

OECD Transfer Pricing Guidelines Kapitel IX 2017

(OECD Transfer Pricing Guidelines Chapter IX 2017)

*En juridisk og økonomisk undersøgelse af udkastet til det opdaterede kapitel IX i
OECD's Transfer Pricing Guidelines*

Kandidatafhandling Cand.Merc.(jur.) Copenhagen Business School

Vejledere: Erik Andresen (juridisk) & Peter Høgsted (økonomisk)

Forfattere: Andreas Christian Andersen Brahe (X)

& Frederik Gustav de Sousa Schiermacher (X)

Antal anslag: 174.588

Dato: 15/5/2017

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT.....	5
KAPITEL 1	6
1.1 INDLEDNING.....	6
1.2 PROBLEMSTILLING.....	7
1.3 PROBLEMFORMULERING.....	7
1.4 SYNSVINKEL	8
1.5 JURIDISK METODE	8
1.6 ØKONOMISK METODE	9
1.7 AFGRÆNSNING.....	10
1.8 STRUKTUR.....	11
1.9 DISPOSITION	12
KAPITEL 2 - JURIDISK ANALYSE.....	13
2.1 OECD	13
2.1.1 Modeloverenskomst.....	13
2.1.2 Modeloverenskomsten artikel 9.....	15
2.1.3 Transfer Pricing Guidelines.....	16
2.2 - ARMSLÆNGDEPRINCIPPET	16
2.2.1 – Armslængdeprincippet i dansk ret.....	17
2.3 – BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING (BEPS).....	18
2.3.1 Action 8 – Immaterielle aktiver	19
2.3.2 Action 9 – Risici og kapital.....	20
2.3.3 Action 10 – Andre højrisiko transaktioner	20
2.4 KAPITEL I	20
2.4.1 Identifikation af kommercielle og finansielle relationer.....	20
2.4.2 Sammenlignelighedsanalyse	21
2.4.3 Anerkendelse af transaktionen	24
2.5 KAPITEL VI	25
2.5.1 Identificering af immaterielle aktiver.....	25
2.5.2 IP i Transfer Pricing Guidelines	27
2.5.3 IP i BEPS.....	27
2.5.4 Hard to value intangibles.....	28
2.5.5 DEMPE	29
2.6 KAPITEL IX	30
2.6.1 Kapitel XI 2010	31
2.6.2 Funktioner.....	33
2.6.3 Aktiver.....	35
2.6.4 Risiko	39
2.7 DET OPDATEREDE KAPITEL IX.....	42
2.7.1 Risiko	42
2.7.2 Omstrukturering	44
2.7.3 Afgrænsning af transaktioner	46

2.7.4 Profit potentiale	48
2.7.5 Reallokering af risiko for profit potentiale.....	49
2.7.6 Overførsel af noget af værdi	49
2.7.7 Overførsel af immaterielle aktiver fra lokal til central enhed.....	50
2.7.8 Hard-to-value immaterielle aktiver.....	51
2.7.9 Lokale immaterielle aktiver.....	51
2.7.9 Erstatning af den omstrukturerede enhed	51
2.8 SAMMENHOLDELSE AF KAPITEL IX 2010 & OPDATERINGEN	53
2.9 DELKONKLUSION	54
KAPITEL 3 – ØKONOMISK ANALYSE.....	55
3.1 DISCOUNTED CASH FLOW	56
3.1.1 Regnskabsanalyse.....	57
3.1.2 Forecasting	58
3.1.3 WACC.....	59
3.1.4 Skattesats	60
3.1.5 Betaværdi	61
3.1.6 Driftrisiko	62
3.1.7 Finansiell risiko.....	63
3.1.8 EV & Egenkapital.....	64
3.2 CASE.....	66
3.2.1 Irisflow før omstruktureringen.....	67
3.2.2 Koncernstrukturen.....	67
3.2.3 Irisflow A/S.....	68
3.2.4 Irisflow Code.....	69
3.2.5 Irisflow Sales.....	70
3.2.6 Oversigt over kontrollerede transaktioner.....	71
3.2.7 Funktions- og risikoanalyse.....	73
3.2.8 Produktets karakteristika.....	74
3.2.9 Økonomisk Forhold.....	75
3.2.10 Forretningsstrategi.....	75
3.2.11 Koncernens samlede finansielle data for 2016	76
3.3 Skattesats.....	76
3.3.1 WACC.....	77
3.3.2 Værdiansættelse.....	78
3.3.3 Opsummering	80
3.4 SCENARIO 2.....	81
3.4.2 Sammenlignelighedsanalyse	83
3.4.3 Funktions- og risiko analyse.....	84
3.4.4 Simuleret regnskab for 2016 for koncernen	86
3.4.5 Skattesats	86
3.4.6 WACC.....	87
3.4.6 Værdiansættelse.....	88
3.4.7 Opsummering	90
3.5 DELKONKLUSION	90

KAPITEL 4 – INTEGRERET ANALYSE	91
4.1 SKATTERISIKO VED TRANSFER PRICING.....	92
4.1.1 Skatterisici i multinationale koncerner	93
4.1.2 Historisk	95
4.1.3 Historisk korrigerig.....	96
4.1.4 Fremadrettet skatterisiko.....	98
4.2 DISPOSITIONSKORREKTIONER.....	100
4.4 DELKONKLUSION	101
KONKLUSION	102
PERSPEKTIVERING	104
LITTERATURFORTEGNELSE.....	105
BØGER.....	105
ARTIKLER	105
RAPPORTER	106
HJEMMESIDER	106
BILAGSOVERSIGT	108
FIGUR & TABEL OVERSIGT	108
VÆRDIANSÆTTELSE SCENARIO 1:.....	109
VÆRDIANSÆTTELSE SCENARIO 2:.....	110
REGNSKABER:	111

Abstract

The purpose of this thesis is to analyze the impact and consequences of the updated OECD Transfer Pricing Guidelines chapter IX, regarding restructurings in a multinational enterprises. The goal is, through the analysis, to examine whether the updated Transfer Pricing Guidelines chapter IX provides further clarification on how taxpayers and tax authorities should handle restructurings in multinational enterprises.

Furthermore, we wish to examine how an actual restructuring of a multinational enterprise can impact the valuation of the enterprise.

The thesis examines the Transfer Pricing Guidelines from 2010 and compares it, with the new updated Transfer Pricing Guidelines, to establish whether there are any differences in the practical application, and use, of the regulation.

The Transfer Pricing Guidelines has gone through extensive development, to be conform to the BEPS initiative.

Furthermore, it is examined how a business restructuring, following the updated Transfer Pricing Guidelines, could impact the valuation of a multinational enterprise. This is done, using a self-developed enterprise and case. Using the Discounted Cash Flow method to determine the value of the enterprise, is found to be the most useful method for this thesis.

Finally, it is discussed, how an enterprise could handle, and prevent, possible tax payments that are related to past and future situations, in the situation of a merger or acquisition. This is done using a risk factor, to determine whether past and future risk could have an impact on the valuation of the enterprise.

The thesis concludes the many challenges that tax administrators and tax payers face each day, on an international scale.

Kapitel 1

1.1 Indledning

Det stigende globalisering har en uundgåelig indflydelse på multinationale koncerner og skattemyndighederne i hvert enkelt land. Både på det strategiske og på det operationelle plan, skal der ageres hurtigt og optimalt. Der handles i højere grad på tværs af landegrænser, og det stiller endnu større krav til koncernerne afholder de korrekte skattebetalinger.

Skattelovgivningen er forskellig fra land til land, og der opstår muligheden for skatteplanlægning, samt risikoen for at skattebasen udhules. Skattemyndighederne er mere opmærksomme på handler der foretages internt i koncernen på tværs af landegrænser, da det her historisk set, har været kreative og mistænkelige skattekonstruktioner¹. Yderligere bliver kompleksiteten af de koncerninterne transaktioner større.

Det er netop disse kreative konstruktioner og skattehuller, der ønskes udryddet af skattemyndighederne og af OECD. Dette forsøges ved, at der kontant bliver opdateret og præciseret den lovgivning og de fortolkningsbidrag, der omhandler Transfer Pricing.

Den nyeste opdatering, er OECD's Transfer Pricing Guidelines kapitel IX. Dette kapitel omhandler omstruktureringer i multinationale koncerner, samt den kompensation der skal betales i forbindelse med dette. Det er både koncernens og skattemyndighederne opgave, at sikre at de kompensationer der finder sted på samme vilkår som hvis uafhængige parter havde indgået i denne omstrukturering. Såfremt kompensationen ikke er på samme vilkår, kan der opstå en skævvridning i skattebasen, der kan ende med at blive udhulet.

Formålet er altså at styrke og sikre skattegrundlaget på tværs af landegrænser, samtidig med at sikre multinationale koncerner kan begå sig på det globale marked.

Netop denne balancegang kan være udfordrende, da der både skal sikres et skattegrundlag, samt at multinationale koncerner frit kan omstrukturere sig på tværs af landende. Det er i den forbindelse relevant at undersøge, hvorvidt en multinational koncerns globale struktur, der følger det opdaterede kapitel IX, kan have en indflydelse på værdien på selve koncernen.

¹ <http://www.dr.dk/nyheder/penge/skat-snydt-milliarder-af-77-multinationale-koncerner>

1.2 Problemstilling

I forbindelse med opdateringen af OECD's Transfer Pricing Guidelines kapitel IX, er behandling af omstruktureringer af multinationale koncerner blevet aktuelt blandt skattemyndigheder og skatteydere. Det er relevant for begge parter, at undersøge om disse opdateringer har en indflydelse på de kompensationer, der kan finde sted i forbindelse med en omstrukturering. Disse kompensationer kan have indflydelse på, hvordan en multinational koncern værdiansættes i forbindelse med en eventuel opkøbssituation. Yderligere er det oplagt at analysere hvordan multinationale koncerner kan håndtere risikoen for uforudsete skattebetalinger i fremtiden, da dette kan have en indvirkning på værdiansættelsen.

1.3 Problemformulering

Det vil i denne afhandling blive undersøgt, hvilken indvirkning en omstrukturering der følger OECD's Transfer Pricing Guidelines kapitel IX kan have i forbindelse med værdiansættelsen af en multinational koncern.

I den forbindelse vil ændringerne i kapitel IX i OECD's Transfer Pricing Guidelines 2010 blive sammenholdt med udkastet til det opdaterede kapitel IX.

Endvidere vil det blive undersøgt, hvilken betydning opdateringen af OECD's Transfer Pricing guidelines kapitel IX kan have for værdiansættelsen af en multinational koncern.

Afsluttende ønskes det undersøgt hvordan eventuelle skatterisici kan anskues i forbindelse med historiske og fremtidige skattebetalinger.

På baggrund af ovenstående problemstilling søges følgende spørgsmål besvaret:

- **Hvilken indvirkning har det opdaterede OECD's Transfer Pricing Guidelines kapitel IX på en koncernintern omstrukturering?**

I forlængelse heraf vil følgende underspørgsmål blive besvaret:

- Hvordan behandles en omstrukturering i det opdaterede Transfer Pricing Guidelines kapitel IX sammenholdt med Transfer Pricing Guidelines kapitel IX fra 2010?
- Hvilken betydning har en omstrukturering af en koncern efter det opdaterede OECD's Transfer Pricing guidelines kapitel IX for værdiansættelsen af en multinational koncern?
- Hvordan kan en eventuel usikkerhed ved historiske og fremtidige skattebetalinger anskues i en virksomhedstransaktion?

1.4 Synsvinkel

Denne afhandling vil tage udgangspunkt fra en rådgivers synspunkt, der rådgiver en multinational koncern. I den forbindelse vil omdrejningspunktet være en juridisk analyse af de opdaterede guidelines, selve værdiansættelsen af koncernen og risikoen omkring skattebetalingerne. Denne problemstilling vil blive behandlet på et internationalt niveau, da selve opdateringen af OECD's Transfer Pricing Guidelines skal anvendes på multinationale koncerner. Der vil i værdiansættelsen blive anvendt en koncern, med hovedsæde i Danmark.

1.5 Juridisk metode

De juridiske problemstillinger i denne afhandling vil blive belyst ved hjælp af den retsdogmatiske metode. Dette gøres, for at finde frem til gældende ret. Ved at anvende retsdogmatikken så systematiserer, beskriver og fortolker man den gældende ret for at løse problemstillingen².

Som udgangspunkt bliver gældende ret, *de lege lata*, udledt ved at analysere på regulering, retspraksis og retssædvane, der danner retsgrundlaget³. Der er ingen rangorden imellem de enkelt elementer, men de skal anvendes i den beskrevne rækkefølge.

² Retskilder & retsteorier, Nielsen og Tvarnø, 2014, s. 30

³ Retskilder & retsteorier, Nielsen og Tvarnø, 2014, s. 35

Problemstillingen i nærværende afhandling, tager udgangspunkt i international skatteret, da det er OECD's Transfer Pricing Guidelines der danner grundlaget, samt supplerende materiale fra OECD. I forhold til Dansk ret, er OECD's Transfer Pricing Guidelines nævnt i bemærkningerne til Ligningsloven⁴ § 2 som et fortolkningsbidrag⁵.

I den juridiske analyse vil OECD's Transfer Pricing Guidelines kapitel IX fra 2010 blive sammenholdt med udkastet til det opdaterede Transfer Pricing Guidelines kapitel IX, for at udlede hvorvidt opdateringen har ændret fortolkningsbidraget. Den udgave der er anvendt til denne afhandling, er udkastet til Transfer Pricing Guidelines kapitel IX fra juli 2016.

Der vil blive inddraget OECD's Modeloverenskomst artikel 9, OECD's Transfer Pricing Guidelines kapitel I og VI, samt kapitel IX fra hhv. 2010 og det opdaterede, samt SKAT's juridiske vejledning, da alle anvendes som fortolkningsbidrag til dansk ret, som "soft-law".

1.6 Økonomisk metode

For at belyse de økonomiske konsekvenser, vil der blive foretaget en værdiansættelse efter Discounted Cash Flow metoden, hvilket er anset som den mest benyttede metode⁶. Det har i forhold til denne afhandling og problemstilling, været nødvendigt at simplificere metoden, for bedst muligt at belyse emnet. Koncernen der er anvendt til værdiansættelsen er fiktiv, og alle regnskabstal er baseret på egne antagelser og til dette formål. Dette er gjort, da koncernen i sig selv ikke er relevant for at belyse denne problemstilling, men derimod koncerner generelt set, fremfor en specifik koncern.

Værdiansættelsen er baseret på den teori, der er beskrevet i *Financial Statement Analysis, Petersen og Plenborg, 2012*. Denne bliver sammenholdt med *Valuation Measuring and Managing the value of companies, Copeland mfl., 2000*, der begge vil blive anvendt som primær litteratur.

På baggrund af denne teori, og den juridiske gennemgang i kapitlet forinden, forsøges det at belyse de konsekvenser det opdaterede Transfer Pricing Guidelines kapitel IX kan resultere i, i forbindelse med en omstrukturering af en multinational koncern.

⁴ Bekendtgørelse af lov om påligningen af indkomstskat til staten, LBK 1162 af 01/09/2016

⁵ Den Juridiske Vejledning, C.D.11.2.1.1 Armslængdeprincippet og Transfer Pricing Guidelines

⁶ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 210

Yderligere vil det forsøges at redegøre hvilke fremtidige skattemæssige risici der kan opstå, i forbindelse med opkøb og omstrukturering af multinationale koncerner, samt muligheder for eventuelt at kunne begrænse denne risiko. Dette gøres ved at anvende teori omkring skatterisici, samt anvendelse af risici i værdiansættelser som beskrevet i *Financial Statement Analysis*, Petersen og Plenborg, 2012

1.7 Afgrænsning

Der vil udelukkende blive analyseret på juridiske personer, altså multinationale koncerner. Alle enheder er ejet 100% af moderselskab, og har samme lovmæssige kvalifikation som et anparts- eller aktieselskab. Alle enheder er beliggende i lande som udveksler skatteoplysninger med Danmark. Fysiske personer vil ikke blive behandlet. BEPS-projektet som en helhed vil ikke blive inddraget, da det blot er relevant at vurdere konformiteten af det opdaterede kapitel IX i forhold til BEPS Actions 8-10 kapitel I og kapitel VI. Resten af BEPS-projektet vil ikke blive behandlet. Ligeledes vil der ikke blive redegjort for de forskellige former for transaktionsmetoder, herunder CUP, cost plus, resale price, TNMM og profit split, da en teoretisk gennemgang af disse ikke har relevans for den problemstilling der ønskes belyst.

Der vil ikke blive analyseret på den del af kapitel IX der omhandler kompensation for kontrollerede transaktioner der findes sted post-omstrukturering, altså "*Transfer Pricing Guidelines kapitel IX 2010 Part III, Remuneration of post-restructuring controlled transactions*", og "*Conforming Amendments Transfer Pricing Guidelines kapitel IX Part II, Remuneration of post-restructuring controlled transactions*". Disse afsnit er udeladt da det ville for omfattende for denne afhandling, samt ingen direkte relevans har for selve problemstillingen der ønskes belyst.

Værdiansættelsen i den økonomiske analyse vil benytte Discounted Cash Flow-modellen. De øvrige metoder der kan benyttes til værdiansættelser vil ikke blive behandlet, da det ikke er formålet at vurdere fordele og ulemper ved hver metode. Yderligere er det ikke relevant at inddrage reformulering, regnskabsanalyse, analyse af strategien og forecasting.

De informationer om regnskabstal, markedsanalyser, strategi og nøgletal er alle antagelser anvendt for at belyse problemstillingen.

En reel transfer pricing benchmarking analyse af de omstrukturerede enheder har ikke relevans for at besvare denne problemstilling. Der vil ikke blive inddraget teori omkring exitbeskatning af immaterielle aktiver for selskaber, eller lignende selskabsskatteretlig lovgivning, da dette ikke har relevans for den problemstilling der ønskes belyst.

1.8 Struktur

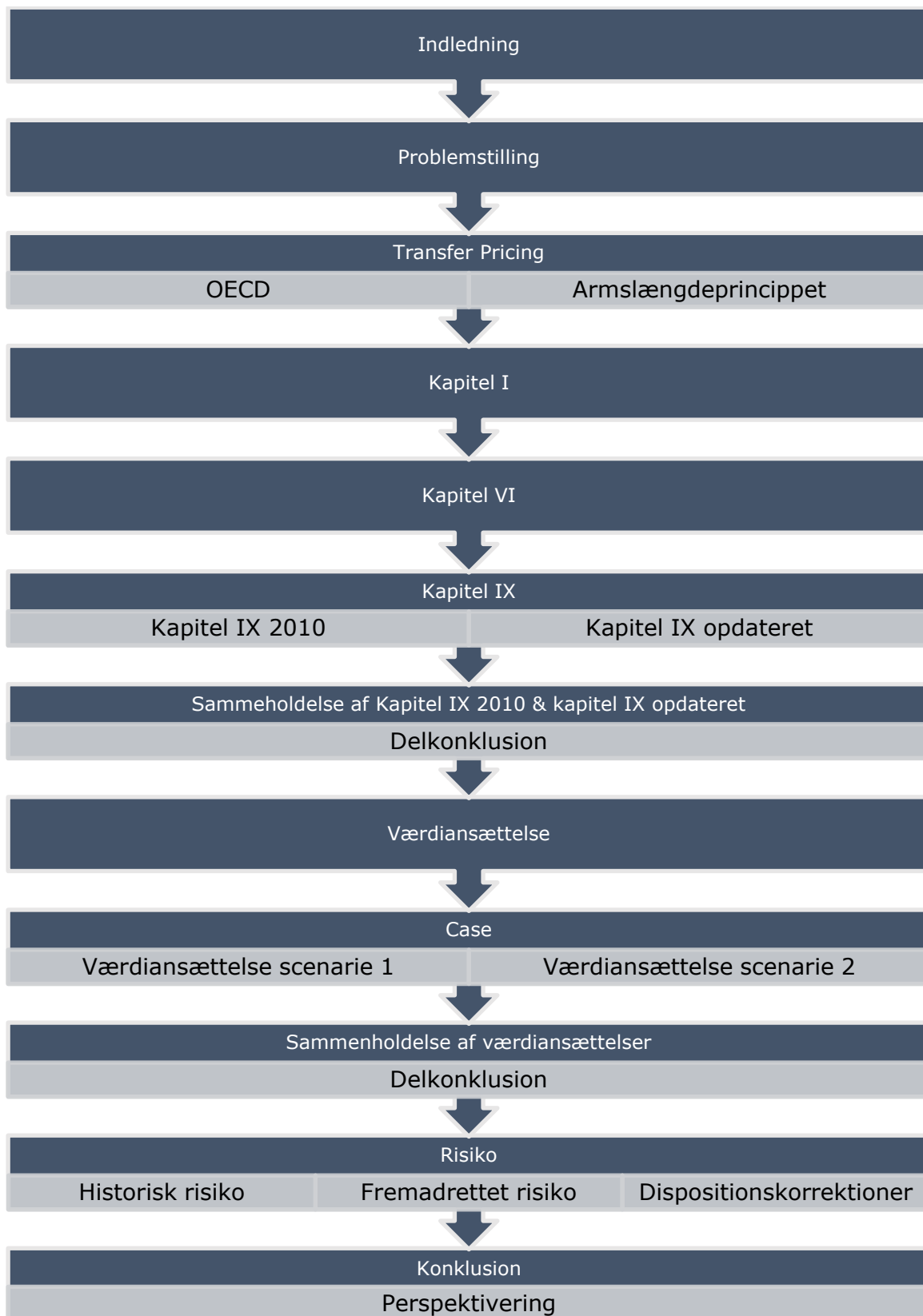
For at belyse hvordan opdateringen af OECD's Transfer Pricing Guidelines kapitel IX kan have indflydelse på værdiansættelsen multinationale koncerner er afhandlingen opdelt i tre afsnit.

- Transfer Pricing
 - Analyse af Transfer Pricing Guidelines kapitel IX 2010
 - Analyse af det opdaterede Transfer Pricing Guidelines kapitel IX
 - Sammenholdelse
- Værdiansættelse
 - Værdiansættelse af koncern før omstrukturering
 - Værdiansættelse af koncern efter omstrukturering
 - Sammenholdelse
- Skatterisiko
 - Håndtering og forebyggelse af skatterisici

I afsnittet omhandlende transfer pricing, vil OECD's Transfer Pricing Guidelines kapitel IX 2010 blive analyseret. Herefter vil opdateringen af OECD's Transfer Pricing Guidelines kapitel IX bliver analyseret, og sammenholdt med det forgangne kapitel IX, for at belyse og analysere på de ændringer og opdateringer det har medført.

Disse opdateringer og ændringer, vil blive analyseret i et økonomisk aspekt. Dette gøres ved at opstille en fiktiv virksomhed, hvorefter der udføres en værdiansættelse baseret på den effektive. Afsluttende vil det diskuteres om disse usikkerheder omkring skattebetalinger i forbindelse med opdaterede regler, kan håndteres og eventuelt forebygges. Herefter vil der konkluderes og perspektiveres på resultaterne.

1.9 Disposition



Kapitel 2 - Juridisk analyse

Grundlæggende skal Transfer Pricing, og de regler der knytter sig til området, sikre at de handler der sker internt mellem koncernforbundne parter ikke udvander skattebasen i de respektive stater, ved ikke at kompensere korrekt⁷. Uafhængige parter der handler sammen, bliver reguleret af det frie marked. Dette er et næsten selvkørende system, da der oftest er modsatrettede interesser der sikrer at priser og vilkår er reguleret.

Sker handlen mellem koncernforbundne parter, opstår der pludselig et interessefællesskab, og de frie markeds kræfter er sat ud af spil. De handler der sker mellem koncernforbundne parter, bliver omtalt som kontrollerede transaktioner, da de som udgangspunkt kan kontrollere de vilkår og priser der knytter sig til aftalen. For at komme denne problemstilling til livs, anvendes der internationalt et princip der kaldes armslængde. Kort fortalt, betyder armslængde, at der skal handles på samme vilkår og til samme priser, som uafhængige parter ville have gjort. Armslængdeprincippet er forklaret yderligere senere i afhandlingen.

2.1 OECD

OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) er en international organisation hvis primære formål er at fremme og forbedre områder som økonomisk politik og samfundsøkonomi på tværs af medlemsstaterne⁸. Set med danske briller, er medlemskabet en væsentlig faktor, da Danmark anses for at være ligesindet og på lige fod med de andre lande, der alle er væsentligt større og med væsentligt tungere økonomi.

2.1.1 Modeloverenskomst

Hovedformålet med OECD's modeloverenskomst, er at undgå, eller så vidt muligt at begrænse, international dobbelt- eller dobbelt-ikke-beskatning⁹.

Den stigende globalisering og multinationale koncerner der opererer på tværs af mange grænser, øger risikoen for skatteproblematikker. I takt med dette, stiger kravet til, at OECD's modeloverenskomst kan håndtere og vejlede globale virksomheder, samt skattemyndigheder.

⁷ SKAT Juridisk vejledning, C.D.11.2.1.2 "Hvorfor bruges armslængdeprincippet"

⁸ OCED Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations prefix

⁹ OCED Model Tax Convention on income and capital, prefix

Dette muliggøre også at landende internt mellem hinanden, kan udarbejde dobbeltbeskatningsoverenskomster, så der allerede på forhånd er aftalt beskatningskompetencer på visse indkomster og kapital. Modeloverenskomsten er anvendelig på personer der er hjemmehørende i en eller flere stater, jf. OECD's modeloverenskomst art. 1.

Modeloverenskomsten indeholder en række artikler, der alle vedrører forskellige former for indkomst og kapital. Det er modeloverenskomsten artikel 9, der danner det grundlæggende fundament til Transfer Pricing reglerne. Det er de tilhørende kommentarer til hver artikel, samt Transfer Pricing Guidelines¹⁰, der er fortolkningsbidraget når beskatningsretten skal fordeles.

Det er vigtigt at understrege i den forbindelse, at OECD's modeloverenskomst, samt tilhørende Guidelines, ikke i sig selv er formelle retskilder, men derimod skal anses for værende en hjælp til fordeling af beskatningsretten, såfremt de pågældende lande har intern hjemmel. I Dansk ret er dette primært Ligningsloven § 2, dette vil blive nærmere redegjort i afsnit 2.2.

Modeloverenskomsten skal yderligere anvendes ved udarbejdelse og fortolkning af de dobbeltbeskatningsoverenskomster der udarbejdes af kontraherende stater.

Ved udarbejdelsen af OECD's modeloverenskomst og guidelines, ønskede OECD at formuleringen skulle være så præcis som mulig, samt at tilgangsmåden skulle være realistisk og pragmatisk anvendelig¹¹. På trods af dette, er de ofte blevet kritiseret for at være vage i definitionen, og generelt ikke konkrete nok. Udfordringen ligger i at skabe nogle rammer, der i princippet skal kunne anvendes på alle skattemæssigt relevante situationer, både nu og fremover.

Netop den, til tider, lidt for upræcise formulering, kan ofte resultere i fortolkningsuoverensstemmelser mellem skattemyndighederne og multinationale koncerner.

Det ønsker alle parter at komme til livs, og netop dette er en af de væsentligste grunde til at OECD løbende opdatere og præciserer deres artikler.

¹⁰ OCED Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations

¹¹ OCED Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations prefix

Hver opdatering er baseret på kommentarer og inputs fra interesseorganisationer, skattemyndigheder, rådgivningsvirksomheder og multinationale koncerner. Det er med til at skabe konsensus omkring den endelige udgave af materialet.

Udfordringen for OECD ligger ligeledes i, at skabe vejledning der er præcis nok til at kunne anvendes af skattemyndigheder, men ikke så præcist og specifikt at multinationale koncerner kan mene at de ikke er relevante for deres forretningsopbygning og set up. Netop balancen mellem disse forhold, har været den største udfordring for OECD, da ingen multinational koncern har en sammensætning der er ens og alle involverede interessenter vil gøre hvad der er bedst for dem selv.

2.1.2 Modeloverenskomsten artikel 9

Artikel 9 i modeloverenskomsten danner grundstenene for Transfer Pricing reglerne. Det følger af art. 9, at transaktioner der er foretaget intern mellem koncernforbundne parter, altså associerede foretagender, skal udøves på lige fod, som var de foretaget med en ekstern part. Dette er definitionen af armslængde princippet, der bliver gennemgået yderligere i afsnit 2.2.

Artikel 9 definerer også hvornår der er tale om associerede foretagender. Det følger af artiklens stk. 1, at;

- *a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or*
- *b) The same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State.*¹²

Det er altså afgørende at et selskab har bestemmende indflydelse på et andet selskab, i en anden stat. Det kan yderligere være afgørende om det ene selskab har majoriteten af kontrol eller finansiering i det andet involverede selskab.

¹² OECD Model Tax Convention on income and capital, 2014, s. 29

Endvidere følger det, at aftale indgået mellem associerede foretagender skal være på armslængdevilkår, som uddybet i afsnit 2.2.

Yderligere skal det påpeges, at det følger af art. 3, stk. 1, litra C i modeloverenskomsten at et foretagende i denne sammenhæng, ikke nødvendigvis er et decideret selskab. Det henvises derimod til en bredere fortolkning, hvor det blot er et krav at der udøves ”enhver forretningsmæssig virksomhed”.

2.1.3 Transfer Pricing Guidelines

Grundet artikel 9's kompleksitet, har OECD udformet en separat guideline, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, der skal benyttes sammen med modeloverenskomsten som et fortolkningsbidrag. Som titlen henviser til, er det intentionen at Transfer Pricing skal kunne forstås og fortolkes på lige fod, både for skattemyndigheder og for multinationale koncerner. Den nuværende udgave af guidelines stammer fra 2010, men er blevet udviklet konstant siden første udgave i 1979. Det er netop disse løbende opdateringer, samt samarbejdet mellem alle interessenter, der er resulteret i udviklingen af armlængdeprincippet.

2.2 - Armlængdeprincippet

Når uafhængige parter med modsatrettede interesser handler med hinanden, ønsker hver part den bedste aftale for dem selv. Derfor er de nødsaget til at forhandle, hvilket resulterer i at de handler på markedsvilkår. At handle på markedsvilkår, er det samme som at handle på armlængde. Når en virksomhed handler internt med sig selv, forsvinder de naturlige markeds kræfter, og virksomheden har ikke nødvendigvis modsatrettede interesser i selve transaktionen mere. Når virksomheden handler internt på tværs af grænser, kan der være flere incitamenter til ikke at handle på armlængdevilkår. Det kan bl.a. være pga. selskabsskat eller told. På baggrund af manglende markeds kræfter og ændringen af incitamenterne i transaktionerne, bygger armlængdeprincippet på det OECD kalder ”Seperate Entity approach”, som betyder at enhederne i en multinational koncern, hypotetisk bliver set som uafhængige af hinanden.¹³

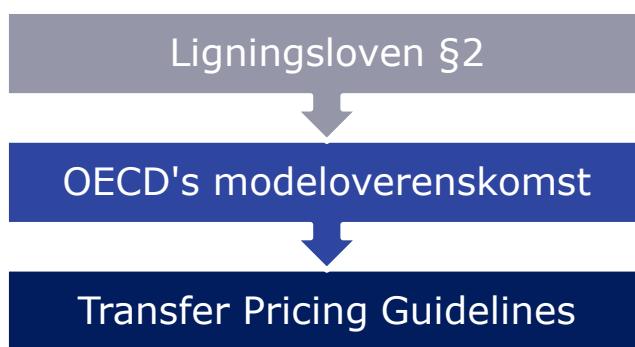
¹³ Skats juridiske vejledning C.D.11.2.1.2

Armslængdeprincippet er et gennemgående princip i transfer pricing, og er defineret i OECD's modeloverenskomst artikel 9. Armslængdeprincippet, har til formål at neutralisere nogle af de manglende incitamenter, som koncernforbundne selskaber kan have. Armslængdeprincippet kan derfor beskrives som at koncerninterne transaktioner mellem koncernforbundne parter skal foregå på vilkår og priser, som ville være indgået mellem uafhængige parter. Ud over at definere armslængdeprincippet, giver artikel 9 også hjemmel til at justere i den skattepligtige indkomst i de tilfælde, hvor kontrollerede foretagender ikke har handlet på armslængdevilkår¹⁴

OECD har efterfølgende udgivet Transfer Pricing Guidelines, hvilket er en uddybelse til artikel 9 og som bruges som fortolkningsbidrag for både skattemyndigheder og multinationale koncerner.

2.2.1 – Armslængdeprincippet i dansk ret

Armslængdeprincippet er i intern dansk ret, reguleret i Ligningslovens § 2, stk. 1. Af bestemmelsen fremgår det, at bl.a. koncernforbundne virksomheder, som er skattepligtige i Danmark, skal anvende priser og vilkår ved nationale og internationale kontrollerede transaktioner, som kunne være afsluttet mellem uafhængige parter.



Figur 1: Armslængdeprincippet

Bestemmelsen finder anvendelse på prisfastsættelsen og vilkår på interne handelsmæssige og økonomiske transaktioner. Bestemmelsen finder derfor ikke anvendelse på prisfastsættelsen af selskabsretlige forretningsmæssige beslutninger, som udbytter og kapitalforhøjelser¹⁵.

¹⁴ OECD Model Tax Convention on income and capital, 2014, s. 183

¹⁵ SKATs Juridiske vejledning, C.D.11.13.1

Det kan konstateres i forarbejderne til LL § 2, at bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med OECD's art. 9 i modeloverenskomsten og OECD's transfer Pricing Guidelines.¹⁶

Da LL § 2 ikke er særligt uddybende, samt det faktum transfer pricing og herunder armslængdeprincippet er et komplekst område, er det nødvendigt at anvende Guidelines som fortolkningsbidrag.

2.3 – Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)

Da denne afhandling omhandler det opdaterede kapitel 9, er det relevant at undersøge, hvad der ligger bag opdateringen af det nye kapitel, samt at nærmere forstå formålet med opdateringen. En central årsag til opdateringen, er BEPS projektet, som er startet gennem et samlet politisk initiativ i G20 landene, og realiseret i OECD.

Gennem mange år har globaliseringen gjort handel på tværs af landegrænser nemmere. Det har betydet at multinationale koncerner kan sælge deres varer til et stigende antal forbrugere, såvel som virksomheder. Det har også betydet at antallet af interne transaktioner i multinationale koncerner er steget markant. Multinationale koncerner, som handler på tværs af landegrænser har derved fået mulighed for at udnytte forskellige landes lovgivning til skatteplanlægning, og der er set talrige eksempler på sådanne udnyttelser¹⁷. Derfor betyder det også fortsat mere, hvis transfer pricing guidelines ikke er tilstrækkeligt opdateret, til at sikre armslængdeprincippet opretholdes. G20 landene og OECD identificerede 15 konkrete områder, og offentliggjorde en rapport om BEPS projektet i juli 2013, som skulle belyse de områder, hvor landene regulerer, eller reformerer, for at kunne forhindre virksomheder i at foretage aggressiv skatteplanlægning. Flere af disse indsatsområderne var specifikt rettet mod transfer pricing området. Rapporten blev blåstemplet i september 2013 af G20 landenes ledere, og endeligt i oktober 2015 kom anbefalingerne fra OECD på de 15 indsatsområder¹⁸.

¹⁶ International skatteret - i et dansk perspektiv, Michael Tell mfl. 2015, s. 301

¹⁷ <http://www.dr.dk/nyheder/penge/skat-snydt-milliarder-af-77-multinationale-koncerner>

¹⁸ Aligning TP outcomes with value creation actions 8-10 s. 3

Et af målene med anbefalingerne i BEPS, er at give landende værktøjer til at beskatte profitten der hvor virksomhedernes økonomiske aktivitet skaber profitten. Man har således fra politisk side ønsket at forhindre, multinationale koncerner i at overføre profit til lande, hvor de stort set ikke har nogen aktivitet. Da analysen bygger på det nye kapitel 9 i guidelines, er specielt action 8-10 i BEPS relevante, og vil derfor blive kort gennemgået. Derefter vil der blive redegjort for opdateringerne af kapitel 1 og 6, i forbindelse med BEPS projektet.

Action 8-10 har fokus på immaterielle aktiver, risici og kapital og højrisko transaktioner. I forlængelse af ovenstående forklaring, er målet med indsatsområderne, at sikre, at transfer pricing strukturen i en transaktion stemmer overens med der, hvor værdien bliver skabt.

2.3.1 Action 8 – Immaterielle aktiver

Indsatsområdet vedrørende action 8 handler specifikt om immaterielle aktiver. Formålet er at undgå at flytte immaterielle aktiver imellem enheder, så profitten fra udnyttelsen af et immaterielt aktivt bliver beskattet et andet sted end der, hvor udnyttelsen finder sted, eller skaber værdi, hvilket er særligt relevant ved omstruktureringer. OECD er kommet med følgende anbefalinger til at forhindre dette¹⁹:

Action 8

- Lav en klar og bred definition af IP
- Sikre, at profit associeret med IP bliver beskattet hvor værdien skabes
- Udvikle regler for overførsler af hard to value IP
- Opdaterer vejledning om omkostningsdeling

Disse anbefalinger har resulteret i et opdateret kapitel IX i guidelines, og vil blive gennemgået i afsnit 2.5.

¹⁹ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting s. 20 (Action 8)

2.3.2 Action 9 – Risici og kapital

Action 9 omhandler risici og kapital. OECD's formål med dette indsatsområde, er at forhindre, at risici, eller overdreven kapital flyttes til enheder inden for en koncern, som ikke ville være sket mellem uafhængige parter. Det er målet at enheder som kun kontraktuelt har påtaget risici, eller ydet kapital kun får forholdsmæssig compensation i forhold til enhederne ikke har reel aktivitet. Det skal altså sikres at der, hvor den reelle risiko er, bliver kompenseret på armslængdevilkår²⁰.

2.3.3 Action 10 – Andre højrisiko transaktioner

Action 10 har til formål at forhindre, at transaktioner, som kun sjældent, eller slet ikke ville foretages mellem uafhængige parter foretages af enheder i multinationale koncerner. OECD nævner transaktioner i forbindelse med globale værdikæder, ledelsesomkostninger og andre lav værdiskabende services som eksempler på transaktioner, som i nogle tilfælde kan bruges til at udvande skattebasen og flytte profit til andre lavt skattelande²¹.

2.4 Kapitel I

BEPS actions 8-10 har formelt materialiseret sig i OECD BEPS action 8-10 fra 2015 og specielt kapitel I, hvor afsnit D er blevet erstattet af en præciseret sektion D. Den præciserede sektion D omhandler flere områder, men specielt D.1, som omhandler identificering af kommercielle og finansielle relationer, samt D.2, som omhandler anerkendelse af selve transaktionen har relevans for det nye kapitel 9, og vil derfor blive gennemgået og analyseret.

2.4.1 Identifikation af kommercielle og finansielle relationer

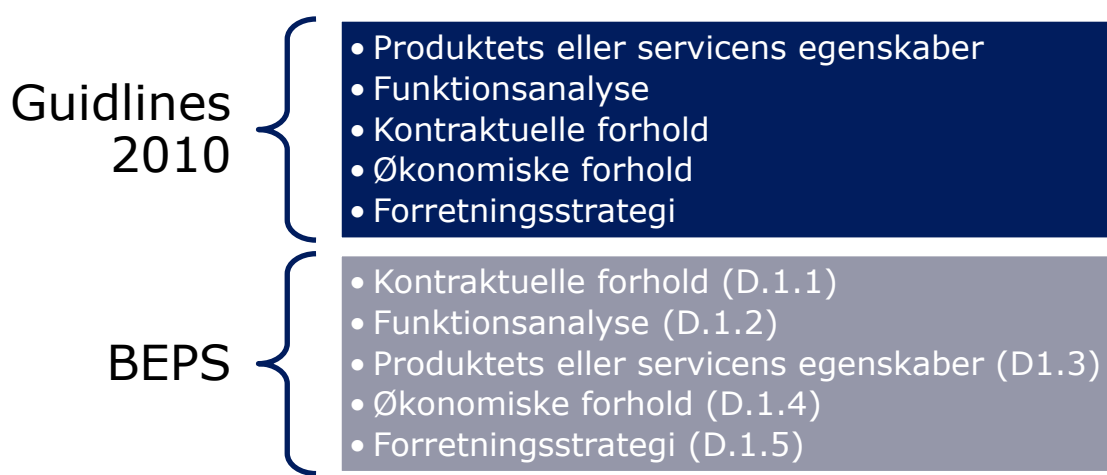
Den præciserede sektion D ligger stadig vægt på, at vejledningens omdrejningspunkt er sammenlignelighedsanalysen. Ligesom i den gamle vejledning er anvendelsen af armslængdeprincippet baseret på en sammenligning mellem priser og vilkår anvendt i en kontrolleret transaktion, mod en sammenligning af priser og vilkår anvendt i en transaktion mellem uafhængige parter. Selve analysen kan deles i to. Først og fremmest er det vigtigt at identificere de kommercielle og finansielle relationer, samt de relevante betingelser og finansielle forhold, for at kunne afgrænse transaktionen.

²⁰ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting s. 20 (Action 9)

²¹ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting s. 20 (Action 10)

Dernæst er det vigtigt for armslængdeprincippet's anvendelse, at transaktionen sammenlignes på samme vilkår og økonomiske betingelser som en lignende transaktion mellem uafhængige parter²².

For at kunne foretage en præcis analyse, er det nødvendigt, at have bredt kendskab til industrien, og den sektor som virksomheden operer i. Det er specielt nødvendigt når sammenlignelighedsanalysen skal foretages på lignende transaktioner mellem uafhængige parter²³.



Figur 2: Sammenlignelighedsanalyse TPG 2010 og BEPS

Der findes forskellige prisfastsættelsesmetoder inden for transfer pricing, men specielt CUP metoden, er anerkendt for at kunne leve op til ovenstående. I praksis kan det dog være en udfordring at skaffe nok data om præcis lignende transaktioner mellem uafhængige parter.

2.4.2 Sammenlignelighedsanalyse

2.4.2.1 Kontraktuelle forhold

Som udgangspunkt vil de interne transaktioner være aftalt i formelle kontrakter. I det præciserede kapitel 1, er det derfor nødvendigt for anvendelsen af armslængdeprincippet, at de kontraktuelle forhold går forud for resten af sammenlignelighedsanalysen.

²² OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 42 pkt. 1.34

²³ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 42 pkt. 1.35

De kontraktuelle forhold kan bl.a. give et indblik i, hvilke vilkår, rettigheder, risici og forpligtelser der ligger forud for prisfastsættelsen, og kan derfor være afgørende for at kunne afgrænse transaktionen. De aftalemæssige forhold kan ikke alene holdes til grund for prisfastsættelsen, og derfor er funktionsanalysen og produktets/servicens egenskaber også central for sammenligningen.

Der kan være situationer, hvor den formelle kontrakt ikke følges, og hvor enhederne agerer anderledes. Derfor er den egentlig adfærd i transaktionen meget vigtig, og i anbefalingerne i guidelines ville den faktiske adfærd også have en højere vægt end, hvad der formelt er blevet aftalt i kontrakten²⁴. Dette er præciseret ved BEPS projektet som har resulteret i en ændring i rækkefølgen i sammenlignelighedsanalysen.

2.4.2.2 Funktionsanalyse

Da uafhængige parter normalt kompenseres efter hvilke reelle funktioner de hver især yder, er det ikke fyldestgørende at kun sammenligne kontraktsvilkår som beskrevet ovenfor. Derfor er det nødvendigt at foretage en funktionsanalyse for at afgrænse transaktionen, så den kan sammenlignes med en transaktion mellem uafhængige parter. Målet med funktionsanalysen bliver derfor at identificere de relevante økonomiske aktiviteter, påtagede ansvar, aktiver udnyttet og mulige risici ved transaktionen²⁵, hvilket er især relevant for omstruktureringer og den senere omtalte case i afsnit 3.

2.4.2.3 Analyse af risici i den kommercielle eller finansielle relation

Guidelines vejledning om risiko er flyttet fra kapitel IX til kapitel I, og derfor fylder risiko en større del af sammenlignelighedsanalysen. Derfor er funktionsanalysen fyldestgørende uden at de relevante risici er blevet identificeret²⁶. OECD har udviklet følgende fremgangsmåde til at analysere risiko i en kontrolleret transaktion²⁷:

²⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 46 pkt. 1.45

²⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 46 pkt. 1.51

²⁶ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 49, pkt. 1.56

²⁷ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 49, pkt. 1.60

Risiko

- Identifikation af særlige økonomiske risici med specifikation
- Identificere hvordan specifikke økonomiske risici er reguleret i kontrakten
- Hvordan parterne operer og styrer risiciene, hvem der reelt styrer risikoen og tager beslutninger i relation hertil
- Undersøge i relation til de i step 2-3 fundne informationer, om de i virkeligheden påtager sig risici gennem kontrakten
- Hvis parten der i step 1-4 påtager sig risikoen, men ikke kontrollerer den, eller har finansiell kapacitet til at påtage sig den, skal der ske risikoallokering
- Foretage en vurdering af prissætningen ift. den risiko der er forbundet med transaktionen

2.4.2.4 Produktets eller servicens egenskaber

Et produkts eller en services egenskab, og forskellen i disse, udmønter sig ofte i en forskellig markedspris. Derfor er det relevant at sammenligne, hvorledes nogen produkter minder om genstanden for den interne transaktion, eller om et lignende produkt kan udfylde samme egenskaber. Parametre som kvalitet, tilgængelighed, udbud og design vil være afgørende for at undersøge for at foretage en analyse af produktets egenskaber²⁸.

I praksis afhænger analysen om, hvilken prisfastsættelsesmetode der er mulig. Hvis man ikke kan finde sammenlignelige produkter, kan det være svært at have nok data til at anvende CUP metoden, så kan man f.eks. være nødsaget til at anvende bruttoavance metoderne²⁹.

Immaterielle aktiver kan være svære at sammenligne, og i det tilfælde er det mere relevant, hvilken type immaterielt aktiver der er tale om, samt hvor længe man har retten, og i hvilken grad man kan udnytte den³⁰. Immaterielle aktiver vil blive behandlet yderligere ved gennemgangen af det opdaterede kapitel 6.

²⁸ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 49, pkt. 1.107

²⁹ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, pkt. 1.108

³⁰ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, pkt. 1.107

2.4.2.5 Økonomiske forhold

Armslængdeprisen på sammenlignelige produkter eller services kan variere afhængigt af forskellige markeder. Derfor er der en dels en geografisk sondring, men sondringen er også vigtigt for at identificere substituerende produkter eller services. Af parametre i forhold til de økonomiske forhold giver OECD følgende eksempler: geografisk lokation, markedets størrelse, konkurrenceforhold, mængden af substituerende varer og services samt udbud og efterspørgsel³¹. Geografisk placering er et relevant økonomisk forhold, da der kan være stor forskel på at handle på et marked, som minder om hjemmemarkedet, mod et marked domineret af ulande som f.eks. Afrika, hvor det generelle prisniveau er lavere end i-lande.

2.4.2.6 Forretningsstrategi

For afgrænse den kontrollerede transaktion, og dermed at have et mere korrekt sammenligningsgrundlag, er analyse af forretningsstrategien nødvendig. Forretningsstrategier kan være årsag til usædvanlige vilkår i kontrakten, eller en lavere transferpris. I en situation hvor enheden prøver at penetrere et nyt marked, kan prisen være lavere en sammenlignelige produkter for at vinde markedsandele. Et andet eksempel kunne være forhøjede omkostninger ved udbygning af markedsandele, og derved en lavere profit³².

Der er ikke nogen specifik tidsgrænse for lang tid en enhed må køre med en penetrerings strategi, men i forhold til BEPS, er det netop et emne som er relevant, og det er potentielt et af de områder der kan misbruges til at udvande skattebasen.

Ovenstående fremgangsmåde vil blive anvendt, når omstruktureringen i casen skal analyseres.

2.4.3 Anerkendelse af transaktionen

Resultatet af ovenstående vejledning, skulle gerne have identificeret substansen af de kommercielle og finansielle relationer mellem parterne, samtidig vil den have afgrænset og analyseret de relevante økonomiske parametre for den konkrete transaktion, hvor målet er at transaktionen skal være på armslængdevilkår³³.

³¹ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, pkt. 1.110

³² OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, pkt. 1.115

³³ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, pkt. 1.119

Selve transaktionen skal gerne, formelt være styret af en kontrakt, og de formelle vilkår i kontrakten skulle gerne være blevet belyst i analysen. Det er dog vigtigt for anerkendelsen, at den faktiske adfærd stemmer overens med kontrakten, da den faktiske adfærd vil have større betydning for anerkendelsen³⁴.

Såfremt analysen er foretaget korrekt, og der findes sammenlignelige transaktioner mellem uafhængige parter, vil transaktionen anerkendes. Det betyder samtidig ikke at transaktionen ikke kan anerkendes, hvis der ikke findes sammenlignelige transaktioner. Det alt afgørende, er at transaktionen foretages på vilkår og priser, som ville være aftalt mellem uafhængige parter³⁵. Dette gælder også for transaktioner der udspringer af omstruktureringer.

2.5 Kapitel VI

Kapitel VI i Transfer Pricing Guidelines, er udarbejdet med specifikt fokus på håndteringen af immaterielle aktiver, også kendt som ”Intangible Property” (også kaldet IP). Kapitel VI er blevet opdateret i forbindelse med BEPS projektet, der blev beskrevet i afsnit 2.3. I den forbindelse udgav OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, som et led i BEPS initiativet, der skal assistere i at identificere IP.

2.5.1 Identificering af immaterielle aktiver

I Transfer Pricing Guidelines anses et immaterielt aktiv for, at være ”*et aktiv der hverken er fysisk eller finansielt, der kan ejes eller kontrolleres til kommercielt brug, samt at dets brug ville være blevet kompenseret hvis det havde indgået i en transaktion mellem uafhængige parter*”³⁶. Det kan derfor være svært at håndtere IP i transfer pricing sammenhæng, da definitionen kan fortolkes meget bredt.

IP kan i den forstand derfor være patenter, trademarks, design og produktmodeller, men også intellektuel ejendom såsom know-how kan falde under kategorien.

Listen er ikke udtømmende, som vi kender det fra Dansk ret³⁷, da regelsættet skal kunne anvendes i fremtidige situationer.

³⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, pkt. 1.120

³⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, pkt. 1.122

³⁶ Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, s. 28, pkt. 6.6

³⁷ Bekendtgørelse af lov om skattemæssige afskrivninger, LBK nr. 1147, Afskrivningsloven §40, stk. 2.

OECD har nævnt en række immaterielle aktiver der oftest vil være omfattet³⁸:

- **Patents**
 - Patenter sikrer den juridiske ejer, rettigheden over aktivet.
- **Know-how and trade secrets**
 - Viden der som udgangspunkt ikke er beskyttet af lovgivning, men giver indehaveren en forretningsmæssig fordel.
- **Trademarks, trade names and brands**
 - En kommerciel værdi, der oftest er beskyttet juridisk.
- **Rights under contracts and government licences**
 - En rettighed bestemt af en offentlig kontrakt
- **Licences and similar limited rights in intangibles**
 - En rettighed der kan være begrænset af tid eller sted.
- **Goodwill and ongoing concern value**
 - Goodwill vil oftest repræsentere en fremtidig værdi eller nytte man forventer at udnytte.
- **Group synergies**
 - En synergi vil oftest blive opnået når koncernen er af en hvis størrelse, og derfor oplever en form for stordriftsfordele
- **Market specific characteristics**
 - Specifikke egenskaber ved det pågældende marked, kan være kunders købekraft eller lign.

Det er i den forbindelse vigtigt at påpege at, IP i den forstand ikke behøvet at være beskyttet af lovgivning (f.eks. patent) eller af en aftale, før det kan defineres som et immaterielt aktiv. Hvis det alligevel finder sted, er det kun med til at påpege at det netop er et immaterielt aktiv.

I forbindelse med BEPS opdateringen af kapitel VI, blev der øget fokus på at identificere hvem der har kontrol og risiko af IP, samt et øget fokus på, hvad uafhængige parter ville have gjort i samme situation.

³⁸ Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, s. 33, pkt. 6.19

Principperne fra kapitel I gælder ved overførsel af IP, som ved andre transfer pricing transaktioner, så det er i den forbindelse yderst relevant at foretage en sammenlignelighedsanalyse, samt herunder en funktionsanalyse. Dette gøres for at identificerer hvor kontrollen og risikoen ligger i forbindelse med overførsel af IP, da dette ofte kan være svært at definere, set udefra, i internationale koncerner.

2.5.2 IP i Transfer Pricing Guidelines

Når det skal vurderes om en transaktion mellem koncernforbundne parter er sket i overensstemmelse med armlængdeprincippet, er der en række faktorer der er vigtige at fokusere på i forbindelse med sammenligneligheds og funktionsanalysen.

Det følger af OECD's Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.4;

- (i) *the identification of specific intangibles*
- (ii) *the legal ownership of intangibles;*
- (iii) *the contributions of MNE group members to their development, enhancement, maintenance, protection and exploitation; and*
- (iv) *the nature of the controlled transactions involving intangibles including the manner in which such transactions contribute to the creation of value*³⁹

Det er på baggrund af dette, at det kan vurderes om armlængdeprincippet er overholdt, sammen med det framework i næste afsnit. Især punkt III omhandlende DEMPE funktioner, da man ved en analyse af disse, få et bedre overblik over hvem der egentlig har ejerskabet og kontrollen af det immaterielle aktiv, samt hvem der har den økonomiske risiko. DEMPE vil blive gennemgået yderligere i punkt 2.5.5.

2.5.3 IP i BEPS

OCED har i forbindelse med BEPS initiativet opsat et framework der anbefales at anvendes, når man arbejder med immaterielle aktiver⁴⁰. Det består af seks steps, der alle skal bevirke at det immaterielle aktiv identificeres korrekt, og at transaktionen og prisen er konform med lovgivningen.

³⁹ OECD's Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, kap. VI, pkt. 6.4

⁴⁰ OECD BEPS action 8-10 2015, s. 74, pkt. 6.34

De seks steps er:

- I) Identificer det immaterielle aktiv, samt hvem der påtager de økonomiske risici ved DEMPE funktionerne.
- II) Identificer de kontraktuelle aftaler og det faktiske juridiske ejerskab.
- III) En funktionsanalyse, der belyser hvem der udfører og påtager sig risikoen ved DEMPE funktionerne, samt hvem der har kontrollerende bestemmelse.
- IV) Redegør om den faktiske adfærd stemmer overens med de aftaler der er i kontrakterne, altså skal det vurderes om dem der påtager sig risikoen også har bestemmende indflydelse over den samme risiko, samt økonomisk kapacitet til at gøre dette.
- V) Identificer den faktiske kontrollerede transaktion der relaterer til DEMPE funktionen, på baggrund af det tidligere fastsatte faktiske ejerskab og kontrol.
- VI) På baggrund af de forrige steps, skal det her forsøges at fastsætte en armlængdepris.

Det syntes at være gennemgående, at når der skal vurderes immaterielle aktiver, lægges der vægt på hvordan uafhængige parter havde indgået i samme transaktion ved pågældende aktiv, både med hensyn til kontrakt, risiko og kontrol. Dette gælder også for omstruktureringer, hvilket vil blive analyseret i casen.

2.5.4 Hard to value intangibles

Der vil forekomme situationer hvor det pågældende immaterielle aktiv umiddelbart ikke har et sammenligneligt produkt, eller at værdisætningen af aktivet på transaktionstidspunktet er usikkert. Det vil i disse tilfælde være tale om hard-to-value intangibles. Det er et begreb der dækker over immaterielle aktiver der er særdeles svære at værdiansætte, da de oftest ikke er færdigudviklet når transaktionen finder sted.

Her gælder der en særlig fremgangsmåde, der giver skattemyndighederne mulighed for at vurdere om armlængdeprincippet er overholdt ved at anvende den faktiske indkomst og indkomstallokering⁴¹.

⁴¹ OECD BEPS action 8-10 2015, s. 110, pkt. 6.192

2.5.5 DEMPE

Man benytter en analyse af DEMPE funktioner, når det skal vurderes hvem der påtager sig den egentlige økonomiske risiko, og at denne kompenseres korrekt efter armslængdeprincippet. Dette gøres ved at analysere udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og anvendelsen af det pågældende immaterielle aktiv⁴².

Det skal benyttes i forbindelse med en funktionsanalyse som et ekstra lag, og der skal som udgangspunkt udføres en funktionsanalyse af hver af de fem DEMPE funktioner, da en part i en multinational koncern kan stå for udviklingen af et immaterielt aktiv, mens en anden part kan stå for vedligeholdelsen.

Det skal sikre at associerede foretagender kompenseres efter armslængdeprincippet, da det ofte ses at funktioner outsources til andre associerede foretagender end den juridiske ejer af det immaterielle aktiv. Eksempelvis kan en part være registreret som contract manufacturer og angiveligt blot producere, men reelt set tilføre mere værdi til aktivet end hvad først antaget, og egentligt kunne sammenlignes med en full fledged. Dette er især relevant i forbindelse med omstruktureringer.

Det er i disse tilfælde vigtigt at se på hvad uafhængige gør i lignende transaktioner, hvilken betydningen funktionen har for værdiskabelsen, samt parternes realistiske muligheder⁴³. Altså skal den part der øger mest værdi til aktivet, modtage den største compensation.

Såfremt der ikke foreligger en åbenlys ejer af det immaterielle aktiv, eksempelvis ved en kontraktuel aftale, må det være den part der bestemmer over anvendelsen af aktivet (exploitation i DEMPE) og samtidig har kapaciteten til at forhindre andre i at anvende det, der anses for at være den juridiske ejer.

DEMPE funktioner uden kontrol over risiko i forhold til de immaterielle aktiver, bliver altså aflønnet med en andel i den forventede indtjening, hvorimod DEMPE funktioner der har kontrol over risikoen i forhold til de immaterielle aktiver, bliver aflønnet med en andel i den faktiske indtjening⁴⁴.

⁴² OECD BEPS action 8-10 2015, s. 77, pkt. 6.47

⁴³ OECD BEPS action 8-10 2015, s. 79, pkt. 6.52

⁴⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.69

2.6 Kapitel IX

Kapitel IX i OECD's Transfer Pricing Guidelines behandler omstruktureringer i multinationale koncerner, og skal medvirke til at alle parter i omstruktureringen, så vidt muligt, bliver kompenseret korrekt⁴⁵.

Der findes ikke en lovmæssig eller universel definition af, hvad der anses for at være en omstrukturering⁴⁶. Det vil dog oftest være tale om en omstrukturering, når multinationale koncerner reorganiserer sine økonomiske eller kommercielle interesser med andre koncernforbundne parter på tværs af landegrænser. Dette inkludere opsigelser eller genforhandlinger af nuværende arrangementer eller kontrakter, måtte dette være på grund af en tredjepart eller ej⁴⁷.

Det nuværende kapitel IX stammer fra 2010, og er forsøgt strømlinet ved hjælp af arbejdsgrupper og interessenter igennem årene. Dette er resulteret i et opdateret kapitel IX. Omstruktureringer i multinationale koncerner sker oftere og oftere, både for at maksimere synergi effekten, øget stordriftsfordele, strømline styringen af koncernen, eller for at effektiviserer supply-chain funktionen⁴⁸.

Yderligere ses det oftere, at der omstruktureres immaterielle aktiver eller risici, da man ønsker at flytte pågældende til f.eks. en producent eller distributør.

Det er vigtigt i denne sammenhæng at pointere, at der ikke altid ligger et direkte skatteoptimerings rationale bag en omstrukturering, og at en omstrukturering kan forekomme udelukkende på baggrund af at man vil centralisere eller decentralisere sin koncern⁴⁹. Det kan også være tilfældet at man er nødsaget til at omstrukturere for at begrænse tab på et marked, enten grundet overkapacitet eller konjunkturudsving. Fælles for alle situationer er dog, at de i alle tilfælde skal kompenseres i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

⁴⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, prefix

⁴⁶ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 4, pkt. 9.1

⁴⁷ Conforming Amendments – Chapter IX Transfer Pricing Guidelines, s. 3, pkt. 9.1

⁴⁸ Conforming Amendments – Chapter IX Transfer Pricing Guidelines, s. 3, pkt. 9.4

⁴⁹ Conforming Amendments – Chapter IX Transfer Pricing Guidelines, s. 3, pkt. 9.3

Uagtet hensigterne med omstruktureringen, bliver profit eller tab oftest altid ændret hos begge koncernforbundne parter, som en konsekvens af dette. Hvis ikke med det samme, så indenfor en årrække. Netop profit eller tab der først bliver realiseret efter en årrække, gør det udfordrende at sikre at kompensationen ved omstruktureringen er sket efter armslængdeprincippet.

Yderligere opstår der et paradoks, da omstruktureringer oftest sker på baggrund af, hvad der vurderes bedst for den multinationale koncern som helhed, om dette måtte resultere i underskud på et enkelt marked eller ej. Omvendt så er udgangspunktet i transfer pricing guidelines, at behandle juridisk forbundne som enkeltstående, også kendt som separate entity approach⁵⁰, for at vurdere om armslængdeprincippet er opfyldt efter hvad uafhængige parter havde gjort i samme situation. Det er overgangen fra teori til praksis, som OECD forsøger, at gøre så gnidningsfri som muligt.

2.6.1 Kapitel XI 2010

Omstrukturering

Når der skal vurderes om betingelserne omkring en omstrukturering i en multinational koncern har fundet sted på armslængdevilkår, tages der udgangspunkt i sammenlignelighedsanalysen. Især de funktioner og aktiver der er blevet anvendt, samt den påtagede risiko af hver part, er vigtig i denne sammenhæng.

Yderligere er det relevant at se på de kontraktuelle forhold mellem parterne, samt de økonomiske forhold på de respektive markeder og hver parts forretningsstrategi⁵¹.

Såfremt der findes ukontrollerede transaktioner, der potentielt kan sammenlignes, skal sammenlignelighedsanalysen også tage hensyn til, om selve analysen skal justeres for at øge pålideligheden. Dette kan gøres ved at tage hensyn til de omkringliggende faktorer, såsom de materielle forskelligheder i de pågældende transaktioner der er involveret⁵². Der vil oftest forekomme situationer, hvor det ikke lykkedes at finde transaktioner der er sammenlignelige. Dette betyder ikke i sig selv at transaktionen ikke er på armslængde, men det skal under alle omstændigheder stadig vurderes om den er.

⁵⁰ OCED Transfer Pricing Guidelines, preface, s. 18

⁵¹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, s. 15, pkt. 9.50

⁵² OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, s. 15, pkt. 9.51

Dette gøres ved at analysere hvorvidt uafhængige parter havde indgået i samme transaktion på samme vilkår. Herunder analyseres selve omstruktureringen, aktiver og risici, både før og efter selve transaktionen. Yderligere er det vigtigt at analysere på selve begrundelsen for omstruktureringen, samt hvilke fordele eller ulemper der forventes, som et resultat af denne, både isoleret set, men også set i forhold til stordriftsfordele. Set i lyset af disse to dele, skal det vurderes om der ville være andre realistiske muligheder for parterne, til at opnå det samme⁵³.

Hvorvidt uafhængige parter havde indgået i samme transaktion, kan være svært at vurdere. Omstruktureringer kan være alt fra globalt omfattende, til helt mindre operationer. Der kan være involveret flere parter end to, og præmisserne er aldrig ens.

Som tidligere nævnt i afsnit 2.6, opstår der en problemstilling hvis man anskuer en transaktion baseret på ”seperate entity approach”, men rationalet bag en omstruktureringen er begrundet ved stordriftsfordele eller synergieffekten. Det i den sammenhæng netop vigtigt at påpege, at omstruktureringer ikke altid finder sted for at minimere skattebetalingerne, men kan ske på baggrund af ønsket om at opnå synergieffekt i koncernen.

Derfor skal begrundelsen for omstruktureringen inddrages, når det skal vurderes om armslængdeprincippet er opfyldt. OECD anbefaler i den sammenhæng at disse synergieffekter skal dokumenteres så vidt muligt, for at underbygge rationalet bag omstruktureringen og lægger altså bevisbyrden på den multinationale koncern i denne sammenhæng⁵⁴.

Det faktum at en omstrukturering begrundes ved, at der kan opnås synergieffekt, er i sig selv ikke ensbetydende at det er i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Det er stadig et krav at hver betingelse mellem de juridiske enheder evalueres⁵⁵.

⁵³ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, s. 15, pkt. 9.52

⁵⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, s. 15, pkt. 9.57

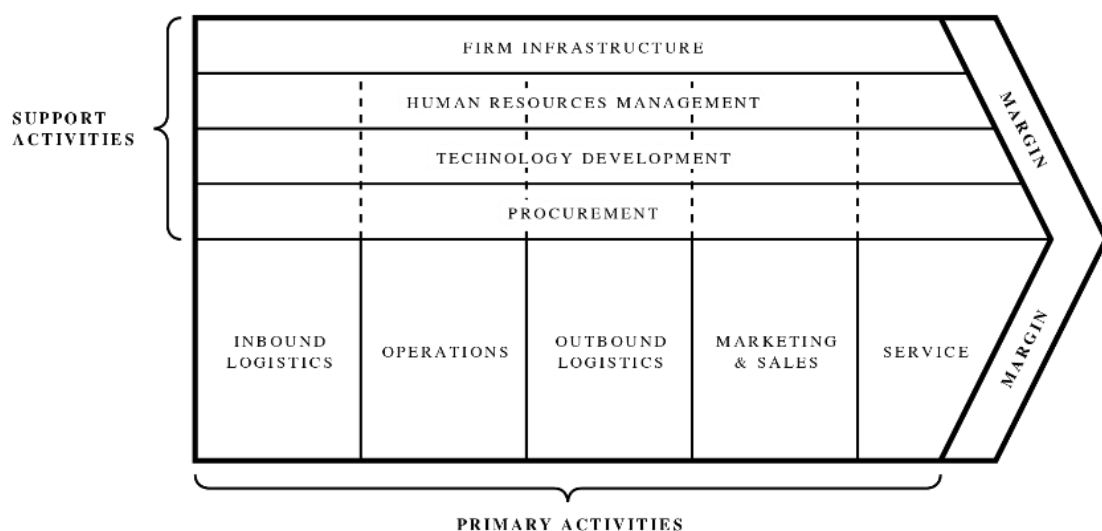
⁵⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, s. 18, pkt. 9.63

2.6.2 Funktioner

Når der sker omstruktureringer i multinationale koncerner, kan det være funktioner der bliver flyttet mellem de forskellige juridiske enheder. Det er derfor relevant i den forbindelse, at definere hvad en funktion er, og kan være, som et led i at vurdere, om der egentlig er sket en reel omstrukturering. I den forbindelse, er det også vigtigt at være opmærksom på, at listen ikke vil være udtømmende, da de globale markeder konstant er i bevægelse og udvikling. Det kan derfor være nødvendigt at læne sig op af den overordnede definition, fremfor en udtømmende liste.

Generelt set vil der være tale om en funktion eller en aktivitet som virksomheden udfører, når den i en eller anden sammenhæng skaber værdi for selve virksomheden, eller for det slutprodukt der produceres. Der kan i den forbindelse inddrages værdikæde-teori, fra Michael Porter⁵⁶.

Værdikæden fra Michael Porter er relevant at bruge i denne sammenhæng, da den både inddrager primære aktiviteter, så som distribution og produktion, men også støtte aktiviteter, eller det der i Transfer Pricing sammenhæng kendes som "low value-adding services", er inkluderet i værdikæden.



Figur 3: Supplychain

⁵⁶ Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance, Michael Porter, 1985

Selve Michael Porters udgave af værdikæden er udformet med 9 generiske kategorier, der alle i højere eller lavere grad er med til at tilføre slutproduktet værdi. I Transfer Pricing sammenhæng, kan situationen være, at hver funktion i værdikæden er lokaliseret på tværs af landegrænser. I den forbindelse tilfører hver enhed en forskellige værdi, påtager sig forskellig risiko, og skal derfor i sidste ende skal de kompenseres forskelligt.

De primære funktioner er som udgangspunkt dem der tilfører størst direkte værdi til selve slutproduktet. Dette skyldes at der er tale om funktioner, der alle direkte berører slutproduktet på en daglig basis, for eksempel ved distribution, produktion eller salg. De sekundære funktioner tilfører derimod den største indirekte værdi til slutproduktet. Der er i denne forbindelse tale om funktioner der ikke har direkte berøring med slutproduktet på daglig basis, men på trods af dette, ville det ikke være muligt at leverer et slutprodukt uden disse sekundære funktioner.

Her kan være tale om støtteaktiviteter, så som infrastrukturen på overordnet basis, human ressource management og teknologisk udvikling.

I den sammenhæng er det vigtigt at nævne know-how og lignende intellektuel ejendom, der falder under disse kategorier. Disse sekundære funktioner muliggøre de primære funktioner, og de er afhængige af hinanden, da de alle skaber værdi for slutproduktet.

Dermed ikke sagt, at den funktion der tilfører størst værdi til slutproduktet, nødvendigvis er den funktion der skal kompenseres højest i en transaktion eller ved en omstrukturering. Det er i den forbindelse ligeledes relevant at vurdere hvilken part der påtager sig størst risiko, og hvilke andre faktorer der har indflydelse og relevans for omstruktureringen.

Det kan være særdeles udfordrende at foretage en omstrukturering, samt kompensere denne ved armslængde, hvis der involveres hele aktiviteter der både indeholder en primær og en sekundær funktioner. Dette kan for eksempel være en produktionsenhed, der indeholder en produktudviklingsafdeling, herunder erfarende medarbejdere med værdifuld og enestående know-how. Altså en samlet funktion, der kan udøve en aktivitet og bærer den tilhørende risiko. Ved omstrukturering af sådan en igangværende enhed, ligger udfordringen i, at se de enkelt underliggende funktioner, såsom materielle og immaterielle aktiver, forpligtelser, udvikling mv.

Kompensationen for denne omstrukturering, skal afspejle alle disse individuelle elementer, på baggrunden af, hvad uafhængige parter ville have givet, altså ved armslængde⁵⁷.

I den forbindelse, er det dog vigtigt at påpege, at en korrekt armslængde kompensation, ikke nødvendigvis blot er summen af de nævnte enkelte elementer. Især hvis der forekommer flere sammenfaldende omstruktureringer på samme tid, hvor enkelte elementer muligvis overlapper, kan det i stedet være en fordel at vurdere funktionen som en samlet enhed. Det anbefales yderligere, at der kan benyttes værdiansættelsesmetoder som det kendes fra virksomhedsopkøb⁵⁸.

2.6.3 Aktiver

Da en enhed grundlæggende set kan bestå af mange aktiver, materielle som immaterielle, kan det være svært at definere udtømmende hvad et aktiv er i forbindelse med en omstrukturering.

Der er flere transfer pricing udfordringer ved prisfastsættelsen af både materielle og immaterielle aktiver, som vil blive belyst ved analysering af guidelines vejledninger herom.

2.6.3.1 Fysiske aktiver

Omstruktureringer kan omfatte flytning af fysiske aktiver til en udenlandsk enhed i en koncern, og det har derfor været relevant for OECD af lave vejledninger i forbindelse med omstruktureringer. Da fysiske aktiver regnskabsmæssigt har en fast værdi, som bliver afskrevet årligt, er det som hovedregel ikke problematisk at sætte transferprisen. Problematikken opstår ved prisfastsættelsen af varelageret, som både kan bestå af råvarer og færdigvarer⁵⁹.

I vejledningen bliver der foreslået forskellige prisfastsættelsesmetoder i den situation, hvor en enhed går fra at være fully fledged manufacturer og distributor, til at være en toll manufacturer og stripped distributor:

⁵⁷ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, s. 25, pkt. 9.93

⁵⁸ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, s. 25, pkt. 9.94

⁵⁹ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, pkt. 9.75

- Anvende CUP metoden til at finde sammenlignelige transaktioner med sammenlignelige råvarer og færdigvarer⁶⁰. Udfordringen ved denne metode, er som altid ved CUP metoden, at det kan være svært at finde fyldestgørende data.
- En metode til at prisfastsætte færdigvare, er at basere transfer prisen på den endelige salgspris, minus de omkostninger som den modtagende enhed har ved at sælge produktet. Det kunne f.eks. være marketing og distributions omkostninger⁶¹.
- En anden metode til at prisfastsætte råvarer end CUP metoden, er at starte med produktionsomkostningerne og tilføje en armslængde mark-up, som skal kompensere for de funktioner producenten ydede⁶².

2.6.3.2 Immaterielle aktiver

Ved omstruktureringer, som også omfatter transfer af immaterielle aktiver kan der opstå nogle problematikker i forbindelse med at finde en transferpris på armslængdevilkår. For det første kan det være en udfordring at identificere konkret hvilke immaterielle aktiver, som overflyttes. Årsagen er, at nogle immaterielle aktiver ikke er registreret eller juridisk beskyttet. Dernæst kommer udfordringen ved at prisfastsætte dem på armslængdevilkår.

Efter OECD har udvidet definitionen af immaterielle aktiver, grundet BEPS projektet og herunder opdateringen af kapitel VI, synes det svært at definere en udtømmende liste med immaterielle aktiver. Årsagen til dette skyldes, at netop BEPS projektet bl.a. fokuserede på at lave en bredere definition af immaterielle aktiver. Definitionen er formuleret således:

*” In these Guidelines, therefore, the word “intangible” is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances. Rather than focusing on accounting or legal definitions, the thrust of a transfer pricing analysis in a case involving intangibles should be the determination of the conditions that would be agreed upon between independent parties for a comparable transaction. ”*⁶³

⁶⁰ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, s. 261, pkt. 9.78

⁶¹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, s. 261, pkt. 9.78

⁶² OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, s. 261, pkt. 9.78

⁶³ OECD BEPS action 8-10 2015, s. 67, pkt. 6.6

Der er altså nogle betingelser, for at det bliver anerkendt som et immaterielt aktiv. Som der står i vejledningen, må aktivet hverken være fysisk eller finansielt. Det skal kunne ejes og kontrolleres af ejeren. Sidst skal det kunne overdrages til 3. mand. OECD har opnået at lave definitionen bredere, men om den er blevet mere præcis, synes svært at argumentere for.

I sidste ende drejer det sig om, om uafhængige parter ville blive kompenseret for en overdragelse af det pågældende immaterielle aktiv.

Omstruktureringer omfatter nogle gange transfer af immaterielle aktiver, som tidligere var ejet af en eller flere lokale enheder, der bliver overført til en central lokation i et andet land. Det er ikke altid at immaterielle aktiver bliver udnyttet af modtageren, men i tilfælde hvor de bliver benyttet, skal den kompenseres, som det ville være tilfældet mellem uafhængige parter.

I teorien er der ikke noget til hinder for, at en multinational koncern kan overføre immaterielle aktiver i forbindelse med en omstrukturering. Det afgørende, for at finde pris og vilkår på armslængde, er hvordan de immaterielle aktiver bliver benyttet, og om de bliver benyttet anderledes.

I guidelines bliver der lagt vægt på, om det immaterielle aktiv ændrer juridiske vilkår i forhold til hvordan det bliver udnyttet. Det bliver bl.a. beskrevet at hvis transferen af det immaterielle aktiv betyder at risikoen ændres, kan det have konsekvenser i forhold til armslængdeprisen⁶⁴.

Særligt ved omstruktureringer ses det den opgivende enhed opgiver det immaterielle aktiv, da den modtagne enhed ikke har afklaret om aktivet skal anvendes. Væsentligt for at finde armslængdeprisen er så, om tredje mand eller uafhængige parter vil kræve compensation for at opgive det. Det kræver derfor en evaluering af forholdene mellem de associerede enheder, hver især⁶⁵.

⁶⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, pkt. 9.82

⁶⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, pkt. 9.84

2.6.3.3 Omstrukturering der omfatter Hard-to-value intangibles

Der kan være situationer ved omstruktureringer, hvor der bliver flyttet immaterielle aktiver som endnu ikke er estimeret i værdi på transfer tidspunktet. En årsag til dette kan være, at enheden endnu ikke er begyndt at anvende aktivet. Det er meget svært både for skattemyndighederne og selskaberne at værdiansatte immaterielle aktiver som endnu ikke er blevet anvendt eller estimeret. Derfor er den bedste mulighed for at finde armslængderisen, at undersøge hvordan uafhængige parter har gjort⁶⁶. Det kræver ligesom i andre tilfælde, at sammenligningsgrundlaget er fyldestgørende i forhold til det sammenlignede.

Der kan være tilfælde hvor immaterielle aktiver stadig anvendes, selvom de er overført ved omstruktureringen, så er de de facto måske ikke alligevel. Det kan være tilfælde hvor overførerne enhed bliver konverteret til en juridisk enhed med begrænset risiko, og derfor stadig er har aktivitet. I sådanne tilfælde kan det være nødvendigt at undersøge vha. en funktionsanalyse, om der stadig er immaterielle aktiver som enheden skal kompenseres for, hvilket ville være tilfældet ved udnyttelse af uafhængige parter⁶⁷.

Kontraktlige rettigheder

Flere skattemyndigheder har udtrykt bekymringer i forbindelse med at kontraktlige rettigheder overføres som en del af omstruktureringer. Det er særligt tilfælde, hvor den overførerne enhed stadig har aktiviteter efter omstruktureringen. Problemet kan opstå ved at kundekontrakter og lignende kan overføres til en anden juridisk enhed. Hvis sådanne omstruktureringer sker, er der således behov for at den overførerne part bliver kompenseret grundet den manglende indtjening, da uafhængige parter som oftest ville kræve det samme. Armslængde transferprisen afhænger således af hvilke kontraktretlige rettigheder som bliver overført og derved opgivet. Det kræves at dette vurderes både for afgiver og modtager⁶⁸.

⁶⁶ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, pkt. 9.87

⁶⁷ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, pkt. 9.90

⁶⁸ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, pkt. 9.92

2.6.4 Risiko

Risiko i forbindelse med omstruktureringer af multinationale koncerner, er en vigtig faktor, men også en af de mest udfordrende elementer at håndtere. Dette skyldes blandt andet, at der er tale om en slags kontrol, der ikke direkte kan måles på. Omvendt, så har risiko stor indflydelse på, at en transaktion er korrekt kompenseret på armslængde vilkår. Risiko har i den forbindelse, en stor rolle i funktionsanalysen.

I transaktioner mellem uafhængige parter, vil risiko som udgangspunkt spille den rolle, at mindre risiko er lig et mindre forventet afkast. Modsat vil en større risiko, ofte være lig et større forventet afkast. I forbindelse med omstruktureringer, kan det ske, at lokale enheder kan blive konverteret til lav-risiko operationer, så som distribution eller produktion. Her vil der sædvanligvis være tale om en kompensation der følger den lave risiko, og den resterende profit vil blive overført til den part der bærer den største del af risikoen. Udfordringen for skattemyndighederne i denne sammenhæng, er at identificere hvem der reelt bærer hvilken risiko, og om disse parter hver især, er kompenseret korrekt derefter, som armslængdeprincippet foreskriver⁶⁹.

Når det skal identificeres hvilke risici hver part har påtaget sig i en omstrukturering, tages der udgangspunkt i kontrakten. Her vil der kunne findes, de generelle rammer for aftalen, og i den forbindelse hvem der har påtaget sig hvilke risici. Såfremt der ikke foreligger nogen kontrakt mellem parterne, kan der tages udgangspunkt i hvad uafhængige parter ville have gjort i samme situation⁷⁰.

Det kan være udfordrende at identificere de faktiske risici i en transaktion. Det anbefales derfor at man analyse flere punkter, udover de kontraktuelle forhold.

Der kan inddrages tidligere lignende transaktioner mellem uafhængige parter, for at understøtte at transaktionen er sket ved armslængde.

Yderligere kan det vurderes hvilke fremtidige konsekvenser transaktionen vil få for parterne, da dette kan have indflydelse på den kompensation der findes sted nu.

⁶⁹ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 6, pkt. 9.10

⁷⁰ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 6, pkt. 9.11

Skattemyndighederne kan til hver tid udfordre parterne i omstruktureringen, hvis det findes at de kontraktuelle omstændigheder ikke stemmer overens med, den økonomiske substans i transaktionen⁷¹.

I transaktioner mellem uafhængige parter, må det formodes at parterne altid ønsker at opretholde modparten på de aftaler der er indgået i kontrakten. Der vil altså kun fraviges fra aftaler, såfremt det er til gode for begge parter. Ved omstruktureringer i multinationale koncerner, skal der tages højde for, at der godt kan fraviges fra de aftaler der er i kontrakten. Der skal redegøres for den faktiske opførsel, sammenholdt med den kontraktuelle opførsel.

Der vil forekomme situationer, hvor det ikke er muligt at finde en sammenlignelig situation på en transaktion. Det betyder nødvendigvis ikke, at transaktionen ikke er sket ved armlængde. Det er dog stadig nødvendigt at fastlægge, hvorvidt uafhængige parter ville have indgået i samme transaktion.

Vurderingen er i sin natur subjektiv, og det ønskes at undgå risikoen for dobbeltbeskatning. I den forbindelse er det oplagt at inddrage kontrol og finansiell kapacitet, som en faktor til at fastlægge om armlængdeprincippet er opfyldt.

Det må vurderes at uafhængige parter, ikke vil indgå i en transaktion, hvor en omstrukturering vil resultere i, at de overtager mere risiko, end de har finansiell kapacitet til at understøtte. Yderligere, vil de ligeledes ikke indgå i en transaktion, hvor kontrollen over risikoen ikke er proportionel, med den mængde risiko de overtager⁷².

I denne sammenhæng, forskriver OECD ved kontrol;

” the capacity to make decisions to take on the risk (decision to put the capital at risk) and decisions on whether and how to manage the risk, internally or using an external provider. This would require the company to have people – employees or directors – who have the authority to, and effectively do, perform these control functions. Thus, when one party bears a risk, the fact that it hires another party to administer and monitor the risk on a day-to-day basis is not sufficient to transfer the risk to that other party.”⁷³ ”

⁷¹ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 6, pkt. 9.12

⁷² OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 8, pkt. 9.20

⁷³ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 8, pkt. 9.23

Der er ikke tale om en dag-til-dag administration af aktiviteter, men derimod den der har kontrollen over det mål der nås, som et resultat af dag-til-dag aktiviteterne, set som en helhed.

Som udgangspunkt, virker det ikke til at der tages højde for centraliseret risikostyring i multinationale koncerner. Risikostyringen kan være centraliseret ét sted, eller udliciteret til en tredje part. Der er i begge situationer indirekte kontrol over risikoen. Det forstås dog af definitionen, at der skal være en form for ekspertise til stede i hver enhed, der har kapaciteten til at udøve kontrol på samme fod som et ledelsesorgan i en multinational koncern, hvilket kan forekommer problematisk i denne sammenhæng.

Det skal yderligere vurderes om parten har den nødvendige finansielle kapacitet, til at påtage sig risikoen af en omstrukturering. Ved finansiell kapacitet foreskriver OECD⁷⁴;

“Whether the risk-bearer has, at the time when risk is allocated to it, the financial capacity to assume (i.e. to take on) the risk.”

Det skal altså vurderes om der haves den nødvendige finansielle kapacitet til at påtage sig risikoen, såfremt den måtte materialisere, eksempelvis ved et erstatningskrav ved produktansvar. Det er dog problematisk at forudsige hvilke omkostninger der kan være forbundet med et erstatningskrav, og det er oftest relativt svært at forudsige om et erstatningskrav overhovedet vil finde sted. Det er derfor ikke et krav, at parten skal kunne påtage sig den fulde finansielle kapaciteten der ville være krævet til at overkomme et erstatningskrav⁷⁵.

⁷⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 10, pkt. 9.29

⁷⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines, 2010, s. 10, pkt. 9.32

2.7 Det opdaterede Kapitel IX

Opdateringen af Kapitel IX i OECD's Transfer Pricing Guidelines er et resultat af, en klar efterspørgsel på yderligere præciseringer, i takt med at de skattemæssige problemstillinger bliver mere og mere komplekse. Det er derfor nødvendigt for OECD at følge med denne udvikling.

Det opdaterede Kapitel IX i Transfer Pricing Guidelines skal ses som et led i BEPS initiativet, der skal sikre en strømlining på tværs af OECD's Transfer Pricing område. Det sidste udkast blev udgivet af OECD i juli 2016, og har siden hen efterspurgt kommentarer hos en række interessenter, rådgivere og myndigheder, for at give deres input til opdateringerne. OECD har modtaget denne feedback, og det forventes at den endelige udgave udkommer i 2017 eller tidligt 2018.

OECD's mål med opdateringen af kapitel IX var at adressere uregelmæssigheder, gøre op med tvivls spørgsmål om fortolkning, og fjerne gentagelser⁷⁶.

Der synes dog alligevel at være en række ændringer i det nye kapitel IX, i nogle tilfælde endda tilføjelser, der ikke var at finde i den tidligere udgave fra 2010.

Definitionen af, hvilke omstruktureringer der egentlig er omfattet er kapitel IX, er på flere punkter blevet præciseret og udbygget.

Omstruktureringer af "full-fledged" distributør eller producenter til mindre distributører eller producenter med begrænset risiko, er blevet præciseret så deres risiko per definitionen korresponderer med de regler der omfatter omstruktureringer af højrisiko til lavrisiko⁷⁷. Yderligere er det tilføjet, at en centralisering af funktioner med tilhørende fald i salg og tilstedeværelse lokalt, nu også anses som værende en omstrukturering⁷⁸.

2.7.1 Risiko

En af de mere markante ændringer i det opdaterede kapitel IX, er at afsnittet om risiko er fjernet. Dette er flyttet til det opdaterede afsnit D i kapitel I der kom i forbindelse med BEPS action 8-10, for at understrege at det gælder alle kapitler.

⁷⁶ OECD Conforming amendments Chapter IX, s. 1.

⁷⁷ OECD Conforming amendments Chapter IX, s. 3, pkt. 9.2

⁷⁸ OECD Conforming amendments Chapter IX, s. 3, pkt. 9.2

Dette opdaterede afsnit D er gennemgået tidligere, men i forbindelse med omstruktureringer skal det nævnes, at her anvendes der en anderledes tilgang, end den der blev beskrevet i kapitel IX fra 2010, som vil blive beskrevet nedenfor.



Som nævnt i afsnit 2.6.4, bygger risiko i kapitel IX fra 2010 primært på elementerne kontrol og finansiell kapacitet.

Der er fokus på at identificere hvem der har den egentlige kontrol over risikoen i forbindelse med omstruktureringer, samt hvem der har den fornødne finansielle kapacitet, til at ligge inde med risikoen.

Der henvises nu i stedet til den mere overordnede håndtering af risiko i afsnit D i kapitel I. Tilgangen er her en del bredere og omfattende, og må i forbindelse med omstruktureringer ses som en helgardering fra OECD's side. Det må vurderes at det har været nødvendigt, da den noget snævre tilgang til risiko i kapitel IX fra 2010 nemt kunne være et offer for mere komplekse og omfattende omstruktureringer, end den var udformet til at kapere. Især afsnittet omhandlende finansiell kapacitet har været kritiseret fra flere sider af⁷⁹, da det i sidste ende er en udefinerbar størrelse set fra multinationale koncerners perspektiv.

Det kan være en næsten umulig opgave at lave en definition der dækker det mål som OECD prøver at afgrænse i denne forbindelse. Dette skyldes at multinationale koncerner fortsat bliver mere komplekse, og det må derfor vurderes om det overhovedet er muligt at lave en definition der er god nok.

⁷⁹ Comments on Conforming amendments chapter IX, s. 9, pkt. 3

Det kan diskuteres om denne tilgang til analysering af risiko, er den mest pragmatiske løsning, da det umiddelbart bliver en mere omfattende opgave at identificere risiko i forbindelse med omstruktureringer. Det kan betyde en øget arbejdsbyrde for både skattemyndigheder og rådgivere, da der umiddelbart er flere variabler i denne vurdering. Udfordringen ligger derfor ikke i selve risikoanalysen, men derimod fremgangsmåden. Det er essentielt at alle parter anvender den på samme måde, for at nå samme resultat. Fremgangsmåden er væsentligt mere uddybet i afsnit D kapitel 1, men i sidste ende må det vurderes på baggrund af den faktiske anvendelse i den virkelige verden om dette er en succesfuld fremgangsmåde.

2.7.2 Omstrukturering

OECD har i det nye kapitel IX øget fokus på at identificere faktiske omstruktureringer. Afgrænsningen mellem, hvornår der egentlig er en omstrukturering og hvornår der ikke er, ønskes mere klar. Yderligere skal der fokusere på, at adskille elementerne i en omstrukturering, så alle underliggende eller tilhørende omstruktureringer også identificeres og inddrages hvis nødvendigt⁸⁰. Der ses også en øges fokus på, at blot fordi der ønskes at opnå synergieffekter i forbindelse med omstruktureringer, betyder det ikke nødvendigvis at omstruktureringen er blevet kompenseret efter armlængdeprincippet⁸¹.

Selve fastlæggelsen af armlængdeprisen bygger stort set på samme princip som tidligere. Der er dog tilføjet enkelte elementer. I kapitel IX 2010 var udgangspunktet en sammenlignelighedsanalyse. Nu foreligger der også en forventning om, at man i højere grad end før redegør for sin begrundelse bag omstruktureringen. Der skal altså inddrages følgende;

- De kontraktuelle termer mellem parterne
- Selve funktionerne der udføres før og efter omstruktureringen, herunder aktiver og risiko påtaget
- Økonomiske omstændigheder
- Forretningsstrategier

⁸⁰ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 5, pkt. 9.10

⁸¹ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 5, pkt. 9.12

Herefter forventes det, at der skal redegøres for de rationaler og forventede fordele, der ligger bag ved selve omstruktureringen⁸².

Denne del må vurderes at være udfordrende for alle parter. Rationalet kan være centralisering af visse funktioner, eller et forsøg på at begrænse tab på et bestemt marked, hvilket umiddelbart også er noget som uafhængige parter ville gøre. Uafhængige parter vil som udgangspunkt også antages at ville forlade et marked, såfremt der konstant var underskud, uden udsigt til profit.

Det kan dog være tilfældet, at man ønsker at man omstrukturere af andre mindre rationelle grunde, som uafhængige parter utvivlsomt ikke ville indgå i. Det kan være visse omstruktureringer der på sigt skal opnå stordriftsfordele, hvilket netop er et fokuspunkt for OECD.

I forbindelse med opdateringen ses der også et øges fokus på profit og tab der kan opstå efter omstruktureringen har fundet sted. Såfremt der kan opstå profit eller tab på sigt, skal det inddrages i vurderingen om armslængdeprincippet er overholdt, da dette kan have indflydelse på den compensation der skal betales. Dette har også en sammenhæng med den risiko en part påtager sig ved en omstrukturering. Det skal vurderes hvor sandsynligt det er, hvis der påtages en risiko, at der kan forekomme væsentlige tab eller øget profit som en direkte resultat af omstruktureringen⁸³. Dette skal så inddrages i risikoanalysen, da det må vurderes at uafhængige parter ikke vil påtage sig en risiko der vil resultere i et tab på sigt, og omvendt gerne vil påtage sig risiko for øget profit såfremt compensationen er proportionel.

Stordriftsfordele, samt synergieffekter herunder, er også blevet uddybet i det opdaterede kapitel IX. Det er i sig selv et svært emne at behandle, da det som tidligere nævnt, ofte er situationer som uafhængige parter ikke vil gennemføre. Det gør det ekstra udfordrende at vurdere om armslængdeprincippet er overholdt i den sammenhæng.

Det ses også, at multinationale koncerner centraliserer deres forretning, udelukkende på baggrund af at øge kontrol og ledelse⁸⁴.

⁸² OECD Conforming amendments chapter IX, s. 5, pkt. 9.13

⁸³ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 8, pkt. 9.22

⁸⁴ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 9, pkt. 9.24

Det øgede pres på globalmarkedet, kræver at virksomheder er nødt til at agere anderledes end hvad uafhængige parter vil gøre, for at styrke deres position på markedet.

Det kan dog udfordre skattemyndighederne, da det for dem, er svært at sondre hvorvidt en multinational koncern omstrukturerer på baggrund af deres konkurrenceposition, eller for at opnå en skattefordel. Det er derfor blevet relevant for både skattemyndighederne og skatteyderne, at baggrunden for omstruktureringen dokumenteres så godt som muligt, for at understøtte det faktiske formål med omstruktureringen⁸⁵.

Det faktum at omstruktureringen finder sted på en fuldt dokumenteret og velbegrundet baggrund, betyder trods alt ikke, at de involverede parter er blevet kompenseret på armslængdebasis.

Dokumentationen skal bruges til at sikre, at parterne er blevet kompenseret på armlængde. Det er dog stadig vanskeligt at fastlægge en armslængdepris, hvor fremtidig profit eller tab inddrages, da det aldrig vil være garanteret at denne profit eller tab rent faktisk forekommer, hvilket der så også skal tages højde for⁸⁶.

2.7.3 Afgrænsning af transaktioner

Udgangspunktet er, at multinationale koncerner til hver en tid er frie til at organisere sig som de vil, samt hvordan de mener er bedst for koncernen. Skattemyndighederne har derfor intet at sige, i forhold til hvordan de vælger at opbygge strukturen og placere enheder i forskellige lande. Skattemyndighederne har kun ret, til at sikre at der blive betalt den skat der er lovpligtig, efter de gældende regler. Dette betyder så, at såfremt der ikke er blevet kompenseret korrekt, har de altså ret til at justere profitten efter art. 9, så den er i overensstemmelse med lokal lovgivning⁸⁷.

I forbindelse med opdateringen af kapitel IX, blev der dog fjernet et stykke tekst fra punkt 9.34, det der i 2010 udgaven hed punkt 9.136;

” MNE groups cannot be forced to have or maintain any particular level of business presence in a country. They are free to act in their own best commercial and economic interests in this regard.”

⁸⁵ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 9, pkt. 9.24

⁸⁶ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 9, pkt. 9.26

⁸⁷ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 11, pkt. 934

Det faktum at denne tekst er blevet fjernet fra det opdaterede kapitel IX, kan umiddelbart virke opsigtsvækkende. Har det været OECD's intention blot at fjerne den, for at strømline kapitlet, og fjerne duplikeringer. Eller menes der modsat, at nu kan det godt kræves at multinationale koncerner umiddelbart skal blive i de lande de har bosat sig i.

Ændringen har mødt i den kritik fra flere sider, blandt andre rådgivere og skatteydere⁸⁸. Som udgangspunkt kan der ikke ses nogen oplagt grund til at denne tekst skal fjernes fra det opdaterede kapitel IX. Det følger ikke det mål, at multinationale koncerner skal kunne adaptere sig, for at følge den globalisering der finder sted, såfremt de tvinges til at blive i lande.

Der ses også en yderligere tendens til, at multinationale koncerner implementerer forretningsmodeller og konstruktioner som der ikke findes blandt uafhængige parter. Dette er med til at gøre det svært for skattemyndighederne at finde sammenlignelige transaktioner, hvis det overhovedet er muligt at finde en der er sammenlignelig. Det skal dog understreges endnu engang, at på trods at der ikke kan findes en sammenlignelig transaktion er dette ikke ensbetydende med, at den ikke er blevet kompenseret efter armslængdeprincippet.

Det er i den sammenhæng også nødvendigt at se på den multinationale koncern som helhed, når en enkelt transaktion skal vurderes. Enhederne skal stadig ses som separate, men man er nødt til at have helheden med som et rationale. Det kan derfor også diskuteres om det er nok at kigge på transaktionen på "pre-tax" basis, da der ved uafhængige parter vil være mange flere parametre der har indflydelse, såsom markedsandele og fremtidsperspektiver⁸⁹.

⁸⁸ Comments OECD Conforming amendments chapter IX, s. 13 mfl.

⁸⁹ Comments OECD Conforming amendments chapter IX, s. 13, pkt. 6

2.7.4 Profit potentiale

En uafhængig virksomhed bliver ikke nødvendigvis kompenseret, hvis en ændring i dens økonomiske forretning kan medføre en reduktion af profit potentiale eller forventede fremtidige profiler. Armslængdeprincippet kræver således heller ikke compensation, hvis en enheds forventede profit lider et simpelt fald i dens forventede fremtidige profit⁹⁰.

Når armslængdeprincippet anvendes på omstruktureringer, er der således fokus på om der ved omstruktureringen bliver overført nogle rettigheder eller noget af værdi. Dette er blevet belyst i ovenstående analyse af det gamle kapitel IX. Denne anvendelse er dog gældende både for det gamle og det opdaterede kapitel IX.

I guidelines bliver profit potential defineret som forventede fremtidige profiler. I nogen tilfælde kan det også omfatte tab. Det beskrives i guidelines, at ”termet” ofte anvendes af værdiansættelsesmæssige årsager for at finde armslængdeprisen for overførsel af immaterielle aktiver og varige aktiviteter⁹¹.

Definitionen skal stadig findes i forbindelse med omstruktureringer under kapitel IX, hvilket er blevet påpeget i kommentarerne til det nye kapitel. Det kommenteres som noget upædagogisk, at definitionen kommer så sent i guidelines, når den beskrives som en generel definition, og altså ikke udelukkende skal anvendes i sammenhæng med kapitel IX⁹².

⁹⁰ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 12, pkt. 9.39

⁹¹ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 12, pkt. 9.40

⁹² Comments OECD Conforming amendments chapter IX, s. 23

2.7.5 Reallokering af risiko for profit potential

Omstruktureringer vil ofte involvere at associerede enheders risikoprofiler ændres. Som beskrevet ovenfor vil det ofte ske i forbindelse med overførsler af aktiver enhederne imellem, eller ved nedlukning af enheder⁹³.

I det nye kapitel IX, er den generelle transfer pricing vejledning af risiko slettet, da den blev flyttet til kapitel I i forbindelse med BEPS projektet som beskrevet tidligere.

I det nye kapitel IX, vejledningen om profit potential blev udvidet. Det vurderes nu, at det ikke er tilstrækkeligt at sætte en armslængdepris blot ved at foretage en funktionsanalyse. Der skal således evalueres om historisk profit kan være en indikator for udregningen af den fremtidige profit. For at kompensationen skal ske på armslængde, er det derudover nødvendigt at vurdere om der har været økonomiske omstændigheder, som har medført at profitten historisk har været lav. Af eksempler nævnes: øget konkurrence, ny teknologi og ændrede forbruger præferencer⁹⁴.

Den udvidede vejledning til udregning af profit potential kan ses som et værktøj til skatteadministrationer til at give et mere nuanceret billede af omstruktureringer, da faktiske omstændigheder omkring omstruktureringen også spiller en rolle. Udvidelsen er også generelt blevet kommenteret positivt i kommentarerne til kapitlet⁹⁵.

2.7.6 Overførsel af noget af værdi

Afsnittet omkring overførsel af aktiver og aktiviteter minder meget om det, som var beskrevet i det gamle kapitel. Der er dog sket nogle opdateringer i det nye kapitel som vil blive analyseret.

Hvad angår overførsel af materielle aktiver i forbindelse med omstruktureringer, er det stadig værdiansættelsen af varelageret som er omdrejningspunktet for vejledningen. I vejledningen er det specielt den situation, hvor en full-fledged manufacturer bliver konverteret til en contract manufacturer som der er fokus på.

⁹³ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 12, pkt. 9.43

⁹⁴ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 13, pkt. 9.46

⁹⁵ Comments OECD Conforming amendments chapter IX, s. 20

Selve afsnittet er næsten identisk, men det nye kapitel er vejledningen omkring transfer af materielle aktiver udvidet en smule. Grundet kompleksiteten ved at værdiansætte et helt varelager med både råvarer og færdigvarer på armslængde vilkår, opfordrer OECD i vejledningen til at se omstruktureringen mere bredt, men at der skal tages højde for de enkelte transaktioner.

Der lægges især vægt på, hvordan risikoen overføres, og hvornår den overføres. Problematikken kan f.eks. opstå ved at råvarer ændrer værdi i løbet af omstruktureringen grundet markedsprisen, og at den ene eller anden part vil have en fordel i forhold til den anden ved omstruktureringen.

Den fordel skal som udgangspunkt kompenseres, men det kan i praksis være svært. Derfor bliver der i det nye kapitel opfordret til, at varelagre som er del i omstruktureringen i en transitionsperiode bliver kørt ned til minimum, så omstruktureringen ikke unødigt bliver kompliceret. Ud over transfer pricing aspekter, vil der også kunne opstå juridiske komplikationer mht. ejerskab når selve overførslen skal finde sted⁹⁶.

Afsnittet om overførsel af immaterielle aktiver i forbindelse med omstruktureringer, er ikke blevet ændret meget i forhold til det gamle afsnit fra 2010. Det essentielle er stadig at foretage en grundig analyse af selve omstruktureringen, for at identificere overførslen af immaterielle aktiver. Da det kan være svært at identificere visse immaterielle aktiver, men hvis overførslen skal ske på armslængdevilkår, er det relevant at undersøge om uafhængige parter ville kræve kompensation⁹⁷.

2.7.7 Overførsel af immaterielle aktiver fra lokal til central enhed

Afsnittet er ændret, så det nu er konformt med opdateringen af kapitel IV i BEPS projektet. Det drejer sig specifikt om, at selvom en enhed har det juridiske ejerskab af en immaterielle aktiv, giver det ikke i sig selv ret til afkastet fra udnyttelsen af aktivet. Det er således nødvendigt at analysere hvilken eller hvilke enheder som yder de kontrollerende funktioner i forbindelse med udvikling, forbedring, drift, beskyttelse og udnyttelse.

⁹⁶ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 13, pkt. 9.54

⁹⁷ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 13, pkt. 9.55

OECD har således inddraget DEMPE analysen fra kapitel VI i det opdaterede kapitel XI's afsnit om immaterielle aktiver, som er foretaget for at lave få hele guidelines konformt.

Der har været lidt kritik i inddragelse af DEMPE analysen i kapitel IX fra multinationale koncerner, fordi den øger dokumentationen ved omstruktureringer, og potentielt også ændrer bevisbyrden fra skatteadministrationen til skatteyderen⁹⁸. Det kan dog diskuteres, om dette er en reel ændring i forhold til at opdateringen allerede var sket i kapitel VI.

2.7.8 Hard-to-value immaterielle aktiver

Vejledningen om overførsel af immaterielle aktiver, som er svære at værdiansætte i forbindelse med omstruktureringer er ændret således, at afsnittet nu referer til kapitel VI⁹⁹. Derfor er afsnittet blevet væsentlig forkortet, men er således blevet konformt med den opdaterede vejledning i kapitel VI.

2.7.9 Lokale immaterielle aktiver

I tilfælde hvor en full-fledged dsitributør omstruktureres til en lavere risiko distributør grundet en omstrukturering, kan der være tilfælde hvor lokale immaterielle aktiver ikke direkte identificeres, men stadig udnyttes.

Afsnittet minder meget om det gamle afsnit, men strukturen for DEMPE analysen er blevet inkorporeret i afsnittet for bedre at kunne analysere om der skal kompenseres for lokale immaterielle aktiver.

2.7.9 Erstatning af den omstrukturerede enhed

Afsnittet omhandler de situationer, hvor den omstrukturerede enhed eksisterende aftaler ændres eller ophører, og som følge deraf skal modtage kompensation for de negative konsekvenser der måtte opstå i forbindelse med omstruktureringen. Der kan både være tale om tilfælde hvor aktiver flyttes og tilfælde hvor ingen aktiver flyttes.

⁹⁸ Comments OECD Conforming amendments chapter IX, s. 40

⁹⁹ OECD Conforming amendments chapter IX, s. 13, pkt. 9.62

Selve strukturen og referencerne er blevet opdateret i det nye afsnit, grundlæggende er det dog mere eller mindre det samme. Underafsnittene dog nu delt op således:

- Hvorvidt kommerciel ret giver mulighed for erstatning til den omstrukturerede enhed under sagens faktiske afgrænsede omstændigheder
- Hvorvidt eksistensen af eller fraværet af en erstatningsklausul, eller lignende i henhold til omstruktureringen, er præcist afgrænset og på armslængde
- Hvilken af de involverede parter, bør i sidste ende bære omkostningerne i forbindelse med erstatning, for den part, der lider af opsigelsen eller ændringen.

2.8 Sammenholdelse af Kapitel IX 2010 & opdateringen

OECD's Transfer Pricing Guidelines kapitel IX 2010 og det opdaterede OECD's Transfer Pricing Guidelines er nu blevet gennemgået. OECD har med opdateringen af kapitel IX forsøgt at følge med udviklingen, og de komplekse omstruktureringer der kan forekomme i multinationale koncerner. Derudover har der ligget et ufærdigt arbejde i at gøre kapitlet konformt med ændringerne fra BEPS projektet. Specielt i forbindelse med opdateringerne af kapitel I og VI.

Arbejdet med at gøre kapitel IX konformt med BEPS projektet, kommer specielt til udtryk ved, at DEMPE analysen bredt set er implementeret i kapitlet. Bemærkelsesværdigt er afsnittet omkring overførsel af immaterielle aktiver i forbindelse med omstruktureringer, som nemlig refererer flere steder til kapitel VI og DEMPE.

En af ændringerne i det nye kapitel, er definitionen af omstruktureringer i guidelines, som er blevet udvidet, så den nu også gælder omstruktureringer af mindre karakter. Der er konkret tale om koncentration af funktioner i en regional eller central enhed, som udfører funktioner som indkøb, salgsstøtte og logistik af værdikæden¹⁰⁰.

Uændret er dog det faktum som det kendes fra tidligere, at der fortsat er fokus på hovedelementerne funktioner, aktiver og risici når der skal laves en indkomstallokering, og når det skal vurderes om der er kompenseret efter armslængde. Selve armslængdetesten er dog blevet udvidet i forbindelse med at skulle vurdere profit potentiale, således at der nu skal tages yderligere højde for historisk profit¹⁰¹.

Når der foretages en omstrukturering, hvor et immaterielt aktiv bliver overført til en anden enhed, har det ofte være tilfældet at armslængdeprisen har taget udgangspunkt i den indtjening det immaterielle aktiv har genereret i landet, baseret på en analyse af funktioner, anvendte aktiver og påtagede risici.

¹⁰⁰ OECD Conforming amendments chapter IX, pkt. 9.2

¹⁰¹ OECD Conforming amendments chapter IX, pkt. 9.46

Der kunne være tale om en omstrukturering af en enhed, der har kørt med underskud i et land, i forsøg på at øge markedsandele. Man ønsker så at centralisere en funktion i hele koncernen, og dele af denne enhed bliver derfor omstruktureret og flyttet til et andet land. Når denne enhed skal kompenseres for omstruktureringen, er det ikke altid at man inddrager den strategi der er blevet brugt, og der kompenseres derfor kun på baggrund af det genererede underskud.

I den sammenhæng er elementet ”profit potentiel” blevet uddybet, så det i højere grad skal inddrages i vurderingen om armslængdeprincippet er overholdt.

2.9 Delkonklusion

Det i den forgange analyse redegjort og kortlagt, hvilke opdateringer og ændringer der følger i det opdaterede OECD’s Transfer Pricing Guidelines kapitel IX. Yderligere er det forsøgt redegjort, hvilke indvirkninger dette kan have for multinationale koncerner. Der er taget udgangspunkt i en række elementer fra OECD’s Transfer Pricing Guidelines kapitel IX fra 2010, der herefter er sammenholdt med udkastet til den opdaterede udgave.

Som følge af opdateringen af OECD’s Transfer Pricing Guidelines kapitel IX, er de mest markante ændringer, at de afsnit der omhandler risiko og anerkendelse af transaktionen, er flyttet til kapitel I som et led i BEPS-projektet. Denne opdatering skyldes at afsnittene har en mere generel anvendelse end blot omstruktureringer.

Yderligere er der nu et øget krav, til at alle enheder, som deltager i omstruktureringen, skal stilles bedre efter omstruktureringen end før, målt før skat. Dette skyldes at man i højere grad vil sikre at omstruktureringen har et kommercielt formål, og ikke udelukkende for at skatteoptimere.

Anerkendelse af transaktionen, herunder økonomisk substans, lægger nu i højere grad vægt på den faktiske adfærd, fremfor de kontraktuelle forhold. Dette gøres, for at sikre at der i forbindelse med omstruktureringer ikke flyttes immaterielle aktiver til tomme selskaber i lavskattelande.

Kapitel 3 – Økonomisk analyse

I den forgange analyse, er det blevet analyseret hvilke konsekvenser opdateringen af Transfer Pricing Guidelines kapitel IX har. Omstruktureringer i multinationale koncerner er nu i højere grad aktuelt for skattemyndigheder og skatteydere.

I forbindelse med koncerninterne omstruktureringer, skal parterne kompenseres efter armslængdeprincippet, altså umiddelbart det samme som uafhængige parter ville aftale, i en lignende omstrukturering.

Når armslængdeprisen skal fastlægges, skal der nu i højere grad tages hensyn til substanskrav og at parterne skal stilles bedre før skat, end før omstruktureringen. Dette gøres, for at sikre at der ikke omstruktureres til lavskattelande og skattebasen udhules.

Det er altså en område der kræver opmærksomhed i forbindelse med en koncernintern omstrukturering.

I forbindelse med omstruktureringen, kan visse funktioner bliver centraliseret. Dette kræver involverede parter kompenseres i overensstemmelse med de gældende regler i OECD's Transfer Pricing Guidelines. Såfremt der måtte opstå en opkøbs situation, kan dette derfor have en indflydelse på den pris der fastsættes på selve koncern opkøbet, da den samlede skattebetaling kan være berørt af disse opdaterede regler. Hvorledes en omstrukturering kan have indflydelse på en værdiansættelse, vil blive undersøgt i det kommende afsnit.

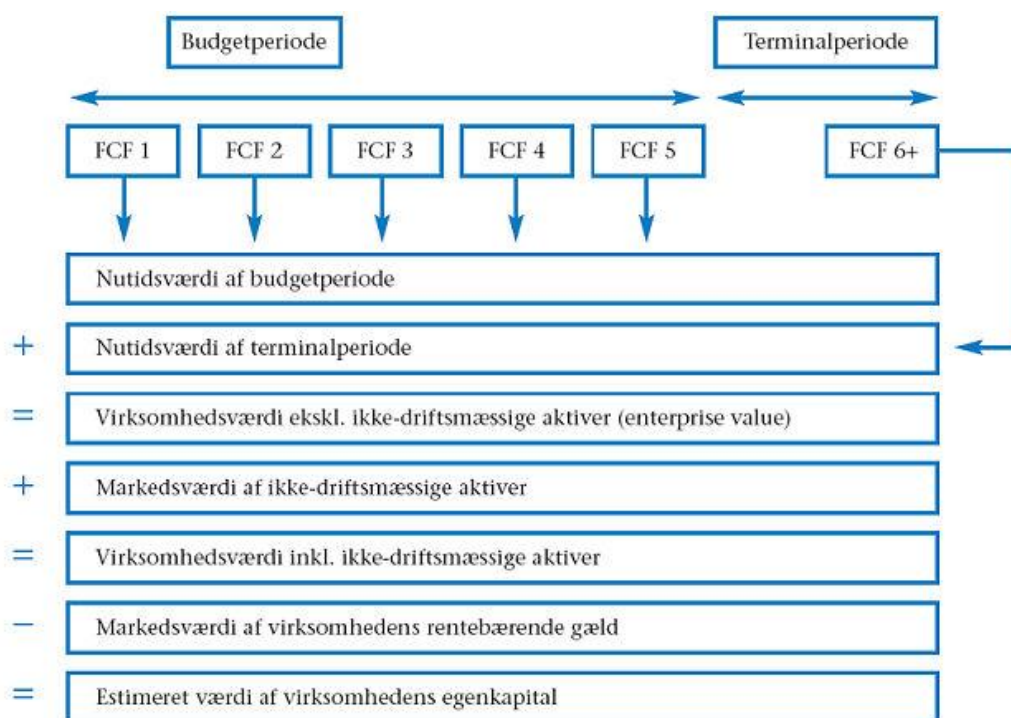
For at redegøre om dette har en indflydelse på en værdiansættelse i forbindelse med en omstrukturering, skal der analyseres på to essentielle elementer.

Den første er den effektive skattesats og herefter skal der redegøres for de risici der er forbundet med historiske og fremtidige skattebetalinger.

Dette gøres ved at benytte værdiansættelsesmetoden Discounted Cash Flow, da denne indeholder elementet skattesats.

3.1 Discounted Cash Flow

Der findes flere værdiansættelsesmetoder når en virksomhed skal værdiansættes, men generelt er de kapitalværdibaserede modeller mest udbredt, herunder DCF modellen. Da skat i høj grad anerkender DCF modellen, og samtidig henviser til at netop denne er den mest anvendte, er det naturligt at foretage værdiansættelsen i udgangspunkt i denne¹⁰². Nedenstående figur illustrer den overordnede proces i DCF modellen¹⁰³.



Figur 4: Discounted cash flow

DCF er en forkortelse for "Discounted Cash Flow", som er diskonterede pengestrømme. Modellen er en indkomstbaseret værdiansættelsesmodel, hvor værdien af en virksomhed opgøres som den tilbagediskonterede værdi af de forventede fremtidige frie pengestrømme, til nutidsværdi¹⁰⁴. Værdiansættelsen er afhængig af, hvor mange år man tilbagediskonterer, og det er derfor vigtigt at anvende den mest udbredte praksis, så værdiansættelsen bliver mest korrekt.

¹⁰² Skats juridiske vejledning, Værdiansættelser, afsnit 3.4

¹⁰³ Skats juridiske vejledning, Værdiansættelser, afsnit 4.1

¹⁰⁴ Valuation, Copeland, 2000, s. 132

Fremgangsmåden i DCF modellen som det kan ses i ovenstående figur, er at enterprise value først beregnes ved tilbagediskontere budget- og terminalperioden, hvorefter markedsværdien af ikke-driftsmæssige aktiver tillægges. Derefter fratrækkes markedsværdien af virksomhedens rentebærende gæld, hvorefter virksomhedens estimerede værdi af egenkapitalen findes. Den estimerede værdi af egenkapitalen repræsenterer virksomhedens nutidsværdi.

Før DCF modellen anvendes som beskrevet ovenfor, er der beregninger og analyser, som går forud for selve processen. Der skal derfor foretages en indledende regnskabsanalyse samt forecasting, som skal danne grundlag for værdierne som indgår i modellen. Derfor vil regnskabsanalysen og forecasting, samt WACC blive gennemgået inden selve analysen kan foretages.

3.1.1 Regnskabsanalyse

Regnskabsanalysen går forud for anvendelsen af DCF modellen som beskrevet ovenfor, og er grundlæggende for at beregne virksomhedens værdi. Regnskabsanalysen består af beregninger af relevante nøgletal, som dækker virksomhedens performance på profit, vækst og risiko. Nøgletal er et vigtigt redskab til at måle virksomhedens historiske og nuværende performance, bl.a. fordi det gør det nemmere at sammenligne en virksomheds performance med konkurrerende virksomheder¹⁰⁵.

Da en regnskabsanalyse omhandler virksomhedens historiske og nuværende performance, er det ikke tilstrækkeligt, udelukkende at anvende den til værdiansættelsen. Det er således nødvendigt at vurdere virksomhedens fremtidige performance, hvis der skal findes fremtidige cashflow.

¹⁰⁵ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 63

3.1.2 Forecasting

Forecasting (prognose), er en måde at gøre dette på. Der tages udgangspunkt i regnskabsanalysen, da det er nødvendigt at bruge historisk performance for at kunne lave en prognose over virksomhedens fremtidige performance¹⁰⁶.

Ved forecasting er der visse value drivers, som påvirker værdiansættelsen af virksomheden. Nedenstående figur illustrer disse¹⁰⁷.



Figur 5: Value drivers

Strategiske tiltag i virksomheden kan have stor påvirkningen på den finansielle værdiskabelse, fordi strategiske beslutninger som udvikling af nye produkter, ekspansion til nye markeder eller outsourcing af funktioner i virksomheden, har påvirkning på virksomhedens estimerede fremtidige vækst. Den finansielle driver har påvirkningen på cash flow risikoen, og indeholder ting som vækst, marginer og afkastkrav. Ved at analysere disse parametre sammenholdt med historiske data, er der således en begrundet antagelse om virksomhedens cash flow og fremtidige performance. Det er som tidligere nævnt den fremtidige cash flow, som danner grundlag for værdiansættelsen i DCF modellen, efter denne er tilbagediskonteret til nutidsværdi.

WACC (De vejede gennemsnitlige kapitalomkostninger) anvendes i DCF modellen til diskontering for at finde nutidsværdien, og vil således blive gennemgået inden værdiansættelsen¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 174

¹⁰⁷ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 175

¹⁰⁸ Skats juridiske vejledning, Værdiansættelser, 4.1

3.1.3 WACC

WACC (Weighted average cost of capital eller kapitalomkostninger) er, som nævnt ovenfor, diskonteringsfaktoren i DCF modellen. WACC bruges til at finde virksomhedens gennemsnitlige kapitalomkostninger, når ejer og långivers kapitalkrav er medregnet. Væsentligt er, at vægtene beregnes med udgangspunkt i markedsværdier, og afkastkravene skal tage højde for den systematiske risiko¹⁰⁹.

Som investor er WACC vigtig, da den gør det muligt at sammenligne, hvad andre virksomheder med lignende risiko har af omkostninger til at skaffe kapital. Nedenfor ses ligningen som udgør WACC¹¹⁰.

$$WACC = \frac{NIBD}{(NIBD + E)} \times r_d \times (1 - T) + \frac{E}{(NIBD + E)} \times r_e$$

NIBD = Netto rentebærende gæld opgjort til markedsværdi

E = Egenkapital opgjort til markedsværdi

R_d = Fremmedkapitalomkostninger (lånerente – lang varighed)

T = Den marginale skattesats

R_e = Ejerafkastkrav

I SKATs vejledning om fastsættelse af WACC, lægges der vægt på at afkastkravene svarer overens til virksomhedens engagement. Hvis virksomheden kun opererer i Europa, skal afkastkravet svare dertil. Modsat, hvis virksomheden opererer globalt, skal afkastkravet svare til investorers afkastkrav til globale virksomheder¹¹¹.

Særligt er den marginale skattesats relevant for analysen, da en omstrukturering potentielt kan medføre en øget skattesats.

¹⁰⁹ Koller, Goedhart og Wessels 2010, s. 235

¹¹⁰ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 246

¹¹¹ Skats juridiske vejledning, Værdiansættelser, 4.1.2.1.

3.1.4 Skattesats

Netop den anvendte skattesats er relevant i sammenhæng med denne afhandling, da det er dette element der kan blive mest berørt af en koncernintern omstrukturering. Skattesatsen indgår i beregningen af WACC og har derfor direkte indflydelse på den endelige værdiansættelse. Skattesatsen er markeret herunder:

$$WACC = \frac{NIBD}{(NIBD + E)} * r_d * (\mathbf{1 - T}) + \frac{E}{(NIBD + E)} * r_e$$

Skattesatsen er dog i sig selv en smule sværere at fastlægge, da den er et resultat af den effektive skattesats på koncernniveau. Man er altså nødt til at se på de faktiske betalte skatter i hele koncernen, samt den samlede profit før skat (EBIT)¹¹².

Dette er illustreret herunder:

$$ETR = \sum \frac{Betalt\ skat}{EBIT} * 100$$

De faktiske betalte skatter er afgørende at inddrage, da de indeholder de kompensationer der er fortaget gennem koncernens transfer pricing betalinger.

¹¹² Valuation, Copeland, 2000, s. 236

3.1.5 Betaværdi

Betaværdien er et udtryk for koncernens systematiske risiko, hvilket vil sige den risiko som en enkelte koncern har set i forhold til markedsporteføljen¹¹³. Dette indgår også som et element i udregning af koncernens WACC, i det der betegnes som ejernes afkastkrav (r_e):

$$r_e = \text{Risikofri rente} + (\beta * \text{markedsrisikopræmie})$$

Det gælder som udgangspunkt at, en større risiko målt ved beta, kompenseres ved tilsvarende større risikopræmie. Det vil sige, at der er et større forventet afkast ved høj risiko end ved mindre risiko. Ejernes afkastkrav er altså afhængig af betaværdien, i den forstand at en forøgelse af risiko vil øge afkastkravet.

Sammenhængen mellem betaværdi og risiko er illustreret nedenfor:

Betaværdi - β	Betydning
$\beta = 0$	Risikofri investering
$0 < \beta < 1$	Investering med mindre risiko end markedsporteføljen
$\beta = 1$	Risiko lig markedsporteføljen
$\beta > 1$	Investering med større risiko end markedsporteføljen

Figur 6: Betaværdi

Betaværdier kan estimeres på baggrund af den historiske samvariation mellem afkastet fra koncernen og afkastet på markedet¹¹⁴. Markedsprisen vil oftest afspejle den information der er relevant og tilgængelig, og udsving vil forekomme på baggrund af usikkerheden fra investorer. Betaværdien viser altså hvor volatil en koncerns aktie er, overfor markedsporteføljen, hvor en høj betaværdi afspejler en mere volatil aktie med højere udsving, og en lav betaværdi er lig et lavere udsving¹¹⁵.

¹¹³ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 251

¹¹⁴ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 251

¹¹⁵ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 252

Estimeringen af betaværdien er forbundet med en vis usikkerhed, da den er baseret på historiske afkast, og ikke tager højde for potentiel fremtidig afkast. Der findes flere alternative metoder til at fastsætte en betaværdi, derfor er det i den sammenhæng mere relevant at benytte en metode, der fastsætter den specifikkes koncerns risikoprofil, fremfor at basere det på historisk data på markedet¹¹⁶. Dette giver et mere retvisende billede af koncernens faktiske risikoprofil, og er relevant, hvis der skal laves en mere konkret risikovurdering. Metoden er illustreret nedenfor¹¹⁷:

$$\beta_e = \beta_a + (\beta_a - \beta_d) * \left(\frac{NIBD}{E}\right)$$

$\beta_a =$ Risiko forbundet med driften

$\beta_d =$ Systematisk risiko på gæld

$(\beta_a - \beta_d) * \left(\frac{NIBD}{E}\right) =$ Risiko forbundet med finansiering

Som det ses på ovenstående illustration, består den samlede risikovurdering af den risiko der er forbundet med drift og den risiko der er forbundet med finansiering. Det er i den sammenhæng derfor relevant at inddrage risiko forbundet med drift og finansiell risiko, i det kommende afsnit.

3.1.6 Driftrisiko

Risiko der er forbundet med driften, er primært risici der har en indflydelse på den operationelle indtjening. Der er i den sammenhæng tale om tre slags risici; ekstern risiko, strategisk risiko og operationel risiko.

Eksterne risici, er forhold der har indflydelse på koncernen, men er udenfor koncernens kontrol. Der kan her være tale om råvarepriser, vækst i bruttonationalproduktet, politik og/eller lovgivning. Primært områder hvor koncernen har et minimum af, eller ingen, indflydelse. Det betyder også, at koncerner indenfor samme sektorer bliver berørt nogenlunde ens af disse risici¹¹⁸.

¹¹⁶ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 255

¹¹⁷ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 256

¹¹⁸ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 256

Strategiske risici er forhold indenfor samme industri. Her kan være tale om høj konkurrence, få eller enkelte leverandører, få eller enkelte kunder, samt muligheden for at overføre en stigning i råvarepriser til slutbrugeren. Dette kan eksempelvis være overførsel af stigning i prisen på flybrændstof, der får prisen på flyrejser til at stige for slutbrugeren, og har derfor ingen indvirkning på selve koncernen.

De operationelle risici, er udelukkende risici der kan kontrolleres af koncernen, og stammer internt fra koncernen. Der kan i den forbindelse være tale om omkostningsstruktur, produkt kvalitet, kvaliteten af ledere og medarbejdere. En forbedring i de operationelle faktorer har altså en direkte reducere af de operationelle risici¹¹⁹.

3.1.7 Finansiell risiko

De finansielle risici beskriver den finansielle gearing og de forskellige låntypers indflydelse på koncernen risici. Den finansielle gearing er forholdet mellem netto rentebærende gæld og egenkapital. Hvis koncernen er finansieret fuldstændig med egenkapital, og ingen rentebærende gæld, er den risikofri, og vice versa¹²⁰. En høj gearing medfører altså en højere risiko.

Hvilken låntype koncernen anvender, har også indflydelse på risikovurderingen. Et lån med variabel rente, kontra et lån med fast rente, kan gøre koncernen sårbar overfor rentestigninger der er udenfor koncernens kontrol¹²¹. Andre faktorer der har indflydelse på den finansielle risiko kan være løbetiden på lånet eller udsving i valuta.

Det er en samlet analyse af de ovenstående risikoforhold, der er med til at bestemme den systematiske risiko. Efter fastsættelsen af dette, sammenholdt med den effektive skattesats, er det muligt at beregne WACC. Dette benyttes herefter til at beregne nutidsværdien af koncernens frie pengestrømme fra driftsaktivitet.

¹¹⁹ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 257

¹²⁰ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 258

¹²¹ Financial statement analysis, Petersen & Plenborg, 2012, s. 258

3.1.8 EV & Egenkapital

Nutidsværdien af koncernens frie pengestrøm er defineret som Enterprise Value (EV). Der er tale om kapital fra koncernens driftsaktiviteter. Værdien af driftsaktiviteterne er altså de forventede fremtidige pengestrømme tilbagediskonteret med WACC. Dette kan illustreres med nedenstående formel¹²²:

$$EV_0 = \sum_{t=1}^{\infty} \frac{FCF_t}{1 + WACC^t}$$

Summen af de fremtidige frie pengestrømme over tiden "t" bliver altså tilbagediskonteret med WACC over tiden "t". I denne sammenhæng skal værdiansættelsesmetoden være inddelt i to perioder, hhv. den eksplicitte budgetperiode og terminalperioden. Dette er illustreret i nedenstående formel:

$$EV_0 = \sum_{t=1}^{\infty} \left(\frac{FCF_t}{1 + WACC^t} \right) + \left(\frac{FCF_{n+1}}{WACC - g} * \frac{1}{(1 + WACC)^n} \right)$$

I begge formler gælder at:

$EV_0 = \text{Enterprise value}$

$WACC = \text{Vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger}$

$FCF = \text{Future cash flow}$

$t = \text{Tid}$

$g = \text{Konstant vækst i de frie pengestrømme}$

$n = \text{Antal år med vækst i budgetperioden}$

¹²² Valuation: measuring and managing the value of companies, Copeland mfl., 2000, s. 216

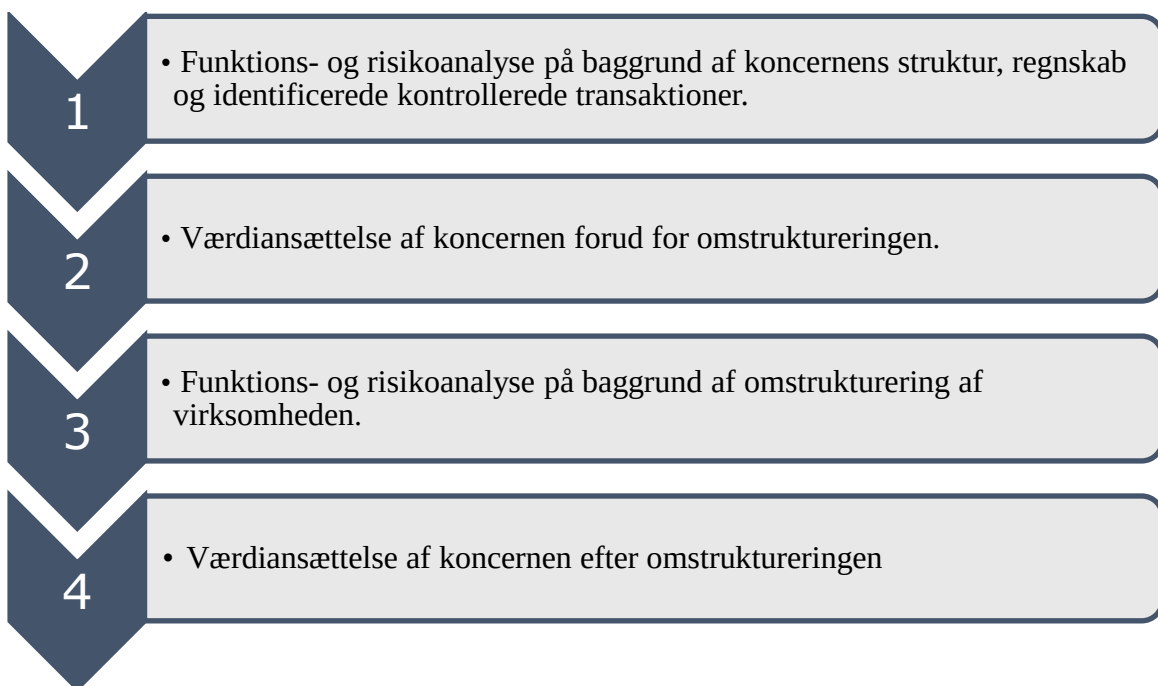
For at finde EV benyttes der altså en tilbagediskontering af hhv. budgetperioden og terminalperioden. Efter denne er fundet, kan der estimeres en værdi af egenkapitalen ved at benytte de ikke-driftsmæssige aktiver og fjerne den rentebærende gæld.

Denne metode vil blive benyttet i en simplificeret udgave i det kommende afsnit, med det formål at vise de værdiansættelsesmæssige konsekvenser af en koncernintern omstrukturering.

3.2 Case

For at besvare problemstillingen i en praktisk tilgang, vil ovenstående juridiske analyse blive sammenkædet med en værdiansættelse, af den fiktive Irisflow koncern. Virksomheden udvikler og sælger patenteret software til irisgenkendelse. Casen har til formål at vise, hvad konsekvenserne ved værdiansættelsen af koncernen er, når der omstruktureres, i overensstemmelse med den opdaterede vejledning. Casen omhandler indkomståret 2016, hvor omstruktureringen fandt sted, da ledelsen i koncernen ville belyse om der ville være værdiansættelsesmæssige konsekvenser ved at omstrukturere i koncernen.

Der vil blive præsenteret to scenarier, et før omstruktureringen, samt et efter. Armslængdeprincippet vil blive vurderet i begge scenarier, og til sidst sammenholdes dette i en konklusion.

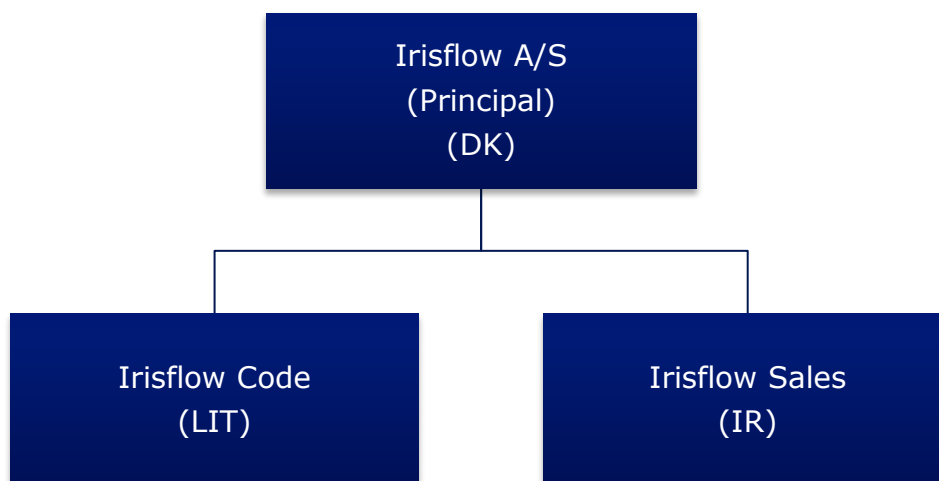


3.2.1 Irisflow før omstruktureringen

Irisflow blev etableret i 2010 efter, at stifterne havde formået at patentere en ny og hurtigere form for irisgenkendelse, end hidtil kendt. Koncernens kerneforretning er salg af software til virksomheder. Irisflow producerer ikke selv hardware, da deres software skal kunne anvendes bredt, som f.eks. til computere, smartphones, biler eller som et alternativ til adgangskort og nøgler. Koncernen opererer kun på det europæiske marked. Branchen for biometrisk sikkerhedssoftware er stor, men de andre virksomheder på markedet satser på fingeraftryksgenkendelsessoftware da den teknologi er ældre og mere udbredt. Koncernen Irisflow består af et dansk moderselskab og to datterselskaber. Moderselskabet ejer 100% af aktierne i datterselskaberne.

3.2.2 Koncernstrukturen

Irisflow består af selskaber i henholdsvis Danmark, Irland og Litauen. Det bemærkes i forhold til interne transaktioner enhederne imellem, at alle lande anerkender og anvender OECD's transfer pricing vejledning. Irisflow koncernen har siden stiftelsen haft en principalstruktur. Dette skyldes at ledelsens sæde, og moderselskabet er Irisflow A/S i Danmark, er dette selskab principalen i koncernen. Derudover er det moderselskabet, som væsentligt bidrager til værdiskabelsen i koncernen, hvad angår beslutninger omkring funktioner, aktiver og risici.



Figur 7 - Irisflow koncernen

3.2.3 Irisflow A/S

Irisflow A/S, er moderselskabet i koncernen. Det blev stiftet i 2010 af to danskere efter de havde opfundet et unikt stykke software, til irisgenkendelse. Da virksomheden blev stiftet var det kun stifterne, som var ansat i firmaet. Efter kort tid oplevede de dog en stor interesse og efterspørgsel på deres software. På daværende tidspunkt var det kun funktionsdygtigt i begrænset omfang. Stifterne blev derfor hurtig nød til at ansætte flere i virksomheden. I år 2012 køber Irisflow A/S på regelmæssig basis konsulenttimer i Litauen der skal kode for dem. Årsagen er, at stifterne gerne vil spare personaleomkostninger og derved undgå at ansætte flere medarbejdere i Irisflow A/S, da de i 2012 er 85 ansatte.

1. januar 2013 stifter Irisflow A/S Irisflow Code i Litauen. Formålet med selskabet er at producere færdig software og kode til Irisflow A/S. Ved stiftelsen af selskabet ansætter Irisflow Code 10 medarbejdere, som alle er uddannede programmører. Deres eneste arbejdsområde, er at udvikle og producere kode og software på baggrund af Irisflow A/S beslutninger.

I løbet af 2013 drøfter ledelsen om der skal stiftes et distributionsselskab i Irland, da alle store softwareaktører på markedet opererer derfra. De ser det derfor oplagt at have salg og markedsførings aktiviteter tæt på, potentielt, meget store kunder. I forlængelse af overvejelserne i 2013 stifter Irisflow A/S, Irisflow Sales d. 1. januar 2014, med henblik på at det irske selskab skal stå for salg- og markedsføringsaktiviteter i Europa under nøje instrukser fra moderselskabet.

Koncernledelsen opererer fra moderselskabet, hvor alle strategiske og økonomiske beslutninger træffes. Det indebærer væsentlige beslutninger omkring koncernens funktioner, aktiver og risici.

3.2.3.1 Irisflow A/S finansielle data:

I nedenstående tabel illustreres Irisflow A/S finansielle data for indkomstårene 2010-2016, begge år inklusiv. Det bemærkes at virksomheden har haft underskud i år 2010, men derefter har klaret sig godt. Derudover bemærkes høje omkostninger i årene 2013, 2014 og 2016.

Det skyldes etableringsomkostninger i forbindelse med etableringen af datterselskaberne.

i mio. kr.	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Oms	2	50	120	100	150	210	260
Omk	15	40	90	66	121	176	220
Ebit	-13	10	30	34	29	34	40
Skattesats	25%	25%	25%	25%	24,5%	23,5%	22%
Betalt skat	0	2,5	7,5	8,5	7,105	7,99	8,8
Net profit	-13	7,5	22,5	25,5	21,895	26,01	31,2
Ansatte	10	40	85	85	90	95	110

Tabel 1: Regnskab for Irisflow A/S

3.2.4 Irisflow Code

Da Irisflow A/S i stigende grad køber konsulenttimer i Litauen til kodning i 2012, får ledelsen den idé, at de kunne stifte et selskab i Litauen med lokale ansatte. Med deres know-how og uddannelse ville de kunne kode software for Irisflow A/S billigere end, hvis de skulle betale en virksomhed for konsulenttimer. Derfor stiftes Irisflow Code d. 1. januar 2013, med det formål at skulle producere software og understøtte Irisflow A/S med kodning i det omfang som de får besked på af Irisflow A/S.

Grundet ledelsens gode erfaringer med softwareudviklere i Litauen investerede Irisflow A/S i lokaler, og udstationerede en håndfuld medarbejdere til at starte afdelingen i Litauen op. Irisflow A/S har afholdt alle omkostninger ved opstarten, og aftalen mellem Irisflow A/S og Irisflow Code, betyder at produktionen afhænger helt konkret af bestillinger fra Irisflow A/S. Irisflow A/S afholder alle risici og aktiver i forbindelse med produktionen i Irisflow Code. Den litaunske afdeling har er dermed karakteriseret som contract manufacturer.

3.2.4.1 Irisflow Code finansielle data

I nedenstående tabel illustreres de finansielle data for Irisflow code for indkomstårene 2013-2016. Det bemærkes at omsætningen er steget, og at de er blevet mange ansatte. Irisflow Code bliver kompenseret af Irisflow A/S med udgangspunkt i TNMM med en net cost plus på 10%.

i mio. kr.	2013	2014	2015	2016
Oms	66	121	176	220
Omk	60	110	160	200
Ebit	6	11	16	20
Net cost plus %	10%	10%	10%	10%
Skattesats	15%	15%	15%	15%
Betalt skat	0,9	1,65	2,4	3
Net profit	5,1	9,35	13,6	17
Ansatte	20	38	60	80

Tabel 2: Regnskab for Irisflow Code

3.2.5 Irisflow Sales

Ledelsen i Irisflow A/S havde i 2013 kontakt til en del store selskaber, som er beliggende i Irland og mente at de ville kunne udføre salgs- og markedsføringsaktiviteter mere fordelagtigt hvis de befandt sig tættere på deres kunder. Derudover er der mange store potentielle kunder, som operer på det Irske marked, dels pga. lavere selskabsskat, men efterhånden fordi der er en stor koncentration af store software- og hardware-producenter netop der.

Irisflow A/S besluttede derfor at stifte et distributionsselskab i Irland med det formål at sælge Irisflow A/S software på det irske, men også på resten af det europæiske marked. Ledelsen i Danmark ønskede dog at have kontrol med selskabet Irisflow Sale, og besluttede derfor, at de ville bestemme betingelserne på salgsaftalerne og stadig styre markedsføringsaktiviteterne. Det blev derfor bestemt at Irisflow Sale skulle udføre salgs- og markedsføringsaktiviteter på kontrakt for Irisflow A/S. Det er således Irisflow A/S som styrer salgs- og markedsføringsbudgetter i selskabet. De væsentlige risici herved ligger derfor hos Irisflow A/S. Alle ændringer og retningslinjer vedtages af ledelsen i Irisflow A/S, og ledelsen bidrager med væsentlige funktioner ved udførelsen af aktiviteter i Irland.

3.2.5.1 Irisflow Sales finansielle data

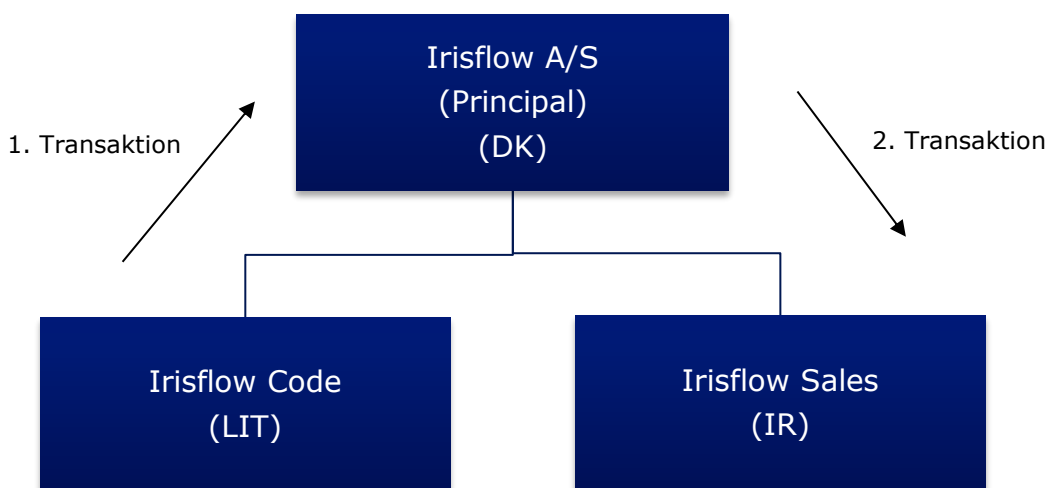
Nedenstående tabel viser de finansielle data for Irisflow Sale vedrørende indkomstårene 2014-2016. Det bemærkes at Irisflow Sale startede ud med en flot omsætning, da de fik landet nogle gode aftaler allerede samme år som selskabet blev stiftet. Irisflow Sales finansielle data tager udgangspunkt i en TNMM på 6%.

i mio. kr.	2014	2015	2016
Oms	159	222,6	275,6
Omk	150	210	260
Ebit	9	12,6	15,6
Ebit %	6%	6%	6%
Skattesats	12,5%	12,5%	12,5%
Betalt skat	1,125	1,575	1,95
Net profit	7,875	11,025	13,65
Ansatte	10	15	20

Tabel 3: Regnskab for Irisflow Sale

3.2.6 Oversigt over kontrollerede transaktioner

Indledende til funktions- og risikoanalysen vil de interne transaktioner blive illustreret i nedenstående figur.



Figur 8: Oversigt over interne transaktioner

Som det ønskes belyst i figuren ovenfor, sker der to interne transaktioner i koncernen. Første transaktion, er mellem Irisflow Code og Irisflow A/S. Irisflow Code producerer færdig kode til Irisflow A/S, på bestilling fra moderselskabet. Transaktionen er styret af en intern kontrakt, hvor Irisflow A/S kontraktuelt bærer alle væsentlige risici forbundet med Irisflow Codes produktion af software. Irisflow Code anses derfor i transfer pricing sammenhæng som contract manufacturer. Irisflow Code kompenseres med TNMM Net Cost Plus på 10%.

Den anden transaktion er mellem Irisflow A/S og Irisflow Sales. Den omhandler videresalg af færdig software fra Irisflow A/S til Irisflow Sales. Irisflow A/S bærer alle væsentlige risici i forbindelse med de salgs- og markedsføringsaktiviteter som Irisflow Sales udfører. Den kontrollerede transaktion mellem de to selskaber tager udgangspunkt i Irisflow Sales omsætning, og er derfor en TNMM Resale Price med en EBIT% på 6%. Irisflow sales anses transfer pricing sammenhæng som en limited risk distributor.

Kontraktanalyse

Irisflow koncernen består af principalstruktur, hvor Irisflow A/S sidder inde med rettigheder, funktioner og de immaterielle aktiver. Der findes to datterselskaber, Irisflow Code og Irisflow Sales. Irisflow Code er en kontraktudvikler, der udfører udviklingen af produktet på baggrund af bestillinger fra principalen. Ligeledes udfører Irisflow Sales salgsarbejde på baggrund af kontrakt og bestilling fra principalen. De er begge limited risk selskaber. Da Irisflow A/S som principal besidder alle rettigheder, funktioner og risici, er dette afspejlet i den indkomstfordeling der finder sted mellem parterne.

3.2.7 Funktions- og risikoanalyse

I forbindelse med funktions- og risikoanalysen, vil de koncerninterne transaktioner blive analyseret med udgangspunkt i armslængdeprincippet med fokus på de udførte funktioner og påtagede risici enhederne imellem.

Som beskrevet ovenfor sker første transaktion mellem Irisflow A/S og Iris Code, og deres faktiske fordeling af udførte funktioner, risici og immaterielle aktiver kan kan illustreres således:

	Irisflow A/S	Irisflow code
Funktioner		
Planlægning af produktionsprocessen	x	
Fastlæggelse af budgetter	x	
Udførsel af selve produktionen		x
Ansvarlig for ansættelser		x
Kvalitetskontrol	x	
Løbende optimering	x	
Risici		
Finansielle	x	
Operationelle	x	
IT sikkerhed	x	
Immaterielle aktiver		
Rettigheder	x	
Udviklet software	x	
Knowhow	x	

Tabel 4: Fordeling af funktioner, risici og immaterielle aktiver (Irisflow A/S og Irisflow Code)

Som beskrevet ovenfor blev selskabet Irisflow Code stiftet, med henblik på at kode software på bestilling fra moderselskabet Irisflow A/S, og har deres indbyrdes forhold viser naturligt, at Irisflow A/S påtager sig de væsentlige områder ift. værdiskabelse.

	<i>Irisflow A/S</i>	<i>Irisflow Sales</i>
Funktioner		
Salg- og markedsføringsplaner	x	
Fastlæggelse af budgetter	x	
Udførsel af salgs- og markedsføringsaktiviteter		x
Service og support		x
Ansvarlig for ansættelser	x	
Løbende udvikling	x	
Risici		
Finansielle	x	
Operationelle	x	
Kreditrisici	x	
IT sikkerhed	x	
Immaterielle aktiver		
Kundelister	x	
Brand	x	

Tabel 5: Fordeling af funktioner, risici og immaterielle aktiver (Irisflow A/S og Irisflow Sales)

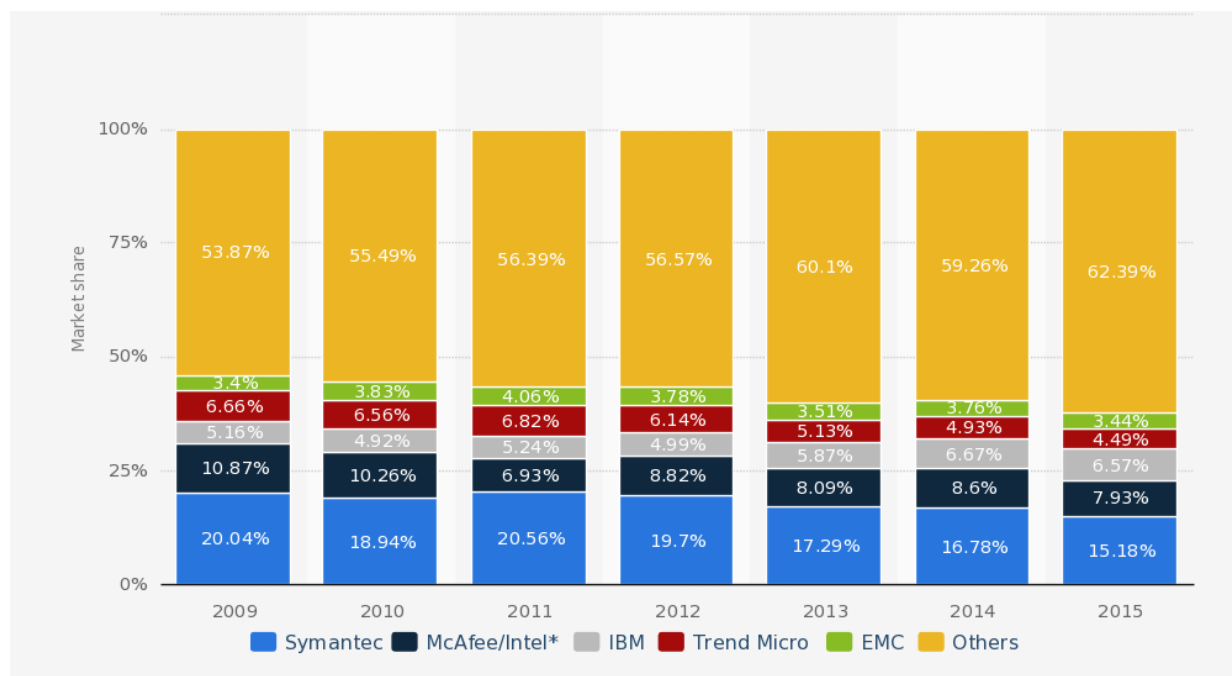
Som det ses er står Irisflow A/S hovedsageligt for værdiskabelsen i forholdet mellem Irisflow A/S og Irisflow sales.

3.2.8 Produktets karakteristika

Irisflow A/S udvikler og sælger specialiseret sikkerhedssoftware. De er ikke afhængige af design og hardware, men derimod udelukkende af software, som de selv har kontrol over. De immaterielle aktiver som koncernen ejer, er altså grundstenen for koncernens eksistens og indkomstgrundlag.

3.2.9 Økonomisk Forhold

På det globale marked, er konkurrencen på IT sikkerheds-software illustreret her¹²³:



Figur 9: Marketshare security-software

Som den ses på ovenstående statistik, er markedet for sikkerheds-software især præget af et øget antal mindre udbydere, der i stigende grad overtager markedsandele. Der ses altså en stigende efterspørgsel på specialiseret software, der ikke er standardiserede produkter fra de store udbydere. Den største udbyder, Symantec, har tabt ca. 5 % markedsandel på 6 år.

3.2.10 Forretningsstrategi

Irisflow koncernen har set en øget omsætning de seneste år. Yderligere ses det på markedet for sikkerheds-software, at der er en stigende efterspørgsel på specialiserede løsninger fra de mindre udbydere. Ledelsen er dog i tvivl om forretningsstrategien fremover da ledelsen ønsker at vurdere de konsekvenser der følger af en intern omstrukturering i koncernen, eller om en omstrukturering vil stille dem stærkere i forbindelse med en opkøbssituation.

¹²³ Statista, Worldwide market share held by leading security software companies from 2011 to 2015

3.2.11 Koncernens samlede finansielle data for 2016

Nedenfor ses tabel over koncernens samlede regnskab for indkomståret 2016. Værdiansættelsen vil tage udgangspunkt i disse data længere nede. Det bemærkes i den sammenhæng, at virksomhedens samlede skattesats er 18,19%.

i mio. kr.	Irisflow Code	Irisflow Sale	Irisflow A/S	Samlet
Oms	220	275,6	260	755,6
Omk	200	260	220	680
Ebit	20	15,6	40	75,6
Betalt skat	3	1,95	8,8	13,75
Skattesats	15%	12,5%	22%	18,19%
Net profit	17	13,65	31,2	61,85
Ansatte	80	20	110	210

Tabel 6: Regnskab for Irisflow koncernen 2016

3.3 Skattesats

På baggrund af den ovenstående oversigt, er det nu muligt at beregne den effektive skattesats (ETR) for den samlede koncern. Dette gøres ved brug af nedenstående model:

$$ETR = \sum \frac{\text{Betalt skat}}{EBIT} * 100$$

I denne koncern giver det følgende resultat:

$$ETR = \sum \frac{(3 + 1,95 + 8,8)}{(20 + 15,6 + 40)} * 100 = 18,19 \%$$

Resultat af de samlede skattebetalinger i koncernen, vil altså give en effektiv skattesats på 18,19 %.

3.3.1 WACC

Efter den effektive skattesats er fastsat, er det nu muligt at udregne de vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger (WACC). De øvrige tal i denne beregning er antagelser, baseret på SKATs vejledning om værdiansættelse¹²⁴. Beregning udføres således:

$$WACC = \frac{NIBD}{(NIBD + E)} * r_d * (1 - T) + \frac{E}{(NIBD + E)} * r_e$$

Værdierne der er anvendt:

Variabel	Værdi
Egenkapitalandel	70%
Fremmedkapitalandel	30%
Risikofri rente	5%
Markedsrisikopræmie	4,5%
Betaværdi	1
Skattesats	18,19 %
Selskabsspecifikt risikotillæg på fremmekapital	3%

Tabel 7: WACC Værdier

Første step i fastsættelse af WACC er egenkapitalomkostninger:

$$r_e = \text{risikofri rente} + (\beta * \text{markedsrisikopræmie})$$

$$r_e = 5\% + (1 * 4,5\%) = 9,5 \%$$

Herefter fastsættes fremmedkapitalomkostninger:

$$r_d = (\text{Risikofri rente} + \text{risikotillæg på fremmedkapital}) * (1 - t)$$

$$r_d = (5\% + 3\%) * (1 - 18,19\%) = 6,54 \%$$

¹²⁴ Vejledning om værdiansættelse efter DCF-modellen, SKAT, 4.1

Herefter er det muligt at beregne WACC:

$$\begin{aligned} WACC &= (\text{Egenkapitalandel} * \text{egenkapitalomkostning}) \\ &\quad + (\text{fremmedkapitalandel} * \text{fremmedkapitalomkostning}) \\ WACC &= (70\% * 9,5\%) + (30\% * 6,54\%) = 8,61\% \end{aligned}$$

WACC vil i dette tilfælde være beregnet til 8,61 %.

3.3.2 Værdiansættelse

Når den effektive skattesats og WACC er blevet fastsat, er næste step af beregne det fremtidige cash flow. Det fremtidige cash flow består i dette eksempel af den forventede nettoindtjening minus skattesatsen. Der medtages ikke af- og nedskrivninger.

$$\begin{aligned} FCF &= EBIT * (1 - t) \\ FCF &= 75,6 * (1 - 18,19\%) = 61,85 \text{ mio. kr.} \end{aligned}$$

Når der anvendes forecasting til at beregne en nutidsværdi, vil der oftest blive anvendt en længere periode, eksempelvis 10-15 år. Til dette eksempel er der anvendt 5 år, da længden ikke har betydning for formålet.

Periode	1	2	3	4	5
FCF	61,85	61,85	61,85	61,85	61,85
Diskontering	56,94	52,43	48,27	44,44	40,92
NPV	243				

Tabel 8: Fremtidig cash flow

Herefter kan der beregnes enterprise value (EV), der består af cash flow for budgetperioden og terminalperioden tilbagediskonteret med WACC.

Tilbagediskonteringen er baseret på den 5 årige periode, som skemaet viser. De tilbagediskonteres med WACC der blev fastsat tidligere til 8,61 %. Beregning er illustreret nedenfor:

$$NPV = \frac{61,85}{(1,0861)^1} + \frac{61,85}{(1,0861)^2} + \frac{61,85}{(1,0861)^3} + \frac{61,85}{(1,0861)^4} + \frac{61,85}{(1,0861)^5} = 243 \text{ mio. kr.}$$

Herefter skal terminalværdien af det fremtidige cash flow beregnes. Til dette benyttes en vækstrate der er væksten i de frie pengestrømme, på 3 %. Dette er antaget baseret på SKATs vejledning om værdiansættelse. Terminalværdien er fremtidsværdi der tilbagediskonteres med WACC fratrasket vækstraten. Dette er illustreret nedenfor:

$$Terminalværdi = \frac{FCF}{WACC - g}$$

I denne koncern vil dette være:

$$Terminalværdi = \frac{61,85}{8,61\% - 3\%} = 1101,79 \text{ mio. kr.}$$

Dette skal herefter tilbagediskonteres med WACC i budgetperioden, hvilket er illustreret herunder:

$$NPV \text{ af Terminalværdi} = 1101,79 * \left(\frac{1}{1,0861}\right)^5 = 728,92 \text{ mio. kr.}$$

Når værdien af budgetperioden og terminalværdien er beregnet, kan EV beregnes ved at summere de to værdier:

$$EV = 243 \text{ mio. kr.} + 728,92 \text{ mio. kr.} = 971,92 \text{ mio. kr.}$$

Det følger af ovenstående beregning at Enterprise Value er lige 971,92 mio. kr. Herefter kan egenkapitalen beregnes ved at summere værdien af de ikke-driftsmæssige aktiver og den rentebærende gæld, samt Enterprise Value. De ikke-driftsmæssige aktiver er antaget at have en værdi der er 50 mio. kr., og den rentebærende gæld er antaget at have en værdi på 70 mio. kr. Koncernens totale værdi før omstruktureringen er altså til:

$$\text{Egenkapitalværdi} = 971,92 + 50 - 70 = 951,92 \text{ mio. kr.}$$

3.3.3 Opsummering

I den forgangne analyse er der blevet redegjort for værdiansættelse ved brug af DCF-modellen, samt de elementer som modellen består af. Her blev WACC benyttet til at tilbagediskontere de fremtidige pengestrømme, for at finde en nutidsværdi.

Denne metode er anvendt, da skattesatsen er et vigtigt element i fastsættelsen af WACC, og det er netop skattesatsens effekt på værdiansættelsen der ønskes undersøgt. Den effektive skattesats er blevet fastsat, på baggrund af de tidligere beregninger.

Ved brug af denne metode, er det blevet påvist at med en skattesats på 18,19 %, samt de øvrige nævnte faktorer, vil koncernen have en værdi på 951,92 mio. kr.

Det ønskes nu undersøgt, hvordan er koncernintern omstrukturering kan have en effekt på den effektive skattesats, og derved en effekt på værdiansættelsen af koncernen.

3.4 Scenarie 2

Baggrund for omstruktureringen

Irisflow A/S havde i indkomståret 2016 sit bedste regnskabsår i koncernens historie. Dette skyldtes stigende efterspørgsel på IT-sikkerhedsmarkedet generelt, men også at Irisflow Sale fik lukket gode aftaler. Tendensen de seneste par år i koncernen har været, at aktiviteten i udlandet har været stødt stigende. Det har fået ledelsen til at overveje, om koncernen skal sælges, så den kan få lov til at vokse sig endnu større, med en pengestærk køber.

Da Irisflow Koncernen oplever stigende aktivitet uden for Danmark, og samtidigt er interesseret i at sælge koncernen for den højest mulige pris, ønsker ledelsen belyst, om en koncernintern omstrukturering kan have positiv påvirkning på værdiansættelsen af koncernen.

Udover selve værdiansættelsesincitamentet, mener ledelsen at der er fornuftige forretningsmæssige årsager til at lave en intern omstrukturering. Ledelsen ønsker bl.a. at være tættere på den daglige drift i Irisflow Code, men ønsker også at Irisflow Code skal udgøre en større del af koncernens samlede antal ansatte, da de derved på længere sigt kan spare lønomkostninger. Derudover er skattesatsen i Litauen væsentligt lavere end i Danmark, og på længere sigt kan det have betydning, hvis virksomheden en dag skal bruge fremmedkapitel.

Ledelsen ønsker fortsat at koncernen skal have tilknytning til Danmark, specielt fordi stifterne er opvokset i Danmark. De ønsker dog så vidt muligt at selskabet i Danmark ikke skal andet, end at eje de resterende selskaber i koncernen. Derved ønsker de ikke at selve ejerstrukturen i koncernen ændres. Det vil dog betyde at ledelsen, og væsentlige funktioner, risici og aktiver flyttes.

For at have et konkret sammenligningsgrundlag, ønsker ledelsen at indkomståret 2016 skal danne grundlag for beregningen af værdiansættelsen, således at de kan se hvad det havde betydet for indkomståret, hvis omstruktureringen var sket d. 1. januar 2016.

3.4.1 Selve omstruktureringen

Omstruktureringen vil have størst betydning for Irisflow A/S og Irisflow Code, da det er mellem disse, at der vil blive overført funktioner, aktiver og risici. For at imødekomme ledelsens ønske vil ledelsens sæde blive flyttet til Litauen i Irisflow Code. Derudover vil der blive ændret i alle enhedernes interne kontraktforhold, således at de interne kompensationer er på armslængde i forhold til omstruktureringen.

Det er centralt i omstruktureringen at Irisflow Code skal være den nye principal, og derfor vil værdifulde immaterielle aktiver blive overført fra Irisflow A/S til Irisflow Code. Det omfatter således patenter, software, varemærkerettigheder og andre immaterielle aktiver, som generer indkomst, og som ville blive handlet mellem uafhængige parter. Det vil sige at det juridiske og økonomiske ejerskab over de immaterielle aktiver således også overføres til Irisflow Code. De immaterielle aktiver vil blive overført til markedsværdi, altså armslængde, og ikke indgå i beregningen.

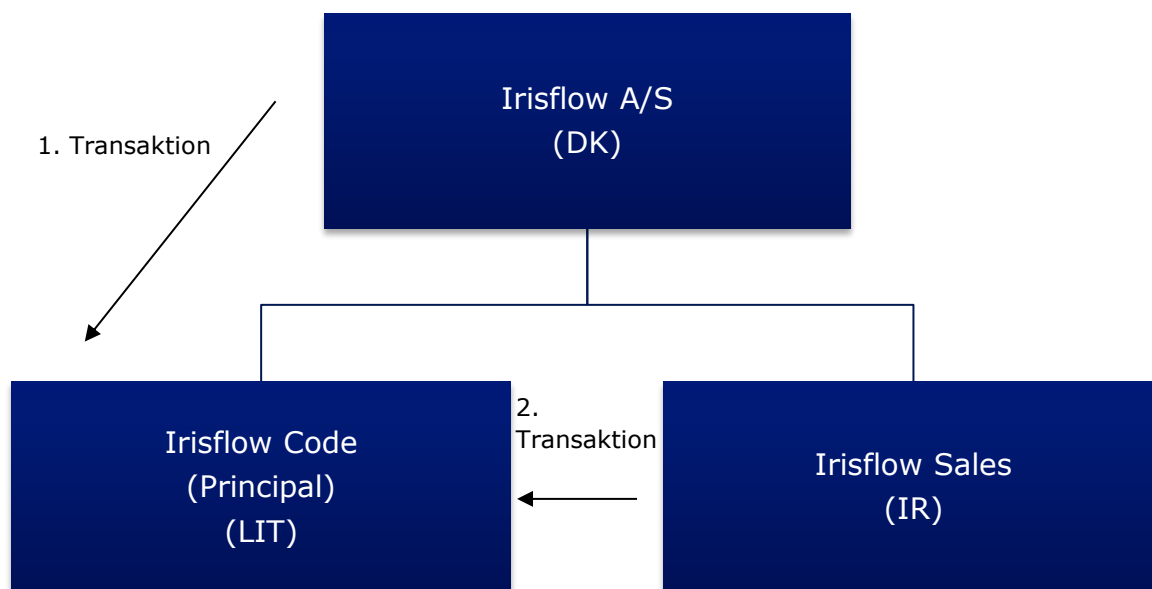
Irisflow A/S eneste formål vil efterfølgende være at være holdingselskaber, og eje aktierne i datterselskaberne.

3.4.1.1 Medarbejdere og funktioner

Alle berørte medarbejdere i Irisflow A/S bliver tilbudt at flytte til Litauen med samme lønvilkår, og mister derfor ikke deres arbejde ved omstruktureringen. Ledelsen regner dog ikke med at alle medarbejdere i Danmark flytter med, og derfor hurtigt kan spare lønomkostninger ved at ansætte medarbejdere lokalt.

Således flyttes alle væsentlige funktioner og risici til Irisflow Code, og ledelsen forventer derfor et højere afkast i virksomheden en før, da den påtagede risiko skulle svare overens med indtjeningen.

Koncernen, og de interne transaktioner kan illustreres således i nedenstående figur:



Figur 10: Oversigt over interne transaktioner efter omstruktureringen

Efter omstruktureringen sker der ikke længere transaktion mellem Irisflow A/S og Irisflow Sales, da Irisflow Code er den nye principal. Derfor modtager Irisflow Code kompensation fra Irisflow Sales, da alle væsentlige funktioner, risici og aktiver er overført til Irisflow Code. Irisflow Sales har ingen ændringen i enhedens påtagede risici og udførte funktioner, og kompenseres derfor stadig med TNMM EBIT, men nu fra Irisflow Code.

3.4.2 Sammenlignelighedsanalyse

Da softwaren ikke er ændret i forbindelse med omstruktureringen, så vil produktegenskaber være det samme som før. Forretningens strategi samt de økonomiske omstændigheder er også uændret. Det centrale i omstruktureringen, overførslen af funktioner, risici og aktiver. Derfor vil omstruktureringen ændre kontraktvilkår, hvor Irisflow Code er principal, og Irisflow A/S vil blive til en limited risk enhed.

3.4.3 Funktions- og risiko analyse

Nedenstående tabeller har til formål at vise, hvordan koncernens funktioner, risici og immaterielle aktiver bliver påvirket af omstruktureringen.

	Irisflow A/S	Irisflow code
Funktioner		
Planlægning af produktionsprocessen	→	x
Fastlæggelse af budgetter	→	x
Udførsel af selve produktionen		x
Ansvarlig for ansættelser		x
Kvalitetskontrol	x	
Løbende optimering	→	x
Risici		
Finansielle	→	x
Operationelle	x	x
IT sikkerhed	→	x
Immaterielle aktiver		
Rettigheder	→	x
Udviklet software	→	x
Knowhow	→	x

Tabel 9: Fordeling af funktioner, risici og immaterielle aktiver efter omstrukturering

Omstruktureringen medfører, at Irisflow Code overtager næsten alle væsentlige værdiskabende aktiviteter i forbindelse med tilblivelsen af Irisflows produkt. Irisflow A/S skal alene stå for kvalitetskontrol, og operationelle risici, dog sammen med Irisflow Code.

Da Irisflow Code modtager alle ejerskab over alle immaterielle aktiver og risici forbundet herved, modtager de derfor også indkomst forbundet ved det. Resultat er, at Irisflow A/S kompenseres som limited risk entity med en TNMM baseret på net cost plus på 10 %.

	Irisflow A/S	Irisflow Code	Irisflow Sales
Funktioner			
Salg- og markedsføringsplaner	→	x	
Fastlæggelse af budgetter	→	x	
Udførsel af salgs- og markedsføringsaktiviteter			x
Service og support			x
Ansvarlig for ansættelser	→	x	
Løbende udvikling	→	x	
Risici			
Finansielle	→	x	
Operationelle	→	x	
Kreditrisici	→	x	
IT sikkerhed	→	x	
Immaterielle aktiver			
Kundelister	→	x	
Brand	→	x	

Tabel 10: Fordeling af funktioner, risici og immaterielle aktiver efter omstrukturering

Da alle væsentlige værdiskabende aktiviteter overføres fra Irisflow A/S til Irisflow Code, ændres kontraktforholdet sig enhederne imellem. Transaktionen fra Irisflow A/S til Irisflow Sale ophører, men ændrer sig ikke i sin natur, da det nu er Irisflow Code som har overtaget transaktionen. Eftersom de involverede parter i omstruktureringen ikke som udgangspunkt stilles bedre efter skat, giver dette skattemyndighederne en mulighed for at justere kompensationen i forbindelse med omstruktureringen.

3.4.4 Simuleret regnskab for 2016 for koncernen

I nedenstående tabel vises koncernens samlede regnskab for 2016, såfremt omstruktureringen havde fundet sted d. 1. januar 2016. Dataene skal danne grundlag for værdiansættelsen af koncernen efter omstruktureringen.

i mio. kr.	Irisflow Code	Irisflow Sale	Irisflow A/S	Samlet
Oms	260	275,6	220	755,6
Omk	220	260	200	680
Ebit	40	15,6	20	75,6
Betalt skat	6	1,95	4,4	12,35
Skattesats	15%	12,5%	22%	16,34%
Net profit	34	13,65	15,6	63,25
Ansatte	110	20	80	210

Tabel 11: Regnskab for Irisflow koncernen efter omstrukturering

3.4.5 Skattesats

På baggrund af de opdaterede regnskabstal, er det nu muligt at udregne ny effektiv skattesats. Det antages at det udelukkende er de individuelle skattesatser der ændres, og derved bliver den opdaterede skattesats beregnet ved:

$$ETR = \sum \frac{\text{Betalt skat}}{EBIT} * 100$$

I dette tilfælde giver det følgende resultat:

$$ETR = \sum \frac{(6 + 1,95 + 4,4)}{(40 + 15,6 + 20)} * 100 = 16,34 \%$$

3.4.6 WACC

Herefter skal WACC beregnes, hvor den nye skattesats er inkluderet. Skattesatsen er det eneste der er ændret fra første scenarie.

Variabel	Værdi
Egenkapitalandel	70%
Fremmedkapitalandel	30%
Risikofri rente	5%
Markedsrisikopræmie	4,5%
Betaværdi	1
Skattesats	16,34 %
Selskabsspecifikt risikotillæg på fremmekapital	3%

Tabel 12: WACC efter omstrukturering

Egenkapitalomkostningerne er i dette tilfælde uændret. Dette skyldes, at den effektive skattesats ikke indgår i beregningen. Den vil derfor i dette tilfælde være:

$$r_e = \text{risikofri rente} + (\beta * \text{markedsrisikopræmie})$$
$$r_e = 5\% + (1 * 4,5\%) = 9,5\%$$

Derefter beregnes fremmedkapitalomkostningerne. Her sker en ændring, da den effektive skattesats indgår som et element. Den beregnede værdi er nu:

$$r_d = (\text{Risikofri rente} + \text{risikotillæg på fremmedkapital}) * (1 - t)$$
$$r_d = (5\% + 3\%) * (1 - 16,34\%) = 6,69\%$$

Som det kan ses på ovenstående, er fremmedkapitalomkostningerne nu steget til 6,69 %, mod den forhenværende 6,54 %. Dette kan blandt andet skyldes, at de kapitalomkostninger der er knyttet til fremmedkapitel stiger, da der nu gives et lavere fradrag for dette.

På baggrund af disse nye værdier, er det nu muligt at beregne en opdateret WACC.

$$WACC = (Egenkapitalandel * egenkapitalomkostning) + (fremmedkapitalandel * fremmedkapitalomkostning)$$

$$WACC = (70\% * 9,5\%) + (30\% * 6,69\%) = 8,66 \%$$

Den beregnede WACC er nu 8,66 %, hvilket skyldes ændringen i fremmedkapitalomkostningerne, der giver et lavere fradrag end tidligere.

3.4.6 Værdiansættelse

Da skattesatsen og WACC nu er beregnet på baggrund af den omstrukturering der er fundet sted i koncernen, er det nu muligt at foretage en opdateret værdiansættelse.

Den effektive skattesats er faldet fra 18,19 % til 16,34 %, hvilket er resulteret i at WACC er steget fra 8,61 % til 8,66 %. Fremgangsmåden der benyttes, er lig den der er benyttet i forrige afsnit.

Først fastsættes det frie cash flow:

$$FCF = EBIT * (1 - t)$$

$$FCF = 75,6 * (1 - 16,34\%) = 63,25 \text{ mio. kr.}$$

Herefter tilbagediskonteres det med WACC, for at finde Net Present Value:

Periode	1	2	3	4	5
FCF	63,25	63,25	63,25	63,25	63,25
Diskontering	58,21	53,57	49,3	45,37	41,76
NPV	248,21				

Tabel 13: Fremtidig cash flow efter omstrukturering

Dette er beregnet ved hjælp af nedenstående:

$$NPV = \frac{63,25}{(1,0866)^1} + \frac{63,25}{(1,0866)^2} + \frac{63,25}{(1,0866)^3} + \frac{63,25}{(1,0866)^4} + \frac{63,25}{(1,0866)^5} = 248,21 \text{ mio. kr.}$$

Herefter skal terminalværdien af det fremtidige cash flow beregnes. Der anvendes igen en vækstrate på 3 %. Dette bliver tilbagediskonteret med WACC, som illustreret nedenfor:

$$Terminalværdi = \frac{FCF}{WACC - g}$$

Hvilket giver et resultat på:

$$Terminalværdi = \frac{75,6}{8,66\% - 3\%} = 1117,86 \text{ mio. kr.}$$

Herefter bliver dette tilbagediskonteres med WACC i budgetperioden:

$$NPV \text{ af Terminalværdi} = 1117,86 * \left(\frac{1}{1,0866}\right)^5 = 738,05 \text{ mio. kr.}$$

Når værdien af budgetperioden og terminalværdien er beregnet, kan EV beregnes ved at summere de to værdier:

$$EV = 248,21 + 738,05 = 986,25 \text{ mio. kr.}$$

Det følger af ovenstående beregning at Enterprise Value er lige 986,25 mio. kr. efter omstruktureringen. Herefter kan egenkapitalen igen beregnes ved at summere værdien af de ikke-driftsmæssige aktiver og den rentebærende gæld, samt Enterprise Value. De ikke-driftsmæssige aktiver og den rentebærende gæld er antaget at have den samme værdi som tidligere beregning. Dette er 50 mio. kr. og på 70 mio. kr.

Koncernens totale værdi efter omstruktureringen er altså til:

$$Egenkapitalværdi = 986,25 + 50 - 70 = 966,25 \text{ mio. kr.}$$

3.4.7 Opsummering

Det ses altså at værdien, Enterprise Value, på koncernen er steget, fra 971,92 mio. kr. til 986,25 mio. kr., som et resultat af omstruktureringen. Dette er givet, at alle antagelser udover skattesatsen er uændret. Derfor må værdiændringen direkte henføres til at den effektive skattesats er ændret. Yderligere ses det at den beregnede egenkapital for koncernen er steget fra 951,92 mio. kr. til 966,25 mio. kr., grundet faldet af den effektive skattesats.

3.5 Delkonklusion

En koncernintern omstrukturering i en multinational koncern, efter de opdaterede OECD Transfer Pricing Guidelines kapitel IX, kan have en direkte effekt på værdiansættelsen af koncernen, i det der er beregnet en højere værdi end før omstruktureringen. Det bemærkes dog, at selvom omstruktureringen i casen er kommercielt velbegrundet, er dette ikke ensbetydende med, at alle er stillet bedre efter skat. Skattemyndighederne kan have belæg for at udfordre omstruktureringen.

Dette skyldes, at når der værdiansættes en koncern efter DCF-modellen, anvendes WACC der repræsenterer kapitalomkostninger. I denne beregning indgår den effektive skattesats som en faktor til at fastsætte WACC, og der ses derfor en ændring i værdiansættelsen på baggrund af den effektive skattesats ændres.

I scenarie 1, før omstruktureringen finder sted, blev der udregnet en effektiv skattesats på 18,19 %. Ved at anvende DCF-modellen, blev koncernen værdiansat til 971,92 mio. kr.

Efter omstruktureringen finder sted, beregnes der en effektiv skattesats på 16,34 %. Dette resulterer i, at koncernens værdi stiger til 986,25 mio. kr. Det ses altså, at et skattefald på 1,85 % resulterer i en værdistigning på 1,47 %.

Dette er givet, at alle antagelser udover skattesatsen er uændret. Derfor må værdiændringen direkte henføres til at den effektive skattesats er ændret.

Hvorvidt omstruktureringen vil anerkendes af skattemyndighederne, vil blive diskuteret i den integrerede analyse.

Kapitel 4 – Integreret analyse

Som tidligere beskrevet, har elementet risiko en stor rolle, både i forbindelse med den juridiske fastsættelse af armslængdeprisen, men også i forbindelse med betaværdien i værdiansættelsen.

I det kommende afsnit vil det forsøges at analysere hvordan historiske og fremtidige skatterisici kan håndteres, da dette kan være relevant at inddrage i forbindelse med en eventuel opkøbssituation. Risiko er et centralt element i alle koncerner, både på den operationelle plan og på det finansielle plan. Især i forbindelse med en opkøbssituation og dertilhørende værdiansættelse, har risiko, og herunder skatterisiko, en stor indflydelse.

Risiko i en koncern kan defineres som værende den usikkerhed, der er forbundet med det forventede udfald af forretningsmæssige variabler, så som profit, omsætning, omkostninger, markedsandele og lignende¹²⁵. Det anses altså for at være den del af de forretningsmæssige variabler, der ikke kan forudsiges. Omvendt så kan det antages, at alt, der ikke kan forudsiges, er en risiko¹²⁶.

Overordnet kan variabler der har indflydelse på risiko opdeles i tre kategorier¹²⁷:



Figur 11: Risiko

¹²⁵ Framework for integrated risk management, Miller, 1992, s. 311

¹²⁶ Framework for integrated risk management, Miller, 1992, s. 312

¹²⁷ Framework for integrated risk management, Miller, 1992, s. 313

De risici der er forbundet med omverdenen og det miljø koncernen befinder sig i, er som udgangspunkt faktorer som koncernen selv ikke har kontrol over. Det er politiske forhold, såsom lovgivning, men også makroøkonomiske mekanismer som inflation. Derfor rammer denne risici også de fleste på markedet, da ingen som udgangspunkt har kontrol over det.

Industrielle risici har som udgangspunkt kun indflydelse på alle i koncernens nærmiljø og konkurrenter på lige fod. Dette kan være udsving i råvarepriser, forøgelse af substituerende produkter og konkurrenter, eller teknologisk udvikling. Overordnet forhold, som koncernen kan have en hvis kontrol over, men kræver en proaktiv handling.

Koncernspecifikke risici omhandler udelukkende koncernen, hvilket også vil sige at de selv har fuld kontrol over dem. Der kan være tale om produktansvar, eller finansielle problemer med kreditorer eller debitorer.

4.1 Skatterisiko ved transfer pricing

Som nævnt ovenfor i casen, er der en hvis usikkerhed for, om SKAT vil anerkende, at omstruktureringen er sket på armslængde. Navnlige er det kravet til, at alle parter i omstruktureringen skal stilles bedre end, hvis omstruktureringen ikke havde fundet sted. Som det kan udledes i ovenstående case, er det altså ikke altid tilstrækkeligt at der foreligger fornuftige kommercielle årsager bag omstruktureringen. Årsagen må findes i et grundlæggende princip, at enhederne skal anskues som selvstændige enheder, og ikke som en samlet koncern.

Netop dette grundlæggende princip, er med til at sikre, at koncerner ikke foretager transaktioner, som ikke ville være foretaget mellem uafhængige parter. Det bemærkes dog at koncernforbunde parter vil have fordele ved at være koncernforbundne, og indgå i transaktioner som uafhængige parter ikke ville indgå i. Opdateringen af kapitel IX, skærper netop dette princip, ved at parterne skal stilles bedre målt før skat. Det betyder at omstruktureringer, der alene eller, hvor skattebetalinger indgår i årsagerne til omstruktureringen, må forvente at kompensere den afgivende part, med den skattefordel der kan være ved at omstrukturere. I ovenstående case vil det kunne betyde at den interne transaktionen mellem moderselskabet og datterselskabet, sandsynligt ville blive korrigeret af SKAT, da det danske moderselskab ikke bliver stillet bedre efter omstruktureringen.

Transfer Pricing anses for at være et af de mest risikofyldte områder indenfor international beskatning. Dette skyldes primært et stigende fokus fra skattemyndighederne, der øger deres erfaringsgrundlag. En undersøgelse viser, at SKAT i 2009 gennemførte indkomstforhøjelser hos multinationale koncerner, på transfer pricing transaktioner for i alt 15,3 mia. kr¹²⁸.

Der ses også et stigende pres fra udenlandske skattemyndigheder der kræver skatteprovenu, der er opkrævet her i landet, overført til deres egen stat da de mener sig berettiget til det¹²⁹.

Helt grundlæggende er usikkerheden omkring transfer pricing betalinger bundet i, at det er ikke er muligt at forudsige de eksterne eller interne variabler der kan påvirke koncernens økonomiske præsentation. Denne usikkerhed øger så risikoen.

Det kan altså lægges til grund, at en skatterisiko er en skattebetaling hvor udfaldet er anderledes end forventet, grundet uforudsete, eller andre faktorer, end forventet. Det kan være interne faktorer, såsom manglende eller ikke fyldestgørende transfer pricing dokumentation, eller en anderledes fortolkning af gældende ret end forventet.

4.1.1 Skatterisici i multinationale koncerner

Det er ikke kun rådgivere og skatteafdelingen i koncernen, der har en interesse i skatterisici. Det er et element der bør blive behandlet højere i organisationen, da risikoeksponeringen kan være kritisk for koncernen, både på lokalt niveau men også for hele koncernen på globalt plan. Det er ikke udelukkende relevant for store koncerner, men alle multinationale koncerner der foretager interne transaktioner.

¹²⁸ Risikostyring af Transfer Pricing, Plesner Rossing, 2012, s. 2

¹²⁹ Risikostyring af Transfer Pricing, Plesner Rossing, 2012, s. 2

Det kan være vanskeligt at identificere de transfer pricing risici der foreligger. Overordnet set, kan en stor del af de forskellige risici opdeles i fire grupper¹³⁰:

Transaktionsrisiko.

Operationel risiko.

Finansielle- og regskabmæssige risici.

Compliance risiko.

Figur 12: Risikotyper

Den risiko der er knyttet til selve skatteplanlægningen omkring en transfer pricing transaktion. Hvis selve transaktionen ikke bærer præg af rutine, er risikoen endnu højere. Ligeledes kan transaktioner der er usædvanlige i forhold til koncernens normale ageren, være af stor risiko.

Operationelle risiko opstår i forbindelse med driften af koncernen. Det kan være antagelser i den økonomiske planlægning, der ikke stemmer overens med virkeligheden, f.eks. at de budgetterede indtægter eller omkostninger er væsentligt anderledes end de realiserede. Derved har det en indflydelse på fastsættelsen af armslængdeprisen.

Der kan opstå risici hvis koncernen ikke har processer og interne kontroller, der sikrer at lokale transfer pricing aftale overholdes og gennemføres. Det er yderligere en risiko, hvis der ikke er viden om hvordan den lokale myndighed tolker og anvender reguleringen i konkrete transfer pricing situationer.

Her kan opstå risici som følge af manglende, eller kun delvist fuldførelse af skattemyndighedernes dokumentationskrav. Det kan yderligere være en risiko, hvis skattemyndighederne intensiverer og fokuserer på transaktioner der er særligt risikofylde. Dette kan være immaterielle rettigheder, finansielle transaktioner og omstruktureringer mv.

¹³⁰ Tax management in companies, Staubil, 2006, s. 12

Det er ligeledes kritisk, at koncernen har fokus på eventuelle lovændringer eller præciseringer, der kan føre til en øget grad af fejl i transfer pricing strategien, eksempelvis et øget dokumentationskrav.

Ovenfor ses en håndfuld eksempler på risici. De er alle relevante, både i den daglige drift, men især i forbindelse med omstruktureringer og i opkøb af en multinational koncern kan det spille en stor rolle. Det vil herefter blive gennemgået hvordan disse risici kan håndteres, både historisk set og fremadrettet.

4.1.2 Historisk

I forbindelse med et opkøb af en multinational koncern, og de omstruktureringer der følger i den sammenhæng, er det en udfordring af afdække de skatterisici der kan forekomme. Dette skyldes især mængden af variabler der skal tages højde for, når der foretages due diligence undersøgelser. Udover de tidligere nævnte faktorer, skal der nu yderligere tages højde for struktur og skatteplanlægning, sammenholdt med de nye opdaterede transfer pricing guidelines kapitel IX. I den forbindelse skal alle kommende omstruktureringer revurderes, og muligvis de historiske omstruktureringer der fandt sted op til opkøbet.

Hvis den opkøbte koncern har udøvet en for aggressiv skatteplanlægning i forhold til kompensation af transfer pricing generelt, herunder omstruktureringer, kan dette have historisk indflydelse, såfremt en skattemyndighed vælger at revidere disse omstruktureringer og den tilhørende dokumentation.

4.1.3 Historisk korrigering

Såfremt de historiske transaktioner ikke anerkendes af skattemyndighederne, betyder dette i værste fald betyder at de kan korrigere historiske transaktioner, så den opkøbende koncern hæfter for de yderligere skattebetalinger, såfremt de tidligere transaktioner ikke var armslængde.

For at afdække denne risiko, kan koncernen foretage visse forebyggende tiltag.

Prisnedsættelse

Erklæringer, garantier og inderståelser

Skatteforbehold

Forsikring

Figur 13: Forbehold ved opkøb

Det vil i det kommende afsnit beskrives hvordan køberen af en virksomhed kan forholde sig, hvis det opstår en skattebetaling på baggrund af den købte virksomheds historie før opkøbet.

Første mulighed er et simpelt afslag i prisen. Såfremt der er blevet kompenseret forkert i en årrække, og skattemyndigheden foretager en korrektion af transaktionerne, er selve den skattebetaling der foreligger ret målbar og håndterbar.

I forbindelse med køb og salg af virksomheder, er det muligt at medtage et omfattende katalog af sælger-garantier og erklæringer i overdragelsesaftalen¹³¹.

Virksomhedsoverdragelser er den type aftaler hvor der oftest afviges fra aftalte, set i forhold til andre typer aftaler, især grundet det sker på tværs af landegrænser. Det er derfor særligt kritisk at den overdragelsesaftale der udformes tager højde for dette¹³².

¹³¹ Køb og salg af virksomheder, Hansen & Lundgren, 2014, s. 199

¹³² Køb og salg af virksomheder, Hansen & Lundgren, 2014, s. 260

Når der afgives en garanti i overdragelsesaftalen, betyder det, at sælgeren på objektiv basis indestår for, at et vist forhold i aftalen består eller udvikler sig på en bestemt måde. Omvendt, så afgives en erklæring baseret på sælgers faktiske viden, samt eventuelt den viden han efter omstændighederne burde have besiddet. Her foreligger altså en bevisbyrde for at det erklærede forhold ikke er opfyldt, samt at sælger har handlet culpøst. Forskellen mellem en garanti og en erklæring, ligger altså i hvem der skal bære risikoen hvad der er ukendt for begge parter.¹³³

En indeståelse består af en garanti der afgives på basis af viden som køber besidder eller burde besidde. I den forbindelse er det vigtigt at påpege, at en indeståelse kan påberåbes efter overdragelsen har fundet sted. Det kan altså argumenteres at den er mere byrdefuld i denne sammenhæng.

Der findes et skatteforbehold i dansk lovgivning, der grundet det faktum, kun er gældende hvis én part af virksomhedsoverdragelsen er dansk. Det følger af skatteforvaltningsloven¹³⁴ § 28, at overdragelsen altså kan være betinget af at skattemyndighederne ikke på en eller anden måde har ændrer den skattemæssige virkning der er aftalt. Dette kunne eksempelvis være en anfægtelse af værdiansættelsen¹³⁵. Det er dog svært at anvende i praksis grundet de transaktioner der finder sted, ofte er for komplekse. Omvendt betyder det i praksis, at såfremt man benytter et skatteforbehold i overdragelsen, ofte er fordi man er i tvivl om det skattemæssige udfald, og dermed ”inviterer” man skattemyndighederne til at se nærmere på aftalen.

Det følger af købelovens¹³⁶ § 57, at såfremt man ønsker at træde tilbage fra en allerede indgået handel, skal der så vidt muligt tilbageføres ydelser i samme stand som ved overdragelsen, hvilket kan være vanskeligt i virksomhedsoverdragelser.

¹³³ Køb og salg af virksomheder, Hansen & Lundgren, 2014, s. 261

¹³⁴ Bekendtgørelse af skatteforvaltningsloven, LBK nr. 1267 af 12/11/2015

¹³⁵ Køb og salg af virksomheder, Hansen & Lundgren, 2014, s. 309

¹³⁶ Bekendtgørelse af lov om køb, LBK nr. 140 af 17/02/2014

Den sidste mulighed er at tegne en forsikring i forbindelse med overdragelsesaftalen. Dette er relevant hvis der er identificeret en række skatterisici, men parterne ønsker at begrænse deres ansvar, da de er uenige om hvem der skal hæfte såfremt det bliver aktuelt. Yderligere så er forsikringsaftalen underlagt de vilkår som følger af policen, i stedet for købsaftalen.

Ulempen er dog, at netop grundet denne usikkerhed, kan selve forsikringen blive meget omkostningsfuld at tegne. I praksis er det dog sjældent at skattegarantier der vedrører transfer pricing forhold og koncern intern handel er omfattet af forsikringsaftaler¹³⁷.

4.1.4 Fremadrettet skatterisiko

Skatterisikoen omkring overdragelsesaftalen kan også være relateret til fremtiden.

I stedet for at aftale forbehold og klausuler der er betinget af fremtidige skattebetalinger i selve overdragelsesaftalen, kan man med brug af den økonomiske teori, lade denne risiko direkte påvirke overdragelsessummen.

Udgangspunktet, som redegjort i det økonomiske afsnit, er at investorer vil kræve et højere afkast, for at påtage sig en højere risiko. I forbindelse med en værdiansættelse, kan denne fremtidige skattebetaling have en direkte indflydelse på det fremtidige cashflow. Her er en mulighed for at, der under særlige forhold, kan indregnes en konkret selskabsspecifikt risikotillæg, når egenkapitalafkastkravet skal fastsættes i forbindelse med værdiansættelsen¹³⁸.

Det særlige forhold der er gældende, kræver at den virksomhed der er del af overdragelsen, som helhed er mere risikofyldt end de virksomheder der danner grundlag for fastsættelsen af betaværdien. Det er således et ekstra tillæg, i fastsættelsen af egenkapitalomkostningerne.

Det antages at, såfremt det opdaterede OECD Transfer Pricing Guidelines kapitel IX har en indflydelse på en mulig forøgelse af koncernens skattebetalinger, og derved risikovurderingen, vil forøge den betaværdi der repræsenterer koncernens risiko overfor markedet. Dette vil derfor have direkte indflydelse på værdiansættelsen.

¹³⁷ M&A Forsikringer, Bech-Bruun, 2016, s. 10

¹³⁸ SKAT, Transfer Pricing; kontrollerede transaktioner; værdiansættelse, 2013, afsnit 4.1.2.5

Som nævnt i tidligere afsnit er betaværdien fastsat ved denne metode:

$$\beta_e = \beta_a + (\beta_a - \beta_d) * \left(\frac{NIBD}{E}\right)$$

$\beta_a =$ Risiko forbundet med driften

$\beta_d =$ Systematisk risiko på gæld

$(\beta_a - \beta_d) * \left(\frac{NIBD}{E}\right) =$ Risiko forbundet med finansiering

Nedenfor ses den betaværdi der svarer til koncernens samlede risiko.

Driftmæssig risiko	Finansiel risiko	Samlet risiko	Betaværdi
Lav	Lav	Meget lav	0,40 - 0,60
Lav	Neutral	Lav	0,60 - 0,85
Lav	Høj	Neutral	0,85 - 1,15
Neutral	Lav	Lav	0,60 - 0,85
Neutral	Neutral	Neutral	0,85 - 1,15
Neutral	Høj	Høj	1,15 - 1,40
Høj	Lav	Neutral	0,85 - 1,15
Høj	Neutral	Høj	1,15 - 1,40
Høj	Høj	Meget høj	1,40+

Figur 14: Betaværdier

Hvis det antages at betaværdien nu er fastsat til 1,2 grundet den øgede risiko i forbindelse med driften, mod den tidligere anvendte værdi på 1, vil dette resultere i at koncernen efter omstruktureringen vil have en værdi på 807,61 mio. kr., imod den tidligere værdi på 966,25 mio. kr. Der ses altså et fald i værdien på 16,4 %.

Det kan konkluderes at det er muligt at anvende en risiko for fremtidige skattebetalinger, til at reducere værdiansættelsen.

4.2 Dispositionskorrektioner

Ved en dispositionskorrektion kan skattemyndigheden anfægte en transaktion, og derved korrigere det retlige indhold hvilket kan forøge den samlede indkomst og derved den skattepligtige indkomst, med hjemmel i ligningsloven § 2.

For at der kan foretages en dispositionskorrektion skal visse betingelser være opfyldt:

- Skattemyndighederne kan påvise et interessefællesskab.
- Skattemyndighederne kan bevise eller sandsynliggøre, at den foretagne transaktion ikke har karakter af normale forretningsmæssige transaktioner. Dvs. at indhold eller udformning er usædvanlig i forhold til en normal markedsbestemt transaktion.
- Det må antages at de usædvanlige forhold netop skyldes interessefællesskabet.

Dispositionskorrektioner adskiller sig fra en armslængdekorrektion, da den er langt mere omfattende, da den kan tilsidesættelse hele den faktiske transaktion¹³⁹.

Problematikken opstår, når det skal vurderes om muligheden for dispositionskorrektioner er blevet udvidet i forbindelse med BEPS-projektet, eller de blot er blevet præciseret. Denne sondring er kritisk, i det en præcisering vil betyde at retspraksis er uændret og det dispositionskorrektioner frit kan anvendes på transaktioner der er fundet sted forud for BEPS-projektet.

Omvendt, hvis det findes at der er tale om en reel opdatering af reglerne, kan det blive mere problematisk at anvende dispositionskorrektioner bagud, og dermed en lavere risiko i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen.

I forbindelse med BEPS-projektet, er parternes adfærd blevet inddraget langt mere, og spiller nu en væsentlig større rolle. Kravene til, om der kan foretages en dispositionskorrektion er også blevet væsentligt lempede, så der nu blot skal vurderes om en transaktion savner kommerciel rationalitet. Disse forhold vurderes at være så væsentlige, at der er tale om en opdatering og ikke en præcisering, og bør derfor ikke accepteres efter dobbeltbeskatningsoverenskomster der er

¹³⁹ Dispositionskorrektioner i lyser af BEPS (I), Arne Møllin mfl., 2016, s. 1

forud for BEPS-projektet¹⁴⁰. Det kan altså argumenteres, at der er en væsentlig lavere risiko for dispositionskorrektioner på transaktioner der er fundet sted før dette.

4.4 Delkonklusion

Det er i det forgange afsnit redegjort hvorledes de skatterisici der er forbundet med Transfer Pricing i multinationale koncerner kan håndteres, i forbindelse med et eventuelt opkøb. Der fandtes flere forskellige tilgange til problemstilling alt efter, om der er tale om historiske eller fremtidige skattebetalinger. I begge tilfælde gjaldt det, at risikoen for yderligere skattebetalinger har en indflydelse på prisfastsættelsen.

I forbindelse med historiske skattebetalinger, blev det konstateret at der kan anvendes prisnedsættelser, forbehold i kontrakten, skatteforbehold eller forsikringer til at imødekomme uforudsete historiske skattebetalinger. Ved usikkerheden omkring fremtidige skattebetalinger, kan selve risikoen omkring dette have en direkte indflydelse på værdiansættelsen på købstidspunktet, og prisen reflekterer derfor risikoen. Dette har en negativ indflydelse på værdiansættelsen, da et risikotillæg medfører en lavere vurdering.

Der foreligger yderligere en risiko for at skattemyndighederne kan foretage en dispositionskorrektion, hvor hele transaktionen tilsidesættes. Denne risiko vurderes at være øget, da kravene for at udføre en dispositionskorrektion er blevet lempet. Dette kan også finde sted, såfremt transaktionen ikke anerkendes af skattemyndighederne.

¹⁴⁰ Dispositionskorrektioner i lyser af BEPS (I), Arne Møllin mfl., 2016, s. 5

Konklusion

Siden OECD lancerede opdateringerne til Transfer Pricing Guidelines i forbindelse med BEPS projektet, har det været klart, at en opdatering af kapitel IX var uundgåelig. Årsagen skal findes i, at navnlig to afsnit, om risiko, og anerkendelse af transaktionen blev flyttet fra kapitel IX om omstruktureringer til kapitel I om armslængdeprincippet. Det ventede udkast til opdateringen af Kapitel IX blev offentliggjort i juli 2016 af OECD. Den endelige version er endnu ikke udgivet, men ændringer bliver af principiel karakter bliver næppe ændret. Derfor er emnet meget aktuelt netop nu, og det er på baggrund heraf undersøgt, hvilken indvirkning det opdaterede kapitel IX kan have på en værdiansættelse af en multinational koncern efter en omstrukturering, som følger det opdaterede kapitel.

For at besvare ovenstående er de relevante BEPS opdateringer blevet analyseret for at synliggøre konformiteten i udkastet til opdateringen af Kapitel IX. Ligeledes er kapitel IX i Transfer Pricing Guidelines fra 2010 blevet analyseret for at kortlægge relevante ændringer.

Som følge af opdateringen af BEPS projektet, er de mest markante ændringer i det opdaterede kapitel IX, at de afsnit der omhandler risiko og anerkendelse af transaktionen, er flyttet til kapitel I. Denne opdatering skyldes at disse afsnit har en mere generel anvendelse end blot omstruktureringer. Dernæst er selve indholdet i det opdateret Kapitel IX ændret, således at der nu er et skærpet krav til, hvordan virksomhederne anses som stillet bedre, end før omstruktureringen. Ændringen er at effekten af omstruktureringen skal måles før skat. Det betyder skattemyndigheder får større mulighed for at korrigere omstruktureringer som sker af rene skattemæssige hensyn. Opdateringen skyldes, at OECD ønsker, at omstruktureringer skal ske af fornuftige kommercielle årsager, og ikke ske på baggrund af klassisk profitmaksimering. Det bemærkes også, at hvis der forekommer uoverensstemmelser mellem skattemyndighederne, hvorvidt de egentlig er stillet bedre, bliver dette begrænset ved at vurdere omstruktureringerne før skat.

Ydermere foreligger et udvidet substanskrav, som er afledt af at der nu i højere grad lægges vægt på den faktiske adfærd, fremfor de kontraktuelle forhold. Dette gøres, for at sikre at der i forbindelse med omstruktureringer ikke flyttes immaterielle aktiver til tomme selskaber i lavskattelande. Det kræves at virksomheden skal have en hvis økonomisk aktivitet, samt kunne bære risikoen af det omstrukturerede aktiv.

I forlængelse af den juridiske analyse blev der opstillet en fiktiv case om koncernen Irisflow, til det formål at vise hvordan en omstrukturering kan have betydning på værdiansættelsen af en koncern, samt, hvordan det opdaterede kapitel IX kan påvirke den.

I scenarie 1, før omstruktureringen fandt sted, blev der udregnet en effektiv skattesats på 18,19 %. Ved at anvende DCF-modellen, blev koncernen værdiansat til 971,92 mio. kr.

Efter omstruktureringen fandt sted, blev der beregnet en effektiv skattesats på 16,34 %. Dette resulterede i, at koncernens værdi steg til 986,25 mio. kr. Der viste således, et fald i den effektive skattesats på 1,85 % som resulterede i en værdistigning på 1,47 %.

Dette skyldes, at værdiansættelsen beregnet efter DCF-modellen anvender WACC som diskonteringsfaktor og repræsenterer fremmedkapitalomkostningerne. Beregningen af værdiansættelsen indgår den effektive skattesats som en faktor til at fastsætte WACC, og der ses derfor en ændring i værdiansættelsen på baggrund af den effektive skattesats ændres.

Det skal det bemærkes, at selvom omstruktureringen i casen var kommercielt velbegrunder, er det ikke sikkert, at værdistigningen i praksis ville ske, da alle parter ikke var bedre stillet før skat, efter omstruktureringen. Netop dette viser at det opdaterede kapitel IX kan have indflydelse på værdiansættelsen.

Slutteligt blev det analyseret hvorledes skatterisici, der er forbundet med Transfer Pricing i multinationale koncerner kan håndteres, i forbindelse med et eventuelt opkøb. Der fandtes flere forskellige tilgange til problemstilling alt efter, om der var tale om historiske eller fremtidige skattebetalinger. I begge tilfælde gjaldt det, at risikoen for yderligere skattebetalinger kan have en indflydelse på prisfastsættelsen af koncernen.

I forbindelse med historiske skattebetalinger, blev det konstateret at der kan anvendes prisnedsættelser, forbehold i kontrakten, skatteforbehold eller forsikringer til at imødekomme uforudsete historiske skattebetalinger. Ved usikkerheden omkring fremtidige skattebetalinger, kan selve risikoen omkring dette have en direkte indflydelse på værdiansættelsen på købstidspunktet, og prisen reflekterer derfor risikoen. Dette har en negativ indflydelse på værdiansættelsen, da et risikotillæg medfører en lavere vurdering.

Der foreligger yderligere en risiko for at skattemyndighederne kan foretage en dispositionskorrektion, hvor hele transaktionen tilsidesættes. Denne risiko vurderes at være øget, da kravene for at udføre en dispositionskorrektion er blevet lempet.

Perspektivering

I forbindelse med at OECD løbende får implementeret BEPS-projektet, og de respektive kapitler af Transfer Pricing Guidelines bliver gjort konformt, følger der en forhåbentligt en ensartet beskatning på tværs af medlemslandene. Det må under alle omstændigheder være hensigten.

Udfordringen for OECD, har dog været at udforme et regelsæt der skal sikre skattegrundlaget for de respektive stater, men stadig bevare koncernernes globale ageren. Især omstruktureringer der involvere immaterielle aktiver, der flyttes til lavskattelande, har været en udfordring. I 2012 blev der foretaget rekordhøje indkomstforhøjelser af SKAT på hele 21 milliarder i Danmark.

Det ses dog ofte, at disse indkomstforhøjelser verserer i retssystemet i årevis, og ender i begge parter indgår et forlig. Det er derfor uklart, hvor meget der reelt ender i statskassen¹⁴¹.

Det netop omtalte kapitel IX, omhandlende omstruktureringer i multinationale koncerner, søger at imødekomme denne udfordring med den forventede opdatering. Hvorvidt dette er lykkedes, kan altid diskuteres, men reelt set kan et definitivt svar kun komme, på baggrund af faktisk anvendelse i praksis.

Hvorledes det kan bekræftes via praktisk anvendelse, er endnu en udfordring. Er opfordringen en succes, hvis der inddrives flere skatter? Eller færre? Kan det konkluderes at, såfremt skattemyndighederne foretager færre indkomstforhøjelser, så er transaktionerne i højere grad er på armslængde? Der er mange interessante måde at gribe problemstillingen an på.

Yderligere ville det være interessant at udføre en konkret måling på et immaterielt aktiv, som flyttes til et land, med lavere selskabsskat. I den sammenhæng kunne der findes den konkrete ændring i kompensationen, fordi effekten af omstruktureringen nu måles før skat. I samme forbindelse ville det være yderst interessant at undersøge, om man i praksis kan stille alle parter bedre efter en omstrukturering målt før skat, selvom det ikke er skattemæssige overvejelser, som ligger bag omstruktureringen.

Denne afhandling har primært belyst OECD's Transfer Pricing Guidelines kapitel IX, og det BEPS-projekt der førte til selve opdateringen, fra det tidligere OECD Transfer Pricing Guidelines kapitel IX fra 2010. Det kunne derfor være interessant, at følge denne opdatering i praksis.

¹⁴¹ <http://www.dr.dk/nyheder/penge/skat-snydt-milliarder-af-77-multinationale-koncerner>

Litteraturfortegnelse

Bøger:

Copeland, T., Koller, T., & Murrin, J. (2000), Valuation: Measuring and managing the value of companies, 3. Udgave, New York, USA: John Wiley and Sons.

Egholm, J.H., & Lundgren, C. (2014), Køb og salg af virksomheder, 5. udgave, 1. oplag, København, Danmark: Nyt Juridisk Forlag.

Nielsen, R., & Tvarnø, C.D, (2014), Retskilder & Retsteorier, 3. udgave, 2. oplag, København, Danmark: Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Petersen, C.V, & Plenborg, T., (2012), Financial Statement Analysis – Valuation, Credit analysis, Executive compensation. Essex, England: Pearson Education Limited.

Schmidt, P.K., Tell, M., & Weber, K.D., (2015), International Skatteret, 1. udgave, 1. oplag, CORIT Academic Books Seeries, No. 5, København, Danmark: Hans Reitzels Forlag.

Wittendorff, J. (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, København, Danmark: Karnov forlag

Artikler:

Rossing, C.P. (2013), Tax strategy control: The case of transfer pricing tax risk management, Management Accounting Research 24

Rossing, C.P. (2012), Risikostyring af Transfer Pricing

Ottosen, Arne Møllin, et. Al. (2016), Dispositionskorrektioner i lyser af BEPS (I)

Ottosen, Arne Møllin, et. Al. (2016), Dispositionskorrektioner i lyser af BEPS (II)

Bech-Bruun, (2016), M&A Forsikringer

Staubil, Andreas. (2006), Tax management in companies

Rapporter:

OECD/G20 (2010) Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD Publishing, 2010

OECD/G20 (2016) Conforming amendments Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations Chapter IX, OECD Publishing, 2016

OECD/G20 (2016) Comments on Conforming amendments Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations Chapter IX, OECD Publishing, 2016

OECD/G20 (2014), Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Base Erosion and Profit Shifting Project Action 8

OECD/G20 (2015), Aligning transfer pricing outcomes with value creation, Base Erosion and Profit Shifting Project Actions 8-10, Final Report.

Hjemmesider:

SKAT, Transfer Pricing; kontrollerede transaktioner; værdiansættelse, besøgt 08/05/2017

<http://www.skat.dk/SKAT.aspx?oId=1813207>

Statista, Market Share of Leading security software companies, besøgt 11/05/2017

<https://www.statista.com/statistics/273240/market-shares-of-leading-security-software-companies/>

DR, Skat snydt for milliarder af 77 multinationale koncerner, besøgt 12/05/2017

<http://www.dr.dk/nyheder/penge/skat-snydt-milliarder-af-77-multinationale-koncerner>

Forkortelser og definitioner

- BEPS: Base Erosion and Profit Shifting
- CUP: Uncontrolled Price Method
- DBO: Dobbeltbeskatningsoverenskomst
- DCF: Discounted Cash Flow
- EBIT: Earnings Before Interest and Tax
- ETR: Effective Tax Rate (effektiv skattesats)
- EV: Enterprise Value
- FCF: Free Cash Flow
- IP: Intellectual Property
- LL: Ligningsloven
- MNK: Multinational koncern
- OECD: Organization for Economic Cooperation and Development
- T: Tax
- TNMM: Transactional Net Margin Method
- TP: Transfer pricing
- TPG: TP Guidelines
- WACC: Weighted Average Cost of Capital
- Koncernselskab: Skal forstås som et selskab i en multinational koncern, som herigennem er interesseforbundet med øvrige afhængige selskaber i koncernen
- Uafhængig transaktion: En transaktion, der foretages mellem uafhængige parter på markedsvilkår, som derved følger armslængdeprincippet

Bilagsoversigt

Figur & tabel oversigt:

Figur nr.	Beskrivelse	Side
1	Armslængdeprincippet	16
2	Sammenlignelighedsanalyse TPG 2010 og BEPS	20
3	Supplychain	32
4	Discounted cash flow	55
5	Value drivers	57
6	Betaværdi	60
7	Irisflow koncernen	66
8	Oversigt over interne transaktioner	70
9	Marketshare security-software	74
10	Oversigt over interne transaktioner efter omstruktureringen	82
11	Risiko	90
12	Risikotyper	93
13	Forbehold ved opkøb	95
Tabel nr.		
1	Regnskab for Irisflow A/S	68
2	Regnskab for Irisflow Code	69
3	Regnskab for Irisflow Sale	70
4	Fordeling af funktioner, risici og immaterielle aktiver (Irisflow A/S og Irisflow Code)	72
5	Fordeling af funktioner, risici og immaterielle aktiver (Irisflow A/S og Irisflow Sales)	73
6	Regnskab for Irisflow koncernen 2016	75
7	WACC Værdier	76
8	Fremtidig cash flow	77
9	Fordeling af funktioner, risici og immaterielle aktiver efter omstrukturering	83
10	Fordeling af funktioner, risici og immaterielle aktiver efter omstrukturering	84
11	Regnskab for Irisflow koncernen efter omstrukturering	85
12	WACC efter omstrukturering	86
13	Fremtidig cash flow efter omstrukturering	87
14	Betaværdier	98

Værdiansættelse scenarie 1:

Variabel	Værdi
Egenkapitalandel	70%
Fremmedkapitalandel	30%
Risikofri rente	5%
Markedsrisikopræmie	4,50%
Betaværdi	1,00
Skattesats	18,19%
Selskabsspecifikt risikotillæg fremmedkapital	3%

Egenkapitalomkostning	9,50%	
Fremmedkapitalomkostning	6,54%	
WACC	8,61%	0,0861

Nutidsværdi af frit cashflow i budgetperioden:					
EBIT	75,6	FCF efter skat:	61,8483 6		
Periode	1	2	3	4	5
FCF	61,84836	61,84836	61,8483 6	61,8483 6	61,8483 6
Diskontering	56,94	52,43	48,27	44,44	40,92
NPV	243,00				

Periode	Terminalperiode
FCF	FCF + 3% p.a.
Værdiberegning	FCF/(WACC- vækst per år (3%))
Værdi	1101,79
Diskontering	0,66
NPV	728,92

Nutidsværdi budgetperioden	243,00
Nutidsværdi terminalperioden	728,92
Enterprise value	971,92

Enterprise value	971,92
Markedsværdi af ikke-driftsmæssige aktiver	50
Mrakedsværdi af rentebærende gæld	-70
Værdi af egenkapital	951,92

Værdiansættelse scenarie 2:

Variabel	Værdi
Egenkapitalandel	70%
Fremmedkapitalandel	30%
Risikofri rente	5%
Markedsrisikopræmie	4,50%
Betaværdi	1,00
Skattesats	16,34%
Selskabsspecifikt risikotillæg fremmedkapital	3%

Egenkapitalomkostning	9,50%
Fremmedkapitalomkostning	6,69%
WACC	8,66%

Nutidsværdi af frit cashflow i budgetperioden:					
EBIT	75,6	FCF efter skat:	63,2469		
			6		
Periode	1	2	3	4	5
FCF	63,24696	63,24696	63,24696	63,24696	63,24696
			6	6	6
Diskontering	58,21	53,57	49,30	45,37	41,76
NPV	248,21				

Periode	Terminalperiode
FCF	FCF + 3% p.a.
Værdiberegning	FCF/(WACC- vækst per år (3%))
Værdi	1117,86
Diskontering	0,66
NPV	738,05

Nutidsværdi budgetperioden	248,21
Nutidsværdi terminalperioden	738,05
Enterprise value	986,25

Enterprise value	986,25
Markedsværdi af ikke-driftsmæssige aktiver	50
Mrakedsværdi af rentebærende gæld	-70
Værdi af egenkapital	966,25

Regnskaber:**Regnskab for Irisflow koncernen før omstrukturering:**

i mio. kr.	Irisflow Code	Irisflow Sale	Irisflow A/S	Samlet
Oms	220	275,6	260	755,6
Omk	200	260	220	680
Ebit	20	15,6	40	75,6
Betalt skat	3	1,95	8,8	13,75
Skattesats	15%	12,5%	22%	18,19%
Net profit	17	13,65	31,2	61,85
Ansatte	80	20	110	210

Regnskab efter omstruktureringen:

i mio. kr.	Irisflow Code	Irisflow Sale	Irisflow A/S	Samlet
Oms	260	275,6	220	755,6
Omk	220	260	200	680
Ebit	40	15,6	20	75,6
Betalt skat	6	1,95	4,4	12,35
Skattesats	15%	12,5%	22%	16,34%
Net profit	34	13,65	15,6	63,25
Ansatte	110	20	80	210