab	66
8.1.10.	DK koncernens salgsselskabers finansielle oplysninger	67
8.1.11.	DK koncernens immaterielle aktiver	67
8.1.12.	Funktions- og risikoanalyse	67
8.2.	Baggrund for omstrukturering, scenarie 1	68
8.2.1.	Scenarie 1 – Konvertering af en full-fledged enhed	69
8.2.1.1.	Analyse af konvertering af en full-fledged enhed.....	69
8.3.	Omstrukturering, scenarie 2.....	70
8.3.1.1.	Analyse af omstrukturering, scenarie 2	72
8.4.	Delkonklusion	76
9.	Konklusion	77
10.	Perspektivering	80
11.	Litteraturliste.....	82
11.1.	Artikler og lignende	82
11.2.	Bøger.....	82
11.3.	Afgørelser.....	83
11.4.	Internetadresser.....	83
11.5.	Bekendtgørelser og lovbekendtgørelser.....	84

11.6.	Rapporter og vejledninger.....	84
12.	Tabel og figuroversigt.....	85
13.	Ordliste.....	86

1. Indledning

Dette afgangsprøjsjekt foretager en analyse af den internationale retstilstand for så vidt angår specifik allokering af indkomst fra immaterielle aktiver, når disse aktiver anvendes i kontrollerede transaktioner mellem kontrollerede parter på tværs af skattejurisdiktioner.

Immaterielle aktiver, såsom patenter, varemærker, rettigheder mv. kan være en markant bidragsyder i multinationale virksomheders værdikæder, og er ofte meget værdifulde. Emnet er særdeles relevant, da markedsværdien af immaterielle aktiver hos de globale virksomheder får en større og større andel i forhold til markedsværdien. Ocean Tomo's foretog en markedsundersøgelse af S&P 500 virksomheder, der viser, at immaterielle aktivers andel udgjorde 17% af indeksets markedsværdi i 1975, men i perioden frem til 2015 viste udviklingen, at denne andel var steget til 84%¹.

Derudover er immaterielle aktiver ofte ikke begrænset af geografisk bevægelighed, og kan relativt nemt allokere rundt i multinationale virksomheder og anvendes på tværs af landegrænser. Denne fleksibilitet er, set fra et økonomisk perspektiv, en fordel, og i tillæg får multinationale virksomheder mulighed for at lave en vis skatteplanlægning. Set fra de lokale skattejurisdiktioners perspektiv er flytningen af værdifulde immaterielle aktiver, enten som aktiver eller udnyttelse af disse, et problematisk forhold, der reguleres af OECDs transfer pricing regler og national lovgivning. De enkelte staters skattebaser er blevet udhulet, da daværende regelsæt med fokus på det juridiske ejerskab har haft svært ved at beskutte den nye verden med nytænkte virksomhedsmodeller, "tax havens", ændrede indtjeningsmønstre, disruption, digitalisering og øget globalisering, som fx Google og Apple².

Samtidig har den øgede samhandel mellem staterne og opblomstringen af nye digitale handelsplatforme, ændret forbrugernes adfærd. Tænk f.eks. på en virksomhed som Blockbuster, der tidligere var en af verdens største udlejere af videospil og film med fysiske butikker i enhver større dansk by. I dag har Blockbuster ikke en eneste fysisk butik i landet, men til gengæld findes der tusindvis af konkurrenter via internettet, hvorfra film og videospil kan streames hvert øjeblik. Som konsekvens, er udlejernes kundebaser vokset

¹ <http://www.oceantomo.com/intangible-asset-market-value-study/>, anvendt den 5.2.2019

² Intellectual Property Box Regimes (October 2015), European Parliament, Author Lisa Katerina Evers, Mannheim University

signifikant, fra tidligere at være begrænset til den fysiske forretnings nærområde, til nu at være blevet regionale eller globale spillere på mediemarkedet.

Omsætningen fra fysiske butikker er så at sige flyttet til digitale supermarkeder, der kan placeres hvor som helst i verden, mens omsætningen, der tidligere lå hos de lokale butikker, alt andet lige er forduftet. Dette er naturligvis et problem for de involverede staters skattebaser, der får udhulet deres skattebase.

På et G20 møde i 2013 bliver de første skridt taget til et storstilet projekt i byen St. Petersburg³. Projektet, der arbejdes på, hedder Base Erosion and Profit Shifting, i folkemunde omtalt som BEPS. Planen med BEPS er at udvikle initiativer, som skal modvirke multinationale koncerners skattespekulation, og særligt skatteundgåelse i de enkelte stater. Forud for projektet går år med historier i pressen, hvor hemmelige skatteaftaler med enkeltstater afsløres, og hvor andre stater, og ikke mindst konkurrenter, forarges. Rundt om i verden tages der afstand fra disse aftaler, hvor virksomheder med meget værdifulde immaterielle aktiver har kunnet forhandle sig frem til lukrative skattesatser tæt mod nul procent, mod til gengæld at sikre de pågældende stater arbejdspladser og investeringer.

Set fra et forretningsmæssigt perspektiv er det ikke fair konkurrencevilkår, når nogle virksomheder har fordele, som andre virksomheder ikke har. Et andet problem, set fra et statsligt perspektiv, der opleves, er udhuling af statskasserne. For at imødegå disse uhensigtsmæssigheder, bliver BEPS projektets byggesten lagt, og det nye sort er ordet gennemsigthed. BEPS-projektet omhandler 15 fokusområder, hvoraf de mest centrale områder inden for transfer pricing området er OECD action planerne nr. 8-10 og 14.

I 2017-udgaven af modeloverenskomsten er traktatrelaterede foranstaltninger introduceret, som følge af BEPS projektets aktion 2⁴, 6⁵, 7⁶ og 14⁷. Disse elementer vil blive implementeret via det multilaterale instrument "MLI'en"⁸, hvorigennem de eksisterende

³ <http://www.oecd.org/tax/tax-global/report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf>, d. 5.1.2019

⁴ Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements

⁵ Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances

⁶ Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status

⁷ Making Dispute Resolution More Effective

⁸ OECD BEPS action 15

bilaterale dobbeltbeskatningsoverenskomster søges opdateret ved staternes tiltrædelse af MLI'en. I skrivende stund har 87 stater tiltrådt MLI'en⁹.

OECD har offentliggjort en undersøgelse af udviklingen i MAP-sager i 2017, som viste, at der har været en stigning i antallet af MAP¹⁰-sager på 1,1 % hos de 85 rapporterende lande, fra 4.675 sager ved starten af året til 4.727 ved udgangen af 2017. Tilsvarende oplevede Danmark i samme periode en stigning på 5,0 %, fra 140 sager ved starten af året til 147 ved udgangen af 2017¹¹. I SKATs seneste Transfer pricing redegørelse for 2017 fremgår det, at der er gennemført transfer pricing-forhøjelser i 153 kontroller på i alt DKK 6,1 mia.; der er gennemført 39 nedsættelser på samlet DKK 3,3 mia. efter anmodning fra virksomheder, der ønsker ophævelse af dobbeltbeskatning eller ændring af tidligere danske forhøjelser. Desuden var der 27 verserende APA¹²-sager, og der blev afsluttet 6 APA-sager i 2017¹³.

1.1. Problemformulering

Med udgangspunkt i allokeringsproblemstillinger, som omtalt i indledningen, vil afgangsprojektet forsøge at afdække, hvorvidt der med BEPS og revisionen af TPG's¹⁴, herunder DEMPE¹⁵ begrebet, er blevet løst beskatningsaspekterne og allokeringen af indkomst fra immaterielle aktiver mellem de mellemfolkelige stater.

For at undersøge problemstillingen nærmere, er afgangsprojektet bygget op omkring både en teoretisk del og en praktisk del. Den teoretiske del vil analysere OECDs armslængdeprincippet i dansk og international kontekst. I den praktiske del af afgangsprojektet tages udgangspunkt i en egenudviklet case, hvor regelsættet afprøves i praksis.

Den teoretiske analyse vil have sit primære udgangspunkt i TPG 1 om armslængdeprincippet, TPG 6 om immaterielle aktiver, og TPG 9 vedrørende omstruktureringer.

⁹ <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>, anvendt pr. 5. februar 2019

¹⁰ Mutual Agreement Procedures

¹¹ <http://www.oecd.org/tax/dispute/mutual-agreement-procedure-statistics-2017-per-jurisdiction-transfer-pricing.htm>, anvendt den 26. marts 2019

¹² The Advance Pricing Agreement program

¹³ <https://www.ft.dk/samling/20171/almdel/SAU/bilag/273/1936715.pdf>, anvendt den 26. marts 2019

¹⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines for multinational Enterprises and Tax Administrations (version 2017)

¹⁵ Development, Enhancement, Maintenance, Protection, Exploitation (DEMPE)

For at besvare spørgsmålet – Fik BEPS løst problemet med at allokere indkomst fra værdifulde immaterielle aktiver til de enheder, der har ydet værdiskabende bidrag? - er nedenstående underspørgsmål udformet:

- Hvad er armslængdeprincippet, og hvordan anvendes det i Danmark og internationalt?
- Hvordan defineres et immaterielt aktiv, og kan et immaterielt aktiv frit benyttes af andre koncernmedlemmer uden skattemæssige konsekvenser?
- Hvordan identificeres risici ved en transaktion, og allokeres disse i forhold til armslængdeprincippet?
- Er der nogle betænkeligheder når systemprofitten fra integrerede immaterielle transaktioner fordeles mellem kontrollerede parter efter profit split metoden?
- Hvad er afgørende for, at et immaterielt aktiv anses for afstået?
- Profit fra immaterielle aktiver skal som udgangspunkt beskattes der, hvor den er skabt, men er det muligt at manipulere indkomstallokeringen?

1.2. Afgrænsning

I dette afsnit redegøres for udvalgte afgrænsninger i forhold til besvarelsen af problemformuleringen.

Afgangsprojektet tager afsæt i behandlingen af transfer pricing efter dansk og international skatteret, hvori flere af BEPS-projektets tiltag nu bliver implementeret i national lovgivning. Dog vil afgangprojektet kun behandle almindelige selskaber, der ejes og kontrolleres 100 procent.

Det forventes, at læseren har et elementært kendskab til transfer pricing generelt og i særdeleshed til prisfastsættelsesmetoderne omtalt i OECD guidelines kapital 2, de fem sammenlignelighedsfaktorer i TPG 1.36.

Derudover omfatter afgangprojektet ikke følgende emner:

- Serviceydelser, CCA'er, finansielle transaktioner, samt faste driftssteder
- Dokumentationskrav og land for land-rapporteringspligt
- Løsning og forhandling af dobbeltbeskatning (MAP)
- Bilaterale og multilaterale aftaler (APA)

- ICAP, ATAD (Anti-Tax Avoidance Directive)
- Tynd kapitalisering og finansielle transaktioner
- Grundloven, EU-ret og diskriminering mv.
- Anden selskabsbeskatning, kulbrintebeskatning, personbeskatning mv.

Beregninger og opgørelser i afgangsprøjet vil ikke tage højde for skattemæssige afskrivningsfordele¹⁶.

Afgangsprøjet indeholder ikke data eller materiale, som er udkommet efter 22. april 2019.

1.3. Metode

Dette afsnit afdækker afgangsprøjets overordnede metodologiske overvejelser, som er anvendt i forbindelse med besvarelse af problemformuleringen, herunder udarbejdelse af disposition, indsamling af data, samt kildekritik. Afgangsprøjets problemformulering søges besvaret ved hjælp af retsdogmatisk metode som analytisk redskab, hvormed der indtages et objektivt synspunkt i forhold til analysen af gældende retskilder mm.

”Retsdogmatisk fortolkning omfatter den juridiske metode ved hjælp af hvilken, retskilderne analyseres og anvendes. Således forstås ved retsdogmatisk fortolkning den anvendelse af de tilstedeværende retskilder, som domstolene og enhver anden, der er blevet forelagt et juridisk problem, følger. For at en retsdogmatisk analyse kan anses for valid eller rigtig, må og skal den juridiske metode følges. Dette sikres ved at foretage analysen af det juridiske problem ud fra den samme metode som andre jurister følger. Derfor anbefales det for enhver, som foretager en juridisk analyse, at analysen af retskilderne gennemføres i en bestemt rækkefølge, således at analysen påbegyndes i retskilden >>reguleringen<<, derefter >>retspraksis<<, så >>retssædvaner<<, og til sidst >>forholdets natur<<”¹⁷.

For at følge anvisningen, starter analysen med at tage udgangspunkt i lovgivningen, det vil sige OECD’s Modeloverenskomst artikel 9 og de nye præciseringer til TPG’s. Derudover undersøges og analyseres gældende retspraksis, og til sidst foretages der en analyse af, hvor reglerne kan anvendes i praksis.

¹⁶ Tax amortisation benefit (TAB)

¹⁷ Se Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, Retskilder & Retsteorier, side 32

På trods af, at TPG må betragtes som "soft law", og at reglerne ikke retligt kan gøres til genstand mod stater, må TPG's alligevel vægtes relativt højt, da Danmark som OECD-medlemsland både har deltaget i udformning af OECD's TPG, og tiltrådt de senest ændringer og traktater. Disse regler er implementeret og anvendes i samspil med de danske skatteregler, og samtidig findes voldgift instituttet inden for EU-området. Hvilket betyder, at virksomheder, der opfylder betingelserne for at få deres sag prøvet ved voldgift instituttet, har et retskrav på at få løst deres dobbeltbeskatningssituation.

Afgangsprojektets struktur beskrives i nedenstående afsnit.

1.3.1. Disposition for afgangprojektet

Indledning
Metode
OECD og armslængdeprincippet
Immaterielle aktiver
Funktions- og risikoanalyse
Omstrukturering
Fordeling af indkomst fra immaterielle aktiver
Afgørelser
Case
Konklusion
Perspektivering

1.3.2. Dataindsamling og kildekritik

For at svare på afgangsprøjetets problemstilling og underspørgsmål, har forfatteren blandt andet anvendt retskilder, forarbejder, soft law samt vejledninger. Derudover er der anvendt en række artikler og faglitteratur, primært om emnet transfer pricing. Forfatteren til dette afgangsprøjet har taget kritisk stilling til skribenternes eventuelle subjektive holdninger, eksempler eller deres fortolkning af regelsæt mv.

I afgangsprøjet anvendes citater fra afsnit i Skattestyrelsens juridiske vejledning, og udvalgte afgørelser fra forskellige retsinstanser gennemgås. Hvad angår afsnit og afgørelser, er der ikke taget kritisk stilling til disse, da disse bidrag vurderes at være valide og troværdige, og dækker over gældende dansk ret for det afgrænsede område.

2. OECD og armslængdeprincippet

Dette afsnit omhandler armslængdeprincippet i international og dansk kontekst. Afsnittet dækker over tre dele, hvor første del beskriver OECD Modeloverenskomstens artikel 9, anden del beskriver implementering af armslængdeprincippet i dansk lovgivning, og sidste del beskriver skattestyrelsens administrative forvaltning af regelsættet.

2.1. OECD Modeloverenskomstens artikel 9

OECD Modeloverenskomsten er en model eller ramme, der anvendes som grundlag for indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster mellem staterne. Modeloverenskomsten er med til at modvirke skattemæssige handels- og investeringshindringer i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner, herunder at skabe ensartethed inden for international beskatning.

De danske dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholder normalt en artikel om transfer pricing, svarende til artikel 9 i OECD's modeloverenskomst¹⁸.

Modeloverenskomstens artikel 9 omhandler armslængdeprincippet, der principielt dikterer, at koncernforbundne parter skal handle som uafhængige, hvilket vil sige, at der handles på markedsvilkår.

OECD Modeloverenskomstens artikel 9 har følgende ordlyd:

"I tilfælde, hvor

- 1. et foretagende i en af de kontraherende stater direkte eller indirekte deltager i ledelsen, kontrollen eller finansieringen af et foretagende i den anden kontraherende stat, eller*
- 2. samme personer direkte eller indirekte deltager i ledelsen, kontrollen eller finansieringen af såvel et foretagende i den ene af de kontraherende stater som et foretagende i den anden kontraherende stat,*

og der i nogle af disse tilfælde mellem de to foretagender er aftalt eller fastsat vilkår vedrørende deres kommercielle eller finansielle forbindelser, som afviger fra de vilkår, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender, kan enhver fortjeneste, som, hvis disse vilkår ikke havde foreligget, ville være tilfaldet et af disse foretagender, medregnes til dette foretagendes fortjeneste og beskattes i overensstemmelse hermed.

¹⁸ Se Wittendorff Jens, Transfer Pricing, 2. udgave, side 40

Hvor en kontraherende stat til et foretagendes fortjeneste i denne stat henregner - og beskatter i overensstemmelse hermed - fortjenester, af hvilke et foretagende i den anden kontraherende stat er blevet beskattet i denne anden stat, og disse fortjenester ville have tilfaldet foretagendet i den førstnævnte stat, hvis vilkårene, der var aftalt mellem de to foretagender, havde været sådanne, som ville have været aftalt mellem uafhængige foretagender, så skal den anden stat foretage en passende regulering af den skat, der er beregnet af disse fortjenester. Ved ansættelse af sådan regulering skal der tages hensyn til de øvrige bestemmelser i denne konvention, og de kompetente myndigheder i de kontraherende stater skal om nødvendigt træde i kontakt med hinanden”¹⁹.

2.2. Armslængdeprincippet i dansk lovgivning

I ligningslovens § 2 fremgår det, at skattepligtige ved opgørelsen af den skatte- eller udlodningspligtige indkomst skal anvende priser og vilkår for handelsmæssige eller økonomiske transaktioner mellem interesseforbundne parter, såkaldt kontrollerede transaktioner, som var transaktionerne afsluttet mellem uafhængige parter.

2.2.1. Interesseforbundne parter

Interesseforbundne parter i selskabsform er ifølge Ligningslovens § 2, stk. 1

”Skattepligtige,

- 1) *hvorover fysiske eller juridiske personer udøver en bestemmende indflydelse,*
- 2) *der udøver en bestemmende indflydelse over juridiske personer,*
- 3) *der er koncernforbundet med en juridisk person,...*”

2.2.2. Bestemmende indflydelse

I Ligningslovens § 2, stk. 2 anføres det blandt andet, at bestemmende indflydelse skal forstås som enten ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen, eller rådes over mere end 50 pct. af stemmerne. Ved bedømmelse af bestemmende indflydelse skal ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af koncernselskaber, nærtstående m.v. medregnes,

¹⁹ Se OECD's Modeloverenskomst 2017

samt ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem selskabsdeltageren har en aftale om fælles bestemmende indflydelse²⁰.

Byretten gør blandt andet gældende i en dom fra 2017²¹, at i spørgsmål om, hvorvidt der foreligger fælles bestemmelse, skal det bero på en konkret vurdering af aftalegrundlaget, hvor følgende forhold kan have betydning: *"Fælles råden over flertallet af stemmerettigheder, fælles udnævnelse eller afsættelse af et flertal af medlemmerne i selskabets øverste ledelsesorgan, eller fælles bestemmende indflydelse over selskabets driftsmæssige og finansielle ledelse. Endvidere fremgår det, at en aktionæroverenskomst ikke i sig selv vil være nok til at fastslå, at der er indgået aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse"*, jævnfør Rettens begrundelse og afgørelse.

I afhandlingen behandles emnet ikke yderligere, jf. afgrænsningen.

2.2.3. Koncernforbundne juridiske personer

I ligningslovens § 2, stk. 3 er koncernforbundne juridiske personer defineret på følgende vis: *"Ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, hvor samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse, eller hvor der er fælles ledelse"*.

2.2.4. Opdatering af OECD Transfer Pricing Guidelines

Vejledningen til modeloverenskomstens artikel 9 og ligningslovens § 2 armslængdeprincip findes i OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, udgivet juli 2017. Første version af TPG blev udgivet allerede i 1995, den version har senere gennemgået en række opdateringer, og revisioner af enkelte afsnit. I forhold til emnet immaterielle aktiver, havde arbejdet under BEPS actions 8-10 et hovedformål, nemlig at skabe bedre sammenhæng mellem afkastet på immaterielle aktiver, i forhold til, hvem der bidrog til selve værdiskabelsen²².

²⁰ Se Ligningslovens § 2, stk. 2

²¹ Se SKM2017.599.BR (anket til Østre Landsret)

²² OECD/G20 BEPS, Aligning Transfer Pricing Outcomes with value creation, Actions 8-10: 2015 Final Report, side 9

Denne seneste reviderede version af TPG's har dog været den mest omfattende til dato, hvori det økonomiske ejerskab for første gang introduceres til skade for det juridiske ejerskabsbegreb, i forhold til allokeringen af indtægter fra immaterielle aktiver. Et nyt DEMPE begreb ser dagens lys, der skal anvendes fordelingsredskab, når indtægter efter det økonomiske ejerskabsbegreb allokeres mellem koncernselskaberne, i forhold til deres ydede bidrag i form af funktioner, anvendte aktiver eller påtagede risici.

2.3. Skattestyrelsens forvaltning af armslængdeprincippet

Skattestyrelsen skriver blandt andet om armslængdeprincippet, at *"når transaktioner foretages på det frie marked (mellem uafhængige parter), regulerer markedskræfter de priser og vilkår, der fastsættes af parterne.*

Markedskræfter kan kort beskrives som de modgående interesser, der former og bestemmer pris- og vilkårsfastlæggelsen, når to uafhængige parter indgår en aftale. En markedspris er således den pris, der aftales, når sælger ønsker at sælge til den højst mulige pris, og køber ønsker at købe til den lavest mulige pris.

Herudover har økonomiske betingelser som parternes forhandlingsposition, realistisk tilgængelige alternativer, omkostninger og fordele ved transaktionen mv. indflydelse på de transaktioner, der sker mellem uafhængige parter samt priser og vilkår for disse.

Når parterne i en transaktion er indbyrdes forbundne, sættes de almindelige markeds mekanismer ud af kraft.

To selskaber i samme koncern ønsker ikke nødvendigvis at sælge dyrt eller købe billigt, når de handler med hinanden, og de faktorer, der normalt har indflydelse på de priser og vilkår, der fastsættes mellem uafhængige parter, mister betydningen, når parternes interesser er sammenfaldende.

Koncernspecifikke incitamenter, herunder afgift-, told- og skatteoptimeringshensyn, kan også have indvirkning på vilkårsfastsættelsen mellem forbundne parter.

De priser og vilkår, der fastsættes i en aftale mellem koncernforbundne parter, kan derfor ikke forudsættes at være i overensstemmelse med de priser og vilkår, der under samme omstændigheder ville være blevet fastsat af uafhængige parter.

For blandt andet at sikre en ensartet beskatning af transaktioner mellem kontrollerede (forbundne) parter og uafhængige parter, skal priser og vilkår for kontrollerede transaktioner fastsættes i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

Armslængde-princippet bygger på en hypotetisk "separate entity" tilgang, hvorved forstås, at de kontrollerede (forbundne) parter ved transaktioner med hinanden skal handle, som var de uafhængige.

Anvendelsen af armslængdeprincippet består i at identificere, fastlægge og anerkende den kontrollerede transaktion og på den baggrund sammenholde og eventuelt erstatte de anvendte priser og vilkår, efter hvilke transaktionen er blevet gennemført, med de armslængdepriser og -vilkår, der antages at ville være blevet aftalt, hvis samme transaktion under samme omstændigheder havde fundet sted mellem uafhængige parter, og så opgøre den skattepligtige indkomst i overensstemmelse hermed.

Ved identificering, fastlæggelse og anerkendelsen af en kontrolleret transaktion skal to grundlæggende betingelser være opfyldt; transaktionen skal stille parterne bedre end før transaktionen, og transaktionen skal være bedre end parternes realistisk tilgængelige alternativer til transaktionen"²³.

2.3.1. Rækkevidden af armslængdeprincippet efter dansk praksis
Skattestyrelsen anfører i den juridiske vejledning²⁴, at "rækkevidden eller betydningen af armslængdeprincippet i LL § 2, stk. 1, ikke er ændret ved opdateringen af kapitlerne i TPG. Der er i stedet tale om en præcisering og uddybning af armslængdeprincippet og den måde, hvorpå princippet anvendes i praksis.

I OECD arbejdes der på et helt nyt kapitel om finansielle transaktioner, som forventes at være færdigt i 2019."

²³ Se Den juridiske vejledning 2019-1, afsnit C.D.11.2.1.2. Hvorfor bruges armslængdeprincippet

²⁴ Se Den juridiske vejledning 2019-1, afsnit C.D.11.2.1.1. Armslængdeprincippet og Transfer Pricing Guidelines

2.4. Delkonklusion

Det konkluderes, at armslængdeprincippet ikke er blevet ændret ved den seneste opdatering af kapitlerne i TPG, hvilket Skattestyrelsen klart anfører; *"Der er i stedet tale om en præcisering og uddybning af armslængdeprincippet og den måde, hvorpå princippet anvendes i praksis."*

Det gælder stadig, at priser og vilkår ved kontrollerede transaktioner skal fastsættes i overensstemmelse med armslængdeprincippet, hvilket svarer til at fastsætte priserne til markedspris.

Udgangspunktet ved armslængdevurderingen af en kontrolleret transaktion, er at have en separate entity-tilgang, således at hver koncernenhed kunstigt anses som værende uafhængig. Den kontrollerede transaktion skal herefter identificeres, fastlægges, og anerkendes, som den er blevet aftalt. Skattestyrelsen opstiller to betingelser:

- Parterne skal være bedre stillet end før gennemførslen af transaktionen
- Gennemførslen af transaktionen er bedre end realistiske alternativer

Med TPG's introduktion af det økonomiske ejerskabsbegreb, er der sket et skifte i måden, hvorpå allokeringen af indtægter fra immaterielle aktiver skete før og nu. Skiftet ses som et paradoks i forhold til den gamle læresætning om, at civilretten styrer skatteretten, idet der nu lægges mere vægt på økonomiske omstændigheder, og mindre vægt på juridiske aftaler.

3. Immaterielle aktiver

I dette kapitel vil forfatteren kort analysere, hvad der ligger i begrebet immaterielle aktiver. Første afsnit undersøger begrebet regnskabsmæssigt. Andet afsnit ser på Danmarks skatteretlige definition. I afsnit 3 ses der på TPG's definition af et immaterielt aktiv, og forskellige kategorier af immaterielle aktiver. I afsnit 4 gennemgås de særlige HTVI, der omfatter immaterielle aktiver, der er særligt vanskelige at prisfastsætte, og i afsnit 5 ses der på beskatning ved flytning af immaterielle aktiver.

3.1. Definition på immaterielle aktiver

3.1.1. Regnskabsmæssig definition på immaterielle aktiver

Årsregnskabsloven indeholder ingen definition på immaterielle aktiver. Efter praksis anvendes IAS 38²⁵, heri skal et immaterielt aktiv være identificerbart, ikke monetært og uden fysisk substans. For at et immaterielt aktiv er identificerbart, fordrer det, at det enten kan sælges uafhængigt af andre aktiver i virksomheden, eller at der er tale om kontraktmæssige eller juridiske rettigheder, som eksempelvis patenter, rettigheder eller licenser mm.

I lærebogen Finansiell Rapportering ses denne oversigt over aktiver, der kan og ikke kan aktiveres:

Kan aktiveres:

- Erhvervede varemærker
- Erhvervede udgivelsestitler
- Software
- Patenter og rettigheder
- Udviklingsprojekter
 - o Produktionsforskrifter
 - o Formler
 - o Modeller
 - o Design
 - o Prototyper

Kan ikke aktiveres:

- Internt oparbejdede varemærker
- Internt oparbejdede kundelister, markedsandele, kundeloyalitet
- Internt oparbejdede udgivelsestitler
- Internt oparbejdede goodwill
- Reklame- og markedsføringsaktiviteter
- Uddannelse/oplæring af personale
- Flytning (relocation) af hele dele af virksomheden
- Forskningsomkostninger
- Opstart/etablering

Kilde: Jens O. Elling, Finansiell Rapportering - teori og regulering, side 233

²⁵ International Accounting Standards

Nogle immaterielle aktiver kan være integreret i materielle aktiver. I sådanne tilfælde vil der skulle foretages en skønsmæssig vurdering af, om aktivet primært er et materielt eller immaterielt aktiv²⁶.

Det er klart, at når nogle typer af immaterielle aktiver ikke kan aktiveres, fungerer matching princippet ikke, da der ikke er en aktivitetsmæssig sammenhæng mellem indtægter og udgifter i resultatopgørelsen.

3.2. Dansk skatteretlig definition af immaterielle aktiver

Afskrivningslovens § 40 indeholder ikke en klar definition af et immaterielt aktiv, men sammenholdt med afskrivningslovens § 1, må det være aktiver, der benyttes erhvervsmæssigt af den skattepligtige. Afskrivningslovens § 40 nævner følgende aktivtyper positivt:

Goodwill, fremstillingsmetode eller lignende (knowhow), patentret, forfatter- og kunstnerret, mønsterrettigheder, varemærke, udbytte-, forpagtnings- eller lejekontrakt.

Skattestyrelsen skriver i den juridiske vejledning afsnit C.D.11.6.1. *"I Danmark beskattes overdragelser af immaterielle aktiver efter afskrivningslovens § 40, samt ligningslovens § 2 og statsskattelovens §§ 4-6. Afskrivningslovens § 40 har - som kapitel VI i TPG - et vidt anvendelsesområde, og bestemmelsen indeholder en ikke-udtømmende opregning af, hvilke immaterielle aktiver, der må anses for omfattet af bestemmelsen.*

Har et dansk selskab eksempelvis ejerskab til et immaterielt aktiv, kan overdragelse af rettigheder i relation til dette immaterielle aktiv udløse en beskatning, fx overdragelse af adgangen til videreudvikling af det immaterielle aktiv eller servicering af gamle eller nye kunder.

Øvrige ændringer, herunder en ændring af fordelingen af funktioner og risici mellem koncernselskaber, som indebærer en ændring af den løbende indtjening i Danmark kan også udløse en beskatning, hvis der herved overdrages et aktiv. Dette skal angives i oplysningsskemaet for det pågældende indkomstår (se nærmere herom i afsnit C.D.11.12 om oplysningspligten), og i transfer pricing dokumentationen, nærmere beskrevet i afsnit C.D.11.13 om transfer pricing dokumentationspligten og land-for-land rapporteringen. Ved

²⁶ Se Regnskabshåndbogen 2019 fra PWC, afsnit 4.2.1 Definition

en flytning af funktioner og risici, hvor aktivet bliver i Danmark, skal der også foretages en vurdering af aktivet, med henblik på at fastsætte den efterfølgende indtjening i Danmark. De - i Danmark – tidligere udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici skal fortsat honoreres.

I situationer, hvor en virksomheds aktivitet overdrages til et eller flere koncernforbundne selskaber uden for Danmark, kan der eventuelt tillige udløses en fraflytningsbeskatning. Det kan være enten ved at aktiviteten i et fast driftssted helt ophører, eller ved at aktiviteten i et selskab flyttes ud, hvorved selskabet bliver hjemmehørende i udlandet.”

Skattestyrelsen gør det altså klart, at definitionen af et immaterielt aktiv skal fortolkes bredt og ikke som en udtømmende liste.

3.3. TPGs definition af immaterielle aktiver

TPG's kapital 6 er dedikeret til at give særlig vejledning om, hvordan armslængdeprincippet skal håndteres i forhold til kontrollerede transaktioner, der involverer immaterielle aktiver. I det omfang, der overføres økonomisk værdi mellem kontrollerede parter, men hvor denne værdi ikke er omfattet af TPGs definition af et immaterielt aktiv, skal det alligevel medtages i armslængdevurderingen og selve prisfastsættelsen mellem parterne²⁷.

TPG definerer, at når ordet "immaterielle" anvendes skal det forstås som:

- Noget der ikke er et fysisk eller finansielt aktiv, og
- Det skal være muligt at eje og kontrollere i forhold til en kommerciel aktivitet, og
- Brug eller overførsel af aktivet ville blive kompenseret i en uafhængig transaktion under tilsvarende omstændigheder.

Regnskabsmæssige eller juridiske aspekter skal ikke tillægges større betydning, i stedet bør der ses på, hvilke aftalevilkår der ville være aftalt mellem uafhængige i lignende transaktioner²⁸.

Immaterielle aktiver, der er signifikante, er ikke nødvendigvis medtaget regnskabsmæssigt, f.eks. udgiftsføres forsknings- og udviklingsomkostninger og de

²⁷ Se TPG 6.2

²⁸ Se TPG 6.6

fremgår derfor ikke af balancen. Alligevel kan den type omkostninger resultere i skabelsen af meget værdifulde immaterielle aktiver, der kan udnyttes kommercielt til skabe massive pengestrømme²⁹. Det modsatte kan selvfølgelig ske, fx hvis der afholdes omkostninger til forskning og udvikling, eller markedsføring, der ikke giver til det forventede afkast³⁰.

Beskyttelse af det immaterielle aktiv kan have betydning for aktivets værdi, men der stilles ikke krav om, at et immaterielt aktiv skal være beskyttet for at blive karakteriseret som et³¹.

Et vigtigt element er at skelne mellem markedsforhold og lokale markedsomstændigheder. Det lokale marked har komponenter som; højt antal husstande med høj disponibel indkomst, størrelse på markedet, eller markedets konkurrenceevne. Disse lokale markedskomponenter kan hverken ejes eller kontrolleres³², og er per definition ikke et immaterielt aktiv.

Et andet element er immaterielle aktiver, der indgår i produkter eller tjenester, hvor det er vanskeligt at udskille aktivets bidrag. Her skal det analyseres, hvor stort eller lille det immaterielle aktivs bidrag har været i den samlede værdikæde. Samtidig skal det bemærkes, at der er forskel på immaterielle aktiver, nogle er unikke og værdifulde, mens andre anses som almindelige og noget som de sammenlignelige konkurrenter ligeledes besidder³³.

I transfer pricing analyser, der berører Immaterielle aktiver, bør det identificeres i funktionsanalysen, hvad det specifikt er, det immaterielle aktiv bidrager med i den kontrollerede transaktions værdikæde. F.eks. hvor skabes værdien, hvor udføres de vigtige og værdifulde funktioner, eller hvem har påtaget sig risici i sammenhæng med (DEMPE), det vil sige udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse af det immaterielle aktiv, eller skabes værdien i interaktion med andre immaterielle aktiver i forhold til virksomhedens drift, eller en kombination af flere³⁴.

²⁹ Se TPG 6.7

³⁰ Se TPG 6.11

³¹ Se TPG 6.8

³² Se TPG 6.9

³³ Se TPG 6.10

³⁴ Se TPG 6.12

3.3.1. Kategorier af immaterielle aktiver

Immaterielle aktiver kan under tiden optræde med forskellige navne og etiketter. Samtidig sondres der mellem handels- og markedsføringsimmaterielle aktiver, mellem bløde og hårde immaterielle aktiver, mellem rutine og ikke-rutinemæssige immaterielle aktiver, samt andre klasser og kategorier.

I TPGs tilgang til prisfastsættelsen er det ikke nødvendigvis vigtigt at forsøge at finde en præcis kategori eller etikette for det immaterielle aktiv³⁵.

3.3.1.1. Markedsførings- og handelsmæssige aktiver

Særligt to grupper af kategorier, er ofte diskussionsemner i forbindelse med transfer pricing problemstillinger vedrørende immaterielle aktiver; det er kategorierne markedsførings- og handelsmæssige aktiver. TPGs præciserer, at disse kategorier ikke skal forstås som generiske referencer, og dermed vil det stadig være nødvendigt at foretage en transfer pricing analyse af både skatteydere og skattemyndigheder for at undersøge de immaterielle aktivers detaljer nærmere³⁶.

3.3.1.1.1. Definition af markedsføringsaktiver

I TPGs ordliste³⁷ defineres markedsføringsaktiver som:

Et immaterielt aktiv, jf. TPGs definition, der bruges til markedsføringsaktiviteter, som eksempelvis kan være:

- Hjælpemidler til kommerciel udnyttelse af varer eller services, eller som har salgsfremmende værdi for produktet eller servicen.
- Afhængig af sammenhængen kan det ligeledes omfatte varemærker, handelsnavne, kundelister, kunderelationer, egne markeds- og kundedata, der anvendes eller bruges som hjælpemidler i markedsføring og salg af varer eller tjenesteydelser.

Bemærk at ovenstående ikke er en udtømmende liste.

³⁵ Se TPG 6.15

³⁶ Se TPG 6.16

³⁷ Se TPG, side 27 nederst – "Marketing intangible"

3.3.1.1.2. Definition af handelsmæssige aktiver

I TPGs ordliste³⁸ defineres handelsmæssige aktiver som andre immaterielle aktiver end markedsføringsaktiver.

3.3.1.2. Unikke og værdifulde immaterielle aktiver

Når TPGs henviser til "unikke" eller "værdifulde" immaterielle aktiver, skal det forstås som:

- (i) Ikke sammenlignelig med immaterielle aktiver, brugt af eller til rådighed for parter i mulige sammenlignelige transaktioner, og
- (ii) de der er anvendt i virksomhedens drift (fx produktion, tjenesteydelser, markedsføring, salg eller administration), hvis der forventes større fremtidigt afkast end hvis disse ikke indgik i driften³⁹.

3.4. HTVI

Nogle immaterielle aktiver er utroligt svære at prisfastsætte, disse aktiver omtales som "Hard-to-value" immaterielle aktiver. OECD har med BEPS action 8⁴⁰ udviklet et særligt regelsæt, der skal forsøge at tage hånd om værdiansættelse eller fastsættelse af særlige foranstaltninger ved overførsel af disse specielle og værdifulde immaterielle aktiver, således at der ikke sker u hensigtsmæssige forskydninger af værdier, når immaterielle aktiver anvendes i kontrollerede transaktioner eller flyttes rundt mellem koncernmedlemmer.

Når immaterielle aktiver overføres fra en part til en anden part på det frie marked, vil den ene part forsøge at sælge til den højst mulige pris, mens den anden part vil forsøge at købe så billigt som muligt. Derfor vil parterne forsøge at fastslå et aktivs værdi relativt præcist, ved at forsøge at forudse alle tænkelige udfald, før selve overførslen af aktivet. I en kontrolleret transaktion vil forhandlingselementet muligvis ikke være i spil, da man ikke nødvendigvis har modstridende interesser.

Derfor skal de kontrollerede parter fastsætte aktivets værdi, som var aftalen indgået med en uafhængig part. Når skattemyndigheder gennemgår værdiansættelser af immaterielle aktiver, kan der opstå problemer i form af informationsasymmetri mellem de kontrollerede

³⁸ Se TPG, side 30 nederst – "Trade intangible"

³⁹ Se TPG 6.17

⁴⁰ Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles

parter og skattemyndighederne, og sammenspillet med myndighedernes fristregler. Et af problemerne ligger i, at internt oparbejdede immaterielle aktiver ikke er anført i regnskabet til markedsværdi, og derfor kan der potentielt være ikke identificerede værdifulde aktiver gemt. Men denne type aktiver kan generere enorme fremtidige værdier for en koncern.

Definition af et HVTI gives i TPG 6.189, som et immaterielt aktiv eller rettigheder, hvor der på tidspunktet for overførslen:

- Ikke findes valide sammenlignelige transaktioner
- Ikke er muligt at estimere fremtidig cash flows eller indkomst, eller forudsætningerne for en værdiansættelse bygger på et meget usikkert grundlag

For at undgå, at immaterielle værdier flyttes væk fra stater, uden at der sker beskatning, indføres der regler, som er en undtagelse fra TPGs generelle hovedregel om ex ante prissætning. Undtagelsen fra hovedreglen medfører, at der kan foretages justering af værdifastsættelsen af aktivet, hvis aktivet har et eller flere af følgende kendetegn⁴¹:

- Aktivet er delvist færdigt på overførselstidspunktet
- Aktivet bliver først anvendt kommercielt flere år efter overførselstidspunktet
- Aktivet selv er ikke et HVTI, men det indgår som en integreret del af et HVTI
- Aktivet er nyskabende af sin slags, og der findes derfor ikke en track record for udnyttelse og anvendelse af dette aktiv
- Aktivet er omfattet af HTVI definitionen, og er blevet overført med en engangsbetaling
- Aktivet benyttes i tilknytning til, eller udvikles i, et CCA eller tilsvarende arrangement.

For at der kan foretages justering af aktivets værdi, kræver det, at et HTVIs forventede resultater ex ante, på tidspunktet, hvor aktivet blev overført, afviger markant fra ex post resultatet, dersom skatteyder ikke kan godtgøre, at omstændighederne var uforudsigelige på transaktionstidspunktet. Med markant, menes der afvigelser på mere end 20 %⁴².

⁴¹ TPG 6.190

⁴² TPG 6.193

3.5. Skattemæssige konsekvenser ved flytning af immaterielle aktiver

Immaterielle aktiver kan flyttes mellem kontrollerede selskaber på fire forskellige måder ifølge PWC⁴³:

- Almindeligt salg
- Overførelse uden betaling, f.eks. som en gave
- Licens til at bruge aktivet mod betaling af royalties
- Royalty-fri licens

I Danmark bliver køb og salg af kontrollerede immaterielle aktiver reguleret af reglerne i afskrivningslovens § 40, ligningslovens § 2, og statsskattelovens §§ 4 – 6.

Et immaterielt aktiv i afskrivningslovens § 40 forstand er ikke defineret med en udtømmende liste. Men sædvanligt forekommende aktiver såsom goodwill, knowhow, fremstillingsmetoder, opskrifter, rettigheder med flere er positivt nævnt. I forhold til såkaldt EXIT-beskatning, finder afskrivningslovens § 40, stk. 6 anvendelse;

”Stk. 6. Ved salg eller opgivelse af aktiver omfattet af stk. 1 og 2 medregnes fortjeneste eller tab ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Fortjeneste eller tab opgøres som forskellen mellem afståelsessummen og anskaffelsessummen med fradrag for samtlige foretagne afskrivninger, herunder forlods afskrivninger. Er aftalen om salg eller opgivelsen af en udbytteret omfattet af ligningslovens § 12 B, stk. 6, finder 1. og 2. pkt. ikke anvendelse.”

Ved kontrollerede transaktioner skal fastsættelsen af en afståelsessum eller en anskaffelsessum fastsættes og beskattes i overensstemmelse med armslængdeprincippet, jævnfør ligningslovens § 2, og statsskattelovens § 4-6.

I Skattestyrelsens juridiske vejledning, har Skattestyrelsen beskrevet en række situationer der kan udløse beskatning⁴⁴: *”Har et dansk selskab eksempelvis ejerskab til et immaterielt aktiv, kan overdragelse af rettigheder i relation til dette immaterielle aktiv udløse en beskatning, fx overdragelse af adgangen til videreudvikling af det immaterielle aktiv eller servicering af gamle eller nye kunder. Øvrige ændringer, herunder en ændring af fordelingen af funktioner og risici mellem koncernselskaber, som indebærer en ændring af*

⁴³ Se PWC's International Transfer Pricing 2015/2016, side 12

⁴⁴ Skattestyrelsens juridiske vejledning, afsnit C.D.11.6.1

den løbende indtjening i Danmark kan også udløse en beskatning, hvis der herved overdrages et aktiv. Dette skal angives i oplysningsskemaet for det pågældende indkomstår (se nærmere herom i afsnit C.D.11.12 om oplysningspligten), og i transfer pricing dokumentationen, nærmere beskrevet i afsnit C.D.11.13 om transfer pricing dokumentationspligten og land-for-land rapporteringen. Ved en flytning af funktioner og risici, hvor aktivet bliver i Danmark, skal der også foretages en vurdering af aktivet, med henblik på at fastsætte den efterfølgende indtjening i Danmark. De - i Danmark - tidligere udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici skal fortsat honoreres.

I situationer, hvor en virksomheds aktivitet overdrages til et eller flere koncernforbundne selskaber uden for Danmark, kan der eventuelt tillige udløses en fraflytningsbeskatning. Det kan være enten ved, at aktiviteten i et fast driftssted helt ophører, eller ved at aktiviteten i et selskab flyttes ud, hvorved selskabet bliver hjemmehørende i udlandet.”

3.6. Delkonklusion

Selvom der er forskelligheder mellem den regnskabsmæssige, skattemæssige, og TPGs definition af et immaterielt aktiv, synes de at være temmelig ens. Fælles for alle er, at immaterielle aktiver defineres temmelig bredt.

I et transfer pricing perspektiv, skal et aktiv, der er involveret i kontrollerede transaktioner opfylde TPGs tre betingelser for at være et immaterielt aktiv:

- Noget der ikke er et fysisk eller finansielt aktiv, og
- Det skal være muligt at eje og kontrollere i forhold til en kommerciel aktivitet, og
- Brug eller overførsel af aktivet ville blive kompenseret i en uafhængig transaktion under tilsvarende omstændigheder.

I forhold til flytning af immaterielle aktiver fra en medlemsstat til en anden, følger det af afskrivningsloven, at der skal ske EXIT-beskatning. Beskatningen sker som forskellen mellem afståelsessummen og anskaffelsessummen. Tilsvarende kan ske, hvis f.eks. en virksomhedsaktivitet overdrages til en eller flere koncernmedlemmer, i en sådan situation skal det vurderes, om der er overført noget af værdi. Således må enhver form for flytning af et immaterielt aktiv skulle exit-beskattes, hvad enten der er tale om et egentligt immaterielt aktiv eller der er tale om en DEMPE-funktion, så længe aktivet eller aktiviteten er omfattet af definitionen i TPG 6.6.

4. Funktions- og risikoanalyse

I dette kapitel vil forfatteren analysere elementerne i en funktions- og risikoanalyse. I første afsnit gennemgås sammenligningsanalysen, hvorefter funktionsanalysen gennemgås i andet afsnit. Som afslutning på kapitlet gennemgås risikoanalysen og sekstrinsanalysen.

4.1. Sammenlignelighedsanalysen

Den typiske proces ved sammenlignelighedsanalysen er at anvende 9 trins metoden⁴⁵, der er består af følgende trin:

Trin 1: Hvilke år drejer det sig om?

Trin 2: Analyse af skatteyder(es) omstændigheder

Trin 3: Forstå den testede transaktion ved hjælp af en funktionsanalyse, bestem "testede part" og vælg bedste prisfastsættelsesmetode, samt finde en passende profit proxy.

Trin 4: Gennemgå mulige interne sammenlignelige transaktioner, kan disse eventuelt anvendes som prisfastsættelsesreference?

Trin 5: Findes der eksterne data, der kan anvendes som prisfastsættelsesreference?

Trin 6: Valg af prisfastsættelsesmetode, og vælg relevant profit proxy.

Trin 7: Find mulige sammenlignelige virksomheder, der har samme FAR-profil og karakteristika.

Trin 8: Foretag eventuelle justeringer for at tilpasse sammenlignelighedskriteriet.

Trin 9: Fortolk og benyt fundne data, og bestem en armslængdeafłønning.

Funktions- og risikoanalyserne er de vigtigste og mest centrale elementer i sammenlignelighedsanalysen, disse gennemgås yderligere i de efterfølgende afsnit.

⁴⁵ TPG 3.4

4.2. Funktionsanalysen

Ved transaktioner mellem to uafhængige parter vil en kompensation normalt afspejle de funktioner, som parterne har udført, herunder medtage parternes bidrag i form af anvendte aktiver, samt deres påtagne risici. Ved fastsættelse af en armslængdepris, vil det være nødvendigt at afdække den kontrollerede transaktions karakteristika, herunder fastsætte sammenlignelighedsfaktorer i både den kontrollerede og den ikke kontrollerede transaktion eller enhed i en funktions- og risikoanalyse.

Funktionsanalysen er en metode til at opspore og organisere faktum omkring virksomhedens forretningsmodel i forhold til dens struktur, samt identificere dels de værdiskabende bidrag, der ydes til koncernens samlede værdikæde for en given funktion eller et produkt, og dels hvilke kontrollerede enheder, der yder disse⁴⁶.

Funktioner er defineret som signifikante økonomiske aktiviteter og relaterede risici med særligt fokus på, hvad de kontrollerede parter rent faktisk udfører, og hvilke kapabiliteter de besidder. Denne analyse skal ligeledes vise, hvor beslutningskompetencen er placeret i forhold til f.eks. strategi, styring, og hvem har kontrol over risici ved aktiviteter og faglige kompetencer⁴⁷.

Økonomiske signifikante aktiviteter er de, som efter armslængdestandarden påvirker enten:

- Prisen på den kontrollerede transaktion, eller
- Profit eller tab ved transaktionen⁴⁸

Analysen skal ligeledes undersøge realistiske alternativer. I TPG gives et eksempel herpå, dersom en part varetager en lagerfunktion med overskudskapacitet, har parten mulighed for at reducere arealet eller sammenlægge lokationer⁴⁹.

4.2.1. Funktioner

Funktioner kan defineres som aktiviteter som de enkelte virksomhedsenheder udfører i relation til en kontrolleret transaktion, som en del af deres virksomhedsdrift. Generelt kan

⁴⁶ Se Regnskabsanalyse og værdiansættelse – En praktisk tilgang af Ole Sørensen (2017), side 79 - 81

⁴⁷ Se TPG 1.51

⁴⁸ Se IRS, Transfer Pricing Examination Process, side 21

⁴⁹ Se TPG 1.52

man sige, at jo flere funktioner en enhed udfører, des større aflønning vil den alt andet lige kunne forvente.

Under analysen af de funktioner, der indgår i transaktionen, bør funktionerne vægtes efter deres betydning i forhold til de samlede bidrag, samt specifikke markeds-mæssige forhold og særkendetegn for industrien. Som eksempel på markeds-mæssige forhold og særkendetegn for industrien, nævnes det, at en koncern f.eks. kan have udenlandske distributører, der har reklame og markedsføringsfunktioner, som står for reklame og markedsføring, samt distribution af moderselskabets produkter i et givet land. Eksempler herpå er Apple, Coca Cola og Lego med relativt højt brandkendskab, der handler med forbrugerprodukter. Modsat hvad der f.eks. ses i kemiindustrien, hvor produktnavnet har en beskeden relevans for køberen af produktet, idet produktet typisk indgår som halvfabrikata i videreforarbejdelse af det færdige produkt⁵⁰.

Udførelse og kontrol af funktioner bør aflønnes efter principperne i TPG's kapitel 1 til 3, således at selskabet modtager en armslængde aflønning.

Funktioner beskrives under tiden som forretningsaktiviteter, og BEPS aktion 13 har givet et bud på almindelige forretningsaktiviteter i multinationale virksomheder:

Tabel 4.2.1.a Funktioner og forretningsaktiviteter i multinationale virksomheder

Forskning og udvikling
Ejerskab eller kontrol af immaterielle aktiver
Indkøbsfunktion eller køb
Salg, marketing eller distribution
Administration, ledelse eller support
Salg af tjenesteydelser til uafhængige
Intern bank
Finansielle serviceydelser

⁵⁰ Se PWC's International transfer pricing 2015/16, Establishing a transfer pricing policy – practical consideration, side 49

Holding eller andre kapitalinvesteringer
Andre

Kilde: BEPS action 13, side 35

I sager, hvor immaterielle aktiver er involveret, inkluderes unikke og værdifulde funktioner ved udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse af disse, funktionerne omtales DEMPE-funktioner⁵¹. DEMPE-funktionerne er et centralt punkt i kontrollerede transaktioner, der indeholder immaterielle aktiver, og derfor skal alle kontrollerede selskaber, der har denne type funktioner, identificeres.

Herved sikres, at alle koncernmedlemmer modtager en armslængdeaflønnning for deres unikke og værdifulde bidrag. Omvendt, hvis den juridiske ejer selv har kontrolleret og båret alle risici ved DEMPE-funktionerne i relation til sine immaterielle aktiver, vil den juridiske ejer have ret til hele residualafkastet. Den juridiske ejer behøver dog ikke fysisk at udføre alle funktioner, disse kan godt udliciteres enten internt eller eksternt⁵².

Når en kontrolleret eller den juridiske ejer udfører værdiskabende funktioner, der bidrager til værdien af et immaterielt aktiv, skal bidraget honoreres med en armslængdeaflønnning efter principperne i TPG-kapitel 1 til 3. I vurderingen af en armslængde kompensation, bør det overvejes, om der findes uafhængige sammenlignelige transaktioner, der kan appliceres, eller om der eksisterer realistiske alternativer⁵³.

4.3. Risikoanalyse

Når en virksomhed skal analysere risikoen ved en transaktion, anbefaler OECD, at man anvender en sekstrinsmodel⁵⁴. Modellen består af følgende trin:

1. Identificering af økonomiske væsentlige risici ved transaktionen

⁵¹ Se TPG 6.50, DEMPE = Development, Enhancement, Maintenance, Protection, and Exploitation

⁵² Se TPG 6.51

⁵³ Se TPG 6.52

⁵⁴ Se TPG 1.60

2. Fastslå væsentlige økonomiske risici ved aftalevilkår i koncerntaftaler vedrørende kontrollerede transaktioner.
3. Funktionsanalyse med fokus på afdækning af risici
4. Fortolkning af trin 1 til 3, særligt, om hvorvidt parterne følger kontraktens indhold, og om parten, der antager risikoen, har kontrol over risikoen og har den fornødne finansielle kapacitet til at antage udfaldet af risikoen.
5. Hvis en part under trin 1-4 enten ikke kontrollerer eller har den fornødne finansielle kapacitet til at påtage sig risikoen, skal risikoen omfordeles til den enhed, som reelt påtager sig risiciene.
6. Prisfastsættelse af transaktionen i forhold til parternes faktiske adfærd.

I de efterfølgende underafsnit gennemgås risikoanalysen step for step.

4.3.1. Trin 1 – Økonomiske risici ved transaktionen

Når en virksomhed gennemfører en transaktion, vil det typisk indebære initiale investeringer, for at opnå en fremtidig indtjening eller afkast, hvilket implicit indebærer risici og usikkerheder. Derfor vil en potentiel transaktionsmulighed indledningsvis blive analyseret af virksomheden i forhold til iboende risici, virksomhedens strategi om risikoafdækning, sammenholdt med ejernes afkastkrav⁵⁵.

I forhold til risici ved transaktionen, har OECD præsenteret en ikke-udtømmende liste om forhold, som kan have relevans for økonomiske risici ved en transaktion:

- **Strategiske eller markedsmæssige risici:** Disse beskrives som udefrakommende forhold, som f.eks. økonomiske forhold, politiske forhold, lovgivning, konkurrence, teknologiske fordele, eller sociale og miljømæssige ændringer. Fælles for disse forhold er, at timing kan være af særdeles afgørende betydning, både i positiv og negativ forstand.

Eksempler herpå er f.eks. ændringer i skattepolitik, Trumps handelskrig med Kina, uddannelsesniveau, indkomstfordeling, miljøpolitik, energipolitik, Market trends, renteniveau, nye opfindelser, forældelse af teknologi, monopol lovgivning, arbejdsmarkedsløshed med mange flere.

⁵⁵ Se TPG 1.71

- **Infrastruktur og operationelle risici:** Ved virksomhedens taktiske og operative beslutninger, foretages ressourceplanlægning i forhold til virksomhedens aktivitetsniveau, der efterfølgende eksekveres. Ved forfejlet planlægning eller udførelse, vil påtagne risici herved materialisere sig i lavere indtjening.
- **Finansielle risici:** Alle risici kan potentielt påvirke virksomhedens finansielle stabilitet, men specifikt vedrørende finansielle risici, drejer det sig om virksomhedens evne til at styre kapital, cash flow og dens finansielle styrke i øvrigt. Usikkerheder kan være udefrakommende faktorer, som f.eks. den finansielle krise har været det, men de kan også opstå indefra, fra f.eks. forfejlede investeringseventyr, kreditvilkår mv.
- **Transaktionsrisici:** Disse risici vil normalt være indeholdt i prisen og betalingsvilkår.
- **Skades- eller tabsrisici:** Dette vil normalt være udefrakommende begivenheder.

At bestemme, hvordan væsentlige økonomiske risici påvirker transaktionsprisen, kræver en detaljeret funktionsanalyse. Her skal ses på, hvordan værdi skabes i koncernen, samt hvilke aktiviteter, der bevarer evnen til at skabe profit ved en given transaktion. Analysen er relevant i forhold til sammenlignelighedsanalysen, hvor mulige sammenlignelige transaktioner skal identificeres, og hvor elementer som risikoniveauer og kontrol af risici får betydning for prissætningen⁵⁶.

4.3.2. Trin 2 – Kontraktuelle risici

I en aftale mellem uafhængige parter vil parterne normalt aftale vilkår, priser og risici mv. gældende for samhandlen. Tilsvarende er, som udgangspunkt, gældende i et kontrolleret miljø, dog skal armslængdeprincippet tages i agt, da der er manglende modstridende interesser – markedsmekanismerne mangler og er sat ud af kraft. Det kontraktmæssige

⁵⁶ Se TPG 1.73

indhold i en aftale ex ante, omfatter blandt andet placering af risikoen ex post, dette er udgangspunktet for risikoanalysen.

En potentiel resultatmæssig up- eller downside ved en given transaktion, skal være aftalt kontraktuelt mellem parterne ex ante⁵⁷, således at resultatet, som hovedregel, ikke kan efterrationaliseres.

Omfordeling af resultatet af risikopådragelsen ex post, kan dog komme på tale, hvis sammenlignelige parter ville have tilsvarende adfærd⁵⁸.

Risikoelementet vurderes på kontraktindgåelsestidspunktet – ex ante, og når det er tilfældet vil risikoen ved det kontrollerede aftaleforhold kunne afgrænses til forskellen mellem det forventede afkast før – ex ante, og det faktisk realiserede afkast – ex post⁵⁹.

4.3.3. Trin 3 – Hvem påtager sig og styrer risici

Under dette trin skal der foretages en analyse af, hvordan de forbundne parter agerer i forhold til risikostyring af væsentlige økonomiske transaktioner, herunder hvordan parten eller parterne udfører kontrol og risikoafdækning. Derudover skal det analyseres, hvem der bærer up – eller downside ved resultatet af risikoelementerne ved transaktionen⁶⁰.

4.3.4. Trin 4 – Substansanalyse

Trin 1 til 3 har identificeret information om påtagelse af risici og ”risk management” i forhold til den kontrollerede transaktion. Næste step er at foretage en tolkning af informationen, hvor der f.eks. skal ses på:

- (i) Hvem/hvilke enheder er kontraktligt forpligtiget til at bære risici (ex ante)
 - Udøves der kontrol over risici, og haves den fornødne finansielle kapacitet til at påtage sig disse risici?
- (ii) Har enheden eller enhederne faktisk båret disse risici⁶¹.

⁵⁷ Se TPG 1.78

⁵⁸ Se TPG CHAPTER 1, Section D.

⁵⁹ Se TPG 1.78

⁶⁰ Se TPG 1.82

⁶¹ Se TPG 1.86

Hvis parterne har båret det resultatmæssige udfald af de risici, som var aftalt ax ante i kontrakten, herunder haft kontrol og finansiell kapacitet til at bære disse risici, vil trin 5 og 6 være overflødige.

4.3.4.1. Udøves der kontrol over risici

Når en enhed har kontrol over risici ved en kommerciel transaktion, kræver det, at følgende tre elementer er opfyldt:

- Have faglig kompetence⁶² til at påtage, lukke eller afslå risikorelateret forretningsmulighed.
- Have faglig beslutningskompetence til at styre en risikorelateret funktion.
- Have faglig kompetence til at foretage specifik risikoafdækning, med henblik på at reducere risikoen⁶³.

Hvis en enhed i overvejende grad varetager ovenstående beslutninger, vil enheden implicit have en såkaldt "decision-making" funktion.

Formelle godkendelser på f.eks. bestyrelsesmøder eller lignende skal ikke inddrages i vurdering af, hvor "decision-making" funktionen er placeret⁶⁴.

4.3.4.2. TPG's definition af finansiell kapacitet

Finansiell kapacitet kan defineres som evnen til at tilvejebringe kapital, styre relaterede risici, have økonomisk formåen til at betale for risikoafdækningsfunktioner, samt kunne bære udfaldet af de forventede påtagne risici.

I forbindelse med lånefinansieringen fra en kontrolleret part, skal der tages højde for den låntagende enheds tilgængelige aktiver og realistiske muligheder for at skaffe yderligere likviditet, om nødvendigt, at kunne dække meromkostninger, hvis risikoen skulle materialisere sig⁶⁵.

⁶² Se TPG 1.66, ... *"Decision-makers should possess competence and experience in the area of the particular risk for which the decision is being made and possess an understanding of the impact of their decision on the business."* ...

⁶³ Se TPG 1.61

⁶⁴ Se TPG 1.66

⁶⁵ Se TPG 1.64

4.3.4.3. Substanskriteriet

Et centralt punkt er substanskriteriet, der refererer til materielle forskelle. Det handler om de situationer, hvor der er forskel mellem kontraktens indhold og de forbundne parter faktisk adfærd.

Hvis det gør sig gældende, skal den kontrollerede transaktion prisfastsættes i forhold til parternes faktiske udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici⁶⁶.

Eksempelvis i et licensproducent kontraktforhold, der i virkeligheden viser sig at være et toll manufacturer kontraktforhold; i en sådan situation vil den faktiske adfærd og forholdets natur ligeledes være den styrende præmis ved fastsættelsen af transferprisen⁶⁷.

Myndigheder vil somme tider opleve at beviser, dokumentation mv. er mangelfulde, og i disse situationer kan det være nødvendigt at prisfastsætte transaktionen i henhold til kontraktens ordlyd, samt øvrige relevante forhold, der er til rådighed⁶⁸.

Når flere selskaber deltager i kontrollen over risikoen ved en transaktion, skal TPG 1.65 – 1.66 iagttages, for så vidt angår kompetence til at kontrollere risikoen og den finansielle kapacitet til at påtage sit risikoen. Hvis flere selskaber udøver kontrol over samme risiko, men det ikke påvirker det konkrete selskabs risiko, skal trin 5 ikke gennemføres⁶⁹.

Under tiden vil en koncern, på tværs af organisationen, gå sammen om udvikling af nye produkter og lignende, hvor hvert selskab påtager sig en vis andel af udviklingsrisikoen, og hver part har finansiell kapacitet til at påtage sig sin andel af risikoen. I sådanne tilfælde skal risikoantagelsen accepteres⁷⁰.

Omvendt, under trin 4, hvis det fastslås, at det er den kontrollerede part, der har påtaget sig risikoen, men ikke styrer eller har finansiell kapacitet til at påtage sig denne risiko, skal trin 5 mobiliseres⁷¹.

⁶⁶ Se TPG 1.46

⁶⁷ Se TPG 6.89 *"the labels applied to transactions do not control the transfer pricing analysis"*.

⁶⁸ Se TPG 1.47

⁶⁹ Se TPG 1.96

⁷⁰ Se TPG 1.95

⁷¹ Se TPG 1.96

4.3.5. Trin 5 – Allokering af risiko

Hvis analysen af trin 1 – 4 konkluderer, at det kontrollerede selskab ikke udøver kontrol over risiko eller har finansiell kapacitet til at påtage sig risikoen, skal risikoen allokere til det selskab, der faktisk kontrollerer og har den finansielle kapacitet til at påtage risikoen. I situationer, hvor der er flere selskaber, der både udøver kontrol og har finansiell kapacitet til at påtage sig risikoen, skal allokeringen ske til det selskab, som har overvejende kontrol. De øvrige selskaber skal modtage armslængdelønning for deres kontrolbidragsfunktioner⁷².

I sjældne tilfælde kan det opleves, at ingen selskaber har hverken kontrol eller finansiell kapacitet til at påtage sig risici. Denne situation eksisterer normalt ikke ved almindelige markedstransaktioner mellem uafhængige parter. Hvis en sådan atypisk situation forekommer, skal der foretages en striks analyse, for at identificere de bagvedliggende omstændigheder, der har ført til det kunstige forhold⁷³.

4.3.6. Trin 6 – Prissætning af den kontrollerede transaktion

Efter at transaktionen er blevet præcist afgrænset under trin 1 til 5, skal transaktionen prissættes i overensstemmelse med vejledningen i TPG 1.100 til 1.106. I vejledningen gives nogle praktiske eksempler på, hvordan man håndterer risikoelementet mellem kontrollerede parter, disse eksempler gennemgås i de efterfølgende afsnit. De kontrollerede parter er benævnt selskab A, B eller C.

4.3.6.1. Eksempel med udviklingsrisici

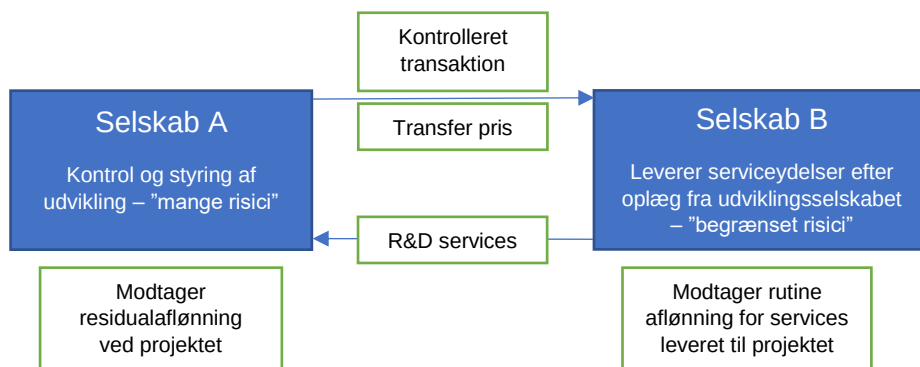
Eksempel 1:

Selskab A ønsker at forfølge et udviklingsprojekt, og hyrer selskab B ind som specialist til at udføre en del af forskningen og udviklingen på et projekt for sig.

⁷² Se TPG 1.98

⁷³ Se TPG 1.99

Figur 4.2.6.1.a – R&D udvikling på kontrakt



Kilde: Egen tilvirkning med inspiration fra TPG 1.83

Tabel 4.2.6.1.a – Risikoanalyse:

- | | |
|--------------|--|
| Under trin 1 | - Udviklingsrisikoen er identificeret som økonomisk væsentlig |
| Under trin 2 | - I kontrakten har selskab A forpligtet sig til at påtage sig udviklingsrisici |
| Under trin 3 | - Funktionsanalysen viser, at selskab A kontrollerer udviklingsrisici, da: <ul style="list-style-type: none">○ Selskab A har faglige kompetencer i forhold til projektet○ Selskab A anvender sit mandat til at træffe relevante beslutninger om, hvorvidt udviklingsrisici skal påtages eller afslås.○ Selskab A beslutter selv, hvorvidt det ønsker at udføre en del af udviklingsarbejdet.○ Selskab A beslutter om det har behov for specialist input, ønsker at ansætte særlige udviklere, herunder hvilke forskningsområder, der skal forfølges.○ Selskab A bestemmer størrelsen af selskab B's budget○ Selskab B står selv for de daglige processer, i forhold til sine påtagne opgaver i udviklingsprojektet. |

- Selskab A får rapporteringer fra selskab B iht. aftalte milepæle, og på den baggrund beslutter selskab A, om man skal gå videre med projektet eller ej.
- Selskab A har finansiell kapacitet til at påtage sig udviklingsrisikoen
- Selskab B har ikke kompetence til styre risikoen ved udviklingsprojektet i sin helhed, men i forhold til de dele, som er uddelegeret til selskab B, har denne selv risikoen for så vidt angår aflevering af aftalt forskning, processer og ekspertise.

Kilde: Egen tilvirkning på baggrund af eksemplet i TPG 1.83 & 1.101

Selskab A har påtaget sig at styre udviklingsrisikoen, hvor selskab A bærer udfaldet af de finansielle konsekvenser, både up- og downside, mens selskab B blot udfører og leverer R&D serviceydelser til selskab A, efter dettes oplæg og kontrol. Selskab Bs risici er derfor afgrænset til, at selskabet ikke formår at levere de aftalte R&D serviceydelser "selskab Bs produkt"⁷⁴.

Samlet vil det betyde, at selskab A vil kunne opnå en meget høj indtjening, hvis projektets resultat bliver som forudset eller bedre. Det omvendte vil gøre sig gældende ved modsat udfald, og hvis projektet ikke bliver til noget, vil udviklingsselskabet opleve at have brændt en masse penge af – Hvilket alt andet lige afspejler selskabets risiko og funktionsprofil. Derimod vil specialistselskabet opleve, uanset projektets udfald, at indtjeningen er relativt stabil.

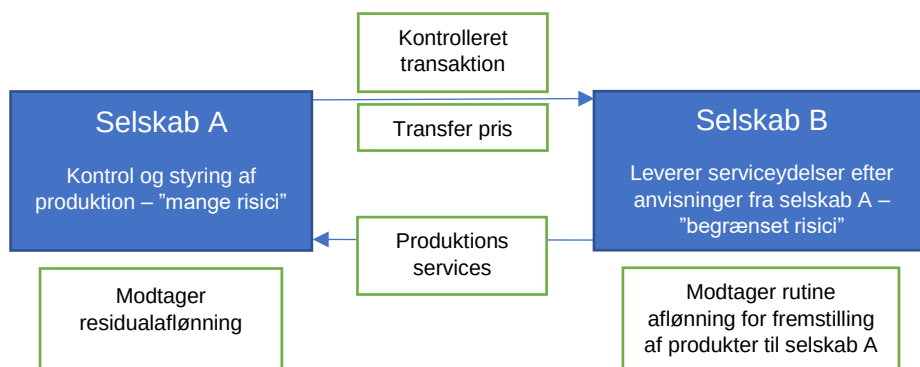
4.3.6.2. Produktionsrisici

Eksempel 2: Et selskab B fremstiller produkter til selskab A.

Den efterfølgende figur giver et overblik over transaktionsparter og risikoprofiler på et overordnet niveau.

⁷⁴ Se TPG 1.101

Figur 4.2.6.2.a – Kontraktproduktion



Kilde: Egen tilvirkning med inspiration fra TPG 1.84

Tabel 4.2.6.2.a – Risikoanalyse

Under trin 1	- Kapacitetsudnyttelsen og forsyningskæderisikoen er identificeret som værende økonomisk væsentlige faktorer
Under trin 2	- I kontrakten har selskab A forpligtet sig at påtage sig disse risici
Under trin 3	Funktionsanalysen viser blandt andet: - Selskab B's fabrik er bygget og udstyret efter selskab A's specifikationer, således at produkterne lever op til selskab A's tekniske og designmæssige krav. - Selskab A bestemmer produktionsmængder - Selskab A styrer forsyningskæden - Selskab A styrer materialeindkøbsfunktionen - Selskab A udfører kvalitetskontrol af fremstillingsprocesserne - Selskab B har bygget anlægget, har kompetente medarbejdere, produktionsplanlægning på baggrund af selskab A's bestillinger etc. Samlet set kan det konkluderes på baggrund af fakta, at selskab B udfører produktionsservices for selskab A. Selskab B's risici kan afgrænses til kun at omfatte risici, forbundet med leveringen af

	kompetente produktionsservices. Alle øvrige risici berører selskab A. Begge selskaber har finansiell kapacitet til at påtage sig sin andel af deres respektive risici.
--	--

Kilde: Egen tilvirkning på baggrund af eksemplet i TPG 1.84 & 1.102

Under trin 1 bliver det identificeret, at udnyttelsen af produktionskapaciteten og forsyningskæden er af væsentlig økonomisk betydning for selskab B's indtjening, begge faktorer kontrolleres af selskab A, og derfor skal positive eller negative resultatmæssige risikoudfald allokere til selskab A.

Aflønningen af selskab B skal alene omfatte betalinger for udførte produktionsservices, samt et armslængdeafkast på selskab B's fabrik.

Eftersom selskab A styrer og har kontrol over kapacitetsudnyttelsen af selskab B's produktionsanlæg, skal meromkostninger⁷⁵ allokere til selskab A, hvis kapacitetsudnyttelsen er lav⁷⁶.

4.3.6.3. Cash Box selskab

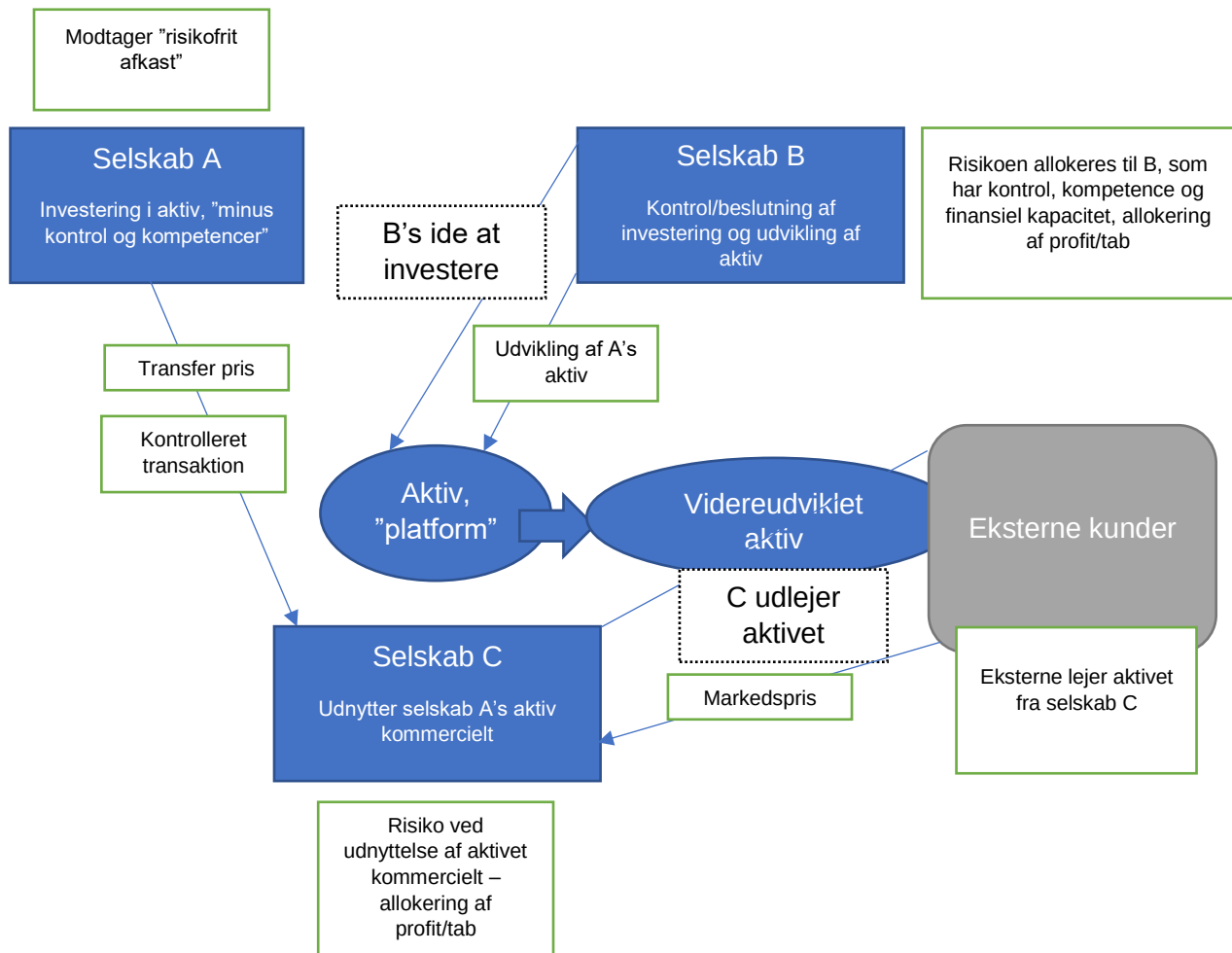
Eksempel 3:

Selskab A køber et materielt aktiv, og indgår aftaler med uafhængige kunder om, at de kan gøre brug af aktivet.

⁷⁵ Meromkostninger dækker over selskab B's faste kapacitetsomkostninger, nedskrivninger eller nedlukningsomkostninger

⁷⁶ Se TPG 1.102

Figur 4.2.6.3.a – Cash box selskab



Kilde: Egen tilvirkning med inspiration fra TPG 1.85

Tabel 4.2.6.3.a – Risikoanalyse

Under trin 1	- Selskab A har indledende væsentlige omkostninger til anskaffelse af aktivet, hvis efterspørgslen efter aktivet udebliver, får selskab A ikke dækket sine omkostninger (markedsrisiko)
Under trin 2	- Selskab A har indgået servicekontrakt med selskab C, der leverer services, uanset brugen af aktivet.

Under trin 3	Funktionsanalysen viser blandt andet: - At selskab B beslutter sig for at foretage en investering i aktivet, da forretningsmulighederne for aktivet ser lovende ud i forhold til forventet indtjening og aktivets levetid. - Selskab B leverer unikke funktioner, konstruktionsspecifikationer og sørger for, at aktivet bliver optimeret med disse i forhold til markedsefterspørgslen. - Selskab A køber aktivet - Selskab C bestemmer, hvordan aktivet skal udnyttes, markedsføres til uafhængige kunder, forhandling af kundekontrakter, installation af produkter og kvalitetssikring. - Selskab A er juridisk ejer: - o Men udøver ikke kontrol over investeringsrisikoen i aktivet. - o Men mangler faglig beslutningskompetence om, hvorvidt det er en god investering eller ej. - o Kan ikke afgøre, om og hvordan, investeringen beskyttes, herunder om aktivet skal likvideres. - Selvom selskab A er ejeren af aktivet, - o har det ikke kontrol med udnyttelsesrisikoen - o kan det ikke minimere risici hos de andre koncernselskabers aktiviteter - Risikoen ved investering i, og udnyttelsen af, aktivet er kontrolleret af andre koncernselskaber end selskab A. Funktionelt set, er selskab A's bidrag afgrænset til selve finansieringen af aktivet, men selv her har selskab A ikke faglige kompetencer til at træffe beslutninger om, hvorvidt der skal handles på et investeringsobjektiv eller ej, eller om der skal foretages rettidig beskyttelse af dets investeringer.
--------------	---

	Selskab A, B og C har alle finansiell kapacitet til at påtage sig deres andel af risici.
Risikoallokering	Resultatet af funktionsanalysen tilkendegiver fordeling af risikoen mellem de kontrollerede parter. - Selskab A har ikke kontrol over hverken risikoen forbundet med investering i aktivet eller udnyttelsen, og derfor skal disse risici bæres af selskab B og C, da disse selskaber kontrollerer risikoen. - Selskab As eneste funktion er at finansiere købet af aktivet, således at aktivet kan udnyttes kommercielt af selskaberne B og C. - I analysen er det ligeledes konstateret, at Selskab A ikke selv har faglige kompetencer til at træffe investeringsbeslutninger. Konklusion: Under hensyn til de konkrete oplysninger og omstændigheder i eksemplet, skal Selskab A ikke have ret til mere end et risikofrit afkast. I stedet vil risikoen blive allokeret til det selskab, som har kontrol over risikoen, hvilket i dette eksempel er selskab B. Dog skal man være opmærksom på, at skattemyndigheder i lignende sager som i eksemplet, kan nå frem til, at arrangementet med selskab A slet ikke kan anerkendes skattemæssigt⁷⁷. Dette skal dog undgås så vidt muligt, da det potentielt set kan udløse en dobbeltbeskatningssituation.

Kilde: Egen tilvirkning på baggrund af eksemplet i TPG 1.85 & 1.103

4.4. Prisfastsættelse

Det skal bemærkes, at en funktions- og risikoanalyse er ufuldstændig, hvis ikke alle de væsentligste risici, som parterne har påtaget sig i forhold til transaktionen, er blevet

⁷⁷ Se TPG kapitel 1, section D.2

identificeret og overvejet. Placeringen af risici kan nemlig påvirke fastsættelsen af priser og vilkår for transaktionen⁷⁸.

Samtidig skal det bemærkes, at en virksomhed ikke behøver at gennemføre alle DEMPE-relaterede aktiviteter i relation til dens immaterielle aktiver gennem sine egne medarbejdere for at beholde afkastet ved udnyttelsen af det immaterielle aktiv. I en virksomhed er det ikke ualmindeligt at outsource visse funktioner til uafhængige parter, hvilket også sker i multinationale koncerner.

Derfor skal både de enheder, der fysisk udfører DEMPE-relaterede aktiviteter, og de enheder, der udfører vigtige kontrolfunktioner i forbindelse med DEMPE af immaterielle aktiver begge kompenseres på armslængde⁷⁹.

Prisfastsættelse af en kommerciel eller finansiell transaktion skal ske på armslængde, her anbefaler TPG i første led, at der ses på dels økonomiske karakteristika og de fem sammenligningsfaktorer, der angives som kontraktvilkår, parter udførte funktioner, aktiver anvendt og risici påtaget, i forhold til transaktionen, realydelsens karakteristika, økonomiske omstændigheder samt forretningsstrategien ved transaktionen⁸⁰. I andet led skal der foretages en sammenligning af den afgrænsede transaktion med dens særlige karakteristika i forhold til en referencetransaktion⁸¹.

Det forudsættes, at læseren har et elementært kendskab til ovenstående, og derfor gennemgås emnet ikke yderligere.

4.5. Delkonklusion

I funktions- og risikoanalysen skal transaktionen fastlægges præcist, derfor er det vigtigt at identificere værdiskabende bidrag og aktiviteter, der ydes til koncernens samlede værdikæde. Analysen skal afdække, hvem der lægger strategien, hvem styrer, og ikke mindst, hvem, der har kontrol og evner til at styre aktivitetens risici.

TPG's sekstrinsmodel kan anvendes som et redskab til at kortlægge de mest signifikante risici ved transaktionen. Her afdækkes tre overordnede forhold:

- Hvem udøver kontrol over risici?

⁷⁸ Se TPG 1.56 – 1.59

⁷⁹ TPG 6.51

⁸⁰ Se TPG 1.36 – 1.38 og 1.42 – 1.118

⁸¹ Se TPG 1.33 og 1.39

- Hvem har finansiell kapacitet til at påtage sig risiciene ved transaktionen?
- Og handler parterne i overensstemmelse med ex ante aftaler?

Der skal foretages en samlet prisfastsættelse af transaktionen i forhold til udførte funktioner, aktiver anvendt og påtagne risici. Prisfastsættelsen skal f.eks. reallokere indkomsten fra immaterielle aktiver, hvis ikke en part har den finansielle kapacitet til at påtage sig disse risici. Omvendt skal det bemærkes, at en virksomhed ikke behøver at udføre alle DEMPE-relaterede aktiviteter i forhold til sine immaterielle aktiver gennem egne medarbejdere, for at beholde afkastet ved udnyttelsen af det immaterielle aktiv.

5. Koncernomstrukturering

Dette afsnit omhandler omstruktureringer, hvor de første afsnit handler om forståelse af meningen med omstruktureringen fra et forretningsmæssigt perspektiv, vurdering af realistiske alternativer mv. Derudover gennemgås situationer, hvor der sker omstrukturering af aktiviteter og hvor det skal overvejes, om der er sket ændringer i funktioner, aktiver og risici, og om der eventuelt kunne forventes compensation eller lignende.

5.1. Forstå omstruktureringen

Der findes ingen juridisk eller universal definition af en begrebet "Business Restructuring", men omstruktureringer skal i denne TPG-sammenhæng forstås som grænseoverskridende omorganiseringer af kommercielle eller finansielle relationer mellem koncernenheder, genforhandling eller ophør af aftaler. Bemærk at ændringer i samarbejdet med eksterne parter kan være årsagen til, at der sker afledte ændringer i interne aftaler⁸². Men ændringer kan selvfølgelig også være internt motiveret, f.eks. i nogle koncerner vil der være et ønske om at samle koncernens immaterielle aktiver centralt for bedre at styre forskningsstrategier, udnytte forskningskapaciteter samt faktorbestemte forhold mv.

Forretningsmæssige omstruktureringer skal forstås som et bredt defineret begreb, der skal afgrænses i forhold til selve omorganiseringen af funktioner, aktiver og risici. I forhold til armslængdetesten, skal det vurderes, om handlingerne er foretaget på armslængde. I denne kontekst betyder det, blandt andet, at der skal tages stilling til, om der foreligger et forretningsbegrundet rationale bag selve gennemførslen af omstruktureringen og hvilke realistiske alternativer, der var til omstruktureringen for koncernen⁸³.

5.2. Analyse af risici ved omstruktureringen

Risikopåtagelse er en kritisk faktor i forretningsmæssige omstruktureringer, hvilket i et åbent marked normalt vil betyde, at jo højere risici der påtages, jo større afkast kan man forvente at få, og tilsvarende omvendt. Derfor vil skattemyndighederne ofte undersøge forholdene i forbindelse med en omstrukturering, både før og efter omstruktureringen⁸⁴.

⁸² Se TPG 9.1

⁸³ Se TPG Kapitel 9, afsnit A

⁸⁴ Se TPG 9.19

Analysen af risici skal ske under sekstrinmodellen, også når der er tale om en omstrukturering, og hvor det sker, at risikopåtagelsen helt eller delvist flyttes, ændres eller fjernes⁸⁵. Som under sekstrinmodellen, skal der først ses på kontraktvilkår før og efter omstruktureringen, hvor spørgsmål søges afdækket om hvem, som bærer hvilke risici, hvem der har kontrollen over risiciene og hvem, som har finansiell kapacitet til at påtage sig risici⁸⁶.

5.3. Forretningsrationalet ved omstruktureringen

Multinationale virksomheder, uanset deres produkter eller sektorer, reorganiserer deres strukturer, med f.eks. det formål at opnå mere centraliseret kontrol, styring af produktions-, forsknings- og distributionsfunktioner. Særligt i et konkurrencepresset miljø leder virksomheder ofte efter den, eller de, konkurrencefordele, der kan give virksomheden en ekstra fordel, frem for dens konkurrenter.

Formålet med omstruktureringen kan f.eks. omfatte et ønske om at udnytte stordriftsfordele, specialisere sig, effektivisere sig, omkostningsminimere, samt kapitalisere andre synergier. Denne type af beslutninger og godkendelser af koncernomstruktureringer træffes typisk på et relativt højt koncernniveau i organisationen, og vil typisk blive båret af kommercielle hensyn⁸⁷.

5.4. Parternes realistiske alternativer til omstruktureringen

Armslængdeprincippet er baseret på forestillingen om, at uafhængige virksomheder, når de vurderer vilkårene for en potentiel transaktion, vil sammenligne transaktionen med andre realistiske muligheder, der må være tilgængelige for dem. Virksomheder vil kun gennemføre transaktionen, hvis de ikke finder at andre alternativer, er mere attraktive for at møde deres kommercielle strategi. Med andre ord ville uafhængige virksomheder kun gennemføre en transaktion, hvis det ikke stiller dem værre end deres næstbedste mulighed. En overvejelse af de andre muligheder, der er realistiske tilgængelige, kan være relevant for sammenlignelighedsanalysen, for at forstå de respektive positioner for parterne⁸⁸.

⁸⁵ Se TPG 9.20

⁸⁶ Se TPG 9.21

⁸⁷ Se TPG 9.24

⁸⁸ Se TPG 9.27

Hvis der ikke findes andre mere attraktive alternativer til omstruktureringen, vil det være udtryk for armslængde at acceptere omstruktureringens omstændigheder og vilkår med de skattemæssige konsekvenser det får, hvis f.eks. enheder nedlukkes, aktiviteter flyttes eller aktiver overføres.

Modsat gælder situationer, hvor det er klart, at der findes bedre alternativer til at opfylde det overordnede formål end at gennemføre omstruktureringen, og hvor uafhængige ikke ville have gennemført en omstrukturering⁸⁹.

5.5. Omfordeling af profit og risiko

Uafhængige virksomheder modtager ikke nødvendigvis en compensation, hvis deres forretningsaftaler med andre uafhængige virksomheder ændres, og når disse ændringer medfører, at virksomhedens fremtidige forventede overskud falder.

I omstruktureringssager, er det afgørende kardinalpoint, om noget af værdi er blevet overført, det kan f.eks. være et aktiv eller en igangværende forretning, eller hvis et forretningsområde opsiges, eller hvis der sker væsentlig genforhandling af eksisterende kontrakter og vilkår, skal det overvejes, om der skal betales compensation til den part, der bliver dårligere stillet fremadrettet⁹⁰.

Risici ved en omstrukturering skal analyseres ud fra rammerne givet i TPG's kapitel 1 sekstrinsmodel, for at vurdere, om den part, der bliver pålagt risikoen, har finansiell kapacitet til at påtage sig risikoen⁹¹.

TPG eksemplificerer med et eksempel, hvordan en producent, der før var full-fledged, konverteres til en kontraktproducent. Efter konverteringen modtager kontraktproducenten en kost plus aflønning for kontraktproduktionen, hvilket anses for at være en armslængde aflønning. Et andet spørgsmål der opstår, er om burde der være betalt en compensation i forbindelse med skiftet af producentens risikoprofil⁹²? Her skal det afdækkes, om der ville være betalt en compensation i en tilsvarende situation, hvis transaktionsforholdet havde været mellem uafhængige parter.

⁸⁹ Se TPG 9.30

⁹⁰ Se TPG 9.39

⁹¹ Se TPG 9.43

⁹² Se TPG 9.44

5.6. Overførsel af aktiviteter

Omstruktureringer involverer under tiden igangværende virksomheder. For at der er tale om overførsel af en igangværende virksomhed, kræver det, at der sker overførsel af aktiver, der giver modtageren mulighed for at udføre visse funktioner og påtage sig visse risici, som en afstående part tidligere beherskede eller kontrollerede.

Når overførslen af den igangværende virksomhed skal værdiansættes, skal alle værdielementer medtages, som der normalt betales for i sammenlignelige transaktioner⁹³.

5.7. Overførsel af tabsgivende aktiviteter

I nogle virksomheder sker det, at en reduktion af funktioner, aktiver og risici medfører en forbedring af resultatet, derved at den omstrukturerede enhed faktisk bliver reddet fra en tabsgivende aktivitet. Hvis den omstrukturerede enheds budgettering viser, at der forventes underskud ud i fremtiden, vil det formentlig være mest fornuftigt at acceptere omstruktureringen, frem for alternativet, nemlig at blive ramt af resultaterne af den underskudsgivende aktivitet⁹⁴.

5.8. Delkonklusion

Når armslængdeprincippet skal vurderes i forhold til omstruktureringer, skal der ses på, om der foreligger en forretningsmæssig begrundelse for omstruktureringen, og at der ikke foreligger andre bedre tilgængelige realistiske alternativer.

Omstrukturering og forretningspotentialets risici skal identificeres og vurderes, da det må antages, at jo større risici der er, des større afkast må der alt andet lige forventes.

Uafhængige virksomheder vil kun gennemføre omstruktureringer, hvis de bliver bedre stillet end deres tilgængelige realistiske alternativer.

Et afgørende kardinalpoint er at vurdere, om der er sket omfordeling af værdi eller risici, det kan f.eks. ske ved overførsel af aktiver, funktioner, en igangværende forretning, genforhandling af kontraktvilkår og lignende. I disse situationer skal det overvejes, om der mellem uafhængige ville være betalt kompensation.

⁹³ Se TPG 9.68

⁹⁴ Se TPG 9.71

6. Fordeling af indkomst fra immaterielle aktiver

Dette afsnit handler om fordelingsmetoder, der anvendes når indkomsten fra immaterielle aktiver skal fordeles mellem flere parter, der bidrager til koncernens værdikæde. Allerførst beskrives profit split metoden, og hvor den finder anvendelse. Dernæst beskrives metoden under henholdsvis bidrags- og residualanalysen. Sidst beskrives RACI-metoden, der tænkes anvendt som en mere raffineret metode til at kortlægge enhedernes værdiskabende bidrag, og fordele afkastet fra de immaterielle aktiver.

6.1. Profit split metoden

I juni 2018 udgav OECD det nye reviderede kapitel 2, afsnit C til TPG's. Afsnittet handler om profit split metoden, og i marts 2019 fulgte EU Joint Transfer Pricing Forum op med en mere praktisk tilgang til anvendelse af metoden⁹⁵.

Når profit split metoden skal anvendes, kræver det, at virksomheden først kan opgøre profitten fra den identificerede transaktion. Hvis det muligt, kan profitten derefter fordeles mellem de kontrollerede parter efter armslængdelængdeprincippet. Metoden er særlig anvendelig, når aflønning af de kontrollerede parter skal ske på en mere valid facon, end ved en en-sidet analyse, hvor der måske ikke findes valide data for transaktionen, idet der er tale om en unik transaktion, hvori der indgår immaterielle aktiver. Profit split metoden giver i stedet mulighed for at foretage en allokering af indkomst, på baggrund af den enkeltes relative bidrag, estimereret direkte i forhold til den kontrollerede transaktion⁹⁶.

6.1.1. Hvornår er metoden den mest brugbare?

Når en transfer pricing metode skal vælges, forsøger man altid at finde den bedst mulige prisfastsættelsesmetode, men her skal fordele og ulemper vurderes ved de enkelte metoder i forhold til den afgrænsede kontrollerede transaktion⁹⁷.

Fordele ved metoden: I situationer, hvor to parter yder unikke og værdifulde bidrag i en transaktion, kan det give bedre mening at anvende en tosidet metode, når transaktionen skal prisfastsættes. Årsagen er, at der ofte mangler sammenlignelige data, hvilket er et

⁹⁵ Se OECD, Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method (June 2018), og EU Joint Transfer Pricing Forum, The Application of the profit split method with the EU

⁹⁶ Se TPG 2.114

⁹⁷ Se TPG 2.116

særligt udbredt problem for unikke immaterielle aktiver og bidrag⁹⁸. Metoden giver fleksibilitet, da metoden formår at integrere parternes andele og samtidig tager højde for særlige unikke forhold ved transaktioner, således at disse implicit kan aflæses i fordelingsresultatet⁹⁹.

Ulemper ved metoden: Metoden er ikke baseret på en uafhængig pris, en såkaldt armslængde reference. Derudover kan det være særdeles vanskeligt at opgøre indtægter og udgifter for alle involverede parter korrekt, f.eks. kan der være forskelle i regnskabsstandarde, estimering af andele af fællesudgifter mv.¹⁰⁰

Profit split metoden finder anvendelse hvis der ikke findes sammenlignelige data for den kontrollerede transaktion, og når der er tale om:

- Unikke og værdifulde bidrag fra de kontrollerede parter, og/eller
- Højt integrerede forretningsaktiviteter, og/eller
- Fælles risikopådragelse.

Hvis ovenstående karakteristika ikke er repræsenteret, skal der vælges en anden prismetode til at prisfastsætte transaktionen¹⁰¹.

6.1.1.1. Unikke og værdifulde bidrag

Der ydes bidrag, enten i form af varetagelse af en funktion, eller hvis et aktiv anvendes eller deles, hvor disse bidrag ikke er sammenlignelige med ikke-kontrollerede parter bidrag i sammenlignelige situationer, og hvor disse bidrag repræsenterer faktiske eller potentielle fordele for forretningsaktiviteterne.

Sammenlignelige data for denne type bidrag findes sjældent, da der er tale særlige økonomiske fordele for virksomheden¹⁰².

6.1.1.2. Højt integrerede transaktioner

De fleste multinationale virksomheder er integreret i større og mindre grad, men når der i TPG omtales højt integrerede transaktioner, er der tale om transaktioner, hvor en part i

⁹⁸ Se TPG 2.119

⁹⁹ Se TPG 2.121 & 2.122

¹⁰⁰ Se TPG 2.123

¹⁰¹ Se TPG C.2.2.1, C.2.2.2, C.2.2.3

¹⁰² Se TPG 2.130

transaktionen udfører funktioner, bruger aktiver og løber risici, der er forbundet med og ikke pålideligt kan vurderes isoleret, eller adskilles fra den måde, hvorpå en anden part i transaktionen udfører funktioner, anvender aktiver og pådrager sig risici¹⁰³.

Tilsvarende gælder, at parter udfører funktioner i fællesskab, anvender aktiver i fællesskab og/eller deler risikoen i et sådant omfang, at det ikke er muligt at vurdere deres respektive bidrag isoleret hver for sig¹⁰⁴.

6.1.1.3. Fælles risici

I forhold til den afgrænsede transaktion kan det vise sig, at profit split metoden er den mest anvendelige i forhold til at fordele de respektive parter andel af risici, i en given transaktion¹⁰⁵.

6.2. Metodetilgang

Under profit split metoden skal overskuddet fordeles mellem de associerede virksomheder på et økonomisk validt grundlag, der er i overensstemmelse med, hvad der ville være forventet og afspejlet i en aftale, hvis den er indgået i overensstemmelse med armslængdestandarden.

Generelt gælder det for overskuddet, der skal deles, at fordelingsfaktorerne skal:

- Være konsistente med funktionsanalysen for den testede transaktion, og afspejle signifikante risici, og
- Kunne måles på en valid og forsvarlig måde¹⁰⁶

En transaktionsbaseret overskudsfordelingsmetode er afhængig af de kontrollerede transaktioners karakteristika og de tilgængelige oplysninger, hvor metoden forsøger at fordele det relevante overskud fra kontrollerede transaktioner på et økonomisk gyldigt grundlag, for at tilnærme resultater, der ville være opnået mellem uafhængige virksomheder under sammenlignelige omstændigheder. Dette kan enten gøres ved at estimere de enkelte enheders relative bidrag, hvilket sker ved udførelse af en "bidragsanalyse". Alternativt ved en transaktionsbaseret overskudsfordelingsmetode, hvor

¹⁰³ Se TPG 2.133

¹⁰⁴ Se TPG 2.134

¹⁰⁵ Se TPG 2.139

¹⁰⁶ Se TPG 2.147

mindst en part laver rutine-bidrag, der kan benchmarkes med sammenlignelige transaktioner, kan en to-trinsresidualanalyse være den mest oplagte metode¹⁰⁷.

6.2.1. Bidragsanalyse

I bidragsanalysen opgøres det relevante resultat, som er det samlede overskud eller underskud fra den kontrollerede transaktion.

Fordelingen af resultatet, sker med udgangspunkt i, at det fordeles mellem de associerede virksomheder, med henblik på at nå frem til en rimelig tilnærmelse af et resultat, svarende til, hvad uafhængige virksomheder ville have opnået ved at deltage i sammenlignelige transaktioner under samme omstændigheder, og hvor dette kan understøttes af sammenlignelige data.

I mangel på data, kan fordelingen i stedet baseres på den relative værdi af bidrag fra hver af de associerede virksomheder, der deltager i de kontrollerede transaktioner. De relative bidrag bestemmes ved hjælp af intern information. Bemærk, at det ikke er en nødvendighed, at den relative værdi af hver enheds bidrag kan måles til markedsværdi¹⁰⁸.

6.2.2. Residualanalysen

Under residualanalysen kan nogle bidrag relativt sikkert prisfastsættes ved at anvende benchmarks for sammenlignelige transaktioner. Denne type bidrag er typisk rutinebidrag. Derfor er denne metode opdelt i 2 faser. Som under bidragsanalysen, opgøres det samlede relevante resultat fra den kontrollerede transaktion, der kaldes systemprofitten.

I første fase fratrækkes rutineaflønnings i systemprofitten. Rutineaflønnings ydes for rutinemæssige bidrag i transaktionen, hvor det er relativt sikkert at prisfastsætte disse bidrag i forhold til sammenlignelige transaktioner, f.eks. et benchmark.

I anden fase, skal den resterende del af systemprofitten fordeles mellem kontrollerede parter, i forhold til værdien af ydede unikke og værdifulde bidrag i forhold til transaktionen¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Se TPG 2.149

¹⁰⁸ Se TPG 2.150

¹⁰⁹ Se Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method, TPG 2.152

6.2.3. Fordeling af systemprofitten

Systemprofitten skal fordeles på et økonomisk gyldigt grundlag, der afspejler parternes relative bidrag til transaktionen og dermed tilnærmelsesvis den fortjeneste, der ville have været opnået ved sammenlignelige transaktioner¹¹⁰.

En metode til at fordele systemprofitten, kan være at anvende uafhængige sammenlignelig virksomheders fordelingsmetodikker, under lignende arrangementer og vilkår¹¹¹.

Den funktionelle analyse og analysen af den kontekst, hvori transaktionerne finder sted (f.eks. industri og miljø) er afgørende for processen med at bestemme de relevante faktorer, der skal anvendes til at fordele systemprofitten¹¹². Fordelingsnøgler til fordeling af systemprofitten kan være baseret på forskellige type af aktiver, forskellige typer af omkostninger, eller f.eks. antal af medarbejdere. Samlet set skal der helst være en eller anden form for korrelation mellem fordelingsnøgle(r) og den relative profit, der fordeles til parterne i forhold til respektive bidrag til transaktionens værdikæde¹¹³.

6.2.4. Tillid til skatteydere interne data

Hvis der ikke findes data for sammenlignelige ukontrollerede transaktioner, kan det komme på tale at anvende interne data, som et pålideligt grundlag til at etablere eller teste, om profitten er fordelt i henhold til armslængdestandarden¹¹⁴.

I forhold til fordelingsnøgler kan det kræve interne undersøgelser og justeringer af de officielle regnskabstal for at bearbejde data, således at der skabes en bedre korrelation mellem fordelingsnøgler og fordelingen af profitten. Dette gælder f.eks. både når der anvendes aktiver og omkostninger som fordelingsnøgler¹¹⁵.

¹¹⁰ TPG 2.166

¹¹¹ TPG 2.167

¹¹² TPG 2.169

¹¹³ TPG kapitel 2, afsnit C.5.1 Profit splitting factors

¹¹⁴ TPG 2.174

¹¹⁵ TPG 2.175 og 2.176

6.3. RACI matrixen

I OECD's Public Discussion Draft action 10, bliver RACI matrixen omtalt som en model, der kan anvendes til at vægte parternes bidrag til værdikæden¹¹⁶.

RACI-modellen er et af mange business management værktøjer, der anvendes til at tildele roller og ansvarsområder til deltagere i projektopgaver, denne type værktøjer er kollektivt kendt som "Responsibility Assignment Matrix". Matrixen er og har været udbredt i projektledelsen i årtier, og været benyttet siden 1970'erne. Fra et transfer pricing perspektiv kan matrixen være en nyttig teknik til at tildele ansvar i en værdikædeanalyse, hvor der er et udbredt behov for at kunne vurdere og indkapsle involverede enheders bidrag og bidragets værdi, som hver enkelt enhed har tilført i den kontrollerede transaktion, der vurderes¹¹⁷.

Anvendelsen af RACI-modellen indebærer imidlertid en dybdegående intern analyse af virksomheden selv, hvilket giver et værdifuldt bidrag i bidragsanalysen, men værdien af dette værktøj skal ikke overvurderes, mener Claire (Xue) Peng og Martin Legarden. Det efterfølgende afsnit om roller og ansvar, vil være et uddrag af ovennævnte forfatteres fremstilling af brugen af RACI-modellen¹¹⁸.

6.3.1. Roller og ansvar

Matrixen skal anvendes til at afdække roller og ansvar i forhold til de ressourcer, der kræves for at gennemføre en forretningsproces. I ansvarstildeling skal virksomheden overveje tre elementer, dvs. roller, ressourcer og forretningsprocesser.

I praksis vil forretningsprocesser være angivet lodret, og rollerne eller ansvaret for hver ressource bliver derefter kortlagt i matrix, i hver forretningsproces. I RACI-modellen er de overordnede roller defineret som:

- Responsible (på dansk, ansvarlig for opgaven)
- Accountable (på dansk, resultatansvarlig)
- Consulted (på dansk, hørt)

¹¹⁶ Se OECD, Public Discussion Draft, BEPS Action 10, Draft on the use of profit splits in the context of global value chain (December 2014), Side 11

¹¹⁷ DEMPE Functions and the RACI Concept – More Clarity or Confusion Ahead? af Claire (Xue) Peng og Martin Legarden

¹¹⁸ DEMPE Functions and the RACI Concept – More Clarity or Confusion Ahead? af Claire (Xue) Peng og Martin Legarden

- Informed (på dansk, informeret)

Afhængig af niveauet, hvor matrixen er implementeret, kan ressourcerne være personale, afdelinger, forretningsenheder, juridiske enheder mv. Forretningsprocessen er designet til at afspejle nøglemilepæle (eller nøgleopgaver) i et projekt eller forretningsaktiviteter i en koncern. I praksis vil ansvarsopgaverne i matrixen kun anvendes på relevante projekter og processer, som f.eks. taktiske eller strategiske mål for koncernen.

RACI-modellens fire roller har specifik betydning for virksomheden, hvor "R"-rollen beskriver de medarbejdere, som gør arbejdet for at fuldføre en opgave. Mindst en person har "A"-rollen, som derfor skal tildeles i hver forretningsproces. Modellen kan udvides med en support funktion, altså en "S"-rolle, hvilket er valgfrit, men det kan være, at "A"-rollen benytter en supportfunktion til at løse dele af en forretningsproces eller andre relaterede opgaver. Hvis modellen udvides, bliver "RACI" til en "RASCI" model i stedet. "A"-rollen tildeles en medarbejder, der i sidste ende er ansvarlig for det færdige produkt af en given opgave, og den, der delegerer arbejdet til ham/hende, bærer "R"-rollen. "A"-rollen kan sidestilles med en manager, der skal underskrive (godkende) det arbejde, som "R"-rollen afleverer.

I et transfer pricing perspektiv svarer "A"-rollen til beslutningstageren i risikostyrefunktionen.

"C"-rollen tildeles eksperter, med hvem faglige problemstillinger drøftes og diskuteres, tovejs kommunikation.

Personer der er tildelt "I" rollen, er personer, der blot holdes informeret om projektets fremskridt, eller om, hvor der løbende gives status på en given opgave, et projekt eller en proces – typisk envejs kommunikation. I forhold til et transfer pricing perspektiv, kan "I"-rollen ses som en passiv rolle, der ikke bidrager i værdiskabelse¹¹⁹.

Fordelen ved RACI-modellen er, at den kan analysere samspillet på tværs af en organisation, uden at det overordnede billede går tabt i detaljer, og i denne sammenhæng er det vigtigt at huske på, at værdien af immaterielle aktiver skabes i samspillet mellem de enkelte DEMPE-aktiviteter og bidrag. Derfor giver en overordnet model, et godt billede af

¹¹⁹ DEMPE Functions and the RACI Concept – More Clarity or Confusion Ahead? af Claire (Xue) Peng og Martin Legarden

koncernens værdiskabende aktiviteter, uden at det dog bliver fuldstændig nøjagtigt ned til sidste komma.

6.4. Delkonklusion

Fordelingen af indkomst fra immaterielle aktiver mellem kontrollerede parter skal overvejes nøje, da metoden, som udgangspunkt, ikke beror på en armslængdereference. Profit split metoden fordeler systemprofitten i forhold til de enkelte parter respektive bidrag, men det kræver stor præcision at finde valide fordelingsnøgler, der tager højde for alle omstændigheder og risici ved transaktionen.

Bidragsanalysen kan med fordel foretrækkes, da denne metode anvender armslængdereferencer til at prisfastsætte rutinebidrag ydet i transaktionen. Dette gør, at der er mindre usikkerhed vedrørende den rutinemæssige del af den kontrollerede transaktion.

Som et værktøj til at kvantificere de unikke bidrag, kan RACI-modellen anvendes som et værktøj til at systematisere DEMPE-aktiviteterne, herunder foretage en graduering af vigtigheden af de enkelte enheders bidrag. Metoden kan med fordel anvendes til at få sat værdier på de unikke og værdifulde bidrag.

7. Afgørelser

Dette afsnit gennemgår et par udvalgte afgørelser fra landsskatteretten, der vurderes at have relevans for fordelingen af indkomst fra immaterielle aktiver. De enkelte afsnit indeholder en kort gennemgang af afgørelsen og forfatterens kommentarer.

7.1. Kompensation for nedlukningsomkostninger, SKM2018.510.LSR

Sagen vedrørte nedlukning af en produktion i et dansk selskab i forbindelse med omstruktureringer i koncernen. Selskabets primære funktioner var udvikling, produktion og levering af xx til industrien i både Danmark og til eksportmarkeder. Selskabet var oprindeligt en familieejet virksomhed, men bliver i år xx opkøbt af en international koncern. Produktionen med fabrikker i flere danske byer udgør cirka 10% af koncernens samlede produktion af x-produkter, og cirka 1% af den samlede produktion i Europa.

I [årstal] bliver det besluttet, at [...] fabrikken i By Y1 skulle lukkes ned. Ved regnskabsaflæggelsen for [årstal] blev der derfor udgiftsført hensættelser og nedskrivninger, vedrørende forventede tab på goodwill, driftsmidler og ejendom mv. samt udgifter i forbindelse med afskedigelse af personale mv. Produktionsanlægget, bestående af [antal] maskiner, blev herefter demonteret, og de tilhørende grunde og bygninger solgt til tredjemand.

I [årstal] fusionerer de tre selskaber, H2 A/S, H1 A/S og H5 Holding A/S under navnet H1 A/S (herefter H1). Frem til de danske selskabers fusion i [årstal] så nøgletal for H2 A/S (som producerede [...]) således ud, i henhold til selskabets årsrapporter:

	År x	År x	År x	År x	År x
EBIT i %	10,6%	16,4%	4,6%	3,9%	-0,3%

Det er beskrevet i TP-dokumentationen, at CUP-metoden anvendes i forbindelse med det koncerninterne varesalg og varekøb. Der er dog ikke fremlagt en specifik sammenlignelighedsanalyse, der dokumenterer, at priserne har været på armslængde. Det er beskrevet, at det danske selskab to gange om året foretager en spotkontrol for at kontrollere, om de interne og eksterne priser er sammenlignelige. Det er endvidere beskrevet, at der generelt ikke indgås koncerninterne aftaler om varesalg, da der produceres efter specifikke ordrebekræftelser.

Selskabet har i forbindelse med klagesagen fremlagt den såkaldte turn-around plan, som blev udarbejdet på koncernniveau (for [...] delen). Denne plan skitserer udfordringerne i branchen samt foreslåede løsninger i form af lukning og salg af nogle af koncernens [...] fabrikker, herunder [...] fabrikken i By Y1.

7.1.1. Landsskatterettens afgørelse

Landsskatteretten finder ikke, at SKAT havde hjemmel til at foretage en skønsmæssig afgørelse, da dokumentationsbekendtgørelsen ikke var trådt i kraft for det pågældende indkomstår.

Videre finder Landsskatteretten det ikke bevidst, at der er fundet en overdragelse af aktiver sted fra selskabet til koncernforbundne parter, jf. TPG 2010, kap. 9, del II, afsnit D. Landsskatteretten lægger vægt at der er tale om standardiseret produktion, hvori der ikke anvendes særlige immaterielle aktiver i form af patenter, knowhow eller lignende. Yderligere finder Landsskatteretten ikke, at der forelå særlige loyalitetsforhold mellem selskabet og dets kunder, baseret på varemærke, omdømme eller lignende. Dette blev begrundet med, at de eksterne producenter af samme type, der efterfølgende solgte til selskabets daværende kunder, ikke betalte for en kundeoverdragelse, hvilket bekræfter, at uafhængige ikke ville betale compensation.

7.1.2. Bemærkninger til SKM2018.510.LSR

Sagen er ikke appelleret til Landsretten¹²⁰. Nedlukningen af produktionen i Danmark skete i et indkomstår, der lå forud for udsendelse af dokumentationsbekendtgørelsen, hvor der ikke var særlige dokumentationskrav. Skattemyndigheden kunne ikke kræve, at skatteyderen skal efterleve dokumentationskrav med tilbagevirkende kraft, uanset at skatteyderen stadig skulle følge armslængdestandarden i OECD's artikel 9.

I forhold til nedlukningsomkostninger kan det måske synes besynderligt, at Landsskatteretten ikke finder, at der er overført noget af værdi, særligt hvis der ses på indtjeningen i årene op til selve nedlukningen. I den konkrete sag har det ikke været muligt for skattemyndigheden at identificere de immaterielle aktiver, hvilket måske giver god mening, idet virksomhedens produkttype var homogent, som oplevede en hård markedssituation. Hvilket svarer til skatteydernes forklaringer om, at man mødte

¹²⁰ https://skat.dk/skat.aspx?oid=4744&ik_navn=transport, anvendt den 28.3.2019

vanskeligheder på nedlukningstidspunktet, og at koncernen befandt sig i en turnaround situation. Ud fra de konkrete oplysninger i sagen, kunne Landsskatteretten ikke nå til et andet resultat end, at der ikke skulle betales kompensation.

7.2. SKM2019.207.LSR – Overdragelse af immaterielle aktiver

Sagen vedrører værdifastsættelse af immaterielle aktiver, der blev overdraget fra et dansk selskab til et koncernforbundet amerikansk selskab. Der var i sagen enighed om, at der var overdraget visse immaterielle aktiver i forbindelse med, at der var indgået en skriftlig aftale om, at det danske selskab skulle betale royalties for anvendelse af koncernens varemærker, know-how og patenter.

Selskabet var af den opfattelse, at de overdragne immaterielle aktiver selvstændig værdi havde, og at det danske selskab primært benyttede sig af den amerikanske koncerns immaterielle aktiver, og betalte royalties for denne anvendelse. Selskabet havde endvidere fremlagt flere værdiansættelser som støtte for påstanden om, at de danske immaterielle aktiver havde en lav eller ingen værdi. Landsskatteretten fandt, at SKAT havde været berettiget til at foretage en skønsmæssig ansættelse, i henhold til dagældende skattekontrollovs § 3 B, stk. 8 (nu stk. 9), og § 5, stk. 3, idet der blev lagt vægt på, at der var enighed mellem SKAT og selskabet om, at der var overdraget immaterielle aktiver, og at det dermed var uomtvistet, at der havde fundet en kontrolleret transaktion sted. Denne transaktion burde have været beskrevet i TP-dokumentationen, også selvom selskabet anså den for værende af et beskedent økonomisk omfang. Landsskatteretten fandt videre, at der ved indgåelsen af royaltyaftalen mellem det danske selskab og det koncernforbundne selskab blev overdraget sådanne væsentlige og værdifulde immaterielle aktiver.

Landsskatteretten fandt, at den mest velegnede metode til fastsættelse af værdien af de overdragne immaterielle aktiver var relief-from-royalty metoden, idet der efter overdragelsen blev betalt royalties for brugen af varemærker, patenter og know-how. Værdien af de overdragne immaterielle aktiver blev herefter beregnet med udgangspunkt i de faktisk aftalte royaltysatser, da satserne var fastsat på baggrund af en sammenlignelighedsanalyse mellem uafhængige parter, og de kunne derfor anses for at være på armslængdevilkår.

7.2.1. Bemærkninger til SKM2019.207.LSR

Landsskatteretten når frem til, at der er identificeret immaterielle aktiver, de immaterielle aktiver er overdraget fra Danmark til USA, og de immaterielle aktiver repræsenterer en væsentlig værdi. Ved en omstrukturering, skal der normalt ses på før og efter situationen, hvilket LSR her løser fint ved at se på de mellem parterne aftalte royalties, der skal betales for fremadrettet brug af IP. De aftalte royalties anvendes som input i en relief-from-royalty model – hvor værdien af royaltybetalingerne tilbagediskonteres og opgøres til en værdi.

7.3. Delkonklusion

Det forekommer klart, at der skal identificeres et immaterielt aktiv, for at der kan blive tale om afståelse af et immaterielt aktiv, omfattet af afskrivningsloven. I SKM2018.510.LSR kunne man ikke identificere immaterielle aktiver, og det var således ikke sandsynliggjort at der var overført noget af værdi.

I SKM2019.207 var der modsat enighed om at der var overført immaterielle aktiver, men her var der uenighed om, hvilken værdi de immaterielle aktiver repræsenterede.

Landsskatteretten fandt, at relief-from-royalty metoden kunne anvendes til at fastsætte en armslængdeværdi, ud fra forudsætningen om, at de fastsatte royalties var prisfastsat på armslængde.

8. Case

Dette afsnit omhandler en egenudviklet case, hvor første afsnit dækker over en introduktion af casevirksomheden. Andet afsnit behandler et scenarie med en omstrukturering, hvor der gennemføres en konvertering af en full-fledged enhed, og tredje afsnit vedrører et scenarie, hvor et nyt produkt udvikles; i dette scenarie analyseres de enkelte enheders bidrag og der gives et forslag til, hvorledes den forventede profit kunne fordeles ved hjælp af RACI-metoden.

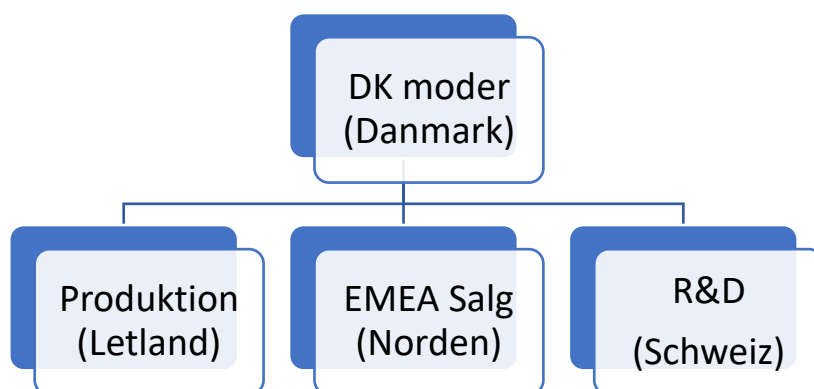
8.1.1. DK koncernen

DK koncernen har eksisteret i 5 år, og opererer inden for spilindustrien. Virksomheden har på nuværende tidspunkt grundlæggende et produkt, det er en spillebrille, som giver spillere større præcision i f.eks. skydespil og lignende. Virksomheden har oplevet organisk vækst i de senere år på omkring 10 % i et marked, der voksede 5 %.

Virksomheden har i de senere år arbejdet på at udvikle et nyt produkt, der får endnu større præcision, 3D-features mv. Virksomheden forventer derfor, at de nye briller kan afsættes både på de eksisterende markeder, men også på helt nye markeder, som f.eks. til forsvarsindustrien og luftfartindustrien.

8.1.2. DK koncernens struktur

Figur 8.1.2.a Koncernstruktur



Kilde: egen tilvirkning

8.1.3. DK moder

DK moder startede sin virksomhed i 2014, hvor ejeren fik en ide til at udvikle en brille til spilindustrien efter at han havde været til et Counter Strike arrangement i Royal Arena. Siden er virksomheden udviklet og har vokset sig stor, og har i dag 300 ansatte, hvoraf 20 ansatte er placeret i hovedkvarteret i Danmark.

Virksomheden har i dag tre aktiviteter, licens-, udviklings- og management aktiviteter.

Licensforretningen dækker over et klassisk royalty-setup, hvor man har givet licens til koncernens produktionsvirksomhed i Letland. Produktionsvirksomheden har fået adgang til at benytte DK moders brilleteknologi i Norden, det vil sige produktionsknowhow samt andre relaterede immaterielle aktiver.

Udviklingsaktiviteterne sker i samarbejde med udviklingsafdelingen i Schweiz. I Schweiz sidder der cirka 100 ansatte, som er førende forskere inden for brilleteknologi og 3D animationer. Forskningen i Schweiz sker på kontrakt, hvor DK moder dækker omkostningerne med et tillæg på 15%.

Endelig varetager DK moder en række centraliserede managementaktiviteter, der blandt andet omfatter strategiudvikling, ledelse, finansielle dispositioner, forretningsudvikling, juridiske funktioner, HR, salg og marketing, IT.

8.1.4. DK moders finansielle oplysninger

DK moders finansielle resultater de seneste 3 år.

Tabel 8.1.4.a – DK moder finansielle resultater for FY 2017 - 2019

	2017	2018	2019
Royaltyindtægter	31.250	39.500	41.525
OPEX HQ	15.000	20.000	25.000
R&D	11.500	11.500	11.500
EBIT	4.750	8.000	5.025

Kilde: Egen tilvirkning

8.1.5. DK koncernens produktionsselskab

Produktionsselskabet i Letland er entreprenør, og har erhvervet sig licens til at producere spilbrillen i Norden. Produktionen sker på baggrund af modtagne ordrer fra

salgsselskaberne i Norden. Produktionen i Letland har 50 ansatte. Produktionen i Letland er begunstiget af lave omkostninger til løn, skat og produktionsanlæg mv.

Produktionsselskabet har kun internt salg, og transaktionspriserne justeres løbende, således at distributionsleddet opnår en "target" indtjening på 3 % pr. indkomst år.

Produktionsselskabet dækker selv produktionsomkostninger, forbedring af produktionsprocesser, sikring af råvarepriser, forsyningssikkerhed, og man sørger for at have top produktionsfaciliteter, for at maksimere produktionseffektiviteten.

Produktionsvirksomheden betaler 5 % af den eksterne salgspris i royalty til DK moder for brugen af brilleteknologien.

8.1.6. DK koncernens produktionsselskabs finansielle oplysninger

Produktionsselskabets finansielle resultater de seneste 3 år.

Tabel 8.1.6.a – Produktionsselskabets finansielle resultater for FY 2017 - 2019

	2017	2018	2019
Salg	316.275	461.800	485.935
Produktionsomkostninger	265.625	337.500	338.000
Produktionslicens, ROS = 5 %	31.250	39.500	41.525
EBIT	19.400	84.800	106.410

Kilde: Egen tilvirkning

8.1.7. DK koncernens forsknings- og udviklingsselskab

I Schweiz sidder der en række førende eksperter, der leverer og udfører specifikke R&D serviceydelser for DK moder.

Alle immaterielle aktiver og rettigheder ejes af DK moder. For at bibeholde selskabets markedsposition, videreudvikles koncernens produkt, og der arbejdes på produktudvikling med en ambition om at udvide produktsortimentet.

Udviklingen af nye produkter sker på baggrund af budgetter, hvor der dedikeres finansiering specifikt til det enkelte prototypeprojekt eller teknologiprojekt, hvilket tidligere udelukkende har været på DK moders regning og risiko.

Omkostningerne i Schweiz er primært løn- og materialeomkostninger, samt konsulentbidrag med tilknytning til udviklingen af prototyper.

DK moder instruerer Schweiz i, hvilke mål og fokusområder, der skal udvikles og videreudvikles, samt om hvorledes udviklingsarbejdet skal tilrettelægges.

Forsknings- og udviklingsselskabet forpligter sig til at videreudvikle DK moders immaterielle aktiver inden for de anviste områder.

Ifølge kontrakten tilfalder al den viden, der direkte eller indirekte udspringer af samarbejdet DK moder.

8.1.8. DK koncernens forsknings- og udviklingsselskabs finansielle oplysninger

Tabel 8.1.8.a – Forsknings- og udviklingsselskabets finansielle resultater for FY 2017 – 2019

Forsknings- og udviklingsselskabets finansielle resultater de seneste 3 år.

	2017	2018	2019
Omsætning	-	-	-
Forskningsomkostninger	10.000	10.000	10.000
Aflønning 15 % = EBIT	1.500	1.500	1.500

Kilde: Egen tilvirkning

8.1.9. DK koncernens salgsselskab

Salgsselskaberne i Norden handler i eget navn og regning. Selskaberne er forpligtet til at markedsføre virksomhedens produkt, hvilket f.eks. sker på messer og ved forskellige arrangementer. Derudover sørger salgsselskaberne for at få produktet ud i butikkerne og sørger for, at produktet bliver præsenteret godt.

Derudover tilpasses markedsføringsmaterialet, der er lavet af DK moder, til de lokale markeder. Arbejdet omfatter hovedsageligt oversættelse til lokalt sprog.

Salgspriser skal godkendes af DK moder, og produktpriser bestemmes af produktionsselskabet.

Salgsselskaber er såkaldte limited risk distributører, og aflønnes med 3 % på nettoavanceniveauet. I de fire nordiske lande er der 130 ansatte.

8.1.10. DK koncernens salgsselskabers finansielle oplysninger

Tabel 8.1.10.a – Salgsselskabernes finansielle resultater for FY 2017 – 2019

Salgsselskabernes finansielle resultater de seneste 3 år.

	SVE	NOR	FIN	DK	2017	SVE	NOR	FIN	DK	2018	SVE	NOR	FIN	DK	2019
Omsætning	100.000	150.000	175.000	200.000	625.000	190.000	225.000	240.000	135.000	790.000	255.000	180.000	262.500	133.000	830.500
CogS	47.000	85.500	89.775	94.000	316.275	131.800	155.250	148.800	25.950	461.800	192.300	108.400	166.425	18.810	485.935
Bruttoavance	53.000	64.500	85.225	106.000	308.725	58.200	69.750	91.200	109.050	328.200	62.700	71.600	96.075	114.190	344.565
OPEX	50.000	60.000	80.000	100.000	290.000	52.500	63.000	84.000	105.000	304.500	55.125	66.150	88.200	110.250	319.725
EBIT	3.000	4.500	5.225	6.000	18.725	5.700	6.750	7.200	4.050	23.700	7.575	5.450	7.875	3.940	24.840
EBIT % = TNNM = 3%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%

Kilde: Egen tilvirkning

8.1.11. DK koncernens immaterielle aktiver

DK moder ejer alle immaterielle aktiver vedrørende brilleteknologien, hvilket omfatter patenter, produktionsknowhow, og forretningshemmeligheder mv.

Derudover ejer DK moder nye opfindelser, der skabes via R&D centreret i Schweiz.

DK moder har finansieret alle investeringer i brilleteknologi til dato.

To medarbejdere i DK moder har den fornødne faglige indsigt til at styre og kontrollere R&D projekterne.

Beskyttelse af DK koncernens teknologi foretages af koncernens advokatkontor – LEGAL.

8.1.12. Funktions- og risikoanalyse

I det følgende er der udarbejdet en funktions- og risikoanalyse, der identificerer, hvilke funktioner de enkelte enheder udfører, hvilke aktiver der anvendes, og hvilke risici der løbes.

Tabel 8.1.12.a Funktionsanalyse

Funktionsanalyse	HQ	Sales	Produktion	R&D
	DK	Norden	Letland	Schweiz
Corporate Strategic Management				
Strategic Management	x			
Corporate Communication	x			
Management Development	x	x	x	x
Corporate Supportive Management				
Corporate Controlling / HR	x			
IT + legal + revision	x	x	x	x
Supply Flow Management				
Kapacitetsstyring	x	x	x	
Indkøb	x	x	x	
Logistik	x	x	x	
Produktion (Installation, Assembling)	x	x	x	x
Quality Control	x	x	x	
Integrated Product Business Development				
Brand Management	x	x		
Marketing	x	x		
Product Development	x	x	x	x
Customer Attraction & Retention				
Prissætning	x	x		
Salg	x	x		
IP				
Patenter, knowhow mv.	x			
Risici				
Finansielle risici	x	x	x	
Operationelle risici	x	x	x	

Kilde: Egen tilvirkning

8.2. Baggrund for omstrukturering, scenarie 1

Produktionsvirksomheden i Letland kan karakterises som en "full-fledged manufacturer", der til DK moder betaler en armslængde royalty for at få adgang til at udnytte DK moders immaterielle aktiver og rettigheder kommercielt.

Produktionsvirksomheden har påtaget sig risici i forbindelse med investering i fabrik, produktionsanlæg, har lagerrisici, kapacitetsudnyttelse, garantirisici, og risici vedrørende arbejdskapital mv.

DK moder ønsker at omdanne producenten til "toll-manufacturer", således at alle risici mere eller mindre fjernes fra Letland, og flyttes til Danmark frem til og med 2020. I licensaftalen er der aftalt et 3 måneders opsigelsesvarsel, og derfor har DK moder opsagt licensaftalen inden for opsigelsesvarslet, således at aftalen overhører med virkning pr. 1.1.2020.

Tabel 8.2.a Budgetforventninger

Budgetforventninger	2020	2021	2022
Salg	450.000	300.000	200.000
Produktionsomkostninger	400.000	350.000	250.000
Produktionslicens, ROS = 5 %	40.000	35.000	25.000
EBIT	10.000	-85.000	-75.000

Kilde: Egen tilvirkning

8.2.1. Scenarie 1 – Konvertering af en full-fledged enhed

Ved konvertering af en full-fledged enhed, skal der indledningsvis ses på omstruktureringen i sig selv; Giver den mening? Hvorfor er omstruktureringen at foretrække, frem for tilgængelige realistiske alternativer? Hvis konklusionen er, at det giver mening, f.eks. fordi full-fledged enheden står over for nogle signifikante risici, kan det vise sig at være den bedste løsning. Omvendt skal det vurderes, om det faktisk havde været bedre at forsætte. Hvis det sidste er tilfældet, kan en compensation eventuelt komme på tale, hvis uafhængige parter i en tilsvarende situation, ville have betalt.

Ved omstruktureringen sker der ingen ændringer i Letlands funktioner, der stadig producerer varer, og sørger for driften af fabrikken.

8.2.1.1. Analyse af konvertering af en full-fledged enhed

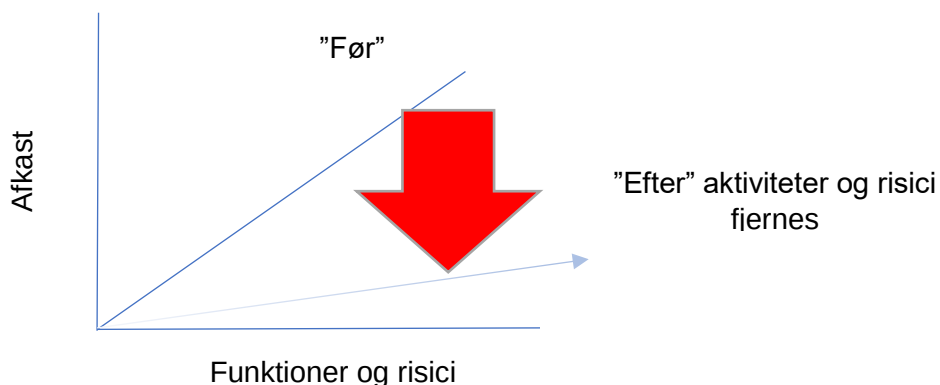
I forbindelse med flytning af risiko, skal omstruktureringen undersøges nærmere. Sekstrinanalysen vil i dette tilfælde være oplagt at anvende.

Ved trin 1 kan det konstateres, at virksomheden befinder sig på et marked, hvor der er faldende efterspørgsel efter koncernens produkt (markedsrisiko).

Under trin 2 ses det, at Letland, som full-fledged enhed, har forpligtet sig til at tage det sure med det søde, altså at dække risici ved f.eks. faldende markedsefterspørgsel.

Under trin 3 ses det, at DK moder beslutter, kontrollerer og styrer risici i relation til den overordnede strategi, supply flow management, lager, salg, markedsføring og brandudvikling, prissætning og afsætningskanaler. Produktionsvirksomheden har ikke selv kompetencer til at styre og varetage disse dele i forhold til værdikæden før omstruktureringen, men havde et integreret samarbejde med DK moder og distributionsselskaberne. Efter omstruktureringen vil dette samarbejde ophøre, og produktionsselskabet vil alene have aktiviteter rettet mod produktionsdelen, og producere produkter i overensstemmelse med DK moders specifikationer. Dermed er der fjernet aktiviteter og risici fra produktionsselskabet. Som det kan ses af figuren, medfører flytningen af aktiviteter og risici, at det forventede afkast alt andet lige vil falde.

Figur 8.2.1.1.a Flytning af aktiviteter og risici



Kilde: Egen tilvirkning

Modsvarende vil DK moder forventet et højere afkast, da man nu selv håndterer flere aktiviteter og risici fremadrettet.

8.3. Omstrukturering, scenarie 2

I det andet scenarie får forskningscenteret i Schweiz mulighed for at købe en 3D-teknologi, som man forventer kan integreres med brilleteknologien og skabe et nyt Blockbuster produkt, der kan sælges til industrimarkeder, som fly- og våbenindustrien.

DK moder mener, at det vil være fornuftigt at intensivere forskningen, med henblik på at udvide produktsortimentet, men det nye produkt kræver et større samarbejde på tværs af organisationen.

Dels skal der oprettes en forskningsenhed i produktionsleddet, der kan forske i besparelser i input, LEAN, procesoptimering, samt bæredygtighed, hvilket skal minimere stykomkostningerne pr. produkt. Forskningscenteret i Schweiz skal foretage klassisk forskning i udvikling af nye prototyper.

Forskningen i ny prototyper kan være forbundet med relativt store investeringer og risici. F.eks. har forskningscenteret i Schweiz haft initiale investeringer i ny teknologi, og produktionsenheden i Letland vil få udviklingsomkostninger vedrørende udvikling af nye produktionsteknologier og processer.

DK koncernen har lavet et 10 års budget for udviklingen af prototype 1.

Tabel 8.3.a Budget for R&D projekt

Ex ante									
Investering i projekt	400.000								
Platformsværdi estimeret	250.000								
Investeringshorisont	10								
Ejernes afkastkrav	12%								
År	Investering og videresalgsværdi	Netto	Projektets indtjening						
2020	-400.000		-400.000						
2021		-35.000	-35.000		2020	2021	2022	2023	2024
2022		-40.000	-40.000	Target: Prototype 1					
2023		-45.000	-45.000	Værdi af platformteknologi, DK	200000	200000	200000	200000	200000
2024		-55.000	-55.000	R&D omk., Letland	0	20000	45000	75000	115000
2025		50.000	50.000	Køb af IP, Schweiz	200000	215000	230000	245000	260000
2026	100.000		100.000		400000	435000	475000	520000	575000
2027	150.000		150.000						
2028	300.000		300.000	Ejerskab af prototype 1					
2029	500.000		500.000	DK moder	50%	46%	42%	38%	35%
2030	250.000	400.000	650.000	Letland	0%	5%	9%	14%	20%
I alt	-400.000	1.325.000	1.175.000	Schweiz	50%	49%	48%	47%	45%
Forventet intern rente				15,1%					

Kilde: Egen tilvirkning

Som det fremgår af ovenstående tabel, er det meningen, at produktionsenheden i Letland skal afholde en række udgifter til proces og produktionsudvikling. DK moder bidrager alene med brilleteknologien, som anvendes som platformteknologi. Forskningsenheden i Schweiz bidrager både med tilkøbt 3D teknologi og forskningsomkostninger. Ved udgangen af 2024 låses det juridiske ejerskab fast, og det forventes, at DK moder ejer 35%, Letland ejer 20 % og Schweiz 45% af prototype 1.

I forbindelse med udviklingen af prototype 1 har virksomheden gennemført en intern undersøgelse af processer og bidrag efter RACI-konceptet.

Tabel 8.3.b – RACI vedrørende transaktionen udvikling af prototype 1

RACI analyse	HQ	Produktion	R&D			
	DK	Letland	Schweiz			
Corporate Strategic Management						
Strategic Management	I	R	A/C			
Corporate Communication	I	R	A/C		R = Responsible	
Management Development	I	R	A/C		A = Accountable	
					C = Consulted	
Supply Flow Management					I = Informed	
Kapacitetsstyring	I	R	A/C			
Indkøb	I	R	A/C			
Logistik	I	R	A/C			
Produktion (Installation, Assembling)	I	R	A/C			
Quality Control	I	R	A/C			
Integrated Product Business Development						
Brand Management	R/A					
Marketing	R/A					
Product Development	I	R	A/C			
Customer Attraction & Retention						
Prissætning	R/A					
Salg	R/A					

Kilde: Egen tilvirkning

8.3.1.1. Analyse af omstrukturering, scenarie 2

- Under trin 1
- DK moder har en eksisterende brilleteknologi, der anvendes kommercielt, og som forventes anvendt som en platformteknologi. Udviklingsselskabet i Schweiz har afholdt væsentlige omkostninger til anskaffelse af 3D-teknologien, der forventes at kunne integreres med brilleteknologien. Udviklingen af en ny prototype er forbundet med risici, dels hvis det ikke lykkes at udvikle et nyt kommercielt produkt (udviklingsrisiko), og dels hvis efterspørgslen efter produktet

udebliver, får selskaberne ikke dækket deres initiale omkostninger (markedsrisiko)

- Under trin 2
- Udviklingsselskabet i Schweiz har indgået aftale med produktionsselskabet i Letland, om at der skal udvikles produktionsknowhow og procesoptimering mv., mod til gengæld at modtage ejerandele i det nye produkt.
- Under trin 3 Funktionsanalysen viser blandt andet:
- At udviklingsselskabet i Schweiz beslutter sig for at foretage en investering i 3D teknologien, da forretningsmuligheden for forretningsideen ser lovende ud, i forhold til forventet indtjening og aktivets levetid.
 - At produktionsselskabet i Letland leverer unikke funktioner, der blandt andet muliggør, at produktet rent faktisk kan sættes i kommerciel produktion, samt at produkt- og omkostningsoptimere produktionen, hvilket kan materialisere sig i en højere bundlinje indtjening.
 - DK moder bestemmer, hvordan aktivet skal udnyttes, markedsføres til uafhængige kunder, forhandling af kundekontrakter, installation af produkter og kvalitetssikring.
 - Alle tre selskaber får juridisk ejerskab i forhold til deres bidrag.
 - o DK moder har kontrol over investeringsrisikoen i aktivet.
 - o DK moder mangler faglig beslutningskompetence om, hvorvidt det er en god investering eller ej, den har udviklingsselskabet i Schweiz.
 - o DK moder kan ikke afgøre om, og hvordan, investeringen beskyttes, herunder om aktivet skal likvideres, det kan udviklingsselskabet i Schweiz.
 - Produktionsselskabet har ejerskab til aktivet, men det
 - o har ikke kontrol med udnyttelsesrisikoen
 - o kan ikke minimere risici hos de andre koncernselskabers aktiviteter

- Risikoen ved investering i og udnyttelsen af aktivet er kontrolleret af DK moder
- Alle selskaber har finansiell kapacitet til at påtage sig deres andel af risici.

Risikoallokering Tolkning af resultatet af funktionsanalysen tilkendegiver, at der skal ske fordeling af risikoen mellem de kontrollerede parter.

- DK moder har ikke fuld kontrol over risikoen forbundet med investering i aktivet eller udnyttelsen, og derfor skal en del af disse risici bæres af udviklingsselskabet i Schweiz og produktionsselskabet i Letland.
- I analysen kan det ligeledes konstateres, at DK moder ikke selv har faglige kompetencer til at træffe investeringsbeslutninger.
- DK moder har kommercielle kompetencer til at udnytte aktivet kommercielt, og det varetager beskyttelse af det immaterielle aktiv.

Konklusion:

Under hensyn til de konkrete oplysninger og omstændigheder, skal alle selskaber have ret til en andel i forhold til deres funktionsbidrag og påtage risici. En måde at allokere indkomsten, kan være at afdække selskabernes unikke og værdifulde bidrag ved hjælp af RACI analysen.

Tabel 8.3.1.1.a RACI model

	Vægtning %	HQ	Produktion	R&D	HQ	Produktion	R&D
		DK	Letland	Schwiez	DK	Letland	Schwiez
Corporate Strategic Management	12%				1,3%	4,0%	6,7%
Strategic Management	8%	1	3	5	0,9%	2,7%	4,4%
Corporate Communication	2%	1	3	5	0,2%	0,7%	1,1%
Management Development	2%	1	3	5	0,2%	0,7%	1,1%
Supply Flow Management	28%				3,1%	9,3%	15,6%
Kapacitetsstyring	3%	1	3	5	0,3%	1,0%	1,7%
Indkøb	4%	1	3	5	0,4%	1,3%	2,2%
Logistik	4%	1	3	5	0,4%	1,3%	2,2%
Produktion (Installation, Assembling)	14%	1	3	5	1,6%	4,7%	7,8%
Quality Control	3%	1	3	5	0,3%	1,0%	1,7%
Integrated Product Business Development	50%				23,3%	10,0%	16,7%
Brand Management	5%	9	0	0	5,0%	0,0%	0,0%
Marketing	15%	9	0	0	15,0%	0,0%	0,0%
Product Development	30%	1	3	5	3,3%	10,0%	16,7%
Customer Attraction & Retention	10%				10,0%	0,0%	0,0%
Prissætning	3%	9	0	0	3,0%	0,0%	0,0%
Salg	7%	9	0	0	7,0%	0,0%	0,0%
Value Chain Split	100%				37,8%	23,3%	38,9%

Kilde: Egen tilvirkning

Med udgangspunkt i RACI modellen, analyseres ansvarsområderne for hver enkelt forretningsaktivitet i virksomhedens værdikæde, og i forhold til enhedens involvering tildeles der en værdi i forhold til deres unikke og værdifulde bidrag. Under hver forretningsaktivitet vægtes og inkluderes relaterede risici.

På baggrund af den interne undersøgelse og kortlægning af ansvarsområder og involvering i øvrigt, nås der frem til, at henholdsvis DK moder bidrager med 37,8 %, produktionsselskabet i Letland bidrager med 23,3%, og at forskningsselskabet i Schweiz bidrager med 38,9%.

I forhold til de juridiske ejerandele ses der kun marginale forskelle, hvilket måske tilsvarende vil være tilfældet i den virkelige verden, da man må formode, at der er en vis sammenhæng mellem risikovillighed og ønsket om selv at styre og kontrollere sine investeringer og risici.

Omvendt er det klart, at en RACI model kan være yderst følsom over for vægtningen af bidrag, der indgår i værdikæden. Derfor skal virksomhedens skøn og forudsætninger, når der foretages klassificeringer af de vigtigste og mest værdifulde bidrag, underbygges med dokumentation, helst armlængdereferencer, da modellens output ellers kan manipuleres i vid udstrækning, i og med, at vægte og værdier indsættes subjektivt.

8.4. Delkonklusion

Med BEPS blev det økonomiske ejerskab introduceret, med en intention om at hæfte immaterielle aktiver fast på vigtige og værdifulde aktiviteter. Herved vil man gerne opnå, at profit fra immaterielle aktiver bliver beskattet, der hvor den er skabt.

Den primære værdiskaber er forskning og udvikling, hvor kloge folk er ansat og opfinder nye ideer. Denne type ansatte er relativt svært flytbare. Derudover er værdifulde immaterielle aktiver ofte et resultat af årelange omkostningstunge investeringer og adgang til risikovillig kapital. Risikovillig kapital er særdeles mobil og kan f.eks. placeres i lav-skatte stater. Endelig kan multinationale virksomheder være begunstiget af tidligere succeser, således at koncernen er i besiddelse af en eksisterende teknologi, hvorpå der kan videreudvikles. Denne type teknologier er svært flytbare, da det typisk vil udløse EXIT beskatning.

Men som det vist i scenarierne ovenfor, kan koncerner stadig omstrukturere sig til en anden allokering, og dermed flytte beskatning væk fra det sted, værdien er skabt. I det første scenarie flyttes risici væk fra en enhed, hvilket kan gøres relativt let ved genforhandling af kontraktforhold. Risikoen ved konvertering af en forretningsenhed, ligger i, at der kan ske re-allokering, hvis f.eks. skattemyndighederne finder, at der er flyttet et indkomstgrundlag eller en eksisterende forretning.

I det andet scenarie, er der vist et eksempel, hvor en eksisterende teknologi bliver integreret med en anden teknologi, og samtidig tilføjes der udviklingsomkostninger. I en sådan situation kan det være vanskeligt at identificere de enkelte bidrag, værdiansætte værdien af de enkelte bidrag, og derefter fordele profitten til de enheder, som har skabt profitten. Da analysen er ekstremt kompleks, vil der være en til flere subjektive betragtninger, der kan diskuteres, og som kan være vanskelige at dokumentere over for myndighederne.

9. Konklusion

Samlet konkluderes det, at armslængdeprincippet ikke er ændret i forbindelse med opdateringer af kapitlerne i TPG's. Derfor gælder det stadig, at virksomheder skal fastsætte priser og vilkår ved kontrollerede transaktioner i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

Udgangspunktet i analysen af en kontrolleret transaktion er at identificere, fastlægge, og anerkende transaktionen, som den er blevet aftalt. Skattestyrelsen opstiller to betingelser for at ankende transaktionen:

- Parterne skal være bedre stillet end før gennemførslen af transaktionen
- Gennemførslen af transaktionen er bedre end realistiske alternativer

Med TPG's introduktion af det økonomiske ejerskabsbegreb, er der sket et skifte i måden hvorpå allokeringen af indtægter fra immaterielle aktiver skete før og nu. Et immaterielt aktiv er bredt defineret, som et aktiv, der er involveret i en kontrolleret transaktion, hvor tre betingelser skal være opfyldt:

- Noget der ikke er et fysisk eller finansielt aktiv, og
- Det skal være muligt at eje og kontrollere i forhold til en kommerciel aktivitet, og
- Brug eller overførsel af aktivet ville blive kompenseret i en uafhængig transaktion under tilsvarende omstændigheder.

Flytning af immaterielle aktiver fra en medlemsstat til en anden medfører EXIT-beskatning. Enhver form for flytning af et immaterielt aktiv skal exit-beskattes, hvad enten der er tale om et egentligt immaterielt aktiv, eller om der er tale om DEMPE-funktioner, så længe det er omfattet af definitionen ovenfor. Efter gældende ret kræver det, at aktivet kan identificeres som et immaterielt aktiv, hvilket ikke var tilfældet i SKM2018.510.LSR.

I funktions- og risikoanalysen skal transaktionen fastlægges præcist for at identificere værdiskabende bidrag og aktiviteter i relation til koncernens værdikæde

I risikoanalysen skal det afdækkes:

- Hvem, der udøver kontrol over risici?
- Hvem, der har finansiell kapacitet til at påtage sig risiciene ved transaktionen?
- Og om, hvorvidt parterne handler i overensstemmelse med ex ante aftaler?

Der skal foretages en samlet prisfastsættelse af transaktionen i forhold til udførte funktioner, aktiver anvendt og påtagne risici. Prisfastsættelsen skal f.eks. reallokere indkomsten fra immaterielle aktiver, hvis ikke en part har den finansielle kapacitet til at påtage sig disse risici. Omvendt skal det bemærkes, at en virksomhed ikke behøver at udføre alle DEMPE-relaterede aktiviteter i relation til dens immaterielle aktiver gennem sine egne medarbejdere, for at beholde afkastet ved udnyttelsen af det immaterielle aktiv.

Armslængdeprincippet skal vurderes i forbindelse med omstruktureringer, her ses der på den forretningsmæssige begrundelse for omstruktureringen, og om der foreligger andre bedre tilgængelige realistiske alternativer. Derudover skal omstruktureringens forretningspotentiale og risici identificeres og vurderes, da det må antages, at jo større risici der er, des større afkast må der alt andet lige forventes.

I tilfælde, hvor der er sket en omfordeling af værdi eller risici, skal det overvejes, om der mellem uafhængige ville være betalt kompensation.

Profit split metoden fordeler systemprofitten i forhold til de enkelte parter respektive bidrag, men det kræver stor præcision at finde valide fordelingsnøgler, der tager højde for alle omstændigheder og risici ved transaktionen.

Bidragsanalysen kan med fordel foretrækkes, da denne metode anvender armslængdereferencer til at prisfastsætte rutinebidrag, ydet i transaktionen. Dette gør, at der er mindre usikkerhed vedrørende den rutinemæssige del af den kontrollerede transaktion.

Som et værktøj til at kvantificere de unikke bidrag, kan RACI-modellen anvendes som et værktøj til at systematisere DEMPE-aktiviteterne, herunder foretage en graduering af vigtigheden af de enkelte enheders bidrag. Metoden kan med fordel anvendes til at få sat værdier på de unikke og værdifulde bidrag.

Det økonomiske ejerskab er introduceret med en intention om at hæfte immaterielle aktiver fast på vigtige og værdifulde aktiviteter. Herved vil man gerne opnå, at profit fra immaterielle aktiver bliver beskattet, der hvor den er skabt. Den primære værdiskaber er forskning og udvikling, hvor eksperter er ansat og opfinder nye ideer. Denne type ansatte er relativt svært flytbare. Derudover er værdifulde immaterielle aktiver ofte et resultat af årelange omkostningstunge investeringer og adgang til risikovillig kapital. Risikovillig

kapital er særdeles mobil og kan f.eks. placeres i lav-skatte stater. Endelig kan multinationale virksomheder være begunstiget af tidligere succeser, således at koncernen er i besiddelse af en eksisterende teknologi, hvorpå der kan videreudvikles. Denne type teknologier er svært flytbare, da det typisk vil udløse EXIT beskatning.

Som det vises i scenarierne, kan koncerner stadig omstrukturere sig til en anden indkomstfordeling. Derudover kan det være utroligt vanskeligt for både virksomheder og stater, dels at dokumentere unikke og værdifulde bidrag, og dels vurdere, om personer evner at kontrollere og styre risici mv.

10. Perspektivering

Har BEPS fået løst virksomhedernes skatteplanlægning med indførslen af det økonomiske ejerskab? Det er nok tvivlsomt, men man kan i hvert fald sige, at man med det nye økonomiske ejerskab er gået væk fra at benchmarke DEMPE-funktioner, og i stedet indføre mere subjektive modeller til at re-allokere immaterielle indtægter. På den ene side kan man måske savne en armslængdereference, omvendt vil der måske være mere substans i at hæfte værdier op på vigtige funktioner og bidrag ved hjælp af eksempelvis en RACI-metode tilgang. Uanset hvad er der tale om virkelig omfattende analyser, og omkostninger der påføres virksomhederne, hvilket alt andet lige vil medføre en lavere indtjening hos virksomhederne, da rapporteringen og transfer pricing dokumentationen ikke kan anses for et værdiskabende bidrag, hverken for virksomheden selv eller for verdenssamfundet.

Et andet aktuelt problem er diskussionen om digital skat, hvor der lige nu ses enkeltstater, der indfører digital skat på tech-virksomheders aktiviteter, hvilket alt andet lige vil føre til dobbeltbeskatningssituationer, fordi der ikke er konsensus staterne i mellem. Særligt ser forfatteren et problem om allokeringen af fradragsretten, da tech-virksomheder og andre lignende virksomheder, som ofte har store initiale investeringer til udvikling af IT-platforme, samt branding af platforme for at kapre brugere. Fradragsretten vil være særlig problematisk for HTVI-immaterielle aktiver, hvor enkelt stater ikke partout kan se eller forudse om der kommer et fremtidigt indkomstgrundlag, der kan beskattes, her kan man forstille sig at nogle stater ikke vil give fradrag for investeringen. Og helt lav-praktisk hvor skal man overhovedet lave allokeringen af fradragsretten, hvis man ikke kan identificere valide allokeringsnøgler på investeringstidspunktet?

Hvor er armslængdestandarden på vej hen? Det er klart, at staterne i en krisetid har kigget på deres skattebaser, hvilket alt andet lige har lagt et pres på armslængdestandarden og virksomhederne generelt. Hvor flere myndigheder ikke mener, at armslængdestandarden giver det rigtige resultat. Efter tidligere versioner af TPG's, hvor man anvendte en ensidet model, f.eks. TNM-metoden til at prisfastsætte de enkelte funktioner i værdikæden, og hvor resten af residualindkomst tilfaldt den juridiske ejer måske placeret i "tax haven".

Måske var det juridiske ejerskabsbegreb i virkeligheden bedre til at styre og fordele afkastet fra de immaterielle aktiver, og mere i overensstemmelse med den økonomiske

disciplin og værdiansættelse af immaterielle aktiver, hvorimod det økonomiske ejerskab åbner op for halv-arbitrære situationer, som f.eks. risikofrie afkast mv. og mulighed for at inddrage subjektive valg af f.eks. allokeringsnøgler og lignende der kan forskyde profitten hen mod lavbeskatningslandene. Samtidig ses der problemer ved flytning af DEMPE-funktioner, da det kan være vanskeligt at afdække om kontrolstyringen af en aktivitet flyttes eller opgives, og måske vækkes til live et andet sted i verden. Der var det juridiske ejerskab noget mere konkret.

Endnu et dilemma er DEMPE-begrebets fremtid, fordi man i fremtiden kan forestille sig, at DEMPE-funktioner, måske ikke længere kontrolleres og styres af mennesker, men måske i stedet styres af kunstig intelligens. Hvordan vil BEPS håndtere en sådan situation, vil det så være det juriske ejerskab man skal falde tilbage på, eller skal det være serverens placering, eller vil det være nødvendigt med yderligere præciseringer og udvikling af nye allokeringsmetodikker?

11. Litteraturliste

11.1. Artikler og lignende

Forfatter	Titel	Medie	Dato/udgave
Kestutis Rudzika, Director	DEMPE explained	RoyaltyRange	March 2018
Claire (Xue) Peng and Martin Lagarden	DEMPE Functions and the RACI Concept – More Clarity or Confusion Ahead?	IBFD Journal	April 2019
Jens Wittendorff	Nyt armslængdeprincip	SU 2016, 34	ART20160002-SU
Lisa Katerina Evers	Intellectual Property Box Regimes	European Parliament	October 2015
Peter Rose Bjare og Søren Sønderholm	Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3	SR-SKAT online	SR.2019.0110
Svend Erik Holm	Kommentarer til udvalgte afgørelser - Kommentarer til SKM2018.627.HR og SKM2018.566.HR	R&R online	RR.SM.2019.003

11.2. Bøger

Forfatter	Titel	Version	Forlag	Udgivelsesår
Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø	Retskilder og Retsteorier	2. Reviderede udgave	Jurist- og Økonomforbundets Forlag	2008
Jens Wittendorff	Transfer Pricing	2. udgave	Karnov Group	2018
Ole Sørensen	Regnskabsanalyse og værdiansættelse - En praktisk tilgang	5. udgave	Gjellerup	2017
Jens O. Elling	Finansiel Rapportering - teori og regulering	4. udgave	Gjellerup / GADs Forlag	2017
Oddleif Torvik	Transfer Pricing and Intangibles: US and OECD Arm's Length Distribution of Operating Profits from IP Value Chains	1. udgave	IBFD online	2019

11.3. Afgørelser

Nummer	Emne
SKM2017.599.BR	Aftale om fælles bestemmende indflydelse ikke godtgjort – betalingskorrektion
SKM2018.510.LSR	Transfer pricing - Kompensation for nedlukningsomkostninger
SKM2019.207.LSR	Overdragelse af immaterielle aktiver

11.4. Internetadresser

Forfatter	Titel	Medie	Anvendt d.	Link
Duncan Haughey	RACI Matrix	Project Smart homepage	05-02-2019	https://www.projectsmart.co.uk/raci-matrix.php
Oecan Tomo	Intangible Asset Market Value Study	Oecantomo.com	05-02-2019	https://www.oecantomo.com/intangible-asset-market-value-study/
OECD	SIGNATORIES AND PARTIES TO THE MULTILATERAL CONVENTION TO IMPLEMENT TAX TREATY RELATED MEASURES TO PREVENT BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING	OECD	05-02-2019	http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf
OECD	Mutual Agreement Procedure Statistics of transfer pricing cases per jurisdiction for 2017	OECD	26-03-2019	http://www.oecd.org/tax/dispute/mutual-agreement-procedure-statistics-2017-per-jurisdiction-transfer-pricing.htm
SKAT	Transfer pricing-redegørelse 2017	FT	26-03-2019	https://www.ft.dk/samling/20171/almindel/SAU/bilag/273/1936715.pdf

11.5. Bekendtgørelser og lovbekendtgørelser

Navn	Bekendtgørelse/lovbekendtgørelse
TP-dokumentationsbekendtgørelsen	Bekendtgørelse nr. 1297 af 31. oktober 2018 om dokumentation af prisfastsættelsen af kontrollerede transaktioner
Skattekontrolloven	Lov nr. 1535 af 19. december 2017
Ligningsloven	Lovbekendtgørelse 2019-01-22 nr. 66 om påligningen af indkomstskat til staten
Statsskatteloven	Lov 1922-04-10 nr. 149 om indkomstskat til staten
Afskrivningsloven	Lovbekendtgørelse 2016-08-29 nr. 1147 om skattemæssige afskrivninger
Selskabsskatteloven	Lovbekendtgørelse 2016-09-06 nr. 1164 Selskabsskatteloven
Kildeskatteloven	Lovbekendtgørelse 2016-01-29 nr. 117 Kildeskatteloven

11.6. Rapporter og vejledninger

Udgiver	Titel	Udgivelsesår
European Commission	EU Joint Transfer Pricing Forum, The Application of the profit split method within the EU	March 2019
OECD	OCED Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations	July 2017
OECD	Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method	June 2018
OECD	Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles	June 2018
PWC	International Transfer Pricing 2015/16	April 2015
PWC	Regnskabshåndbogen 2019	December 2018
OECD	TWO-PART REPORT TO G20 DEVELOPING WORKING GROUP ON THE IMPACT OF BEPS IN LOW INCOME COUNTRIES	August 2014

12. Tabel og figuroversigt

Tabel/Figur	Nr.	Tekst	Side
Tabel	4.2.1.a	Funktioner og forretningsaktiviteter i multinationale virksomheder	30
Figur	4.2.6.1.a	R&D udvikling på kontrakt	38
Tabel	4.2.6.1.a	Risikoanalyse	38
Figur	4.2.6.2.a	Kontraktproduktion	40
Figur	4.2.6.3.a	Cash box selskab	42
Tabel	4.2.6.3.a	Risikoanalyse	42
Figur	8.1.2.a	Koncernstruktur	63
Tabel	8.1.4.a	DK moder finansielle resultater for FY 2017 – 2019	64
Tabel	8.1.6.a	Produktionsselskabets finansielle resultater for FY 2017 – 2019	65
Tabel	8.1.8.a	Forsknings- og udviklingsselskabets finansielle resultater for FY 2017 – 2019	66
Tabel	8.1.10.a	Salgsselskabernes finansielle resultater for FY 2017 – 2019	67
Tabel	8.1.12.a	Funktionsanalyse	68
Tabel	8.2.a	Budgetforventninger	69
Figur	8.2.1.1.a	Flytning af aktiviteter og risici	70
Tabel	8.3.a	Budget for R&D projekt	71
Tabel	8.3.b	RACI vedrørende transaktionen udvikling af prototype 1	72
Tabel	8.3.1.1.a	RACI model	75

13. Ordliste

Navn	Bekendtgørelse/lovbekendtgørelse
APA	The Advance Pricing Agreement Program
ATAD	The Anti-Tax Avoidance Directive
BEPS	Base erosion and profit shifting
CCA	Cost Contribution Arrangement
DEMPE	Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation
FAR	Funktioner, aktiver og Risici
G20	Group of Twenty Finance Ministers and Central Bank Governors, 19 lande og EU er repræsenteret
HTVI	Hard-to-value intangible
ICAP	International Compliance Assurance Programme - Danmark deltog ikke i pilot 1.0, deltager formentlig i pilot 2.0
MAP	Mutual Agreement Procedure
MLI	Multilateral Instrument
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
S&P 500	Standard & Poor's 500, et aktieindeks med 500 store US-selskaber
Tax havens	Lande med lav skat
Toll Manufacturer	Lønproducent, der kun modtager en rutineaflønnning (principalen har øvrige risici ved varer, råvarer, lager og salg)
TPG	OCED Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (2017)