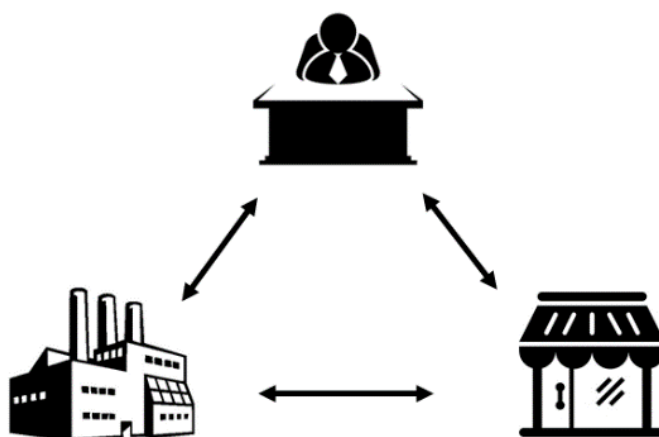




Koncerninterne omstruktureringer

En analyse af det reviderede OECD Transfer Pricing Guidelines kapitel IX

Business Restructurings

An analysis of the revised OECD Transfer Pricing Guidelines chapter IX

Copenhagen Business School, 2017

Kandidatafhandling, Cand.merc.jur

Antal anslag: 263.643 / Antal normalsider: 116

Afleveret den 11. maj 2017

Udarbejdet af:

Mette Waterstradt Vangshardt

Anders Lundegaard Berg

Vejledere:

Økonomisk:

Christian Plesner Rossing

Juridisk:

Peter Koerver Schmidt

Abstract

The purpose of this master's thesis is to examine the main drivers of business restructurings in multinational enterprises and how these business restructurings are treated according to international transfer pricing regulation with special considerations to the revised OECD TPG chapter IX. These findings will lay the foundation for further discussions regarding possible fiscal and economic implications of the revised chapter.

By analysing organisational theory and strategic management, it is shown that internal as well as external factors have an effect on the way MNEs are structured. Typically, business restructurings are found to be driven by the desire to capitalise on economies of scale, operate with a more efficient supply chain or increase the specialisation within the MNE. However, tax considerations might have an impact on the way MNEs are restructured due to their ability to transfer functions, assets and risks across national borders. By centralizing functions, assets and risks, the expected return of the local entities is transferred abroad, thereby reducing the overall tax burden of the MNEs. In order to prevent base erosion and profit shifting as well as the risk of double taxation, business restructurings within MNEs should be consistent with the arm's length principle.

However, the revised OECD TPG chapter IX tends to apply broad definitions leaving room for interpretation and uncertainty for both taxpayers and tax authorities when applying the arm's length principle. This gives rise to economic consequences in terms of increased administrative burdens for both taxpayers and tax authorities. Further, the revised chapter causes fiscal consequences in terms of increased risk of disputes between taxpayers and tax authorities. Even though MNEs comply with the arm's length principle in relation to OECD TPG chapter IX, a risk of double taxation still exists due to the inconsistencies between the revised chapter and national tax regulation, such as exit taxation, and the treatment of permanent establishments in relation to article 7 of the OECD Model Tax Convention.

Forkortelser

BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CCA	Cost Contribution Arrangement
CFA	Committee on Fiscal Affairs
CUP	Comparable Uncontrolled Price method
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
HR	Human Ressources
MNE	Multinational enterprises
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OEEC	Organization for European Economic Cooperation
TNMM	Transactional Net Margin Method
TPG	OECD Transfer Pricing Guidelines

Indholdsfortegnelse

KAPITEL 1	3
INDLEDNING	3
PROBLEMFORMULERING	4
ØKONOMISK METODOLOGI OG METODE	4
Deduktiv metode	4
Positiv økonomisk metode	5
Organisationsteori	5
JURIDISK METODE	5
International skatteret	7
INTEGRERET METODE	9
AFGRÆNSNING	11
Økonomisk afgrænsning	11
Juridisk afgrænsning	11
STRUKTUR	12
KAPITEL 2	13
KONCERNBEGREBET	13
STRATEGI	14
OMSTRUKTURERING	17
Porteføljeændringer	18
Finansiell omstrukturering	18
Organisatorisk omstrukturering	18
DRIVERS	21
Stordriftsfordele og maksimering af synergier	21
Effektivisering af forsyningskæden	23
Skattemæssige drivers	24
Eksterne drivers	25
Drivers med negativ effekt	26
DELKONKLUSION	28
KAPITEL 3	28
PRISFASTSÆTTELSESMETODER	29
Comparable Uncontrolled Price Method	30
Resale Price Method	30
Cost Plus Method	30
Transactional Net Margin Method	31
Profit Split Method	32
FORRETNINGSMODELLER	32
Principal	32
Producent	33
Distributør	38
Serviceudbyder	42
OMSTRUKTURERING AF FORRETNINGSMODELLER	44
Omdannelse af en producent	44
Omdannelse af en distributør	45
Overførsel af immaterielle aktiver til en central enhed	46
DELKONKLUSION	49
KAPITEL 4	49

OECD	50
<i>OECD's modeloverenskomst</i>	51
<i>OECD's modeloverenskomst artikel 9</i>	52
<i>OECD Transfer Pricing Guideline</i>	53
<i>OECD Transfer Pricing Guideline kapitel IX</i>	54
BEPS-PROJEKTET	55
<i>BEPS-projektets tilblivelse</i>	56
DELKONKLUSION	59
KAPITEL 5	60
OECD'S MODELOVERENSKOMST ARTIKEL 9	60
ARMSLÆNGDEPRINCIPPET	62
<i>Sammenlignelighedsanalyse</i>	63
ANVENDELSESOMRÅDE FOR OECD TPG KAPITEL IX	65
ARMSLÆNGDEKOMPENSATION FOR SELVE OMSTRUKTURERINGEN	66
<i>Identifikation af transaktionen</i>	66
<i>Anerkendelse af den faktiske transaktion</i>	71
<i>Reallokering af profitpotentiale som følge af omstruktureringen</i>	73
<i>Overdragelse af "noget af værdi"</i>	74
<i>Kompensation ved ændringer i eksisterende arrangementer</i>	80
ARMSLÆNGDEKOMPENSATION FOR KONTROLLERED E TRANSAKTIONER FOR POSTOMSTRUKTURERINGER	84
<i>Valg af prisfastsættelsesmetode for kontrollerede transaktioner for postomstruktureringer</i>	86
<i>Forholdet mellem kompensation for omstrukturering og kompensation for postomstrukturering</i>	87
<i>Sammenligning af transaktioner før og efter omstruktureringen</i>	87
DELKONKLUSION	88
KAPITEL 6	89
SYNERGIEFFEKTER	90
ANDRE REALISTISKE ALTERNATIVER	93
FORRETNINGSMÆSSIG RATIONALITET	97
DOKUMENTATIONSKRAV	98
KONCERNEN SOM HELHED VS. SEPARATE ENTITY APPROACH	101
EXITBESKATNING	104
FAST DRIFTSSTED	106
<i>Etablering af fast driftssted</i>	106
<i>Indkomstallokering</i>	107
DELKONKLUSION	109
KONKLUSION	111
PERSPEKTIVERING	113
LITTERATURLISTE	116
BILAG	121

Kapitel 1

Indledning

Brexit, Donald Trump og andre politiske nyheder er de seneste år gået imod forventningerne og har skabt usikkerhed i den globale økonomi, der er præget hurtige markedsændringer¹. Dette sætter større pres på selskabers evne til at reagere hurtigt på markedsændringerne og løbende forsøge at optimere forretningsstrategien for derved at forblive konkurrencedygtig i et marked med stigende verdenshandel. I 2008 fremlagde OECD en rapport, hvoraf fremgik, at transaktioner mellem koncernforbundne selskaber udgjorde omkring 60 % af verdenshandlen². For at forblive konkurrencedygtige må multinationale koncerner konstant effektivisere forsyningskæden og forsøge at udnytte synergieffekter og stordriftsfordele, som koncerner netop kan drage fordel af. Multinationale koncerner omstrukturerer derfor i høj grad af operationelle årsager, hvorved målet er at skabe større værdi for koncernen og dens aktionærer. Multinationale koncerner omstrukturerer typisk ved at flytte funktioner, aktiver eller risici mellem koncernenhederne. Dette påvirker indkomstallokeringen i koncernen og dermed også beskatningen af indkomstgrundlaget³. Disse omstruktureringer i multinationale koncerner på tværs af landegrænser afføder dermed en række skattemæssige konsekvenser, idet multinationale koncerner har et skattemæssigt incitament til at fastsætte interne priser, som minimerer den samlede koncernbeskatning⁴. På baggrund heraf har OECD antaget det såkaldte armslængdeprincip ved koncerninterne omstruktureringer, hvorefter koncernforbundne parter skal handle på samme vilkår, som uafhængige parter ville have gjort. Omstruktureringer er dog ofte komplekse transaktioner, hvorfor armslængdeprincippet har vist sig vanskeligt at anvende. Derfor har OECD fastsat en række fælles retningslinjer i OECD's Transfer Pricing Guideline kapitel IX, der skal sikre, at multinationale koncerner omstrukturerer i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

De senere års øgede fokus på multinationale koncerners skattebetalinger⁵ udmøntede sig i BEPS-projektet, der har til formål at forhindre indkomstflytning fra høj- til lavskattelande⁶, blandt andet ved brug af transfer pricing. For at bringe TPG i overensstemmelse med BEPS-rapporterne forventes det, at OECD TPG kapitel IX i 2017 bliver offentliggjort i revideret form. Denne afhandling har derfor til

¹ <http://www.business.dk/investor/den-globale-oekonomi-viser-haardnakket-vaekst>

² <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/internationalconferenceontransferpricingandcustomsvaluation.htm>

³ Wittendorff, 2016 (A), side 427.

⁴ Wittendorff, 2016 (A), side 30.

⁵ Se for eksempel: <http://www.bbc.com/news/magazine-20560359>

⁶ Wittendorff, 2016 (A), side 30.

formål at sætte fokus på gældende ret ved koncerninterne omstruktureringer i forbindelse med anvendelse af armslængdeprincippet, når det reviderede kapitel IX offentliggøres samt adressere væsentlige skattemæssige såvel som økonomiske problemstillinger, som det reviderede OECD TPG kapitel IX giver anledning til.

Problemformulering

Hvilke økonomiske overvejelser ligger til grund for koncerninterne omstruktureringer, og hvordan behandles sådanne omstruktureringer i henhold til internationale transfer pricing-regler? Hvilke skattemæssige og økonomiske konsekvenser giver revideringen af OECD Transfer Pricing Guidelines kapitel IX anledning til for skatteyder og skattemyndighed?

- Hvilke væsentlige faktorer driver koncerninterne omstruktureringer, og hvordan foretages disse omstruktureringer typisk?
- Hvad er baggrunden for OECD Transfer Pricing Guidelines kapitel IX, og hvilke motiver ligger til grund for revideringen?
- Hvordan iagttages armslængdeprincippet i forbindelse med koncerninterne omstruktureringer?

Økonomisk metodologi og metode

Deduktiv metode

I afhandlingen anvendes den deduktive metode, idet der med udgangspunkt i generelle principper og teorier fra organisationsteorien konkluderes på, hvorfor, hvordan og med hvilke konsekvenser multinationale koncerner omstrukturerer⁷. Gennem analyse af organisationsteoretisk faglitteratur deduceres argumenter og udsagn, som kan bidrage til at åbne op for en positiv debat i afhandlingens kapitel 6. Formålet med at udlede bevæggrundene for en omstrukturering ud fra en organisationsteoretisk synsvinkel er således at kunne anvende denne viden til at argumentere for mulige økonomiske problemstillinger, som det reviderede OECD TPG kapitel IX giver anledning til.

⁷ Andersen, 2008, side 35

Positiv økonomisk metode

I afhandlingen antages en positivistisk tilgang til analysen af, hvorfor multinationale koncerner omstrukturerer. Den positive økonomiske metode er objektiv og baseret på fakta, mens den normative økonomiske metode er subjektiv og værdibaseret⁸. Den positive økonomiske metode anvendes, idet problemstillingerne i relation til OECD TPG kapitel IX anskues på baggrund af fakta og empiri. Empirien for denne afhandling er det reviderede OECD TPG kapitel IX, som forventes at blive gældende ret kort efter afhandlingens indlevering. Positiv økonomiske metode har således til formål at påpege et økonomisk problem, hvorimod den normative økonomiske metode søger at finde en værdibaseret løsning på problemet⁹. Ved at fokusere på fakta og disses adfærdsmæssige virkninger på multinationale koncerner bliver det muligt i afhandlingens integrerede afsnit, at adressere aktuelle problemstillinger, som det reviderede kapitel rejser.

Organisationsteori

For at forstå hvorfor og hvordan multinationale koncerner omstrukturerer anvendes teori om virksomhedsstrategi. I organisationsteorien er det antaget, at interne såvel som eksterne omgivelser har effekt på den måde, hvorpå en organisation strukturerer sig på¹⁰. På baggrund heraf analyseres således interne såvel som eksterne faktorer, der driver omstruktureringer ud fra en organisationsteoretisk synsvinkel. Denne analyse skal bidrage til en senere diskussion den integrerede del af afhandlingen, hvori problemstillinger ved de reviderede OECD TPG kapitel IX diskuteres i lyset af såvel økonomi som jura.

Juridisk metode

I denne afhandling tages udgangspunkt i en retsrealistisk teoretisk tilgang til den juridiske analyse. Formålet med denne tilgang til afhandlingen er at gennemføre analyser af juridiske kilder for derved at udlede gældende ret¹¹.

⁸ Yang, 2001, side 24.

⁹ Kerkmeester, 1999, side 390

¹⁰ Knudsen, 1994, side 197.

¹¹ Ross, 1953, side 11.

Generelt behandler retsvidenskaben retsdogmatik, retskildelære, retspolitik, retshistorie, retssociologi og komparativ ret¹². I afhandlingen behandles retsvidenskaben dog i mere snæver forstand, idet den juridiske del af afhandlingen blot behandler retsdogmatikken. Den retsdogmatiske metode anvendes i afhandlingen til at systematisere, beskrive og fortolke gældende ret¹³.

Det overordnede formål med afhandlingen er at adressere nogle af de problemstillinger, som det reviderede OECD TPG kapitel IX giver anledning til. For at kunne adressere disse problemstillinger er det nødvendigt at udlede gældende ret. Dette giver anledning til at begynde afhandlingens juridiske del med en analyse af rationalet bag indførelsen af OECD TPG kapitel IX om omstruktureringer i TPG tilbage i 2010, samt de motiver, der ligger til grund for revideringen af kapitlet i 2016/2017. Denne analyse skal således danne baggrund for den efterfølgende retsdogmatiske analyse. Dette skyldes, at det anses for væsentligt at have en baggrundsforståelse for indførelsen af kapitel IX samt revideringen for at kunne bidrage til en positiv og relevant diskussion, om de problemstillinger det reviderede kapitel rejser i afhandlingens integrerede analyse.

Til brug for analysen af gældende ret ved koncerninterne omstruktureringer inddrages OECD's modeloverenskomst artikel 9 og kommentarerne hertil samt TPG, herunder særligt det reviderede OECD TPG kapitel IX. Retspraksis inddrages i det omfang, det skønnes relevant for at fremme forståelsen af gældende ret i TPG. Den udvalgte retspraksis er afgjort på baggrund af tidligere versioner af TPG, men er medtaget i analysen af gældende ret efter det reviderede OECD TPG kapitel IX, idet retsstillingen anses for uændret skulle sagerne afgøres efter det reviderede kapitel. Derudover inddrages BEPS-rapporter og white papers samt juridisk litteratur. Selvom den juridiske litteratur ikke har status som retskilde¹⁴, anvendes litteraturen som bidrag til fortolkningen af gældende ret og til at diskutere og argumentere for væsentlige problemstillinger, der affødes af det reviderede kapitel IX.

¹² Tvarnø og Nielsen, 2014, side 29.

¹³ Tvarnø og Nielsen, 2014, side 30.

¹⁴ Blume, 2006, side 115.

International skatteret

Som nævnt, vil der i afhandlingens juridiske del være fokus på at udlede gældende ret for koncerninterne omstruktureringer i et transfer pricing-perspektiv. Transfer pricing er en del af den internationale skatteret, hvorfor der i afhandlingen vil blive anvendt hard law såvel som soft law-regulering. Hard law er bindende regulering såsom Wienerkonventionen, mens soft law er ikke-bindende regulering såsom henstillinger og vejledninger¹⁵, herunder TPG. TPG skal ses som en fælles rettesnor for anvendelsen af armslængdeprincippet i relation til koncerninterne omstruktureringer. OECD beskriver i forordet til TPG, at formålet med retningslinjerne er at hjælpe skattemyndigheder og multinationale koncerner til at undgå konflikter om indkomstkorrektioner ved at angive måder, hvorpå transaktioner skal prisfastsættes i overensstemmelse med armslængdeprincippet¹⁶. Endvidere opfordrer OECD medlemslande såvel som ikke-medlemslande til at følge TPG i anvendelsen og fortolkningen af nationale transfer pricing-regler¹⁷. Der foreligger dog ingen bemærkninger om, at TPG er folkeretligt bindende¹⁸. Der er dermed blot tale om et sæt retningslinjer for, hvordan skattemyndigheder og multinationale koncerner bør forholde sig i relation til anvendelsen af armslængdeprincippet. Derfor bliver OECD TPG en del af den internationale soft law¹⁹.

Når OECD TPG ikke anses for at være retligt bindende, bliver retskildeværdien af disse guidelines uklar. Den manglende konsensus skyldes blandt andet manglende praksis herom samt skattemyndighedernes manglende udmelding vedrørende TPG og de løbende ændringerne hertil²⁰. Endvidere opstår spørgsmålet om, hvornår sådanne retningslinjer eller normer får karakter af en skatteretlig retskilde. Alf Ross definerer gældende ret, som de retsregler, som domstolene ville antages at lægge til grund for afgørelser²¹. Dette standpunkt bygger Ruth Nielsen og Christina Tvarnø videre på, hvorefter holdningen er, at gældende ret er *”den retsudvikling, de vigtigste aktører på markedet, dvs. de øverste myndigheder på EU-plan og på nationalt plan samt de vigtigste markedsaktører, må forventes at gå ind for såvel på det retsideologiske som på det faktiske plan”*²². TPG udspringer af kommentarerne

¹⁵ Tvarnø og Nielsen, 2014, side 69.

¹⁶ OECD TPG, 2010, forord, pkt. 15.

¹⁷ OECD TPG, 2010, forord, pkt. 16.

¹⁸ Wittendorff, 2009, side 155-156.

¹⁹ Vega, 2012, side 14-16.

²⁰ Falk og Sørensen, 1997, side 2.

²¹ Ross, 1953, side 47.

²² Tvarnø og Nielsen, 2014, side 528.

til OECD's modeloverenskomst artikel 9, som typisk anvendes, når stater indgår dobbeltbeskatningsoverenskomster. Modeloverenskomsten er ikke i sig selv folkeretligt bindende, men det synes at være almindeligt antaget, at modeloverenskomsten og kommentarerne hertil kan tillægges betydning ved fortolkningen af den enkelte dobbeltbeskatningsoverenskomst²³. I U.1993.143H anvender Højesteret blandt andet OECD's modeloverenskomst og kommentarerne hertil ved fortolkningen af en dansk dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Retskildeværdien af TPG kompliceres yderligere på grund af dets administrative tilblivelse. Ifølge Aage Michelsen bliver TPG dog en anvendelig retskilde i national ret, idet de inddrages i lovbemærkningerne til blandt andet ligningslovens § 2²⁴. Dermed opnår TPG samme retskildeværdi som andre bemærkninger til et lovforslag. Dog påpeger Michelsen ligeledes, at graden af præcision er afgørende for, hvilken retskildeværdi TPG har. Denne er ifølge Michelsen dog ikke ligefrem imponerende²⁵. Jens Wittendorff bevæger sig i samme retning, og udtrykker således, at ændringerne af TPG i 2015 afviger så væsentligt fra den fortolkning af armslængdeprincippet som fremgår af 1995-udgaven, at der ikke blot er tale om en præcisering, men en materiel ændring²⁶. I denne sammenhæng mener Wittendorff således ikke, at TPG kan anses for at have retskildeværdi i fortolkningen af nationale transfer pricing-regler. Dette skyldes, at der er foretaget en så væsentlig ændring, og ikke bare en præcisering af gældende regler, at en lovændring er nødvendig for, at de ændrede guidelines fortsat kan have retskildeværdi²⁷.

Det tyder dog ikke på at de danske skattemyndigheder har samme opfattelse. SKAT har således indarbejdet ændringerne af TPG i Den juridiske vejledning, hvori der gives udtryk for, at ændringerne siden 1995 er opdateringer. SKAT giver således udtryk for, at rækkevidden og betydningen af armslængdeprincippet ikke er ændret ved opdateringerne, hvorfor der altså er tale om en præcisering og uddybning af armslængdeprincippet²⁸. Det kan derfor tyde på, at revideringerne af TPG må anses for at være præciseringer, såfremt Alf Ross' tankegang om, hvad der må anses for gældende ret, følges.

²³ Schmidt et al, 2015, side 25 samt Michelsen, Aage, 1996, side 187.

²⁴ Michelsen, Aage, 1998, side 43.

²⁵ Michelsen, Aage, 1998, side 43.

²⁶ Wittendorff, Jens, 2016 (B), side 36.

²⁷ Wittendorff, Jens, 2016 (B), side 36.

²⁸ Den juridiske vejledning, 2017, C.D.11.2.1.1.

Dette lader umiddelbart til at være den dominerende holdning. Det må dog stadig bemærkes, at dette er uklart, og der, som beskrevet, er delte holdninger omkring retskildeværdien. Ligeledes kan det ikke uden videre antages, at hvad SKAT opfatter som gældende ret, også er hvad domstolene finder som gældende ret.

Det er endvidere ikke kun i dansk ret, at der er uenighed om retskildeværdien. I Australien, Norge og Storbritannien findes interne korrektionsregler med en direkte reference til TPG, hvorimod der i blandt andet Danmark udelukkende er en indirekte reference til guidelines gennem lovbemærkningerne. Dette er med til at skabe tvivl om retskildeværdien²⁹, særligt i forbindelse med ændringerne af TPG, som Wittendorff blandt andet bemærker. Ligeledes er der lande som Sverige, hvor TPG ikke har en egentlig formel retskildeværdi, men alligevel tillægges betydning i retspraksis³⁰. De fleste medlemsstater har dog implementeret artikel 9 og TPG i national lovgivning. For eksempel har Danmark implementeret artikel 9 i ligningsloven § 2, der i forarbejderne hertil henviser til TPG³¹, hvorfor TPG i dansk ret opnår status som værende en retskilde.

Slutteligt skal det bemærkes, at dobbeltbeskatningsoverenskomster er bindende for de deltagende stater, jf. Wienerkonventionens artikel 26. Det er derfor udgangspunktet for denne afhandling, at TPG bliver medvirkende til indirekte at fastlægge folkerettens indhold³², hvorfor soft law-regulering bliver en væsentlig del af fortolkningen af gældende ret. Da TPG endvidere udgør en integreret del af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst artikel 9³³, må TPG tillægges retskildeværdi som et primært fortolkningsmiddel efter Wienerkonventionens artikel 31³⁴.

Integreret metode

I afhandlingens integrerede analyse er det formålet at adressere og diskutere mulige problemer, som det reviderede OECD TPG kapitel IX giver anledning. Ved at anskue problemstillingerne fra et økonomisk såvel som juridisk perspektiv er det muligt at fremkomme med anbefalinger til lovgiver om,

²⁹ Bundgaard og Wittendorff, 2002, side 13.

³⁰ Bundgaard og Wittendorff, 2002, side 13.

³¹ Almindelige bemærkninger L 101 1997-1998, side 2.

³² Blume, 2006, side 181.

³³ Kommentarer til OECD's modeloverenskomst artikel 9, pkt. 1.

³⁴ Wittendorff, 2009, side 156.

hvorvidt det reviderede kapitel IX opfylder formålet, eller om der bør foretages ændringer. Hensigten med den integrerede analyse er således at bygge bro mellem retsvidenskaben og retsøkonomien³⁵. Forudsætningen for at kunne foretage denne kobling, og dermed give mulighed for at den økonomisk analyse kan bidrage til den juridiske fortolkning af OECD TPG kapitel IX, er, at der er foretaget en selvstændig økonomisk analyse af incitamenterne til at omstrukturere på baggrund af organisations-teoriens antagelser og forudsætninger. Samtidig forudsætter den integrerede analyse, at der er foretaget en klassisk retsdogmatisk analyse af gældende ret, idet en sådan analyse danner grundstenen for en kvalificeret viden om gældende ret³⁶.

I den integrerede del af afhandlingen anvendes retspolitik – de lege ferenda – til at danne grundlag for anbefalinger til lovgiver om, hvorvidt TPG kapitel IX bør udformes anderledes. Retspolitik er dog ikke retsvidenskab, idet en sådan analyse bygger på normative betragtninger³⁷. I stedet er retspolitik en måde at teste sammenhængen mellem den bestående retstilstand og den menneskelige adfærd³⁸. Reglerne for transfer pricing, herunder OECD's modeloverenskomsts artikel 9 og TPG, har til formål at forhindre dobbeltbeskatning og regulere de økonomiske aktører i markedet. Et væsentligt problem ved kontrollerede transaktioner i multinationale koncerner er, at de kontrollerede transaktioner indebærer en systematisk forvridning af de interne afregningspriser³⁹. Dette kan have væsentlig samfunds-økonomisk betydning, hvilket transfer pricing reguleringen søger at dæmme op for.

Ved at inddrage retsøkonomi som supplement til den retspolitiske analyse påvirkes de retspolitiske overvejelser af et videnskabeligt resultat. Ved således at holde de økonomiske motiver for at omstrukturere op mod de begrænsninger, som OECD TPG kapitel IX sætter for koncerninterne omstruktureringer, bliver det muligt at diskutere retspolitiske anbefalinger til lovgiver i lyset af den rationelle adfærd, som aktørerne i markedet viser.

³⁵ Tvarnø og Nielsen, 2014, side 496.

³⁶ Tvarnø og Nielsen, 2014, side 496.

³⁷ Tvarnø og Nielsen, 2014, side 498.

³⁸ Ross, 1953, side 418.

³⁹ Winther-Sørensen et al., 2013, side 391.

Afgrænsning

Økonomisk afgrænsning

I den økonomiske del af afhandlingen fokuseres der på, hvorfor multinationale koncerner omstrukturerer, og hvordan disse omstruktureringer foretages. Af denne grund afgrænses der fra at analysere den regnskabsmæssige/finansielle værdiansættelse af de enkelte transaktioner. Endvidere kan multinationale koncerner omstrukturere på flere forskellige måder og kan overordnet opdeles i henholdsvis portefølje, finansielle og operationelle omstruktureringer. I afhandlingen afgrænses der fra at analysere de omstruktureringer, der hører ind under portefølje og finansielle omstruktureringer. Finansielle omstruktureringer påvirker koncerners kapitalstruktur, men der flyttes nødvendigvis ikke noget af værdi mellem koncernenhederne, hvorfor sådanne omstruktureringer ikke er interessant i et transfer pricing-perspektiv og da heller ikke omtales i OECD TPG kapitel IX.

Juridisk afgrænsning

I den juridiske del af afhandlingen fokuseres der på at udlede gældende ret for koncerninterne omstruktureringer i et transfer pricing-perspektiv, når det reviderede OECD TPG kapitel IX offentliggøres i sin endelige form. Det vil sige, at der tages udgangspunkt i international ret. Da der er tale om transfer pricing-aspekter af koncerninterne omstruktureringer afgrænses der fra at analysere nationale skatteregler vedrørende omstruktureringer. I forbindelse med den retsdogmatiske metode inddrages udelukkende skandinavisk ret. Dette er begrundet i praktiske årsager, idet sager om transfer pricing afgøres ved nationale domstole og er derfor svært tilgængelige samt forbundet med vanskeligheder ved oversættelse. Ligeledes afgrænses der fra at analysere de formelle dokumentationskrav i forbindelse med en koncernintern omstrukturering, herunder OECD TPG kapitel V og BEPS action 13.

I afhandlingen inddrages endvidere BEPS-rapporterne i forbindelse med udledningen af rationalet bag OECD TPG kapitel IX. Dog anvendes kun de actions, som relaterer sig til OECD TPG kapitel IX, det vil sige action 8, 9 og 10. Der afgrænses fra at inddrage andre actions, idet disse ikke skønnes nødvendige at inddrage henset til formålet med afhandlingen.

Ydermere afgrænses der fra at analysere, hvorvidt Cost Contribution Arrangements er i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Disse aftaler er omkostningsfordelingsaftaler, som kan inddrages ved koncerninterne omstruktureringer, men som behandles særskilt i TPG. En analyse af sådanne aftaler anses således for at være for vidtgående i forhold til formålet med afhandlingen. Ligeledes anses det for at række ud over afhandlingens formål at inddrage indirekte skatter i analysen, uagtet at disse spiller en stor rolle i samspillet med transfer pricing-reglerne.

Struktur

Afhandlingen er bygget op omkring syv kapitler. Afhandlingen indledes i kapitel 1 med en præsentation af emnet, herunder de overvejelser der ligger til grund for denne afhandling. Ligeledes redegøres der for metodevalg, negative afgrænsninger og afhandlingens struktur.

I afhandlingens kapitel 2 redegøres der for koncernbegrebet og koncerners anvendelse af omstrukturering som strategi og hvilke væsentlige faktorer, der driver koncerner til at omstrukturere. Det er således formålet med kapitlet at undersøge, hvad der omfattes af begrebet koncernintern omstrukturering og hvorfor disse i det hele taget foretages.

I afhandlingens kapitel 3 undersøges de metoder, som anvendes til prisfastsættelse af koncerninterne omstruktureringer, de parter som indgår i omstruktureringen samt de typiske måder hvorved koncerner omstrukturerer. Formålet med kapitlet er at analysere begrebet omstrukturering i et transfer pricing perspektiv.

Kapitel 4 består af en analyse af baggrunden for OECD TPG kapitel IX. Formålet hermed er at udlede rationalet bag det reviderede kapitel IX. Denne analyse skal danne grundlag for den senere diskussion af væsentlige problemstillinger, som det reviderede kapitel IX giver anledning til.

I forlængelse af kapitel 4, består kapitel 5 af en analyse af gældende ret ved koncerninterne omstruktureringer, som den forventes at være, når det reviderede kapitel IX offentliggøres i sin endelige form. I denne sammenhæng vil der blive foretaget en retsdogmatisk analyse, som skal udlede gældende ret for koncerninterne omstruktureringer i lyset af transfer pricing.

Kapitel 6 udgør et integreret kapitel, hvori der på baggrund af kapitel 2, 3, 4 og 5 søges udledt mulige problemer ved det reviderede OECD TPG kapitel IX. Dette kapitel søger at integrere jura og økonomi, således at det reviderede kapitel ansues og diskuteres fra en økonomisk såvel som en skatteretlig synsvinkel, hvorved det bliver muligt at komme med anbefalinger til lovgiver om, hvorvidt det reviderede kapitel IX lever op til formålet eller bør udformes anderledes.

Kapitel 2-6 afsluttes alle med delkonklusioner, der til sidst sammenfattes til en hovedkonklusion i kapitel 7 efterfulgt af en perspektivering.

Kapitel 2

Koncernbegrebet

Uanset industri eller sektor står multinationale koncerner i dag over for en stadigt stigende konkurrence i en globaliseret økonomi. Dette sætter større pres på multinationale koncerners evne til at optimere deres forretningsstruktur og konstant være parate til ændringer, da selskaberne ellers risikerer ikke at være konkurrencedygtige og i sidste ende må lukke⁴⁰.

Ved en koncern forstås generelt et moderselskab og dets tilknyttede datterselskaber. Tilsammen fungerer selskaberne som én økonomisk enhed, som er underlagt en fælles kontrol fra moderselskabet. Som juridisk begreb findes der dog forskellige definitioner for en koncern. For eksempel er der i dansk ret forskel på den selskabsretlige og den skatteretlige definition af en koncern⁴¹. I et transfer pricing-perspektiv anses to forretningsenheder dog for at være koncernforbundne, når den ene forretningsenhed, direkte eller indirekte, deltager i ledelsen, kontrollen eller kapitalen i den anden forretningsenhed, eller hvis én person, direkte eller indirekte, deltager i ledelsen, kontrollen eller kapitalen i begge forretningsenheder, det vil sige, hvor begge enheder er underlagt fælles kontrol, jf. modeloverenskomsten artikel 9.

Som udgangspunkt er målet for koncerner, som for de fleste andre selskaber, at profitmaksimere og skabe vækst til fordel for koncernens aktionærer⁴². Dette betyder, at koncernen som helhed skal være

⁴⁰ Stuffer og Hiller i Bakker, 2008, side 3.

⁴¹ Jf. hhv. selskabslovens §§ 6 og 7 og selskabsskattelovens §§ 31 og 31 C.

⁴² Johnson et al., 2017, side 6.

konkurrencedygtig og være parat til at omstille sig for at kunne følge med den globale udvikling. Ligeledes kræver det, at de enkelte forretningsenheder i koncernen også har denne evne. Det afgørende for at koncernen og de enkelte enheder kan realisere dette er, at der foreligger en strategi, som har til formål at lede koncernen – både som helhed og de enkelte forretningsenheder – i den ønskede retning.

Strategi

Strategi defineres i litteraturen på flere forskellige måder. Ifølge Chandler vedrører et foretagendes strategi fastlæggelsen af langsigtede mål samt den handlingsplan og fordeling af ressourcer, der er nødvendig for at nå målet⁴³. Porter definerer strategi, som et foretagendes bevidste valg af aktiviteter med henblik på at differentiere sig i forhold til konkurrenterne⁴⁴. Mintzberg argumenterer derimod for, at strategi ikke nødvendigvis er en forudbestemt handlingsplan for at nå bestemte mål, men i stedet kan opstå undervejs i et foretagendes virke⁴⁵, såsom en række af beslutninger, som efter en vis periode kan anses for et handlemønster – en strategi – for det pågældende foretagende. Alle definitionerne har dog det tilfælles, at de vedrører "vejen til målet".

Koncernens strategi viser vejen til målet og er således et udtryk for, hvordan koncernen har til hensigt at anvende sine ressourcer til at nå sit mål og opnå succes. Strategien fastsætter en prioritering for anvendelsen af dets ressourcer og kan derfor påvirke koncernens struktur⁴⁶. Som udgangspunkt er de fleste koncerners mål at skabe værdi. Hvordan det at skabe værdi fortolkes afhænger af den enkelte koncern. Mange koncerner har for eksempel et mål om at generere en profit til deres ejere, mens andre koncerner fokuserer på vækst eller markedsandele⁴⁷. Som et led i koncernens strategi formuleres ofte en vision og en mission. Mission relaterer sig til koncernens mål, og referer til koncernens altover- skyggende formål og hjælper ledelsen til at fokusere på det helt centrale for koncernen og dens stra- tegi. Vision relaterer sig ligeledes til koncernens mål, og refererer til den ønskede fremtidige tilstand

⁴³ Chandler, 1962.

⁴⁴ Porter, 1996.

⁴⁵ Mintzberg, 2007.

⁴⁶ Ferguson, 2000, side 52.

⁴⁷ Ferguson, 2000, side 43.

for koncernen. Vision er en aspiration, der har til formål at fremkalde energi og passion hos koncernens interessenter⁴⁸.

Koncernens succes bygger ikke kun på den overordnede strategi for koncernen som helhed, men i lige så høj grad på samspillet mellem koncernens strategi og de enkelte koncernenheders strategier. Samspillet er vigtigt fordi de enkelte koncernenheder bidrager til at koncernens overordnede strategi realiseres⁴⁹. For eksempel kan koncernen have en differentieringsstrategi og vil være førende udbyder af eksklusive produkter. Dette kræver at produktionsenheden anvender råvarer af højeste kvalitet, og at distributionsenheden samtidig formår at markedsføre og servicere kunderne derefter. For at koncernens differentieringsstrategi realiseres er det derfor vigtigt, at koncernenhederne individuelt anvender strategier, der er i tråd med denne. Strategier i en koncern vil derfor som udgangspunkt forekomme på tre niveauer⁵⁰:

- Corporate level
- Business level
- Operational level

Corporate level omhandler den overordnede strategi for hele koncernen. Det er typisk på dette niveau, at beslutninger om fordeling af ressourcer blandt forretningsenheder træffes. Ligeledes er det på dette niveau, at det beslutes, hvordan koncernen realiserer sit overordnede mål, som for eksempel profitmaksimering. Dette sker ved, at der på corporate level anlægges en strategi for differentiering, integration, outsourcing eller lignende⁵¹. Det er således på dette niveau, at der træffes beslutninger om, hvorvidt en omstrukturering skal være en del af den kommende strategi, hvorved en koncern for eksempel integrerer en enhed i forsyningskæden eller outsourcer en enhed. En omstrukturering kan være et væsentlig led i en strategi, hvor formålet er at skabe større værdi for aktionærene. Ledelsen i en koncern kan for eksempel finde det nødvendigt at omstrukturere, fordi koncernen skal træde ind på nye markeder, eller fordi ledelsen kan se potentielle omkostningsbesparelser i at omstrukturere.

⁴⁸ Johnson et al., 2017, side 8.

⁴⁹ Defee og Stank, 2005, side 34.

⁵⁰ Johnson et al., 2017, side 10.

⁵¹ Johnson et al., 2017, side 10.

Ligeledes anlægges der strategier i de enkelte forretningsenheder på det såkaldte business level. Disse strategier vedrører typisk, hvordan forretningsenhederne individuelt skal konkurrere på de markeder, de befinder sig på⁵². Dette kunne for eksempel være at anlægge en omkostningsminimerings- eller differentieringsstrategi. Det afgørende ved at anlægge en strategi på business level er, at den vedrører, hvordan forretningsenheden skaber konkurrencefordele i markedet⁵³. Ifølge Porter kan en forretningshed opnå konkurrencefordele på to forskellige måder; ved at producere til lavere omkostninger end konkurrenterne eller ved at sælge produkter, der er så værdifulde for køberne, at disse er villige til at betale mere for netop at få det specifikke produkt⁵⁴. Strategien på business level kan således være en omkostningsminimeringsstrategi, som indebærer en outsourcing eller en downsizing.

Ydermere kan der i en koncern forekomme strategier på det såkaldte operational level. Disse strategier vedrører typisk koncernens funktioner, for eksempel strategier for Human Resources på tværs af koncernen, eller strategier for hvordan produkterne markedsføres. Operational level strategier handler således om, hvordan funktioner i en koncern leverer processer, ressourcer mv., der kan bruges til at forfølge strategier såvel på business level som på corporate level⁵⁵.

Samtlige af koncernens forretningsenheder kan således have forskellige strategier, uagtet at de tilhører samme koncern. Det vigtige i denne sammenhæng er dog, at strategierne komplementerer hinanden, således at de alle kan indgå i den overordnede strategi for koncernen som helhed. Strategier i koncerner adskiller sig således fra traditionelle forretningsstrategier, idet de kræver koordinering og samarbejde på tværs af koncernenheder for at inkorporere corporate level strategien i koncernenhedernes business level strategier⁵⁶. Selvom det kan synes kompliceret i forhold til udelukkende at skulle anlægge en enkelt strategi for et individuelt selskab, kan koncernstrategier skabe fordele, som andre individuelle selskaber ikke nyder godt af⁵⁷. En af fordelene ved koncernstrategier er således samspillet mellem koncernenhederne, der kan bidrage til at skabe vækst i omsætningen, reducere driftsomkostningerne eller øge effektiviseringen. Hvis den overordnede koncernstrategi som tidligere

⁵² Johnson et al., 2017, side 11.

⁵³ Johnson et al., 2017, side 13.

⁵⁴ Porter, 1995.

⁵⁵ Johnson et al., 2017, side 11.

⁵⁶ Defee og Stank, 2005, side 33.

⁵⁷ Defee og Stank, 2005, side 33.

nævnt er at differentiere koncernens produkter, kræver det at producenten leverer produkter af høj kvalitet, mens at distributøren skal levere høj service. Dermed komplementerer producenten og distributørens strategi hinanden, og lever samtidig op til koncernstrategien. Dette samspil er med til at skabe en tværorganisatorisk adfærd, fordi alle koncernenhederne har en fælles strategi at forholde sig til. Dette kan skabe mere samarbejde i koncernen og dermed en mere effektiv forsyningskæde og større sandsynlighed for at koncernens samlede mål realiseres⁵⁸.

Koncerner anvender således strategi til at opnå langsigtede mål, der som udgangspunkt er profitmaksimering. For at koncernen kan realisere sit mål kan en omstrukturering således blive en væsentlig del af koncernens strategi på corporate level.

Omstrukturering

For at forblive konkurrencedygtige inkorporerer koncerner omstruktureringer i langsigtede strategier. For koncerner er omstruktureringer derfor et middel til at fremme finansielle resultater, udnytte nye strategiske muligheder og forbedre kreditmuligheder på kapitalmarkedet, og et middel til at skabe merværdi⁵⁹. Koncerner benytter sig derfor af omstruktureringer som led i en strategi om at vokse og øge fortjenesten eller at overleve og reducere økonomiske tab i et konkurrencepræget miljø⁶⁰. Uanset hvilke årsager der ligger til grund, vil der i en koncerns levetid stort set altid forekomme omstruktureringer i større eller mindre grad for at tilpasse sig markedet⁶¹. I begge tilfælde er det ofte nødvendigt for koncernen at foretage en omstrukturering og fokusere på sin konkurrenceevne. Omstruktureringer er en af de mest betydningsfulde strategiske beslutninger en ledelse kan komme ud for og er omkostningstunge på kapital og menneskelige ressourcer. Koncernen kan omstrukturere på forskellige måder alt efter hvilken strategi, der er anlagt i koncernen. Koncernen kan blandt andet foretage en ændring i koncernens portefølje, en finansiell eller en organisatorisk omstrukturering, hvor den interne struktur i koncernen ændres fra en decentral til en central struktur og vice versa⁶².

⁵⁸ Defee og Stank, 2005, side 33-34.

⁵⁹ Gilson 2001, side 1 og 13.

⁶⁰ Gilson 2001, side 14.

⁶¹ Foss og Saebi, 2015, side 194.

⁶² Bowman et al., 1993, side 6.

Porteføljeændringer

Ændringer i koncernens portefølje vedrører væsentlige ændringer i koncernens aktiver og inkluderer typisk afhændelse eller likvidering af koncernenheder. Sådanne ændringer foretages typisk, hvis koncernen ændrer strategisk fokus eller ønsker at skabe et stærkere brand og dermed øge konkurrenceevnen ved at afhænde koncernenheder, der er perifere i forhold til koncernens kerneforretning⁶³.

Finansiell omstrukturering

Formålet med en finansiell omstrukturering er ofte at generere et øget cash flow og sætte større fokus på kerneforretningen, hvorved selskabet som en konsekvens heraf bliver mere effektiv⁶⁴. Finansielle omstruktureringer kan være relevante og nødvendige, hvis koncernen oplever et af fald i omsætningen og ikke længere kan generere et overskud. En finansiell omstrukturering vedrører således ofte ændringer i en koncerns kapitalstruktur og inkluderer leveraged buyouts, leveraged recapitalization, og debt for equity swaps⁶⁵. Disse behandles dog ikke yderligere i afhandlingen.

Organisatorisk omstrukturering

En organisatorisk omstrukturering vedrører ændringer i organisationsstrukturen. Ved organisatorisk omstrukturering er der fokus på intern kontrol, processer og struktur i koncernen. Ofte indebærer organisatoriske omstruktureringer ændringer af koncernens interne forhold, der kan involvere flere afdelinger, koncernenheder i forskellige lande, kommunikations- og informationssystemer, juridisk ejerskab samt væsentlige ændringer af koncernens interne procedurer og processer⁶⁶. Typisk vil det være nødvendigt for ledelsen at foretage en omstrukturering af koncernens organisation for at imødekomme stigende konkurrence eller forandringer i markedet. Organisatoriske omstruktureringer omfatter i det væsentligste følgende kategorier:

- Centralisering
- Decentralisering
- Downsizing
- Outsourcing

⁶³ Bowman et al., 1999, side 34 og 37.

⁶⁴ Bowman et al., 1999, side 41.

⁶⁵ Bowman et al., 1999, side 35.

⁶⁶ Bowman et al., 1999, side 35.

Centralisering indebærer en omlægning af koncernens forretningsenheder med henblik på at sammenlægge eksisterende enheder til færre enheder. Det skaber en højere magtkoncentration i koncernen, som kan være effektiv ved forretningsmæssige beslutninger, idet færre involveres i beslutningsprocessen. Når magten er koncentreret hos ledelsen på corporate level kan det være lettere at strømline koncernenhedernes strategier og signalere en klar vision, som medarbejdere og kunder kan forholde sig til. Der kan dog også være ulemper ved at centralisere. Ved at centralisere visse funktioner i centrale serviceenheder risikerer koncernen, at ikke alle koncernenheder får lige meget gavn af dette. Ved at centralisere og dermed strømline IT-systemer på tværs af koncernen, er der risiko for, at alle enheder ikke har kompetencer til at anvende de pågældende IT-systemer, hvilket kan have stor betydning for driften i den enkelte koncernenhed⁶⁷. Yderligere kan der være store konsekvenser for koncernen, hvis en centralisering som led i koncernstrategien fejler. Omstruktureringer er typisk omfattende på både kapital- og ressourceforbrug. Hvis koncernen således centraliserer for at opnå stor-driftsfordele eller maksimere synergieffekter, vil det have store konsekvenser, hvis disse ikke realiseres. Herved har koncernen frataget de lokale koncernenheder beslutningskompetencen og muligheden for at skræddersy produkter til det enkelte marked forsvinder, fordi principalen ikke har samme kendskab til markedet⁶⁸. I sådanne tilfælde risikerer koncernen således at miste konkurrenceevne og markedsandele i det lokale marked.

Decentralisering indebærer en omlægning af koncernens forretningsenheder med henblik på, at uddelegere flere funktioner og mere ansvar til lokale enheder og ledere. De lokale enheder har således ansvaret for den daglige drift og har en højere grad af beslutningskompetence end en centraliseret koncern. Ved at decentralisere vil den enkelte koncernenhed i højere grad interagere med dens egne kunder og leverandører. Ofte vil den lokale koncernenhed have et bedre kendskab til det lokale marked end principalen, hvorfor en decentralisering i højere grad sikrer, at trusler og muligheder i det lokale marked bliver opfanget hurtigere, når det er koncernenheden selv der agerer med de andre aktører i markedet. Herved er der en større chance for, at koncernenheden hurtigere kan videregive informationen til principalen, som kan reagere på dette⁶⁹. Dette giver koncernens ledelse på corporate

⁶⁷ Foss og Saebi, 2015, side 56.

⁶⁸ Campbell et al., 2011, side 1.

⁶⁹ Foss og Saebi, 2015, side 26.

level mulighed for at kunne fokusere mere på de store strategiske beslutninger, der vedrører hele koncernen.

Downsizing anvendes af koncerner til at reducere omkostninger til personale ved at afskedige eller flytte medarbejdere, når arbejdsstyrken er højere end nødvendigt. Særligt den øgede konkurrence får koncerner til at downsize for at nedbringe omkostningerne⁷⁰. Når koncernen downsizer kan det blandt andet skyldes, at omsætningen er faldende, hvorfor omkostningsbesparelser er nødvendige, men kan også forekomme, fordi koncernen implementerer en ny teknologi, som gøre det muligt at operere med færre medarbejdere.

Selvom en koncern kan have forskellige forretningsenheder, der foretager forskellige funktioner i forsyningskæden, er det sjældent, at samtlige funktioner kan fungere in-house. Samtlige funktioner i en forsyningskæde skal være med til at generere værdi som helhed for koncernen, hvorfor det i nogle tilfælde kan være optimalt at outsource funktioner til en underleverandør, som har flere kompetencer på et givent område. Dette kan samtidig give plads til at fokusere på kerneforretningen i de enkelte forretningsenheder⁷¹. Outsourcing anvendes ligesom downsizing af koncerner til at reducere omkostninger. Typisk vil en koncern derfor vælge at outsource funktioner, hvis det er billigere at lade andre udføre de pågældende funktioner, uden at det har nogle negative effekter for værdiskabelsen i koncernen⁷². Typiske funktioner at outsource er støttefunktioner såsom informationsteknologi, call centre og Human Resources funktioner⁷³.

Koncerner kan anvende forskellige metoder til at omstrukturere alt efter hvilken strategi, der er anlagt i koncernen. Ovenstående omstrukturingsmetoder har specielt ønsket om at omkostningsbespare til fælles, hvilket således må anses for at være en væsentlig årsag til at koncerner omstrukturerer. Foruden omkostningsbesparelser er der andre årsager til at koncerner omstrukturerer, jf. nedenfor.

⁷⁰ Bowman et al. 1993, side 7.

⁷¹ Johnson et al., 2017, side 111.

⁷² Johnson et al., 2017, side 112.

⁷³ Johnson et al., 2017, side 254.

Drivers

Som tidligere nævnt, står multinationale selskaber over for en stadigt stigende konkurrence i en globaliseret økonomi. Presset herfra har fået multinationale koncerner til at omstrukturere med henblik på at opnå en centraliseret kontrol og administration af produktions-, distributions- og R&D-funktioner. Når koncerner omstrukturerer skyldes det særligt behovet for at minimere produktionsomkostninger, for eksempel via stordriftsfordele, en øget specialisering og en mere effektiv og billigere forsyningskæde. Ændringerne i selskabernes forretningsstrukturer bevæger sig typisk i retningen af mere centralisering, hvor funktioner, immaterielle aktiver og risici, der tidligere var en integreret del af de lokale forretningsenheder, nu bliver flyttet til globale specialiserede forretningsenheder eller videnscentre⁷⁴.

Stordriftsfordele og maksimering af synergier

En typisk strategi for de enkelte forretningsenheder er, at skabe konkurrencemæssige fordele. En sådan strategi handler om at gøre omkostningerne mindre end den værdi det givne produkt har for forbrugerne, samtidig med også at sikre at produktet er det foretrukne blandt forbrugerne i forhold til konkurrenternes produkter.

En måde hvorpå koncerner kan forbedre konkurrenceevnen er ved at udnytte muligheden for stordriftsfordele. Tankegangen bag stordriftsfordele er, at en stigende produktion nedbringer de gennemsnitlige produktionsomkostninger per enhed over en given periode, fordi omkostningerne fordeles over et større antal enheder⁷⁵. Dette kan særligt være attraktivt for koncerner som har høje faste omkostninger, for eksempel omkostninger til forskning og udvikling. Ved at udnytte den viden der er produceret gennem forskning og udvikling til at producere et større antal produkter nedbringes omkostningen per enhed, idet den faste omkostning er den samme uanset antallet af producerede enheder. Når et produkt bliver billigere at producere, kan produktet ligeledes sælges til en lavere pris, hvilket styrker koncernens konkurrenceevne i markedet.

⁷⁴CTPA, Roundtable Discussion on Business Restructuring, 2005.

⁷⁵ Johnson et al., 2017, side 211.

Ligeledes giver muligheden for maksimering af synergier incitament til at omstrukturere for at forbedre konkurrenceevnen. Synergieffekter er effekter, der opstår mellem to eller flere enheder eller faktorer, der tilsammen skaber en effekt, der er større end de effekter de individuelle enheder eller faktorer kan skabe alene⁷⁶. Sådanne synergieffekter opnås typisk gennem koncernforbundne parter eller joint ventures og kooperativer. Rationelle agenter vil forsøge at maksimere de fordele, der skabes ved synergieffekter⁷⁷. Dette kan for eksempel ske ved produktion komplementære produkter, hvorefter det er muligt at producere to produkter, hvor knowhow, kvalitetskontroller, arbejdskraft og logistikomkostninger deles⁷⁸. Herved kan principalen ligeledes sælge komplementære produkter med attraktive rabatter, fordi der bliver tale om en "bundled service" ligesom koncernen kan drage nytte af stordriftsfordele i form af economies of scope, det vil sige at koncernen anvender eksisterende ressourcer til at producere andre produkter⁷⁹. Ved at dele omkostningerne, men producere to komplementære produkter opnås en omkostningssynergi. Omkostningssynergier er således muligheden for at reducere omkostningerne ved at drive forretning. Disse realiseres ofte ved at afskaffe og centralisere funktioner, der ses som dubletter inden for koncernen, herunder for eksempel administrative funktioner såsom Human Resources. I stedet for at hver forretningsenhed har sin egen HR-afdeling, kan koncernen skabe en synergieffekt ved at centralisere denne funktion, så én HR-afdeling arbejder på tværs af koncernen og for eksempel varetager alle enheders aflønning af medarbejdere.

Ligeledes kan andre "back office" funktioner skabe synergieffekter. Ved at centralisere globale, regionale eller lokale "back office" funktioner, såsom indkøbs- og logistikfunktioner tillades de lokale forretningsenheder at fokusere på deres kernekompetencer. De standardiserede funktioner, som kan anvendes på tværs af organisationen udføres i stedet centralt af kompetente medarbejdere, der netop er specialiserede i denne type opgaver⁸⁰. Ved at de enkelte enheder udelukkende kan fokusere på deres kernekompetencer og ikke bruge kræfter på administrative funktioner, øges konkurrenceevnen og koncernen bliver som helhed mere effektiv.

⁷⁶ Johnson et al., 2017, side 251.

⁷⁷ Yu og Wong, 2014, side 5206.

⁷⁸ Yu og Wong, 2014, side 5206.

⁷⁹ Johnson et al., 2017, side 250.

⁸⁰ Stuffer og Hiller i Bakker, 2009, side 5.

Sådanne synergieffekter kan dog være svære at identificere og værdiansætte, hvorfor de forventede synergieffekter risikere ikke at realisere den forventede værdi. Der er store omkostninger forbundet med at foretage en integration af koncernen, hvorved det bliver muligt at drage nytte af synergieffekterne. Yderligere kan der muligvis opstå vanskeligheder ved at få koncernenhederne til at arbejde sammen⁸¹. Koncernen bør således tage højde for dette og vurdere, hvorvidt de forventede fordele ved synergieffekterne er større end omkostningerne ved at omstrukturere for at udnytte synergieffekterne.

Effektivisering af forsyningskæden

Omstruktureringer i forsyningskæden er ofte drevet af forbrugernes efterspørgsel samt enhedens evne til levere rettidigt og i rette mængde⁸². I mange tilfælde er forsyningskæden drevet ud fra en decentraliseret tankegang, hvor de lokale forretningsenheder har den direkte kontakt til de lokale leverandører. Ved at centralisere distributions- og indkøbscentrene øges muligheden for højere kvalitet og større effektivitet i den multinationale koncerns forsyningskæde, idet samtlige leverandører og distributører udvælges af samme enhed, nemlig den centrale enhed. Endvidere er en effektivisering af forsyningskæden ofte et resultat af udnyttelsen af synergieffekter og stordriftsfordele. Dette er med til at øge koncernens konkurrenceevne på markedet, idet responstiden på ændringer i markedet reduceres, når forsyningskæden effektiviseres. Ved at kunne producere hurtigere eller være bedre til omstilling og tilpasse sig ændringer i markedet, kan koncernen i højere grad leve op til forbrugernes efterspørgsel.

Effektiviseringer i forsyningskæden kan omfatte alle led i forsyningskæden, det vil sige alle enheder lige fra råmaterialer indkøbes til det færdige produkt transporteres til slutforbrugeren. Det er derfor ikke kun blandt leverandører, at multinationale koncerner kan optimere forsyningskæden. Effektiviseringer i forsyningskæden kan også ske ved at optimere varelagerfunktioner, således at logistikprocessen forbedres⁸³. Ved at placere varelagre strategisk i forskellige regioner øges effektiviteten, idet leveringstiden forkortes og omkostningerne nedbringes. For eksempel forkortes leveringstiden, hvis et reservedelslager til en bilfabrikant placeres tæt på selve fabrikanten, således at bilfabrikanten hurtigere kan få leveret reservedele, når en ny bil skal produceres. Dermed kan den færdige bil leveres

⁸¹ Johnson et al., 2017, side 259.

⁸² Stuffer og Hiller i Bakker, 2009, side 6.

⁸³ Stuffer og Hiller i Bakker, 2009, side 6.

hurtigere til slutforbrugeren, hvilket alt andet lige giver større kundetilfredshed og dermed potentielt øger varemærkeværdien for koncernen.

Skattemæssige drivers

Som beskrevet ovenfor omstrukturerer selskaber typisk af finansielle og operationelle årsager. I litteraturen påpeges endvidere, at motivet for at omstrukturere typisk er af andre årsager end at spekulere i koncernens skattebetaling⁸⁴. Ligeledes har flere repræsentanter fra erhvervslivet ved et møde i OECD's Centre for Tax Policy and Administration givet udtryk for, at skatteplanlægning ikke er en drivende faktor for at omstrukturere, men i højere grad en afledt effekt af en omstrukturering⁸⁵. Dermed vil de skattemæssige konsekvenser af en omstrukturering i stedet have betydning for, hvordan koncernen vælger at omstrukturere sig⁸⁶. Dette skyldes blandt andet, at der som følge af en omstrukturering flyttes funktioner, aktiver eller risici af betydelig værdi. Hvordan funktioner, aktiver og risici beskattes før og efter omstruktureringen vil således have en indflydelse på, til hvilket land de flyttes. Samtidig vil operationelle ændringer ofte kræve korresponderende ændringer i koncernens juridiske og skattemæssige struktur⁸⁷. Derved kan beskatning som en afledt effekt få stor betydning for en omstrukturering, da koncernen herigennem kan optimere sin skattebetaling og dermed nedbringe sine omkostninger, hvilket er til gavn for aktionærerne.

Særligt har exitbeskatning skabt anledning til bekymring for selskaberne i relation til skatteomkostningerne ved omstruktureringer⁸⁸. En multinational koncern kan for eksempel have en udviklingsenhed beliggende i Danmark, der er få år fra at færdigudvikle et medicinalprodukt, hvortil der er knyttet et værdifuldt patent. Der er således foretaget fradrag for store driftsomkostninger i forbindelse med udviklingen af produktet. Da det imidlertid er billigere at producere medicinalproduktet i et andet land, hvortil også skattesatsen er lavere, flyttes den danske enhed ud af landet. Dette kan udløse en exitbeskatning af det aktive, herunder de værdifulde medicinalprodukt. Den multinationale koncern har derfor incitament til at flytte den danske udviklingsenhed til Schweiz på et tidligt stadie, hvor produktet endnu ikke er færdigudviklet, da produktet på dette stadie alt andet lige har en markant

⁸⁴ Bakker og Cottani, 2008, side 282, Stuffer og Hiller i Bakker, 2009, side 4 og Lee og Lee, 2007, side 57.

⁸⁵ CTPA, Roundtable Discussion on Business Restructuring, 2005.

⁸⁶ Schön i Schön et al., 2012, side 54.

⁸⁷ Stuffer og Hiller i Bakker, 2009, side 4.

⁸⁸ Rasmussen og Andresen, 2009, side 1.

lavere værdi, som kan beskattes. Således kan skattemæssige hensyn spille en væsentlig rolle i forhold til, hvornår der foretages en omstrukturering, hvilket også er hvad skattemyndighederne i værtsstaterne, hvori den omstrukturerede enhed er beliggende, har oplevet. Skattemyndighederne har således oplevet, at de omstrukturerede selskaber generelt genererede en lavere profit post omstruktureringen⁸⁹. Det bør dog påpeges, at den lavere genererede profit ikke nødvendigvis afspejler, at omstruktureringen er foretaget udelukkende af skattemæssige årsager, men i lige så høj grad kan være foretaget af operationelle årsager.

Eksterne drivers

Internationalisering

Den stigende globalisering er endnu et motiv for at omstrukturere. Globaliseringen har blandt andet skabt større efterspørgsel, idet det blevet lettere at nå ud til en bredere målgruppe. Ved at etablere sig på udenlandske markeder kan koncernen udnytte den udenlandske efterspørgsel for derved at genvinde den indenlandske efterspørgsel, der ellers har været tabt til importerede, substituerende produkter⁹⁰. Ligeledes har færre handelsbarrierer og bedre rammer for international lovgivning har gjort det både lettere og mindre risikofyldt at handle med ukendte forretningspartnere⁹¹, hvorfor landegrænser i højere grad bliver irrelevante for koncernen⁹². Som følge heraf kan det være mere attraktivt for koncerner at flytte produktionsenheden til et land, hvor omkostningerne til arbejdskraft er lavere. Da det samtidigt er blevet nemmere og billigere at rejse, kan den centrale enhed fortsat føre kontrol med en produktionsenhed, der ligger langt fra moderselskabet. Denne internationalisering vil som udgangspunkt være en driver for koncerner med standardiserede produkter, der kan anvendes af forbrugere i hele verdenen. For eksempel stiller produktionen af computere eller jeans ikke store krav til uddannede medarbejdere og produkterne kan anvendes af forbrugere i det meste af verdenen, hvilket skaber incitament til at internationalisere.

Regulering

Omstruktureringer kan endvidere også være nødvendige som følge af ændringer eller specifikationer i lovgivningen, såsom konkurrenceregler, miljøregulering eller lignende regler, der påvirker valget af

⁸⁹ CTPA, Roundtable Discussion on Business Restructuring, 2005.

⁹⁰ Lee og Lee, 2007, side 6.

⁹¹ Johnson et al., 2017, side 2278.

⁹² Bakker og Cottani, 2008, side 276.

placering af en enhed⁹³. Dette er særligt tilfældet i udviklingslandene, hvor regeringen ofte kræver, at selskaber som opererer i disse lande, skal have et ”lokalt indhold” i et forsøg på at inddrage og støtte den lokale industri⁹⁴. Et sådant krav kan tvinge multinationale koncerner til at ændre på nationale såvel som internationale processer for at leve op til et sådant krav og få adgang til markeder, som ellers ikke ville være tilgængelige⁹⁵. Selvom sådanne krav kan være en byrde for koncernen, kan det alligevel være en fordel at få adgang til sådanne markeder i udviklingslande, hvor lønomkostninger, skat mv. kan være lavere. Dette kan reducere det koncernens omkostninger, hvorved koncernen øger dets globale konkurrenceevne.

Drivers med negativ effekt

Der kan ligge mange motiver bag koncerninterne omstruktureringer. Som udgangspunkt vil disse koncerninterne omstruktureringer have til formål at skabe større værdi for aktionærerne. Der er dog ingen garanti for at omstruktureringen ender succesfuldt. Et nedadgående salg som følge af konkurrence fra substituerende eller nyere produkter kan således være årsag til, at en koncern vælger at anlægge en differentieringsstrategi. Formål kan være at søge ind på nye markeder eller fokusere på andre målgrupper end den nuværende. Denne reaktion på et nedadgående salg er dog ikke nødvendigvis attraktiv for koncernens aktionærer.

Når koncernen anvender dens reserver til at investere i nye produkter og markeder risikerer værdien af aktierne i koncernen at falde, såfremt de nye investeringer slår fejl. Derfor kan motiverne for at omstrukturere have en negativ effekt på aktionærerne, hvorfor det muligvis ville have været bedre ikke at reinvestere som følge af nedadgående salg, men i stedet blot udbetale reserverne til aktionærerne og lade dem investere i nye projekter individuelt. Dette skyldes, at såfremt aktionærerne ønskede at investere i andre produkter end, hvad koncernen har som kerneforretning, så ville de selv have investeret i dette andre steder, for eksempel hos den dominerende spiller på markedet⁹⁶. For eksempel investerede Microsoft i markedet for spillekonsoller som en reaktion på et faldende salg Windows-systemet. Dermed ville Microsoft udfordre de førende spillere på markedet for spillekonsoller, Sony og Nintendo. Dette kan dog have en negativ effekt på aktien i Microsoft, hvorved det

⁹³ Bakker og Cottani, 2008, side 272.

⁹⁴ Stuffer og Hiller i Bakker, 2009, side 7 og Lee og Lee, 2007, side 58.

⁹⁵ Stuffer og Hiller i Bakker, 2009, side 7.

⁹⁶ Johnson et al., 2017, side 251.

muligvis ville have været bedre at udbetale udbyttet til aktionærerne og selv lade dem investere i andre projekter. Aktionærerne ville formentlig allerede have investeret i Sony eller Nintendo, såfremt de ønskede at investere i markedet for spillekonsoller⁹⁷.

Koncerner kan ligeledes vælge at indtræde på nye markeder for at sprede risikoen over flere produkter eller markeder, hvilket umiddelbart kan forekomme forretningsmæssigt fornuftigt. Der kan dog argumenteres for, at aktionærerne har lettere ved at sprede deres risiko ved at investere bredt i forskellige virksomheder, hvorimod en koncern ofte vil være mere begrænset i sin risikospredning til en række relaterede markeder⁹⁸. For koncernen er der således incitament til at sprede risikoen, mens der ikke er samme interesse for dette hos aktionærerne. Aktionærerne er derimod interesserede i, at koncernen fokuserer på sin kerneforretning og dermed værdimaksimerer på dette område. I andre tilfælde kan der dog være fordele ved at sprede risikoen. Dette er typisk i private virksomheder, hvor ejerne har en stor del af deres aktiver bundet i virksomheden. I sådanne situationer kan risikospredning være ideelt, idet ejerne har begrænsede muligheder for at sprede egen risiko og er således afhængig af, at virksomheden varetager dette⁹⁹.

Koncernens ledelse har i sagens natur stor indflydelse på koncernens strategi, herunder om koncernen skal foretage en omstrukturering. Ledelsens egne ambitioner for karriere og belønning kan føre til unødigt risici og over-ambitiøse strategier. Ved at fokusere på hurtig vækst og nye markeder kan ledelsen opnå kortsigtede fordele i form af bonusser og prestige, men risikoen forbundet herved er på koncernens bekostning. Unødigt risici og ledelsens manglende ekspertise på eventuelle nye markeder kan lede til finansiel fiasko for koncernen. Det skete for eksempel for Skotlands nationalbank, vis ledelse promoverede strategier, der førte til hurtig vækst, men endte med en finansiel krise i banken og et opkøb fra en konkurrent¹⁰⁰.

⁹⁷ Johnson et al., 2017, side 251.

⁹⁸ Johnson et al., 2017, side 251.

⁹⁹ Johnson et al., 2017, side 251.

¹⁰⁰ Johnson et al., 2017, side 251.

Delkonklusion

Som udgangspunkt er målet for koncerner at skabe værdi for koncernens aktionærer. Koncernens strategi viser vejen til målet og er således et udtryk for, hvordan koncernen har til hensigt at anvende sine ressourcer til at realisere målet om at skabe værdi. For at koncernen kan realisere sit mål kan en omstrukturering således blive en væsentlig del af koncernens strategi på corporate level.

Der er mange forskellige metoder til at omstrukturere. Koncerner omstrukturerer blandt andet ved koncerninterne overdragelser af funktioner, aktiver og risici eller i forbindelse med downsizing. Fælles for metoderne er særligt ønsket om omkostningsbesparelser og er således en væsentlig faktor til at koncerner omstrukturerer. Andre væsentlige faktorer, der driver omstruktureringer er; ønsket om at skabe stordriftsfordele, øget specialisering og en mere effektiv forsyningskæde. Foruden de operationelle faktorer kan skattemæssige hensyn have en konsekvens for omstruktureringen.

De skattemæssige faktorer er relevante fordi, multinationale koncerner på grund af deres grænseoverskridende natur, har mulighed for at flytte funktioner, aktiver og risici på tværs af landegrænser fra højskatteland til lavskatteland. Dermed kan multinationale skabe værdi på aktionærniveau ved at foretage omstruktureringer, der reducerer koncernens samlede skattebetalinger.

Kapitel 3

Koncerner omstrukturerer i stigende grad for at kunne forblive konkurrencedygtige og kunne tilpasse sig udviklingen i verdenshandlen. OECD observerede i 2005, at koncerner særligt centraliserede funktioner, aktiver og risici, når der blev foretaget omstruktureringer, uanset hvilken type produkt eller industri, der var tale om¹⁰¹. Denne centralisering opstår typisk ved, at koncernenheder fratages funktioner, immaterielle aktiver og risici, hvorved koncernenhederne aflønnes med et lavere afkast som følge af det mindre ansvar. Disse omstruktureringer kan som en afledt effekt medføre en udhuling af skattegrundlaget i det land, hvori den omstrukturerede koncernenhed er beliggende.

¹⁰¹ CTPA, Roundtable Discussions on Business Restructuring, 2005.

Når der flyttes værdifulde funktioner, aktiver og risici mellem to koncernenheder, skal aflønningen herfor ske efter armslængdeprincippet, det vil sige til priser og på vilkår, som uafhængige parter ville have aftalt. Det kan dog være særdeles kompliceret at værdiansætte sådanne transaktioner, hvorfor OECD har udarbejdet TPG til brug herfor. TPG er en fælles rettesnor for multinationale koncerner såvel som skattemyndigheder til at fastsætte armslængdeprincippet i en given transaktion¹⁰².

Prisfastsættelsesmetoder

I TPG henstiller OECD til, at der ved fastsættelsen af armslængdeprincippet anvendes én af følgende fem prisfastsættelsesmetoder:

- Comparable Uncontrolled Price Method (CUP)
- Resale Price Method
- Cost Plus Method
- Transactional Net Margin Method (TNNM)
- Profit Split Method

Ovenstående metoder er opdelt i henholdsvis de traditionelle transaktionsbaserede metoder (CUP, Resale Price og Cost Plus) og de transaktionsbestemte nettoavancemetoder (TNNM og Profit Split). Der er dog intet til hinder for, at der vælges en prisfastsættelsesmetode, som ikke beskrives i TPG, så længe den anvendte metode er i overensstemmelse med armslængdeprincippet¹⁰³. Valget af transfer pricing metode har til hensigt at finde den mest anvendelige metode for en given transaktion, hvorfor der som udgangspunkt ikke er nogen rangorden blandt ovenstående metoder. Valget af metode bør derfor tages på baggrund af en analyse af fordele og ulemper ved metoderne samt metodens egnethed i forhold til den pågældende transaktion¹⁰⁴. Alligevel påpeger OECD, at eftersom CUP'en er den mest direkte metode, fordi den tester direkte på markedsprisen, er den at foretrække¹⁰⁵.

¹⁰² For uddybning se afhandlingens kapitel 4.

¹⁰³ OECD TPG, 2010, pkt. 2.9.

¹⁰⁴ OECD TPG, 2010, pkt. 2.2.

¹⁰⁵ OECD TPG, 2010, pkt. 2.3.

Comparable Uncontrolled Price Method

Ved at anvende CUP metoden prisfastsættes den kontrollerede transaktion på baggrund af prisen på en sammenlignelig transaktion mellem uafhængige parter¹⁰⁶. Metoden er den mest direkte metode, idet den tester direkte på markedsprisen på en sammenlignelig transaktion. Dette gør dog også metoden meget produktfølsom. Metoden forudsætter stor lighed mellem den kontrollerede og den sammenlignelige transaktion, idet mindre forskelle mellem de sammenlignede produkter eller services kan skabe forskellige præferencer hos forbrugerne. Disse forskelle vil således kunne afspejle sig i prisen. På grund af produktfølsomheden er denne metode mest anvendelig i situationer, hvor der er tale om standardiserede produkter, det vil sige produkter, som sælges af flere udbydere, men som forbrugerne opfatter som homogene.

Resale Price Method

Resale Price metoden anvendes typisk til at prisfastsætte transaktioner i en koncern, hvor en distributør videresælger produkter købt fra en koncernforbunden part til en tredjemand. Metoden tager udgangspunkt i markedsprisen ved videresalget til tredjemanden, idet denne pris er mellem uafhængige parter og vil således per definition være i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Ved at fratrække en bruttoavance fra denne pris findes armslængdeprisen for den kontrollerede transaktion¹⁰⁷. Bruttoavancen svarer til det beløb en uafhængig distributør har tilbage til dækning af salgs- og kapacitetsomkostninger og til at opnå en fortjeneste i en given transaktion¹⁰⁸.

Denne metode er mindre produktfølsom end CUP'en, idet mindre forskelle ikke i samme grad har indflydelse på fortjenesten som på prisen¹⁰⁹. Ligeledes sammenlignes der i mindre grad på produktets egenskaber, men i højere grad på baggrund af en funktions- og risikoanalyse¹¹⁰.

Cost Plus Method

Cost Plus metoden anvendes typisk til prisfastsættelse af koncerninterne transaktioner, hvor der er tale om salg fra en producent til en koncernforbunden part, såsom principalen. Metoden er ligesom

¹⁰⁶ OECD TPG, 2010, pkt. 2.13.

¹⁰⁷ OECD TPG, 2010, pkt. 2.21.

¹⁰⁸ OECD TPG, 2010, pkt. 2.21.

¹⁰⁹ OECD TPG, 2010, pkt. 2.23.

¹¹⁰ OECD TPG, 2010, pkt. 2.24.

Resale Price metoden baseret på en bruttoavance. Ved prisfastsættelse efter Cost Plus metoden tages der udgangspunkt i de omkostninger en koncernintern forretningsenhed har afholdt i relation til en given kontrolleret transaktion¹¹¹. Til disse omkostninger tillægges en bruttoavance, som en uafhængig part ville tillægge sine produktionsomkostninger. Armslængdeprisen udgør herefter omkostningerne tillagt bruttoavance¹¹².

Metoden anvendes typisk af en koncernintern producent som sælger halvfabrikata til principalen, hvor parterne har indgået langsigtede købs- og salgsaftaler. Metoden anvendes ligeledes hvis der for eksempel er tale salg af en serviceydelse¹¹³. Ligesom ved Resale Price metoden er Cost Plus metoden mindre produktfølsom end CUP'en, og det primære sammenligningsgrundlag er funktions- og risikoanalysen fremfor produktets egenskaber¹¹⁴.

Transactional Net Margin Method

TNMM metoden er den ene af de to transaktionsbestemte nettoavancemetoder. Metoden tager udgangspunkt i en nettoavance, der er baseret på forholdet mellem nettoresultatet og henholdsvis omsætning, omkostninger eller anvendte aktiver¹¹⁵. Ved brug af TNMM metoden sammenlignes nettoavancen for en kontrolleret transaktion med en nettoavance for en sammenlignelig transaktion mellem uafhængige parter. Metoden er baseret på en antagelse om, at koncernforbundne parter, der kan sammenlignes med uafhængige parter inden for samme branche, på langt sigt tenderer mod at opnå samme fortjeneste¹¹⁶.

Den sammenlignelige transaktion findes typisk på baggrund af en funktions- og risikoanalyse, men også produktets egenskaber og økonomiske omstændigheder er væsentlige faktorer¹¹⁷. Ligeledes er TNMM metoden mindre produktfølsom end ovenstående metoder, idet metoden tester på nettoavancen. Dette betyder, at metoden er mindre følsom overfor forskelle i udførte funktioner, fordi forskelle

¹¹¹ OECD TPG, 2010, pkt. 2.39.

¹¹² OECD TPG, 2010, pkt. 2.39.

¹¹³ OECD TPG, 2010, pkt. 2.39.

¹¹⁴ OECD TPG, 2010, pkt. 2.41.

¹¹⁵ OECD TPG, 2010, pkt. 2.58.

¹¹⁶ Schmidt et al., 2015, side 311.

¹¹⁷ OECD TPG, 2010, pkt. 2.58.

i for eksempel udførte funktioner ofte afspejles i driftsomkostningerne som har større betydning for bruttoavancen end for nettoavancen¹¹⁸.

Profit Split Method

Mens ovenstående metoder alle tester den ene part i en kontrolleret transaktion, tester Profit Split metoden på begge parter. Metoden har til formål at fordele den markedsmæssige nettoavance for den kontrollerede transaktion ud fra parternes forholdsmæssige bidrag til transaktionen, det vil sige en fordeling, som ville være foretaget mellem uafhængige parter¹¹⁹. Fordelingen af nettoavancen sker som udgangspunkt på baggrund af en funktions- og risikoanalyse af de involverede parter¹²⁰. Denne analyse er et centralt element i metoden, fordi det er her de koncernforbundne parters bidrag beskrives i relation til udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici. Da der samtidig ikke er nogle sammenlignelige parter, afhænger fordelingen i høj grad af funktions- og risikoanalysen. Derfor kan ekstern markedsdato vedrørende den forholdsmæssige fordeling af nettoavancen være relevante at anvende, såfremt de er til rådighed, så det sikres, at fordelingen er i overensstemmelse med armslængdeprincippet¹²¹.

Forretningsmodeller

Principal

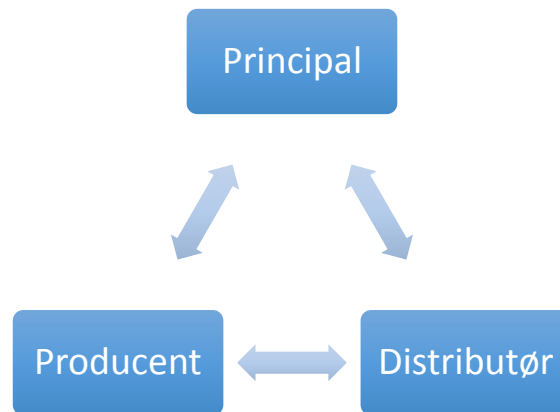
Principalen er den øverste enhed i en centraliseret koncern. Principalen betegnes også som moderselskabet i en koncernstruktur og varetager hovedsageligt funktioner på corporate level. Principalen fastlægger koncernens strategi og påtager sig væsentlige kommercielle risici i forbindelse med koncernens drift. Endvidere ejer principalen ofte værdifulde immaterielle aktiver og aflønnes herefter.

¹¹⁸ OECD TPG, 2010, pkt. 2.62.

¹¹⁹ OECD TPG, 2010, pkt. 2.108.

¹²⁰ OECD TPG, 2010, pkt. 2.109.

¹²¹ OECD TPG, 2010, pkt. 2.110.



Figur 1

Ovenstående figur 1 illustrerer en simplificeret model af en koncern med principalstruktur. Principalen vil fungere som den overordnede beslutningstager, der fastlægger koncernens strategi. Producenten producerer i henhold til koncernens strategi og vil for eksempel transportere sine produkter til principalen, der transportere disse videre til distributøren med henblik på videresalg til tredjemand. I praksis vil strukturen være langt mere kompleks og kan indeholde adskillige koncernenheder, herunder varianter af producenter og distributører samt diverse støtteenheder.

Producent

Producentens opgave er at bearbejde råvarer og delkomponenter og omdanne dem til færdige produkter. Produktionen kan ske som masseproduktion, hvor der produceres store mængder af standardiserede produkter, og hvor formålet typisk er at effektivisere produktionen og nedbringe omkostningerne. Produktionen kan også foregå i mindre omfang, hvor der er større fokus på den håndværksmæssige kvalitet, for eksempel designermøbler, skulpturer og lignende. Endvidere kan produktionen omfatte brug af immaterielle aktiver, såsom knowhow og licenser. Den kan også være simpel, hvorved producenten har nogle få aktiver og ikke påtager sig nogen væsentlig risiko¹²², men hvor det i stedet er principalen som beslutter, hvad og hvor meget der skal produceres.

I litteraturen anskues typisk tre former for producenter; lønproducent, kontraktproducent og en full-fleged producent, som alle kan forventes at have forskellige afkast alt efter, hvilke funktioner der

¹²² Herksen i Bakker, 2009, side 19.

udføres, aktiver der anvendes og risici der påtages¹²³. Generelt gælder det, at jo flere funktioner, aktiver og risici en producent påtager sig, jo større afkast kan producenten forvente¹²⁴.

Lønproducent

En lønproducent er den producent, som påtager sig mindst mulig risiko og dermed også færrest funktioner og aktiver. Produktionen består typisk af bearbejdning af råmaterialer eller assembly-funktioner, hvorved producenten ikke påtager sig noget ejerskab for produktionen. Det er derimod principalen, som indkøber råvarerne. Det vil sige, at risikoen for forringelse eller forældelse af lagervarer og inventar pålægges principalen¹²⁵. Producenten skal således anses for at være en tjenesteudbyder til principalen, der blot bestiller sine varer hos producenten, men selv er ansvarlig for videresalg. Det er derfor også principalen, der angiver hvad og hvor meget der skal produceres, ligesom det også er principalen, der ejer de værdifulde immaterielle aktiver. Ligeledes har producenten ikke ansvaret for kvalitetskontrol, logistik eller videresalg til kunderne¹²⁶.

En lønproducent er en produktionsenhed med lav kontrol over anvendte funktioner og aktiver, hvilket afspejles i et markant lavere afkast end ved for eksempel en full-fledged producent. En lønproducent påtager sig således kun meget få risici, idet principalen kontrollerer store dele af produktionen og de tilhørende funktioner. For eksempel varetager principalen afsendelse af råvarer til forarbejdning hos lønproducenten, som kun tager ansvaret for selve bearbejdningen. Herefter overtager principalen igen ansvaret, når råvarerne er færdig bearbejdet og skal oplagres. Den minimale risiko som lønproducenten påtager sig, kan for eksempel være de kapitalinvesteringer, der foretages i fabrikken, maskinerne i produktionsanlægget og ansvaret for de ansatte. Risikoen for materialernes undergang og lignende er dermed pålagt principalen, hvorfor lønproducenten må forvente et mindre afkast, som følge af minimal risiko. Til gengæld er der for denne producenttype større sikkerhed for et stabilt afkast, idet producenten som udgangspunkt er garanteret en vis minimumsproduktion uden risiko for store udsving på grund af økonomiske omstændigheder eller år med dårlig råvareproduktion.

¹²³ Herksen i Bakker, 2009, side 19.

¹²⁴ OECD TPG, 2010, pkt. 1.47.

¹²⁵ Herksen i Bakker, 2009, side 20.

¹²⁶ Adams og Graham, 1999, side 54-56.

Kontraktproducent

En kontraktproducent producerer typisk varer til én eller et begrænset antal principaler på kontraktbasis, hvorefter producenten kun producerer den mængde, der er aftalt i kontrakten. Det er således som udgangspunkt producentens egen opgave at indkøbe råmaterialer til brug for produktionen, modsat lønproducenten, som får stillet materialerne til rådighed af principalen. Endvidere tager kontraktproducenten ejerskab for de bearbejdede varer, men ejer ikke selv værdifulde immaterielle aktiver¹²⁷. Kontraktproducenten påtager sig endvidere ansvar for, at maskiner, udstyr og andre aktiver i produktionsprocessen er ”up to date”, således at producenten kan forblive konkurrencedygtig¹²⁸. Dermed påtager kontraktproducenten sig både flere funktioner og aktiver end lønproducenten samt en større risiko. Denne risiko afspejles i råmaterialernes kvalitet og undergang, samt risiko ved kapitalinvesteringer i maskiner og risikoen vedrørende driftskapitalen, for så vidt angår den del, der kan henføres til produktionen. En kontraktproducent kan derfor forvente et større afkast end lønproducenten.

En principal vil typisk anvende en kontraktproducent ved produktion af delkomponenter til computere, telefoner, printere og i flyindustrien. Principalen kan derved selv stå for at samle delkomponenterne og høste profitten i form af de synergieffekter, der opstår når delkomponenterne samles til ét færdigt produkt. Denne form for produktion anses for at tilføre merværdi til det færdige produkt, men er samtidig også et omkostningseffektivt alternativ for principalen til at binde kapital og ressourcer i egne produktionsfaciliteter og tilhørende udstyr¹²⁹. En kontraktproducent kan forvente et højere afkast end en lønproducent, fordi den netop påtager sig en højere risiko fra principalen, men grundet stadige begrænsninger i udførte funktioner, anvendte aktiver og påtaget risiko er det fortsat ikke den type producent, som har det højeste afkast. Det er derimod en full-fledged producent.

Full-fledged producent

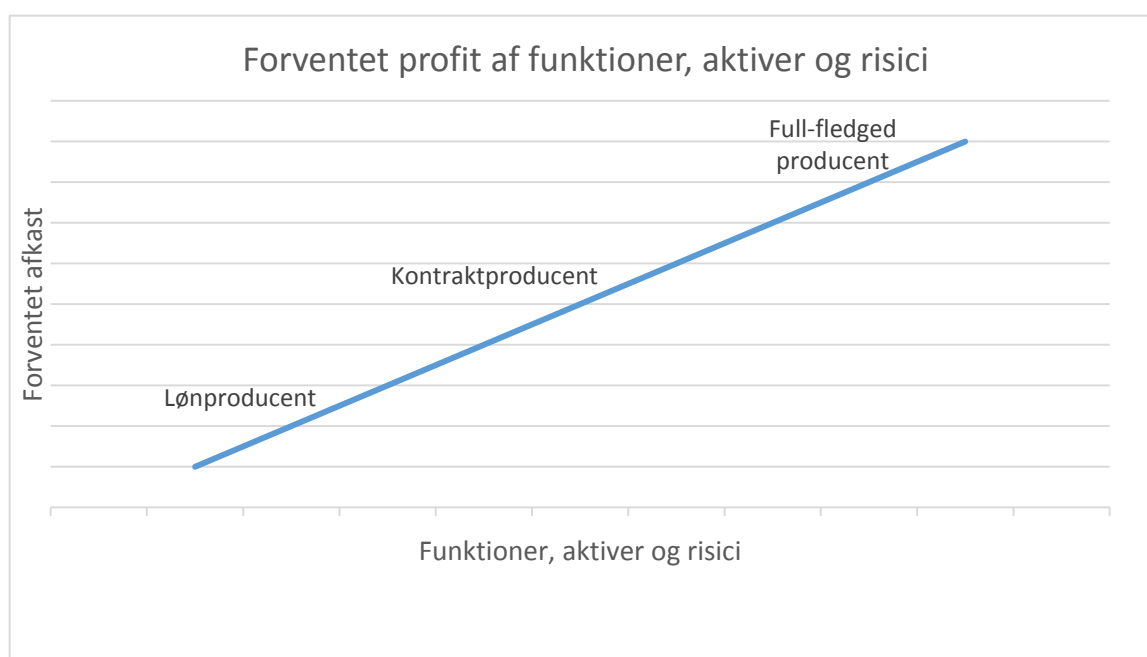
For en full-fledged producent gælder, at denne producent påtager sig den største andel af risikoen, men modtager til gengæld herfor også et større afkast. Det er producenten selv, der indkøber råmaterialer og sælger direkte videre til distributøren. Ligeledes er det producenten, der fastsætter kvalitet og kvantitet, ligesom producenten anvender værdifulde immaterielle aktiver og gør brug af forskning

¹²⁷ Herksen i Bakker, 2009, side 21.

¹²⁸ Herksen i Bakker, 2009, side 22.

¹²⁹ Herksen i Bakker, 2009, side 22.

og udvikling. Endvidere er det producenten, der står for al planlægning og logistik samt kvalitetskontrol¹³⁰. Det er således producenten, der påtager sig den største risiko, såsom den systematiske risiko for ændringer i markedet, risikoen for varelageret og potentielle nedbrud i produktionen samt risikoen ved investeringer i forskning og udvikling. Alt afhængig af set-up'et kan producenten også påtage sig en del af risikoen relateret til distributionen af de færdigproducerede varer. En full-fledged producent er derfor den producent, som kan forvente det største afkast. Dette afspejler sig ligeledes i omfanget af udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici, jf. figur 2.



Figur 2

Som det ses af figuren er der således en sammenhæng mellem funktioner, aktiver og risici og det forventede afkast. Ved producentens udførelse af flere funktioner, investering i flere aktiver og påtagelsen af større risici, er der således større sandsynlighed for, at producenten risikerer et økonomisk tab. Denne øgede risiko kompenseres i form af et større forventet afkast. Det er derfor også lønproducenten, som kan forvente det mindste afkast, idet denne påtager sig langt færre funktioner, aktiver og risici end full-fledged producenten. Derimod kan lønproducenten i højere grad være sikker på et afkast, idet denne fungerer som en serviceudbyder for principalen, hvorfor afkastet ikke i samme grad er afhængig af eksterne faktorer. Dette skyldes, at lønproducenten handler for principalens regning og risiko, hvorfor lønproducenten er sikker på at blive aflønnet, når principalen henvender sig til

¹³⁰ Herksen i Bakker, 2009, side 23.

denne med henblik på produktion af varer. En full-fledged producent er derimod i højere grad afhængig af, at kvaliteten lever op til, hvad der er forventes. Ligeledes er denne form for producent i højere grad afhængig af eksterne faktorer, såsom at råmaterialerne har den kvalitet, som forventes. Dette skyldes, at det er full-fledged producenten, som hæfter for indkøb af råvarer. Da denne producent i højere grad fungerer som en selvstændig enhed, med større risici for udsving i kvalitet mv., kan producenten således også forvente et større afkast.

Aflønning af producenten

Når en producent handler med en principal, skal den interne afregningspris være i overensstemmelse med armslængdeprincippet. For at fastsætte en intern afregningspris i overensstemmelse med armslængdeprincippet skal transaktionen sammenlignes med en transaktion mellem uafhængige parter og være på lige vilkår med denne. Som udgangspunkt vil en producent aflønnes efter CUP metoden. CUP metoden vil i praksis ikke altid være anvendelig, idet metoden er produktfølsom og kræver således en høj grad af sammenlignelighed på produktets egenskaber, og der er ingen garanti for, at et sammenligneligt produkt/transaktion findes. Derfor anvendes Cost Plus metoden ofte i stedet, idet denne metode er mindre produktfølsom og i højere grad baseres på en funktions- og risiko analyse. Cost Plus metoden har dog samme begrænsning som CUP metoden, hvor det i praksis ikke altid er muligt at finde sammenlignelige transaktioner/data, hvorfor parterne i stedet kan anvende TNMM metoden. TNMM metoden anses som værende en modificeret Cost Plus metode, når den er baseret på omkostninger.

Valget af TP-metode beror i høj grad på producentens udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici. For en lønproducent der ofte anses for at være en service udbyder, hvor der er begrænsede funktioner, aktiver og risici involveret, vil Cost Plus metoden derfor som udgangspunkt anvendes. Dermed vil producenten blive aflønnet på baggrund af de omkostninger producenten har haft til produktion tillagt en bruttoavance, som en uafhængig producent ville blive tillagt. Er det ikke muligt at sammenligne transaktionen med en transaktion mellem uafhængige parter bør TNMM metoden anvendes. Producenten vil således aflønnes på baggrund af den nettoavance, som andre producenter inden for samme branche i gennemsnit opnår. Det samme gælder for en kontraktproducent. Full-fledged producenten anvender derimod værdifulde immaterielle aktiver, hvorfor hverken CUP, Cost

Plus eller TNMM, idet transaktioner med værdifulde aktiver er unikke og derfor svære at sammenligne med transaktioner mellem uafhængige parter. Det anbefales derfor, at full-fledged producenten anvender Profit Split metoden, hvor den kontraherende part aflønnes ud fra partens forholdsmæssige bidrag til transaktionen, mens full-fledged producenten aflønnes med residualen, det vil sige den overskydende profit.

Distributør

Distribution betegner den proces, hvor et produkt eller en service transporteres gennem forsyningskæden fra producent til slutforbruger. Der er således tale om distribution, når et produkt bevæger sig fra producent til forhandler og videre til forbruger, hvor forhandleren i dette tilfælde har karakter af at være en distributør. Det er væsentligt at skelne mellem forskellige former for distributører. Der er således forskel på distributørens forventede afkastkrav – ligesom med producentens - afhængig af, hvor komplekse distributørens udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici er. En kompleks distributør udfører for eksempel mange funktioner og anvender egne aktiver, hvilket medfører en højere risiko og dermed et højere afkastkrav. Modsat vil en mindre kompleks distributør have et lavere afkastkrav, idet denne distributør kun i begrænset omfang påtager sig funktioner, aktiver og risici. Et højt eller lavt afkastkrav har indflydelse på, hvilken transferpris parterne skal fastsætte, idet afkastkravet afspejler en risiko som skal kompenseres.

Handelsagent

En handelsagent er en mellemmand, der repræsenterer en principal og fremmer principalens salg ved at opsøge købere på vegne af principalen. Handelsagenten opererer således på vegne af principalen, for dennes regning og i dennes navn¹³¹. Principalen ejer rettighederne til de produkter, som handelsagenten sælger, da handelsagenten udelukkende skal anses som en mellemmand. Ligeledes er det også principalen, der udformer og underskriver kontrakten med den pågældende kunde, som handelsagenten har sat principalen i kontakt med. Handelsagenten ejer hverken aktiver eller udfører funktioner i relation til varelager og har ikke noget særligt ansvar over for slutforbrugeren. Da handelsagenten endvidere handler på vegne af principalen, betyder det også, at handelsagenten ikke har nogle rettigheder til produktet eller har indflydelse på produktudviklingen. Dermed påtager handelsagenten

¹³¹ Herksen i Bakker, 2009, side 26.

sig hverken produktions- eller lagerrisiko¹³². Denne meget simple form for distributør udfører således meget få funktioner, anvender meget få aktiver og påtager sig minimal risici. Det betyder dog også, at handelsagenten er den form for distributør, der kan forvente det laveste afkast.

Kommissionær

En kommissionær er - ligesom en handelsagent- en mellemmand, der repræsenterer en principal og fremmer principalens salg. Kommissionæren opererer således på principalens vegne og for dennes regning, men i eget navn, hvilket er den væsentligste forskel fra handelsagenten. Kommissionæren udfører flere funktioner end handelsagenten, hvilket blandt andet omfatter¹³³:

- Opsøge købere
- Promoverings- og marketingaktiviteter
- Salg af produkter og administration heraf, såsom fakturering
- Kreditoropfølgning
- Lokale lønomkostninger og support

Principalen bevarer rettigheder og ejerskabet over produkterne, men de overleveres typisk til kommissionæren med henblik på salg. Ligesom handelsagenten har kommissionæren ingen produktions- og lagerrisiko. Kommissionæren er ofte begrænset af, at denne ikke kan aftale salgspriser og rabatter, der går ud over, hvad principalen tillader af prisintervaller¹³⁴. Kommissionæren kan heller ikke indgå aftaler om for eksempel kredit eller garantier, hvis dette strider imod principalens egen politik¹³⁵. Kommissionæren er således beskyttet af principalen mod væsentlige risici, som grundet aftalen mellem kommissionæren og principalen pålægger principalen den største risiko, men til gengæld også giver denne instruktionsbeføjelserne.

Som beskrevet ovenfor, er det dog typisk kommissionæren selv, der afholder omkostningerne til promoverings- og marketingaktiviteter. Der er ingen garanti for, at kommissionæren får dækket disse

¹³² Herksen i Bakker, 2009, side 26.

¹³³ Herksen i Bakker, 2009, side 27.

¹³⁴ Herksen i Bakker, 2009, side 27.

¹³⁵ Herksen i Bakker, 2009, side 27.

omkostninger gennem øget salg, hvorfor kommissionæren har en høj marketingrisiko¹³⁶. Samtidig påtager kommissionæren sig flere funktioner sammenlignet med handelsagenten, idet kommissionæren ikke udelukkende er mellemmand, men ligeledes har ansvaret for blandt andet markedsføring. Derved kan en kommissionær altså forvente et højere afkast end handelsagenten. Dog er kommissionæren fortsat underlagt en del instruktioner fra principalen og er stadig en forholdsvis simpel form for distributør.

Limited risk distributør

En limited risk distributør er en distributør, der handler i eget navn og for egen regning. Denne type distributør fungerer som en selvstændig enhed, men udfører begrænsede funktioner og ejer kun aktiver i et begrænset omfang efter aftale med principalen. En limited risk distributør ejer eget varelager, men principalen har ansvaret for logistikken. Principalen har dog mulighed for, at reducere distributørens lagerrisiko ved for eksempel at sende produktet direkte fra producent til køber. Kvalitetskontrol kan foretages allerede hos producenten, hvilket også begrænser distributørens risici. Ydermere kan funktioner som marketing og administration af salg være udliciteret, mens limited risk distributøren selv varetager det direkte salg. Med ejerskabet af varelageret har distributøren dog påtaget sig ansvaret for et eventuelt produkts overgang fra distributør til slutbruger. Dette medfører en vis økonomisk risiko for distributøren i form af tab på grund af tyveri eller fragt- og forsikringsomkostninger.

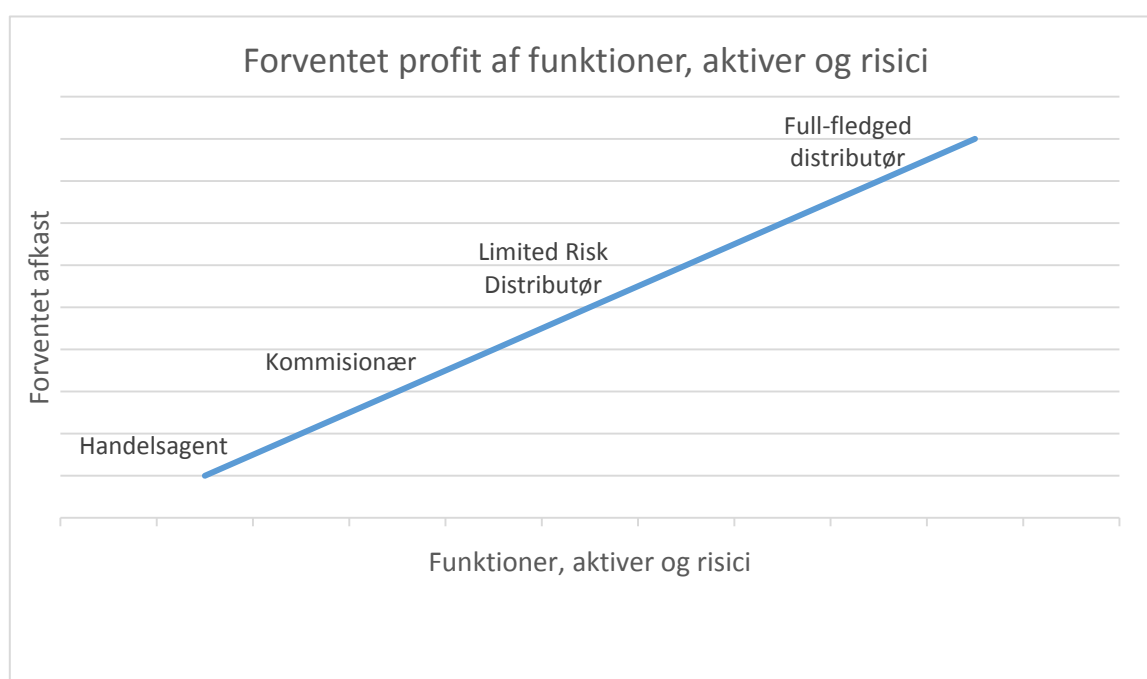
En limited risk distributør kan forvente et højere afkast end en kommissionær og en handelsagent, fordi den påtager sig en højere risiko, men grundet stadige begrænsninger i udførte funktioner, anvendte aktiver og påtaget risici er det fortsat ikke den type distributør, som har det højeste afkast. Det vil derimod være en full-fledged distributør.

Full-fledged distributør

En full-fledged distributør er kendetegnet ved at være meget aktiv på markedet og selv opbygge og udnytte egen kundebase ved at skabe efterspørgsel hos købere gennem markedsføring og salgsaktiviteter. En full-fledged distributør fungerer således som en selvstændig enhed og er køberens direkte aftalepart. Det er dermed også distributøren selv, der bærer alle risici forbundet herved. Full-

¹³⁶ Herksen i Bakker, 2009, side 28.

full-fledged distributøren kan selv eje og udvikle værdifulde immaterielle marketingaktiver og varemærker. Denne type distributør ejer eget varelager og har typisk ansvaret for at kontrollere kvaliteten af sit varelager, logistikken i forsyningskæden, promovering, marketingaktiviteter, support og eftersalg samt til en vis grad planlægning af salgs- og markedsføringsstrategi¹³⁷. Full-fledged distributøren har derfor også en lang række risici såsom, lager-, salg-, distribution- og marketingrisici. Dette medfører, at en full-fledged distributør kan forvente et større afkast end andre distributørformer, idet full-fledged distributøren påtager sig flere funktioner, aktiver og risici.



Figur 3

Som det fremgår af ovenstående figur 3, er der en sammenhæng mellem funktioner, aktiver og risici og det forventede afkast. Jo flere funktioner, aktiver og risici den pågældende distributør påtager sig, jo større afkast kan denne distributør forvente. Full-fledged distributøren kan som illustreret forvente et højt afkast, hvilket skyldes de mange funktioner, aktiver og risici, som en full-fledged distributør påtager sig. Limited risk distributøren kan forvente et middelhøjt afkast. Dette skyldes, at limited risk distributøren kan minde om en full-fledged distributør, men har afstået ansvaret for visse funktioner, aktiver og risici, hvilket afspejles i et lavere forventet afkast. Kommissionæren og handelsagenten kan begge forvente et lavt afkast. Dette skyldes deres begrænsede omfang af udførte funktioner,

¹³⁷ Herksen i Bakker, 2009, side 30.

anvendte aktiver og påtagne risici. Disse distributører har desuden en begrænset handlefrihed i forhold til de andre distributørformer, hvilket ligeledes afspejles i et lavere forventet afkast.

Aflønning af distributør

Ved koncerninterne transaktioner mellem en distributør og en principal, skal den interne afregningspris være i overensstemmelse med armslængdeprincippet ligesom det gælder ved alle andre koncerninterne transaktioner. Som udgangspunkt vil en distributør aflønnes efter CUP metoden. CUP metoden er dog som tidligere beskrevet produktfølsom og derfor ikke altid anvendelig. Derfor anvendes Resale Price metoden ofte i stedet, idet denne metode er baseret på en bruttoavance og ikke en markedspris, hvorfor forskelle i produktets egenskaber har mindre betydning for armslængdeprisen. Resale Price metoden har dog den begrænsning, at det kan være svært at finde sammenlignelige data, hvorfor parterne i stedet kan anvende TNMM metoden.

Valget af TP-metode beror i høj grad på distributørens udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici. For en handelsagent, kommissionær og limited risk distributør, hvor der er begrænsede funktioner, aktiver og risici involveret, vil Resale Price metoden derfor som udgangspunkt anvendes. Dermed vil distributørerne skulle aflønne principalen på baggrund af en videresalgpris fratrasket en bruttoavance. Findes der ikke sammenlignelige transaktioner anvendes TNMM, hvorefter den interne afregningspris mellem distributøren og principalen fastsættes på baggrund af videresalgsprisen fratrasket den nettoavance, som andre distributører inden for samme branche i gennemsnit opnår. Full-fledged distributøren anvender derimod værdifulde immaterielle aktiver, hvorfor Profit Split metoden bør anvendes.

Serviceudbydere

En serviceudbyder er inden for transfer pricing en koncernenhed, der udfører en række forskellige services for de andre koncernenheder. Mange multinationale koncerner har serviceenheder, hvis formål er at støtte produktions- og/eller distributionsenhederne¹³⁸. Det er almindeligt, at multinationale koncerner anvender videnscentre eller andre former for delte servicecentre, der har til formål at kontrollere eller støtte de traditionelt decentraliserede funktioner og koncernens forsyningskæde. Disse

¹³⁸ Herksen i Bakker, 2009, side 32

servicecentre anvendes for at opnå stordriftsfordele i form af omkostningsbesparelser samt til at samle og udnytte informationer centralt.

Serviceudbyderen producerer eller sælger typisk ikke selv materielle produkter, men kan deltage i produktionsprocessen. For eksempel kan serviceudbyderen koordinere indkøb for at opnå mængderabat, eller varetage et centralt varelager og logistikken heraf for at støtte produktions- og distributionsfunktionerne i koncernen¹³⁹. Andre eksempler er centraliseringen af marketingfunktioner eller regnskabs- og administrationsfunktioner. Formålet med disse servicecentre er at opnå stordriftsfordele og effektiv håndtering af funktioner på tværs af forsyningskæden. Ydermere opnår koncernen en højere kvalitet i sine services i form af bedre kvalificerede medarbejdere til at varetage støttefunktionen, og ved at investere koncentreret frem for at sprede investeringen kan koncernen opnå omkostningsbesparelser i form af stordriftsfordele¹⁴⁰. Endvidere skaber centraliseringen en mere effektiv forsyningskæde, idet de enkelte koncernenheder kan fokusere på deres kernekompetencer.

En serviceudbyder kan strække sig fra at være et delt-servicecenter med lav risiko, der yder generel support til koncernenhederne til en kompleks serviceudbyder med høj risiko, der udbyder højt specialiserede services til koncernenhederne¹⁴¹. Denne form for serviceudbyder kan endvidere eje værdifulde immaterielle aktiver, såsom patenter og varemærker. Hvor meget risiko det enkelte servicecenter påtager sig, vil afspejle sig i det afkast, som service enheden kan forvente.

Aflønning af serviceudbyder

Der kan være stor forskel på udøvede funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici fra serviceudbyder til serviceudbyder. Derfor kan det være svært at fastsætte en armslængdepris og i det hele taget finde den aflønningsmetode, der vil give det mest pålidelige armslængderesultat. Som udgangspunkt vil en CUP metode give det mest pålidelige armslængderesultat, men CUP metoden vil af samme årsager som for producent og distributør i praksis være uanvendelig. Derfor er det generelt accepteret,

¹³⁹ Herksen i Bakker, 2009, side 33.

¹⁴⁰ Stuffer og Hiller i Bakker, 2009, side 5.

¹⁴¹ Herksen i Bakker, 2009, side 34.

at koncernen kan anvende en Cost Plus metode til at prisfastsætte den interne aflønning mellem serviceudbyderen og den kontraherende koncernenhed¹⁴². I praksis vil parterne dog anvende en TNMM som en modificeret Cost Plus model. Det vil sige, at der skal foretages en benchmark undersøgelse af profit baseret på serviceudbyderens samlede omkostninger, idet dette i højere grad reflekterer en serviceudbyders aktiviteter end de direkte omkostninger forbundet med salget¹⁴³.

Omstrukturering af forretningsmodeller

Når multinationale koncerner omstrukturerer, er det som nævnt for at optimere processer i værdikæden for derved at skabe merværdi. Omstruktureringer kan forekomme ved, at den multinationale koncern centraliserer funktioner, aktiver og risici for at kunne udnytte disse mere effektivt. Ligeledes giver centraliseringen bedre mulighed for udvikling, samtidig med at der kan være stordriftsfordele og synergieffekter, som koncernen kan drage nytte af ved omstruktureringen. I et transfer pricing-perspektiv er typiske måder at omstrukturere på, at omdanne henholdsvis producenten og distributøren fra at være full-fledged med mange funktioner, aktiver og risici til mere simple producenter og distributører, som i stedet fungerer som tjenesteudbydere til principalen med meget få funktioner, aktiver og risici¹⁴⁴. Dermed centraliseres de væsentligste funktioner, aktiver og risici hos principalen, hvorved profitpotentielt flyttes fra lokale koncernenheder til principalen.

Omdannelse af en producent

En full-fledged producent ejer som udgangspunkt de immaterielle aktiver, der tilhører det pågældende produkt, som producenten producerer og videresælger til principalen¹⁴⁵. Typiske immaterielle rettigheder, der er tilknyttet et produkt, er for eksempel varemærker og produktdesign. Da denne form for producent handler for egen regning og risiko, kan producenten anses for at være et egentligt profitcenter. Ved at omdanne producenten til en kontrakt- eller lønproducent er producenten ikke længere et egentligt profitcenter, men bliver i stedet en tjenesteudbyder for principalen. Herefter opererer pro-

¹⁴² Herksen i Bakker, 2009, side 34.

¹⁴³ Herksen i Bakker, 2009, side 35.

¹⁴⁴ OECD TPG, 2017, pkt. 9.2.

¹⁴⁵ Bakker og Cottani, 2008, side 274.

ducenten udelukkende efter instruktioner fra principalen, som ejer råmaterialerne og værdifulde immaterielle aktiver, der er tilknyttet det færdige produkt¹⁴⁶. Omstruktureringer sker som beskrevet hovedsageligt af operationelle årsager. En af måderne hvorpå multinationale koncerner optimerer forsyningskæden på og skaber synergieffekter, er ved at centralisere værdifulde immaterielle rettigheder, typisk hos principalen¹⁴⁷. Det er herved muligt at vedligeholde og videreudvikle de immaterielle aktiver mere effektivt end hvad tilfældet er, hvis der er en decentraliseret fordeling i koncernen.

Centraliseringen af immaterielle aktiver kan endvidere forekomme, fordi det pågældende produkt, som den nuværende producent producerer, er forældet og skal erstattes af nye produkter, hvor udviklingen af varemærke, produktdesign og lignende er foretaget hos principalen, og dermed er producenten uvedkommende¹⁴⁸. Ved at udvikle nye produkter, som den nuværende producent ikke har været en del af, giver det således ikke mening at bibeholde en full-fledged producent, idet forsknings og udviklingsfunktioner er flyttet til principalen. Principalen har derfor ikke længere behov for en full-fledged producent, men derimod en kontrakt- eller lønproducent, der udelukkende har en rolle som tjenesteudbyder. Ved omdannelse fra full-fledged producent til en producent med færre funktioner, aktiver og risici, vil parterne muligvis skulle anvende en anden metode til afregning af koncerninterne priser. Parterne vil potentielt kunne gå fra at anvende Profit Split til at anvende en TNMM eller Cost Plus metode.

Omdannelse af en distributør

Ved en omdannelse fra en full-fledged distributør til en limited risk distributør afstår distributøren nogle af sine funktioner, aktiver og risici¹⁴⁹. Disse funktioner, aktiver og risici vil blive overført til en principal eller fordelt mellem andre koncernenheder¹⁵⁰. Distributøren kan overføre sit ansvar for varerelager til en produktionsenhed, sine forsknings- og udviklingsfunktioner til en udviklingsenhed og ansvar for markedsføring til én dertil egnet koncernenhed. Endelig kan distributøren overføre eventuelle værdifulde immaterielle aktiver, såsom marketingaktiver, til principalen, hvorefter distributøren kun vil eje rutinemæssige immaterielle aktiver. Når der sker omstruktureringer i koncernen ved,

¹⁴⁶ Ottosen og Vistisen, 2009, side 264.

¹⁴⁷ Bakker og Cottani, 2008, side 274.

¹⁴⁸ Bakker og Cottani, 2008, side 274.

¹⁴⁹ Ottosen og Vistisen, 2009, side 265.

¹⁵⁰ Herksen i Bakker, 2009, side 43 og 44.

at en distributør afstår funktioner, aktiver og/eller risici, sker der en reallokering af profitpotentiale. Denne reallokering af profitpotentiale i koncernen skal kompenseres i overensstemmelse med armslængdeprincippet¹⁵¹.

Ved omdannelse fra en full-fledged distributør til en distributør med færre funktioner, aktiver og risici, kan distributøren forvente et lavere afkast. Dette illustreres ved, at desto flere funktioner, aktiver og risici full-fledged distributøren afstår, desto længere ned ad kurven i figur 3 rykker distributøren. Ved omdannelse fra full-fledged distributør til en distributør med færre funktioner, aktiver og risici, vil en anden afregningsmetode i nogen tilfælde sikre et bedre armslængderesultat. Parterne vil for eksempel kunne gå fra at anvende Profit Split til at anvende en TNMM eller Resale Price metode.

Overførsel af immaterielle aktiver til en central enhed

Det fremgår af OECD TPG kapitel IX, at multinationale koncerner i høj grad omstrukturerer med henblik på, at omdanne koncernen fra en decentral til en central forretningsmodel. Dette medfører ofte en centralisering af værdifulde immaterielle aktiver og en centralisering af risici samt det profitpotentiale, der er forbundet hertil. Centraliseringen af immaterielle aktiver kan være begrundet i et ønske på corporate level om bedre kontrol og mere effektiv udvikling af aktiverne¹⁵². Når de immaterielle aktiver er centraliseret hos en enkelt enhed, kan det være nemmere at videreudvikle og vedligeholde aktivet. Derudover vil det være billigere at beskytte det immaterielle aktiv hos en principal eller en specialiseret koncernenhed, der er bedre struktureret og fokuserer sine ressourcer på netop dette. Koncernenhederne, der overdrager et immaterielt aktiv til principalen eller den specialiserede enhed, vil derefter fortsat kunne udnytte aktivet mod betaling af royalties eller anden form for licens.

Relevante immaterielle aktiver kan potentielt vedrøre retten til at udnytte forretningsmæssige aktiver, såsom patenter, varemærker, design, ophavsret til litterære værker, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde, herunder software. Det kan også vedrøre intellektuelle rettigheder som knowhow og forretningshemmeligheder. Mindre komplekse eksempler på værdifulde immaterielle aktiver kan være

¹⁵¹ OECD TPG, 2010, pkt. 9.45 og 9.46.

¹⁵² Bakker og Cottani, 2008, side 274.

kundekartoteker, distributionskanaler, unikke navne, symboler eller billeder¹⁵³. I transfer pricing øjemed er det helt essentielt at kunne identificere præcist, hvilke immaterielle aktiver, der flyttes i en omstruktureringssituation. Dette skyldes, at de involverede parter og skattemyndighederne skal kunne vurdere, hvad en uafhængig part ville give i vederlæggelse for aktivet og således fastsætte en armslængdepris. Armslængdeprisen for et immaterielt aktiv ved en omstrukturering kan være kompleks og usikker¹⁵⁴ og er i sagens natur langt sværere at identificere og vurdere end materielle aktiver¹⁵⁵, fordi immaterielle aktiver kan være sværere at sammenligne. Ved en omdannelse overføres immaterielle aktiver mellem koncernenheder hovedsageligt på tre forskellige måder, nemlig ved direkte salg, licitering eller Cost Contribution Arrangements¹⁵⁶.

Ved direkte salg overføres det juridiske ejerskab og kontrollen af det immaterielle aktiv fra en koncernenhed til en anden koncernenhed. Den modtagende koncernenhed bør afregne en compensation i overensstemmelse med armslængdeprincippet. I praksis kan denne simple model være særdeles fordelagtig, idet overdragelse af ejerskabet og kontrollen af det immaterielle aktiv kan ske på et tidspunkt, hvor aktivet endnu ikke er fuldt udviklet og derfor ikke har opnået et højt profitpotentiale. Den risikofaktor, som er forbundet med at købe et immaterielt aktiv, der kun har en potentiel værdi, fordi det endnu ikke er færdigudviklet, vil alt andet lige have en negativ effekt på købesummen¹⁵⁷. I nogle tilfælde vil den afstående koncernenhed fortsat udnytte det immaterielle aktiv, selvom alle juridiske rettigheder og forpligtelser er overdraget¹⁵⁸. For eksempel vil den afstående koncernenhed indgå i et kontraktforhold med den modtagende koncernenhed om at fortsætte med at udnytte det immaterielle aktiv, men med et begrænset ansvar. Den afstående koncernenhed kunne også indgå en aftale om licensbetalinger for brugen af aktivet, hvilket kendes som ”salg og tilbagelicitering”¹⁵⁹.

Ved licitering forbliver det juridiske ejerskab af det immaterielle aktiv hos licensgiveren/ejeren, der således fortsætter med håndhævelsen og beskyttelsen af det immaterielle aktiv. Licensgiveren vil mod

¹⁵³ OECD TPG, 2010, pkt. 9.55.

¹⁵⁴ OECD TPG, 2010, pkt. 9.56.

¹⁵⁵ Herksen i Bakker, 2009, side 38.

¹⁵⁶ Herksen i Bakker, 2009, side 38.

¹⁵⁷ Herksen i Bakker, 2009, side 39.

¹⁵⁸ OECD TPG, 2010, pkt. 9.57.

¹⁵⁹ OECD TPG, 2010, pkt. 9.61.

et vederlag i overensstemmelse med armslængdeprincippet i en bestemt periode afgive visse rettigheder til licenstageren. Licensaftalen bør være udformet udtømmende og kan for eksempel vedrøre geografiske rettigheder, eksklusive eller ikke eksklusive rettigheder og sub-licensrettigheder. Vederlaget for licensen afgives normalt i form af en royalty, som er en periodisk betaling baseret på brugen af licensen eller omsætningen hos licenstageren¹⁶⁰.

CCA-aftaler er kontraktuelle arrangementer mellem koncernforbundene parter, der tillader parterne at dele omkostningerne og risikoen i forbindelse med et givent projekt¹⁶¹. Det forekommer typisk ved udviklingen, produktionen eller opkøbet af immaterielle eller materielle aktiver, eller med henblik på udførelse af tjenesteydelser, hvor parterne deler det forventede afkast ligeligt¹⁶². CCA er typisk komplekse aftaler, hvor armslængdeprisen umiddelbart baseres på de omkostninger, som parterne hver især afholder til den fælles investering.

Der er flere fordele ved at flytte værdi i form af et immaterielt aktiv mellem koncernforbundne parter. Det kan som tidligere beskrevet skyldes ønsket om bedre kontrol og mere effektiv udvikling af aktivet, som derefter kan udnyttes af den afstående koncernenhed igennem en licens mod betaling af en royaltyfee. Der kan også være en skattemæssige fordel i at flytte det immaterielle aktiv, mens det er under udvikling. Herved kan koncernenhederne indbyrdes fastsætte en lavere pris, end tilfældet ville være ved at flytte det færdige produkt. Dermed kan der forekomme skattemæssige overvejelser i at flytte profitpotentialen på et tidligere stadie.

Fælles for ovenstående er for det første, at det vil være svært at finde sammenlignelige transaktioner mellem uafhængige parter med lignende immaterielle aktiver. For det andet, kan værdien af aktivet være svingende eller uforudsigelig på tidspunktet for transaktionen. For det tredje kan immaterielle aktiver være særligt værdifulde¹⁶³. Immaterielle aktiver er således en kompleks sag i en omstruktureringssituation, hvor det kan være svært at identificere transaktionen og fastsætte en armslængdepris.

¹⁶⁰ Herksen i Bakker, 2009, side 39.

¹⁶¹ OECD TPG, 2010, okt. 8.3.

¹⁶² <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/Tax/us-tax-beps-changes-transfer-pricing-cost-contribution-arrangements.pdf>

¹⁶³ Herksen i Bakker, 2009, side 40.

Delkonklusion

OECD har observeret, at koncerner særligt centraliserede funktioner, aktiver og risici, når der blev foretaget omstruktureringer. Når der flyttes værdifulde funktioner, aktiver og risici mellem to koncernenheder, skal aflønningen herfor ske efter armslængdeprincippet. I TPG henstiller OECD til, at der ved fastsættelsen af armslængdeprincippet anvendes én af fem prisfastsættelsesmetoder. En forsimplet koncernstruktur består af en principal, producent og distributør. I praksis vil der være mange former for producenter og distributører, der støttes af serviceenheder. De forskellige former for koncernenheder har forskellige niveauer af udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici. Dette afspejler sig i koncernenhedernes forventede afkast, og har indvirkning på den anvendte prisfastsættelsesmetode for den koncerninterne transaktion.

Når en koncern omstrukturer ved at centralisere fratages en koncernenhed funktioner, aktiver og risici. Herved sker der en omdannelse af koncernenheden, som afspejler sig i et lavere forventet afkast, hvorved en større del af fortjenesten allokeres hos principalen. Koncernen bør være opmærksom på et muligt skift af prisfastsættelsesmetode for koncerninterne transaktioner.

Kapitel 4

I de seneste mange årtier har økonomien udviklet sig løbende i takt med globaliseringen og udviklingen i blandt andet teknologi og handelspolitik. Den øgede mobilitet i verdensøkonomien skaber behov for nye forretningsmodeller, hvorfor koncerner i stigende grad omstrukturerer for at bevare konkurrencestyrke og imødekomme forandringer. Som konsekvens heraf bliver skattemyndigheder konfronteret med hurtigt skiftende forretningsmodeller og nye markeder, hvilket udfordrer nationale og internationale skattesystemer. Globaliseringen har medført, at grænseoverskridende aktiviteter er blevet normen, hvorfor skattemyndigheder igennem årene har været nødt til at samarbejde for at bekæmpe aggressiv skatteplanlægning. OECD TPG kapitel IX om omstruktureringer er resultatet af mange års samarbejde mellem skattemyndigheder.

OECD

Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD) er i dag en rådgivende økonomisk samarbejdsorganisation, der består 35 medlemslande¹⁶⁴. I løbet af de seneste 50 år har OECD samarbejdet på skatteområdet for at standardisere og garantere den skattemæssige sikkerhed for skatteydere og bekæmpe skatteomgåelse¹⁶⁵. Medlemslandene henvender sig regelmæssigt til hinanden for at identificere problemer, diskutere og analysere dem og fremme politikker, der kan løse dem. Foruden de 35 medlemslande er Brasilien, Indien, Kina, Indonesien og Sydafrika vigtige partnere i OECD-samarbejdet og tilsammen kan landene tegne sig for 80 % af verdenshandlen¹⁶⁶.

OECD trådte officielt i kraft den 30. september 1961 og erstattede det tidligere Organisation for Europæisk Økonomisk Samarbejde (OEEC). Ved at arbejde for styrket økonomisk samarbejde mellem de europæiske lande lykkedes det OEEC, at få de enkelte lande til at anerkende deres indbyrdes afhængighed af hinandens økonomier¹⁶⁷. OECD arbejder i dag for økonomiske fremgang for medlemslandene ved indsamling af data og udarbejdelse af statistikker, der belyser medlemslandenes økonomiske situation. På baggrund heraf publicerer OECD økonomiske anbefalinger i landespecifikke rapporter¹⁶⁸. Ligeledes er OECD med til at skabe ensartethed i lovgivningen mellem landene ved blandt andet at forhandle standarder i form af modelaftaler. På skatteområdet har OECD tidligere arbejdet med at eliminere dobbeltbeskatning for at fremme international samhandel. Dobbeltbeskatning var fra grundlæggelsen et prioriteret arbejdsområde for OECD, der udgav den første modeloverenskomst i 1963.

¹⁶⁴ Se bilag 1

¹⁶⁵ CTPA, OECD Work on Taxation, 2016, side 2.

¹⁶⁶ <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/#d.en.194378>.

¹⁶⁷ <http://www.oecd.org/about/history/>.

¹⁶⁸ CTPA, OECD Work on Taxation, 2016, side 2.

OECD's modeloverenskomst

Formålet med modeloverenskomsten og de dertil udarbejdede DBO'er er at udvikle ensartede regler, der skal forhindre international dobbeltbeskatning og fremme en afbalanceret fordeling af beskatningsretten mellem de kontraherende stater¹⁶⁹. Med denne modeloverenskomst fik skattemyndighederne i de kontraherende stater et sæt fælles retningslinjer for behandling af konflikter om beskatningsretten på tværs af landegrænser¹⁷⁰.

Modeloverenskomsten fra 1963 var en videreudvikling af de dobbeltbeskatningsoverenskomster, der allerede var i brug på det tidspunkt, og som blev indgået i årene mellem Første og Anden Verdenskrig. En DBO er en aftale mellem stater om fordeling af beskatningsretten ved grænseoverskridende aktivitet. Modeloverenskomsten anvendes, som rammemodell for mange DBO'er, særligt blandt ilande. Modeloverenskomsten er blevet revideret flere gange og seneste udgave fra 1992 opdateres kontinuerligt. For Danmarks vedkommende udspringer alle DBO'er i dag fra en OECD modeloverenskomst¹⁷¹. På trods af det store arbejde med modeloverenskomsten er der stadig efterladt huller og uoverensstemmelser i det internationale skattesystem, som multinationale koncerner har udnyttet til at reducere deres effektive skattebetalinger¹⁷². Dette har motiveret skattemyndigheder til at samarbejde yderligere for at bekæmpe aggressiv skatteplanlægning.

Modeloverenskomsten og dens kommentarer er ikke i sig selv gennemført i national ret og derfor ikke folkeretligt bindende. Modeloverenskomsten er produktet af et internationalt samarbejde og kommentarerne udtrykker medlemslandenes fælles opfattelse og fortolkning af overenskomsten. OECD anbefaler, at landene tager udgangspunkt i modeloverenskomsten og kommentarerne hertil, når de anvender og fortolker den enkelte DBO¹⁷³, når den enkelte DBO naturligvis udspringer af modeloverenskomsten. Dette synes ligeledes at være almindeligt antaget¹⁷⁴. De enkelte DBO'er er dog folkeretligt bindende for de deltagende stater og har forrang for nationale regler. Det kan blandt andet nævnes, at de danske DBO'er forhandles af Regeringen og vedtages af Folketinget. Derfor

¹⁶⁹ Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst artikel 1 (2014), pkt. 7.

¹⁷⁰ Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst artikel 1 (2014), pkt. 1-3.

¹⁷¹ Den juridiske vejledning, 2017, C.F. 8.2.1.

¹⁷² Carroll og Kellow, 2011, side 103-104.

¹⁷³ Den juridiske vejledning, 2017, C.F.8.2.1.

¹⁷⁴ Se afhandlingens kapitel 1, International skatteret.

bliver DBO'erne en del af dansk ret og kan umiddelbart påberåbes af borgere overfor myndighederne¹⁷⁵.

OECD's modeloverenskomst artikel 9

Modeloverenskomsten indeholder 31 artikler, hvor artikel 9 udgør den internationale grundpille for transfer pricing-regulering. Formålet med artikel 9 og transfer pricing-reglerne er at sikre, at kontrollerede transaktioner mellem koncernforbundne parter kompenseres i overensstemmelse med armslængdeprincippet¹⁷⁶. Når uafhængige parter handler med hinanden på det frie marked prisfastsættes transaktionen af markeds kræfterne. Når koncernforbundne parter handler med hinanden, kan parterne som udgangspunkt frit tilrettelægge deres økonomiske dispositioner på en sådan måde, at koncernens samlede skat nedbringes mest muligt¹⁷⁷. Denne mulighed for at nedbringe sin skat ved fri prisfastsættelse mellem koncernforbundne parter har bekymret skattemyndigheder, da multinationale koncerner på denne måde kan udhule staternes skatteprovenu. Derfor vedtog OECD-medlemslandene armslængdeprincippet i modeloverenskomstens artikel 9, der skal sikre, at koncernforbundne parter handler på markedsvilkår og markedspriser i henhold til armslængdeprincippet.

Det følger endvidere af modeloverenskomstens artikel 9, at såfremt der er indgået kontrollerede transaktioner i strid med armslængdeprincippet, skal der ved indkomstopgørelsen foretages en skattemæssig korrektion. Det vil sige, at en stats skattemyndighed kan regulere et foretagendes fortjeneste i henhold til armslængdeprincippet og beskatte i overensstemmelse hermed¹⁷⁸. Armslængdestandarden kan være kompliceret at anvende i praksis, da alle transaktioner mellem koncernforbundne parter sjældent er simple. For eksempel flyttes der mange funktioner, aktiver og risici ved en omstrukturering, hvor de enkelte værdier og vilkår kan være svære at identificere og værdiansætte til markedspriser. OECD har derfor i artikel 9 henvist til TPG, der på samme måde som kommentarerne til artikel 9 udgør et fortolkningsbidrag.

¹⁷⁵ Den juridiske vejledning, 2017, C.F.9.1.

¹⁷⁶ Schmidt et al., 2015, side 290-293.

¹⁷⁷ Schmidt et al., 2015, side 299-301.

¹⁷⁸ Schmidt et al., 2015, side 318.

OECD Transfer Pricing Guideline

Kommentarerne til modeloverenskomsten er sparsomme og på grund af de mange udfordringer med fastsættelsen af armslængdeprincippet, valgte OECD at udarbejde TPG, der løbende opdateres og indeholder retningslinjer for anvendelse og fortolkning af artikel 9. TPG skal ses som en fælles rettesnor med anbefalinger for anvendelsen af armslængdeprincippet¹⁷⁹ for henholdsvis skatteydere og skattemyndigheder, herunder identifikation og prisfastsættelse af en given transaktion. TPG har derfor til formål at hjælpe skattemyndigheder i både OECD medlemslande og tredjelande samt multinationale koncerner i transfer pricing sager. Ved at angive metoder til fastsættelse af armslængdestandarden reduceres risikoen for konflikter mellem henholdsvis skattemyndigheder og skatteydere samt risikoen for ressourcekrævende skattekorrigeeringer af transaktioner, der ikke foretages på armslængdevilkår undgås¹⁸⁰.

Den første udgave af TPG blev offentliggjort i 1995 og i 2010 blev store dele af TPG revideret og nye kapitler blev tilføjet, herunder kapitel IX om omstruktureringer. OECD arbejder løbende på at forbedre retningslinjerne og har senest i 2016 revideret TPG kapitel IX om omstruktureringer¹⁸¹. Denne revidering forventes offentliggjort i sin endelige form i løbet af 2017. TPG er ikke bindende regulering¹⁸², ligesom at kommentarerne til artikel 9 ligeledes ikke er vedtaget med bindende kraft. Armslængdestandarden, der følger af artikel 9 og fortolkes i TPG, er dog en international anerkendt standard, der udgør en form for folkeretlig sædvane¹⁸³. TPG anses således for at være et fortolkningsbidrag til fastsættelse af armslængdeprincippet, som skattemyndigheder såvel som selskaber opfordres til at følge¹⁸⁴. De fleste medlemsstater har implementeret artikel 9 og TPG i national lovgivning. For eksempel har Danmark implementeret artikel 9 i ligningsloven § 2, der i forarbejderne hertil henviser til TPG¹⁸⁵, hvorfor TPG i dansk ret opnår status som værende en retskilde. Ligeledes henviser SKAT's juridiske vejledning til TPG¹⁸⁶. I forhold til koncerninterne omstruktureringer anbefales det således, at afsnittet om koncerninterne omstruktureringer og armslængdeprincippet læses i nær sammenhæng med de opdaterede kapitler i TPG¹⁸⁷.

¹⁷⁹ Wittendorff, 2009, side 259.

¹⁸⁰ Schmidt et al., 2015, side 301.

¹⁸¹ Den juridiske vejledning, 2017, C.D.11.7.2.

¹⁸² Se afhandlingens kapitel 1, International skatteret.

¹⁸³ Bullen, 2011, side 34.

¹⁸⁴ OECD TPG, 2010, forord, pkt. 16.

¹⁸⁵ Almindelige bemærkninger L 101 1997-1998, side 2.

¹⁸⁶ Den juridiske vejledning, 2017, C.D.11.2.1.1.

¹⁸⁷ Den juridiske vejledning, 2017, C.D.11.7.

OECD Transfer Pricing Guideline kapitel IX

Koncerninterne omstruktureringer har været et voksende fænomen de seneste år. Koncerninterne omstruktureringer involverer grænseoverskridende reallokering af funktioner, aktiver og/eller risici mellem interesseforbundne parter. Som konsekvens heraf har skattemyndigheder observeret et lavere profitpotentiale hos de omstrukturerede selskaber og derfor en udhuling af skattebasen¹⁸⁸. Omstruktureringer kan indeholde reallokering af værdifulde immaterielle aktiver, og består typisk af en omdannelse fra en full-fledged enhed til en limited-risk enhed, hvor funktioner, aktiver og/eller risici overføres til en central enhed¹⁸⁹. Koncerninterne omstruktureringer skal, som enhver anden koncernintern transaktion, være i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Tidligere har der dog været problemer med anvendelsen af armslængdeprincippet på koncerninterne omstruktureringer, idet disse ofte er meget komplekse. Årsagen til problemerne med omstruktureringer omhandlede primært anvendelsen af armslængdeprincippet, hvortil der ikke var tilstrækkelig vejledning at hente i hverken artikel 9, kommentarerne hertil eller TPG. Manglen på en fælles forståelse for, hvordan armslængdeprincippet skulle anvendes ved koncerninterne omstruktureringer, medførte en betydelig usikkerhed for skatteydere såvel som skattemyndigheder. Usikkerheden kunne føre til henholdsvis dobbeltbeskatning og dobbelt ikke-beskatning, hvorfor OECD's skattekomité (CFA) i 2005 anerkendte behovet for transfer pricing retningslinjer vedrørende omstruktureringer¹⁹⁰ og iværksatte arbejdet med udarbejdelsen af TPG kapitel IX om omstruktureringer. Det endelige TPG kapitel IX udkom i 2010 og bestod af nedenstående 4 hovedpunkter, som fundament for anvendelsen af armslængdeprincippet i forbindelse med koncerninterne omstruktureringer:

1. Særlige hensyn til risici
2. Armslængdekompensation for selve omstruktureringen
3. Kompensation for kontrollerede transaktioner for post-omstruktureringer
4. Anerkendelse af de faktiske gennemførte transaktioner

Et udkast til et revideret TPG kapitel IX blev offentliggjort i 2016 som følge af G20- og OECD-landenes arbejde med bekæmpelse af aggressiv skatteplanlægning. For at imødekomme aggressiv

¹⁸⁸ OECD TPG Discussion Draft, 2008, side 2.

¹⁸⁹ OECD TPG Discussion Draft, 2008, side 2.

¹⁹⁰ <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecdengagesdialogueonbusinessrestructuring2ndctparoundtable-focusedonbusinessrestructuring.htm>.

skatteplanlægning, iværksatte G20-landene sammen med OECD i 2013 ”Base Erosion and Profit Shifting”-projektet (BEPS). På baggrund heraf har OECD revideret TPG, herunder kapitel IX om omstruktureringer, for at bringe dette i overensstemmelse med initiativerne i BEPS-projektet.

BEPS-projektet

I 2013 iværksatte G20-landene den hidtil mest omfattende revidering af den internationale skattelovgivning. Initiativet blev iværksat som en følge af finanskrisen, hvor et øget fokus på multinationale selskabers skattebetalinger havde vundet indpas¹⁹¹. Arbejdet blev iværksat på baggrund af antagelser om, at lande i stigende grad mister skatteprovenu som følge af multinationale selskabers – til tider aggressive – skatteplanlægning. Ligeledes har en stigende mediebevågenhed om multinationale selskabers skattebetalinger medført et øget fokus på, hvordan disse selskaber udhuler skattegrundlaget i højt beskattede lande og flytter overskuddet i skattely¹⁹². På grund af asymmetrier i nationale selskabsskatteregler har det været muligt for multinationale selskaber at spekulere i skatteplanlægning på en sådan måde, at overskuddet flyttes fra højskattelande til lande med lav eller ingen beskatning, hvor selskaberne har en lille eller ingen økonomisk aktivitet. Denne form for skatteplanlægning er ganske legal, men kan forekomme uhensigtsmæssig og amoralsk, idet lande mister skatteprovenu, når indkomsten ikke beskattes dér, hvor de værdiskabende aktiviteter reelt finder sted. Kritikken af denne uhensigtsmæssige skatteplanlægning har især været rettet mod store multinationale selskaber, fordi disse anses for at have midlerne og mulighederne til at gennemføre en nok lovlig, men ikke fair skatteplanlægning¹⁹³. Samtidig argumenterer selskaberne dog for, at der er en forpligtelse overfor aktionærerne til at minimere skattebetalingen så vidt muligt inden for lovens rammer¹⁹⁴. Netop derfor påpeger OECD også, at det ikke er de multinationale selskaber, der er problemet. Ligeledes er det heller ikke de nationale selskabsskatteregler, men derimod samspillet mellem de enkelte landes nationale skatteregler, som udgør problemet på grund af den asymmetri, der til tider forekommer blandt de nationale selskabsskatteregler¹⁹⁵.

¹⁹¹ Base Erosion and Profit Shifting Project 2015 Final Reports, 2015, side 3.

¹⁹² Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, side 13.

¹⁹³ Okholm, 2016, side 1.

¹⁹⁴ Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, side 13.

¹⁹⁵ Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013

Arbejdet med revideringen af de internationale skatteregler blev på baggrund heraf iværksat i OECD-regi med det formål at ajourføre de internationale skatteregler og gøre dem i stand til at håndtere den økonomiske og teknologiske udvikling. Blandt andet har e-handel haft stor gennemslagskraft det seneste årti, hvorefter det er blevet muligt at handle med selskaber/personer uden selv at være til stede i det pågældende land. Ligeledes har der været et øget fokus på betydningen af immaterielle rettigheder som en værdiskabende faktor¹⁹⁶. OECD har i en rapport fra 2013¹⁹⁷ givet udtryk for, at den fri bevægelighed, færre handelsbarriere samt den teknologiske udvikling har gjort det muligt for koncerner at operere og organisere sig på tværs af landegrænser. Således kan multinationale koncerner i højere grad udnytte asymmetrien i de enkelte landes nationale skattelovgivning og flytte profitten til lande, hvor der er lav eller ingen beskatning. Disse antagelser understøttes af undersøgelser, som viser, at det årlige skatteprovenu som OECD-landene går glip af svarer til 4-10 % af det globale skatteprovenu eller 100-240 milliarder USD om året¹⁹⁸. Dette er ikke kun et problem for de velhavende højskattelande, men i lige så høj grad et problem for udviklingslandene, hvor muligheden for at forbedre levevilkårene reduceres, som følge af den manglende indtægt fra skattebetalinger.

Ifølge OECD skyldes den manglende skattebetaling blandt andet, at der er et stigende antal tilfælde, hvor der er uoverensstemmelser i selskabernes rapportering af de faktiske aktiviteter og der, hvor indkomst rapporteres til beskatning. Fokus for BEPS-projektet har således været, at multinationale selskaber skulle betale en fair andel i skat i de lande, hvor de opererer. BEPS-projektet har altså til formål at forhindre, at udenlandske selskabsejere ikke betaler skat i det land, hvor selskabet opererer, men i stedet trækker pengene ud af landet i skattely.

BEPS-projektets tilblivelse

Som beskrevet blev BEPS-projektet iværksat af G20-landene i samarbejde med OECD. Den første rapport i 2013¹⁹⁹ adresserede problemerne ved flytning af skattetilsvaret, hvorefter OECD senere samme år udarbejdede en handlingsplan for arbejdet med BEPS bestående af 15 actions²⁰⁰. Handlingsplanen har til formål at styrke kvaliteten af gældende internationale skatteregler og derigennem

¹⁹⁶ Beierholm og Hansen, 2013, side 1.

¹⁹⁷ Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, side 25.

¹⁹⁸ Base Erosion and Profit Shifting Project 2015 Final Reports, side 3.

¹⁹⁹ Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013.

²⁰⁰ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013.

reducere muligheden for, at multinationale selskaber udhuler eksisterende skattebase og flytter indkomstgrundlaget til lavskattelande. De 15 actions bygger derfor på tre grundprincipper²⁰¹:

- 1) Nye standarder, der skal sikre sammenhæng i nationale selskabsskatteregler, der påvirker grænseoverskridende aktiviteter
- 2) Substanskrav i eksisterende internationale standarder
- 3) Større transparens – for både myndigheder og selskaber

I 2014 og 2015 udmøntede handlingsplanen sig i en lang række rapporter, der alle omhandler de 15 actions. Disse rapporter er en række konkrete anbefalinger til ændringer af såvel national som international skatteret. Det bør dog påpeges, at BEPS rapporterne er soft law og dermed ikke retligt bindende for de deltagende lande. Dog må det alligevel forventes, at de pågældende actions implementeres i national ret af de lande, som har vedtaget handlingsplanen. Ligeledes indeholder handlingsplanen en række minimumsstandarder som de pågældende land har forpligtet sig til at følge, herunder særligt anbefalingerne til løsning af dobbeltbeskatningskonflikter og informationsdeling landene imellem.

I forbindelse med BEPS-projektet har der været rettet en særlig fokus på transfer pricing. Dette skyldes, at transfer pricing har givet multinationale selskaber mulighed for at adskille den skattepligtige indkomst fra dér, hvor de værdiskabende aktiviteterne reelt udføres. Dette kan ske ved at omplacere risici og immaterielle aktiver eller kunstigt at opdele ejerskabet mellem juridiske enheder i koncernen og foretage transaktioner mellem disse enheder på vilkår, der sjældent ville accepteres af uafhængige parter²⁰². Af denne grund omhandler 4 ud af de 15 actions transfer pricing. Formålet med handlingsplanens actions vedrørende transfer pricing (action 8-10 og 13) har været at "redefinere" armslængdeprincippet, således at det sikrer, at indkomst allokeres derhen, hvor den værdiskabende aktivitet har fundet sted²⁰³. Armslængdeprincippet har hidtil været en prisbaseret norm, hvorefter koncerninterne transaktioner skulle prisfastsættes på armslængdevilkår. Action 8-10 fastslår derimod, at også

²⁰¹ Base Erosion and Profit Shifting Project 2015 Final Reports, 2015, side 3.

²⁰² Beierholm og Hansen, 2013, side 1.

²⁰³ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013, side 20 ff.

den kontraktuelle risikoallokering skal være i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Armslængdeprincippet er således blevet et bredere begreb, hvorefter ikke kun prisen, men også andre forhold ved den kontrollerede transaktion skal iagttage armslængdeprincippet²⁰⁴.

Action 8 vedrører immaterielle aktiver, action 9 omhandler risici og kapital, action 10 vedrører transaktioner med høj risiko, og action 13 vedrører nye dokumentationskrav. Dette udmøntede sig i en BEPS-rapport vedrørende action 8-10, hvorefter visse dele af TPG blev revideret. BEPS-rapporten er således årsagen til revideringen af OECD TPG kapitel IX. Blandt andet undergik OECD TPG kapitel I ændringer i forbindelse med BEPS rapporten, hvorefter en del af kapitel IX blev inddraget i kapitel I. Derfor blev det også nødvendigt at opdatere kapitel IX og bringe dette kapitel i overensstemmelse med resten af TPG og BEPS-projektet.

De nye transfer pricing guidelines afspejler således i høj grad BEPS-projektet. De 4 actions vedrørende transfer pricing har som udgangspunkt to formål; at sikre at indkomsten allokeres derhen, hvor værdiskabelsen har fundet sted samt at skabe mere gennemsigtighed, særligt for skattemyndighederne, når de skal vurdere kontrollerede transaktioner. I relation til det reviderede OECD TPG kapitel IX har BEPS-projektet således også spillet en rolle. Handlingsplanens actions og den efterfølgende BEPS-rapport er ikke direkte møntet på OECD TPG kapitel IX, men transfer pricing regulering i sin helhed, hvorfor de alligevel har haft betydning for revideringen. Blandt andet fremgår det, at meget af inspirationen til revideringen af TPG kapitel I er hentet fra kapitel IX, særligt i forhold til identifikation af risici²⁰⁵. Netop af denne grund henviser kapitel IX i høj grad til kapitel I. Ligeledes har BEPS-rapporten haft betydning for kapitel IX i relation til immaterielle aktiver. Kapitlet henviser ofte til TPG kapitel VI om immaterielle aktiver, hvor de nye DEMPE funktioner er indført. Det er således vigtigt, at kapitel IX ikke læses alene, men at der ved fortolkningen af TPG om koncerninterne omstruktureringer også tages højde for resten af TPG, idet ændringerne i TPG i forbindelse med BEPS-projektet i væsentlig grad også spiller ind, når det vedrører koncerninterne omstruktureringer.

²⁰⁴ Wittendorff, 2016 (B), side 1.

²⁰⁵ OECD TPG, 2017, forord.

Afslutningsvis afspejler BEPS-projektet sig generelt i revideringerne af TPG, hvorfor det nye princip om allokering af indkomst i henhold til værdiskabende aktiviteter, som udgangspunkt er direkte anvendeligt for multinationale koncerner og skattemyndigheder. I dansk litteratur er der dog fortsat stor uenighed om, hvorvidt der reelt set er tale om en ændring af armslængdeprincippet, som kræver en lovændring, før de reviderede kapitler kan få retskildeværdi.

Delkonklusion

I løbet af de seneste 50 år har OECD-landene samarbejdet på skatteområdet om at skabe større ensartethed i det internationale skattesystem for blandt andet at undgå dobbeltbeskatning. Samarbejdet var fra begyndelsen et prioriteret arbejdsområde for OECD, der i 1963 udgav den første modeloverenskomst, som rammemodel for efterfølgende DBO'er. Armslængdeprincippet udgør grundpillen for transfer pricing og udspringer af modeloverenskomstens artikel 9. Anvendelsen af armslængdeprincippet i forbindelse med koncerninterne omstruktureringer var forbundet med usikkerheder, fordi hverken kommentarerne til artikel 9 eller TPG ydede tilstrækkelig vejledning herom. Derfor tilføjede OECD i 2010 et særskilt kapitel IX i TPG til brug herfor.

I 2017 forventes OECD at offentliggøre revideringen af OECD TPG kapitel IX i sin endelige form. Arbejdet med revideringen blev iværksat som en følge af BEPS-projektet, der havde til formål at bekæmpe aggressiv skatteplanlægning. Projektet udsprang af antagelser om, at lande i stigende grad mistede skatteprovenu som følge af aggressiv skatteplanlægning. På grund af asymmetrier i nationale selskabsskatteregler var det muligt for multinationale selskaber at spekulere i skatteplanlægning på en sådan måde, at overskud flyttes fra højskattelande til lande med lav eller ingen beskatning, hvor selskaberne har en lille eller ingen økonomisk aktivitet.

I 2013 udgav G20- og OECD-landene en handlingsplan for arbejdet med BEPS, hvoraf 4 ud af de 15 actions omhandlede transfer pricing. De 4 actions har som udgangspunkt to formål; at sikre at indkomsten allokeres derhen, hvor værdiskabelsen har fundet sted samt at skabe mere gennemsigtighed, særligt for skattemyndighederne, når de skal vurdere kontrollerede transaktioner.

Rationalet bag revideringen af OECD TPG kapitel IX har således været, at bringe kapitlet i overensstemmelse med BEPS-projektet og således forhindre aggressiv skatteplanlægning ved at skabe større klarhed for anvendelsen af armslængdeprincippet ved koncerninterne omstruktureringer.

Kapitel 5

OECD's modeloverenskomst artikel 9

OECD's modeloverenskomst artikel 9 indeholder den autoritative definition af armslængdeprincippet i international skatteret og fastsætter således, at vilkår vedrørende kommercielle og finansielle forhold i koncerninterne transaktioner skal være i overensstemmelse med de vilkår, som uafhængige parter ville have aftalt, jf. modeloverenskomstens art. 9, stk. 1.

Artikel 9 foreskriver således, at:

"1. I tilfælde, hvor

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

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

2. Hvor en kontraherende stat til et foretagendes fortjeneste i denne stat henregner – og beskatter i overensstemmelse hermed – fortjenester, af hvilket et foretagende i den anden kontraherende stat er blevet beskattet i denne anden stat, og disse fortjenester ville have tilfaldet foretagendet i den førstnævnte stat, hvis vilkårene, der var aftalt mellem de to foretagender, havde været sådanne, som ville

have været aftalt mellem uafhængige foretagender, så skal den anden stat foretage en passende regulering af den skat, der er beregnet af disse fortjenester. Ved ansættelse af sådan regulering skal der tages hensyn til de øvrige bestemmelser i denne konvention, og de kompetente myndigheder i de kontraherende stater skal om nødvendigt træde i kontakt med hinanden."

Bestemmelsen finder anvendelse på transaktioner mellem forbundne foretagender, jf. art. 9, stk. 1. Ved et foretagende forstås udøvelsen af enhver forretningsmæssig virksomhed, jf. modeloverenskomstens art. 3, stk. 1, litra c, hvorfor der kan være tale om et foretagende, uanset om det drives af fysiske eller juridiske personer. Endvidere er to foretagender forbundne, når der er tale om moder-/datterselskaber eller søsterselskaber, jf. modeloverenskomstens art. 9, stk. 1, nr. 1 og 2. Det er ligeledes et krav, for at bestemmelsen kan finde anvendelse, at der er tale om en grænseoverskridende transaktion, jf. art. 9, stk. 1. Er samtlige kriterier opfyldt finder artikel 9 anvendelse på priser og vilkår for kommercielle og finansielle forbindelser. Hvad der forstås ved sådanne forbindelser er ikke nærmere defineret i hverken modeloverenskomsten eller kommentarerne hertil, hvorfor eksistensen, formen og indholdet af den kontrollerede transaktion skal fastlægges på baggrund af intern skatteret²⁰⁶. Det forekommer umiddelbart uhensigtsmæssigt, at der ikke foreligger en klar definition af kommercielle og finansielle forbindelser. Når dette skal udledes af national ret risikeres dobbeltbeskatning, idet der kan forekomme forskelligheder i nationale skatteregler for, hvad der kvalificeres som kommercielle og finansielle forbindelser²⁰⁷. Dette kunne løses ved at give den ene kontraherende stats kvalifikation forrang i en DBO eller ved at indføre autonom definition af begreberne kommercielle og finansielle forbindelser i artikel 9 eller TPG. Ingen af løsningerne er dog ukomplicerede. Særligt sidstnævnte forslag synes umiddelbart at være en oplagt løsning, men kan samtidig skabe grundlag for endnu større fortolkningsvanskeligheder, idet en sådan definition må forventes at blive formuleret bredt ligesom resten af TPG for at dække samtlige staters interesser.

Stemmer priser og vilkår i den kontrollerede transaktion ikke overens med armslængdeprincippet, kan en kontraherende stats skattemyndighed korrigere det pågældende foretagendes indkomst efter intern skatteret og beskatte i overensstemmelse med armslængdeprincippet, jf. art. 9. Da formålet

²⁰⁶ Wittendorff, 2016 (A), side 51.

²⁰⁷ Wittendorff, 2010, side 204.

med bestemmelsen er at forhindre dobbeltbeskatning, begrænser bestemmelsen de kontraherende staters adgang til at foretage korrektioner efter intern skatteret, der overstiger en korrektion efter armslængdeprincippet²⁰⁸. Art. 9, stk. 2 bestemmer således, at såfremt den ene kontraherende stat foretager en primær korrektion, skal den anden kontraherende stat foretage en korresponderende korrektion for at forhindre dobbeltbeskatning. Den kontraherende stat er dog ikke forpligtet til at foretage en korresponderende korrektion, såfremt denne stat ikke er enig i den primære korrektion. I sådanne tilfælde kan der påstå dobbeltbeskatning. Det skal endvidere bemærkes, at artikel 9 ikke indeholder selvstændig hjemmel til korrektion, jf. den gyldne regel²⁰⁹. Det vil sige, at en kontraherende stat i medfør af artikel 9 kan opnå retten til at korrigere, men at der kræves hjemmel i intern skatteret for at kunne gennemføre den pågældende korrektion.

Armslængdeprincippet

Den grundlæggende idé med transfer pricing og reguleringen heraf er, at prisfastsættelsen af grænseoverskridende transaktioner mellem koncernforbundene parter skal være i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Når uafhængige parter handler med hinanden er priser og vilkår reguleret af markedskræfterne. Uafhængige parter har i sagens natur modstridende interesser, idet en køber vil presse prisen ned, mens en sælger vil presse prisen op. En distributør er således interesseret i lavere priser eller bedre vilkår hos en producent, der derimod er interesseret i højere priser. Markedsprisen vil være den pris som distributøren og producenten kan blive enige om at handle til. Koncernforbundne parter har modsat de uafhængige parter ikke nødvendigvis modstridende interesser²¹⁰, fordi henholdsvis sælgers og købers eventuelle gevinst ved en handel vil gå til samme ejer²¹¹. Derfor vil en distributionsenhed og en produktionsenhed i samme koncern ikke handle til markedsprisen som fastsat ovenfor²¹². Koncernenheder kan således priskoordinere for at opnå skattefordele²¹³, hvilket ikke er muligt på samme måde for de uafhængige parter. Armslængdeprincippet foreskriver, at koncernforbundne parter skal handle til priser og vilkår som uafhængige parter ville være blevet enige om

²⁰⁸ Wittendorff, 2016 (A), side 61.

²⁰⁹ Dobbeltbeskatningsoverenskomster udgør ikke en selvstændig hjemmel til beskatning, men derimod blot en fordeling af beskatningsretten mellem de kontraherende stater.

²¹⁰ OECD TPG, 2010, pkt. 1.5.

²¹¹ Schmidt et al., 2015, side 300.

²¹² OECD TPG, 2010, pkt. 1.2.

²¹³ OECD TPG, 2010, pkt. 1.3.

under lignende forhold, jf. modeloverenskomsten art. 9. Ved at handle på markedsvilkår og til markedspriser konkurrerer koncernforbundne og uafhængige parter på lige vilkår, idet skattefordele ved priskoordinering ikke længere er muligt²¹⁴.

Anvendelsen af armslængdeprincippet til fastsættelse af priser og vilkår er baseret på en sammenligning af forholdene i en kontrolleret transaktion mellem koncernforbundne parter og en transaktion mellem uafhængige parter²¹⁵. Ved vurderingen af, om der er en tilstrækkelig grad af sammenlignelighed, skal fem sammenlignelighedsfaktorer tages i betragtning, der alle kan have indvirkning på markedspris og –vilkår²¹⁶. De fem sammenlignelighedsfaktorer er anført nedenfor:

- Kontraktsvilkår
- Funktionsanalyse
- Produktets egenskaber
- Økonomiske omstændigheder
- Forretningsstrategi

Sammenlignelighedsanalyse

Kontraktsvilkårene kan påvirke prisfastsættelsen i en kontrolleret transaktion, hvorfor kontraktsvilkårene er vigtige at inddrage i armslængdetesten. Kontraktsvilkårene har til formål at beskrive fordelingen af funktioner, aktiver og risici samt identificere potentielle immaterielle aktiver²¹⁷. Kontraktsvilkårene ved en given transaktion aftales mellem parterne og udformes typisk i form af et aftaledokument. Af aftaledokumentet fremgår, eksplicit eller implicit, fordelingen af ansvar, rettigheder og forpligtelser, risiko og aftaler om priser mellem de involverede parter²¹⁸. Ved koncerninterne transaktioner er det ikke unormalt, at kontraktsvilkår forhandles og aftales under uformelle omstændigheder, hvorfor dele af aftalen ikke vil være i aftaledokumentet. Derfor, hvor de faktiske omstændigheder

²¹⁴ OECD TPG, 2010, pkt. 1.8.

²¹⁵ OECD TPG, 2016, pkt. 1.33.

²¹⁶ OECD TPG, 2016, pkt. 1.36.

²¹⁷ Wittendorff, 2016 (A), side 195-196.

²¹⁸ OECD TPG, 2016, pkt. 1.42.

afviger fra det aftalte, må parternes aftalte vilkår fastsættes ud fra deres økonomiske adfærd og de resterende sammenlignelighedsfaktorer for at danne et reelt sammenligningsgrundlag²¹⁹.

Funktionsanalysen har ligeledes stor betydning for armslængdetesten, idet den koncerninterne prisfastsættelse typisk afspejler sig i fordelingen af udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici²²⁰. De væsentlige økonomiske funktioner kan for eksempel være design, produktion, R&D, service, indkøb, distribution, marketing, branding, logistik og ledelse. Omfanget, karakteren og værdien af parternes fordeling af de væsentlige økonomiske funktioner er vigtige at afdække for at forstå, hvordan værdi genereres i koncernen som helhed²²¹. De aktiver som parterne anvender kan være materielle aktiver i form af produktionsanlæg og maskineri, eller immaterielle aktiver i form af brand, knowhow, patenter og software. Identifikationen af anvendte aktiver har betydning for armslængdetesten, idet afkastkravet kan variere alt efter typen af aktiv og størrelsen af kapitalen bundet til aktivet²²². De risici som parterne påtager sig kan være strategiske eller markedsrisici, infrastruktur eller driftsrisici, finansielle risici, transaktionsrisici og tilfældige risici²²³. Det er dog kun de økonomisk væsentlige og specificerbare risici, der bør indgå i armslængdetesten. Væsentligheden afhænger af sandsynligheden for at risikoen realiseres og de økonomiske konsekvenser herved²²⁴.

Forskelle i produktets karakteristika vil ofte være en stor del af forklaringen på eventuelle prisforskelle på et givent produkt eller service, og kan bruges til at vurdere, hvorvidt der er et reelt sammenligningsgrundlag²²⁵. De karakteristika som sammenlignes kan for eksempel være kvalitet, funktioner, tilgængelighed, mængde, varemærke og garanti²²⁶. Produktets karakteristika inddrages i sammenlignelighedsanalysen med mere eller mindre vægt afhængig af valg af prisfastsættelsesmetode²²⁷. Produktets karakteristika har størst indflydelse ved anvendelsen af CUP metoden, idet metoden tester direkte på markedsprisen, og derfor er meget produktfølsom.

²¹⁹ OECD TPG, 2016, pkt. 1.43 og 1.45.

²²⁰ OECD TPG, 2016, pkt. 1.51.

²²¹ OECD TPG, 2016, pkt. 1.51 og Wittendorff, 2016 (A), side 204.

²²² Wittendorff, 2016 (A), side 219.

²²³ OECD TPG, 2016, pkt. 1.72.

²²⁴ Wittendorff, 2016 (A), side 208.

²²⁵ OECD TPG, 2016, pkt. 1.107.

²²⁶ OECD TPG, 2016, pkt. 1.107.

²²⁷ OECD TPG, 2016, pkt. 1.108.

Økonomiske omstændigheder har til formål at identificere de markedsforhold, der kan have en indvirkning på prisen. Når pris og vilkår fastsættes for en given transaktion mellem to uafhængige har økonomiske omstændigheder, såsom markedsvilkår, udbud/efterspørgsel, konkurrencen på markedet, geografi og produktcyklusser en indvirkning på markedsprisen. Derfor skal den særlige økonomiske situation, som koncernforbundne parter befinder sig i på tidspunktet for en transaktion, tages i betragtning for at være sammenlignelig²²⁸.

Iagttagelsen af koncernens forretningsstrategi i forbindelse med armslængdetesten har til formål at identificere og sammenligne forretningsstrategier, hvor henholdsvis langsigtede forventninger til afkastet kan have en indflydelse på den kortsigtede armslængdepris. Koncerner, der vil øge sine markedsandele, kan anvende en prisdifferentieringsstrategi og underbyde konkurrenterne. Koncernen vil således kunne tåle en kortsigtet lavere pris end markedsprisen mod en forventet højere markedsandel på lang sigt. Koncernen kan desuden vælge at bevæge sin ind på et nyt marked som led i en markedspenetreringsstrategi med høje start-up omkostninger og lavere profitmarginer som følge heraf. Koncerninterne transaktioner kan således være prissat anderledes end uafhængige parter, men kan være begrundet i en særlig forretningsstrategi, som derfor skal identificeres og inddrages i sammenlignelighedsanalysen²²⁹.

Anvendelsesområde for OECD TPG kapitel IX

OECD TPG kapitel IX vedrører transfer pricing aspekter ved koncerninterne omstruktureringer. Ved en omstrukturering forstås i medfør af OECD TPG kapitel IX:

*"The cross-border reorganisation of the commercial or financial relations between associated enterprises, including the termination or substantial renegotiation of existing arrangements."*²³⁰

²²⁸ OECD TPG, 2016, pkt. 1.110-1.111.

²²⁹ OECD TPG, 2016, pkt. 1.115-1.118.

²³⁰ OECD TPG, 2017, pkt. 9.1.

Som tidligere beskrevet i den økonomiske analyse, kan en omstrukturering foretages på flere forskellige måder, blandt andet ved at centralisere eller decentralisere koncernenheder eller ved at foretage en downsizing eller likvidering af en koncernenhed. OECD TPG kapitel IX finder anvendelse på alle former for omstruktureringer, så længe der er tale om en grænseoverskridende omfordeling af de kommercielle eller finansielle forbindelser mellem to koncernenheder²³¹. Sådanne omstruktureringer skal foretages i overensstemmelse med armslængdeprincippet, hvorefter den omstrukturerede enhed i udgangspunktet skal kompenseres for det mistede profitpotentiale. Udgangspunktet for koncerninterne omstruktureringer er således, at armslængdeprincippet ikke skal anvendes anderledes for disse omstruktureringer og de efterfølgende kontrollerede transaktioner end for kontrollerede transaktioner, der fra begyndelsen var struktureret på samme måde som den, omstruktureringen afspejler²³². OECD TPG kapitel IX vedrører således anvendelsen af armslængdeprincippet i forhold til selve omstruktureringen, men også armslængdeprincippet i forhold til den efterfølgende kontrollerede transaktion²³³.

Armslængdekompensation for selve omstruktureringen

Identifikation af transaktionen

Til vurdering af hvorvidt en koncernintern omstrukturering er foretaget på armslængdevilkår, skal der foretages en funktions- og risikoanalyse både før og efter omstruktureringen ligesom, at der bør tages højde for den forretningsmæssige begrundelse for omstruktureringen samt parternes realistiske alternativer²³⁴.

Identifikation af funktioner, aktiver og risici før og efter omstruktureringen

Først og fremmest bør der foretages en præcis afgrænsning af de transaktioner, der finder sted i forbindelse med omstruktureringen. Dette betyder, at der først må foretages en afgrænsning af den industrisektor, som den pågældende koncern opererer i samt en afgrænsning af de faktorer, der påvirker koncernens performance inden for den pågældende industrisektor²³⁵. Denne afgrænsning foretages på baggrund af de fem sammenlignelighedsfaktorer, hvor særligt funktions- og risikoanalysen er væ-

²³¹ OECD TPG, 2017, pkt. 9.1 og 9.3.

²³² OECD TPG, 2017, pkt. 9.9.

²³³ OECD TPG, 2017, pkt. 9.9.

²³⁴ OECD TPG, 2017, pkt. 9.14.

²³⁵ OECD TPG, 2016, pkt. 1.34.

sentlig. Dette skyldes, at der i forbindelse med en omstrukturering ofte er tale om flytning af funktioner, aktiver og risici fra én koncernenhed til en anden. Sammenlignelighedsanalysen er relevant for anvendelsen af armslængdeprincippet, idet omstruktureringen skal sammenlignes med en lignende transaktion mellem uafhængige parter²³⁶. Dog anerkender OECD, at der kan forekomme transaktioner, som ikke er sammenlignelige, fordi sådanne transaktioner ikke ville finde sted mellem uafhængige parter²³⁷. Dette kan skyldes, at koncerninterne parter kan drage nytte af fordele, som uafhængige parter ikke har, netop fordi parterne er en del af samme koncern. Når der ikke foreligger sammenlignelige transaktioner, betyder det dog ikke per se, at den kontrollerede transaktionen ikke er foretaget på armslængdevilkår. Identifikationen af transaktionen er derfor stadig relevant for at kunne fastlægge armslængdeprisen, uagtet at der ikke er en sammenlignelig transaktion.

I forbindelse med revideringen og forsøget på at bringe TPG i overensstemmelse med BEPS-projektet er der i OECD TPG kapitel IX lagt vægt på, at indkomsten skal allokeres til den enhed, der skaber værdien og dermed indkomstgrundlaget. Hvor der foreligger en kontrakt eller anden skriftlig aftale mellem parterne, er denne udgangspunktet for analysen, idet en sådan aftale fastsætter hvilke funktioner, aktiver og risici den enkelte part påtager sig før og efter omstruktureringen, og dermed hvilken værdi den enkelte koncernenhed skaber. Kontraktsvilkårene er dog blot et udgangspunkt, idet der netop er fokus på princippet om "substance over form". Dette betyder, at det er de faktiske udførte handlinger, der er bestemmende for armslængdetesten, såfremt disse materielt afviger fra, hvad der er aftalt i kontrakten²³⁸. For at kunne vurdere hvorvidt de faktiske handlinger afviger fra kontrakten eller ej, er det således nødvendigt at både kontrakten og de faktiske handlinger vurderes. Der forekommer umiddelbart uklart, hvor omfattende en sådan vurdering skal være. Det fremgår ikke klart af OECD TPG kapitel IX, hvornår en handling materielt afviger fra kontrakten, og om og i så fald hvornår mindre afvigelser af bagatelliserende betydning kan accepteres²³⁹. Det må dog formodes, at materielle afvigelser er afvigelser, der har en eller anden form for væsentlighed, der kan påvirke resultatet af armslængdetesten, og hvor de faktiske handlinger er klart anderledes i substansen sammenlignet med, hvad der er aftalt. Derfor bliver funktions- og risikoanalysen særligt relevant, idet der ved

²³⁶ OECD TPG, 2017, pkt. 9.13.

²³⁷ OECD TPG, 2010, pkt. 1.11.

²³⁸ OECD TPG, 2017, pkt. 9.17.

²³⁹ OECD TPG, 2016, kapitel 1, afsnit D.1.1 synes ej heller at tage stilling til spørgsmålet.

en koncernintern omstrukturering oftest overdrages funktioner, aktiver og/eller risici mellem de involverede parter. Funktions- og risikoanalysen har dermed til formål, at identificere de økonomiske aktiviteter, herunder hvilke aktiver der anvendes, samt hvorledes risici er fordelt før og efter transaktionen. I forbindelse med denne analyse er det særligt relevant, at identificere risiciene i transaktionen, idet påtagne risici spiller en væsentlig rolle for indkomstallokeringen²⁴⁰.

I OECD TPG kapitel IX fra 2010 anbefalede OECD, at der blev foretaget en risikoanalyse i overensstemmelse med den dengang foreskrevne fremgangsmåde. Herefter skulle armslængdetesten tage højde for den kontraktuelle risiko og hvorvidt risikoallokeringen var i overensstemmelse med armslængdeprincippet samt konsekvenserne ved risikoallokeringen. Med revideringen af kapitlet i 2017 skal risikoanalysen i stedet foretages på baggrund af det framework, der er fastsat i OECD TPG kapitel I, afsnit D.1.2.1 fra 2016. Revideringen af kapitel I bragte TPG i overensstemmelse med action 9 og 10 i BEPS-rapporterne, der har til formål at forebygge "upassende" indkomstallokeringer og en forkert allokering af risici ved at lægge vægt på parternes reelle adfærd fremfor den skriftlige aftale. Følgende framework bør derfor anvendes ved analysen af risikoallokeringen både før og efter omstruktureringen²⁴¹:

1. Identificer væsentlige økonomiske risici
2. Fastslå hvordan væsentlige økonomiske risici er kontraktuelt fordelt
3. Anvende funktions- og risikoanalysen til at fastslå hvilken koncernenhed, der har kontrollen over de væsentlige økonomiske risici, hvilken koncernenhed der påvirkes af de pågældende risici samt hvilken koncernenhed, der har den finansielle kapacitet til at påtage sig de pågældende risici.
4. Bestemme, hvorvidt funktions- og risikoanalysen er i overensstemmelse med den kontraktuelle risikoallokering.
5. Såfremt koncernenheden, der påtager sig væsentlig økonomisk risiko, ikke har kontrol over denne risiko eller ikke har den finansielle kapacitet til at bære risikoen, skal guidelines for risikoallokering anvendes.
6. Skatteyder skal tage hensyn til risikoallokeringen ved prisfastsættelsen.

²⁴⁰ Se afhandlingens kapitel 3.

²⁴¹ OECD TPG, 2016, pkt. 1.60.

Hvorvidt en økonomisk risiko er væsentlig bygger på, hvorvidt risikoen er forbundet med et væsentligt profitpotentiale og derfor kan begrunde en væsentlig ændring i indkomstallokeringen. Ligeledes vil væsentligheden afhænge af sandsynligheden for at risikoen realiseres og hvilken gevinst/tab risikoen i så fald vil udløse²⁴². I funktions- og risikoanalysen er risikoallokeringen vigtig for fastsættelsen af en armslængdepris, da risikoen afspejler det forventede afkast. Derfor kan en uvæsentlig økonomisk risiko ikke begrunde væsentlige ændringer i indkomstallokeringen, hvorfor analysen af hvem der påtager, kontrollerer og har kapaciteten til at bære risikoen er essentiel at foretage. Kontrollen over risikoen forudsætter, at de ansatte i koncernenheden både har og udøver beslutningskompetence vedrørende risikofyldte forretningsmuligheder og håndteringen af disse risici²⁴³. Kapacitet til at bære risikoen forudsætter, at koncernenheden har adgang til de likvider, der er nødvendige for at påtage sig risikoen, herunder at kunne betale for begrænsning af risikoen og påtage sig konsekvenserne ved at risikoen realiseres²⁴⁴. Funktions- og risiko analysen spiller således en væsentlig rolle i sammenlignelighedsanalysen, ligesom også kontraktvilkårene er særdeles relevante. Dog vil identifikationen af kommercielle og finansielle forbindelser før og efter omstruktureringen bygge på en samlet vurdering af de fem sammenlignelighedsfaktorer.

Forretningsmæssig begrundelse for omstruktureringen

Som beskrevet i afhandlingens økonomiske analyse er der mange årsager til at koncerner omstrukturerer. Oftest vil omstruktureringen forekomme på baggrund af et ønske om at vækste eller skabe mere værdi for koncernens aktionærer, men kan også skyldes at koncernen vil forblive konkurrencedygtig og forsvare sin nuværende markedsposition. Gennem en omstrukturering er det blandt andet muligt for koncernen at skabe synergieffekter, som reducerer omkostningerne eller skaber effektiviseringer. Dette betyder i en transfer pricing-sammenhæng, at koncerner kan drage nytte af sådanne fordele, som ikke ville opstå mellem uafhængige parter, men netop er til stede som følge af koncernforbindelsen. Uanset, at der ikke i sådanne tilfælde foreligger en sammenlignelig transaktion, skal det stadig sikres, at de koncernenheder, der bidrager til synergieffekterne, aflønnes i overensstemmelse med armslængdeprincippet efter omstruktureringen²⁴⁵. I den forbindelse anbefaler OECD, at de forventede

²⁴² OECD TPG, 2017, pkt. 9.22.

²⁴³ OECD TPG, 2016, pkt. 1.65 og Wittendorff, 2016 (B), side 36.

²⁴⁴ OECD TPG, 2016, pkt. 1.64 og Wittendorff, 2016 (B), side 36.

²⁴⁵ OECD TPG, 2017, pkt. 9.24.

synergieffekter samt forudsætningerne for at disse realiseres dokumenteres, således at der kan ske en korrekt fordeling af fordelene, som synergieffekterne forventes at skabe. OECD TPG foreskriver således, at de fordele som synergieffekterne skaber, skal fordeles mellem de koncernenheder, der bidrager til at synergieffekterne opstår²⁴⁶. Det bør dog holdes for øje, at blot fordi en omstrukturering er begrundet i forventede synergieffekter, er der ingen garanti for at disse synergieffekter øger indkomsten i koncernen. Hvis strategien, der ligger til grund for omstruktureringen, er at opretholde den nuværende konkurrencemæssige position, skaber synergieffekterne ikke yderligere indkomst, men er med til at opretholde nuværende indkomstniveau. Endvidere risikerer koncernen, at forventede synergieffekter ikke realiseres. I sådanne situationer må det ligeledes vurderes, hvorledes uafhængige parter ville kræve kompensation. Som udgangspunkt må det i sådanne situationer forventes, at uafhængige parter ikke ville betale en kompensation, så længe de modtagne aktiver ikke generer en øget mulighed for indtjening²⁴⁷. Årsagerne, der ligger til grund for en omstrukturering, kan således bidrage til at forstå transaktionen, og hvorfor der er foretaget pågældende indkomstallokering, herunder hvilken part der efter armslængdeprincippet bør bære konsekvenserne ved de ikke-realiserede synergieffekter.

Andre realistiske alternativer

For at forstå en given omstrukturering er det ligeledes relevant at identificere andre realistiske alternativer til omstruktureringen. Dette skyldes, at uafhængige parter vil sammenligne en potentiel omstrukturering med andre realistiske alternativer, og vil herefter udelukkende foretage omstruktureringen, såfremt der ikke findes et klart bedre alternativ til den kontrollerede transaktion. Disse alternativer kan således være relevante at inddrage for at forstå de involverede parters position, og hvorfor der foretages en omstrukturering. De involverede parteres position giver en indikation om deres forhandlingsstyrke, hvilket kan påvirke armslængderesultatet. Det bør dog påpeges, at der ikke er krav om, at skatteyder skal dokumentere samtlige hypotetiske og realistiske alternativer. Formålet er blot at give en indikation for, hvorvidt der er foretaget en omstrukturering, som uafhængige parter ikke ville have foretaget, fordi andre realistiske alternativer til omstruktureringen var til stede²⁴⁸. Der kan

²⁴⁶ OECD TPG, 2017, pkt. 9.25 og OECD TPG, 2016, pkt. 1.162.

²⁴⁷ Rasmussen og Andresen, 2009, side 3.

²⁴⁸ OECD TPG, 2016, pkt. 9.27-9.31.

dog være visse usikkerheder forbundet med at inddrage andre realistiske alternativer i armslængde-testen²⁴⁹, idet OECD TPG kapitel IX hverken angiver omfanget af testen, eller hvornår et alternativ må anses for at være klart bedre. Det fastsættes blot, at skatteyder ikke skal dokumentere samtlige realistiske alternativer. Ligeledes er det uklart, hvorvidt skattemyndigheder er underlagt samme begrænsninger i omfanget af testen af andre realistiske alternativer. Det må dog formodes, at dette også gælder for skattemyndigheder, idet TPG netop har til formål at hjælpe skatteyder såvel som skattemyndighed ved anvendelsen af armslængdeprincippet²⁵⁰.

Identifikationen af transaktionen, motivet bag omstruktureringen samt realistiske alternativer skal således alle tilsammen danne grundlaget for, hvilken aflønning – hvis nogen – der skal foretages, og dermed hvorvidt omstruktureringen udløser beskatning.

Anerkendelse af den faktiske transaktion

Multinationale koncerner er frie til at organisere sine forretningsdispositioner, herunder udførelse af omstruktureringer, som den pågældende koncern ønsker. Skattemyndigheder har ikke ret til at diktere, hvordan en koncern skal designe sin struktur eller hvor koncernenheder skal allokeres. Derudover kan beskatning være en legal faktor, som koncerner kan inddrage i beslutningsprocessen. En kontrolleret transaktion skal således anerkendes, som den faktisk er udformet²⁵¹. Derfor bør et manglende sammenligningsgrundlag ikke ensidigt være et udtryk for at omstruktureringen ikke er foretaget på armslængdevilkår. Ligeledes bør det holdes for øje, at omstruktureringer foretaget af skattemæssige årsager ikke i sig selv er i strid med armslængdeprincippet²⁵². Skattemyndighederne har dog ret til at fastsætte de skattemæssige konsekvenser af koncernernes valg af struktur og omstruktureringsmodel. Dette betyder, at skattemyndighederne har kompetence til at foretage korrektion af koncernenhedernes profit i henhold til OECD's modeloverenskomst artikel 9, når intern hjemmel forefindes²⁵³. Koncerninterne omstruktureringer omfatter ofte samarbejdsaftaler, som er usædvanlige for uafhængige parter, idet enhederne netop kan drage fordel af at være i en koncern. Koncerner kan

²⁴⁹ Comments, 2016, side 18.

²⁵⁰ OECD TPG, 2016, forord, pkt. 15. Se endvidere afhandlingens kapitel 6, Andre realistiske alternativer.

²⁵¹ Wittendorff, 2016 (A), side 144.

²⁵² OECD TPG, 2017, pkt. 9.38.

²⁵³ OECD TPG, 2017, pkt. 9.34.

udnytte dets særlige struktur ved at centralisere funktioner, aktiver og risici eller optimere sin forsyningskæde²⁵⁴, og dermed specialiseres i en grad, som uafhængige parter ikke har mulighed for²⁵⁵. Disse forretningsmodeller kan således ikke per definition anses for ikke at være i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Der bør for sådanne transaktioner foretages samme analyse, som ved andre koncerninterne transaktioner²⁵⁶.

Denne retsstilling synes også anvendt i dansk ret, hvor Højesteret i SKM2005.5.HR anerkendte en kontrolleret transaktion. I sagen havde et selskab stillet et sommerhus til rådighed for dets hovedaktionær på helårsbasis. Helårsudlejning af sommerhuse på privat basis fandtes at være usædvanlig og vanskeliggjorde prisfastsættelse i henhold til armslængdeprincippet, idet der umiddelbart ikke fandtes sammenlignelige transaktioner. På trods af manglende sammenligneligt grundlag anerkendte Højesteret alligevel den kontrollerede transaktion efter ligningslovens § 2, og sagen anses i dansk skatteret for at være et præjudikat for anerkendelsen af den kontrollerede transaktion²⁵⁷. Det fremgår således af dommen, at usædvanlige transaktioner ikke i sig selv er i strid med armslængdeprincippet, men skal vurderes ud fra de faktiske omstændigheder.

Samme synspunkt antages af de svenske domstole, der i RÅ 1979 1:98 (Findus-sagen) anerkendte en usædvanlig transaktion som værende i overensstemmelse med armslængdeprincippet. I Findus-sagen overdrog et svensk produktionsselskab vederlagsfrit immaterielle rettigheder til et koncernselskab i Schweiz. Efterfølgende indgik selskaberne aftale om royaltybetalinger for det svenske selskabs fortsatte brug af rettighederne. De svenske skattemyndigheder nægtede at anerkende transaktionen, idet de fandt transaktionen usædvanlig, og at den aldrig ville have fundet sted mellem uafhængige parter. Højesteret kunne dog ikke tilslutte sig skattemyndighedernes forsøg på at tilsidesætte hele ordningen, og kom således frem til, at transaktionen – på trods af sin usædvanlige karakter – skulle anerkendes i sin helhed.

²⁵⁴ OECD TPG, 2017, pkt. 9.35.

²⁵⁵ Wittendorff, 2016 (A), side 144.

²⁵⁶ OECD TPG, 2017, pkt. 9.35.

²⁵⁷ Wittendorff, 2016 (A), side 144-145.

Det synes således, at princippet om anerkendelse af den faktiske transaktion også har vundet indpas i skandinavisk ret. Skattemyndighederne har dog i visse tilfælde adgang til at tilsidesætte en koncernintern omstrukturering. Det kræver at transaktionen samlet set vil adskille sig fra en lignende transaktion mellem uafhængige parter, der handler forretningsmæssigt rationelt, og at den koncerninterne transaktion er sådan konstrueret, at det ikke er muligt at fastsætte en intern afregningspris, som vil være i overensstemmelse med armslængdeprincippet²⁵⁸. Kriterierne for at tilsidesætte transaktionen forekommer umiddelbart uskarpe og kan give en forholdsvis let adgang til tilsidesættelse, netop fordi undtagelsesbestemmelsen er bredt formuleret. Det vurderes ikke at være hensigten med undtagelsesbestemmelsen, at give let adgang til tilsidesættelse, idet koncerner som udgangspunktet er frie til at organisere sig, og der i TPG lægges stor vægt på at anerkende koncerninterne transaktioner, uagtet at disse er komplekse og usædvanlige af karakterer. Undtagelsesbestemmelsen kunne med fordel omformuleres til kun at omfatte reel omgåelse af armslængdepriser og -vilkår.

Reallokering af profitpotentiale som følge af omstruktureringen

I medfør af OECD TPG kapitel IX skal profitpotentiale forstås som forventet fremtidig profit, men kan også omfatte tab²⁵⁹. Profitpotentiale er relevant at inddrage i armslængdetesten, idet profitpotentiale ikke per se giver adgang til kompensation ved reduktion i fremtidig forventet fortjeneste. Ved anvendelse af armslængdeprincippet på koncerninterne omstruktureringer er spørgsmålet, om der er overdraget noget af værdi eller om forretningsaftaler er ophørt eller genforhandlet, og om dette er kompenseret i henhold til markedspriser og -vilkår. Anvendelsen af armslængdeprincippet på en omstrukturering kræver derfor ikke nødvendigvis kompensation for et fald i forventningen til en koncernenheds fremtidige profit, men vil afhænge af koncernenhedens andre realistiske alternativer²⁶⁰. For eksempel vil en uafhængig part ikke nødvendigvis være berettiget til kompensation for at indgå i en omstrukturering, der medfører reduktion af profitpotentiale, hvis alternativet til omstruktureringen er likvidation.

Der kan således ikke kræves kompensation blot, fordi en koncernenhed har en reduktion i det fremtidige profitpotentiale, hvorfor kompensationen i højere grad afhænger af, hvorvidt der er overdraget

²⁵⁸ OECD TPG, 2016, pkt. 1.122.

²⁵⁹ OECD TPG, 2017, pkt. 9.40.

²⁶⁰ OECD TPG, 2017, pkt. 9.39.

et aktiv eller nogle rettigheder²⁶¹. Det er derfor vigtigt for anvendelsen af armslængdeprincippet på omstruktureringer, at koncernhedernes profitpotentiale ikke blot baseres på ændringer i forventet profitpotentiale før og efter omstruktureringen, men i højere grad tager hensyn til koncernhedens andre realistiske alternativer samt spørgsmålet om, hvorvidt der er overdraget et aktiv eller en rettighed, der påvirker koncernhedens fremtidige fortjeneste og derfor skal værdiansættes²⁶². Har koncernheden ingen væsentlige aktiver på tidspunktet for omstruktureringen, vil koncernheden ej heller have krav på kompensation for tabt profitpotentiale og vice versa²⁶³. Profitpotentiallet vil indgå i den samlede vurdering for kompensation efter armslængdeprincippet²⁶⁴.

Ved koncerninterne omstruktureringer sker der typisk en omfordeling af risici mellem de involverede koncernheder. Den koncernhed, som bærer en given risiko, skal normalt afholde omkostningerne forbundet med at afdække og håndtere risikoen. Ved en omfordeling af risici skal den koncernhed, der påtager sig yderligere risici, tilskrives gevinst og tab ved en realisering af risikoen og kompenseres herfor gennem et højere profitpotentiale²⁶⁵. Vurderingen af den risiko, som omfordeles ved en koncernintern omstrukturering, skal foretages efter det tidligere omtalte framework for analyse af risiko, hvorefter væsentlige økonomiske risici identificeres og det vurderes, hvem af parterne der har kontrollen over risikoen og hvem af parterne der har den finansielle kapacitet til at bære risikoen²⁶⁶.

Overdragelse af ”noget af værdi”

Som tidligere beskrevet kan en koncernintern omstrukturering vedrøre overdragelse af ”noget af værdi” og genforhandling eller ophør af forretningsaftaler. Overdragelsen af ”noget af værdi” kan være materielle eller immaterielle aktiver²⁶⁷.

²⁶¹ Noes, 2008, side 392.

²⁶² Noes, 2008, side 392.

²⁶³ OECD TPG, 2017, pkt. 9.41.

²⁶⁴ OECD TPG, 2017, pkt. 9.42.

²⁶⁵ Wittendorff, 2016 (A), side 211.

²⁶⁶ OECD TPG, 2017, pkt. 9.43.

²⁶⁷ OECD TPG, 2017, pkt. 9.10.

Overdragelse af materielle aktiver

Koncerninterne omstruktureringer omfatter typisk overdragelse af materielle aktiver såsom udstyr og varebeholdninger mellem to koncernenheder på tværs af landegrænser. Det kan dog være vanskeligt at værdiansætte varebeholdninger, når modtageren samtidig overtager risikoen for varebeholdningen²⁶⁸. En beholdning kan bestå af både råvarer og færdigvarer. Hvis en full-fledged producent omdannes til en lønproducent, vil beholdningen skulle værdiansættes i henhold til armslængdeprincippet, idet modtager overtager ejerskabet og risikoen herfor²⁶⁹. Dette kan volde visse vanskeligheder, eftersom full-fledged producenten inden omdannelsen tilførte varerne en værdi baseret på blandt andet produktions-, marketing- og distributionsfunktioner. Her vil valget af prisfastsættelsesmetode afhænge af sammenlignelighedsanalysen, herunder særligt funktions- og risikoanalysen²⁷⁰, samt hvilken part der er den mindst komplekse²⁷¹. Ifølge TPG kan prisfastsættelsen som udgangspunkt ske efter CUP-metoden, Resale Price metoden eller Cost Plus metoden²⁷².

Anlægsaktiver kan i en omstruktureringssituation normalt overdrages til bogførte værdier, mens omsætningsaktiver skal inkludere en profit ved overdragelse²⁷³. Det er dog uklart om dette kan antages at være gældende ret. I Rexam-sagen²⁷⁴ havde et svensk selskab i forbindelse med en omdannelse fra full-fledged til lønproducent overdraget sit varelager til den engelske principal. Varelageret bestod af henholdsvis egenproducerede varer og varer indkøbt fra en koncernforbunden producent. De egenproducerede varer blev solgt til principalen til kostpris tillagt en 6 procents avance, mens de indkøbte varer blev solgt til bogførte værdi. De indkøbte varer blev overdraget til bogførte værdi, fordi det svenske selskab ikke havde tilført varerne nogen værdi og principalen kunne blot købe varerne til bogførte værdi direkte hos den anden koncernenhed. Som udgangspunkt købte det svenske selskab først varer fra den koncernforbundne producent, når der var indgået salgsaftaler med kunderne. På tidspunktet for omstruktureringen havde det svenske selskab allerede indgået salgsaftaler med kunder, som principalen herefter kunne drage nytte af ved at opnå en hurtig og sikker gevinst som følge af erhvervelsen af rettighederne til varelageret. Idet varerne, der stadig blev opbevaret hos det svenske

²⁶⁸ OECD TPG, 2017, pkt. 9.49.

²⁶⁹ OECD TPG, 2017, pkt. 9.50 og 9.51.

²⁷⁰ OECD TPG, 2017, pkt. 9.52.

²⁷¹ OECD TPG, 2017, pkt. 9.53.

²⁷² OECD TPG, 2017, pkt. 9.52.

²⁷³ Wittendorff, 2016 (A), side 432.

²⁷⁴ Kammarrätten i Göteborgs dom af 18. december 2012, sags nr. 7954-11.

selskab, straks blev tilbagesolgt til det svenske selskab til en pris svarende til videresalgsprisen fratrasket 2,5 procents avance, forhøjede skattemyndighederne det svenske selskabs indkomst med et beløb svarende til forskellen mellem videresalgsprisen og den bogførte værdi. Retten stadfæstede indkomstforhøjelsen og lagde vægt på, at der var tale om en ren papirgevinst, fordi principalen blev tilført værdi i form af allerede indgåede salgsaftaler, der rettelig tilfaldt det svenske selskab i og med at varelageret ikke fysisk var overdraget til principalen.

Modsætningsvis godkendte Landsskatteretten i TfS 2000,686 LSR, at et varelager blev overdraget til bogførte værdi på trods af, at varelageret havde en høj omsætningshastighed, og at der allerede på overdragelsestidspunktet forelå forudbestillinger fra kunderne. Sagen vedrørte en koncernintern overdragelse af et færdigvarelager som en del af en samlet virksomhedsoverdragelse. Ifølge skattemyndighederne var færdigvarelageret værdiansat lavere end hvad uafhængige parter ville have aftalt. Derfor foretog skattemyndighederne en indkomstforhøjelse begrundet i lagerets høje omsætningshastighed og allerede foreliggende ordrer på overdragelsestidspunktet. Landsskatteretten gav dog ikke skattemyndighederne medhold i indkomstforhøjelsen, idet værdiansættelsen af færdigvarelageret ikke skulle foretages separat, men indgå i en samlet pris for virksomhedsoverdragelsen. Derfor anså landsskatteretten det betænkeligt at tilsidesætte partnernes samlede aftale.

Det kan på baggrund af ovennævnte to domme konkluderes, at værdiansættelse af omsætningsaktiver, såsom varelager, afhænger af den konkrete transaktion, hvilket underbygger vigtigheden af korrekt identifikation af transaktionen og det efterfølgende sammenlignelighedsgrundlag. Herefter skal et omsætningsaktiv isoleret set inkludere en profit for at være på armslængde, men kan også indgå i en samlet overdragelse til en samlet pris. Dette er i tråd med TPG, hvorefter fastsættelsen af armslængdeprisen for en samlet transaktion ikke nødvendigvis afspejler summen af separate værdiansættelser af de enkelte elementer i den samlede transaktioner²⁷⁵.

Overdragelse af immaterielle aktiver

Ved koncerninterne omstruktureringer opstår der ofte vanskeligheder, når koncernenheder overdrager immaterielle aktiver, idet de kan være svære at identificere og værdiansætte. Efter omstændighederne

²⁷⁵ OECD TPG, 2017, pkt. 9.69.

kan det desuden være vanskeligt at konstatere, om der egentlig er sket en overdragelse, idet immaterielle aktiver er kendetegnet ved, at en parts brug af aktivet ikke udelukker en anden parts brug af samme aktiv²⁷⁶. I TPG forstås ved immaterielle aktiver, et aktiv som hverken er fysisk eller finansielt, som kan ejes og kontrolleres i kommercielle aktiviteter og som kan overdrages til en uafhængig tredjepart²⁷⁷. Det vil sige, at indehaveren af det immaterielle aktiv skal kunne udelukke andre fra at udnytte aktivet ved enten at beskytte aktivet eller udøve en praktisk kontrol. Det er ikke nødvendigt at kunne gøre det immaterielle aktiv til genstand for en separat overdragelse, da aktivet kan knytte sig til materielle aktiver og således overdrages samlet²⁷⁸. Immaterielle aktiver kan vedrøre retten til at anvende aktiver, såsom patenter, varemærker, designs, ophavsrettigheder, software, knowhow, licenser, kontraktrettigheder og forretningshemmeligheder²⁷⁹.

Fastsættelsen af armslængdeprisen for overdragelsen af et immaterielt aktiv skal ske i overensstemmelse med TPG kapitel VI om immaterielle aktiver, det sige værdiansættelse efter DEMPE-funktionerne. I overensstemmelse hermed vil værdiansættelsen således ikke alene bero på det juridiske ejerskab, men i højere grad af hvem af parterne der udfører og kontrollerer udviklingen, forbedringen, vedligeholdelsen, beskyttelsen og udnyttelsen af rettigheden til det immaterielle aktiv²⁸⁰. Det er derfor vigtigt i et transfer pricing øjemed, at pris og vilkår for overdragelsen af det immaterielle aktiv vurderes selvstændigt og anskues fra henholdsvis den overførende og den modtagende enhed²⁸¹. Værdiansættelse i medfør af DEMPE-funktioner er således i tråd med BEPS-rapporterne og princippet om ”substance over form”, hvorefter fortjenesten af et immaterielt aktiv skal allokeres derhen, hvor den faktiske værdiskabelse finder sted. Denne meget konsekvente tilgang til ”substance over form”, hvor det juridiske ejerskab som væsentlig værdifaktor underkendes, har dog været genstand for kritik²⁸². Det fremgår således af flere høringssvar til det reviderede OECD TPG kapitel IX, at denne tilgang ikke er i tråd med markedsforholdene. Det skyldes, at der er tilfælde med transaktioner af immaterielle aktiver mellem uafhængige parter, hvor modtageren tildeles en meget stor andel af aktivets udbytte uden selv at foretage en proportional del af DEMPE-funktionerne. Det ses særligt, hvor kapitalfonde investerer i start-up selskaber. Start-up selskabet udvikler nye værdifulde immaterielle aktiver, som

²⁷⁶ Wittendorff, 2016 (A), side 374.

²⁷⁷ OECD TPG, 2016, pkt. 6.6.

²⁷⁸ Wittendorff, 2016 (A), 334-335.

²⁷⁹ OECD TPG, 2017, pkt. 9.55 og OECD TPG, 2016, pkt. 6.19-6.29.

²⁸⁰ OECD TPG, 2017, pkt. 9.57 og OECD TPG, 2016, pkt. 6.50.

²⁸¹ OECD TPG, 2017, pkt. 9.59.

²⁸² Comments, 2016, side 20, 48 og 79.

kapitalfonden og de bagvedliggende investorer høster det største udbytte af, fordi kapitalfonden ejer det immaterielle aktiv, men ikke engagerer sig derudover²⁸³. Eftersom armslængdeprincippet i bund og grund skal sikre, at koncernforbundne parter handler på samme vilkår som uafhængige parter, synes underkendelsen af det juridiske ejerskab som en værdifaktor, at være i strid med armslængdeprincippet.

Koncerninterne omstruktureringer kan blandt andet omfatte overførslen af det juridiske ejerskab af et immaterielt aktiv, der tidligere var ejet af en eller flere lokale koncernenheder, men efter omstruktureringen er overført til en central koncernenhed. Det ses ofte i disse tilfælde, at den omstrukturerede koncernenhed fortsætter med at udnytte det immaterielle aktiv på trods af, at der ikke er indgået en aftale om betaling for rettigheden hertil²⁸⁴. Det er her vigtigt at bemærke, at det juridiske ejerskab ikke i sig selv medfører ret til kompensation, men i høj grad vurderes ud fra en analyse af DEMPE-funktionerne, hvorfor skift i det juridiske ejerskab ikke nødvendigvis har en indflydelse på armslængdeprisen for overdragelse af immaterielle aktiver.

Overdragelse af aktivitet (ongoing concern)

Koncerninterne omstruktureringer kan blandt andet forekomme ved at hele koncernenheder overdrages fra én koncernenhed til en anden, såsom hensynet til omkostningsbesparelser. Sådanne overdragelser af igangværende aktivitet indebærer en overdragelse af både materielle og immaterielle aktiver, men også overdragelse af funktioner og risici forbundet med det overførte aktiv. Værdiansættelse af sådanne omstruktureringer kan variere alt efter, om der er tale om en regnskabsmæssig-, forretningsmæssig eller skattemæssig værdiansættelse, hvilket komplicerer anvendelsen af armslængdeprincippet. Disse værdiansættelsesmetoder kan dog ikke per se anses for at være i overensstemmelse med armslængdeprincippet²⁸⁵, men kan danne grundlag for en transfer pricing analyse af overdragelsen og bidrage til argumentationen for, at en given værdiansættelse er i overensstemmelse med armslængdeprincippet²⁸⁶. Som udgangspunkt skal værdiansættelsen derfor foretages på baggrund af en sammenlignelighedsanalyse²⁸⁷.

²⁸³ Comments, 2016, side 79.

²⁸⁴ OECD TPG, 2017, pkt. 9.57.

²⁸⁵ OECD TPG, 2016, pkt. 6.29.

²⁸⁶ OECD TPG, 2016, pkt. 6.29.

²⁸⁷ OECD TPG, 2017, pkt. 9.69.

Ifølge OECD skal værdiansættelsen afspejle alle værdifulde elementer, der indgår i overdragelsen, som uafhængige parter ville have betalt for²⁸⁸. Dog anerkendes det, at det ikke altid er muligt at opdele koncernenheden i enkelte dele for at prisfastsætte hvert enkelt element af den samlede transaktion, idet aktiviteterne som flyttes ofte hænger sammen²⁸⁹. Dette blev blandt andet fastslået i TfS 2000,686 LSR som tidligere anført. Ligeledes kompliceres værdiansættelsen, hvor der flyttes medarbejdere, idet det ikke blot er de udførte funktioner, der overdrages, men også immaterielle aktiver i form af know-how og forretningshemmeligheder. Ved værdiansættelsen bør der tages højde for de fordele, som den modtagende part opnår ved at overtage et igangværende foretagende, såsom omkostnings- og tidsbesparelser²⁹⁰.

Omstruktureringer som følge af tabsgivende aktiviteter

Koncerninterne omstruktureringer kan forekomme, fordi en koncernenhed er tabsgivende. I en sådan transaktion er der ikke nødvendigvis tale om, at den tabsgivende enhed mister profitpotentiale som følge af omstruktureringen, men snarere at enheden sikres mod yderligere tab. Omstrukturering kan således været et bedre alternativ end at fortsætte med tabsgivende aktivitet²⁹¹. Hvorvidt der skal kompenseres for overdragelsen af den tabsgivende aktivitet afhænger af, om en uafhængig part i en lignende situation ville være villig til at betale for at afstå den tabsgivende aktivitet frem for at afholde omkostninger til nedlukning af aktiviteten. Endelig skal det vurderes, hvorvidt en tredjemand er villig til at påtage sig en tabsgivende aktivitet²⁹², hvilket formentlig kun vil være tilfældet, hvis tredjemand kan drage nytte af aktiviteten ved for eksempel at skabe synergieffekter i sit selskab. Såfremt den tabsgivende aktivitet skaber synergieffekter hos koncernenheden eller er til nytte for koncernen som en helhed, da vil koncernenheden formentlig ikke betale for at afstå den tabsgivende aktivitet. Derimod bliver spørgsmålet, hvorvidt de andre koncernenheder skal kompensere for udnyttelsen af den tabsgivende aktivitet²⁹³.

²⁸⁸ OECD TPG, 2017, pkt. 9.68.

²⁸⁹ OECD TPG, 2017, pkt. 9.69.

²⁹⁰ OECD TPG, 2017, pkt. 9.68.

²⁹¹ OECD TPG, 2017, pkt. 9.71.

²⁹² OECD TPG, 2017, pkt. 9.72.

²⁹³ OECD TPG, 2017, pkt. 9.73.

Kompensation ved ændringer i eksisterende arrangementer

En omstrukturering vil som udgangspunkt resultere i, at koncerninterne kontrakter bringes til ophør eller genforhandles. Dette skyldes, at omstruktureringen netop har til formål at ændre på den eksisterende koncernstruktur, og dermed indkomstallokeringen, ved at foretage ændringer i de involverede parter kommercielle og finansielle forbindelser. Ligeledes er omstruktureringer ofte forbundet med store omkostninger i forbindelse med nedlukning eller flytning af en produktionsenhed ligesom også omkostninger i forbindelse med fratrædelsesgodtgørelse til medarbejderstaben og implementering af nye IT-systemer kan være omkostningstunge²⁹⁴. Det skal i den forbindelse vurderes, hvorvidt uafhængige parter ville kompensere den omstrukturerede enhed for sådanne afledte økonomiske konsekvenser og i givet fald, hvem der bør bære kompensationsomkostningerne. OECD anbefaler, at der ved fastsættelsen heraf, inddrages følgende betragtninger²⁹⁵:

1. Hvorvidt retten til kompensation er hjemlet i national lovgivning eller retspraksis.
2. Hvorvidt en erstatningsklausul i kontrakten eller mangel herpå opfylder armslængdeprincippet.
3. Hvilken part der ultimativt bør bære omkostningerne til kompensation til den omstrukturerede enhed.

I denne sammenhæng skal en kompensation forstås som enhver form for erstatning, der betales til den omstrukturerede koncernenhed, som følge af de negative økonomiske konsekvenser omstruktureringen medfører²⁹⁶. En kompensation kan således være en engangsbetaling, men også en aftale om at parterne deler omstruktureringssomkostningerne eller aftaler en lavere/højere købs-/salgspris for de efterfølgende kontrollerede transaktioner.

Kompensation i medfør af national ret

Til brug for armslængdetesten vedrørende vilkår for opsigelse eller genforhandling af eksisterende kontrakter bør det først undersøges, hvorvidt nationale regler eller retspraksis hjemler ret til erstatning. National ret kan give en indikation på, hvad uafhængige parter ville have aftalt²⁹⁷. Er der i national ret regler, der hjemler ret til erstatning, må det forventes at en uafhængig part vil bringe sagen

²⁹⁴ Den juridiske vejledning, 2017, C.D.11.7.2.2.5.

²⁹⁵ OECD TPG, 2017, pkt. 9.79.

²⁹⁶ OECD TPG, 2017, pkt. 9.75.

²⁹⁷ OECD TPG, 2017, 9.80.

for domstolene, såfremt der ikke betales compensation for ophøret eller genforhandlingen af kontrakten. I dansk ret kan en handelsagent have ret til erstatning, såfremt et opsigelsesvarsel ikke er iagttaget eller såfremt handelsagenten har skaffet agenturgiveren nye kunder eller udvidet handelen med den bestående kundekreds betydeligt, og at dette fortsat vil give agenturgiveren betydelige fordele, uagtet at kontrakten ophører, jf. handelsagentlovens §§ 22 og 25. Incitamentet til at bringe en sag for domstolene er meget lille (ligefrem ikkeeksisterende), når der tale om en aftale mellem to koncernenheder, da en sådan retssag er byrdefuld for parterne, og dermed belaster koncernen som helhed. Derfor kan det forekomme, at koncerninterne parter aftaler andre vilkår i kontrakten end, hvad uafhængige parter ville have aftalt.

Klausuler eller manglen herpå som udtryk for opfyldelse af armslængdeprincippet

Først og fremmest bør det fastslås, hvorvidt kontrakten indgået mellem koncernforbundne parter indeholder en erstatningsklausul og i så fald, om klausulen er overholdt²⁹⁸. Såfremt en kontrakt berettiger den ene kontraktpart til erstatning, må det anses for at være i strid med armslængdeprincippet, hvis denne erstatning derefter ikke udbetales. En sådan erstatningsklausul kan for eksempel komme på tale, hvis kontrakten bringes til ophør uden at opsigelsesvarslet i kontrakten er iagttaget. Det kan dog også forekomme, at parterne ikke har medtaget en sådan klausul i kontrakten. Dette betyder dog ikke, at blot fordi der ikke findes en sådan klausul, så skal der ikke udbetales erstatning. Erstatningsudbetalingen afhænger af, hvorvidt uafhængige parter i en lignende situation ville have medtaget en sådan klausul eller ej. Foreligger der lignende kontraktklausuler i sammenlignelige transaktioner mellem uafhængige parter, må kontraktvilkårene vedrørende compensation derfor også anses for at være i overensstemmelse med armslængdeprincippet²⁹⁹.

Findes der derimod ingen sammenlignelige transaktioner, må armslængdetesten foretages på baggrund af transaktionens konkrete omstændigheder, herunder parternes rettigheder ifølge kontrakten samt de aktiver de hver især bidrager med på tidspunktet for indgåelsen og ændringen af aftalen³⁰⁰. Foreligger der ingen kontrakt, eller afviger parternes handlinger fra kontrakten, falder armslængdetesten tilbage på princippet om "substance over form", hvorefter det er parternes faktiske handlinger,

²⁹⁸ OECD TPG, 2017, pkt. 9.81.

²⁹⁹ OECD TPG, 2017, pkt. 9.83.

³⁰⁰ OECD TPG, 2017, pkt. 9.84.

der bliver genstand for armlængdetesten³⁰¹. Ligeledes bør analysen også indeholde en vurdering af parternes realistiske alternativer³⁰². I nogle situationer kan det forekomme, at parterne ikke havde andre realistiske alternativer end at acceptere, at kontrakten bringes til ophør eller genforhandling. Dette kunne for eksempel skyldes, at en koncernenhed er tabsgivende, hvorved det kan være bedre for principalen at opsig kontrakten og betale kompensation end at fortsætte i nuværende position. Derved kan ulemperne ved at skulle betale kompensation udlignes eller overgå af fordelene ved at omstrukturere og anskaffe en bedre/billigere producent eller distributør.

Endvidere bør der tages højde for aftalen i sin helhed, det vil sige samtlige vilkår i kontrakten før, under og efter kontraktindgåelsen. Dette skyldes, at aflønning af koncerninterne transaktioner mellem parterne og de finansielle vilkår ved opsigelse eller genforhandling kan være sammenhængende³⁰³. Det kan således være tilfældet, at aflønningen i forbindelse med en transaktion afspejler risikoen for opsigelse eller genforhandling, hvorfor det i sådanne tilfælde må formodes, at kompensationen bør være reduceret eller ikkeeksisterende. Særligt i transaktioner, hvor den ene koncernenhed foretager store investeringer, men hvor afkastet herfra først realiseres efter længere tid, bør der tages højde for samspillet mellem aflønning og kompensation. Investeringen skaber en finansiell risiko for den investerende koncernenhed, såfremt aftalen opsiges eller skal genforhandles inden afkastet fra investeringen er realiseret. Ifølge OECD vil uafhængige parter inddrage disse omstændigheder ved kontraktforhandlinger³⁰⁴, hvilket alt andet lige vil afspejle sig i varepriserne eller kompensationen for ophøret eller genforhandlingen af kontrakten. Dermed bliver spørgsmålet, hvorvidt risikoallokeringen bør anerkendes³⁰⁵. Til brug herfor må der foretages en funktions- og risikoanalyse i medfør af OECD TPG kapitel I, afsnit D.1.2.1, idet det er særligt relevant at fastslå, hvem der har kontrollen over investeringsrisikoen. Hvor en producent påtager sig investeringsrisikoen, for eksempel i forbindelse med oprettelsen af en ny fabrik, bør producentens aflønning eller kompensation udelukkende tage højde for denne risiko, såfremt producent har kontrollen over investeringsrisikoen³⁰⁶. Hvis producenten derimod er afhængig af en anden koncernenhed for at kunne producere og dermed genere afkast, fordi

³⁰¹ OECD TPG, 2017, pkt. 9.82.

³⁰² OECD TPG, 2017, pkt. 9.84.

³⁰³ OECD TPG, 2017, pkt. 9.85.

³⁰⁴ OECD TPG, 2017, pkt. 9.87.

³⁰⁵ Wittendorff, 2016 (A), side 438.

³⁰⁶ OECD TPG, 2017, pkt. 9.90.

kontraktproducenten er underlagt principalens instruktionsbeføjelser, er det principalen, der har kontrollen over kontraktproducentens investeringsrisiko. Dermed bør det ikke være producenten, der bærer de økonomiske konsekvenser ved opsigelse eller genforhandling af kontrakten, idet denne ikke har haft kontrollen over risikoen. Dermed bør producenten, i tilfælde hvor risikoen realiseres, kompenseres for de økonomiske konsekvenser, såsom nedskrivninger eller omkostninger til lukning af enheden.

Dette synes også at være udgangspunktet i skandinavisk ret. I et bindende svar³⁰⁷ anerkender Skatterådet, at et selskab, der havde indgået en langsigtet leveringsaftale med to uafhængige selskaber, som selskabet efterfølgende blev koncernforbundet med, havde fradrag for den compensation selskabet betalte som følge af førtidig kontraktophævelse. Kontraktophøret var en følge af et kontraktvilkår om løbende prisjustering, hvorefter selskaberne, efter koncernforbindelse indtrådte, ikke længere handlede i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Derfor så selskabet sig nødsaget til at ophæve kontrakterne med de nu koncernforbundne selskaber og betale en compensation herfor. Skatterådet fandt, at den tætte sammenhæng mellem den lavere afregningspris og compensationen var i overensstemmelse med armslængdeprincippet, hvorfor selskabet fik fradrag for kompensationsbetalingen. Modsat fandt retten i den svenske sag *Vagabond-International*³⁰⁸, at et svensk moderselskab ikke kunne fradrage en erstatningsudbetaling til et portugisisk datterselskab, idet datterselskabet ikke havde retskrav på erstatning, ligesom det heller ikke var dokumenteret, at de løbende afregningspriser ikke havde været på armslængdevilkår. Ydermere fandt retten heller ikke, at retten til fradrag kunne begrundes i en fejlprissætning. TPG og retspraksis lægger således op til, at der skal være en nær sammenhæng mellem de løbende afregningspriser og compensationen, såfremt der skal kunne gives fradrag herfor. Ligeledes lægger retspraksis vægt på, hvorvidt der i national ret er regler, der hjemler ret til erstatning, hvorfor domstolene i høj grad gør brug af den analyse, som fremgår af TPG.

Rette omkostningsbærer

Hvem der skal bære omkostningerne til compensation afhænger af omstændighederne i det pågældende tilfælde. Her bør der tages højde for parternes rettigheder samt de aktiver, de hver især bidrager

³⁰⁷ SKM2007.415.SR

³⁰⁸ Kammarätten i Göteborgs dom af 3. juni 2008, sags nr. 819-07.

med, ligesom der bør tages højde for risikoallokeringen samt det økonomiske rationale for kontrakt-ophøret eller genforhandlingen³⁰⁹. Slutteligt bør der ligeledes tages højde for, hvilke parter der forventes af drage nytte heraf samt de realistiske alternativer³¹⁰. Der kan således være tilfælde, hvor det ikke nødvendigvis er den direkte aftalepart, der betaler compensationen, men derimod den part, der drager nytte af, at en kontrakt bringes til ophør. Dette kommer til udtryk i SKM2010.649.V, hvor et engelsk datterselskab blev erstatningsansvarlig over for tredjemand, som følge af et ødelagt kajanlæg. Grundet dårlig økonomi kunne datterselskabet ikke løfte betalingsbyrden, hvorfor det danske moderselskab betalte erstatningen. Spørgsmålet var herefter om moderselskabet var berettiget til at søge regres mod datterselskabet. Landsretten lagde i sagen vægt på, at datterselskabets fortsatte beståen var af væsentlig betydning for moderselskabet, idet formålet med oprettelsen af datterselskabet havde været at sikre sig en afsætningskanal på det engelske marked. Det var således i moderselskabets interesse, at datterselskabet fortsat kunne agere på det engelske marked. Derfor fandt landsretten, at moderselskabets erstatningsudgift var begrundet i forretningsmæssige årsager. Derfor fandtes betalingen at være i overensstemmelse med armslængdeprincippet, hvorfor moderselskabet blev berettiget til fradrag for compensationen, uagtet at datterselskabet var den direkte kontraktpart i aftaleforholdet med tredjemand.

Der er således tale om en helhedsvurdering af den konkrete sag, hvor der særligt lægges vægt på den forretningsmæssige begrundelse for at påtage sig erstatningsudgiften. Ligeledes bør det holdes for øje, at der ikke i alle situationer skal betales compensation³¹¹. Hvis der i kontraktforholdet mellem to koncernforbundne parter er aftalt, at den ene part har ret til at bringe kontrakten til ophør med kort varsel uden compensation herfor, må denne risiko i stedet indeholdes i de løbende afregningspriser.

Armslængdekompensation for kontrollerede transaktioner for postomstruktureringer

Armslængdeprincippet og TPG bør ikke anvendes anderledes for postomstrukturerede kontrollerede transaktioner end for kontrollerede transaktioner, som fra begyndelsen var struktureret på en måde, som afspejler resultatet af omstruktureringen³¹². Anvendes armslængdeprincippet anderledes på en

³⁰⁹ OECD TPG, 2017, pkt. 9.93.

³¹⁰ OECD TPG, 2017, pkt. 9.93.

³¹¹ OECD TPG, 2017, pkt. 9.78.

³¹² OECD TPG 2017, pkt. 9.98 og Wittendorff, 2016, side 445.

postomstruktureret kontrolleret transaktion end på en ikke-omstruktureret kontrolleret transaktion, vil der ske en konkurrenceforvridning mellem den omstrukturerede og den ikke omstrukturerede koncern. For eksempel kan en koncern ved anvendelse af omstrukturering implementere samme forretningsmodel, som en nystartet koncern anvender. Derfor må sammenlignelige kontrollerede transaktioner behandles på samme måde, uanset om de eksisterer på grund af en omstrukturering eller ej³¹³.

I Volvo-sagen³¹⁴ var et svensk moderselskab nægtet fradrag for betalinger til et amerikansk datterselskab for køb af varer. Datterselskabet havde forinden etablering af koncernforbindelse hensat et anseeligt beløb til dækning af nedlukningsomkostninger, garantikrav og erstatning for asbestskader. Beløbet var dog forbundet med stor usikkerhed, hvorefter hensættelserne i de følgende år efter koncernforbindelse blev forhøjet. Efter datterselskabets omdannelse fra full-fledged til kontraktproducent aftalte parterne at aflønne på Cost Plus basis. Som følge af forhøjelsen af datterselskabets hensættelser steg aflønningen, hvilket i sidste ende påvirkede det svenske moderselskab. Ifølge retten var hensættelserne af en karakter, der var forbundet med stor risiko for, at omkostninger der ikke havde nogen tilknytning til de faktisk leverede ydelser, blev pålagt moderselskabet i form af højere priser. Retten fandt, at størrelsen for denne risiko var af afgørende betydning for armslængdetesten. Ifølge retten var det bemærkelsesværdigt, at parterne havde ladet de interne afregningspriser afspejle datterselskabets hensættelser vedrørende tidligere aktiviteter, og at en uafhængig part ikke ville have indgået en sådan aftale³¹⁵. Parterne havde således i Volvo-sagen fastsat de interne priser på baggrund af de omstændigheder, der lå til grund før omstruktureringen fremfor at anvende armslængdeprincippet på de kontrollerede transaktioner efter omstruktureringen.

Der kan således være faktuelle forskelle mellem en postomstruktureret koncernenhed og en nystartet koncernenhed. Disse forskelle påvirker ikke armslængdeprincippet eller fortolkningen af TPG, men forskellene kan påvirke sammenlignelighedsanalysen og derfor resultatet af en armslængdetest³¹⁶. I Volvo-sagen anvendte parterne en Cost Plus som basis for de interne aflønninger, men parterne ind-

³¹³ OECD TPG 2017, pkt. 9.99.

³¹⁴ Kamarrätten i Göteborgs dom af 10. december 2012, sags nr. 2779-2782-11.

³¹⁵ Wittendorff, 2016, side 445-446.

³¹⁶ OECD TPG 2017, pkt. 9.100-101.

dragede omkostninger, som ikke vedrørte ydelserne efter omstruktureringen. Der var således faktuelle forskelle på det amerikanske datterselskab før og efter omdannelse fra full-fledged til kontraktproducent.

De faktuelle forskelle kan være særligt relevante at undersøge, når armslængdeprincippet anvendes på kontrollerede postomstruktureringstransaktioner, idet parterne inden omstruktureringen kan have haft et længere kontraktforhold. Dette kan have en indflydelse på parternes andre realistiske alternativer³¹⁷ og således påvirke resultatet af en armslængdetest. Dette skyldes, at risikoen for handel mellem kendte parter er lavere end mellem nye parter, og hver enkelt part har haft mulighed for at bevise, at de altid leverer høj kvalitet og service. Ligeledes kan et eksisterende kommercielt forhold mellem to parter før og efter omstruktureringen påvirke resultatet af armslængdetesten³¹⁸. Der er dog være visse begrænsninger forbundet med inddragelse af aktiviteter før omstruktureringen på armslængdetesten efter omstruktureringen. Dette fremgår af Volvo-sagen, hvor det svenske moderselskab ikke kunne få fuldt fradrag for omkostninger til aflønning af dets amerikanske datterselskab, idet de interne priser indeholdt omkostninger, som relaterede sig til aktiviteter før omstruktureringen og således var postomstruktureringen uvedkommende.

Valg af prisfastsættelsesmetode for kontrollerede transaktioner for postomstruktureringer

Valget af prisfastsættelsesmetode for kontrollerede transaktioner for postomstruktureringer må bero på en analyse af de relevante økonomiske karakteristikker af den kontrollerede transaktion. Det er her vigtigt at forstå, hvilke funktioner, aktiver og risici der er indeholdt i den postomstrukturerede transaktion, og hvilken part der udfører, anvender og påtager sig dem. Det er ikke et tilstrækkeligt grundlag for analysen, at parterne klassificeres som for eksempel kommissionær eller lønproducent, idet de kan eje eller udvikle værdifulde immaterielle aktiver. Det er derfor essentielt for valget af prisfastsættelsesmetode, at den kontrollerede transaktion for postomstruktureringer altid vurderes i overensstemmelse med armslængdeprincippet³¹⁹. For postomstruktureringen kan der være særlige udfordrin-

³¹⁷ OECD TPG, 2017, pkt. 9.102.

³¹⁸ OECD TPG, 2017, pkt. 1.103.

³¹⁹ OECD TPG, 2017, pkt. 1.108.

ger forbundet med identifikationen af potentielle sammenlignelige transaktioner, når omstruktureringen medfører en forretningsmodel, som umiddelbart ikke findes blandt uafhængige parter. Det betyder dog ikke nødvendigvis ikke, at transaktionen ikke er foretaget på armslængdevilkår³²⁰.

Forholdet mellem kompensation for omstrukturering og kompensation for postomstrukturering

Der kan i nogle tilfælde være vigtige forhold mellem kompensationen for selve omstruktureringen og kompensationen for forretningsforhold efter omstruktureringen. Det kan være tilfælde, hvor en koncernenhed overfører en del af sin egen aktivitet til en anden koncernenhed, der forpligter sig til at fortsætte aktiviteten. For eksempel kan en full-fledged enhed sælge sin produktion til en koncernenhed, der forpligter sig til at sælge produkterne tilbage. Den modtagende koncernenhed vil forvente at modtage en armslængde fortjeneste for at producere fremover, men parterne kan aftale, at modregne en del af den fremtidige fortjeneste i armslængde kompensationen for selve omstruktureringen³²¹. Det vil sige, at den afstående koncernenhed betaler forud for fremtidige varer ved at give et afslag i prisen for overdragelse af sin produktion. Aftaler, hvor kompensationen for postomstruktureringstransaktioner afhænger af forhold inden omstruktureringen, kan således i nogen tilfælde være helt i tråd med armslængdeprincippet, men kan i praksis være svære at dokumentere for skatteyderne og kontrollere for skattemyndighederne³²².

Sammenligning af transaktioner før og efter omstruktureringen

Sammenligning af transaktioner, der er foretaget før og efter en omstrukturering, kan som udgangspunkt ikke udgøre en armslængdetest, idet OECD's modeloverenskomst artikel 9 kræver, at der sammenlignes med en uafhængig part. Dog kan sammenligningen i nogle tilfælde anvendes til at vurdere, hvilke funktioner, aktiver og risici den omstrukturerede part har overdraget som følge af omstruktureringen³²³. Ligeledes kan en sådan før-og-efter sammenligning som tidligere nævnt, anvendes til at identificere den pågældende transaktion, og hvorfor de efterfølgende transaktioner er prissat, som de er.

³²⁰ OECD TPG, 2017, pkt. 1.109.

³²¹ OECD TPG, 2017, pkt. 1.114-1.115.

³²² OECD TPG, 2017, pkt. 116.

³²³ OECD TPG, 2017, pkt. 9.119.

Med BEPS in mente, hvor formålet er at beskatte indkomsten, der hvor den faktisk skabes, kan sammenligningen af kontrollerede transaktioner før og efter omstruktureringen afsløre, hvorvidt funktioner, aktiver og risici har ændret form i den omstrukturerede enhed, eller om det udelukkende er kontraktuelt, at der er forskelle. Dette er en vigtig del af analysen, idet armslængdekompensationen for de involverede parter skal være i overensstemmelse med de faktisk udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici³²⁴.

Delkonklusion

Multinationale koncerner er frie til at organisere sine forretningsdispositioner, herunder udførelse af omstruktureringer, som den pågældende koncern ønsker. En kontrolleret transaktion skal således anerkendes, som den faktisk er udformet, så længe at armslængdeprincippet iagttages. Armslængdeprincippet udledes af OECD's modeloverenskomst artikel 9, hvorefter priser og vilkår vedrørende kommercielle og finansielle forhold i koncerninterne transaktioner skal være i overensstemmelse med priser og vilkår, som uafhængige parter ville have aftalt.

Ved iagttagelse af armslængdeprincippet skal de kommercielle og finansielle forhold før og efter omstruktureringen identificeres på baggrund af en sammenlignelighedsanalyse bestående af fem sammenlignelighedsfaktorer. Der bør endvidere tages højde for den forretningsmæssige begrundelse for omstruktureringen og parternes realistiske alternativer. Armslængdetesten skal foretages som en helhedsvurdering af omstruktureringen, der samlet set skal være på armslængde, men ikke nødvendigvis afspejler separate armslængdeprisfastsættelser af de enkelte transaktioner. Det bør ligeledes holdes for øje, at et uafhængigt selskab ikke nødvendigvis modtager kompensation for overdragelse af funktioner, aktiver eller risici.

En omstrukturering vil som udgangspunkt resultere i, at koncerninterne kontrakter bringes til ophør eller genforhandles. Derfor bør det undersøges, hvorvidt national ret hjemler ret til erstatning, hvorvidt en erstatningsklausul i kontrakten, eller mangel herpå, er på armslængdevilkår, og hvilken part

³²⁴ OECD TPG, 2017, pkt. 9.121.

der ultimativt bør bære erstatningsudgiften. Der bør i armslængdetesten inddrages det forhold, at der ofte er en nær sammenhæng mellem de løbende afregningspriser og en eventuel erstatning.

Endelig bør armslængdeprincippet ikke anvendes anderledes for postomstrukturerede kontrollerede transaktioner end for kontrollerede transaktioner, som fra begyndelsen var struktureret på en måde, som afspejler resultatet af omstruktureringen. Derfor bør de interne afregningspriser ikke fastsættes på baggrund af omstændigheder, der ligger til grund før omstruktureringen, men i stedet forhold der gør sig gældende post omstruktureringen.

Stemmer priser og vilkår i den kontrollerede transaktion således ikke overens med armslængdeprincippet, kan en kontraherende stats skattemyndighed korrigere det pågældende foretagendes indkomst efter intern skatteret og beskatte i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

Kapitel 6

Når multinationale koncerner omstrukturerer, er det som udgangspunkt på baggrund af ønsket om at skabe merværdi for koncernens aktionærer. Omstruktureringen bliver således en vigtig del af koncernens strategi, der fastlægges på corporate level, hvor hensynet til koncernens samlede resultat vægtes højere end hensynet til den enkelte koncernenheds resultat. Omstrukturering motiveres af operationelle faktorer, men skattemæssige hensyn kan have en indflydelse på, hvordan koncernen vælger at omstrukturere. Koncernen er fri til at omstrukturere, som den ønsker, hvilket skal anerkendes af skattemyndigheder, på trods af potentielle skattemæssige konsekvenser. Revideringen af OECD TPG kapitel IX blev iværksat efter vedtagelsen af BEPS-rapporterne, der har til formål at reducere multinationale koncerners brug af aggressiv skatteplanlægning. Efter revideringen skal omstruktureringer fortsat foretages i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Der er således ikke sket væsentlige ændringer af kapitlet, der mest af alt giver et indtryk af, at det er bragt i overensstemmelse med en samlet revidering af TPG, herunder særligt kapitel I og VI. Kapitlet efterlader dog visse ubesvarede spørgsmål i forbindelse med anvendelsen af armslængdeprincippet ved koncerninterne omstruktureringer, der kunne have været relevante at behandle ved revideringen.

Synergieffekter

Multinationale koncerner kan have incitament til at omstrukturere for at forbedre eller bibeholde konkurrenceevnen gennem en omstrukturering, såfremt det er muligt at maksimere udnyttelsen af synergieffekter i koncernen. De koncernenheder, der bidrager til at skabe disse synergieffekter, som koncernen som helhed såvel som de enkelte enheder kan drage nytte af, skal modtage en passende aflønning for deres bidrag³²⁵. Hvad der må anses for at være en passende aflønning i overensstemmelse med armslængdeprincippet for sådanne synergieffekter, kan dog være en kompliceret analyse og bero på et usikkert grundlag³²⁶, idet synergieffekterne ikke altid realiseres post omstruktureringen³²⁷. Dette kan blandt andet skyldes, at implementeringen af den nye forretningsmodel leder til ekstra omkostninger, hvorefter de omkostningsbesparelser, som synergieffekterne skulle bidrage til ikke realiseres. Ligeledes kan dårlig prognosticering af de økonomiske omstændigheder i markedet lede til, at synergieffekterne ikke realiseres.

Synergieffekter defineres som effekter, der opstår mellem to eller flere koncernenheder eller faktorer, der tilsammen skaber en effekt, der er større end de effekter, de individuelle enheder eller faktorer kan skabe alene³²⁸. I medfør af TPG skal synergieffekter inddrages i funktions- og risikoanalysen som en sammenlignelighedsfaktor forud for valget af transfer pricing metode til fordeling af fordelene som synergieffekterne har til hensigt at skabe³²⁹. Det første led der komplicerer værdiansættelsen er selve sammenlignelighedsanalysen. Dette skyldes, at det er en generel antagelse, at synergieffekter ikke opstår mellem uafhængige parter, idet synergieffekterne netop opstår som følge af samarbejdet mellem to eller flere koncernenheder³³⁰. Analysen kan dog som udgangspunkt retfærdiggøres ved at justere for mindre forskelle mellem den kontrollerede transaktioner og transaktionen mellem uafhængige parter.

Det er også muligt at anvende Profit Split metoden, hvorefter der ikke kræves en sammenlignelig part, da metoden tester samtlige parter i den kontrollerede transaktion. Ved at anvende denne metode

³²⁵ OECD TPG, 2017, pkt. 9.24 og 9.25.

³²⁶ Comments, 2016, side 5.

³²⁷ OECD TPG, 2017, pkt. 9.25 og 9.26.

³²⁸ Johnson et al., 2015, side 238.

³²⁹ OECD TPG, 2016, pkt. 6.30 og 6.133.

³³⁰ Castro, 2011, side 40.

tages der udgangspunkt i den samlede profit på gruppeniveau. Ved at fastsætte fordelingen ud fra en residualanalyse, vil koncernenhederne først blive aflønnet for deres respektive udførte rutinefunktioner. Den resterende profit fordeles herefter på baggrund af koncernenhedernes bidrag til at skabe synergieffekter. Denne allokering kan være vanskelig at foretage, idet synergieffekternes reelle værdi kan være svær at vurdere, hvilket Profit Split metoden ikke tager højde for³³¹. Det betyder således, at Profit Split metoden som udgangspunkt kan anvendes til at fastsætte en armslængde aflønning i forhold til koncernenhedernes bidrag, men altså ikke tager højde for, hvordan synergieffekterne udnyttes i koncernen. Endvidere bliver anvendelse af Profit split metoden usikker, når synergieffekterne ikke realiseres.

Spørgsmålet bliver da, hvorvidt aflønningen skal afspejle risikoen for, at synergieffekterne ikke realiseres, om en synergieffekt kan anses for at være en tilfældig fordel, om værdiansættelsen burde ske i et ex post perspektiv eller om en fjerde løsning skal tages i betragtning. Den første mulighed er at lade risikoen indgå i aflønningen til de bidragende koncernenheder, hvorefter koncernenhedernes forventede afkast afspejler risikoen for at fordelene ved synergieffekterne ikke realiseres. Dette kompliceres dog af en vurdering af, hvor stor denne risiko skal ansættes til at være. Samtidig må det i risikoanalysen holdes for øje, at det er den part, der har kontrollen over risikoen, som bør bære den, hvilket ikke nødvendigvis er samtlige bidragende koncernenheder. Når synergieffekter er en driver for at omstrukturere, må koncernen have en klar forventning om, at synergieffekterne realiseres, men det udelukker ikke per se, at risikoen for det modsatte er ubetydelig. Endvidere må det forventes, at uafhængige parter udelukkende ville blive aflønnet, såfremt parten reelt set har bidraget til øgede indtjeningsmuligheder.

Synergieffekter kan dog heller ikke anses for at være tilfældige fordele i alle tilfælde. Det kan naturligvis forekomme, at nogle koncernenheder tilfældigt opnår en fordel som følge af en synergieffekt, den ikke selv har bidraget til. I sådanne tilfælde bør der dog ikke foretages en aflønning³³². Når koncerner omstrukturerer netop med det formål at maksimere synergieffekter, taler det ligeledes for, at

³³¹ OECD TPG, 2016, pkt. 11.

³³² OECD TPG, 2016, pkt. 1.158.

der ikke er tale om tilfældige fordele, hvorfor det korrekt anføres i TPG, at der skal ske en aflønning, når koncernenheder bidrager til at skabe synergieffekter.

Værdiansættelsen kunne også fordeles efter Profit Split metoden i et ex post perspektiv. Når værdiansættelsen bygger på ex ante betragtninger, bliver værdiansættelsen usikker, fordi den vedrører et forventet resultat. Såfremt synergieffekterne post transaktionen ikke realiseres, er de således ansat til en værdi, som er større end den realiserede værdi. De koncernenheder, der har bidraget til at skabe/maksimere synergieffekterne, modtager derved en aflønning for en fordel, som reelt set ikke er tilstede. Herefter forøges de enkelte koncernenheders indkomstgrundlag og beskatning på baggrund af en effekt, som faktisk ikke er indtrådt. Ved at anvende Profit Split metoden i en ex post sammenhæng vil denne usikkerhed elimineres, fordi fordelingen sker på baggrund af den værdi, der er realiseret. Denne metode anbefaler OECD dog ikke, at koncernen anvender, idet fastsættelsen af armslængdeprisen generelt skal ske ex ante uden brug af bagklogskab³³³.

Alle ovenstående mulige løsninger indeholder vanskelige elementer, hvorfor det kunne anbefales OECD at uddybe/specificere, hvordan armslængdeprincippet bør anvendes på synergieffekter, og hvordan der tages højde for, at disse ikke realiserer sig. TPG tenderer generelt til at anvende brede definitioner, som ikke i alle tilfælde specificerer anvendelsen af armslængdeprincippet i den pågældende situation, for eksempel i forbindelse med synergieffekter. Dette medfører forskellige skattemæssige konsekvenser, herunder risikoen for beskatning af et misvisende indkomstgrundlag samtidig med, at sandsynligheden for efterfølgende korrektioner øges.

Når værdien af synergieffekterne skal fastsættes og fordelene fordeles mellem de koncernenheder, der har bidraget hertil, medfører dette en række omkostninger og administrative byrder for koncernen. Koncernen vil som udgangspunkt omstrukturere, fordi synergieffekterne kan skabe en merværdi for koncernen som helhed og dermed aktionærerne, hvorfor koncernen formentlig ikke tager højde for, at der skal ske en rimelig fordeling blandt koncernenhederne. Ligeledes kan det være vanskeligt for koncernen præcist at vurdere, hvor meget den enkelte enhed bidrager med, hvilket formodentlig vil

³³³ OECD TPG, 2017, pkt. 9.24 og Wittendorff, 2016 (A), side 174.

kræve dybdegående analyser og dokumentation. Disse omkostninger bør koncernen om ikke andet tage højde for i vurderingen af, hvorvidt en omstrukturering er efficient.

Andre realistiske alternativer

Armslængdeprincippet er baseret på en antagelse om, at når uafhængige parter vurderer priser og vilkår for en potentiel transaktion, da vil parterne kun foretage transaktionen, såfremt der ikke findes et realistisk alternativ, der er klart mere attraktivt for parternes mål. Det vil altså sige, at en uafhængig part kun vil indgå i en transaktion, hvis de ikke stilles ringere end deres næstbedste mulighed³³⁴. Som påpeget tidligere, stiller TPG dog ikke krav om, at koncernforbundne parter skal redegøre for samtlige hypotetiske realistiske alternativer til en koncernintern transaktion³³⁵. Det er væsentligt at bemærke, at uafhængige parter vil vælge at træde ind i en omstrukturering, hvis de ikke ser nogen bedre alternativer. Dette betyder dog ikke, at omstruktureringen i sig selv skal være klart mere attraktiv end de andre realistiske alternativer. Hvis omstruktureringen og bedste alternativ er lige attraktive, kan omstruktureringen stadig være i overensstemmelse med armslængdeprincippet for så vidt angår analysen af andre realistiske alternativer³³⁶. Dette er tråd med princippet om, at foretagender generelt kan strukturere sig, som de nu ønsker³³⁷. Såfremt dette ikke var tilfældet ville det desuden være i uoverensstemmelse med princippet om, at skattemyndigheder skal anerkende den faktiske transaktion³³⁸.

Parternes andre realistiske alternativer til en kontrolleret transaktion skal i praksis inddrages i sammenlignelighedsanalysen. Alternativet, eller den næstbedste mulighed, er en god indikator for parternes relative forhandlingsstyrke. Antag en omstruktureringssituation, hvor et selskab vil overdrage en tabsgivende afdeling til et koncernforbundet selskab. Det modtagende selskab vil kompenseres med 100 for at overtage en tabsgivende afdeling, idet dette er hvad et uafhængigt selskab ville kræve. Prisen 100 vil således være på armslængde, men da det aftagende selskab kan bringe sin tabsgivende afdeling til ophør mod en omkostning på 60, da vil muligheden om ophør være et klart mere attraktivt

³³⁴ OECD TPG, 2017, pkt. 9.27.

³³⁵ Se afhandlingens kapitel 5, Andre realistiske alternativer

³³⁶ Comments, 2016, side 23.

³³⁷ OECD TPG, 2017, pkt. 9.34.

³³⁸ Comments, 2016, side 25.

alternativ. I amerikansk ret udgør testen om andre realistiske alternativer et selvstændigt kriterium for armslængdetesten, men OECD har taget afstand herfor³³⁹.

De amerikanske regler er tiltænkt situationer, hvor det er muligt for en koncernenhed at købe en vare fra en anden koncernenhed eller fremskaffe samme vare selv. Det kan være en full-fledged enhed, der kan producere en given vare selv, men vælger at købe varen fra en anden produktionsenhed i koncernen³⁴⁰. For eksempel i Rexam-sagen, hvor en full-fledged koncernenhed blev omstruktureret og solgte henholdsvis indkøbte og egenproducerede varer til principalen, der straks tilbagesolgte disse til koncernenheden. Sagen vedrørte ikke andre realistiske alternativer, men anvendes her til illustration. Koncernenheden i Rexam-sagen købte varer hos principalen, men havde de facto selv produceret varerne tidligere og ville således kunne producere dem selv igen. Spørgsmålet bliver herefter, om en uafhængig part i en sådan situation ville have anset egenproduktion som værende en klart bedre alternativ fremfor køb, hvilket kan give anledning til korrektion. Det skal dog bemærkes, at de amerikanske domstole har slået fast, at korrektion i forbindelse med testen af andre realistiske alternativer må afvises i de tilfælde, hvor enheden blot havde mulighed for egenproduktion, men afveg fra udøvelsen heraf³⁴¹. Det er uklart, hvad OECD's holdning til sådanne muligheder er. Det kunne dog forventes, at OECD ikke ville komme frem til samme slutning som de amerikanske domstole, hvor der differentieres mellem faktisk udøvelse af egenproduktion og muligheden for egenproduktion. I medfør af OECD TPG kapitel IX skal et alternativ medtages, såfremt det er realistisk. Har en koncernenhed muligheden for at producere, men vælger at købe varerne af en anden koncernproducent må et realistisk alternativ til købet naturligvis være egenproduktion. Det vurderes således, at der efter TPG ikke er samme mulighed for at undtage alternativer i armslængdetesten, da ovenstående netop er et realistisk alternativ.

TPG giver ikke nogen særlig vejledning om, på hvilket tidspunkt disse alternativer skal inddrages i armslængdetesten, men må antages at skulle inddrages i den samlede test ex ante³⁴². Desuden foregår beslutningen om omstrukturering ofte på corporate level, hvor fordele for hele koncernen har en stor betydning, hvilket forudsætter en undersøgelse af realistiske alternativer, der inkluderer koncernens

³³⁹ Wittendorff, 2016 (A), side 240.

³⁴⁰ Wittendorff, 2016 (A), side 239.

³⁴¹ Wittendorff, 2016 (A), side 239-241.

³⁴² Se afhandlingens kapitel 5, Andre realistiske alternativer

samlede strategiske overvejelser. Derudover er koncerners overvejelser vedrørende omstruktureringer ofte begrundet i at opnå langsigtede strategiske mål³⁴³. TPG giver heller ikke vejledning om, om de identificerede alternativer realistisk kan implementeres af de koncernforbundne parter, eller hvilken form for bevis der skal føres til dokumentation herfor. Dette kan i praksis medføre store besværligheder, idet de realistiske alternativer i overvejende grad vil være hypotetisk³⁴⁴. Endelige bør det fremhæves, at undersøgelsen af andre realistiske alternativer til den koncerninterne transaktion kan være arbitrær, idet koncerner kan strukturere sig og udnytte sin værdikæde på andre måder, end uafhængige parter har mulighed for, og derfor vil alternativer til en koncernintern omstrukturering være problematisk at sammenligne med en omstrukturering mellem uafhængige parter³⁴⁵.

Som nævnt ovenfor er koncerner ikke forpligtede til at undersøge samtlige hypotetiske realistiske alternativer til en koncernintern omstrukturering, men skal inddrage et realistisk alternativ i den samlede armslængde test, såfremt alternativet vil være klart at foretrække. Der fremgår dog ingen umiddelbar afgrænsning mellem hvor mange realistiske alternativer, som selskaberne bør undersøge for at finde frem til, eller udelukke, et realistisk alternativ som vil være klart at foretrække. Det følger blot af TPG, at det ikke er nødvendigt at undersøge samtlige realistiske alternativer.

For skatteydere vedkommende kan afgrænsningen mellem at kunne udvælge et klart mere attraktivt alternativ – eller udelukke eksistensen af sådan et – og ikke undersøge samtlige realistiske hypotetiske alternativer resultere i et mismatch. Det vil sige, at for at kunne udvælge et bestemt alternativ skal samtlige alternativer i praksis undersøges på trods af, at dette ikke er nødvendigt ifølge OECD TPG kapitel IX. I det tilfælde, hvor skatteyder og skattemyndighed undersøger samtlige realistiske hypotetiske alternativer, kan der yderligere opstå uenighed om, hvorvidt et alternativ er klart mere attraktivt, hvilket i komplicerede omstruktureringer formentlig vil være en meget subjektiv vurdering³⁴⁶, og hvile på en vurdering af risikoaversion, subjektive sandsynligheder, fremtidige forventninger og personlige fordomme³⁴⁷.

³⁴³ Liaugminaitė, 2010, side 129.

³⁴⁴ Liaugminaitė, 2010, side 129.

³⁴⁵ Liaugminaitė, 2010, side 130.

³⁴⁶ Comments, 2016, side 18.

³⁴⁷ Liaugminaitė, 2010, side 129.

Endelig skal der knyttes en kommentar til parternes dokumentationspligt, der (på trods af en generel afgrænsning herfra i afhandlingen) er en væsentlig byrde. Kravene til dokumentation af andre realistiske alternativer sammenholdt med princippet om, at en koncernintern omstrukturering skal identificeres korrekt, går potentielt udover hvad der er nødvendigt, for at bringe TPG i overensstemmelse med BEPS-rapporterne³⁴⁸. Skattemyndigheder skal ligesom koncernenhederne undersøge andre realistiske alternativer til den kontrollerede transaktion. Dette indbefatter en korrekt identifikation af den kontrollerede transaktion samt korrekt identifikation af alternativerne. Dette kræver en meget omfattende og tidskrævende analyse fra skattemyndighederne, som de facto har begrænsede midler til rådighed³⁴⁹. Dokumentationskravene for koncernenhederne og den omfattende analyse hos skattemyndighederne af samtlige, eller i et uvist omfang, realistiske alternativer til den kontrollerede transaktion er således forbundet med et enormt ressourceforbrug for begge parter.

Afslutningsvis bør koncerners langsigtede strategi på corporate level indgå i testen om andre realistiske alternativer fremfor blot de involverede koncernenheder. Den koncerninterne omstrukturering skal anerkendes og er umiddelbart på armslængde efter testen af andre realistiske alternativer, hvis omstruktureringen og alternativerne er lige attraktive. Hvis det konkluderes ud fra testen, at der fandtes klart mere attraktive alternativer til omstruktureringen, kan der foretages en korrektion, idet testen indgår i den samlede armslængdetest. Testen om andre realistiske alternativer medfører omkostninger og administrative byrder for henholdsvis skatteyder og skattemyndighed, og leder til flere kritiske spørgsmål, der går ubesvaret hen i TPG. Løsningen synes dog ikke at være at tilgå den amerikanske holdning og anerkende testen om andre realistiske alternativer som et selvstændigt kriterium, idet det vurderes, at testen vil lede til flere uenigheder mellem skattemyndighed og skatteyder. Det skyldes de usikkerheder, der er forbundet med testen sammenholdt med, at testen som et selvstændigt kriterium vil vægte højere i den samlede armslængdetest, og således vil usikkerhederne give større udslag i det samlede resultat.

³⁴⁸ Comments, 2016, side 36-37.

³⁴⁹ Comments, 2016, side 80-81.

Forretningsmæssig rationalitet

I medfør af det reviderede kapitel skal den faktiske transaktion anerkendes, uagtet at der ikke kan findes en lignende transaktion mellem uafhængige parter. Så længe den kontrollerede transaktion kan anses for at være forretningsmæssig rationel, skal transaktionen anerkendes, også selvom den kan forekomme usædvanlig. Ifølge OECD må det forventes, at det er muligt at fastsætte en armslængdekompensation for samtlige transaktioner, der har været en del af omstruktureringen, når omstruktureringen på gruppeniveau er forretningsmæssig rationel før skat³⁵⁰. Det kan således opfattes som om vurderingen af armslængdekompensationen skal foretages udelukkende på baggrund af før skat-betragtninger. Denne antagelse kan dog ikke i alle tilfælde anses for at stemme overens med armslængdeprincippet³⁵¹, ligesom det må forventes, at koncernens ledelse vil vurdere, hvorvidt en omstrukturering er efficient, på baggrund af andre faktorer end resultatet før skat.

OECD formulerer antagelsen således:

"[...]Where a restructuring makes commercial sense for the group as a whole on a pre-tax basis, it is expected that an appropriate transfer price [...] would generally be available to provide arm's length compensation for each accurately delineated transaction comprising the business restructuring for each individual group member participating in it."

Ovenstående kan give anledning til at fortolke den forretningsmæssige rationalitet udelukkende i lyset af resultatet før skat, hvilket må anses for at være et meget snævert vurderingsgrundlag. Først og fremmest vil resultatet efter skat i højere grad være relevant, når multinationale koncerner omstrukturerer af forretningsmæssige årsager for derved at skabe en større værdi for aktionærerne. Resultatet efter skat vil i højere grad afspejle, hvad der er tilbage til udlodning til aktionærerne. Ydermere vil koncernen formentlig inddrage andre faktorer i analysen af, hvorvidt en omstrukturering er at foretrække for at forfølge koncerns overordnede mission. Andre faktorer, som koncernen såvel som uafhængige parter ville inddrage, er blandt andet omkostninger før og efter omstruktureringen, parternes

³⁵⁰ OECD TPG, 2017, pkt. 9.37.

³⁵¹ Comments, 2016, side 13, 38, 44, 64, 67 og 73.

relative forhandlingsstyrke, forskellene i pengestrømmene, forventet markedsandel, kontraktuelle forhold og omkostninger forbundet med omstruktureringen³⁵².

Der lægges endvidere op til, at såfremt en koncernintern omstrukturering er forretningsmæssig rationel, vil der altid kunne findes en armslængdekompensation for omstruktureringen. Armslængdeprisen skal netop afspejle, hvordan uafhængige parter ville have ageret i en lignende situation, hvorfor det af OECD bør anerkendes, at en omstrukturering, der er forretningsmæssig rationel, muligvis indeholder transaktioner, hvor der ikke bør foretages en kompensation. Bringer principalen for eksempel en kontrakt til ophør med en koncernenhed, skal der ikke nødvendigvis betales en kompensation for førtidigt ophør, hvis dette ikke er aftalt i kontrakten, eller hvis den opsigende koncernenheden ikke havde klart bedre alternativer, og uafhængige parter samtidigt ikke ville kompensere en kontraktpart for en lignende opsigelse. Det må således anses for betænkeligt, at OECD lægger op til, at der altid bør kunne findes en armslængdekompensation for den enkelte koncernenhed, når omstruktureringen skaber værdi for koncernen som helhed.

Dokumentationskrav

Multinationale koncerner skal dokumentere enhver betydelig omstrukturering i koncernens masterfil, ligesom det anbefales, at der i den landespecifikke dokumentation oplyses om, hvorvidt en lokal koncernenhed har været involveret i en koncernintern omstrukturering, eller om en sådan omstrukturering har medført afledte konsekvenser for koncernenheden, uden at den selv har været part i omstruktureringen. Ligeledes bør der i den landespecifikke dokumentation redegøres for, hvordan omstruktureringen har påvirket den lokale koncernenhed³⁵³. Endvidere fremgår det af OECD TPG kapitel IX, at multinationale koncerner anbefales at dokumentere formålet med en given omstrukturering, inden den foretages samt dokumentere konsekvenserne ved omstruktureringen i relation til profitpotentiale og risikoallokering som følge af omstruktureringen³⁵⁴.

³⁵² Comments, 2016, side 13.

³⁵³ OECD TPG, 2017, pkt. 9.32.

³⁵⁴ OECD TPG, 2017, pkt. 9.33.

Når formålet med en omstrukturering er at udnytte forventede synergieffekter anbefaler OECD, at disse synergieffekter dokumenteres, herunder angiver hvilke synergieffekter der er tale om, og under hvilke forudsætninger de forventes at realiseres³⁵⁵. Ifølge OECD vil multinationale koncerner foretage denne dokumentation af andre årsager end transfer pricing. Dette kunne for eksempel være analyser af, hvorvidt der i koncernen eksisterer uudnyttede synergieffekter eller lignende, hvor undersøgelserne og den efterfølgende dokumentation altså er foretaget af økonomiske/operationelle årsager. OECD mener således, at når multinationale koncerner alligevel laver denne dokumentation i andre sammenhænge, så kan koncernen ligeså godt medtage den i transfer pricing-dokumentationen. Ligeledes indikerer afsnittet om andre realistiske alternativer i kapitel IX, at multinationale koncerner skal dokumentere alternativerne³⁵⁶.

Med revideringen af OECD TPG kapitel IX, som følge af BEPS-rapporterne, er kravene til de multinationale koncerners compliance vokset. Dette afspejler sig ikke kun i omfanget af dokumentationskravene, men også i kompleksiteten af armslængdetesten, som det reviderede kapitel lægger op til³⁵⁷. Særligt den komplekse analyse, som de multinationale koncerner skal igennem for at sikre, at priser og vilkår er i overensstemmelse med armslængdeprincippet, åbner op for, at endnu flere forhold kan testes af skattemyndighederne³⁵⁸. Samtidig vil den omfattende analyse og de forøgede dokumentationskrav ikke nødvendigvis reducere sandsynligheden for efterfølgende kontrol og korrektion. Den øgede compliance byrde medfører således flere omkostninger for skatteyderne, men øger også omkostningerne hos skattemyndighederne, som skal foretage samme analyse som skatteyder i forbindelse med en kontrol. Yderligere må det forventes, at de fleste multinationale koncerner ønsker at efterleve gældende ret, hvorfor flere og mere komplicerede dokumentationskrav øger sandsynligheden for, at multinationale koncerner – i god tro – ikke lever op til gældende dokumentationskrav, hvorefter de risikerer at blive pålagt en bøde efter intern ret på grund af manglende regelefterlevelse. I de tilfælde, hvor der blot er tale om anbefalinger til dokumentation af koncerninterne omstruktureringer, må det formodes, at multinationale koncerner vil stræbe efter at leve op til ”best practice”³⁵⁹.

³⁵⁵ OECD TPG, 2017, pkt. 9.24.

³⁵⁶ OECD TPG, 2017, pkt. 9.27-9.31.

³⁵⁷ Comments, 2016, side 14.

³⁵⁸ Comments, 2016, side 15.

³⁵⁹ Comments, 2016, side 44.

Herefter vil de mange anbefalinger formentlig efterleves til fulde, selvom der blot er tale om anbefalinger og ikke deciderede forpligtelser, hvilket yderligere øger den administrative byrde for skatteyder.

De omfattende dokumentationskrav kan i nogle omstruktureringssituationer forekomme uhensigtsmæssige. Dette gælder særligt i situationer, hvor en transaktion ikke kræver meget analyse for at fastsætte, at transaktionen er foretaget på armslængdevilkår. Dette gælder ligeledes, når der flyttes funktioner, som reelt set ikke er værdiskabende, hvorved der ikke flyttes profitpotentiale, for eksempel low-value intra-group services. I disse situationer er ovenstående dokumentationskrav byrdefulde for skatteyder og står ikke helt mål med, at der er tale om transaktioner, der burde være forholdsvis lette at prissætte på armslængdevilkår. En mulig løsning herpå er, at indsætte en henvisning til OECD TPG kapitel V, pkt. 5.32 i kapitel IX³⁶⁰. I Kapitel V bemærkes det således, at ikke alle transaktioner mellem koncernforbundne enheder er så væsentlige, at de skal dokumenteres i den landespecifikke dokumentation³⁶¹. Dette kunne være behjælpeligt at påpege i kapitel IX.

Ligeledes bør det nævnes, at når skattemyndigheder skal vurdere, hvorvidt der til en omstrukturering ikke var andre realistiske alternativer, der var klart mere attraktive i relation til koncernens begrundelse for omstruktureringen, kræves der yderligere dokumentationskrav for, at der netop ikke var bedre alternativer til stede. Det kan forekomme uhensigtsmæssigt at disse alternativer skal dokumenteres, jf. tidligere diskussion. Derfor må kravet anses for at gå videre end, hvad formålet med reglen er, nemlig at give en indikation for, hvorfor en omstrukturering er foretaget på de vilkår, som den er.

Det fremgår således af ovenstående, at dokumentationskravene er byrdefulde for de multinationale koncerner, der skal anvende ressourcer og penge på at efterleve reglerne i den grad, som efter TPG anses for at være nødvendig. Dokumentationskravene burde som udgangspunkt være behjælpelige i multinationale koncerners anvendelse af priser og vilkår i overensstemmelse med armslængdeprincippet, særligt når skattemyndighederne udvælger den pågældende koncern til kontrol. Ligeledes

³⁶⁰ Comments, 2016, side 37.

³⁶¹ OECD TPG, 2015, pkt. 5.32.

burde dokumentationskravene gøre det nemmere for skattemyndigheder at vurdere koncernernes interne afregningspriser, idet dokumentationskravene skaber mere transparens. Dog er armslængdetesten i forbindelse med en omstrukturering kompleks og omfangsrig, hvorfor der er store omkostninger forbundet med at foretage denne analyse samtidig med, at kompleksiteten og manglen på klarhed i TPG skaber et rum for fortolkning. Der er således risiko for, at skattemyndighederne er uenige i koncernens anvendte interne afregningspriser, uanset at disse er underbygget med omfattende dokumentation.

Koncernen som helhed vs. separate entity approach

Det fremgår af afhandlingens kapitel 2, at en koncern typisk består af et moderselskab med tilknyttede datterselskaber, det tilsammen udgør én økonomisk enhed, som er underlagt fælles kontrol fra moderselskabet³⁶². Koncerner omstrukturerer som nævnt typisk for at skabe merværdi for koncernen som helhed til fordel for dens aktionærer. Den øgede konkurrence som en følge af øget globalisering har gjort det muligt at drive forretning både hurtigere og billigere end hidtil ved at flytte funktioner, aktiver og risici til lande, hvor produktionsomkostninger og lignende er lavere. Dette medfører, at koncernen som helhed skal være parat til at omstille sig for at kunne forblive konkurrencedygtig og opretholde sin position i markedet – eller endda forøge denne. Det vil sige, at moder- og datterselskaber løfter i flok. Dette kræver ensretning i koncernen, hvilket muliggøres ved en strategi, der leder koncernen som helhed i den ønskede retning blandt andet igennem en omstrukturering³⁶³.

I forbindelse med armslængdeanalysen af den koncerninterne omstrukturering skal der tages højde for den forretningsmæssige begrundelse for omstrukturen. Det vil således være nærliggende at inddrage koncernens overordnede strategi i analysen, da de involverede parter i omstrukturen alle er underlagt koncernens strategi anlagt på corporate level. Det anerkendes da også af OECD, at der kan være forretningsmæssige årsager på corporate level til, at der foretages en omstrukturering³⁶⁴. Dette udelukker dog ikke, at armslængdeanalysen skal udføres på baggrund af en "separate entity approach", hvorefter koncernenhederne anses for at være selvstændige juridiske enheder og ikke en uadskillelig del af en koncern.

³⁶² Se afhandlingens kapitel 2, Koncernbegreb.

³⁶³ Se afhandlingens kapitel 2, Koncernbegreb.

³⁶⁴ OECD TPG, 2017, pkt. 9.37.

Det fremgår af det reviderede OECD TPG kapitel IX punkt 9.37, at:

“There can be group-level business reasons for an MNE group to restructure. However, it is worth re-emphasising that the arm’s length principle treats the members of an MNE group as separate entities rather than as inseparable parts of a single unified business (see paragraph 1.6). As a consequence, it is not sufficient from a transfer pricing perspective that a restructuring arrangement makes commercial sense for the group as a whole: the arrangement must be arm’s length at the level of each individual taxpayer, taking account of its rights and other assets, expected benefits from the arrangement (i.e. consideration of the post-restructuring arrangement plus any compensation payments for the restructuring itself), and realistically available options [...].”

Anvendelsen af armslængdeprincippet på en koncernintern omstrukturering tester de involverede parter ud fra blandt andet funktioner, aktiver, risici, forventede fordele og andre realistiske alternativer³⁶⁵. Ved at anlægge denne tilgang må der i armslængdetesten være en formodning for, at de enkelte koncernenheder træffer beslutninger, der maksimerer koncernenhedens egen nytte. Dette strider dog mod betragtningen om, at beslutninger om at omstrukturere foretages på corporate level, hvorefter omstruktureringen skal gavne koncernen som helhed, men ikke nødvendigvis den enkelte koncernenhed. Når der således skal foretages en analyse af koncernenhedens forretningsmæssige begrundelser for at omstrukturere, risikerer udfaldet at afvige fra de begrundelser, der ligger til grund på corporate level, hvorfor de reelle årsager til at omstrukturere bliver mindre relevante i en armslængdetest³⁶⁶. Ved at fokusere på identifikationen af transaktionen hos den enkelte koncernenhed underkendes koncernbegrebet, der således synes at have en lille betydning for armslængdetesten. Der er få referencer til koncernbegrebet i OECD TPG kapitel IX, hvor begrebet blot anerkendes som værende nødvendigt eller nyttigt i en vurdering af transaktionen i konteksten af et større arrangement af økonomisk relaterede transaktioner³⁶⁷. Der kan derfor stilles spørgsmålstegn ved, om det reviderede OECD TPG kapitel IX retmæssigt vægter de enkelte transaktioner langt højere end de bagvedliggende grunde for

³⁶⁵ OECD TPG, 2017, pkt. 9.37.

³⁶⁶ Comments, 2016, side 46.

³⁶⁷ OECD TPG, 2017, pkt. 9.36, 9.38 og 9.73.

den koncerninterne omstrukturering³⁶⁸, der i henhold til afhandlingens kapitel 2 og 3 i høj grad er baseret koncernens strategi og mål som en helhed.

Endvidere synes koncernen som helhed ved første øjekast ikke at have nogen indflydelse på de forretningsmæssige begrundelser for en koncernenhed til at deltage i en omstrukturering, når det reviderede kapitel fokuserer på kommercielle og finansielle forhold for den enkelte koncernenhed³⁶⁹. Når en omstrukturering foretages på corporate level, er det ikke nødvendigvis sikkert, at den gavner samtlige enheder i koncernen. Det kan således været tilfældet, at en koncernenhed må likvideres eller opgive profitpotentiale, hvilket kan retfærdiggøres af, at omstruktureringen i stedet skaber en større værdi for koncernen som helhed. I så fald, har den enkelte koncernenhed muligvis ikke egne forretningsmæssige begrundelser for at lade sig omstrukturere. Der er således en betydelig risiko for, at der ikke tages højde for koncernens samlede kommercielle og finansielle forhold i forbindelse med omstruktureringen, idet der fokuseres på den enkelte koncernenhed, når skattemyndighederne skal vurdere omstruktureringen i skattemæssig henseende.

Der er ligeledes risiko for, at koncernens samlede forhold ved en omstrukturering ikke indgår i armslængdetesten, når der sammenlignes med andre realistiske muligheder. For eksempel i en status quo situation, hvor et andet realistisk alternativ er ligeså attraktivt for koncernenheden som en koncernintern omstrukturering. Her vil det være nyttigt at inddrage koncernens samlede forhold i armslængdetesten af koncernenheden, idet koncernstrategien kan være en indikator for, hvorfor netop omstruktureringen er valgt. Ligeledes kan en omstrukturering være nødvendig at acceptere for den enkelte koncernenhed, idet principalen potentielt vil finde en anden kontrahent, såfremt koncernenheden ikke indgår i omstruktureringen³⁷⁰. Den enkelte koncernenhed kan således have en egeninteresse i at indgå i en koncernintern omstrukturering, såfremt dette leder til fordele – eller forhindrer tab af fordele – for koncernenheden.

³⁶⁸ Comments, 2016, side 49.

³⁶⁹ Comments, 2016, side 50.

³⁷⁰ Comments, 2016, side 50-51.

Koncernens samlede forhold, herunder strategi, forretningsmæssige grunde til at omstrukturere, kommercielle og finansielle forhold samt generelle forhold mm., vil være nærliggende at inddrage i en armslængdetest af en omstrukturering hos den enkelte koncernenhed. Når OECD anlægger en "separate entity approach" risikerer armslængdetesten at blive mangelfuld, idet den ikke i tilstrækkelig grad tager højde for koncernens forretningsmæssige begrundelser for at omstrukturere på corporate level. Dette medfører, at der er betydelig risiko for, at skattemyndigheder ikke vurderer koncernens samlede fordele ved en koncernintern omstrukturering i skattemæssig henseende, hvorved den enkelte koncernenheds forretningsmæssige grunde til at omstrukturere afviger fra, hvad der gælder for koncernen som helhed. Når OECD fastholder at anvende en "separate entity approach", kunne det formodes, at parternes realistiske alternativer fremover vil spille en betydelig rolle i armslængdetesten. Har koncernenheden ikke nogle reelle forretningsmæssige grunde til at omstrukturere, vil argumentationen, for at en koncernintern omstrukturering er på armslængdevilkår, måske i højere grad afhænge af koncernenhedens realistiske alternativer. Herved bliver det muligt for koncernenheden at lægge vægt på, at en omstrukturering er det bedste valg, fordi koncernenheden ellers risikerer at måtte lukke.

Exitbeskatning

Det er af OECD observeret, at multinationale koncerner typisk foretager omstruktureringer ved at centralisere funktioner, aktiver og risici³⁷¹. En af årsagerne til at disse omstruktureringer foretages er, at koncernen forsøger at bibeholde sin konkurrencemæssige position på markedet. En måde, hvorpå dette kan lade sig gøre, er at reducere koncernens omkostninger, for eksempel ved at nedbringe den effektive beskatning³⁷². Herved er omstruktureringen årsag til, at skattegrundlaget udhules i det land, hvori den omstrukturerede koncernenhed er beliggende. Denne udhuling forsøger flere lande at forhindre ved at exitbeskatte aktiver, der flyttes ud af landet³⁷³. Det vil sige, at der foretages en beskatning af urealiserede gevinster, som det pågældende land går glip af som følge af flytningen. Dermed beskattes aktiverne, som om de var realiseret på tidspunktet for flytningen.

I medfør af OECD TPG kapitel IX skal overdragelser af funktioner, aktiver og risici kompenseres i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Antag at en producent hidtil har produceret produkt

³⁷¹ Roundtable Discussions on Business Restructuring, 2005.

³⁷² Lowell et al., 2015, side 282.

³⁷³ Lowell et al., 2015, side 290.

A i det lokale marked, hvori producenten befinder sig. Efter nogle år falder interessen for produktet i markedet, og producenten udvikler et nyere og mere moderne produkt B, mens produkt A tages af markedet. Produkt A er dog stadig populært på et andet marked i et andet land, hvorfor producenten indgår aftale med en koncernintern part om, at denne kan producere og sælge produkt A mod en licensbetaling på armslængdevilkår på dette andet marked. Mens den oprindelige producent har samme omsætning som hidtil og samme antal ansatte, har den anden producent øget sit profitpotentiale ved at få adgang til at producere produkt A. Spørgsmålet bliver da, om der er foretaget en omstrukturering, hvorved den oprindelige producent har overdraget et værdifuldt immaterielt aktiv i form af know-how, eller om der udelukkende er tale om en licensaftale. Hvis licensaftalen er foretaget på armslængdevilkår opfylder den naturligvis armslængdeprincippet, og der bør ikke være nogle skattemæssige konsekvenser for den oprindelige producent herved. Antages det derimod, at der ikke kun er indgået en licensaftale, men at der i forbindelse med aftaleindgåelsen er blevet overdraget et immaterielt aktiv, risikerer den oprindelige producent, at blive exitbeskattet af denne overdragelse i medfør af national ret.

En sådan skattemæssig konsekvens kan lede til, at den oprindelige producent realiserer et økonomisk tab, fordi denne bliver beskattet af en "hypotetisk" indkomst, som ikke realiserer sig, ligesom exitbeskatningen kan lede til en reduceret likviditet for den oprindelige producent³⁷⁴. Yderligere vil exitbeskatningen kunne lede til dobbeltbeskatning, idet aktivet beskattes hos den oprindelige producent uden, at der foretages en korrektion herfor i den anden stat. Dette må anses for at være i uoverensstemmelse med armslængdeprincippet, som netop har til formål at forhindre dobbeltbeskatning³⁷⁵. Ved at omstrukturere risikerer koncernen således at blive pålagt en yderligere skat, hvilket muligvis kan have indflydelse på koncernens beslutning om at omstrukturere. Indtil videre tager OECD TPG kapitel IX ikke højde for dette, hvilket kunne være ønskværdigt, således at der i højere grad er overensstemmelse mellem exitskatter og armslængdeprincippet, hvorved dobbeltbeskatning kan undgås³⁷⁶.

³⁷⁴ Lowell et al., 2015, side 290.

³⁷⁵ Lowell et al., 2015, side 291.

³⁷⁶ Lowell et al., 2015, side 291.

Fast driftssted

I forbindelse med koncerninterne omstruktureringer kan der opstå spørgsmål om, hvorvidt den omstrukturerede enhed udgør et fast driftssted, som berettiger den pågældende stat til at beskatte indkomst allokeret til det faste driftssted. Spørgsmålet opstår typisk, hvor en full-fledged producent omdannes til en lønproducent, eller hvor en full-fledged distributør omdannes til en handelsagent eller kommissionær. Disse situationer vil typisk være en følge af, at den multinationale koncern ønsker at centralisere funktioner, aktiver og risici, hvorefter henholdsvis producenten eller distributøren afstår disse. Herved reduceres indkomsten i den pågældende stat, hvorfor skattemyndighederne muligvis vil argumentere for, at den omstrukturerede enhed udgør et fast driftssted til principalen, som derved skal beskattes i den pågældende stat af den indkomst, som kan allokeres til det faste driftssted³⁷⁷. Når det er fastslået, at den omstrukturerede enhed udgør et fast driftssted, opstår efterfølgende spørgsmålet om, hvordan indkomsten skal allokeres. Formålet med denne diskussion er ikke at foretage en dybdegående analyse af reglerne vedrørende fast driftssted, men i stedet at påvise, hvordan en koncernintern omstrukturering kan medføre skattemæssige konsekvenser i form beskatning af indkomst i et fast driftssted.

Eablering af fast driftssted

For det første må det bestemmes, hvorvidt der foreligger fast driftssted. De fleste dobbeltbeskatningsoverenskomster bygger, som nævnt, på OECD's modeloverenskomst, hvorefter der som udgangspunkt opstår fast driftssted i en kontraherende stat, når der foreligger et fast forretningssted, hvorfra der udøves forretningsaktiviteter, jf. modeloverenskomstens artikel 5, stk. 1. Ved at omdanne en full-fledged producent til en lønproducent bliver producenten en form for serviceudbyder til principalen³⁷⁸, og kan således udgøre et fast driftssted, da producenten formentlig har en fabrik, hvorfra forretningsaktiviteterne udføres på vegne af principalen.

En koncernintern omstrukturering kan have til formål at flytte indkomst fra høj- til lavskattelande, hvorfor en distributør omdannes til at være en handelsagent eller kommissionær for principalen. I sådanne tilfælde risikerer distributøren at danne fast driftssted i den pågældende stat, såfremt distributøren kan anses for at være afhængig af principalen. Såvel en handelsagent som en kommissionær

³⁷⁷ Bakker og Cottani, 2008, side 277.

³⁷⁸ Se afhandlingens kapitel 3, Forretningsmodeller.

vil handle på vegne af principalen og for dennes regning, det vil sige som en form for mellemmand, der skal fremme principalens salg i den pågældende stat. Forskellen på de to distributørformer er, at kommissionæren handler i eget navn³⁷⁹. Hvorvidt den omdannede distributør kan anses for at være afhængig afgøres ud fra en vurdering af³⁸⁰;

- Om distributøren har en varig tilknytning til den pågældende stat
- Om distributøren har en fuldmagt fra principalen, som benyttes gentagne gange til at repræsentere og lukke aftaler for principalen.
- Om distributørens funktioner omfatter mere end blot arbejde af forberedende og hjælpende karakter

Såfremt ovenstående er opfyldt, vil distributøren formentlig danne fast driftssted som konsekvens af omstruktureringen. OECD TPG kapitel IX kommer ikke nærmere ind på dette som en konsekvens af omstruktureringen.

Indkomstallokering

I medfør af OECD's modeloverenskomst artikel 7, stk. 1 kan staten, hvori den omstrukturerede enhed er beliggende, beskatte erhvervsindkomst, der kan henføres til det faste driftssted. For at undgå dobbeltbeskatning er det vigtigt at indkomsten opgøres efter de samme principper i de kontraherende stater³⁸¹. I forbindelse med indkomstopgørelsen skal armlængdeprincippet efter modeloverenskomstens artikel 9 iagttages, jf. modeloverenskomstens artikel 7, stk. 2.

Indkomsten opgøres som udgangspunkt efter den direkte metode, hvorefter indkomsten for det faste driftssted opgøres efter to principper; selvstændighedsfiktion og armlængdeprincippet. Selvstændighedsfiktionen indebærer, at den indkomst der kan henføres til det faste driftssted, fastsættes ud fra

³⁷⁹ Se afhandlingens kapitel 3, Forretningsmodeller.

³⁸⁰ OECD's modeloverenskomst artikel 5, stk. 5.

³⁸¹ Schmidt et al., 2015, side 175.

antagelsen om, at det faste driftssted er et selvstændigt foretagende og derfor uafhængig af koncernen³⁸². Samtidig skal de interne transaktioner afregnes i overensstemmelse med armslængdeprincippet efter modeloverenskomstens artikel 9³⁸³. Det følger endvidere, at indkomstallokeringen efter modeloverenskomstens artikel 7 skal ske i overensstemmelse med "The Authorised OECD Approach"³⁸⁴. Denne tilgang udgør en to-trins test, som har til formål at afgrænse det selvstændige faste driftssted og dernæst fastsætte en armslængdepris for de koncerninterne transaktioner³⁸⁵. Afgrænsningen efter denne tilgang skal foretages efter en faktum- og funktionsanalyse³⁸⁶. Problemet kan her opstå, at indkomstallokeringen efter artikel 7 og artikel 9 i OECD's modeloverenskomst bliver forskellig, hvilket særligt er relevant i forhold til opgørelse af risiko.

I udgangspunktet vil risikoen efter artikel 9 allokeres til den, der har kontrollen over og kapaciteten til at bære risikoen³⁸⁷. Når en producent eller distributør omdannes til en mere simpel enhed, vil størstedelen af risikoen overgå til principalen, der ligeledes har kontrollen over risikoen³⁸⁸. Når principalen således bærer og kontrollerer risikoen, vil afkastet relateret til risikoen skulle beskattes i principalens hjemland, det vil sige domicilstaten. Artikel 7 anvender derimod en anden tilgang, idet der ikke foreligger kontrakter mellem principalen og det faste driftssted, da der reelt set ikke er tale om en selvstændig enhed. Derfor baseres risikoanalysen på baggrund af væsentlige personfunktioner som allokeringensnøgle³⁸⁹. Herefter allokeres indkomst til det faste driftssted, såfremt beslutningen om at acceptere risici er foretaget af en medarbejder i det faste driftssted³⁹⁰. I sådanne tilfælde vil afkastet skulle beskattes både hos principalen, som har fast driftssted i kildelandet efter artikel 5, og hos agenten/kommissionæren, som beskattes af den agent fee, der tildeles som følge af omstruktureringen³⁹¹. Derfor vil sådanne funktioner udført af en simpel form for enhed, for eksempel en agent, medføre at der opstår fast driftssted, hvortil der skal allokeres en indkomst³⁹².

³⁸² Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst artikel 7 (2014), pkt. 16.

³⁸³ Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst artikel 7 (2014), pkt. 16.

³⁸⁴ Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst artikel 7 (2014), pkt. 19.

³⁸⁵ Schmidt et al., 2015, side 182.

³⁸⁶ Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst artikel 7 (2014), pkt. 21.

³⁸⁷ OECD TPG, 2016, pkt. 1.60.

³⁸⁸ Se afhandlingens kapitel 3, Omstrukturering af forretningsmodeller.

³⁸⁹ OECD, Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, 2010, pkt. 21.

³⁹⁰ Schmidt et al., 2015, side 184 og Rosalem, 2010, side 26.

³⁹¹ Rosalem, 2010, side 26.

³⁹² Comments, 2016, side 11.

Som udgangspunkt burde indkomstallokeringen og beskatningen efter modeloverenskomstens artikel 7 og artikel 9 være ens. Dette lader dog ikke helt til at være tilfældet, hvorfor en omstrukturering foretaget i overensstemmelse med armslængdeprincippet efter OECD TPG kapitel IX kan have væsentlige konsekvenser for den efterfølgende beskatning, såfremt der foretages en centralisering af funktioner, aktiver og risici, som omdanner den omstrukturerede enhed til et fast driftssted. Det kunne derfor ønskes, at indkomstallokeringen, særligt i forbindelse med risiko, blev foretaget efter samme princip i OECD TPG kapitel IX og rapporten om fordeling af indkomst til faste driftssteder. Denne rapport er dog også under revidering, hvori det lader til, at emnet bringes til diskussion³⁹³. Det tyder således på, at OECD allerede er bekendt med problemstillingen. Udkastet til revideringen af rapporten er dog ikke behandlet nærmere i afhandlingen.

Delkonklusion

OECD TPG kapitel IX tenderer generelt til at anvende brede definitioner, hvilket har efterladt rum til fortolkning og usikkerhed for både skatteyder og skattemyndighed ved anvendelse af armslængdeprincippet. Dette gælder blandt andet, når koncerner omstrukturerer med henblik på at skabe og udnytte synergieffekter. I sådanne tilfælde er der risiko for, at de ønskede synergieffekter aldrig realiseres, hvorfor koncernen risikerer beskatning af et misvisende indkomstgrundlag. Dette øger ligeledes sandsynligheden for efterfølgende korrektioner. Ydermere medfører værdiansættelsen af synergieffekterne og fordelingen af de opnåede fordele en række omkostninger og administrative byrder for koncernen.

Endvidere leder testen om andre realistiske alternativer til flere kritiske spørgsmål, der går ubesvaret hen i OECD TPG kapitel IX. Dermed er omfanget af testen forbundet med usikkerheder og vil med sandsynligvis resultere i øgede omkostninger til dokumentation for skatteyder og til kontrol for skattemyndighed. De høje dokumentationskrav sammenholdt med princippet om, at en koncernintern omstrukturering skal identificeres korrekt, går potentielt udover hvad der er nødvendigt, for at bringe OECD TPG kapitel IX i overensstemmelse med BEPS-rapporterne. Generelt er dokumentationskravene byrdefulde for de multinationale koncerner, der skal anvende administrative og økonomiske

³⁹³ OECD, Discussion draft on Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, 2016, side 8.

ressourcer på at efterleve reglerne. Armslængdetesten i forbindelse med en omstrukturering er kompleks og omfangsrig, hvorfor der er store omkostninger forbundet med at foretage denne analyse samtidig med, at manglen på klarhed i TPG skaber et rum for fortolkning. Selvom koncerner således bruger mange ressourcer på at dokumentere omstruktureringen, er der således risiko for, at skattemyndighederne er uenige i koncernens anvendte interne afregningspriser, uanset at disse er underbygget med omfattende dokumentation.

Ydermere risikerer armslængdetesten at blive mangelfuld, når OECD anlægger en "separate entity approach", idet den ikke i tilstrækkelig grad tager højde for koncernens forretningsmæssige begrundelser for at omstrukturere på corporate level. Dette medfører, at der er betydelig risiko for, at skattemyndigheder ikke vurderer koncernens samlede fordele ved en koncernintern omstrukturering i skattemæssig henseende, hvorved den enkelte koncernenheds forretningsmæssige grunde til at omstrukturere afviger fra, hvad der gælder for koncernen som helhed.

OECD TPG kapitel IX leder også til skattemæssige konsekvenser på nationalt plan, såsom exitbeskatning. Exitbeskatning kan lede til, at en koncernenhed realiserer et økonomisk tab, fordi enheden beskattes af en "hypotetisk" indkomst, som ikke realiserer sig, ligesom exitbeskatningen kan lede til en reduceret likviditet for koncernenheden. Ved at omstrukturere risikerer koncernen således at blive pålagt en yderligere skat, hvilket muligvis kan have indflydelse på koncernens beslutning om at omstrukturere. Indtil videre tager OECD TPG kapitel IX ikke højde for dette.

Slutteligt risikerer koncernen at etablere fast driftssted i forbindelse med omstruktureringen. En omstrukturering foretaget i overensstemmelse med armslængdeprincippet efter OECD TPG kapitel IX kan have væsentlige konsekvenser for den efterfølgende beskatning. Dette skyldes blandt andet, at indkomstallokeringen efter artikel 7 og artikel 9 i OECD's modeloverenskomst bliver forskellig. Når en koncernenhed omstruktureres i overensstemmelse med armslængdeprincippet efter OECD TPG kapitel IX, risikerer koncernenheden dog stadig at danne fast driftssted efter artikel 5. Dermed skal indkomst allokere til det faste driftssted, som efter artikel 9 ikke ville være allokert hertil.

Konklusion

Målet for koncerner er som udgangspunkt at skabe værdi for koncernens aktionærer, hvilket kan realiseres ved at inddrage omstruktureringer i strategien på corporate level. Der er mange forskellige metoder til at omstrukturere, men fælles for metoderne er ønsket om omkostningsbesparelser. Særligt er omstruktureringer drevet af ønsket om at skabe stordriftsfordele, øget specialisering og en mere effektiv forsyningskæde. Foruden de operationelle faktorer kan skattemæssige hensyn have en konsekvens for omstruktureringen, idet omstruktureringen kan have indflydelse på koncernens effektive skattebetaling.

En forsimplet koncernstruktur består af en principal, en producent og en distributør, men vil i praksis være mere nuanceret og støttet af serviceenheder. Koncernenhedernes udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagne risici afspejler sig i koncernenhedernes forventede afkast, og har indvirkning på de anvendte prisfastsættelsesmetoder for de koncerninterne transaktioner. Når en koncern omstrukturer ved at centralisere, fratages en koncernenhed funktioner, aktiver og risici. Herved sker der en omdannelse af koncernenheden, som afspejler sig i et lavere forventet afkast, hvorved en større del af fortjenesten allokeres hos principalen eller en anden koncernenhed.

I løbet af de seneste 50 år har OECD-landene samarbejdet på skatteområdet om at skabe større ensartethed i det internationale skattesystem for blandt andet at undgå dobbeltbeskatning. Armslængdeprincippet udgør grundpillen for internationale transfer pricing regler og udspringer af modeloverenskomstens artikel 9, mens retningslinjerne for anvendelsen af armslængdeprincippet findes i TPG. I medfør af armslængdeprincippet skal priser og vilkår vedrørende kommercielle og finansielle forhold i koncerninterne transaktioner være i overensstemmelse med det uafhængige parter ville have aftalt i en lignende transaktion. Efter OECD TPG kapitel IX skal en koncernintern omstrukturering anerkendes, som den faktisk er udformet, så længe at armslængdeprincippet iagttages. Ved iagttagelse af armslængdeprincippet skal de kommercielle og finansielle forhold før og efter omstruktureringen identificeres på baggrund af en sammenlignelighedsanalyse bestående af fem sammenlignelighedsfaktorer. Der bør endvidere tages højde for den forretningsmæssige begrundelse for omstruktureringen.

gen og parternes andre realistiske alternativer. Armslængdetesten skal foretages som en helhedsvurdering af omstruktureringen, der samlet set skal være på armslængde, men ikke nødvendigvis afspejle separate armslængdeprisfastsættelser af de enkelte transaktioner.

En omstrukturering vil som udgangspunkt resultere i, at koncerninterne kontrakter bringes til ophør eller genforhandles. Derfor bør det undersøges, hvorvidt national ret hjemler ret til erstatning, hvorvidt en erstatningsklausul i kontrakten, eller mangel herpå, er på armslængdevilkår, og hvilken part der ultimativt bør bære erstatningsudgiften. Endelig bør armslængdeprincippet ikke anvendes anderledes for postomstrukturerede kontrollerede transaktioner end for kontrollerede transaktioner, som fra begyndelsen var struktureret på en måde, som afspejler resultatet af omstruktureringen. Stemmer priser og vilkår i den kontrollerede transaktion således ikke overens med armslængdeprincippet, kan en kontraherende stats skattemyndighed korrigere det pågældende foretagendes indkomst efter intern skatteret og beskatte i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

OECD TPG kapitel IX tenderer generelt til at anvende brede definitioner, hvilket har efterladt rum til fortolkning og usikkerhed for både skattemyndigheder og skatteydere ved anvendelse af armslængdeprincippet. Revideringen af kapitlet giver anledning til økonomiske konsekvenser i form af øgede administrative og økonomiske byrder ved dokumentationen af omstruktureringen, herunder den omfattende analyse af andre realistiske alternativer og værdiansættelsen af forventede synergieffekter. Det reviderede kapitel giver ydermere anledning til skattemæssige konsekvenser i form af øget risiko for skattemæssig korrektion af priser og vilkår i forbindelse med omstruktureringen. Det kommer særligt til udtryk, når koncernen skal værdiansætte forventede synergieffekter, idet der er risiko for at synergieffekterne ikke realiseres, og koncernen beskattes af en ikke realiseret indkomst. Endvidere risikerer armslængdetesten at blive mangelfuld ved anvendelse af en ”separate entity approach”, idet tilgangen ikke i tilstrækkelig grad tager højde for koncernens forretningsmæssige begrundelser for at omstrukturere på corporate level.

OECD TPG kapitel IX kan også lede til skattemæssige konsekvenser på nationalt plan, såsom exitbeskatning. Exitbeskatning kan medføre, at en koncernenhed realiserer et økonomisk tab, fordi enheden beskattes af en hypotetisk indkomst, som ikke realiserer sig, ligesom exitbeskatningen kan lede

til en reduceret likviditet for koncernenheden. Ved at omstrukturere risikerer koncernen således at blive pålagt en yderligere skat, hvilket muligvis kan have indflydelse på koncernens beslutning om at omstrukturere. Endelig risikerer koncernen at danne fast driftssted i forbindelse med omstrukturen af en koncernenhed. En omstrukturering foretaget i overensstemmelse med armslængdeprincippet efter OECD TPG kapitel IX kan have væsentlige konsekvenser for den efterfølgende beskatning. Dette skyldes blandt andet, at indkomstallokeringen efter artikel 7 og artikel 9 i OECD's modeloverenskomst bliver forskellig.

Perspektivering

Armslængdeprincippet har været igennem en omfattende udvikling siden sin introduktion og frem til i dag³⁹⁴, hvorfor forfattere som blandt andet Wittendorff taler for, at der må differentieres mellem det gamle og det nye armslængdeprincip. Uanset om Wittendorff har ret eller ej, så er der ingen tvivl om, at armslængdeprincippet i dag er enormt kompleks, og anvendelsen af princippet udgør en stor administrativ byrde for både skatteyder og skattemyndighed. Udviklingen af armslængdeprincippet har siden dets indførelse medført diverse ændringer og tilføjelser, der alle - ifølge OECD - har haft til formål at præcisere anvendelsen af armslængdeprincippet. Spørgsmålet opstår da, hvor længe OECD kan fortsætte med at præcisere og uddybe armslængdeprincippet for at holde det ajour med samfundets tendenser, eller om armslængdeprincippet efterhånden er under pres fra andre konkurrerende metoder.

De seneste præciseringer af armslængdeprincippet fokuserer på værdiskabelse og parternes faktiske adfærd fremfor, hvad de koncerninterne parter kontraktuelt har aftalt³⁹⁵. Dette gælder også for revideringen af OECD TPG kapitel IX. Særligt for kapitel IX har BEPS-projektet spillet en rolle, og revideringen vurderes fremover at have stor betydning for koncerners måder at omstrukturere på. Formålet med BEPS-projektet har blandt andet været at forhindre aggressiv skatteplanlægning, hvorved koncerner flytter særligt risici og immaterielle aktiver til lavskattelande. Ifølge Wittendorff har BEPS-projektet dog affødt en ny problemstilling, idet koncerners skatteplanlægning blot flyttes fra

³⁹⁴ Se afhandlingens kapitel 4.

³⁹⁵ Wittendorff, 2016 (B), side 34.

et sæt kriterier til et andet³⁹⁶. Wittendorff argumenterer for, at det fremover kan forventes, at koncerner i stedet flytter vigtige personfunktioner, hvilket i stedet skaber grobund for en endnu mere potent skatteplanlægning, idet personfunktioner ikke exitbeskattes³⁹⁷. Det vil altså sige, at der kan overdrages DEMPE-funktioner fra en koncernenhed til en anden koncernenhed uden at udløse exitbeskatning, men fremover vil den modtagende koncernenhed være berettiget til afkastet fra et givet immaterielt aktiv, selvom aktivet ikke er overdraget. Denne nye form for skatteplanlægning er selvfølgelig uhensigtsmæssig for skattemyndigheder, men lever i bund og grund op til formålet med, at indkomsten skal allokere i henhold til den værdiskabende aktivitet, idet indkomsten nu følger de værdiskabende økonomiske aktiviteter.

Det reviderede OECD TPG kapitel IX dæmper således ikke fuldstændig op for multinationale koncerners brug af aggressiv skatteplanlægning. Derudover er revideringen forbundet med store administrative byrder og stadige usikkerheder ved anvendelsen af armslængdeprincippet på koncerninterne omstruktureringer. Det kan således være nærliggende at undersøge, om der findes et alternativ til armslængdeprincippet i stedet for yderligere præciseringer af armslængdeprincippet. Tidligere er formelallokering blevet påpeget som et muligt alternativ til armslængdeprincippet, hvilket dog er blevet afvist af OECD. Ligeledes er et princip, der bygger på armslængdeprincippet, men med på forhånd fastsatte marginer til koncerninterne afregningspriser blevet forslået. Disse alternativer vurderes dog ikke umiddelbart at gøre behandlingen af koncerninterne omstruktureringer mindre byrdefuld eller i højere grad sikre "korrekt" indkomstallokering. Det skyldes, at koncerninterne omstruktureringer ofte er komplekse, hvorfor det ikke praktisk vil være muligt på forhånd at fastsætte marginer eller bestemme allokeringssnøgler. Fastsatte marginer eller allokeringssnøgler vil desuden højst sandsynligt blot medføre en ny form for aggressiv skatteplanlægning, hvor funktioner, aktiver og risici flyttes efter, hvordan favorable marginer eller allokeringssnøgler bedst muligt udnyttes. Sådanne på forhånd fastsatte marginer eller allokeringssnøgler må således anses for at være mest anvendelige på meget simple transaktioner.

Det vurderes således, at armslængdeprincippet fortsat må anses for at være den mest anvendelige metode til at sikre, at koncerninterne omstruktureringer foretages på markedsvilkår. Revideringen af

³⁹⁶ Wittendorff, 2016 (B), side 35.

³⁹⁷ Wittendorff, 2016 (B), side 35.

OECD TPG kapitel IX efterlader dog stadig rum til fortolkning, hvilket affødes af armslængdeprincippet noget mere subjektive tilgang til analysen, hvori der for priser og vilkår i koncerninterne transaktioner altid må foretages en konkret vurdering og lægges vægt på en del flere forhold, end de andre nævnte alternativer umiddelbart ville lægge op til.

Litteraturliste

Bøger

- Andersen, Ib: *Den Skinbarlige Virkelighed, om vidensproduktion indenfor samfundsvidenskaberne*. 4. udg. Forlaget Samfundslitteratur, 2008.
- Bakker, Anuschka J., (ed.); Stuffer, Werner og Dr. Nadine Hiller; Herksen, Monique van; Silberzterin, Caroline; Paardt, René van der og Ynze van der Tempel: *Transfer Pricing and Business Restructuring – Streamlining all the way*, IBFD, 2009.
- Blume, Peter: *Juridisk metodelære*, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.
- Bundgaard, Jakob og Jens Wittendorff, Skattekartoteket, kapitel 21 – Transfer Pricing, Magnus Informatik A/S, 2002.
- Bullen, Andreas; *Arm's Length Transaction Structures*, IBFD Doctorial Series Volume 20, 2011.
- Carroll, Peter og Aynsley Kellow: *The OECD*, Edward Elgar Publishing Limited, 2011.
- Chandler, D. Alfred: *Strategy and structure: Chapters in the industrial enterprise*, The MIT Press, 1962.
- Ferguson, Paul R. og Genys J. Ferguson: *Organisations – A Strategic Perspective*, Macmillan Press LTD, 2000.
- Foss, Nicolai J. og Tina Saebi: *Business Model Innovation: The Organizationl Dimension*, Oxford University Press, 2015.
- Gilson, Stuart C.: *Creating Value through corporate restructuring*, John Wiley & Sons, Inc., 2001.
- Johnson, Garry, Richard Whittington og Kevan Scholes: *Exploring Strategy; Text and Cases*, 11. udg., Pearson Education, 2017.
- Knudsen, Christian: *Økonomisk Metodologi*. Bd. 1: Videnskabsteori og forklaringstyper, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994.
- Mintzberg, Henry: *Tracking Strategies: Toward a general theory*, Oxford University Press, 2007.
- Porter, Michael E.: *Competitive advantage*, 1. udg., Free Press, 1995.
- Ross, Alf: *Om Ret og retfærdighed*. 1. udg. Nyt Nordisk Forlag, 1953.
- Schmidt, Peter Koerver, Michael Tell og Katja Dyppel Weber: *International skatteret – i et dansk perspektiv*, 1. udg., Hans Reitzels Forlag, 2015.
- Schön, Wolfgang og Kai A. Konrad (ed.): *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, 1. udg., Springer, 2012.
- Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder og Retsteori*, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.
- Winther-Sørensen, Niels: *OECD's modeloverenskomst 2014: Med kommentarer*, 6. udg., Karnov Group Denmark A/S, 2015.

- Winther-Sørensen, Niels, Jakob Bundgaard, Jens Wittendorff, Jan Pedersen, Kurt Siggaard, Inge Langhave Jeppesen, Malene Kerzel, Jane Ferniss, Claus Hedegaard Eriksen: *Skatteretten* 3, 6. udg., Karnov Group Denmark A/S, 2013.
- Wittendorff, Jens: *Transfer Pricing*, 1. udg., Karnov Group Denmark A/S, 2016 (A).
- Wittendorff, Jens: *Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret*, 1. udg., Karnov Group Denmark A/S, 2009.
- Yang, Xiaokai: *Economics: New Classical versus Neoclassical Frameworks*, Blackwell Publishers Inc., 2001.

Tidsskrifter og videnskabelige artikler

- Adams, C. og Graham, P.: The Role of Transfer Pricing in Tax Planning, *Transfer Pricing: A UK Perspective*, 1999
- Bakker, Anuschka & Cottani, Giammarco: Transfer Pricing and Business Restructuring: The Choice of Hercules before the Tax Authorities, *International Transfer Pricing Journal*, 2008, Vol. 15 no. 6 s. 272-282.
- Beierholm, Ann-Charlotte og Søren Jesper Hansen: OECD's "Bare Erosion and Profit Shifting" initiative, *Skat Udland*, 2013, side 272 ff.
- Bowman, Edward H. og Harbir Singh: Corporate Restructuring: Reconfiguring the Firm, *Strategic Management Journal*, 1993, side 5-14.
- Bowman, Edward H., Habir Singh, Michael Useem og Raja Bhadure: When Does Restructuring Improve Economic Performance?, *California Management Review*, 1999, side 33-54.
- Campbell, Andrew, Svem Kunisch og Günter Müller-Stewens: To centralize or not to centralize, *McKinsey Quarterly*, 2011.
- Castro, Leonardo F.M.: Treatment of Synergy for Transfer Pricing Purposes: Code Secs. 367 (d), 482 and 936 – A Critical Analysis Based on TAM 200907024 and the Obama Administration's Proposals, *International Tax Journal*, 2011, s. 39-64.
- Defee, C. Clifford og Theodore P. Stank: Applying the strategy-structure-performance paradigm to the supply chain environment, *The International Journal of Logistics Management*, 2005, Vol. 16, no. 1, s. 28-50.
- Falk, Ria og Michael Sørensen: Fornyet focus på transfer pricing, *Revision og regnskabsvæsen*, 1997, nr. 6, s. 1 ff.
- Kerkmeester, Heico: Methodology: General. I, *Erasmus University of Rotterdam*, 1999, s. 383-401.
- Liaugminaitė, Giedrė: Recognition of the Actual Transactions Undertaken, *International Transfer Pricing Journal*, 2010, s. 107-137.

- Lowell, Cym H. og Matthew Herrington: Planning for Multilateral Tax controversy on the Post-BEPS World, *International Transfer Pricing Journal*, 2015, side 281-296.
- Michelsen, Aage: Retskildepolycentri i skatteretten, *SR-Skat*, 1996, side 183 ff.
- Michelsen, Aage: Kommentarer til udvalgte afgørelser, *Revision og regnskabsvæsen*, Skattemæssige meddelelser, 1998, side 41 ff.
- Noes, Philip: OECD's foreløbige rapport om Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings, *Skat Udland*, 2008, side 388 ff.
- Okholm, Klaus: BEPS – Konsekvenser for den mellemstore virksomhed, *SR-Skat*, 2016, side 164 ff.
- Ottosen, Arne Møllin og Vistisen, Eduardo: OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspect of Business restructurings, *International Transfer Pricing Journal*, 2009, Vol. 16, no. 4.
- Porter, Michael E.: What is Strategy?, *Harvard Business Review*, November-December, 1996, p. 60.
- Rasmussen, Pernille Nygaard og Erik Andresen: Koncerninterne rekonstruktioner – ny OECD rapport i praksis, *Revision og Regnskabsvæsen*, 2009, nr. 6, s. 74ff.
- Rosalem, Francine Barreiros: The Agent Permanent Establishment Reconsidered: Application of Art. 5, 7 and 9 of the OECD Model Convention, *International Transfer Pricing Journal*, 2010, side 12-33.
- Vega, Alberto: International Governance through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines, *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, 2012.
- Wittendorff, Jens: The Object of Art. 9(1) of the OECD Model Convention: Commercial or Financial Relations, *International Transfer Pricing Journal*, 2010, side 200-212.
- Wittendorff, Jens: Nyt armslængdeprincip, *Skat Udland*, 2016 (B), nr. 6, side 34 ff.

Lovgivning og lovforslag

- Lovforslag nr. L 101: Forslag til lov om ændring af ligningsloven, selskabsskatteloven og skattekontrolloven (Lovfæstelse af armslængde princippet og værn mod tynd kapitalisering), 1997-1998.

Rapporter

- Center for Tax Policy and Administration (CTPA): *OECD Work on Taxation*, 2016.
- Center for Tax Policy and Administration (CTPA): *Roundtable Discussions on Business Restructuring*, 2005.
- OECD: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, 2010 (OECD TPG, 2010).
- OECD/G20: *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, OECD Publishing, 2016 (OECD TPG, 2016).
- OECD/G20: *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, OECD Publishing, 2015 (OECD TPG, 2015).

- OECD: *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Discussion Draft for Public Comment 19 September 2008 to 19 February 2009*, Center for Tax Policy and Administration, 2008 (OECD TPG Discussion Draft, 2008).
- OECD/G20: *Base Erosion and Profit Shifting Project 2015 Final Reports*, Information Brief, 2015.
- OECD: *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013.
- OECD: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013.
- OECD: *Conforming Amendments to Chapter IX of the Transfer Pricing Guidelines, Comments received on document for public review*, OECD Publishing, 2016 (Comments, 2016).
- OECD: *Conforming Amendments to Chapter IX of the Transfer Pricing Guidelines, Document for public review*, OECD Publishing, 2016 (OECD TPG, 2017).
- OECD: *Report on the Attribution on Profits to Permanent Establishments*, OECD Publishing, 2010.
- OECD: *Discussion Draft on Additional Guidance on the Attribution on Profits to Permanent Establishments*, OECD Publishing, 2016.

Domsliste

- Kamarrätten i Göteborgs dom af 18. december 2012, sags nr. 7954-11.
- Kamarrätten i Göteborgs dom af 3. juni 2008, sags nr. 819-07.
- Kamarrätten i Göteborgs dom af 10. december 2012, sags nr. 2779-2782-11.
- RÅ 1979 1:98
- SKM2005.5.HR
- SKM2007.415.SR
- SKM2010.649.V
- TfS 2000,686 LSR

Andet

- SKAT: *Den juridiske vejledning*, version: 2.7-31.01.2017.

Hjemmesider

- <http://www.business.dk/investor/den-globale-oekonomi-viser-haardnakket-vaekst>, 23. januar 2017.
- <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/internationalconferenceontransferpricingandcustomsvaluation.htm>, 23. januar 2017. <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/#d.en.194378>, 12. marts 2017.
- <http://www.oecd.org/about/history/>, 12. marts 2017.

- <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecdengagesdialogueonbusinessrestructuring2ndctparound-tablefocusedonbusinessrestructuring.htm>, 14. marts 2017.
- <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/Tax/us-tax-beps-changes-transfer-pricing-cost-contribution-arrangements.pdf>, 30. marts 2017.
- <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/list-oecd-member-countries.htm>, 3. maj 2017.
- <http://www.bbc.com/news/magazine-20560359>, 8. maj 2017.

Bilag

Bilag 1: OECD lande³⁹⁸

Australien	Luxembourg
Belgien	Mexico
Canada	New Zealand
Chile	Norge
Danmark	Polen
Estland	Portugal
Finland	Slovakiet
Frankrig	Slovenien
Grækenland	Spanien
Holland	Storbritannien
Irland	Sverige
Island	Tjekkiet
Israel	Tyrkiet
Italien	Tyskland
Japan	Ungarn
Korea	USA
Letland	Østrig

³⁹⁸ <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/list-oecd-member-countries.htm>.