



BEPS projektets opdatering af Transfer Pricing Guidelines om immaterielle rettigheder, og disses påvirkning af danske koncerner

The effect of the BEPS project's development of Transfer Pricing Guidelines regarding intangibles for Danish enterprises

- En teoretisk og praktisk analyse af konsekvenserne for danske koncerner af BEPS projektets opdatering af Transfer Pricing Guidelines Kapitel 1, 6 og 9

Copenhagen Business School

Kandidatafhandling

Cand.merc.aud

Christian Præstegaard Ebert

Rasmus Lenvig Havskov Hansen

Dato: 15. maj 2017

Vejleder: Erik Andresen

Antal fysiske sider: 120

Antal tegn: 272.345

Antal normalsider: 119,71

Abstract

Due to recent years' focus on aggressive tax planning, OECD launched the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) project in February 2013. This was meant to put an end to BEPS situations, and make it impossible for multinational entities to avoid taxation. Some of the Action Points in the BEPS project were addressed at updating the Transfer Pricing Guidelines. The purpose of Action Point 8-10 was specifically to align Transfer Pricing outcomes with value creation, and to update the guidelines regarding intangibles, which were unmodified since the introduction in 1995.

This thesis analyzes the theoretical and practical challenges multinational entities are dealing with regarding Transfer Pricing outcome in regards to their intercompany transfer of intangibles. The point of view is from a Danish parent company, which have controlled cross-border transactions with its subsidiaries.

The Transfer Pricing Guidelines have undergone extensive updating due to the international economic environment's need for further clarification. These updates made it more clear how profit shall be allocated according to the guidelines, however correspondingly more complicated.

In the updated TPG Chapter 6, regarding intangibles, focus have changed. A new far-reaching definition of intangibles is introduced. Moreover, important functions regarding intangibles are specified as DEMPE, and the economic ownership is now more important than legal ownership. Furthermore, profit allocation is based on competencies and risk, and not performance. Finally, a whole new section has been added, regarding Hard-To-Value Intangibles (HTVI). These can now be taxed based on ex post results, due to the information asymmetry between taxpayer and tax administrations. This initiative conflicts with the previous arm's length principle, because it is not consistent with the behavior of independent parties. Moreover, the implementation of the updated TPG chapters makes it possible for Danish tax authorities to make corrections using the new updated chapters in years prior to the BEPS project's launch.

The updates to Chapter 1, regarding allocation of profit, states that compensation shall be based on actually controlled and assumed risk. Risk is divided into operating and financial risk, where operating risk is the most significant one, which allows for a greater compensation than financial risk. Updates to Chapter 1 and 6 made it necessary to correspondingly update Chapter 9. At the moment, only a discussion is draft is published. This is analyzed in this thesis to understand the new agenda from OECD.

Furthermore, this thesis discusses the practical challenges of a business restructuring involving intangibles, and it is illustrated what a Danish parent company in a multinational entity should be aware of due to the updated TPG chapters.

Indholdsfortegnelse

Abstract.....	2
1 Indledning.....	6
1.1 Indledning	6
1.2 Formål	8
1.3 Problemformulering.....	8
1.4 Afgrænsning.....	10
1.5 Metode og struktur.....	11
1.5.1 Dataindsamling og kildekritik	11
1.5.2 Afhandlingens struktur	13
2 Dansk Ret og formålet med BEPS projektet.....	15
2.1 Forholdet mellem OECD's BEPS projekt og dansk ret	15
2.2 Formålet med BEPS projektet	18
3 TPG 2010, Kapitel 6.....	20
3.1 TPG 2010, Kapitel 6	20
3.1.1 TPG 2010, Kapitel 6, Sektion C.4.....	22
3.2 Delkonklusion	23
4 TPG Kapitel 6 – Immaterielle rettigheder.....	24
4.1 Revised Discussion Draft fra 2013	25
4.1.1 Identifikation af immaterielle rettigheder – RDD 2013, Kapitel 6 A.....	27
4.1.2 Ejerskab af immaterielle rettigheder og transaktioner involverende DEMP funktioner – RDD 2013, Kapitel 6 B.....	32
4.1.3 Transaktioner indeholdende anvendelse eller salg af immaterielle rettigheder – RDD 2013, Kapitel 6 C	35
4.1.4 Supplerende vejledning til fastsættelse af armslængdevilkår i situationer omhandlende immaterielle rettigheder – RDD 2013, Kapitel 6 D.....	36
4.2 Kommentarer fra interessenter til RDD 2013.....	37
4.2.1 Kommentarer fra BusinessEurope	38
4.2.2 Kommentarer fra Deloitte.....	41
4.3 TPG Kapitel 6 2016 – Final Action 8-10	43
4.3.1 Identifikation af immaterielle rettigheder – Final Action 8-10, Kapitel 6 A	44
4.3.2 Ejerskab af immaterielle rettigheder og transaktioner involverende DEMPE – Final Action 8-10, Kapitel 6 B.....	45

4.3.3 Transaktioner indeholdende anvendelse eller salg af immaterielle rettigheder – Final Action 8-10, Kapitel 6 C.....	48
4.3.4 Supplerende vejledning til fastsættelse af armslængdevilkår i situationer omhandlende immaterielle rettigheder – Final Action 8-10, Kapitel 6 D	48
4.4 Lyttede OECD til kommentarerne fra interessenterne?	49
4.5 Konsekvenser for et dansk moderselskab i en multinational koncern	51
4.6 Delkonklusion	53
5 TPG Kapitel 1, Sektion D – Identifikation af transaktioner.....	55
5.1 Discussion Draft on Chapter 1	55
5.1.1 DD on Chapter 1, Part 1	55
5.1.2 DD on Chapter 1, Part 2	62
5.2 Kommentarer fra interessenter til DD on Chapter 1	64
5.2.1 Kommentarer fra BusinessEurope	65
5.2.2 Kommentarer fra Deloitte.....	67
5.3 TPG Kapitel 1 2016 – Final Action 8-10	68
5.4 Lyttede OECD til kommentarerne fra interessenterne?	70
5.5 Konsekvenser for et dansk moderselskab i en multinational koncern	71
5.6 Delkonklusion	71
6 Hard-To-Value Intangibles	73
6.1 DD on HTVI.....	73
6.2 Kommentarer fra interessenter til DD on HTVI.....	77
6.2.1 Kommentarer fra BusinessEurope	77
6.2.2 Kommentarer fra Deloitte.....	78
6.3 Final Action 8-10 – HTVI Guidance	80
6.3.1 D.3 – Immaterielle rettigheder der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet	80
6.3.2 D.4 – Hard-To-Value Intangibles (HTVI).....	81
6.3.3 D.5 – Supplerende vejledning til behandling af transaktioner med immaterielle rettigheder, som vedrører slag af varer eller services	83
6.4 Lyttede OECD til kommentarerne fra interessenterne?	83
6.5 Konsekvenser for et dansk moderselskab i en multinational koncern	84
6.6 Delkonklusion	86
7 TPG Kapitel 9 – Business Restructurings.....	87
7.1 DD on Chapter 9.....	87
7.1.1 Anvendelsesområde	88

7.1.2 Anvendelse af armslængdeprincippet i relation til omstruktureringer	88
Kapitel 7.2 Delkonklusion	93
8 Case – InnoPharma koncernen	94
8.1 InnoPharma koncernen	94
8.1.1 InnoPharma koncernens baggrund	94
8.1.2 InnoPharma A/S	95
8.1.3 F&U A/S	101
8.1.4 Klinisk Test GmbH	102
8.1.5 Produktion SA	102
8.1.6 Distribution SA	103
8.2 Koncernintern omstrukturering	103
8.2.1 Immaterielle rettigheder	104
8.2.2 Flyttede funktioner	104
8.2.3 Juridisk ejerskab	105
8.2.4 Økonomisk ejerskab	105
8.2.5 Risici	105
8.3.6 Kompensation	106
8.3 InnoPharma koncernen efter omstrukturering	109
8.4 Efterfølgende begivenheder	110
9 Diskussion – Bryder OECD med armslængdeprincippet?	113
10 Konklusion	116
11 Perspektivering	119
Litteraturliste	122
Bilag 1 – Faser i udvikling af et nyt lægemiddel	125
Bilag 2 – Begrebsdefinitioner	126
Bilag 3 – Figuroversigt	127

1 Indledning

1.1 Indledning

Den økonomiske betydning af, og offentlighedens fokus på, selskabers skattebetaling er steget gennem de seneste 10 år. Dette skyldes til dels finanskrisen, som har haft betydelig indflydelse for store dele af den vestlige verden. Derudover har visse store multinationale koncerner været i fokus, som følge af aggressiv skatteplanlægning og lukrative skatteaftaler. Disse forhold har betydet, at nogle multinationale koncerner ikke har betalt, hvad der i befolkningen er blevet anskuet som, en fair andel i selskabsskat.¹ Dette har skabt stor omtale i medier, og et pres og fokus fra befolkninger, som ikke føler det rimeligt, at de selv skal betale højere skat, for at dække for selskabers omgåelse af reglerne.

Formålet med Transfer Pricing (TP) reglerne er at sikre, at multinationale koncerner ikke får en konkurrencemæssig fordel i forhold til mindre virksomheder, som følge af de forskellige skattesystemer landene imellem. Det fremgår af OECD's modeloverenskomsts Artikel 9, at koncernforbundne parter skal handle på armslængdevilkår. Armslængdevilkår er nærmere defineret i OECD's Transfer Pricing Guidelines (TPG), som er vejledning i anvendelsen af modeloverenskomstens Artikel 9. Det er vigtigt at fastslå, at overvejelserne om Transfer Pricing ikke skal forveksles med skattesnyd, -svig eller -omgåelse, selvom der kan være en sammenhæng herimellem. TPG fastslår, at ved anvendelsen af armslængdevilkår skal koncernforbundne parter prisfastsætte interne transaktioner, som var det uafhængige transaktioner. Når uafhængige parter handler med hinanden, er det per definition armslængdevilkår, hvilket sikres af de modstridende interesser.²

Problemstillingen er, at koncernforbundne parter ikke har denne modstridende interesse, når de handler internt. Overordnet er formålet i koncernen at sikre den største mulige profit. I denne optimering spiller skattebetaling typisk en vigtig rolle, idet der er forskel på skattesystemerne fra land til land, og da det oftest er en betydelig del af overskuddet, der betales i skat. Derfor kan der ved koncernforbindelse opstå situationer, hvor det vil være fordelagtigt at lave transaktioner, som ikke nødvendigvis gavner det enkelte selskab, men som derimod gavner koncernen som helhed. Dette kan skyldes, at et land har lavere selskabsskattesats end et andet, og det er derfor fordelagtigt at få allokere mest mulig profit i dette land. Dette har de seneste år været fremme i medierne, hvor særligt landene Luxembourg, Panama og Irland har været omtalt.

Problemstillingerne i forhold til disse sager har imidlertid ikke udelukkende været Transfer Pricing. Seneste eksempel på dette er den bøde, som Apple har fået af EU-kommissionen, for at have lavet en skatteaftale med Irland. Dette blev af EU-kommissionen erklæret som en uretmæssig skattefordel, hvorfor

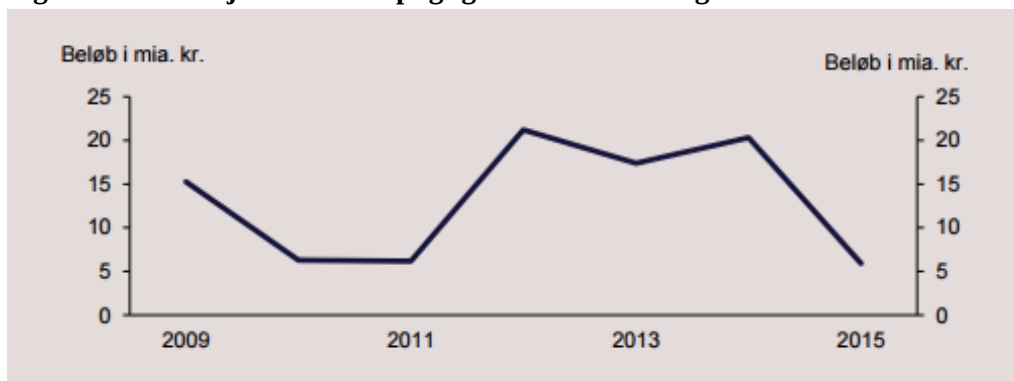
¹ Schmidt, 2015, s. 1-2

² TPG 2010, s. 31-32

Apple blev idømt en bøde på 97 milliarder danske kroner.³ Lignende sager om uretmæssige skattefordele sås i 2015 for Fiat og Starbucks i henholdsvis Luxembourg og Holland.⁴ Dette er et stort fokus for EU-kommissionen, og er med til at understrege relevansen af BEPS projektet, og herunder opdateringen af Transfer Pricing Guidelines.

Det anslås, at op mod 70% af al verdenshandel i dag foregår mellem koncernforbundne selskaber.⁵ Derfor er der stort fokus fra SKATs side på at kontrollere, at prisfastsættelsen af disse transaktioner sker i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Dette skyldes, at man ikke ønsker, at der uretmæssigt udflyttes skatteprovenu. Som det fremgår af Figur 1.1 nedenfor, er der fra 2010-2014 sket en stor stigning i de beløb, som SKAT har forhøjet virksomheders indkomst med grundet Transfer Pricing. I 2014 var tallet over 20 milliarder danske kroner, mens det i 2015 faldt til små 6 milliarder danske kroner.⁶ Det er endnu for tidligt at udlede, hvorvidt selskaberne er blevet bedre til at overholde armslængdeprincippet ved koncerninterne transaktioner på baggrund af udviklingen i 2015.

Figur 1.1 – Forhøjelse af skattepligtig indkomst i TP sager



Kilde: Skatteministeriet 2016

De enkelte lande har selv skullet implementere OECD's Transfer Pricing regler i national lovgivning, og som følge af forskellige dokumentationskrav, er der med OECD's BEPS projekt fokus på at skabe en større ensartethed og gennemskuelse af Transfer Pricing reglerne. Dette indebærer en opdatering af TPG, hvor særligt de nye regler om Hard-To-Value Intangibles (HTVI) er relevante for mange koncerner, da en større del af virksomhedernes aktiver er immaterielle. Immaterielle rettigheder er et særligt fokuspunkt i BEPS projektets Action Point 8, D.3-4, som er en del af Action Point 8-10, der overordnet omhandler Transfer Pricing problemstillingerne i relation til, at profit skal allokeres og beskattes, hvor værdien skabes.

³ TV2, 29.09.2016

⁴ Horten, 29.09.2016

⁵ Skatteministeriet 2015, 29.09.2016

⁶ Skatteministeriet 2016, 29.09.2016

1.2 Formål

Som det følger af indledningen, er det relevant for mange selskaber at have en forståelse for udviklingen i TPG. Som følge af, at TPG udgaven fra 2010 på visse områder ikke var tidssvarende grundet øget digitalisering og stor udvikling inden for immaterielle rettigheder, er der betydelige opdateringer, som følge af arbejdet med BEPS projektet og opdateringen af diverse TPG kapitler. Problemstillingen for OECD består i, at det er et krav, at alle OECD medlemslande skal være enige om de nye guidelines. Derfor vil formuleringerne tillade et vist spillerum for de enkelte stater. Da der særligt de seneste 20 år er sket en stor udvikling inden for immaterielle rettigheder, er det relevant at analysere, hvordan de nye regler for immaterielle rettigheder er blevet til, herunder særligt de såkaldte HTVI, og hvordan dette påvirker danske moderselskaber i multinationale koncerner.

De danske skatteregler på TP området er afledt af OECD's modeloverenskomst og TPG, hvorfor den nye vejledning om immaterielle rettigheder, som udarbejdes som en del af BEPS projektet, vil have direkte indvirkning på de regler, som danske moderselskaber i multinationale koncerner skal agere efter. Derfor skal disse koncerner være opmærksomme på, hvordan retningslinjerne udvikler sig, og hvilke konsekvenser dette vil få for de enkelte selskaber. Derfor analyseres i nærværende afhandling betydningen af de nye regler for immaterielle rettigheder, HTVI, resultatfordeling og omstrukturering for danske koncerner, som følge af opdateringen af TPG fra 2010 til det reviderede Kapitel 6 og 1 i BEPS projektets Action Point 8-10, og det deraf følgende forslag til opdatering af TPG Kapitel 9.

1.3 Problemformulering

Denne afhandling omhandler tilblivelsen af de nye TP regler ved overdragelse af immaterielle rettigheder, og hvilke udfordringer de nye regler medfører for et dansk moderselskab i en multinational koncern ved både overdragelse og resultatfordeling.

Afhandlingen omhandler tilblivelsen af det nye Kapitel 6 om immaterielle rettigheder i TPG 2016, som udspringer af Action 8-10 i BEPS projektet. Særligt omhandler afhandlingen immaterielle rettigheder der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet, hvorfor denne del af TPG Kapitel 6 analyseres i et særskilt afsnit i afhandlingen. De opdaterede guidelines om immaterielle rettigheder udspringer af Action Point 8-10 i BEPS projektet, med det formål, at resultatfordelingen i en koncern skal afspejle værdiskabelsen. I denne sammenhæng er det derfor relevant at kigge på tilblivelsen af det opdaterede TPG Kapitel 1, som netop omhandler resultatfordeling. Hvis en koncern omstrukturerer, således at immaterielle rettigheder overgår fra et koncernselskab til et andet, vil reglerne i TPG Kapitel 6 finde anvendelse. Da omstrukturering er tæt forbundet med overførsel af immaterielle rettigheder, vil

afhandlingen også berøre det udkast, der i skrivende stund er udarbejdet som forslag til erstatning af TPG Kapitel 9 om koncernintern omstrukturering. Disse overvejelser har afledt følgende problemformulering:

Hvordan har Transfer Pricing reglerne for immaterielle rettigheder, herunder særligt immaterielle rettigheder der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet, samt resultatfordeling, udviklet sig i forbindelse med BEPS projektets Action Point 8-10, og hvad er konsekvenserne for et dansk moderselskab i en multinational koncern?

Problemformuleringen søges besvaret ved hjælp af følgende underspørgsmål:

- Hvilken påvirkning af dansk ret har OECD's løbende arbejde med TPG?
- Hvilke mangler var der i TPG 2010, Kapitel 6, som initierede OECD's arbejde omkring BEPS projektets Action 8-10, og førte til en opdatering af kapitlet?
- Hvordan udviklede det opdaterede TPG Kapitel 6 sig i forbindelse med BEPS projektet, hvilke kommentarer har interessenter haft i forbindelse med tilblivelsen af kapitlet, og hvilke konsekvenser vurderes disse nye regler at have for et dansk moderselskab i en multinational koncern?
- Hvordan påvirker de nye regler om "Hard-To-Value Intangibles" et dansk moderselskab i en multinational koncern, og hvilke kommentarer havde interessenter i forbindelse med tilblivelsen af reglerne?
- Hvordan påvirker det nye TPG Kapitel 1, Sektion D, resultatfordelingen i en koncern med immaterielle rettigheder, og hvilke kommentarer har der været fra interessenter i forbindelse med opdateringen af denne sektion?
- Hvordan vil udkastet til et nyt TPG Kapitel 9 om omstrukturering udløse reglerne om overførsel af immaterielle rettigheder?
- Hvordan skal et dansk moderselskab i en multinational koncern i praksis applikere de opdaterede regler i TPG Kapitel 1 og 6 i forbindelse med en omstrukturering, hvor immaterielle rettigheder indgår?

Ovenstående problemformulering og underspørgsmål vil blive behandlet i afhandlingens analytiske kapitler. Afsnittene omhandlende OECD's inddragelse af kommentarer fra interessenter og konsekvenserne for danske moderselskaber i multinationale koncerner, vil være baseret på forfatternes egne vurderinger. Sidste underspørgsmål vil blive besvaret ved hjælp af en illustrativ case, som fremhæver samspillet mellem analyserne, for at tydeliggøre konsekvenserne for et dansk moderselskab i en multinational koncern. Slutteligt vil armslængdeprincippet som allokeringsnorm blive diskuteret i forhold til de analytiske kapitler.

1.4 Afgrænsning

Afhandlingen indeholder en teoretisk analyse, som fokuserer på problemstillinger, der udspringer af de nye kapitler i TPG omhandlende immaterielle rettigheder, herunder HTVI, resultatfordeling og omstrukturering. Nærværende afhandling er derfor afgrænset fra at berøre andre Action Points i BEPS projektet end Action Point 8-10, og andre kapitler i TPG end Kapitel 1, 6 og 9.

I relation til problemstillingen, som vedrører immaterielle rettigheder, vil der i afhandlingen blive behandlet forhold vedrørende værdiansættelse, men det er ikke formålet at lave konkrete beregninger, hvorfor afhandlingen er afgrænset fra dette.

OECD's arbejde vedrørende BEPS projektet implementeres i alle OECD's medlemslande, men kan implementeres af alle lande. Afhandlingen afgrænses fra den specifikke implementering i andre lande end Danmark.

Afhandlingen fokuserer på forhold for koncerner bestående af et dansk moderselskab i selskabsform ApS eller A/S, med 100% ejede datterselskaber i Danmark og i udlandet. Alle datterselskaber har samme karakteristika som et dansk kapitalselskab. Alle landende hvor koncernen har selskaber er underlagt TPG. Afhandlingen er således afgrænset fra at behandle transaktioner med fysiske personer, faste driftssteder, interessentskaber eller andre selskabsformer.

Forhold omkring moms, selskabsskat, medarbejdere og selskabsretlige forhold vil ikke i sig selv blive behandlet i nærværende afhandling, ligesom forskellige skatteregler landende imellem ej heller er genstand for undersøgelse i afhandlingen.

Forhold omkring selskabernes TP dokumentation ved overførsel af immaterielle rettigheder vil ikke blive belyst i nærværende afhandling, der alene behandler reglerne omhandlende identifikation, afgrænsning og værdiansættelse af transaktionerne.

Afhandlingen indeholder en illustrativ case, hvis formål er at demonstrere de i afhandlingen analyserede problemstillinger, og forholde reglerne til et dansk moderselskab i en multinational koncern. Det er ikke casens formål at illustrere alle TP problemstillinger selskabet måtte stå overfor, ligesom det ikke er casens formål at komme med en beløbsmæssig angivelse af konsekvenserne af de opdaterede regler i TPG. Som følge heraf er casen afgrænset fra disse forhold.

For at kunne færdiggøre arbejdet med nærværende afhandling, inden for de af CBS fastsatte tidsfrister, har det været nødvendigt at lave en tidsmæssig afgrænsning. Nærværende afhandling medtager derfor ikke information, som offentliggøres efter 1. april 2017.

1.5 Metode og struktur

Dette afsnit redegør for den i afhandlingen anvendte metode, kritik af de anvendte kilder samt overblik over afhandlingens struktur.

I afhandlingen anvendes juridisk metode for at besvare problemformuleringen. Udviklingen af TPG beskrives, fortolkes, analyseres og systematiseres ved hjælp af den juridiske retsdogmatiske metode, hvor gældende ret forsøges udledt.⁷ Gældende ret er et udtryk for, hvad domstolenes højeste instans må forventes at komme frem til ved en domstolsprøvelse. Til dette anvendes retskilder efter retshierarkiet. Sammenhængen mellem dansk ret, OECD's modeloverenskomst og TPG som fortolkningsbidrag til Ligningslovens (LL) § 2, stk. 1, gennemgås i afhandlingens kapitel 2.1.

1.5.1 Dataindsamling og kildekritik

I nærværende afhandling benyttes retskilder i form af materielle danske skatteregler, som eksempelvis LL § 2, og fortolkningsbidrag til denne fra OECD's Modeloverenskomst og TPG. En nærmere gennemgang af dette er behandlet i afhandlingens kapitel 2.1. Derudover inddrages kommentarer fra interessenterne BusinessEurope og Deloitte til de "Discussion Drafts" (DD), der er udgivet af OECD i forbindelse med udarbejdelse af de endelige rapporter under BEPS projektet. Dette er kvalitative data, som er udtryk for de to interessenters holdninger, og den organisation eller virksomhed de repræsenterer. De to interessenter er valgt ud fra det omfattende kommentarmateriale, der er givet til de DD, som OECD har udgivet. De to udvalgte interessenter er nærmere gennemgået i afhandlingens kapitel 1.5.1.1 og kapitel 1.5.1.2. Det er vigtigt at pointere, at BusinessEurope som organisation og Deloitte som konsulenthus begge har holdningsprægede kommentarer, og at begge interessenter taler i favør af virksomheder og ikke myndigheder. OECD har modsætningsvis, med deres BEPS projekt, et erklæret mål om at udarbejde regler, der skal hindre, at profit uberettiget bliver flyttet over landegrænser, såkaldte BEPS situationer. OECD skal hermed ikke forstås som mellemlid mellem skatteydere og skattemyndigheder, eller til en af disses favør. OECD er en organisation, der, på trods af input fra interessenter og skattemyndigheder, skal forsøge at leve op til det erklærede mål.

Alle benyttede kilder er sekundær data,⁸ og analyserne bliver således udarbejdet på baggrund af eksterne datakilder.

⁷ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 31-33

⁸ Andersen, 2009, s. 23

1.5.1.1 BusinessEurope

BusinessEurope er en organisation, hvis medlemmer er store nationale brancheorganisationer. Fra Danmark er Dansk Industri medlem. BusinessEurope repræsenterer mere end 20 millioner europæiske små, mellemstore og store selskaber på tværs af 34 europæiske lande.⁹ BusinessEurope blev stiftet i 1958. Agendaen for BusinessEurope er vækst og konkurrence inden for Europa. BusinessEurope er valgt, da de repræsenterer virksomheder af alle størrelser, og dermed må formodes at give kommentarer og komme med forslag, der er til fordel for virksomhederne.

1.5.1.2 Deloitte

Deloitte er en international revisions- og rådgivningsvirksomhed, som har kontorer over hele verden. Deloitte leverer revisionsydelser og rådgivning inden for skat, risikostyring og finansielle forhold.¹⁰ Deloitte er valgt, da Deloitte har en stor ekspertise inden for rådgivning vedrørende afhandlingens berøringsflade, hvorfor Deloittes kommentarer kan udfordre standpunkter, som OECD kommer med. Deloitte formodes at have motiver, der taler til selskabernes favør, men også at demonstrere deres faglighed på, og interesse for, området, for at forblive blandt de førende rådgivningshuse. Deloittes incitamenter adskiller sig derfor i nogen grad fra BusinessEurope, hvorfor kommentarerne fra disse interessenter komplementerer hinanden.

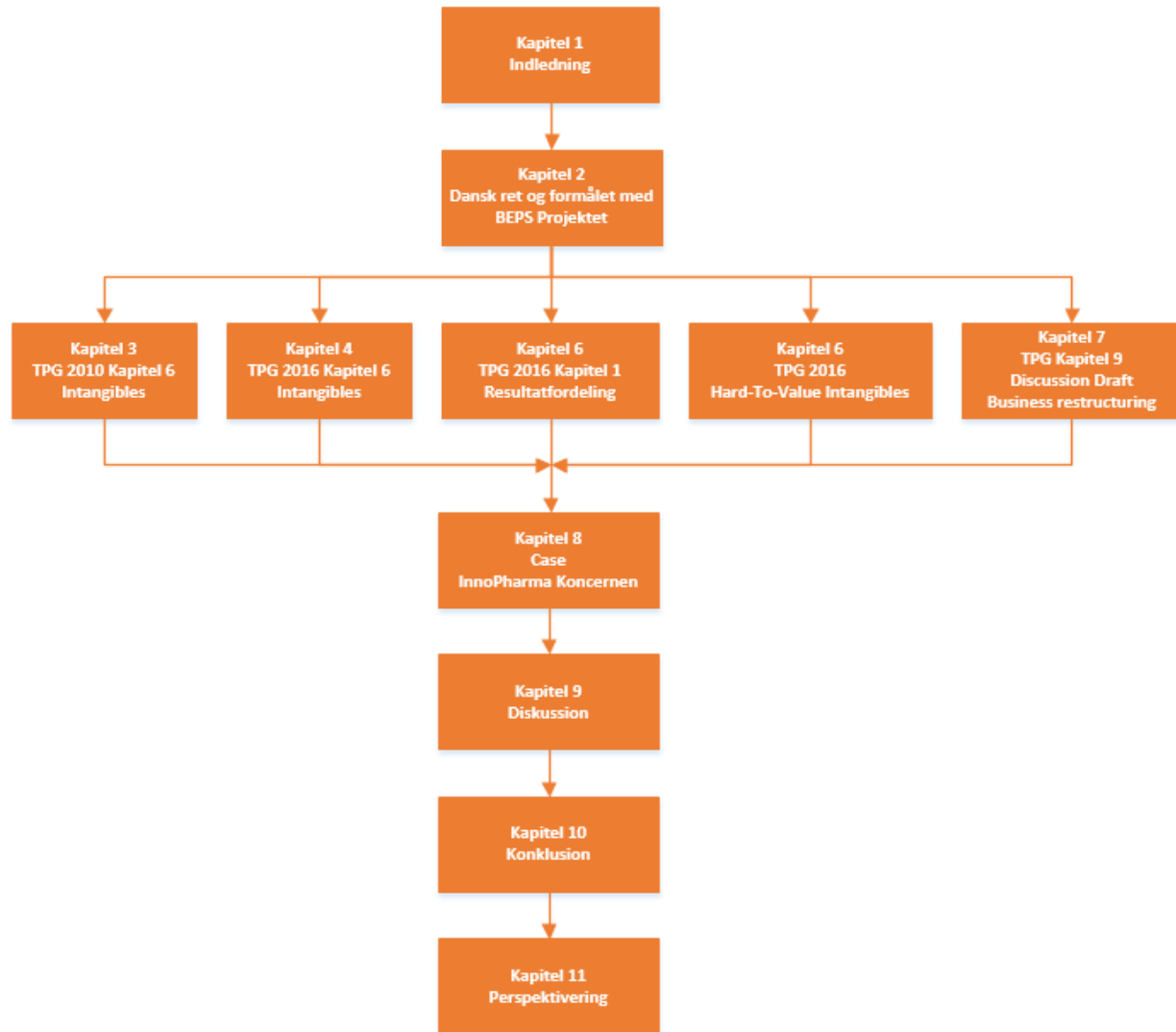
⁹ About BusinessEurope, 15.02.2017

¹⁰ Deloitte Indefra, 15.02.2017

1.5.2 Afhandlingens struktur

I Figur 1.2 nedenfor er opbygningen af afhandlingens struktur illustreret grafisk.

Figur 1.2 – Afhandlingens opbygning



Kilde: Egen fremstilling

Afhandlingen består af 11 kapitler, hvor kapitel 2-8 besvarer problemformuleringen og underspørgsmålene.

I kapitel 2 klarlægges forholdet mellem TPG og dansk ret, og hvilken juridisk betydning det har for danske selskaber, at TPG bliver opdateret som konsekvens af arbejdet i BEPS projektet. Dernæst introduceres OECD's BEPS projekt, og det bagvedliggende formål herfor. Herefter følger fem analysekapitler. I kapitel 3 analyseres manglerne i Kapitel 6 i TPG 2010, som omhandler immaterielle rettigheder, og har været uændret i sin form siden 1995. Denne analyse klarlægger, hvorfor der var behov

for at lave nye regler omkring overførsel af immaterielle rettigheder. I kapitel 4 analyseres arbejdet i Action Point 8-10 vedrørende det nye TPG Kapitel 6 om immaterielle rettigheder. Her vil kommentarer fra interessenter blive inddraget for at få en ekstern vinkel, og for at forstå, hvad der lå til grund for de endelige regler. Til slut i kapitel 4 analyseres de væsentligste opdateringer, og hvilke konsekvenser disse forventes at have for et dansk moderselskab i en multinational koncern. Afhandlingens kapitel 5 analyserer arbejdet med udviklingen af det nye TPG Kapitel 1, Sektion D, som var en del af Action Point 8-10 under BEPS projektet. Analysen vedrører de ændringer, der er kommet til kapitlet samt eksterne kommentarer fra interessenter. Analysen placeres i afhandlingens kapitel 5, da der i forbindelse med DD til Kapitel 1 blev bedt om kommentarer til såkaldte "*special measures*", som indeholdt speciel vejledning til "Hard-To-Value Intangibles". Afhandlingens kapitel 6 omhandler Hard-To-Value Intangibles, som er indeholdt i Kapitel 6 i Final Action 8-10. I analysen af udviklingen af sektionen inddrages kommentarer fra interessenter, og konsekvenserne for et dansk moderselskab i en multinational koncern analyseres.

Afhandlingens kapitel 7 omhandler TP overvejelser ved omstrukturering, og indeholder en gennemgang af de forslåede ændringer til TPG Kapitel 9 med overskriften "Business Restructurings". Da der ikke er kommet en endelig rapport, tages udgangspunkt i det DD, der foreligger fra juli 2016. Afhandlingens kapitel 8 er en illustrativ case, som giver en praktisk vinkel på problemstillingerne i analysekapitlerne 4-7, og tager udgangspunkt i en opdigtet koncern. Casen forener de teoretiske analyser med et praktisk, omend fiktivt, eksempel, som gør det lettere for selskaber at se en praktisk anvendelse og sammenspillet mellem de gennemgåede regler.

Dernæst følger afhandlingens kapitel 9, hvor det diskuteres, hvorvidt OECD går imod egne principper med opdateringen af TPG. Derefter følger afhandlingens konklusion i kapitel 10, som indeholder en opsummering på afhandlingens analyser, den opstillede case samt den derpå følgende diskussion. Slutteligt følger i kapitel 11 en perspektivering, hvor der perspektiveres til alternativer til armslængdeprincippet som allokeringsnorm for profit.

2 Dansk Ret og formålet med BEPS projektet

2.1 Forholdet mellem OECD's BEPS projekt og dansk ret

Armslængdeprincippet er rodfastet i Artikel 9 i OECD's modeloverenskomst (MDBO), som danske dobbeltbeskatningsoverenskomster typisk er indgået efter. Artikel 9 i MDBO lyder således:

”Artikel 9

FORBUNDNE FORETAGENDER

1. *I tilfælde, hvor*

- a. *et foretagende i en kontraherende stat direkte eller indirekte har del i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i et foretagende i den anden kontraherende stat, eller*
- b. *samme personer direkte eller indirekte har del i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i såvel et foretagende i en kontraherende stat som et foretagende i den anden kontraherende stat,*

og der i nogle af disse tilfælde mellem de to foretagender er aftalt eller fastsat vilkår vedrørende deres kommercielle eller finansielle forbindelser, der 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, men som på grund af disse vilkår ikke er tilfaldet dette, medregnes til dette foretagendes fortjeneste og beskattes i overensstemmelse hermed.

2. *I tilfælde hvor en kontraherende stat til fortjenesten for et foretagende i denne stat medregner – og i overensstemmelse hermed beskatter – fortjeneste, som et foretagende i den anden kontraherende stat er blevet beskattet af i denne anden stat, og de således medregner fortjenester er fortjenester, som ville være tilfaldet foretagendet i den førstnævnte stat, hvis vilkårene mellem de to foretagender havde været de samme, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender, skal denne anden stat foretage en dertil svarende regulering af det skattebeløb, som er beregnet af disse fortjenester. Ved reguleringen skal der tages hensyn til de øvrige bestemmelser i denne aftale, og de kontraherende staters kompetente myndigheder skal om nødvendigt rådføre sig med hinanden.”¹¹*

Artikel 9, stk. 1, giver adgang til, at skattemyndighederne kan foretage en primær korrektion, såfremt vilkår mellem to parter, som ikke er uafhængige, afviger fra vilkår, som ville have været aftalt mellem uafhængige parter, hvilket er definitionen på armslængde. Artikel 9, stk. 2, regulerer de to landes skattemyndigheders forpligtelse til også at lave en korresponderende korrektion. Primær korrektion er en indkomstforhøjelse eller -nedsættelse efter armslængdeprincippet i et land, mens korresponderende korrektion er en modsatrettet indkomstforhøjelse eller -nedsættelse i et andet land. Til en primær korrektion må der være en korresponderende korrektion for at undgå dobbeltbeskatning. Kommentarerne til MDBO Artikel 9 er sparsomme, men henviser til TPG, og skal derfor tages i betragtning ved

¹¹ MDBO med kommentarer, s. 23

fortolkning af armslængdeprincippet efter Artikel 9. De til enhver tid gældende regler i TPG har derfor retskildeværdi som primær fortolkningskilde.¹² Artiklerne i dobbeltbeskatningsoverenskomster er at betegne som fordelingsbestemmelser, hvorfor de kun kan fordele beskatningskompetencen mellem to stater. En dobbeltbeskatningsoverenskomst giver derfor ikke hjemmel til at beskatte, hvorfor en sådan hjemmel skal findes i dansk ret, hvor den centrale korrektionsregel er Ligningslovens (LL) § 2, stk. 1.

LL § 2 blev vedtaget i 1998,¹³ efter at Højesterets dom i TfS 1998.199 H såede tvivl om, hvorvidt Statsskattelovens (SL) §§ 4-6 kunne danne hjemmel til en priskorrektion. Bestemmelsen i LL § 2, stk. 1, omtaler ikke et armslængdeprincip, og har hverken henvisning til MDBO Artikel 9 eller TPG. Undertitlen til loven, som indførte LL § 2 var dog ”Lovfæstelse af armslængde princippet og værn mod tynd kapitalisering”.¹⁴ I bemærkningerne til loven står der, at SL §§ 4-6 tidligere havde dannet hjemmel til korrektion i overensstemmelse med de grundlæggende OECD-principper, men at indførelsen af loven ville lovfæste armslængdeprincippet.¹⁵ Der står dermed ikke direkte, at armslængdeprincippet i LL § 2, stk. 1, skal fortolkes i overensstemmelse med OECD Artikel 9 eller armslængdeprincippet i TPG, men da Danmark har tilsluttet sig TPG, og da LL § 2, stk. 1, skal være i overensstemmelse med de grundlæggende OECD principper, er der her en klar sammenhæng mellem armslængdeprincippet i TPG, MDBO Artikel 9 og LL § 2, stk. 1, som må være enslydende. I Skattekontrollovens (SKL) § 3 B, som behandler transaktioner omfattet af LL § 2, fremgår det derimod af forarbejderne, at OECD’s armslængdeprincip findes i MDBO Artikel 9, og at artiklen er i overensstemmelse med TPG.¹⁶ Det må derfor konkluderes, at armslængdeprincippet i LL § 2, stk. 1, er i overensstemmelse med Artikel 9 i MDBO, som skal fortolkes ud fra TPG.

Ved indarbejdelsen af armslængdeprincippet i dansk ret, er der ikke taget stilling til, hvordan løbende ændringer af TPG skal behandles i forhold til fortolkningen af de danske regler. Spørgsmålet der rejser sig 19 år efter indførelsen af LL § 2 er derfor, om de løbende opdateringer af TPG kan tillægges samme betydning i fortolkningen af LL § 2, stk. 1, som den udgave der var i 1998. Jens Wittendorff, adjungeret professor ved Aarhus Universitet, har følgende opfattelse:

¹² Wittendorff, s. 156

¹³ LL § 2 trådte i kraft d. 28. juni 1998, jf. § 4, stk. 2, i lov nr. 432 af 26. juni 1998

¹⁴ L 432 af 26. juni 1998

¹⁵ Wittendorff, s. 73

¹⁶ L 131 af 25. februar 1998

”Forarbejderne til LL § 2 besvarer som omtalt ikke spørgsmålet. På baggrund heraf kan ændringer af OECD Transfer Pricing Guidelines principielt ikke sidestilles med lovmotiver ved fortolkningen af LL § 2. Ændringer må derfor efter gældende ret behandles på lige fod med OECD’s modeloverenskomst med kommentarer ved fortolkning af intern dansk ret.”¹⁷

OECD udsendte 23. maj 2016 en meddelelse om, at OECD Council havde godkendt, at BEPS Actions 8-10 nu blev anset for at være en del af TPG.¹⁸ I denne meddelelse forelå en erkendelse af, at mange lande har materielle skatteregler, som er knyttet direkte op på TPG, og at OECD derfor ville klarlægge, hvilken status arbejdet under BEPS ville have på de enkelte dele af TPG. Blandt ændringerne var TPG Kapitel 1, Sektion D, og Kapitel 6, som begge blev slettet og erstattet af nye versioner. OECD udtaler herefter følgende:

“The conforming changes are expected to be approved later in 2016. Until then, it is stipulated that the provisions of the Transfer Pricing Guidelines should be interpreted to be consistent with those provisions of the Transfer Pricing Guidelines which have been amended by the 2015 BEPS Report on Actions 8-10 and 2015 BEPS Report on Action 13 and, in case of perceived inconsistencies, the modified provisions prevail.”¹⁹

OECD udtaler hermed selv, at TPG skal fortolkes konformt med de nye kapitler, som udspringer af arbejdet under BEPS, og hvor der er forskelle, skal de nye kapitler have forrang. Det kan hermed udledes, at OECD ser opdateringerne til TPG alene som værende præciseringer. Anvendes fortolkningen fra MDBO i forhold til ændringer eller præciseringer, vil en efterfølgende præcisering have bagudrettet effekt, og dermed vil de nye kapitler i TPG kunne bidrage til fortolkningen af armslængdeprincippet i LL § 2, stk. 1.

Udgangspunktet for anvendelsen af kommentarerne til MDBO er, at en konkret dobbeltbeskatningsoverenskomst (DBO) mellem 2 lande skal fortolkes statisk, så det er kommentarerne, der på tidspunktet for DBO’ens indgåelse, som skal blive ved med at danne fortolkning. Kommer der efterfølgende præciseringer til kommentarerne, kan disse indgå i fortolkningen. Er der tale om nye kommentarer eller ændringer, kan disse ikke anvendes som fortolkningsbidrag.²⁰ TPG er at anse på samme retskildeniveau som kommentarerne til MDBO, da der i kommentarerne til MDBO Artikel 9 henvises til TPG.

¹⁷ Wittendorff, s. 76

¹⁸ OECD Council Approval

¹⁹ OECD Council Approval

²⁰ International Skatteret, s. 26

Som tidligere angivet i nærværende kapitel fordeler MDBO Artikel 9 beskatningsretten, hvilket betyder, at Danmark skal have en intern hjemmel til beskatning, for at kunne benytte denne ret. Ifølge Grundlovens § 43 kan skat kun pålægges ved lov.²¹ Herefter regulerer SL §§ 4-6 hvad der skal og ikke skal beskattes, samt hvad der er fradragsberettiget. Som undtagelser hertil findes store mængder af særlovgivning, herunder Ligningsloven, hvor LL § 2 er indført. Danmark har dermed indført materielle skatteregler, som kan berettige beskatning af en indkomstkorrigection, som er lavet efter MDBO Artikel 9.

I tilfælde, hvor en transaktion er omfattet af SKL § 3 B følger det af Skatteforvaltningslovens (SFL) § 26, stk. 5, at SKAT har en forlænget ligningsfrist. Den normale ligningsfrist for SKAT er 1. maj i det fjerde år efter indkomstårets udløb, jf. SFL § 26, stk. 1. Det følger dog af SFL § 26, stk. 5, at såfremt den skattepligtige er omfattet af SKL § 3 B, udløber fristen først i det sjette år efter indkomstårets udløb for kontrollerede transaktioner. Derved har SKAT altså to år yderligere, hvor den skattepligtige indkomst kan korrigeres. Dette er behandlet nærmere i afhandlingens kapitel 4.5.

2.2 Formålet med BEPS projektet

BEPS projektet blev startet med OECD rapporten ”Addressing Base Erosion and Profit Shifting” (Addressing BEPS) i februar 2013. Heri beskriver OECD, at forskellige nationale regler på skatteområdet, og de over 3.000 bilaterale DBO’er,²² giver multinationale koncerner mulighed for at skatteplanlægge og reducere deres skattebetaling uforholdsmæssigt meget.²³ OECD fremfører i rapporten, at de internationale skatteregler ikke har gennemgået samme udvikling, som det marked som reglerne beskatter, særligt i forhold til immaterielle rettigheder og digital økonomi. OECD fremfører argumenter for, at debatten omkring problemet med udhuling af nationernes skattebase ofte bliver diskuteret ud fra fejlagtige parametre, men at der ikke er tvivl om, at udhuling af nationers skattebase er et omfattende problem. Derfor redegøres der i rapporten for, at det ikke nødvendigvis er en indikator på BEPS situationer, at multinationale koncerners effektive skattebetaling ligger under den lovpligtige skatteprocent i den nationale skattelovgivning.²⁴ OECD redegør også i ”Addressing BEPS” for, at aktionærene i multinationale koncerner ofte fokuserer meget på nøgletallet earnings per share, hvor den effektive skatteprocent kraftigt reducerer dette nøgletal, hvorfor det er naturligt at fokusere på at nedbringe skattebetalingen med henblik på at øge indtjeningen for aktionærene.

²¹ L 169 af 5. juni 1953

²² Addressing BEPS, s. 34

²³ Addressing BEPS, s. 5

²⁴ Addressing BEPS, s. 9

Der formuleres seks nøgleområder for skatteundgåelse, hvor der er stærkt brug for ny og mere detaljeret regulering. De seks områder er følgende:²⁵

1. Hybride instrumenter
2. Opgørelsesmetoder for anti-skatteundgåelsesregler, herunder CFC og tynd kapitalisering
3. Gældsfinansiering fra koncernforbundne parter
4. Digitale goder og services
5. Transfer Pricing
6. Muligheden for at indgå skadelige skatteundgåelsesaftaler

For at imødekomme disse problemer udarbejdede OECD rapporten ”Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting” (Action Plan on BEPS), hvor OECD definerer 15 Action Points, der skal imødegå de identificerede problemområder. Disse 15 Action Points dækker over meget forskelligartede punkter, som omfatter digital økonomi, neutralisering af hybride mismatches, styrkede CFC-regler, renterestrukturer, ændring i Transfer Pricing regler og dokumentation, nye metoder til at opgøre BEPS situationer og at udvikle multilaterale instrumenter. OECD gør i deres rapport opmærksom på, at den skadelige skattepraksis, der er blevet udviklet, og den omgåelse af reglerne der har fundet sted, medfører, at stater bliver skadet, fordi nogle stater mister skattebasen og dermed skatteprovenu, når profit flyttes ud af landet. Herudover bliver de individuelle skatteydere skadet, når skatteprovenu flyttes, idet der er færre til at bære den samlede skattebyrde. Derudover peger OECD også på, at virksomheder, der kun opererer nationalt, bliver skadet, idet nationalt opererende virksomheder, ikke har mulighed for at lave international skatteplanlægning, og derfor har en potentielt større skatteomkostning, hvilket er konkurrenceforvridende.²⁶

²⁵ Addressing BEPS, s. 10

²⁶ Action Plan on BEPS, s. 8

3 TPG 2010, Kapitel 6

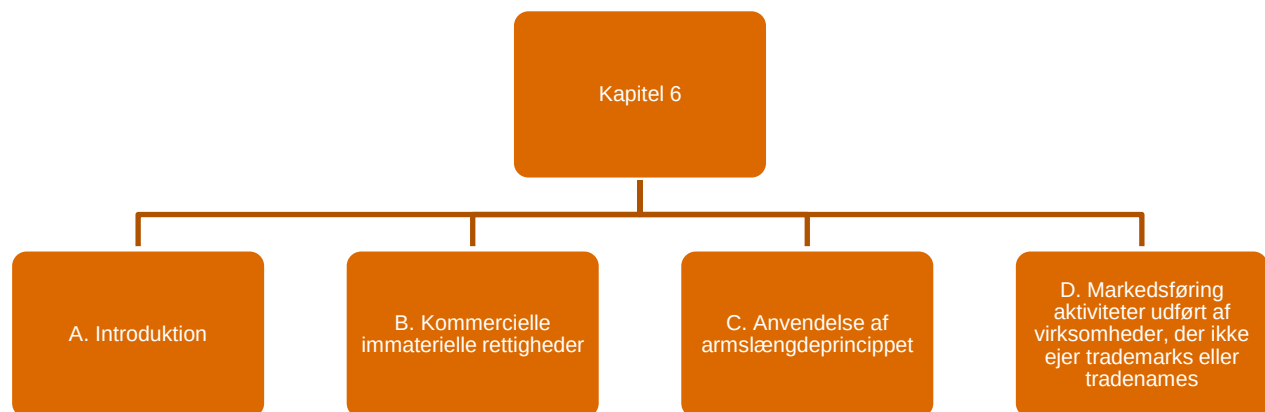
For at kunne forstå udviklingen af TPG Kapitel 6 er det afgørende at vide, hvad udgangspunktet var. Dette er vigtigt for at forstå behovet for en opdateret vejledning, og derudover for forståelsen af processen mod at udvikle det nye kapitel, som en del af Action 8-10 i BEPS projektet. Kapitlet analyserer derfor manglerne i TPG Kapitel 6 2010.

3.1 TPG 2010, Kapitel 6

I 2010 udgav OECD opdaterede TPG, hvori nogle af kapitlerne fra 1995 blev opdateret. Kapitel 6 om immaterielle rettigheder var dog uændret i forhold til det oprindelige kapitel udgivet i 1995. Dermed har vejledningen for immaterielle rettigheder i TP situationer ikke være opdateret siden indførelsen i 1995. Et af hovedformålene med BEPS projektet var netop, at der skulle være tidssvarende guidelines for immaterielle rettigheder, da særligt immaterielle rettigheder gav anledning til BEPS situationer.

Det oprindelige TPG Kapitel 6 fylder i alt 16 sider, og er herunder inddelt i forskellige sektioner, som vist i Figur 3.1.

Figur 3.1 – Oversigt over opbygningen af TPG 2010, Kapitel 6



Kilde: Egen fremstilling

Kapitlet blev oprindeligt udgivet i 1995, hvor Danmarks hjemmel til TP korrektioner kun bestod af SL §§ 4-6. På dette tidspunkt var de forskellige OECD lande uenige om behandlingen af TP forhold, idet nogle lande primært har tilgang af immaterielle rettigheder, mens andre primært har afgang af disse. Derfor er der ikke mange konkrete løsninger i Kapitel 6 fra 1995, idet arbejdet for OECD blev vanskeliggjort af modstridende interesser.

Kapitel 6 omhandler de særlige overvejelser skatteydere og skattemyndigheder skal gøre sig, når det skal vurderes, hvorvidt en transaktion mellem koncernforbundne parter, hvori der direkte eller indirekte indgår betaling for immaterielle rettigheder, er på armslængdevilkår.²⁷

OECD definerer i Kapitel 6 af 2010, hvad der forstås ved "intangible property":

*"For the purpose of this chapter, the term "intangible property" includes rights to use industrial assets such as patents, trademarks, trade names, designs or models. It also includes literary and artistic property rights, and intellectual property such as know how and trade secrets."*²⁸

Denne definition fra 1995 er en positiv afgrænsning, og inkluderer dermed nødvendigvis ikke alle immaterielle rettigheder. Det store fokus på immaterielle rettigheder, og den store værdi som disse typisk repræsenterer, betyder, at definitionen ikke var tidssvarende. Ligeledes blev der anvendt flere andre begreber og definitioner, som ikke var tidssvarende i forhold til anvendelsen i praksis. Derfor var der et klart behov for, at guidelines for immaterielle rettigheder blev opdateret.

OECD klassificerede i 2010 udgaven patenter, know how, design og modeller, der bliver anvendt til produktion eller levering af services eller immaterielle rettigheder, som overføres til kunderne ved salg, som værende "commercial intangibles".²⁹ En underkategori hertil var marketing intangibles, hvilket blandt andet inkluderede trademarks og trade names. Commercial intangibles som ikke klassificeres som marketing intangibles kaldes trade intangibles, og består typisk immaterielle af rettigheder, som fremkommer som følge af mere risikobetonet Research and Development (R&D). Det vil til tider være svært at skelne mellem commercial intangibles og trade intangibles. OECD's uddybning af disse begreber medførte ikke, at begreberne i praksis var anvendelige.

Der henvises i TPG 2010, Kapitel 6, til, at de generelle regler for fastlæggelse af transferpriser på armslængdevilkår i TPG Kapitel 1, 2 og 3 også gælder for immaterielle rettigheder.³⁰ Det understreges dog, at multinational koncerner kan strukturere sig på måder, som uafhængige parter ikke ville finde attraktivt, hvorfor det kan være svært at finde en sammenlignelig transaktion. OECD fastslår, at der skal ses på begge parter i transaktionen. Der skal handles til den pris, som uafhængige parter ville have betalt. Immaterielle rettigheder kan blive overført mellem koncernselskaber som en del af køb og salg af fysiske varer, såfremt der med i prisen følger noget viden, som er hjælp til den videre proces som varerne skal indgå i. Immaterielle rettigheder kan således blive overført som en del af prisen for de almindelige varetransaktioner koncernselskaber imellem. Immaterielle rettigheder kan også blive overført i klynger,

²⁷ TPG 2010, Art. 6.1

²⁸ TPG 2010, Art. 6.2

²⁹ TPG 2010, Art. 6.3

³⁰ TPG 2010, Art. 6.13

som eksempelvis ved en licensbetaling, hvor der både betales for et trademark, et patent, know how og forretningshemmeligheder. I tilfælde hvor immaterielle rettigheder ikke bliver overført enkeltvis, er det vigtigt at skille dem ad enkeltvis, og derefter fastsætte armslængdeprisen på hver enkelt immaterielle rettighed, såfremt dette er muligt.³¹

Når overførte immaterielle rettigheder skal værdiansættes, bør de fremtidige fordele medtages i beregningen. OECD nævner, at en Net Present Value model kan anvendes, når en immateriel rettighed skal værdiansættes. Der gives dog ingen yderligere vejledning til dette, hvorfor det har været meget op til skatteyderen og skattemyndighederne selv at finde ud af, hvordan dette konkret skal anvendes i den givne situation. Derudover åbnes der op for, at der kan anvendes forskellige TP metoder i forskellige situationer, men der er meget lidt specifik vejledning til brugeren, hvilket gør det svært anvendeligt i praksis, og kan føre til uoverensstemmelser mellem virksomheder og skattemyndigheder. En række elementer, såsom omkostninger til at fremstille og vedligeholde den immaterielle rettighed, og virksomhedernes bidrag til dette, kan indgå, når det skal påvises, at en transaktion er foregået på armslængdevilkår, specielt når profit split metoden anvendes. Det var dog ikke defineret hvilke funktioner, der udgjorde et vigtigt bidrag. Selvom dette vil komme an på konkrete omstændigheder, er det uhensigtsmæssigt, at der ikke er vejledning til, hvordan man skal gribe det an, idet manglende vejledning kan give uenighed om selskabernes bidrag. OECD gør det dog klart, at der ikke nødvendigvis er en sammenhæng mellem de omkostninger, der er afholdt, og den værdi som en immateriel rettighed har. Eksempelvis er der i medicinalbranchen en lang række omkostninger til forskning, hvor kun nogle af dem fører til en reel immateriel rettighed senere. Flere elementer var altså overlagt til fortolkning, når der skulle fastsættes priser ved overførsel af immaterielle rettigheder. Dette indikerer, at der var behov for yderligere vejledning.

3.1.1 TPG 2010, Kapitel 6, Sektion C.4

OECD anerkender i Sektion C.4 i TPG 2010, Kapitel 6, at immaterielle rettigheder kan være svære at værdiansætte, og at prisen på en immateriel rettighed kan være usikker på tidspunktet for transaktionen. Sektionen skal give nærmere vejledning til, hvordan man prisfastsætter og eventuelt efterfølgende korrigerer, såfremt der er tale om en immateriel rettighed, hvor prisfastsættelsen på overdragelsestidspunktet er usikker. Dette kan eksempelvis skyldes, at man er i gang med at udvikle en immateriel rettighed, og først forventer, indtægter herfra på et senere tidspunkt. Det er generelt kendetegnende for denne type aktiver, at der ikke findes sammenlignelige transaktioner. OECD anviser her, at når armslængdeprincippet skal anvendes, skal der skeles til, hvordan uafhængige parter ville gøre i

³¹ TPG 2010, Art. 6.18

en lignende situation. Dette er selvsagt svært, når der ikke findes lignende omstændigheder mellem uafhængige parter.

Overordnet foreslås to forskellige tilgange. Den ene er at basere prisen på forventede fremtidige fordele, hvori man tager højde for alle økonomiske faktorer.³² Den anden mulighed er, at lave kortere kontrakter eller lave prisjusteringsklausuler i kontrakten.

Denne sektion giver ganske kort vejledning, hvorfor det ikke står klart, hvordan reglerne skal applikeres i praksis, hvilket utvivlsomt har givet udfordringer i anvendelsen. Ydermere er der den udfordring, at skattemyndighederne ikke har adgang til samme mængde information som skatteyderen. Derfor kan det være svært for skattemyndighederne at vurdere, hvorvidt en transaktion er sket på armslængdevilkår. Dette bliver ikke hjulpet af, at vejledningen på området generelt er ganske sparsom, hvorfor der var behov for en mere detaljeret og konkret vejledning.

3.2 Delkonklusion

Når TPG 2010, Kapitel 6, læses i den nuværende kontekst fremgår det klart, at kapitlet ikke er tidssvarende, idet kapitlet tydeligvis er skrevet på et tidspunkt, hvor immaterielle rettigheder ikke var så fremtrædende, som de er i dag. Kapitlet giver generel vejledning til, hvad der skal overvejes, når der er tale om transaktioner med immaterielle rettigheder, men giver ikke særlig specifik vejledning i, hvad der er vigtigt at undersøge nærmere, eller hvordan reglerne konkret skal anvendes. Med den udvikling som immaterielle rettigheder har undergået siden 1995, er det forventeligt, at kapitlet ikke har kunnet levere tilstrækkelig konkret vejledning, hvilket har skabt situationer, hvor der er flyttet værdi over landegrænser uden retmæssig beskatning. Disse situationer understreger vigtigheden af, at TPG Kapitel 6 skulle opdateres, for at gøre vejledningen mere anvendelig, konkret og tidssvarende for overførsel af immaterielle rettigheder.

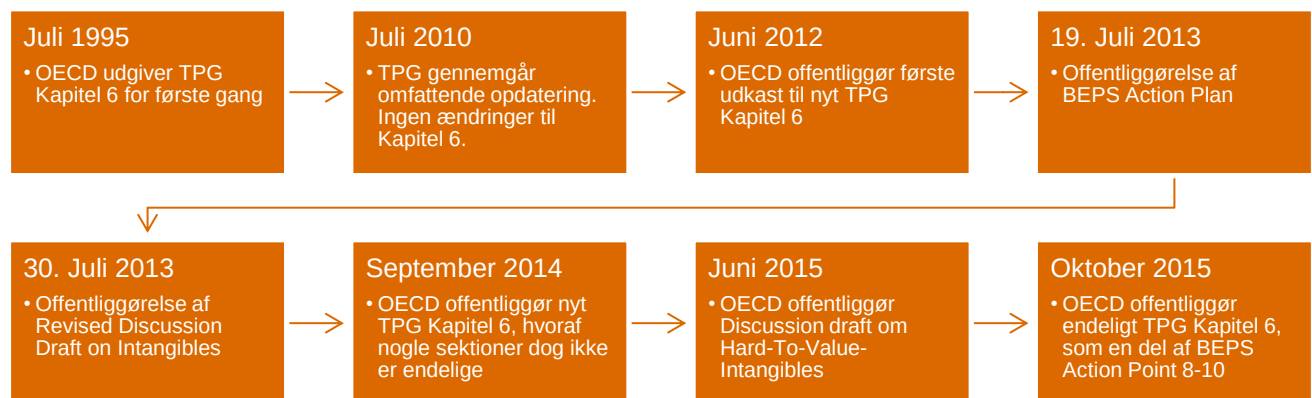
³² TPG 2010, Art. 6.29

4 TPG Kapitel 6 – Immaterielle rettigheder

Formålet med dette kapitel er at analysere udviklingen af det nye TPG Kapitel 6, som omhandler særlige TP overvejelser i forbindelse med immaterielle rettigheder, og give en introduktion til de nye regler i kapitlet.

I afhandlingens kapitel 3 er TPG 2010, Kapitel 6, analyseret for at fastslå, hvorfor der var behov for en opdatering. Dette er udgangspunktet for forståelsen af, hvordan det opdaterede TPG Kapitel 6 skal fortolkes samt dets relevans. For at have overblik over den tidsmæssige ramme, er det i Figur 4.1 vist, hvordan tidslinjen har været for udviklingen af TPG Kapitel 6.

Figur 4.1 – Tidslinje for udviklingen af nyt Kapitel 6



Kilde: Egen fremstilling

Nærværende kapitel tager udgangspunkt i *"Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles"* fra juli 2013 (RDD 2013) for at forstå linket mellem det oprindelige Kapitel 6 og den endelige version af oktober 2015 i Final Action 8-10. Derpå inddrages der to forskellige interessenters kommentarer til RDD 2013 for at have en ekstern synsvinkel på udviklingen, fra dem som skal anvende reglerne i praksis. Herefter analyseres først, hvad der er ændret fra RDD 2013 til det endelige Kapitel 6 i Final Action 8-10, og derpå hvilken rolle interessenternes kommentarer har haft i forhold til dette. Kapitel 6 i Final Action 8-10 blev godkendt, som værende nyt TPG Kapitel 6 den 23. maj 2016.³³ Slutteligt diskuteres, hvilken betydning Kapitel 6 i TPG 2016 vil have for et dansk moderselskab i en multinational koncern.

Første spadestik i udarbejdelsen af nyt Kapitel 6 var, at OECD i juni 2012 offentliggjorde sit første udkast til et nyt Kapitel 6, hvortil de udbad sig kommentarer fra interessenter. Dette er en vigtig proces, idet OECD dermed får input fra dem, der skal arbejde med de nye guidelines i praksis, og som derfor har behov for at få afklaret eventuelle uklarheder. Disse kommentarer blev offentliggjort senere samme år.

³³ OECD Council Approval

Dette følges op af BEPS projektets fokus på TP, hvor der i Action Plan on BEPS bliver udarbejdet et helt kapitel, som er dedikeret til arbejdet med immaterielle rettigheder. Det primære arbejde i Action 8 i BEPS er ny vejledning om immaterielle rettigheder, hvor der specifikt er følgende 3 formål med BEPS Action 8.³⁴

1. Vedtage en bred og klart afgrænset definition af immaterielle rettigheder
2. Sikring af, at fortjeneste i forbindelse med overdragelse og anvendelse af immaterielle rettigheder fordeles efter værdiskabelsen
3. Udvikling af Transfer Pricing regler eller særlige foranstaltninger for overførsel af immaterielle rettigheder der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet

OECD's Action Plan on BEPS blev offentliggjort i juli 2013. Kort efter offentliggørelsen af Action Plan on BEPS offentliggøres RDD 2013, hvilket understreger prioriteringen af arbejdet med immaterielle rettigheder, idet meget af arbejdet må have været udført før offentliggørelsen af Action Plan on BEPS. I forbindelse med offentliggørelsen bliver der igen indbudt til kommentarer fra interessenter. Herefter går der lidt over et år, inden OECD i september 2014 udgiver en delvist færdig udgave af Kapitel 6. I denne version er sektionen om immaterielle rettigheder der er svære at prissætte på transaktionstidspunktet ikke opdateret. Denne sektion arbejdes der stadig på ved offentliggørelsen af den delvist færdige udgave i 2014, men OECD har gerne villet udgive de færdige dele hurtigst muligt. Et Discussion Draft om immaterielle rettigheder, hvor der er stor usikkerhed omkring værdien på overdragelsestidspunktet, bliver offentliggjort i juni 2015, hvor der igen indbydes til kommentarer fra interessenter. Slutteligt offentliggøres der i oktober 2015 den endelige version af TPG Kapitel 6, hvori alle dele er endelige, hvilket, som nævnt, blev godkendt som nye TPG Kapitel 6 i maj 2016.

4.1 Revised Discussion Draft fra 2013

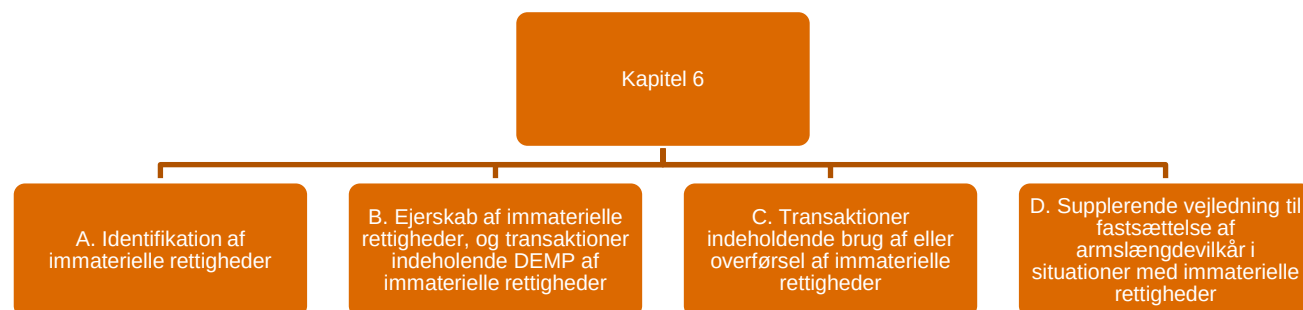
RDD bestod af 76 sider, og er inddelt i to overordnede afsnit, hvoraf de første 12 sider er indledning og forslag til ændringer til TPG Kapitel 1-3. Disse ændringer omhandler forhold, der kan påvirke immaterielle rettigheder, og vedrører primært concernsynergier, markedsforhold og lokale omkostningsbesparelser. Derpå følger der 40 sider med forslag til opdateret Kapitel 6, hvorefter der er 25 sider med eksempler, som skal illustrere anvendelsen i praksis.

RDD 2013 havde et væsentligt større omfang af Kapitel 6 i forhold til de oprindelige 16 sider. Dette understreger kompleksiteten og vigtigheden af emnet, samt hvor stor udvikling der har været på området, siden det oprindelige Kapitel 6 blev udgivet i 1995.

³⁴ Final Action 8-10, Kapitel 6, s. 1-2

RDD 2013 er inddelt i fire forskellige hovedsektioner, som bliver gennemgået enkeltvis nedenfor. Fokus er på, hvad der fremgår af udkastet til nye guidelines, som er relevant for afhandlingens problemstilling. Strukturen for RDD 2013 er vist i nedenstående Figur 4.2,³⁵ og denne struktur vil blive anvendt i gennemgangen af RDD 2013.

Figur 4.2 – Overblik over RDD 2013 opbygning



Kilde: Egen fremstilling

Dette afsnit klarlægger, hvad der fremgår af udkastet til nye guidelines. Det offentliggjorte RDD 2013 skal betragtes som OECD's forslag til et opdateret Kapitel 6, således at OECD foreslår, at TPG 2010, Kapitel 6, erstattes af ordlyden fra RDD 2013.³⁶

Formålet med TPG Kapitel 6 er stadig at vejlede omkring særlige overvejelser relateret til armslængdepriser og -vilkår i forbindelse med kontrollerede transaktioner, hvor der enten handles en immateriel rettighed eller varer/ydelser, hvori der indgår nytte fra en immaterielt rettighed. OECD fastslår, at det afgørende ikke er, hvorvidt den konkrete situation kan findes i TPG, men hvorvidt der sker en overførsel af økonomisk værdi fra en enhed til en anden.³⁷

Overordnet henvises der stadig til de grundlæggende principper i TPG Kapitel 1-3,³⁸ for værdiansættelse og afgrænsning af transaktioner, hvortil Kapitel 6 er supplerende i den forstand, at det bidrager med yderligere særlige overvejelser ved overførsel af immaterielle rettigheder.

Dette betyder, at selvom der sker overførsel af immaterielle rettigheder, skal der stadig udarbejdes en funktions- og risikoanalyse, som det fremgår af TPG Kapitel 1, Art. 1.42-1.51, som skal indeholde hvilke funktioner, aktiver og risici det enkelte koncernselskab bidrager med til transaktionen. Derudover skal der udarbejdes en sammenlignelighedsanalyse, som fremgår af TPG Kapitel 3.

³⁵ RDD 2013, Art. 6.38

³⁶ RDD 2013, s. 1-2

³⁷ RDD 2013, Art. 6.36

³⁸ RDD 2013, Art. 6.37

Når der er tale om immaterielle rettigheder, er der, ud over ovenstående generelle punkter, nogle særlige overvejelser man skal gøre sig, for at kunne vurdere om en transaktion er i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Disse steps er tilsvarende de sektioner, som RDD 2013 Kapitel 6 er inddelt i, jf. Figur 4.2 på foregående side.

Disse forskellige særlige forhold analyseres nedenfor. Slutteligt bliver den supplerende vejledning i sektion D analyseret, hvoraf delen om immaterielle rettigheder der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet, dog sker særskilt i nærværende afhandlings kapitel 6.

4.1.1 Identifikation af immaterielle rettigheder – RDD 2013, Kapitel 6 A

Første sektion i RDD 2013 Kapitel 6 omhandler identifikation af immaterielle rettigheder. Her er formålet at sætte scenen for, hvad der er omfattet af kapitlet, og hvad der falder uden for. OECD påpeger i Art. 39 i RDD 2013, at uanset om definitionen af immaterielle rettigheder er for snæver eller for bred, så vil det give nogle afledte uhensigtsmæssige udfordringer for virksomheder og skattemyndigheder.

Såfremt definitionen er for smal, vil nogle immaterielle rettigheder falde uden for definitionen, hvilket vil medføre, at visse immaterielle rettigheder kan handles koncerninternt uden afregning, og dette uden skattemæssige konsekvenser. Dette tilstræber en bredere definition, idet der ikke er interesse i, at nogle immaterielle rettigheder, som har økonomisk værdi ved overførsel, kan overføres uden økonomiske konsekvenser mellem koncerninterne parter, såfremt det ville have haft økonomiske konsekvenser, hvis samme immaterielle rettighed var handlet mellem uafhængige parter.

Er definitionen derimod for bred risikeres det, at den kommer til at omfavne immaterielle rettigheder, som ikke ville have medført økonomiske konsekvenser mellem uafhængige parter. Det helt afgørende, som definitionen skal omfavne, er, hvorvidt transaktionen mellem uafhængige parter ville have økonomiske konsekvenser. Såfremt den ville det, skal den også have økonomiske konsekvenser, når den foregår mellem koncernforbundne parter. Er der omvendt tale om en transaktion, som ikke ville have økonomiske konsekvenser mellem uafhængige parter, skal de koncernforbundne parter naturligvis ikke pålægges en ekstra byrde, blot som følge af, at de er koncernforbundne.

Det er derfor et sted i dette spænd, at den optimale definition af immaterielle rettigheder ligger. Det er vigtigt at være opmærksom på, at OECD's medlemslande skal være enige, når der er tale om opdatering af guidelines. I den forbindelse er der modstridende interesser, da lande der primært har tilgang af immaterielle rettigheder, har et ønske om en smal definition, idet der dermed ikke vil være adgang til skattemæssige afskrivninger på den tilkomne immaterielle rettighed. Lande der primært har afgang af

immaterielle rettigheder, vil derimod have en interesse i en bred definition, idet dette vil medføre bedre muligheder for exit-beskatning, når den immaterielle rettighed flyttes ud af landet.

Det er ovenstående udfordringer, som OECD skal forsøge at imødegå ved definitionen af immaterielle rettigheder. Derfor er definitionen af helt afgørende betydning. OECD definerer i RDD 2013 immaterielle rettigheder således:³⁹

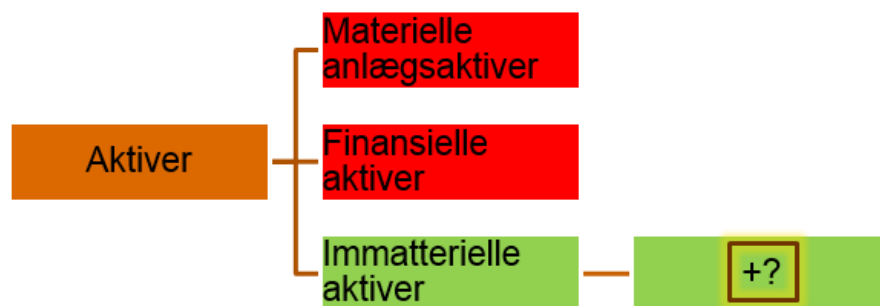
”In these Guidelines, therefore, the word ”intangible” is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between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

Der kan af ovenstående definition udledes følgende tre kriterier, som skal være opfyldt, for at der er tale om en immateriel rettighed omfattet af RDD 2013:

1. Den skal være hverken fysisk eller finansielt
2. Den skal kunne ejes eller kontrolleres til brug i forbindelse med kommercielle aktiviteter
3. Overførslen ville medføre kompensation, såfremt den var sket mellem uafhængige parter

Dette er illustreret i Figur 4.3 nedenfor, hvor der er taget udgangspunkt i overordnede aktivtyper i et regnskab. Ifølge RDD 2013 er immaterielle rettigheder ikke kun det, der fremgår af regnskabet, og rækker derfor ud over den regnskabsmæssige definition. Aktiver som er omfattet af definitionen i RDD 2013 er markeret med grøn, mens rødt markerede aktiver aldrig kan blive omfattet af definitionen.

Figur 4.3 – Illustration af definitionen af immaterielle rettigheder i RDD 2013



Kilde: Egen fremstilling

³⁹ RDD 2013, Art. 6.40

Det første kriterie ovenfor er en negativ afgrænsning, idet man først ønsker at udelukke en stor del aktiver, som ellers ville være omfattet af de andre kriterier. Dernæst skal man enten kunne eje eller kontrollere den immaterielle rettighed, idet man ikke ønsker at omfatte eksempelvis markedsforhold. Dette betyder ikke, at markedsforhold ikke er relevante, idet de kan være en vigtig del af sammenlignelighedsanalysen.

Med sidste formulering forsøger OECD at imødegå, at definitionen hverken må blive for bred eller smal, idet man herved sørger for, at der hverken er en fordel eller en ulempe ved at være koncernforbundet. Til sidst i definitionen fastslår OECD, at der ikke nødvendigvis er sammenfald med skattemæssige og regnskabsmæssige definitioner af immaterielle rettigheder.⁴⁰

Denne nye definition er markant bredere end definitionen i TPG 2010, som reelt set er fra 1995. Definitionen af immaterielle rettigheder i TPG 2010 fremgår af afhandlingens kapitel 3.1.

Den nye definition vil dermed omfatte immaterielle rettigheder, som ikke var omfattet af 1995 definitionen. Dette har utvivlsomt også været hensigten, idet der særligt for immaterielle rettigheder er sket enormt meget siden 1995,⁴¹ hvor særligt de teknologiske fremskridt har givet helt nye muligheder.

Med den nye og bredere definition er det stadig vigtigt, at man identificerer de specifikke immaterielle rettigheder, der indgår i transaktionen, hvilket sker gennem funktionsanalysen, idet man her får klarlagt, hvad de forskellige parter bidrager med, og hvordan de immaterielle rettigheder spiller ind.⁴²

Ligesom det er tilfældet i TPG 2010, har man i RDD 2013 valgt at opdele immaterielle rettigheder i underkategorier. OECD fastslår, at det ikke er hensigten, at skelne mellem ”hårde” og ”bløde” immaterielle rettigheder, eller ”rutine” og ”ikke-rutine”, selvom denne klassifikation nogle gange anvendes.⁴³

Der anvendes i RDD 2013 fortsat kategorierne ”*marketing intangibles*” og ”*trade intangibles*”. Det er dog ikke specifik nok identifikation, at man har identificeret, at den immaterielle rettighed passer ind under en af disse definitioner.⁴⁴ OECD foreslår, at man beholder den tidligere definition af ”*trade intangibles*”, men foreslår følgende definitionen af ”*marketing intangibles*”:

⁴⁰ RDD 2013, 6.41

⁴¹ Centerforinformomics, 27.02.2017

⁴² RDD 2013, Art. 6.46

⁴³ RDD 2013, Art. 6.49

⁴⁴ RDD 2013, Art. 6.50

”An Intangible (within the meaning of paragraph [40]) used in business operations that are customer facing”⁴⁵

Denne definition er mere konkret end anvendelsen i TPG 2010, hvor begrebet ikke blev defineret, men det blot blev beskrevet, hvad der var omfattet.⁴⁶ Dermed stiler OECD mod at definere begrebet, frem for at anvende et udefineret begreb som en paraply over forskellige typer immaterielle rettigheder. Eksempler på dette spænder vidt fra eksempelvis varemærker til kunderelationer.

Dernæst præciseres det, hvad der menes, når der i RDD 2013 anvendes begreberne *”unique”* og *”valuable”*. For at være unikt og værdifuldt, som begreberne anvendes i RDD 2013, skal immaterielle rettigheder dels ikke være sammenlignelige med andre immaterielle rettigheder i andre lignende situationer, og dels skal de immaterielle rettigheder skabe en økonomisk merværdi, som ikke ville være opnået, såfremt rettigheden ikke var til stede.

Sektionen afsluttes med illustrationer af immaterielle rettigheder, som falder ind under definitionen. Det er her hensigten at tydeliggøre for læseren, hvilken betydning definitionerne har, mens det samtidig understreges, at der ikke er tale om en udtømmende liste. Det fastslås ydermere, at disse illustrationer skal tilpasses til lokal lovgivning i hvert land.⁴⁷ Illustrationerne er indsat i Figur 4.4 på næste side.⁴⁸

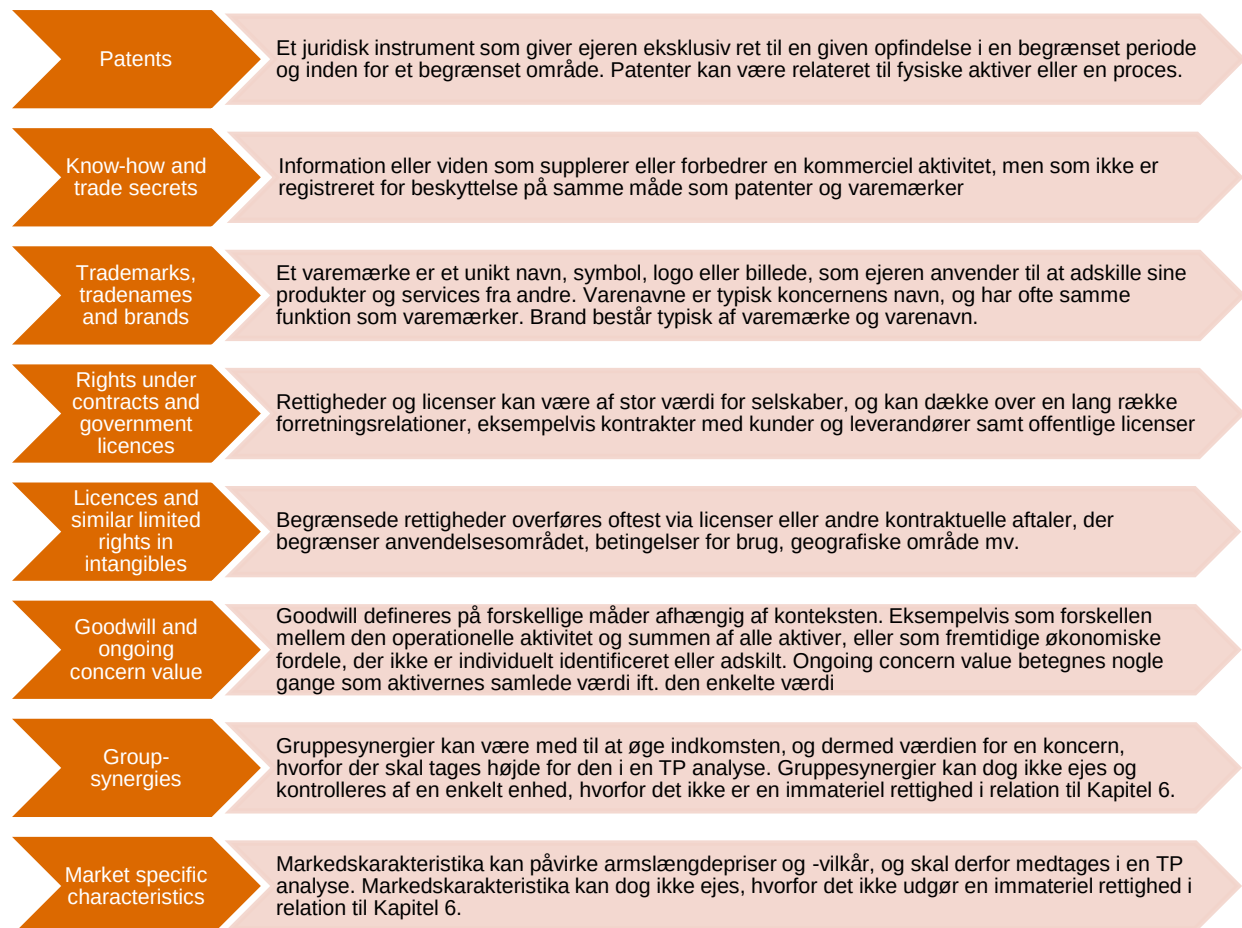
⁴⁵ RDD 2013, Art. 6.50

⁴⁶ TPG 2010, Art. 6.4

⁴⁷ RDD 2013, Art. 6.52

⁴⁸ RDD 2013, Art. 6.53-6.64

Figur 4.4 – Illustrationer af immaterielle rettigheder i RDD 2013



Kilde: Egen fremstilling

Som det fremgår af Figur 4.4, er de fleste begreber klart defineret, og giver dermed ikke meget rum for fortolkning. Undtagelserne er dog goodwill og ongoing concern value, som ikke er specifikt defineret. Dette begrundes af OECD med, at disse anvendes i forskellig kontekst, og at goodwill og ongoing concern value ikke kan handles separat fra andre aktiver. Begreberne falder ind under definitionen af immaterielle rettigheder, men da det ikke kan handles separat, er det ikke nødvendigt at definere dem yderligere.⁴⁹ OECD påpeger i øvrigt, at den regnskabsmæssige værdi og definition vil være et godt udgangspunkt for en værdiansættelse, men at det bestemt ikke kan tolkes som den sande værdi ud fra et TP synspunkt.

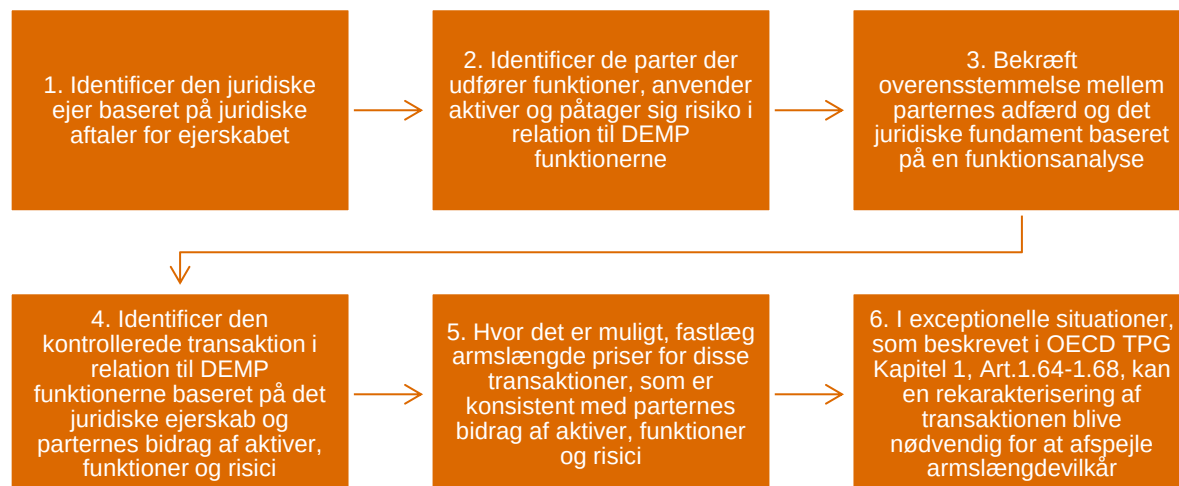
⁴⁹ RDD 2013, Art. 6.60-6.61

4.1.2 Ejerskab af immaterielle rettigheder og transaktioner involverende DEMP funktioner – RDD 2013, Kapitel 6 B

Denne sektion behandler problemstillingen vedrørende afkast fra en immateriel rettighed i relation til udførte funktioner og juridisk ejerskab. Blot fordi et selskab juridisk ejer den immaterielle rettighed, er det ikke ensbetydende med, at dette selskab også skal have hele afkastet. Der kan være andre selskaber i koncernen, der udfører funktioner, og/eller bidrager med aktiver, og/eller påtager sig risiko, hvilket skal honoreres separat. I indledningen til sektionen nævnes, at fokus i forhold til udførte funktioner særligt skal være på, hvem der har udført funktioner i relation til ”*Development, Enhancement, Maintenance and Protection*” (DEMP).⁵⁰ Disse begreber var ikke nævnt i TPG 2010, hvorfor der hermed er en mere detaljeret vejledning til at fastslå, hvilke funktioner der er vigtige.

Derpå opstiller OECD en 6 trins analyse af transaktioner indeholdende immaterielle rettigheder, som er vist i nedenstående Figur 4.5.⁵¹

Figur 4.5 – RDD 2013’s 6 trins analyse relateret til immaterielle rettigheder



Kilde: Egen fremstilling

Udgangspunktet for analysen er det kontraktuelle grundlag og juridisk ejerskab. Såfremt der ikke eksisterer noget skriftligt grundlag, skal analysen tage udgangspunkt i parternes adfærd og de økonomiske principper, der generelt regulerer forholdet mellem uafhængige parter. Parternes adfærd fastlægges ved analyser af de konkrete omstændigheder i forbindelse med handel. OECD fastslår, at det er god praksis, at alle beslutninger og intentioner dokumenteres skriftligt.⁵² Såfremt det ikke er muligt at fastslå den

⁵⁰ RDD 2013, Art. 6.65

⁵¹ RDD 2013, Art. 6.66

⁵² RDD 2013, Art. 6.67

juridiske ejer baseret på ovenstående, vil den enhed, som kontrollerer beslutningerne vedrørende brug og overførsel af rettigheden, og som har ressourcerne til at beskytte denne, blive anset som den juridiske ejer.

OECD påpeger, at det juridiske ejerskab kun er en indledende del af analysen, idet afkastet fra den immaterielle rettighed afhænger af bidrag af funktioner, aktiver og risici. Derfor afhænger det afkast som den juridiske ejer får af, om denne enhed ud over juridisk ejerskab bidrager med udførte funktioner, anvendte aktiver og påtager sig risici. Dermed er det juridiske ejerskab blot basis for analysen af den kontrollerede transaktion.⁵³ Den juridiske ejer skal, såfremt denne kun bidrager med juridisk ejerskab, således kun have et risikofrit afkast.

Det er de udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagede risici, som skal afgøre det afkast, som hvert enkelt involverede selskab skal have. Dette er selvfølgelig betinget af, at selskabet reelt set har kompetencerne til dette, og kapacitet til at bære risikoen.

OECD gennemgår herefter, hvad der forstås ved funktioner, aktiver og risici i relation til immaterielle rettigheder, hvor fokus særligt er på de ovennævnte DEMP funktioner. Det er ikke givet, at det er samme enhed, som står for alle funktionerne, hvorfor afkastet skal baseres på en analyse af den konkrete situation, og afkastet skal herefter fordeles forholdsmæssigt baseret på de enkelte enheders bidrag. I den forbindelse nævnes der i alt 5 forskellige bidrag, som er særligt vigtige, og derfor primært vil give anledning til krav på afkast. Såfremt den juridiske ejer selv kræver hele afkastet, bør denne enhed også selv udføre følgende 5 opgaver:⁵⁴

1. Design og kontrol af research og marketingprogrammer
2. Ledelse og kontrol af budgetter
3. Kontrol over strategiske beslutninger angående udviklingsprogrammer for immaterielle rettigheder
4. Vigtige beslutninger vedrørende beskyttelse af immaterielle rettigheder
5. Løbende kvalitetskontrol

Derpå påpeges, at de enheder der bidrager med aktiver, skal kompenseres herfor. Dette involverer de risici, der er forbundet med at investere i aktiver. Dette skal dog analyseres separat.⁵⁵ Såfremt en enhed udelukkende bærer finansieringsrisikoen for anvendte aktiver, skal denne enhed blot modtage et

⁵³ RDD 2013, Art. 6.73

⁵⁴ RDD 2013, Art. 6.79-80

⁵⁵ RDD 2013, Art. 6.83

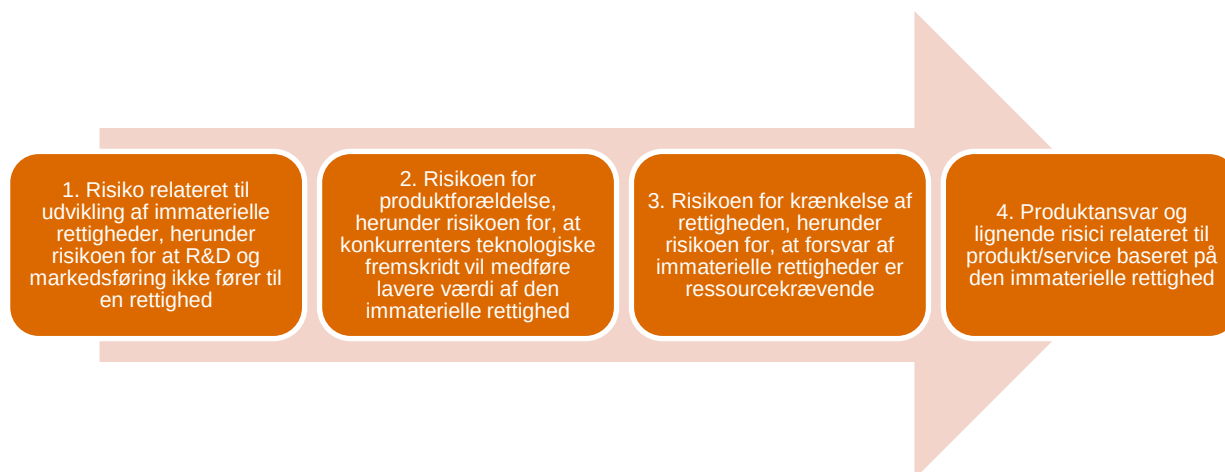
risikojusteret afkast på den investerede kapital. Her opstiller OECD 5 grundlæggende spørgsmål, som skal klarlægge afkastet herfor:⁵⁶

1. Hvad er den påtagede finansielle risiko?
2. Har enheden finansiell kapacitet til at bære risikoen?
3. Hvordan og af hvem er den finansielle risiko kontrolleret?
4. Hvad er de mulige finansieringsmuligheder for parterne?
5. Hvad er armslængdekompensation for at påtage sig den konkrete risiko?

Dette leder til en konkret vurdering af, hvilken risiko der er påtaget. Her henvises der til sammenhængen over til TPG Kapitel 9, som omhandler omstruktureringer. Gennemgang af TPG Kapitel 9 følger af afhandlingens kapitel 7.

Som det er tilfældet med funktioner og aktiver, skal der også vedrørende risiko fastslås, hvem der påtager sig risikoen i forbindelse med de forskellige DEMP funktioner. OECD opstiller fire forskellige typer risiko, som særligt giver anledning til afkast, som fremgår af Figur 4.6 nedenfor.⁵⁷

Figur 4.6 – Risikotyper, som særligt giver anledning til afkast



Kilde: Egen fremstilling

Det er her vigtigt at fastslå, at der skal være tale om faktisk påtaget risiko, og ikke blot kontraktuelt påtaget risiko. Såfremt de faktiske omstændigheder afviger fra de kontraktuelle, vil det være de faktiske omstændigheder, som er afgørende for, hvem der er berettiget til et afkast. Såfremt den juridiske ejer udfører alle funktioner, bidrager med alle aktiver og påtager sig al risiko, alt sammen i relation til DEMP funktionerne, så er denne enhed berettiget til det fulde afkast. Såfremt en anden enhed bidrager med blot

⁵⁶ RDD 2013, Art. 6.84

⁵⁷ RDD 2013, Art. 6.87

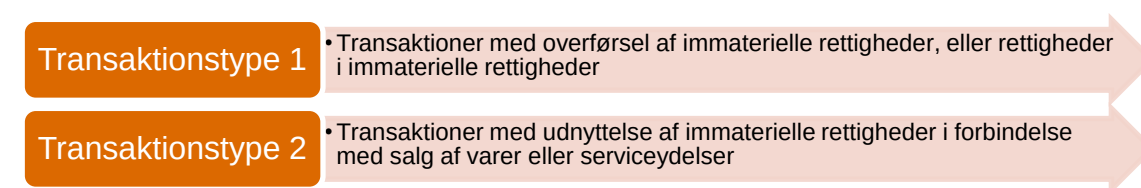
en lille smule, skal denne enhed kompenseres på armslængdevilkår herfor.⁵⁸ I situationer hvor andre koncernselskaber bidrager, skal der kigges på det påtagede aktivitetsniveau og natur, samt hvilken kompensation der modtages herfor.

4.1.3 Transaktioner indeholdende anvendelse eller salg af immaterielle rettigheder – RDD 2013, Kapitel 6 C

Når man har identificeret den immaterielle rettighed og ejerskabet heraf, herunder hvem der udfører vigtige funktioner, bidrager med aktiver og påtager sig risiko, skal den specifikke transaktion identificeres. I den forbindelse finder TPG Kapitel 1 anvendelse generelt, hvortil der er specifikke omstændigheder, der skal tages i betragtning, når immaterielle rettigheder er involveret.

OECD anviser, at der er to overordnede transaktionstyper, hvor det er relevant at se på immaterielle rettigheder i relation til en TP analyse. Disse er vist i nedenstående Figur 4.7.

Figur 4.7 – Transaktionstyper indeholdende immaterielle rettigheder



Kilde: Egen fremstilling

Den første transaktionstype kan enten være overførsel af selve rettigheden, eller ved at overføre rettigheden til at udnytte den immaterielle rettighed. Dette kan være ved overførsel af en enkelt immateriel rettighed eller en samlet pakke af services/materielle aktiver og en eller flere immaterielle rettigheder. Når der er tale om overførsel af immaterielle rettigheder eller rettigheder hertil, er det vigtigt at fastslå, hvad der præcist overføres, samt hvilke betingelser og begrænsninger der eventuelt er i den forbindelse.

Når der er tale om overførsel af flere immaterielle rettigheder, anviser OECD særligt 2 problemstillinger, som det er relevant at kigge på:⁵⁹

1. De økonomiske omstændigheder relateret til interaktion mellem forskellige immaterielle rettigheder, idet der kan være synergieffekter mellem dem.
2. Er samtlige immaterielle rettigheder i transaktionen identificeret? I sammensatte transaktioner kan det være svært at identificere alle rettighederne, da de typisk vil være tæt forbundet.

⁵⁸ RDD 2013, Art. 6.89-6.90

⁵⁹ RDD 2013, Art. 6.110-6.113

Der kan i forbindelse med punkt 2 være situationer, hvor den ene rettighed ikke kan overføres, uden at den tilhørende samtidig overføres. I sådanne situationer vil det ikke give mening at skille dem ad. I andre situationer vil det være mere oplagt at skille rettighederne ad og værdiansætte dem individuelt, dog ikke uden at skele til, at der kan være synergieffekter, når de bliver handlet sammen.

Transaktionstype 2 er en situation, hvor der ikke direkte er en immateriel rettighed der bliver overført, men derimod varer eller ydelser, som har gavn af immaterielle rettigheder. I dette tilfælde skal der ligeledes udarbejdes en funktions- og risikoanalyse, samt en sammenlignelighedsanalyse af den givne transaktion, hvori der skal ske en klar identifikation af involverede immaterielle rettigheder.⁶⁰

4.1.4 Supplerende vejledning til fastsættelse af armslængdevilkår i situationer omhandlende immaterielle rettigheder – RDD 2013, Kapitel 6 D

Udgangspunktet for en TP analyse er, som nævnt, TPG Kapitel 1-3. Dertil er der nogle særlige situationer, hvor der er behov for yderligere vejledning, hvilket sker for immaterielle rettigheder i TPG Kapitel 6. Sektion D er inddelt i fire underpunkter. Fokus for denne afhandling er særligt Sektion D.3 og D.4 om immaterielle rettigheder der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet. Dette vil blive gennemgået i et kapitel for sig. Sektion D.1 og D.2 vil blive gennemgået kort nedenfor.

Overordnet er budskabet fra OECD, at sammenlignelighedsanalysen af en transaktion indeholdende immaterielle rettigheder skal tage stilling til de realistiske alternativer. Det er ikke tilstrækkeligt at lave en en-sidet analyse, idet en sådan analyse ikke giver basis for at evaluere en transaktion med immaterielle rettigheder, da der ikke er en simpel part, der kan testes, hvis der er identificeret immaterielle rettigheder hos flere selskaber i koncernen. I den supplerende vejledning i Sektion D.2 har OECD syv forhold, som ofte er relevante i forhold til overførsler af immaterielle rettigheder. Disse forhold er følgende:⁶¹

⁶⁰ RDD 2013, Art. 6.122

⁶¹ RDD 2013, D.2

1. Sammenligning af immaterielle rettigheder eller rettigheder til disse
2. Sammenligning af risici i transaktioner indeholdende immaterielle rettigheder eller rettigheder til disse
3. Sammenlignelighedsjusteringer relateret til immaterielle rettigheder eller rettigheder til disse
4. Brug af databasesammenligninger
5. Valg af den mest hensigtsmæssige Transfer Pricing metode i situationer med overførsel af immaterielle rettigheder eller rettigheder til disse
6. Supplerende vejledning vedrørende Transfer Pricing metoder i situationer med overførsel af immaterielle rettigheder eller rettigheder til disse
7. Betalingens form

Herefter følger D.3, som omhandler fastsættelse af armslængdepris når der er stor usikkerhed om værdien på transaktionstidspunktet. Dette er et særligt fokusområde i forbindelse med BEPS projektet, hvorfor denne del ikke er blevet opdateret i RDD 2013 i forhold til TPG 2010. Derimod er der separat udgivet et DD i juni 2015, som indeholder OECD's forslag til, hvordan sådanne transaktioner skal behandles i det nye Kapitel 6. Dette behandles i afhandlingens kapitel 6.

4.2 Kommentarer fra interessenter til RDD 2013

Som nævnt indledningsvis valgte OECD at opfordre til, at interessenter kommenterede på RDD 2013. Dette er normal proces fra OECD, idet de ønsker at få flest mulige holdninger i spil, inden de laver deres endelige guidelines. Samtidig er der den vigtige pointe, at RDD 2013 er ganske omfattende, og går ned i væsentligt flere detaljer, end TPG Kapitel 6 af 2010. Derfor er det i den grad relevant, at nogle af dem der skal anvende, og rådgive om, disse guidelines i praksis, får mulighed for at komme med deres input. Dette kan være en længere proces, men prioriteringen af området fra OECD's side betød, at interessenterne fik to måneder. Dette var en kort frist som skyldtes, at OECD gerne ville have det opdaterede kapitel offentliggjort i henhold til tidsfristen i Action Point 8-10.

Der er, som det er blevet beskrevet i metodeafsnittet i afhandlingens kapitel 1.5, taget udgangspunkt i to forskellige interessenter. BusinessEurope har skrevet 19 siders kommentarer, hvoraf de første sider er et par generelle kommentarer til RDD 2013, efterfulgt af en side om forslagene til ændringer i Kapitel 1-3, og slutteligt 15 siders kommentarer til den del af RDD 2013, som omhandler immaterielle rettigheder. Deloitte har ligeledes generelle kommentarer samt kommentarer til forslag til ændringer i Kapitel 1-3, og slutter med 22 siders kommentarer til afsnittet om immaterielle rettigheder.

Nedenfor vil disse kommentarer blive analyseret, således at disse interessenters holdning til afsnittet om immaterielle rettigheder i RDD 2013 vil stå klart, og så det efterfølgende kan analyseres, hvorvidt OECD

lyttede til interessenterne i forbindelse med udarbejdelsen af det endelige TPG Kapitel 6 i Final Action 8-10.

Det overordnede formål med at inddrage interessenters kommentarer er at opstille kommentarer fra modsatrettede holdninger. Interessenterne formodes at ønske, at ville undgå dobbeltbeskatning, mens OECD og de respektive skattemyndigheder gerne vil undgå dobbelt ikke-beskatning. Den ene problemstilling er som sådan ikke større end den anden, idet ingen af de to situationer bør forekomme. Disse modstridende interesser bør føre til, at man kan eliminere problemstillingen, hvis man samarbejder om udarbejdelsen af guidelines, hvilket her er forsøgt.

4.2.1 Kommentarer fra BusinessEurope

4.2.1.1 Generelle kommentarer fra BusinessEurope

Indledningsvis fastslår BusinessEurope, at de mener, at det nye Kapitel 6 i TPG skal tage sigte på at løse de generelle problemstillinger i forhold til immaterielle rettigheder frem for de mere atypiske og ekstreme situationer, herunder kompleks skatteundgåelse. I forlængelse heraf fastslås, at det er helt afgørende med præcise definitioner, således at der ikke opstår tvivlssituationer.⁶² I sig selv er dette kompliceret, idet immaterielle rettigheder er u håndgribeligt, og et område med konstant udvikling.

Specifikt nævner BusinessEurope, at brugen af ”*return attributable to an intangible*” ikke fremgår klart af RDD 2013, hvorfor en nærmere definition af denne formulering er nødvendig, hvis der skal undgås forskellige fortolkninger.⁶³ BusinessEurope mener, at der som RDD 2013 er formuleret vil være delt ejerskab af immaterielle rettigheder i langt de fleste situationer.⁶⁴ Dette vurderes at være et skift i princip fra TPG 2010, og som potentielt medfører dobbeltbeskatning.

Derpå nævnes det, at OECD’s opfordring til specifik identifikation af immaterielle rettigheder er en god ide, men at det i praksis ikke er anvendeligt, idet de kan være ekstremt svære at identificere. Derfor har mange koncerner indrettet sig således, at immaterielle rettigheder er centraliseret juridisk, idet dette er mest praktisk. BusinessEurope ønsker i denne forbindelse en ”*threshold approach*”, som skal bevirke, at en ejer der udfører visse funktioner (færre end OECD fastslår), ikke skal lave specifikke analyser af de enkelte enheders brug af disse rettigheder.⁶⁵ Desværre definerer BusinessEurope ikke denne ”*threshold approach*” nærmere, hvorfor deres kommentar ikke er så praktisk anvendelig.

⁶² PC RDD 2013, Business Europe, s. 1

⁶³ PC RDD 2013, Business Europe, s. 1

⁶⁴ PC RDD 2013, Business Europe, s. 2

⁶⁵ PC RDD 2013, Business Europe, s. 2

4.2.1.2 Specifikke kommentarer fra BusinessEurope

BusinessEurope peger i forhold til Sektion A i RDD 2013 på, at det er altafgørende, at definitionen af immaterielle rettigheder bliver præcis, og at dette er vigtigt for det videre arbejde. Her peger BusinessEurope på 3 karakteristika ved immaterielle rettigheder, som de mener definitionen bør omfatte:⁶⁶

1. Ejerskab
2. Kontrol
3. Omsættelighed

Som følge heraf, vil eksempelvis goodwill, synergier og on-going concern value ikke være omfattet af TPG Kapitel 6, idet disse ikke i sig selv kan være ejet, kontrolleret og omsættelige. Dermed skal det undgås, at man beskatter noget, som giver virksomheden en værdi, men som ikke er noget, der kan handles separat. Derfor mener BusinessEurope ikke, at den definition af immaterielle rettigheder der fremgår af Art. 6.40 er præcis nok, idet der anvendes ordet "*something*". Hertil foreslår BusinessEurope, at der anvendes "*an asset*" i stedet for. Ydermere mener BusinessEurope, at det af definitionen skal fremgå mere klart, at den immaterielle rettighed skal være omsættelig, hvilket også skal afspejles i Art. 6.42.⁶⁷ Dette påvirker også illustrationerne, som vist i Figur 4.4, hvor BusinessEurope ønsker, at det skal fremgå mere tydeligt af den ikke-udtømmende liste, at omsættelighed er et krav.

Dernæst tilgås Sektion B, som omhandler ejerskabet af immaterielle rettigheder. OECD nævner i RDD 2013, at juridisk ejerskab skal have en minimal betydning. BusinessEurope mener, at juridisk ejerskab skal respekteres, medmindre det helt tydeligt ikke afspejler de økonomiske omstændigheder og forholdet mellem parterne. Derfor mener BusinessEurope, at der er for meget fokus på DEMP funktionerne i relation til identifikation af ejerskab.⁶⁸ Selv med BusinessEuropes "*threshold approach*" er der intet til hinder for, at en ikke-ejer udfører funktioner i forbindelse med immaterielle rettigheder, og bliver kompenseret herfor. Derfor er det ifølge BusinessEurope afgørende, at der skelnes mellem juridisk ejerskab og en service provider, der hjælper den juridiske ejer med at udføre funktioner, hvilket denne service provider bliver kompenseret for. Dette vil ifølge BusinessEurope gøre de TP mæssige aspekter langt mere forudsigelige, hvilket bidrager til simplicitet.⁶⁹

Yderligere nævner BusinessEurope, at linket til TPG Kapitel 9 bør være mere klart og stringent, særligt i forhold til "*important functions*". Dette følges op af specifikke kommentarer til Art. 6.80 om retten til

⁶⁶ PC RDD 2013, Business Europe, s. 4

⁶⁷ PC RDD 2013, Business Europe, s. 5

⁶⁸ PC RDD 2013, Business Europe, s. 8-9

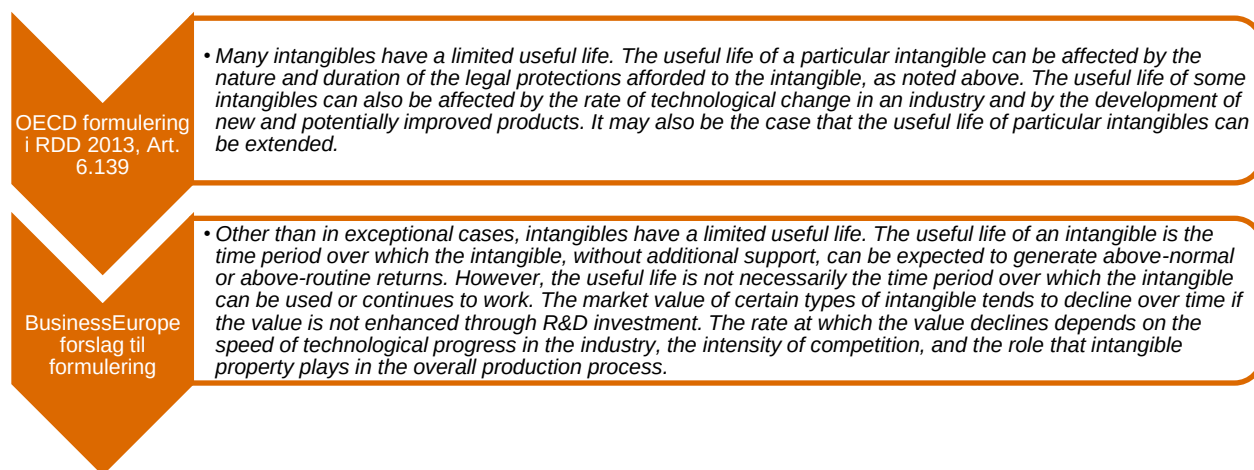
⁶⁹ PC RDD 2013, Business Europe, s. 9

afkast som følge af udførte funktioner, som BusinessEurope vurderer kan anskues som en decideret modsætning i forhold til det hidtidige TPG Kapitel 9.

I forhold til Sektion D i RDD 2013 påpeger BusinessEurope, at det er risikabelt i Art. 6.132, omhandlende sammenlignelige transaktioner, at kunne tilsidesætte en transaktion, blot fordi den ikke ville ske mellem uafhængige parter, idet denne omstændighed ikke betyder, at der ikke kan fastsættes en armslængdepris, men blot at det bliver en mere besværlig analyse. BusinessEurope frygter, at ovennævnte omstændighed kan betyde, at skattemyndigheder afviser transaktionen, blot fordi den ikke ville ske mellem uafhængige parter, selvom den vil være sandsynlig for koncernforbundne parter.

Dernæst kritiserer BusinessEurope OECD's formulering omkring "useful life" i Art. 6.139. BusinessEurope mener, at punktet skal afspejle nutidens hurtigt skiftende miljø, og derfor reflektere, at meget få, hvis overhovedet nogen, immaterielle rettigheder har uendelig levetid, medmindre de bliver vedligeholdt. Dette skal forstås således, at såfremt der sker vedligeholdelse af den immaterielle rettighed, så er det muligt at forlænge dens levetid. Derfor foreslår BusinessEurope formuleringen der fremgår af Figur 4.8 nedenfor.⁷⁰

Figur 4.8 – BusinessEurope forslag til ændret formulering omkring "useful life"



Kilde: Egen fremstilling

Opsummerende kan det udledes, at BusinessEurope er positive over for en opdatering af Kapitel 6, men også har væsentlige kritikpunkter, som de mener vil skabe problemer for de organisationer de repræsenterer.

⁷⁰ PC RDD 2013, Business Europe, s. 17

4.2.2 Kommentarer fra Deloitte

4.2.2.1 Generelle kommentarer fra Deloitte

På et generelt niveau roser Deloitte RDD 2013, og påpeger, at udkastet giver brugbar og anvendelig vejledning. De fastslår, at det er en god ide med en udvidelse af TPG om immaterielle rettigheder, som de mener, at RDD 2013 er et udtryk for. Det bliver dog også påpeget, at der er områder, hvor OECD kunne være mere tydelige i formuleringerne, og hvor Deloitte, ligesom BusinessEurope, fastslår, at klare entydige formuleringer og definitioner er en nødvendighed.⁷¹ Problemet for OECD er, at de skal tilgodese alle, og at alle skal være enige om opdateringen af kapitlet, hvilket på ingen måde forsimples processen. Deloitte slutter sine generelle kommentarer af med at påpege, at den meget stramme tidsmæssige deadline er kritisabel, da det vil være bedre, at der tages den tid det tager, for at det bliver ordentligt gennemarbejdet.⁷²

4.2.2.2 Specifikke kommentarer fra Deloitte

Overordnet set er Deloitte enig i principperne i Sektion A, som omhandler identifikation af immaterielle rettigheder. Deloitte mener dog, at der er for stort fokus på, at skattemyndighederne kan tilsidesætte en transaktion, blot fordi den ikke ville forekomme mellem uafhængige parter. Ydermere påpeges det, at OECD har for stort fokus på hele værdikæden, når en enkelt transaktion skal analyseres. Her opfordres der i stedet til, at man udelukkende kigger på den konkrete transaktion mellem parterne. I denne sammenhæng er det også vigtigt, hvem der er juridisk ejer, og ikke så meget hvem der tidligere har udført udviklingsfunktionen, idet dette ikke vil være relevant for en uafhængig part.⁷³

Dernæst kommenteres der på, at definitionen af immaterielle rettigheder i Art. 6.40 ikke tydeligt nok forklarer, hvornår TPG Kapitel 6 er relevant. Definitionen skal fastlægge, hvornår Kapitel 6 skal anvendes, og ikke fokusere så meget på at bestemme potentielle betalinger mellem uafhængige parter.⁷⁴ Dernæst påpeges det, at nogle af de punkter der følger efter definitionen er uklare, og til tider modstrider hinanden. Ydermere påpeges det, at der til tider er for mange definitioner, og irrelevante ting der nævnes, eksempelvis beskrivelsen omkring forskelle mellem interagerende lande.⁷⁵

⁷¹ PC RDD 2013, Deloitte, s. 3

⁷² PC RDD 2013, Deloitte, s. 4

⁷³ PC RDD 2013, Deloitte, s. 12

⁷⁴ PC RDD 2013, Deloitte, s. 13

⁷⁵ PC RDD 2013, Deloitte, s. 14

Når det kommer til den ikke-udtømmende gennemgang af illustrationer, er Deloitte imod, at goodwill skal betragtes isoleret set, og ikke som en del af en transaktion, da goodwill ikke kan handles for sig selv. Dette mener Deloitte, er en af de allervigtigste ændringer til Sektion A.⁷⁶

Som generel kommentar til Sektion B om ejerskab og DEMP funktionerne påpeger Deloitte, at anvendelsen af ”*return attributable to an intangible*” bør fjernes, idet det kun giver forvirring for læseren, da det er for vag en formulering, som ikke bliver nærmere defineret.⁷⁷ Ligeledes påpeges, at linket til TPG Kapitel 9 bør være bedre, således at der ikke står modstridende ting i disse to kapitler. Generelt påpeges det også, at der, hvis ikke formuleringerne bliver mere klare, vil være en risiko for dobbeltbeskatning, og en risiko for flere situationer der skal løses med en Mutual Agreement Procedure (MAP). Der bør ifølge Deloitte være større fokus på at se, hvad uafhængige parter ville gøre en i sammenlignelig situation, og blive fokuseret på den konkrete transaktion, i stedet for en masse omstændigheder i tillæg hertil.⁷⁸

I forhold til Sektion C om selve transaktionerne anføres det, at Deloitte overordnet set er enig i principperne, men at det ville være lettere at forstå, hvis man i Sektion A definerede intangible property og intangible assets. Ydermere fastslås, at det bør gøres klart, at Sektion C kun omhandler intangible property, og ikke intangible assets.⁷⁹ Dernæst påpeges, at det kun er relevant at splitte en transaktion ad i enkelte dele, såfremt det også er sådan den ville blive prisfastsat mellem uafhængige parter. Såfremt den ville blive prisfastsat som en samlet pakke mellem uafhængige parter, bør den også prisfastsættes som en samlet pakke mellem koncernforbundne parter, hvilket bør reflekteres i Art. 6.117, som omhandler adskillelse af transaktioner.⁸⁰

Deloitte påpeger til Sektion D, at det vil være fordelagtigt, såfremt TP metoderne associeres med de traditionelle værdiansættelsesmetoder til immaterielle rettigheder, så man undgår misforståelser og uklarheder. Deloitte peger her på tre traditionelle værdiansættelsesmetoder under navnene ”*cost approach*”, ”*income approach*” og ”*market approach*”.⁸¹ Den første kan associeres med transactional net margin method (TNMM) og profit split fra enten sælgers eller købers perspektiv. Den anden kan ligeledes associeres med TNMM og profit split, blot fra købers perspektiv. Den sidste associeres med comparable uncontrolled price method (CUP), og ansues ud fra et neutralt perspektiv.

Derpå tager Deloitte fat på linket mellem Kapitel 6 og Kapitel 9 i TPG, som Deloitte mener kan skabe forvirring og uklarheder, hvilket kan medføre priser, som ikke er armslængsvilkår. Derefter kommenteres

⁷⁶ PC RDD 2013, Deloitte, s. 15

⁷⁷ PC RDD 2013, Deloitte, s. 16

⁷⁸ PC RDD 2013, Deloitte, s. 17-18

⁷⁹ PC RDD 2013, Deloitte, s. 19

⁸⁰ PC RDD 2013, Deloitte, s. 20

⁸¹ PC RDD 2013, Deloitte, s. 22

på, at der i visse formuleringer er en tydelig mening, men at formuleringerne ikke er præcise nok.⁸² Det samme er gældende, når de forskellige værdiansættelsesmetoder nævnes, idet det måske giver læseren lyst til at vælge bestemte metoder over andre, selvom det er den konkrete situation, der skal afgøre metodevalget, hvilket også er tydeliggjort af, at OECD har fjernet sin prioriterede rækkefølge af TP metoderne i TPG.

4.3 TPG Kapitel 6 2016 – Final Action 8-10

I oktober 2015 udgav OECD BEPS Action Point 8-10, hvilket indeholdt ”*Revisions to Chapter VI of the Transfer Pricing Guidelines*”. Dette kapitel blev 23. maj 2016 godkendt af OECD som nyt TPG Kapitel 6.⁸³ Formålet med BEPS Action 8, relateret til immaterielle rettigheder mellem koncernforbundne parter, var, som tidligere nævnt, tredelt mellem nedenstående:⁸⁴

1. Vedtage en bred og klart afgrænset definition af immaterielle rettigheder
2. Sikring af, at fortjeneste i forbindelse med overdragelse og anvendelse af immaterielle rettigheder fordeles efter værdiskabelsen
3. Udvikling af transfer pricing regler eller særlige foranstaltninger for overførsel af immaterielle rettigheder der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet

Det offentliggjorte kapitel er en viderebygning af RDD 2013, hvortil der er lavet nogle ændringer til formuleringer. I forbindelse med det indledende resume opstilles punkter, som OECD påpeger, at kapitlet sikrer, hvoraf særligt nedenstående vurderes væsentlige:⁸⁵

1. At juridisk ejerskab i sig selv ikke giver ret til afkast fra udnyttelse af immaterielle rettigheder
2. At koncernforbundne parter, der udfører vigtige funktioner i relation til ”*Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation*” (DEMPE) kan forvente et vederlag herfor
3. At koncernforbundne parter, som påtager sig risiko i forbindelse med DEMPE funktioner, også skal have kontrol over risikoen og have finansiell kapacitet til dette, for at blive vederlagt herfor
4. At en koncernforbunden part, som bidrager med kapital, og derved påtager sig en finansiell risiko, men som ikke udfører nogen funktioner, kun skal have et risikojusteret afkast heraf. Såfremt der ikke udøves kontrol over den finansielle risiko, skal enheden kun have et risikofrit afkast

⁸² PC RDD 2013, Deloitte, s. 23

⁸³ OECD Council Approval

⁸⁴ Final Action 8-10, Kapitel 6, s. 1-2

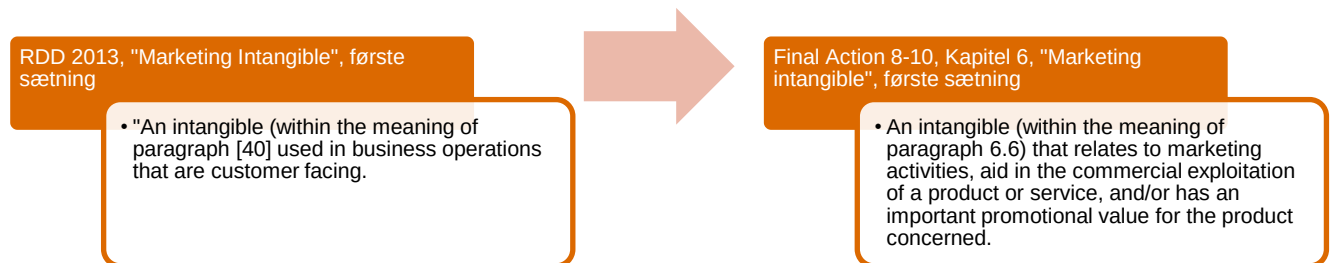
⁸⁵ Final Action 8-10, Kapitel 6, s. 1-2

4.3.1 Identifikation af immaterielle rettigheder – Final Action 8-10, Kapitel 6 A

Det første der er særligt vigtigt at notere sig er, at der ikke er ændret et eneste ord i definitionen af immaterielle rettigheder.⁸⁶ Dermed er det nøjagtigt samme definition der anvendes, som den der blev foreslået i RDD 2013. Dernæst følger lidt små ændringer til formuleringer af de enkelte Artikler, men ikke noget der ændrer meningen med punkterne. I Art. 6.12 nævner OECD, at det er vigtigt med specifik identifikation af de immaterielle rettigheder i en transaktion, hvortil funktionsanalysen skal fastslå, hvem der udfører DEMPE funktionerne og har risici forbundet hermed.⁸⁷ I denne forbindelse er det vigtigt at påpege, at der her er tilføjet en funktion, nemlig ”*exploitation*”, som ikke var en del af de vigtige funktioner i RDD 2013. Dermed er udnyttelsen nu også et vigtigt element i vurdering af, hvem der er berettiget til et afkast fra den immaterielle rettighed.

Derpå følger kategoriseringen af immaterielle rettigheder, hvor OECD har fastholdt deres tilgang med at nævne ”*soft and hard intangibles*”, uden at definere dette nærmere.⁸⁸ Derimod er definitionen af ”*Marketing intangible*” blevet opdateret, således at den første sætning er blevet mere specifik, hvilket fremgår af Figur 4.9.⁸⁹

Figur 4.9 – Opdateret formulering af ”*Marketing Intangible*”



Kilde: Egen fremstilling

Det er her værd at bemærke, at første sætning er blevet markant mere specifik og definerende. Derimod er der intet ændret fra RDD 2013 til Final Action 8-10, Kapitel 6, angående reference til ”*unique and valuable intangibles*”. Dermed refereres der stadig til de to tidligere nævnte betingelser for, at immaterielle rettigheder er ”*unique and valuable*”,⁹⁰ selvom dette blev frarådet af rådgivere.

Som det også var tilfældet i RDD 2013 sluttes Sektion A af med, at der gives illustrationer af forskellige typer immaterielle rettigheder, som skal hjælpe med at vise en praktisk tilgang. De fleste af

⁸⁶ Final Action 8-10, Art. 6.6

⁸⁷ Final Action 8-10, Art. 6.12

⁸⁸ Final Action 8-10, Art. 6.15

⁸⁹ Action Point 8-10, s. 7

⁹⁰ Final Action 8-10, Art. 6.17

illustrationerne er uændrede sammenlignet med RDD 2013. For Know-how og trade secrets er det tilføjet, at dette typisk relaterer sig til fremstilling, markedsføring, R&D eller andre kommercielle aktiviteter.⁹¹

Den næste ændring til illustrationerne, som for RDD 2013 er vist i Figur 4.4, er til *"Rights under contracts and government licences"*, som er blevet udvidet en del. Dels er det blevet mere specifikt, hvad der menes, men derudover er det også tydeliggjort, at det skal afgrænses fra *"company registration obligations"*, som er betingelser for at udøve virksomhed i et bestemt område, idet disse betingelser ikke er at betragte som immaterielle rettigheder. Derudover er det specificeret, at rettigheder under kontrakter, med eksempelvis kunder og leverandører, er at betragte som immaterielle rettigheder.⁹²

Herefter kommer illustrationerne vedrørende goodwill og ongoing concern value. OECD har ikke ændret holdning om nødvendigheden af at definere disse begreber nærmere, men har trods alt givet lidt mere vejledning i Final Action 8-10, Kapitel 6, sammenlignet med RDD 2013. Særligt anden sætning er uddybet mere og nævner eksempler, således at man er sikker på, at man omfavner de tænkelige situationer. OECD fastholder, at goodwill og ongoing concern value ikke kan handles separat, men bliver handlet sammen med andre aktiver.⁹³ Derudover er det vigtigt, at man, når der ikke er en definition, præcist beskriver de relevante immaterielle rettigheder i relation til analysen, og forholder sig til, hvorvidt uafhængige parter ville kræve kompensation for en sådan overførsel.

Der er altså sket nogle præciseringer af formuleringer i Sektion A, kombineret med udvidelser af visse formuleringer, herunder blandt andet de omtalte illustrationer.

4.3.2 Ejerskab af immaterielle rettigheder og transaktioner involverende DEMPE – Final Action 8-10, Kapitel 6 B

Allerede i overskriften til Sektion B er det tydeligt, at OECD har udvidet de relevante funktioner i relation til immaterielle rettigheder, idet der her er tilføjet *"Exploitation"* som en vigtig funktion. Dermed har man bevæget sig fra DEMP til DEMPE, idet det vurderes, at også udnyttelsen af immaterielle rettigheder er afgørende for profitallokeringen. Det er her vigtigt at bemærke, at OECD er gået væk fra formuleringen *"return attributable to an intangible"*, og blot omtaler, at profit skal fordeles efter de udførte funktioner og den påtagede risiko, såfremt der er kapacitet til at påtage sig dette. Derpå nævner OECD en række eksempler på situationer, hvor det vil være udfordrende at anvende TPG Kapitel 1-3, hvilket kapitlet om immaterielle rettigheder skal afhjælpe.⁹⁴

⁹¹ Final Action 8-10, Art. 6.20

⁹² Final Action 8-10, Art. 6.24-25

⁹³ Final Action 8-10, Art. 6.27-29

⁹⁴ Final Action 8-10, Art. 6.32-33

Ligesom i RDD 2013 giver OECD en fremgangsmåde til analyse af transaktioner, som indeholder immaterielle rettigheder. Denne fremgangsmåde er ændret en anelse i forhold til RDD 2013, som er vist i Figur 4.5, hvilket fremgår af Figur 4.10 nedenfor.

Figur 4.10 – Opdateret fremgangsmåde til analyse af transaktioner med immaterielle rettigheder

RDD 2013 fremgangsmåde	Final Action 8-10, Kapitel 6 B fremgangsmåde
• 1) Identificer den juridiske ejer baseret på juridiske aftaler for ejerskabet • 2) Identificer de parter der udfører funktioner, anvender aktiver og påtager sig risiko i relation til DEMP funktionerne • 3) Bekræft overensstemmelse mellem parternes adfærd og det juridiske fundament baseret på en funktionsanalyse • 4) Identificer den kontrollerede transaktion i relation til DEMP funktionerne baseret på det juridiske ejerskab og parternes bidrag af aktiver, funktioner og risici • 5) Hvor det er muligt, fastlæg armlængde priser for disse transaktioner, som er konsistent med parternes bidrag af aktiver, funktioner og risici • 6) I exceptionelle situationer, som beskrevet i TPG Kapitel 1, Art. 1.64-1.68, kan en rekarakterisering af transaktionen blive nødvendig for at afspejle armlængdevilkår	• 1) Identificer de anvendte eller overførte immaterielle rettigheder specifikt og de tilhørende risici i forbindelse med DEMPE • 2) Identificer de kontraktuelle aftaler med særligt fokus på juridisk ejerskab af immaterielle rettigheder • 3) Identificer hvilke parter der udfører funktioner, anvender aktiver og kontrollerer risiko relateret til DEMPE • 4) Bekræft konsistens mellem kontraktlige aftaler og parternes adfærd, og kontroller hvorvidt den part der påtager sig risiko har kapacitet hertil • 5) Afgræns den kontrollerede transaktion relateret til DEMPE i lyset af ejerskab og andre relevante kontraktlige relationer og den adfærd parterne udviser • 6) Hvor det er muligt, fastlæg armlængdepris for transaktioner, som er konsistent med parternes bidrag af aktiver, funktioner og risici

Kilde: Egen fremstilling

Der er herefter ikke ændret på, at det juridiske ejerskab er udgangspunktet for TP analysen. Der er dog tilføjet yderligere vejledning i, hvordan kontraktlige forpligtelser fastlægges, samt hvordan de faktiske forhold udledes. Det fastslås dog, at fastlæggelsen af den juridiske ejer stadig kun er udgangspunktet, idet juridisk ejerskab i sig selv ikke giver ret til hele profitten, da denne skal fordeles efter bidrag i form af funktioner, aktiver og risici. Dermed er juridisk ejerskab stadig blot et referencepunkt i forhold til at analysere transaktionen.⁹⁵ Derudover er DEMP blevet opdateret til DEMPE, ligesom Step 5 fra RDD 2013 er udeladt. Det skal dog påpeges, at såfremt der ikke kan findes en armlængdepris i Step 6 i TPG 2016 fremgangsmåden, så er kan en rekarakterisering af transaktionen være nødvendig. OECD nævner i den endelige version af TPG Kapitel 6, at det er vigtigt at skelne mellem ”*ex ante remuneration*” og ”*ex post remuneration*”.⁹⁶ Det første er udtryk for den forventede fremtidige aflønning på tidspunktet for transaktionen, mens det andet er den aflønning, som enheden rent faktisk får ved udnyttelse af den immaterielle rettighed. Det er vigtigt at skelne, da forskel mellem *ex ante* og *ex post* kan indikere, at transaktionen ikke var prissat korrekt på transaktionstidspunktet.

⁹⁵ Final Action 8-10, Art. 6.42-43

⁹⁶ Final Action 8-10, Art. 6.44

Specifikt i forhold til funktioner, aktiver og risici er der omfattende vejledning fra OECD i Sektion B2. Det er her vigtigt at tage med, at budskaberne langt hen ad vejen er de samme som i RDD 2013, men at der er i Final Action 8-10 et langt større fokus på kontrol i forbindelse med de udførte funktioner, de anvendte aktiver og de påtagede risici. Dette betyder, at der skal være kapacitet og kompetence til at kontrollere disse funktioner i relation til DEMPE, såfremt de skal give et afkast. Det er tydeliggjort, at det ikke er nok blot at være hånden der udfører, hvis ikke der er kapacitet og kompetence til at kontrollere udførelsen.⁹⁷ Der er ikke ændret på principperne om, at de parter der bidrager til DEMPE funktionerne, også er dem der skal aflønnes. Den konkrete aflønning, og vigtigheden af de forskellige funktioner, vil typisk være forskellige fra situation til situation, og skal baseres på en konkret vurdering.⁹⁸ De opstillede kriterier, og relevante spørgsmål, i RDD 2013 er blevet udeladt i den endelige version af TPG Kapitel 6. I stedet er det valgt at beskrive forholdene, herunder at det er vigtigt at skelne mellem operationel og finansiell risiko, da den operationelle risiko som udgangspunkt giver ret til større afkast, end den finansielle risiko gør.⁹⁹

I forhold til påtagelse af risiko har OECD fastholdt deres fire punkter, som er risiko i relation til produktets forældelse, udvikling, produktansvar og krænkelse, som vist i Figur 4.6 i kapitel 4.1.2. Dertil er tilføjet et femte punkt, nemlig risiko i forbindelse med udnyttelse og usikkerheder relateret til det afkast, som den immaterielle rettighed giver.¹⁰⁰ Dette er i tråd med, at DEMP er blevet udvidet til DEMPE, hvor det sidste E netop udgør udnyttelse.

Derpå følger en helt ny sektion, benævnt B.2.4 ”*Actual, ex post returns*”, som behandler de ovenfor nævnte ”*ex post returns*”. Dette skal hjælpe med at fastslå, hvordan virksomheder skal agere, når afkastet viser sig at blive anderledes, end det var forventet på transaktionstidspunktet. Forskellen kan skyldes mange ting, herunder anderledes risiko end forventet eller uforudsigelige udviklinger. Spørgsmålet er i den forbindelse, hvorvidt dette ændrede afkast betyder, at allokeringen mellem enhederne, der har været med til DEMPE funktionerne, skal ændres.¹⁰¹ For at kunne fastslå dette skal det analyseres, hvem der faktisk har de økonomiske risici. Såfremt en virksomhed ikke har påtaget sig risiko, vil virksomheden ikke blive påvirket af ændret afkast, hvorimod en virksomhed der har påtaget sig økonomisk risiko, og har kapacitet hertil, bør få et ændret afkast, som følge af udviklingen. I forbindelse med denne analyse skal det også vurderes, om analysen på transaktionstidspunktet afspejlede de faktiske omstændigheder, og

⁹⁷ Final Action 8-10, Art. 6.54

⁹⁸ Final Action 8-10, Art. 6.55

⁹⁹ Final Action 8-10, Art. 6.61

¹⁰⁰ Final Action 8-10, Art. 6.65

¹⁰¹ Final Action 8-10, Art. 6.69

hvorvidt man eventuelt har overvurderet eller undervurderet det forventede afkast.¹⁰² Dette bliver behandlet nærmere i afhandlingens kapitel 6.

4.3.3 Transaktioner indeholdende anvendelse eller salg af immaterielle rettigheder – Final Action 8-10, Kapitel 6 C

OECD fastholder i denne sektion, at der skal skelnes mellem de to typer af transaktioner, som indeholder immaterielle rettigheder, som vist i Figur 4.7. Disse er stadig transaktioner med overførsel af immaterielle rettigheder, eller rettigheder til immaterielle rettigheder og transaktioner med udnyttelse af immaterielle rettigheder i forbindelse med salg af varer eller serviceydelser. Indholdet er fra OECD's side ikke ændret væsentligt, og de to typer af problemstillinger, der er relevante, når der er tale om overførsel af immaterielle rettigheder, hvilket er omtalt i afhandlingens kapitel 4.1.3, fremhæves stadig.¹⁰³

Der nævnes igen de samme kategorier af første type transaktion, herunder overførsel af immaterielle rettigheder, overførsel af en kombination af immaterielle rettigheder, og overførsel af immaterielle rettigheder i kombination med andre transaktioner. Fælles for disse er generelt, at det er vigtigt, at klarlægge nøjagtigt hvilke immaterielle rettigheder der indgår i transaktionen, samt at få prissat disse enkeltvis, såfremt der ikke er tale om uadskillelige rettigheder.¹⁰⁴ Med andre ord skal transaktionen splittes ad, såfremt de enkelte dele ville blive handlet enkeltvis mellem uafhængige parter. Disse principper er uændrede fra RDD 2013 til Final Action 8-10.

Det samme er tilfældet for den anden type transaktion, som nævnt i Figur 4.7. Det kan i denne type transaktioner dog være væsentligt mere vanskeligt at vurdere, hvorvidt en immateriell rettighed indgår indirekte i transaktionen. Hertil har OECD opstillet et eksempel, som går igen fra RDD 2013 til Final Action 8-10.¹⁰⁵ Kapitel 6 C er på overordnet niveau mere eller mindre uændret fra RDD 2013 til Final Action 8-10.

4.3.4 Supplerende vejledning til fastsættelse af armslængdevilkår i situationer omhandlende immaterielle rettigheder – Final Action 8-10, Kapitel 6 D

Den for afhandlingen vigtigste del af denne sektion vil blive behandlet særskilt i afhandlingens kapitel 6. Det er dog værd at bemærke, at der i Final Action 8-10 er tilføjet en hel sektion til Kapitel 6 D, idet der er indsat et nyt D.4, som omhandler ”*Hard-To-Value-Intangibles*”. Den gamle Sektion D.4 er derfor flyttet ned som Sektion D.5.

¹⁰² Final Action 8-10, Art. 6.70

¹⁰³ Final Action 8-10, Kapitel 6.C

¹⁰⁴ Final Action 8-10, Kapitel 6.C.1

¹⁰⁵ Final Action 8-10, Art. 123

I Sektion D.1 behandles generelle principper i forbindelse med transaktioner der involverer immaterielle rettigheder. Her bliver der henvist til principperne i TPG Kapitel 1 og 3, som altid skal følges i en TP analyse. Det er her værd af bemærke, at OECD fastslår, at en ensidet analyse ikke er nok, når der er tale om en transaktion der indeholder immaterielle rettigheder,¹⁰⁶ hvilket går igen fra RDD 2013.

Principperne for sammenlignelighedsanalysen af en transaktion indeholdende immaterielle rettigheder er ikke ændret fra RDD 2013 til Final Action 8-10, og de syv overordnede principper er ligeledes uændrede fra Sektion D.2 i RDD 2013 til Final Action 8-10.¹⁰⁷

Dernæst følger D.3, D.4 og D.5, som vil blive behandlet særskilt i afhandlingens kapitel 6.

4.4 Lyttede OECD til kommentarerne fra interessenterne?

Det kan konstateres, at der ikke er sket de store ændringer fra RDD 2013 til Final Action 8-10 for den del, der angår nærværende kapitel i afhandlingen. De primære ændringer er præciseringer af formuleringer, eller omformulering af uklare sætninger. Der fokuseres her særligt på 5 punkter, som rådgivere ønskede ændret fra RDD 2013 til den endelige version.

Først står det klart, at definitionen af immaterielle rettigheder er uændret fra RDD 2013 til den endelige version af Kapitel 6 fra Final Action 8-10. BusinessEurope pegede ellers på, at det var afgørende, at definitionen blev gjort mere præcis, og de pegede selv på tre konkrete krav, som definitionen skulle indeholde. Deloitte mente også, at definitionen var for uklar, idet det var svært at vurdere, hvornår TPG Kapitel 6 overhovedet var relevant, idet definitionen af immaterielle rettigheder ikke var specifik nok. Dette vurderes potentielt at skabe problemer fremadrettet, når dem der skal anvende guidelines i praksis ikke synes, at definitionen af de omhandlede immaterielle rettigheder tydeligt nok kan afgøre, hvornår en transaktion er omfattet.

BusinessEurope påpeger også, at der var for stort fokus på DEMP funktionerne i RDD 2013, hvor de mente, at et juridisk ejerskab i højere grad skulle respekteres. Det kan diskuteres, hvad udvidelsen af DEMP til DEMPE i denne relation kommer til at betyde. Det giver øget vejledning i, hvordan man skal fordele profit efter bidrag, og hvilke bidrag der er relevante. Omvendt øger det ikke fokus på det juridiske ejerskab. Her lyttede OECD således ikke til interessenterne, hvilket dog til dels var forventeligt, idet mange TP sager er opstået som følge af, at den juridiske ejer slet ikke har bidraget med andet end et passivt ejerskab, hvilket OECD klart ville tage afstand fra, som følge af BEPS projektets fokus.

¹⁰⁶ Final Action 8-10, Art. 6.110-113

¹⁰⁷ Final Action 8-10, Kapitel 6.D.2

Det næste store punkt i de i afhandlingen behandlede kommentarer var, at der blev anvendt for mange begreber, som ikke blev defineret eller specificeret. Dette tydeliggjort ved, at både BusinessEurope og Deloitte kritiserede RDD 2013, Art. 52, hvor begreberne "*unique and valuable*" blev nævnt. Dette punkt er fuldstændig uændret i formulering fra RDD 2013 til det endelige Kapitel 6 i Final action 8-10. Derudover vurderes det, at der ikke generelt er sket større præcisering eller mindre brug af begreber. Her lyttede OECD således ikke til de analyserede kommentarer fra interessenterne.

Dernæst påpegede interessenterne, at det var vigtigt med generel rådgivning til prisfastsættelse mellem koncernforbundne parter i stedet for, at OECD beskrev specifikke enkeltstående situationer. Da der primært er sket ændringer til formuleringer, hvoraf nogle endda er blevet endnu mere specifikke, står man ikke tilbage med indtrykket af, at OECD var enig i denne betragtning fra interessenterne. OECD har haft behov for at være så nøjagtige som muligt, fordi målet var at undgå BEPS situationer. Derfor har det for OECD været vigtigere, at der ikke skulle være smuthuller, end at imødekomme interessenternes kommentarer om, at guidelines skulle omhandle de typiske situationer. Det vurderes dog alligevel uhensigtsmæssigt, når det blev påpeget af interessenterne, at de ønskede større vejledning til de typiske situationer, at OECD ikke har imødeset dette mere. Dette skyldes givetvis, at OECD ikke altid skal tilgodese alle interessenter, men arbejde i henhold til Action Point 8 og dermed forsøge at undgå BEPS situationer.

Derimod er det tydeligt, at OECD har lyttet til interessenterne ved deres formulering af "*return attributable to an intangible*". Denne formulering er ganske enkelt ikke at finde i det endelige Kapitel 6, mens der samtidig er sket en større beskrivelse af, hvad OECD helt nøjagtigt mente i de punkter, som før omhandlede denne formulering. Dette var en af de mest konkrete kritikpunkter fra de anvendte interessenter, hvorfor det er tydeligt, at dette har haft indflydelse på OECD's arbejde.

Slutteligt skal Deloitte's opfordring til at associere de beskrevne værdiansættelsesmetoder med de i TPG Kapitel 2 benævnte TP metoder nævnes. Denne del er der ikke kommet yderligere vejledning til. Dette hænger formentlig sammen med, at OECD er gået væk fra hierarkiet for TP metoder, fordi det dermed skal være den metode, som er mest passende i den konkrete situation, der skal anvendes. Derfor er det logisk, at OECD ikke har villet påvirke brugeren til at have en forrang for nogle metoder frem for andre.

Alt i alt kan det udledes, at OECD ikke har lyttet meget til de kommentarer, som interessenterne, der er anvendt i denne afhandling, havde til RDD 2013. Dette skal selvfølgelig ses i lyset af, at der er kommet en omfattende mængde af interessentkommentarer, og det har været umuligt at tilgodese alle. Nogle af de ting OECD har valgt ikke at ændre, formentlig ud fra et idealistisk synspunkt, fremstår rimelige, idet man vil undgå smuthuller i guidelines og BEPS situationer. Omvendt er der også punkter, hvor de anvendte

interessenter var meget klare i kritikken om, at de savnede generel vejledning, hvor OECD alligevel har valgt ikke at lytte til det.

4.5 Konsekvenser for et dansk moderselskab i en multinational koncern

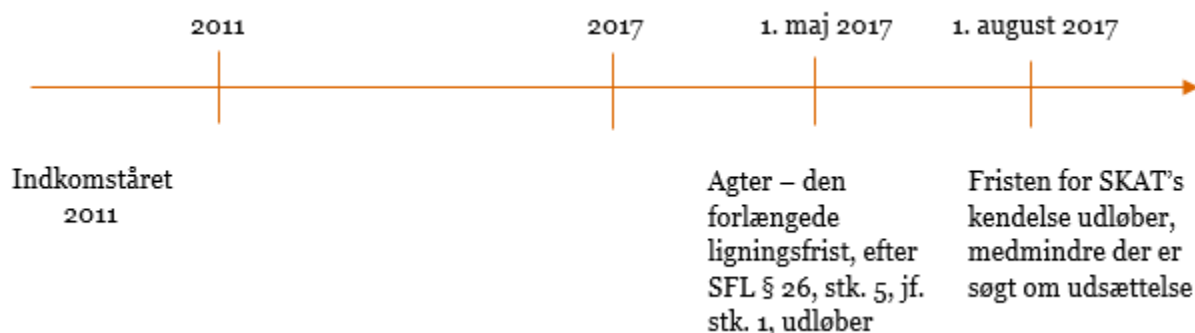
Baseret på ovenstående gennemgang af udviklingen af Kapitel 6 står det klart, at der er sket omfattende opdateringer fra Kapitel 6 i TPG 2010 til det nye Kapitel 6 i Final Action 8-10. Dette afsnit vil vurdere konsekvenserne af ændringerne til Kapitel 6 for et dansk moderselskab i en multinational koncern. Der kan ikke være tvivl om, at med den opdatering der er sket til TPG, så kan de omfattede skatteydere ikke agere som hidtil, fordi der med opdateringen er langt flere specifikke krav, som skal overholdes. Dermed er det nødvendigt, at de omfattede skatteydere har kompetencer og ressourcer til dette.

Den danske regel i LL § 2, stk. 1, er bestemmelsen, som fastslår, at handel mellem koncernforbundne selskaber skal ske på armslængdevilkår. Dette er det samme armslængdeprincip, som findes i Artikel 9 i MDBO. Med denne opdatering af TPG Kapitel 6 har OECD påpeget, at der er tale om præciseringer, og at det dermed altid har været således Artikel 9 skulle fortolkes.¹⁰⁸ Derfor er der ikke ændret i Artikel 9, ligesom der ikke er ændret i LL § 2, stk. 1. For nærmere om denne sammenhæng henvises til afhandlingens kapitel 2.1.

Immaterielle rettigheder er specifikt omhandlet i Afskrivningslovens (AFL) § 40, som nævner eksempler på immaterielle rettigheder, og giver hjemmel til beskatning. Da det kun er eksempler, der er angivet i AFL §40, vurderes det, at en ny definition af immaterielle rettigheder i TPG Kapitel 6 kan indeholdes i denne definition. Samlet set har opdateringen af TPG ikke betydet ændringer af dansk ret, hvorfor hjemlerne til beskatning i Danmark er uændrede i forhold til før opdateringen af TPG Kapitel 6. Dette skyldes, at man fra lovgivers side konstaterede, at når der var tale om præciseringer fra OECD, og dette kunne indeholdes i formuleringerne i dansk ret, var der ikke behov for at ændre lovteksten. Dette betyder, at de opdaterede regler kan anvendes bagud i tid. Når der er tale om transaktioner omfattet af SKL § 3 B, har skattemyndighederne en forlænget ligningsfrist som følge af SFL § 26, stk. 5. Denne bestemmelse giver skattemyndighederne korrektionsadgang indtil 1. maj i det sjette år efter indkomstårets udløb. Konkret betyder dette, at SKAT frem til 1. maj 2017 kan korrigere i indkomståret 2011 for de omfattede selskaber. Dette er illustreret i Figur 4.11.

¹⁰⁸ OECD Council Approval

Figur 4.11 – Tidsfrister for skatteansættelse



Kilde: Egen fremstilling

Det kan diskuteres, om en så omfattende opdatering af Kapitel 6 er en præcisering, eller om der reelt er tale om en ændring, som dermed kun gælder fremadrettet fra vedtagelsen. Skatteyderes synspunkt vil formentlig være, at der er tale om en ændring, idet det der er fokus på i Kapitel 6 er ændret fra 2010 udgaven til 2016 udgaven. Derudover vil det være en stor byrde, at transaktioner der er foretaget før de nye guidelines udkom, kan være omfattet heraf, selvom det først er i det opdaterede kapitel, at der er fokus på DEMPE-funktioner og vejledning til transaktioner om immaterielle rettigheder, der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet. I sidste ende kan det komme an på en domstolsprøvelse, såfremt skatteyder er uenig i skattemyndigheders anvendelse af TPG. OECD indførte i 2010 Kapitel 9 om omstrukturering i TPG, som ikke havde nogen implementeringsdato, og dette blev tilføjet med bagudrettet virkning. Det vurderes, at en dansk domstol vil tillade brugen af det nye Kapitel 6 fra Final Action 8-10 med bagudrettet virkning.

Der er ikke tvivl om, at der er grundlag for beskatning af immaterielle rettigheder, og at det opdaterede Kapitel 6 er gældende fremadrettet fra udgivelsen. Spørgsmålet er, hvorvidt det kan anvendes bagudrettet fra udgivelsen, fordi OECD's Generalsekretær har udtalt, at det skal betragtes som præciseringer,¹⁰⁹ og de danske myndigheder mener, at dette kan indeholdes i de danske skatteregler for immaterielle rettigheder. Denne fortolkning er baseret på, at der ikke er ændret i de materielle danske skatteregler på området, selvom TPG er blevet præciseret.

Uanset om det opdaterede TPG Kapitel 6 kan bruges bagudrettet eller ej, så er der en række nye ting, som et dansk moderselskab i en multinational koncern skal være opmærksom på, som følge af denne opdatering. Der er kommet et klart større fokus på de udførte funktioner i relation til immaterielle rettigheder. Her er det nu specificeret, hvilke funktioner der skal betragtes som vigtige i forhold til

¹⁰⁹ OECD Council Approval

værdiskabelsen. Derfor er det nu afgørende, hvem der udfører DEMPE funktionerne, og hvem der i tillæg hertil har kontrol over, og kapacitet til dette i forhold til, hvordan profit allokeres.

Derudover er der i det opdaterede TPG Kapitel 6 lagt stor vægt på, at juridisk ejerskab ikke er afgørende for værdiskabelsen. Juridisk ejerskab er nu blot en indledende manøvre for at identificere immaterielle rettigheder, og skal ikke tillægges nogen særlig betydning, idet det er de udførte handlinger, der skal afgøre, hvem der er berettiget til afkast fra den immaterielle rettighed. Dermed er fokus flyttet fra det juridiske grundlag over til den faktiske substans og handlemåde mellem koncernselskaber.

Dette giver utvivlsomt usikkerheder for en multinational koncern, da de nye regler formentlig skal anvendes bagudrettet. Dette er problematisk, idet virksomheder kan ende med at skulle dokumentere resultatfordelingen i fortiden ud fra DEMPE, som ikke var specificeret på tidspunktet for en eventuel transaktion. Dette kan eksemplificeres med en virksomhed, som i 2012 har solgt en immateriel rettighed til en koncernforbundet part, og har fulgt vejledningen i TPG 2010, hvor der var større fokus på juridisk ejerskab, og derudover ikke var nævnt DEMPE funktioner. I dette eksempel kan det være problematisk, hvis de i 2017 skal dokumentere, hvem der har bidraget til DEMPE funktionerne i 2012, og hvorvidt disse funktioner har dannet grundlag for resultatfordelingen, når de ikke i 2012 vidste, at dette var de vigtige funktioner. Koncerner risikerer at få skattesager, med indkomstkorrektioner som følge, som konsekvens af implementeringen af Kapitel 6 fra Final Action 8-10, såfremt bagudrettet anvendelse tillades.

4.6 Delkonklusion

Som det fremgår af afhandlingens kapitel 3 var der behov for en ajourføring af TPG for immaterielle rettigheder, eftersom de daværende regler, som blev udformet i 1995, ikke var tidssvarende. Arbejdet med udviklingen af et nyt kapitel var en længere proces, hvor der i afhandlingen er fokuseret på RDD 2013, for at forstå linket til det endelige TPG Kapitel 6 fra Final Action 8-10. I RDD 2013 nævnte OECD en lang række nye begreber og fokuspunkter, som de mente bedst muligt afspejlede den værdi immaterielle rettigheder skabte for koncernen. Her var særligt fokus på DEMP funktionerne, at kapaciteten til at udføre funktioner var afgørende for profitallokeringen samt det forhold, at juridisk ejerskab i sig selv ikke gav ret til afkast ud over hvad en risikofri investering ville give. Dette skulle være fokus for fremadrettet at fastsætte korrekte armslængdepriser og –vilkår.

I forbindelse med offentliggørelsen blev der indbudt til kommentarer fra interessenter, således at dem der skulle anvende det opdaterede kapitel i praksis, kunne have indflydelse på udformningen. Både BusinessEurope og Deloitte var positivt stemt over for en opdatering, men havde samtidig en lang række kritikpunkter, som særligt gik på, at formuleringerne var for vage, og dermed kunne fortolkes på vidt

forskellig vis. Ydermere var det et klart budskab fra interessenter, at de ønskede mere vejledning i de generelle situationer, og ikke så stort fokus fra OECD på at undgå BEPS situationer.

I den endelige version af Kapitel 6 fremstår det klart, at selvom OECD fik input fra interessenter, så er der handlet mere ud fra formålet med BEPS Action 8-10, end der er lyttet til interessenternes kommentarer. Der er ganske vist blevet præciseret uklare formuleringer, men i de store træk har OECD stadig mere fokus på at undgå BEPS situationer end generel vejledning. Dette betyder, at der ikke er de store indholdsmæssige ændringer fra RDD 2013 til det endelige Kapitel 6, bortset fra forholdene omtalt i afhandlingens kapitel 6 samt udvidelsen fra fokus på DEMP funktioner til DEMPE funktioner. Derudover er der ændret i fremgangsmåden til analyse af transaktioner omhandlende immaterielle rettigheder.

Denne opdatering af Kapitel 6 har OECD's generalsekretær omtalt som en præcisering af det tidligere Kapitel 6, hvorfor det kan anvendes bagudrettet. Denne fortolkning er de danske skattemyndigheder enige i, og de mener, at de danske regler på området kan indeholde denne opdatering af TPG Kapitel 6, hvorfor der ikke er ændret i dansk ret. Dette giver nogle udfordringer for et dansk moderselskab i en multinational koncern, idet en sådan koncern muligvis skal dokumentere nogle forhold, som de på tidspunktet for en transaktion ikke direkte kunne læse, at de skulle være opmærksomme på. Dette kan eksempelvis være forhold omkring DEMPE funktionerne, eller dokumentation af, hvorvidt enkelte selskaber har haft kapacitet til at udføre funktioner. Derudover har det fremadrettet den konsekvens, at der er langt større krav til, hvad skatteyderne skal overholde af krav. Dette betyder, at de skal have nye procedurer, og givetvis nye kompetencer, for at kunne leve op til det opdaterede TPG Kapitel 6. Dermed skal de fremadrettet anvende flere ressourcer for at leve op til TPG.

5 TPG Kapitel 1, Sektion D – Identifikation af transaktioner

Med OECD's udgivelse af Final Action 8-10, blev en ny sektion i TPG Kapitel 1, Sektion D, indført. TPG 2010 Kapitel 1 omhandlede armslængdeprincippet, og OECD fandt det nødvendigt at opdatere deres vejledning, til hvordan armslængdeprincippet skulle applikeres for at sikre, at BEPS situationer ikke kunne finde sted. OECD offentliggjorde derfor i december 2014 et diskussionsoplæg "*BEPS Action 8, 9 and 10: Disussion draft on Revisions to Chapter 1 of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures)*", herefter "*DD on Chapter 1*".

I dette kapitel vil DD on Chapter 1 blive gennemgået og holdt op imod den endelige version af TPG Kapitel 1, Sektion D, i Final Action 8-10. For at forstå tilblivelsen af den endelige rapport er der inddraget kommentarer fra BusinessEurope og Deloitte. Afslutningsvis vil det blive analyseret, om disse kommentarer har haft indvirkning på det endelige TPG Kapitel 1 i Final Action 8-10, og hvad konsekvenserne er for et dansk moderselskab i en multinational koncern.

5.1 Discussion Draft on Chapter 1

Diskussionsoplægget fra OECD var todelt, og havde i den forbindelse to agendaer. Den første del (Part 1) af oplægget vedrørte ændringer til Sektion D i 2010 udgaven af TPG Kapitel 1. Fokus var særligt på afgrænsning af transaktionerne, samt vejledning til, og betydningen af, at allokere risiko, og rammer dermed ind i kernen af armslængdeprincippet.¹¹⁰ Den anden del (Part 2) af oplægget vedrørte fem særlige foranstaltninger, "*special measures*", som OECD anså som foranstaltninger der kan sikre, at profitten i det enkelte selskab er i overensstemmelse med den værdiskabelse, der er sket i selskabet. Præsentationen af disse "*special measures*" blev introduceret sammen med en erkendelse af, at nogle af de præsenterede forslag lå ud over det kendte armslængdeprincip.¹¹¹

5.1.1 DD on Chapter 1, Part 1

Den første del af DD on Chapter 1 indeholder otte undersektioner som er skitseret i nedenstående Figur 5.1.

¹¹⁰ DD on Chapter 1, s. 1

¹¹¹ DD on Chapter 1, s. 2

Figur 5.1 – Oversigt over inddelingen i DD on Chapter 1

D.1 Identifikation af kommercielle eller finansielle relationer
D.2 Identifikation af risiko forbundet med kommercielle eller finansielle relationer
D.3 Fortolkning
D.4 Anerkendelse af transaktioner
D.5 Særlige forhold
D.6 Location savings og andre lokale markedsforhold
D.7 Samlet arbejdsstyrke
D.8 Multinationale selskabers koncernsynergier

Kilde: Egen fremstilling

Sektion D.1 behandler sammenlignelighedsanalysen, som er en helt central komponent, når armslængdeprincippet skal anvendes i praksis, hvor en sammenligning af forholdene i en kontrolleret transaktion og en ukontrolleret transaktion skal udarbejdes. Der er to centrale aspekter ved en sammenlignelighedsanalyse:¹¹²

1. Identificere de kommercielle eller finansielle relationer mellem koncernforbundne selskaber
2. Sammenligne forholdene i den kontrollerede transaktion med en sammenlignelig transaktion, som er foregået mellem uafhængige parter

Det er kun det første aspekt, der bliver behandlet og videreudviklet i TPG Kapitel 1. Det andet aspekt bliver behandlet i TPG Kapitel 2 og 3.

I DD on Chapter 1 understreges det, at udgangspunktet for at identificere kommercielle eller finansielle relationer mellem koncernselskaber er at gennemgå de kontrakter, der foreligger koncernselskaberne imellem. De kontraktuelt aftalte betingelser skal sammenholdes med den faktiske adfærd, som de to koncernforbundne selskaber udviser. Er der forskel mellem de kontraktuelle betingelser, og den faktiske adfærd der udvises parterne imellem, skal den faktiske adfærd inddrages i afgrænsningen af transaktionen.¹¹³ Hvor ingen kontrakt eller anden skriftlig aftale foreligger, skal den faktiske adfærd parterne imellem alene ligge til grund for afgrænsningen af transaktionen. Det samme vil gøre sig gældende, hvis transaktionen ikke er identificeret af virksomheden selv. I fastlæggelsen af den faktiske adfærd to parter imellem skal alle forhold og omstændigheder undersøges vedrørende transaktionen, som illustreret nedenfor i Figur 5.2.

¹¹² DD on Chapter 1, Part I, Art. 1

¹¹³ DD on Chapter 1, Part I, Art. 2

Figur 5.2 – Forhold der identificerer den faktiske adfærd



Kilde: Egen fremstilling

Det skal som udgangspunkt ikke antages, at kontrakter mellem koncernforbundne parter er nøjagtige og fuldstændige, i forhold til de transaktioner parterne måtte have.¹¹⁴ I transaktioner mellem uafhængige parter vil modsatrettede interesser sikre, at forhold og betingelser i kontrakten vil afspejle begge parters interesser. Parterne vil søge at holde hinanden op på de aftalte betingelser, medmindre afvigelse fra betingelserne er i en fælles forståelse og af fælles interesse.¹¹⁵ Samme modsatrettede interesser eksisterer ikke nødvendigvis blandt koncernforbundne parter, hvor der kan optimeres fra et koncernperspektiv.

I processen med at identificere kommercielle eller finansielle relationer mellem koncernselskaber er det vigtigt at tage de økonomiske omstændigheder i betragtning. Økonomiske omstændigheder bliver også af OECD refereret til som sammenlignelighedsfaktorer. For at en kontrolleret transaktion kan sammenlignes med en transaktion mellem uafhængige parter, skal der være sammenlignelige omstændigheder, hvorfor de fem sammenlignelighedsfaktorer skal være af samme karakter. Alternativt skal der pålideligt kunne korrigeres for eventuelle afvigelser. De fem sammenlignelighedsfaktorer er præsenteret i Figur 5.3 nedenfor.

Figur 5.3 – OECD's fem sammenlignelighedsfaktorer



Kilde: Egen fremstilling

¹¹⁴ DD on Chapter 1, Part I, Art. 5

¹¹⁵ DD on Chapter 1, Part I, Art. 5

I en TP analyse bliver sammenlignelighedsfaktorerne både brugt til at afgrænse den kommercielle eller finansielle transaktion, og til en senere sammenligning med en sammenlignelig uafhængig transaktion. Sammenligningen er nærmere beskrevet i TPG Kapitel 2 og 3, som ikke vil være en del af nærværende afhandling.

Til afgrænsningen af den kommercielle eller finansielle transaktion benyttes sammenlignelighedsfaktorerne til at fastlægge transaktionens karakteristika, herunder fordelingen og bidrag med udførte funktioner, anvendte aktiver og påtagede risici, men også selve det produkt eller den service der bliver overført, og på hvilke betingelser overførslen sker. Sammenlignelighedsfaktorerne gennemgås enkeltvis nedenfor.

Kontraktvilkår

Som tidligere behandlet i nærværende kapitel skal kontraktvilkår i kontrakterne benyttes til at identificere relationer mellem to parter. Parternes faktiske adfærd skal også analyseres og indgå som forklaring af transaktionen, hvis den udviste adfærd enten kan bringe yderligere oplysninger til transaktionen i forhold til kontrakten, eller hvis den faktiske adfærd afviger fra kontrakten i et sådan omfang, at transaktionen skal klassificeres anderledes. Således bliver de identificerede transaktioner afgrænset korrekt i forhold til hinanden, og beskrivelsen af den enkelte transaktion vil være i overensstemmelse med den adfærd, som virksomheden faktisk udøver.¹¹⁶

Funktions- og risikoanalyse

Aflønning mellem to uafhængige parter skal afspejle de funktioner den enkelte part udfører, de aktiver den enkelte part bidrager med, og den risiko den enkelte part påtager sig. Funktions- og risikoanalysen er derfor central, når en transaktion mellem koncernforbundne parter skal sammenlignes med en transaktion mellem uafhængige parter. I forhold til afgrænsningen af transaktionen er funktions- og risikoanalysen vigtig, for at kunne analysere parternes individuelle bidrag til den samlede værdiskabelse. Multinationale koncerner har mulighed for at fragmentere nogle ellers meget integrerede funktioner, og fordele dem ud over flere af koncernens selskaber, med henblik på at forbedre effektiviteten og specialiseringen i koncernen. Herved kan funktioner, aktiver og risici være spredt over flere selskaber, og der kan derfor være kommercielle eller finansielle transaktioner på tværs af koncernselskaberne. Ved at fragmentere kompetencer ud over koncernens selskaber, vil risikoallokering, i forhold til det enkelte selskabs specialisering, være naturligt, således at risiko bliver samlet i selskaber, der mere effektivt kan afdække denne type af risiko med specialister. Funktions- og risikoanalysen skal i relation til TPG Kapitel 1 bruges

¹¹⁶ DD on Chapter 1, Part I, Art. 2-5

til at identificere de kommercielle eller finansielle relationer, der fremkommer af de fragmenterede funktioner koncernselskaberne imellem.¹¹⁷

Realydelsens egenskaber

Forskel i egenskaber for produkter eller services giver udslag i markedsprisen. En analyse af realydelsens egenskaber er derfor vigtig, når transaktionen skal afgrænses, da det kan være vigtigt for sammenligningen mellem en kontrolleret og en ikke-kontrolleret transaktion. Af sammenligningshensyn er det vigtigt, at der ikke er for store forskelle i de egenskaber de sammenlignelige ydelser har, da egenskaberne af de enkelte ydelser har indflydelse på den aflønning, der kan allokeres. For immaterielle rettigheder kan fremtidige forventninger og eksklusivitet være afgørende for aflønningen, og derved er det også essentielt, at der sammenlignes med en transaktion, der indeholder samme egenskaber.¹¹⁸

Økonomiske omstændigheder

Armslængdepriser kan variere meget på tværs af forskellige markeder for transaktioner, der vedrører identiske produkter. Et eksempel herpå er indtrængningsbarrierer. En betingelse for at kunne sammenligne to transaktioner er derfor, at de ikke er foretaget på to betydeligt forskellige markeder, hvor det ikke er muligt at lave en pålidelig justering for forskelle.¹¹⁹

Faktorer der påvirker sammenligneligheden af to transaktioner i forhold til de økonomiske omstændigheder, kan være, men er ikke udelukkende, substituerende produkter, geografi, størrelse på markedet, den relative konkurrencesituation samt niveauet for udbud og efterspørgsel.¹²⁰

Forretningsstrategi

Til analysebrug er det vigtigt at inddrage virksomhedens forretningsstrategi som sammenligningsfaktor.¹²¹ Markedspenetreringsskemaer kan her være nyttefulde, da indtræden på et nyt marked eller en strategi for at øge markedsandele kan medføre lavere priser og ringere profit end Cash Cow strategier. Timing kan også spille en rolle, da en virksomhed som konsekvens af den valgte forretningsstrategi kan have underskud i en periode med forventning om, at der kommer profit på lang sigt. Dette er dog uden sikkerhed for, at den risiko der er forbundet med dette, vil materialisere sig fordelagtigt.

Sektion D.2 i DD on Chapter 1 omhandler identifikation af risiko forbundet med kommercielle eller finansielle relationer, og hovedparten er i DD on Chapter 1 nyt i forhold til TPG 2010. At identificere

¹¹⁷ DD on Chapter 1, Part I, Kapitel D.1.1

¹¹⁸ DD on Chapter 1, Part I, Kapitel D.1.2

¹¹⁹ DD on Chapter 1, Part I, Art. 27

¹²⁰ DD on Chapter 1, Part I, Kapitel D.1.3

¹²¹ DD on Chapter 1, Part I, Art. 31

risiko forbundet med kommercielle eller finansielle relationer er lige så vigtigt som at identificere funktioner.¹²² I Sektion D.2 i DD on Chapter 1 gives en vejledning til at analysere risiko. Nedenfor er vist spørgsmål, som OECD mener, at det er vigtigt at afklare i forbindelse med analyse af risiko:¹²³

- Hvilke specifikke risici er indeholdt i relationen selskaberne imellem?
- Hvordan er de specifikke risici allokeret, og relaterer de sig til operationelle aktiviteter?
- Hvad er den potentielle effekt af de specifikke risici?
- Hvordan er hver risiko styret af de enkelte medlemmer af koncernen?
- Udfører den kontraktuelle bærer af risikoen også de operationelle aktiviteter, som risikoen udspringer af, styrer de risikoen eller kontrollerer de risikoafdækningen?
- Hvordan er den faktiske transaktion gennemført? Er de kontraktuelle aftaler i forhold til allokering af risiko og operationelle aktiviteter i overensstemmelse med den faktiske adfærd parterne imellem?

I TP sammenhæng er risiko noget, der bringer usikkerhed ind i virksomhedsførelse.¹²⁴ Risiko kan opstå flere steder fra, og kan blive kategoriseret på flere måder, men hvis en virksomhed skal påtage sig risiko, må virksomheden have en forventning om et positivt afkast af at påtage sig risikoen. Hvorvidt det forventede afkast af at påtage sig den pågældende risiko materialiserer sig i et faktisk afkast eller et faktisk tab, er uvist på tidspunktet, hvor risikoen påtages. OECD nævner følgende fem kilder til risici, som dog ikke er at betragte som en udtømmende liste:¹²⁵

1. Strategi/markedsrisiko. Denne risiko vedrører tilstedeværelsen eller indtræden på markeder og valg af investeringer. Dette kan eksempelvis være trends på markeder.
2. Infrastrukturel/operationel risiko. Denne risiko vedrører effektivitet af processer og produktion, og kan involvere både interne og eksterne faktorer. Dette kan eksempelvis være tilgængelighed af visse varer eller transportmuligheder.
3. Finansiell risiko. Denne risiko vedrører likviditetsstyring og finansiell kapacitet samt kreditværdighed.
4. Transaktionsrisiko. Denne risiko vedrører prissætning og handelsbetingelser.
5. Hazard risiko. Denne vedrører udestående faktorer, som virksomheden ikke selv har kontrol over, men som typisk kan afdækkes ved tegning af en forsikringspolice.

¹²² DD on Chapter 1, Part I, Art. 36

¹²³ DD on Chapter 1, Part I, Art. 40

¹²⁴ DD on Chapter 1, Part I, Art. 41

¹²⁵ DD on Chapter 1, Part I, Art. 42, a)-e)

I forhold til allokering af risiko mellem koncernselskaber er det den faktiske adfærd parterne imellem, der skal gå forud for en kontraktuelt aftalt fordeling, hvis disse ikke stemmer overens. En koncern bør styre sin risiko ved, at den potentielle downside søges minimeret, samtidig med at en potentiel upside bevares. Risiko skal ikke elimineres, da netop risiko giver et forventet afkast. Risikoen der er forbundet med virksomhedens drift, kan dog blive skadelig for hele koncernen, hvis ikke den håndteres korrekt, hvorfor det er vigtigt for koncernen at styre risikoen. OECD definerer tre elementer, som risikostyring består af. Dette er følgende:¹²⁶

1. Kompetencen til at påtage eller undlade at påtage risiko
2. Kompetencen til at reagere på risiko
3. Kompetencen til at afdække risiko

Funktions- og risikoanalysen omfatter de identificerede transaktioner og de relaterede risici, samt hvordan disse risici bliver styret. Påtages risiko skal dette afspejles i aflønningen. Der vil altid være en fordeling af risiko mellem to parter, enten kontraktuelt aftalt eller indforstået parterne imellem, og transaktionsprisen skal afspejle risikofordelingen. Det er her vigtigt, at koncernforbundne selskaber ikke behøver at allokere risiko, som to uafhængige parter ville have allokeret det, så længe der kompenseres med en pris, som uafhængige parter ville have krævet for at påtage sig ekstra risiko. Identifikation af en kommerciel eller finansiell relation, herunder forbundne risici, er ikke ensbetydende med, at transaktionen er foregået på armslængdevilkår.¹²⁷ Det er den underliggende aftale og den faktiske adfærd parterne imellem, der skal danne grundlag for en værdiansættelse af transaktionen, som skal sammenlignes med en uafhængig transaktion. Herefter skal det vurderes, hvorvidt transaktionen er på armslængdevilkår. Der er lagt op til fra OECD's side i DD on Chapter 1, at kun hvis fundamentale økonomiske attributter, i form af vilkår og aflønning, mangler fra en transaktion, vil der være mulighed for, at en skattemyndighed kan rekarakterisere en transaktion. De fundamentale økonomiske attributter har to ben. Det ene er, at det skal være økonomisk rationelt for parterne, og det andet er, hvorvidt den faktisk anvendte struktur eller konstruktion hæmmer muligheden for at fastsætte en passende transaktionspris.¹²⁸

Sektion D.5 omhandler en række tilfælde, som kræver særlige overvejelser i en TP analyse. Dette omfatter selskaber, der udviser et tab over en årrække. Hvis et selskab bliver ved med at konstatere tab, er det en indikation på, at prisen kan være sat forkert. Det er dog vigtigt at tage andre forhold i betragtning også, som eksempelvis forretningsstrategi, hvor det anerkendes, at et selskab der starter på et nyt marked formentlig, vil operere med underskud i en periode. Et selvstændigt selskab vil dog ikke eksistere, hvis

¹²⁶ DD on Chapter 1, Part I, Art. 55

¹²⁷ DD on Chapter 1, Part I, Art. 62

¹²⁸ DD on Chapter 1, Part I, Kapitel D.4.2

det ikke har udsigt til profit på lang sigt. Det er derfor ikke armslængde, hvis en koncern har et selskab, der bliver ved med at udvise underskud. Herudover kan førte politikker i de enkelte lande kræve særlige overvejelser i forbindelse med en TP analyse. OECD åbner også op for, at værdiansættelse til brug for moms eller told kan være relevant i forhold til en TP analyse, men at værdiansættelsen formentlig ikke er i overensstemmelse med OECD's TP metoder.¹²⁹

Sektion D.6 omhandler "*location savings*", som fremkommer af gunstige vilkår for et selskab på et marked. Overvejelsen er her, hvorvidt denne fordel skal tilkomme selskabet, eller skal videregives op i koncernen. Dette kan forstyrre sammenligneligheden på tværs af markeder, og er derfor vigtigt at tage højde for i en TP analyse. Det vigtige i denne sammenhæng er, at der handles på armslængdevilkår, og at der findes en sammenlignelig transaktion på samme marked, eller et marked med samme vilkår.¹³⁰

OECD har derudover et punkt, der gælder en koncerns arbejdsstyrke. Problemstillinger opstår her, hvis en koncern flytter trænede medarbejdere fra et selskab til et andet, hvorved det modtagende selskab opnår en fordel i form af besparelser til at rekruttere og træne medarbejdere.¹³¹ En sådan besparelse skal opgøres og medtages i en vurdering af, om armslængdeprincippet er overholdt. Overførsel af medarbejdere kan også inkludere overførsel af know-how, som er omfattet af definitionen i TPG Kapitel 6 og behandlet i kapitel 4 i nærværende afhandling.

Til sidst bliver koncernsynergiers påvirkning af armslængdepriser behandlet i forhold til en TP analyse. Koncernsynergier er typisk fordele, men der kan også være negative synergier, eksempelvis øget administration, compliance eller bureaukrati. Hvis synergier følger af koordinerede aktive handlinger, skal der tages højde for dette, når armslængdeprisen skal fastsættes, såfremt selskaberne begge bidrager til skabelsen af synergierne, og disse udmønter sig i økonomiske fordele.¹³²

5.1.2 DD on Chapter 1, Part 2

Part 1 i DD on Chapter 1 bidrager til at afgrænse transaktioner og den tilknyttede risiko. Samtidig bidrager det med vejledning i forhold til rekarakterisering af transaktioner, som mangler fundamentale økonomiske attributter, hvilket i højere grad betyder, at virksomhedernes resultatfordeling kommer til at stemme overens med den værdiskabelse, der sker i de enkelte selskaber. Part 2 introducerer en række potentielle "*special measures*", som i særlige tilfælde enten kan holdes inden for det kendte armslængdeprincip eller række endnu videre. Disse "*special measures*" indeholder følgende:¹³³

¹²⁹ DD on Chapter 1, Part I, Art. 102.

¹³⁰ DD on Chapter 1, Part I, Kapitel D.6

¹³¹ DD on Chapter 1, Part I, Kapitel D.7

¹³² DD on Chapter 1, Part I, Kapitel D.8

¹³³ DD on Chapter 1, Part II, Art. 1

1. Hard-To-Value Intangibles (HTVI)
2. Uafhængig investor
3. Tyk kapitalisering
4. Enhed med minimale funktioner
5. Sikring af passende beskatning af merafkast

Det er OECD's opfattelse, at selvom de foreslåede ændringer til TPG Kapitel 1 bliver gennemført, vil der stadig på visse områder være en risiko for BEPS situationer.¹³⁴ OECD gør det klart, at det i forbindelse med DD on Chapter 1 er generelle udkast, der er kommet til "*special measures*". OECD mener ikke, at det automatisk kan konkluderes, at regler, der rækker ud over armslængdeprincippet, vil føre til dobbeltbeskatningssituationer.¹³⁵ Hovedformålet med disse "*special measures*" er at ramme de særlige tilfælde, hvor resultatfordeling og beskatning ikke er i overensstemmelse med den værdiskabelse, der sker i en koncern.

Hard-To-Value Intangibles

Action 8 under BEPS projektet lægger op til, at der skal udarbejdes særlige retningslinjer for immaterielle rettigheder der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet. Dette skal gøres for at undgå systematisk forkert prissætning, hvor ingen pålidelige sammenlignelige transaktioner eksisterer, og hvor der er stor informationsasymmetri mellem skatteyder og skattemyndigheder. Hovedformålet er at ramme de transaktioner, hvor det er svært at verificere de forudsætninger, der ligger til grund for en fast pris for en immateriel rettighed, flere år før aktivet begynder at generere positive pengestrømme.

Reglen er målrettet kompensation i form af engangsbeløb eller fast royaltysats uden yderligere betingede betalingsmekanismer, hvor fremskrivninger ikke gøres tilgængelige for skattemyndighederne.

Dette ville give skattemyndigheder mulighed for at antage, at prisjusteringsaftaler ville have været aftalt mellem uafhængige parter, som ville tage højde for efterfølgende begivenheder som eksempelvis salg, profit eller udviklingsstadier. Disse antagelser kan dog afkræftes, hvis skatteyderen kan påvise robuste ex ante beregninger for den faste pris, og erfaring med at lave denne type projekteringer, og derudover har taget højde for sandsynlige og forudsigelige begivenheder. OECD lægger også op til, at der skal være et endnu ikke defineret spænd, hvori den faktisk opnåede profit og værdi skal ligge inden for, sammenlignet med den forud estimerede værdi eller profit, hvorved HTVI reglerne ikke finder anvendelse.¹³⁶

¹³⁴ DD on Chapter 1, Part II, Art. 3

¹³⁵ DD on Chapter 1, Part II, Art. 6

¹³⁶ DD on Chapter 1, Part II, Option 1

Uafhængig Investor

Denne "*special measure*" vedrører en situation, hvor der investeres i et selskab, som ejer et datterselskab, der ejer aktiver og forventer et fint afkast. Situationen kan sammenlignes med, hvorvidt det er bedst at investere i et selskab, der investerer i et aktiv, eller om det er bedst for virksomheden selv at investere i aktivet. Denne "*special measure*" vil give mulighed for at rekarakterisere transaktionen, således at det sidestilles med, at moderselskabet investerer direkte i aktivet.¹³⁷

Tyk kapitalisering

Denne "*special measure*" er et forslag om at indføre en mulighed for at pålægge selskabet at betale en rente til moderselskabet uden skattemæssigt fradrag, hvorved selskabet vil være mindre profitabelt. Forslaget skal sætte en stopper for, at der bliver skudt for meget kapital ind i et udenlandsk selskab.¹³⁸

Enhed med minimale funktioner

Formålet med dette forslag er at sætte nogle minimumskrav op til en virksomhed, som vil betyde, at hvis et koncernselskab mangler vigtige økonomiske attributter, hvis selskabet eksempelvis ikke kunne fungere selvstændigt, kan den aktivitet der ligger i selskabet reallokeres. Dermed er det de faktiske omstændigheder, og adfærden mellem parterne der er afgørende, og ikke en indgået pro-forma aftale. Idéen er her, at hvis ikke der er substans i selskabet, så kan aktiviteten allokere til moderselskabet.¹³⁹

Sikring af passende beskatning af merafkast

Rationalet bag dette forslag udspringer af forskellige skattesatser på tværs af lande. Der vil være incitament for en koncern til at flytte profit til lande med en lav skatteprocent. Reglen skal modvirke, at et udenlandsk selskab i flere år kan have en overnormal profit, samtidig med at selskabet har en effektiv skatteprocent under en endnu ikke fastsat grænse. Sker dette, vil indkomsten kunne reallokeres til moderselskabet, som dog kan få fradrag for den allerede betalte skat.¹⁴⁰

5.2 Kommentarer fra interessenter til DD on Chapter 1

OECD opfordrede i forbindelse med udsendelsen af DD on Chapter 1 til, at interessenter kunne komme med kommentarer til udkastet. Disse kommentarer kunne OECD bruge til udarbejdelse af det endelige TPG Kapitel 1. Kommentarerne fra interessenterne BusinessEurope og Deloitte er gennemgået nedenfor.

¹³⁷ DD on Chapter 1, Part II, Option 2

¹³⁸ DD on Chapter 1, Part II, Option 3

¹³⁹ DD on Chapter 1, Part II, Option 4

¹⁴⁰ DD on Chapter 1, Part II, Option 5

5.2.1 Kommentarer fra BusinessEurope

BusinessEurope indleder med nogle generelle kommentarer, hvor de tilkendegiver, at de støtter OECD's ambition om at lave regler, så resultatfordelingen i koncerner er i overensstemmelse med værdiskabelsen. BusinessEurope er enige med OECD i, at kontraktuel allokering af risiko ikke er tilstrækkeligt til at opfylde armslængdekriteriet. BusinessEurope mener dog, at det kontraktuelt aftalte kun skal fraviges i TP sammenhæng, hvis den faktiske adfærd parterne imellem afviger væsentligt fra kontrakten.¹⁴¹ Det er også opfattelsen, at OECD i DD on Chapter 1 laver nogle vidtrækkende ændringer i forhold til afgrænsningen af transaktionerne og associerede risici. BusinessEurope udtrykker bekymring for, at det vil kræve for store administrative omkostninger for virksomhederne i arbejdet med at identificere risici. Dette skyldes, at der sjældent er så detaljeret ekstern data tilgængeligt til at gennemføre en så udtømmende analyse, som der er lagt op til i DD on Chapter 1.¹⁴² BusinessEurope er derfor nervøse for, at skatteydere med de bedste intentioner om at leve op til armslængdeprincippet, ikke kommer til at leve op til de nye regler i TPG Kapitel 1, hvilket vil medføre forøget risiko for dobbeltbeskatning eller rekarakterisering af transaktioner. BusinessEurope mener derfor, at det bør præciseres, at der er lagt op til yderligere vejledning til funktionsanalysen i forbindelse med ændringerne til TPG Kapitel 1, og at dette ikke bør føre til flere sager om rekaraterisering af indkomst.¹⁴³

BusinessEurope mener, at eksemplerne i DD on Chapter 1 er oversimplificerede, og at der i konklusionerne er overset flere vigtige aspekter af kommercielle transaktioner.¹⁴⁴ I den forbindelse har BusinessEurope en særlig kommentar til eksemplet som er angivet i Artikel 90 og 91 i DD on Chapter 1. Eksemplet vedrører en overdragelse af et varemærke fra et datterselskab (S1) i en koncern til et andet (S2) for et engangsbeløb, hvorefter S1 får en licens til at udnytte varemærket mod betaling af en royalty. S2 har ingen mulighed for selv at udnytte dette varemærke, men har flere medarbejdere, der har kompetencerne til at styre risiko, og disse medarbejdere laver rapporter, der godkender S1's aktiviteter. S1 står stadig for markedsføring og vedligeholdelse af varemærket. OECD konkluderer, at de to selskaber ikke er uafhængige, og at denne handel mangler væsentlige økonomiske attributter, da hverken S1 eller S2 bliver bedre stillet i deres forretningsmæssige position af denne handel. OECD mener derfor at S1 i TP sammenhæng stadig skal anses for at være ejer af varemærket.¹⁴⁵ BusinessEurope mener at eksemplet er forsimplet, og der er forhold, der ikke er taget højde for. BusinessEurope påpeger, at eksemplet godt kan være armslængde, hvis S1 eksempelvis er i økonomisk uføre, hvorfor virksomheden har brug for

¹⁴¹ PC DD on Chapter 1, s. 182

¹⁴² PC DD on Chapter 1, s. 182-183

¹⁴³ PC DD on Chapter 1, s. 183

¹⁴⁴ PC DD on Chapter 1, s. 183

¹⁴⁵ PC DD on Chapter 1, s. 183

likviditeten for ikke at gå konkurs.¹⁴⁶ BusinessEurope mener derfor, at det er farligt at bruge oversimplificerede eksempler til at illustrere den komplekse virkelighed, som virksomheder opererer i. Hvis eksemplerne skal fastholdes, som en del af det endelige TPG Kapitel 1, mener BusinessEurope, at det skal præciseres, at eksempler kun har et illustrativt formål, og at eksemplerne ofte ikke kan anvendes på transaktioner mellem koncernforbundne parter.

I forhold til Part 2 af DD on Chapter 1 mener BusinessEurope, at det kun skal være i absolutte særtilfælde, at disse regler skal kunne benyttes og ikke generelt for multinationale koncerner. Reglerne er på et tidligt stadie, og der skal arbejdes videre med dem, men BusinessEurope mener, at hvis reglerne skal implementeres, så skal de behandles ens af alle skattemyndigheder for at mindske tvister og potentiel dobbeltbeskatning.¹⁴⁷

I forhold til option 1 om HTVI mener BusinessEurope ikke, at det fremlagte forslag vil være den bedste løsning. De konstaterer, at prisjusteringsklausuler ofte er anvendt i transaktioner med immaterielle rettigheder mellem uafhængige parter, men tror på, at det er bedre at tilføje til TPG, at der skal laves prisjusteringsklausuler i de tilfælde, hvor man kan forvente det af uafhængige parter. Denne "*special measure*" vil ikke i BusinessEuropes optik være armslængde, da uafhængige virksomheder ikke ville have valgt den pris på transaktionstidspunktet, som virksomheden beskattes af efterfølgende.¹⁴⁸ Princippet i at lave en ex post vurdering af om ex ante projektionerne var korrekte, vil være en større administrativ opgave for virksomhederne. BusinessEurope er bange for, at såfremt dette ikke kan påvises, vil der blive foretaget indkomstkorrektioner af skattemyndighederne, hvilket vil skabe stor usikkerhed for mange virksomheder. BusinessEurope giver udtryk for, at der er en risiko for en arbitrær brug af HTVI reglerne som angivet i option 1 i DD on Chapter 1, hvilket vil være uhensigtsmæssigt.¹⁴⁹

BusinessEurope kan ikke se, hvordan man kan gøre option 2 (uafhængig investor), 3 (tyk kapitalisering) og 4 (enhed med minimale funktioner) til tilstrækkeligt klare og anvendelige regler, som kan tilpasses forskellige markedsforhold og industrier, uden at det hæmmer egentlig forretningsaktivitet. Option 5 om beskatning af merafkast er den mulighed BusinessEurope er mest begejstret for, da de mener, at fornuftigt designede CFC-regler kan have den ønskede effekt i forbindelse med at modvirke BEPS situationer, men at det er vigtigt, at der skal være en fælles forståelse af, hvad der er et uacceptabelt skatteniveau, og hvornår CFC-reglerne ellers skal anvendes.¹⁵⁰

¹⁴⁶ PC DD on Chapter 1, s. 183-184

¹⁴⁷ PC DD on Chapter 1, s. 187

¹⁴⁸ PC DD on Chapter 1, s. 188

¹⁴⁹ PC DD on Chapter 1, s. 184

¹⁵⁰ PC DD on Chapter 1, s. 184

5.2.2 Kommentarer fra Deloitte

Deloitte starter med at tilslutte sig armslængdeprincippet som standard for at allokere profit i en multinational koncern. De udtrykker dog bekymring over, at OECD i DD on Chapter 1 introducerer muligheden for at implementere regler, som ikke er i overensstemmelse med det gældende armslængdeprincip.¹⁵¹ I forhold til allokering af risiko har Deloitte den opfattelse, at så længe risici er prisfastsat ud fra, hvad uafhængige parter ville have betalt for at påtage sig den specifikke risiko, så er dekomponering af risiko altid armslængde.

Deloitte har i forhold til BusinessEurope en stærkere holdning, når det gælder kontrakter mellem koncernforbundne parter. Deloitte mener, at en kontrakt mellem to afhængige parter kun skal suppleres af den faktiske adfærd, som parterne udviser, såfremt den faktiske adfærd afviger så meget, at kontrakten ikke kan overholdes, eller hvis den faktiske adfærd er i direkte modstrid med kontrakten.¹⁵²

Derimod har de samme opfattelse af eksemplerne i DD on Chapter 1 som BusinessEurope, hvor de mener, at eksemplerne ikke faktisk er fuldstændige og ikke kan fungere som brugbar vejledning for hverken skatteydere eller skattemyndigheder.¹⁵³ Særligt ser Deloitte en stor risiko for, at skattemyndigheder vil lægge vægt på eksemplerne, og dermed ikke tage alle parametre ind i overvejelserne.

I forhold til *"special measures"* mener Deloitte, at der er lavet så store ændringer til TPG Kapitel 1, Sektion D, i Part 1 til DD on Chapter 1, at det vil være fornuftigt at revurdere, om der er behov for *"special measures"*. Det skal først vurderes, om ændringerne til TPG Kapitel 1, Sektion D, er tilstrækkelige til at nå målet om, at resultatfordelingen i multinationale koncerner skal være i overensstemmelse med den værdiskabelse, der sker i de enkelte selskaber. Deloitte mener, ligesom BusinessEurope, at de af OECD anførte *"special measures"* går ud over armslængdeprincippet, hvilket OECD selv også erkendte i DD on Chapter 1, og at der dermed bliver benyttet en alternativ allokeringsnorm.¹⁵⁴

I forhold til HTVI udtrykker Deloitte forståelse for, at det er svært at vurdere, hvorledes en ex-ante opgørelse, i forbindelse med salg af immaterielle rettigheder til et engangsbeløb, er tilstrækkelig robust. Bekymringen går på, hvorvidt et *"special measure"* vedrørende HTVI ender med at blive en ex-post genberegning for at allokere profitten. Ex-ante projektioner er estimer om fremtiden, som af natur er usikre, og som højst sandsynligt ender med ikke at være nøjagtige. Under armslængdeprincippet ville

¹⁵¹ PC DD on Chapter 1, s. 259

¹⁵² PC DD on Chapter 1, s. 261-262

¹⁵³ PC DD on Chapter 1, s. 280

¹⁵⁴ PC DD on Chapter 1, s. 288

efterfølgende begivenheder, som var estimeret anderledes i ex-ante beregningen ikke betyde, at en kontrakt eller transaktionspris ville blive genforhandlet mellem to uafhængige parter.¹⁵⁵ Deloitte anerkender dog, at nogle beregninger ikke vil være tilstrækkelige for skattemyndighederne til at evaluere en ex-ante pris, hvorfor de foreslår, at der kommer et interval, som skal være en ”safe harbor”, altså hvor skattemyndigheder ikke kan udfordre beregningen.¹⁵⁶

5.3 TPG Kapitel 1 2016 – Final Action 8-10

OECD offentliggjorde i oktober 2015 Final Action 8-10, hvori den endelige udgave af TPG Kapitel 1, Sektion D, var optrykt. Som nævnt blev Final Action 8-10 godkendt som nye TPG kapitler i maj 2016. OECD havde opdateret undersektionerne, og et overblik kan ses af Figur 5.4.

Figur 5.4 – Udvikling fra Discussion Draft til Final Action 8-10

Discussion Draft on Chapter 1			Final Action 8-10	
Identifikation af kommercielle eller finansielle relationer	D.1	→	D.1	Identifikation af kommercielle eller finansielle relationer
Identifikation af risiko forbundet med kommercielle eller finansielle relationer	D.2	→	D.2	Anerkendelse af præcist afgrænsede transaktioner
Fortolkning	D.3	→	D.3	Tab (uændret)
Anderkendelse af transaktioner	D.4	→	D.4	Politiske effekter (uændret)
Særlige forhold	D.5	→	D.5	Brug af momsværdiansættelser (uændret)
Locations savings og andre lokale markedsforhold	D.6	→	D.6	Locations savings og andre lokale markedsforhold (uændret)
Samlet arbejdsstyrke	D.7	→	D.7	Samlet arbejdsstyrke (uændret)
Multinationale selskabers concernsynergier	D.8	→	D.8	Multinationale selskabers concernsynergier (uændret)

Kilde: Egen fremstilling

OECD fastholder, at udgangspunktet for at identificere og afgrænse transaktioner er de kontrakter, som selskaberne har indgået, men at andet materiale sammen med parternes faktiske adfærd skal indgå i vurderingen i en TP analyse.¹⁵⁷ Sektion 1 om identifikation af kommercielle eller finansielle relationer, har undergået større ændringer. Risiko ved transaktioner er helt centralt i beskrivelse af transaktioner. Risiko er en central del af virksomhedsførelse, og hænger uløseligt sammen med forventet afkast, hvorfor det også er vigtigt i forhold til resultatfordeling. Sektionen om risiko fylder omtrent en tredjedel af siderne i TPG 2016, Kapitel 1, hvilket giver en indikator af vigtigheden og kompleksiteten af emnet.

¹⁵⁵ PC DD on Chapter 1, s. 289

¹⁵⁶ PC DD on Chapter 1, s. 289

¹⁵⁷ Final Action 8-10, Art. 1.43

OECD introducerer i den endelige rapport 6 steps til brug i en TP analyse af risici.¹⁵⁸

1. Identifikation af økonomisk signifikante risici
2. Kontraktuel fordeling af risiko
3. Funktions- og risikoanalyse
4. Fortolkning af step 1-3
5. Allokering af risiko
6. Prissætning af transaktionen

Step 1 omhandler kilder til risici, som også fremgår af det fremlagte DD on Chapter 1. Step 2 omhandler kontraktuel fordeling af risiko. OECD gør det klart, at kontraktuel fordeling af risiko er en ex-ante fordeling af risiko, som bestemmer, hvem der er økonomisk bundet af ex-post materialiseringen af risikoen. Det er her vigtigt, at skatteyderen kan påvise, at de har taget højde for de betydelige risici, som de kendte til på tidspunktet for transaktionen. OECD konstaterer også, at ex-post allokering af risiko ikke er muligt, hvis risikoen har materialiseret sig, da det således ikke længere er en risiko. Skattemyndigheder kan derfor heller ikke med en ex-post vurdering rekarakterisere risiko efter den har materialiseret sig, medmindre det fremgår andre steder af TPG. Step 3 er en analyse af funktioner og risici, hvor det skal specificeres hvilket eller hvilke selskaber der:¹⁵⁹

- Udfører kontrol- og risikostyringsfunktioner
- Har fordele eller ulemper, som kan være konsekvensen af materialiseringen af risikoen
- Har den finansielle kapacitet til at påtage sig risikoen

Step 4 er fortolkning af de tre første steps, herunder hvorvidt de associerede parter har fulgt kontraktens vilkår i forhold til Sektion D.1.1, og om det selskab der har påtaget sig risikoen, har finansiell kapacitet til dette.¹⁶⁰

Step 5 angiver, at hvis et selskab har risikoen i henhold til en kontrakt, men ikke udøver kontrollen eller har den finansielle kapacitet til at påtage sig risikoen, skal risikoen allokere til den virksomhed, som udøver kontrol over risikoen, og har den finansielle kapacitet til at påtage sig risikoen.¹⁶¹ Hvis virksomheden der udøver kontrol over risikoen, også har den finansielle kapacitet til at påtage sig risikoen, kan dette step springes over.

¹⁵⁸ Final Action 8-10, Art. 1.60

¹⁵⁹ Final Action 8-10, Art. 1.82

¹⁶⁰ Final Action 8-10, Kapitel 1, D.1.2.1.4

¹⁶¹ Final Action 8-10, Art. 1.98

Step 6 er værdiansættelse af transaktionen, og der henvises til de efterfølgende kapitler i TPG for yderligere vejledning hertil. Aflønningen skal afspejle den påtagede risiko, de aktiver og de funktioner, som det enkelte selskab bidrager med. Det er også tilføjet, at et selskab, der ikke bidrager med andet end finansiering, ikke kan forvente mere end et risikofrit afkast, når der ikke er kontrol over risiciene hermed.¹⁶²

Efter de seks steps skal det vurderes, hvorvidt der er overensstemmelse mellem kontrakt og den faktiske adfærd efter de regler, som er beskrevet i indledningen af TPG Kapitel 1. Afsnittet om "*special measures*" er ikke eksplicit angivet i TPG Kapitel 1 i den endelige rapport til BEPS Action 8-10, men det er i stedet blevet inkorporeret i de andre dele, og HTVI-delen er flyttet til en del af TPG Kapitel 6.

5.4 Lyttede OECD til kommentarerne fra interessenterne?

Både BusinessEurope og Deloitte kom med kommentarer til DD on Chapter 1, og lagde begge vægt på, at den faktiske adfærd ikke skulle lægges til grund for afgrænsning af transaktioner, medmindre den faktiske adfærd var i direkte modstrid til kontrakten. OECD valgte at beholde formuleringen, og dermed skal kontrakten være udgangspunktet, men såfremt den faktiske adfærd afviger fra kontrakten, så skal den faktiske adfærd lægges til grund for afgrænsningen af transaktionen. OECD lyttede dermed ikke til rådgiver.

Begge interessenter lagde vægt på, at eksemplerne kun skulle være af illustrative formål, da de var oversimplificerede. Dette har ikke været genstand for ændring.

BusinessEurope udviste bekymring over, at virksomheder, som ikke har formået at identificere alle risici, risikerer at få rekarakteriseret indkomst, selvom de har gjort deres bedste. Her har OECD i Final Action 8-10 introduceret en proces for analyse af risiko, som indeholder 6-steps, som interessenterne ikke har haft mulighed for at kommentere på. Dette er dog en imødekommelse af kommentarerne om, at der skulle være yderligere vejledning til virksomhederne, da dette bør gøre det lettere for virksomhederne at identificere alle risici.

Både BusinessEurope og Deloitte havde kraftige indvendinger mod afsnittet om "*special measures*", som de argumenterede for ikke var i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Begge mente, at såfremt profit ikke skulle allokeres efter armslængdeprincippet, så ville det skabe en usikker situation for virksomhederne, hvilket kunne føre til dobbeltbeskatning. OECD valgte at undlade særskilte "*special measures*" i den endelige udgave af TPG Kapitel 1 i Action 8-10, men indarbejdede i stedet nogle af elementerne i andre dele af TPG Kapitel 1, og HTVI blev indarbejdet i TPG Kapitel 6, som også er en del

¹⁶² Final Action 8-10, Kapitel 1, D.1.2.1.6

af BEPS Action 8-10. Dermed blev interessenternes opfordring om udeladelse af disse ”*special measures*” ikke fulgt.

5.5 Konsekvenser for et dansk moderselskab i en multinational koncern

OECD lægger i den nye Sektion D i TPG Kapitel 1 væsentligt mere vægt på, at transaktioner skal afgrænses ud fra den faktiske adfærd, som selskaberne udviser. Hvis ikke der er en kontrakt, er det dog udelukkende den faktiske adfærd, der skal lægges til grund for identifikation og afgrænsning af transaktionen. Dette betyder, at selskaber skal være mere opmærksomme på at få skriftligt afklaret, hvad transaktionerne præcist dækker over, og dermed også hvad aflønningen er en modydelse for. Risikoen for koncerner, med indførelsen af det nye TPG Kapitel 1, Sektion D, er, at transaktioner kan blive klassificeret anderledes af skattemyndighederne, hvis ikke de er i overensstemmelse med de interne kontrakter, som skal beskrive transaktionen.

Risikoallokering er også en ting, som koncerner skal tillægge større opmærksomhed. Selvom risiko kontraktuelt er fordelt mellem to koncernselskaber, kan dette blive omkvalificeret af skattemyndighederne, hvis det ene selskab ikke udøver kontrol over risikoen, ikke selv kan afdække risikoen, eller ikke har den finansielle kapacitet til at kunne påtage sig risikoen, såfremt risikoen skulle materialisere sig med negativt udfald. Dette betyder, at det nu er utroligt vigtigt for de enkelte koncernselskaber at dokumentere, at de kan kontrollere den risiko, der er blevet allokeret til dem, og at de har den finansielle kapacitet til at påtage sig risikoen.

Flere koncerner har struktureret sig med Business Units, som går på tværs af juridiske enheder. Risikoallokering i denne sammenhæng kan udgøre en problemstilling, som OECD ikke har taget højde for, da risiciene knyttet til den enkelte Business Unit kan være delt mellem de juridiske enheder.

Med de nye 6 steps til analyse af risici må virksomhederne forvente, at disse steps skal benyttes, for at der kan være sikkerhed om allokeringen. Med det øgede fokus på risici, skal koncerner lave en revurdering af resultatfordelingen, så dette i højere grad afspejler den konkrete risiko, der påtages. I forhold til opdateringen af kapitlet er der samme problemstilling, som for det opdaterede Kapitel 6 i forhold til bagudrettet anvendelse. Denne problemstilling er drøftet i afhandlingens kapitel 4. Det må forventes, at præciseringerne til TPG Kapitel 1 også gælder bagudrettet. Samlet set betyder det, at det kræver ekstra ressourcer og kompetencer for virksomhederne at leve op til det opdaterede TPG Kapitel 1.

5.6 Delkonklusion

OECD fremlagde i december 2014 et DD til en ny Sektion D i TPG Kapitel 1. Sektionen skal sikre, at resultatfordelingen i multinationale koncerner stemmer overens med den værdiskabelse, der sker i de

enkelte selskaber. Det er stadig sammenlignelighedsanalysen, der er grundlaget for at anvende armslængdeprincippet. Første step er at identificere de finansielle eller kommercielle relationer og de forbundne risici. Dette præciserer TPG Kapitel 1, hvor der med udkastet til de nye regler bliver lagt mere vægt på risiko. OECD lagde også op til, at der skal lægges mere vægt på parternes faktiske adfærd i stedet for interne kontrakter, når en transaktion skal forklares. Herudover ville OECD gerne have input til såkaldte "*special measures*", som skulle behandle særlige situationer, som falder uden for de hidtidige regler, hvor der er risiko for BEPS situationer.

BusinessEurope og Deloitte mente begge, at det ikke var nødvendigt med "*special measures*", da nogle af forslagene ikke var i overensstemmelse med armslængdeprincippet, hvilket de begge mente ville skabe usikkerhed og risiko for dobbeltbeskatning. OECD valgte at udelade disse i den endelige version, men at indarbejde det andetsteds i TPG.

Både BusinessEurope og Deloitte udviste også bekymring for forslaget om at bruge kontrakter som udgangspunkt i forhold til at beskrive transaktionen, men at tillægge den faktiske adfærd parterne udviser mere vægt, hvis der er afvigelser fra kontraktens vilkår. Dette er i tråd med interessenternes kommentarer til RDD 2013. OECD valgte at fastholde deres formulering fra DD i den endelige rapport.

Det må konkluderes, at det nye TPG Kapitel 1 giver selskaberne mere dokumentationsarbejde i forhold til at skulle dokumentere, at deres adfærd er i overensstemmelse med kontrakterne. Dette må alt andet lige føre til flere korrektioner fra skattemyndigheder. Herudover er kontrol over, og finansiell kapacitet til at bære, risiko nye parametre, som virksomheder skal være opmærksom på i deres risikoallokering. Dette gælder formentlig også for år før udgivelsen af opdaterede kapitler. Det er således blevet mere ressourcekrævende for virksomhederne at overholde TPG Kapitel 1.

6 Hard-To-Value Intangibles

I juni 2015 havde OECD bearbejdet kommentarer vedrørende den *"special measure"*, som var angivet som option 1 i DD on Chapter 1, og OECD var dermed klar til at offentliggøre et særskilt DD vedrørende HTVI ved navn *"BEPS ACTION 8: HARD-TO-VALUE INTANGIBLES discussion draft on arm's length pricing of intangibles when valuation is highly uncertain at the time of the transaction and special consideration for Hard-To-Value Intangibles"* (herefter DD on HTVI). I den forbindelse opfordrede OECD til kommentarer fra interessenter. Arbejdet med HTVI vedrører Action point 8-10 under BEPS projektet, som identificerede, at der skulle arbejdes med at lave særskilt vejledning på Hard-To-Value Intangibles.¹⁶³

OECD lagde i DD on HTVI op til, at de endelige regler omkring HTVI skal indgå som sektion D.3 i det opdaterede TPG Kapitel 6.¹⁶⁴

Efter gennemgangen af DD on HTVI, bliver de foreslåede regler holdt op imod kommentarer fra BusinessEurope og Deloitte. Herefter analyseres, hvorvidt OECD indarbejdede de kommentarer, de fik til DD on HTVI i deres Final Action 8-10, samt vurderes, hvordan reglerne vil have betydning for et dansk moderselskab i en multinational koncern.

6.1 DD on HTVI

Kapitlet omhandler afgrænsning af transaktioner med HTVI, og hvorvidt compensationen er på armslængdevilkår. Selve værdiansættelsen skal følge den vejledning, der er i TPG Kapitel 3, men det faktum, at der indgår HTVI i en overdragelse, kan besværliggøre værdiansættelsesprocessen, hvorfor dette kapitel også giver yderligere vejledning i forhold til værdiansættelse. Når værdiansættelsen af en immateriel rettighed på transaktionstidspunktet er usikker, rejser det spørgsmålet om, hvordan armslængdeprincippet skal anvendes. OECD fremhæver, at værdien bør fastsættes på samme måde, som uafhængige parter ville have gjort, og på samme vilkår, som uafhængige parter ville have anvendt.¹⁶⁵

Det er vigtigt at tage alle økonomiske faktorer ind i overvejelserne, når HTVI skal værdiansættes. Dette indebærer de forventede fordele rettigheden vil frembringe, men også hvor stort et arbejde og hvor mange omkostninger der vil være i forbindelse med at videreudvikle rettigheden, og hvorvidt der er forudsigelige fremtidige hændelser, der kan påvirke værdien. Hvis estimerne kan laves pålideligt, og de usikkerheder der er, kan opgøres med rimelig præcision, er det sandsynligt, at der mellem uafhængige parter vil være aftalt en fast pris. Kan usikkerhederne derimod ikke opgøres pålideligt, er det mest sandsynligt, at der

¹⁶³ DD on HTVI, s. 3

¹⁶⁴ DD on HTVI, s. 3

¹⁶⁵ DD on HTVI, Art. 1

mellem uafhængige parter vil blive aftalt en aflønning med efterfølgende prisjusteringsmuligheder, som afhænger af, hvordan værdien af den immaterielle rettighed udvikler sig.¹⁶⁶ OECD postulerer, at uafhængige parter vil bestemme hvilken part, der bærer de uforudsigelige risici. Hvis der er store afvigelser mellem, hvordan risiciene materialiserer sig, i forhold til det på forhånd forventede, vil parterne genforhandle kontrakten, hvis det er til gavn for begge parter.¹⁶⁷ Hvis uafhængige parter ville have insisteret på en prisjusteringsklausul, giver OECD skattemyndighederne lov til at antage, at en sådan skulle have været brugt i aftalen mellem koncernforbundne parter.¹⁶⁸

For at vurdere hvorvidt, og i hvilket omfang, der er behov for yderligere omkostninger til udvikling af en immateriel rettighed, kræver det, at man har et indgående teknisk kendskab til rettigheden, værdien og processen. Denne viden besidder skatteyderen typisk, mens det er sjældent, at skattemyndighederne har samme indsigt. Der er dermed en informationsasymmetri, der i yderste konsekvens kan føre til systematisk forkert prissætning, da information omkring de immaterielle rettigheder typisk udelukkende kommer direkte fra skatteyderen selv, da denne er den eneste kilde til information om den immaterielle rettighed. I disse tilfælde mener OECD, at ex post resultaterne kan give en indikation af, hvorvidt ex ante værdiansættelsen har været på armslængdevilkår.¹⁶⁹ Såfremt der er forskel mellem den forventede profit, og den profit der realiseres, og dette skyldes faktorer, der kunne have været forudset af parterne, ville uafhængige parter have aftalt en anden pris, og aftalen har således ikke været på armslængdevilkår. Hvis der omvendt har været begivenheder eller trendudviklinger, der ikke kunne have været forudset på transaktionstidspunktet, ville uafhængige parter heller ikke kunne have taget højde for det. Særligt er det vigtigt, at skattemyndighederne har mulighed for at vurdere, hvorvidt de betingelser og vægtningen af de usikkerheder, der har været aftalt, har været på armslængdevilkår.

OECD definerer HTVI som værende immaterielle rettigheder eller rettigheder til immaterielle rettigheder, som på tidspunktet for transaktionen mellem koncernforbundne parter:¹⁷⁰

- ikke har en pålidelig referencetransaktion, og
- ikke har pålidelige projektioner for fremtidige pengestrømme, eller
- antagelserne brugt til værdiansættelse er meget usikre

Der skal altså være fravær af en pålidelig referencetransaktion, og herudover enten usikkerhed om pengestrømmene eller antagelserne i værdiansættelsen for den immaterielle rettighed.

¹⁶⁶ DD on HTVI, Art. 3

¹⁶⁷ DD on HTVI, Art. 4

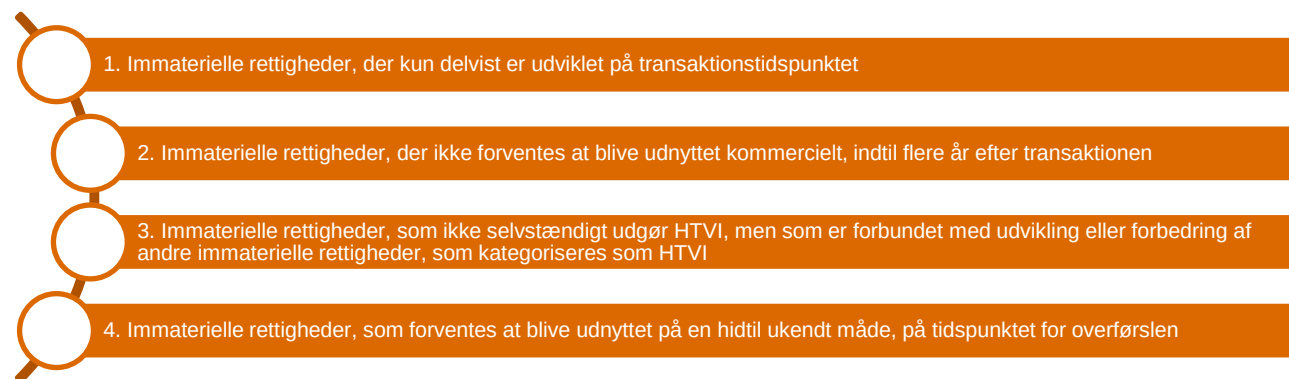
¹⁶⁸ DD on HTVI, Art. 5

¹⁶⁹ DD on HTVI, Art. 6

¹⁷⁰ DD on HTVI, Art. 9

Da HTVI ifølge OECD's definition er usikre af natur, mener OECD, at en ex post analyse giver en indikation af, hvilken værdi den immaterielle rettighed burde have været overført til ex ante. OECD lister fire kategorier, som ikke udgør en udtømmende liste, men som HTVI typisk er kendetegnet ved. Disse er vist i Figur 6.1 nedenfor.

Figur 6.1 – Typiske kendetegn for HTVI i DD on HTVI



Kilde: Egen fremstilling

I ovenstående tilfælde gør OECD det klart, at skattemyndighederne bør overveje at benytte sig af ex post materiale om de faktiske økonomiske resultater for at vurdere, hvorvidt ex ante prissætningen har været på armslængdevilkår.¹⁷¹ En ex post vurdering skal dog kun inddrages, hvis der ikke er anden information, der kan give pålidelig dokumentation for, hvorvidt ex ante værdiansættelsen var på armslængdevilkår. Hvor det er muligt for skattemyndigheder pålideligt at vurdere, hvorvidt grundlaget for ex ante værdiansættelsen var på armslængdevilkår, skal der ikke lægges vægt på ex post information.¹⁷²

For at sikre at det kun er i de tilfælde, hvor der er en væsentlig forskel mellem ex ante projektionerne og ex post resultaterne, at denne metode bliver anvendt, og at forskellen ikke er forklaret med begivenheder, der ikke kunne have været identificeret og taget i betragtning på forhånd, opstiller OECD de i Figur 6.2 viste situationer, hvor OECD positivt tilkendegiver, at ex post resultaterne ikke kan indgå som dokumentation for ex ante projektionerne.¹⁷³

¹⁷¹ DD on HTVI, Art. 12

¹⁷² DD on HTVI, Art. 13

¹⁷³ DD on HTVI, Art. 14

Figur 6.2 – Situationer, hvor ex post resultater ikke må anvendes i DD on HTVI

Situation 1

- Hvis skatteyderen giver detaljerede oplysninger om sine ex ante fremskrivninger, som blev anvendt på transaktionstidspunktet for prisfastsættelse rettigheden, inklusiv hvordan risikoen er blevet fordelt, og hvordan dette har påvirket værdien, og hvorvidt der er taget højde for sandsynlige og forudsigelige begivenheder

Situation 2

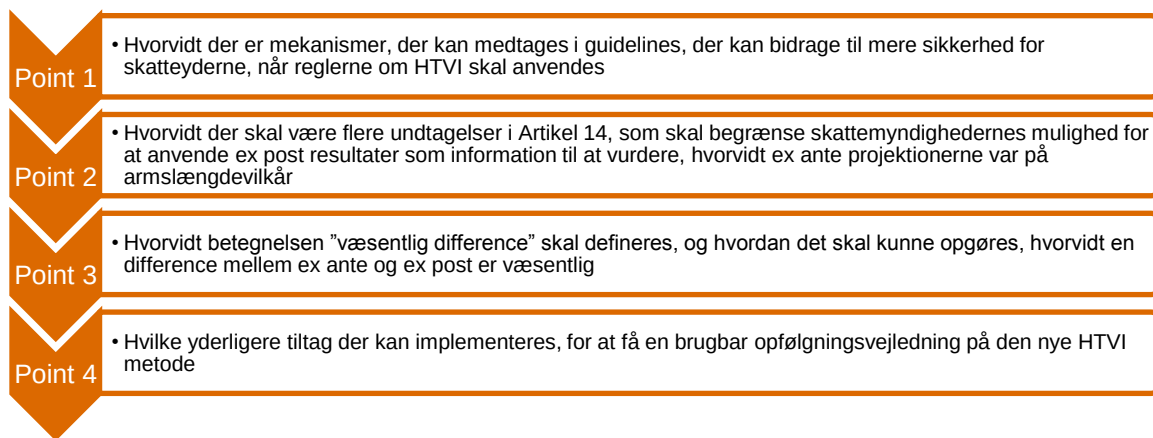
- Hvis skatteyderen har tilfredsstillende dokumentation for, at væsentlige differencer mellem de finansielle projektioner (ex ante) og de faktiske resultater (ex post) skyldes uforudsigelige og ekstraordinære begivenheder eller udvikling, som er indtrådt efter transaktionsprisen blev bestemt, og ikke kunne have været taget i betragtning på transaktionstidspunktet

Kilde: Egen fremstilling

Selvom ex post materiale kan benyttes som brugbar information af skattemyndighederne, skal der ses bort fra dette, hvis skatteyderen pålideligt kan påvise, at ændringen i værdien skyldes uforudsigelige begivenheder, som ikke kunne være forudset på transaktionstidspunktet. I dette tilfælde skal transaktionen anerkendes som værende på armslængdevilkår, såfremt ex ante betingelserne er opfyldt.¹⁷⁴

OECD bad i DD on HTVI om kommentarer fra interessenter på de nye guidelines, men også på nogle yderligere pointer som angivet nedenfor. OECD bad om input på de viste punkter i Figur 6.3.¹⁷⁵

Figur 6.3 – Yderligere pointer OECD ønskede input omkring



Kilde: Egen fremstilling

OECD ønskede input omkring dette, fordi der er særlige usikkerhedsmomenter for anvendelsen i praksis, og OECD gav hermed udtryk for, at de fandt disse situationer udfordrende. De havde ikke forholdt sig konkret til dem i DD on HTVI, og gav dermed rådgivere mulighed for at være med til at udforme formuleringerne i højere grad, end det normalt er tilfældet.

¹⁷⁴ DD on HTVI, Art. 15

¹⁷⁵ DD on HTVI, s. 6

6.2 Kommentarer fra interessenter til DD on HTVI

OECD opfordrede i forbindelse med udsendelsen af DD on HTVI til, at interessenter kunne kommentere deres forslag til de særlige HTVI regler. Nedenfor er kommentarerne fra BusinessEurope og Deloitte analyseret.

6.2.1 Kommentarer fra BusinessEurope

BusinessEurope er enig med OECD i, at det kan være svært at benytte armslængdeprincippet, når værdien på transaktionstidspunktet er meget usikker. De mener dog, at det er vigtigt at bevare den integritet armslængdeprincippet har, og holde sig til hvad uafhængige parter ville gøre i samme situation. BusinessEurope udviser bekymring over, at OECD begynder at introducere regler, som efter deres holdning ikke er rodfæstet i armslængdeprincippet. BusinessEurope mener, at det er i tråd med armslængdeprincippet, at koncernforbundne parter ikke skal have dårligere vilkår end uafhængige parter, og pointerer, at man ikke genåbner værdiansættelser på baggrund af ex post resultater mellem uafhængige parter.¹⁷⁶

BusinessEurope mener, at eksemplerne og reglerne generelt mangler forståelse for, at det købende selskab af en delvist udviklet immaterielt rettighed overtager ejerskabet og dermed risikoen for rettighedens værdi, og derfor også skal aflønnes derefter.¹⁷⁷

BusinessEurope er bange for, at definitionen, der er lagt op til for HTVI, er for bred, og kommer til at dække alle immaterielle rettigheder. Dette skyldes det faktum, at der ikke kan laves pålidelige sammenligninger, og at der er usikkerhed om projektionerne for det fremtidige cash-flow, hvilket netop kendetegner immaterielle rettigheder. De fremlægger også det argument, at definitionen kan blive næsten cirkulær, hvilket skal forstås således, at hvis ex post resultaterne afviger fra ex ante projektionerne, så var grundlaget for ex ante projektionerne usikre, og dermed eksisterer et HTVI. Derved kan der laves indkomstkorrektioner af skattemyndighederne.¹⁷⁸ BusinessEurope mener derfor, at hvis OECD beholder definitionen, så skal der sættes nogle begrænsninger ind for, hvornår HTVI-reglerne finder anvendelse.

BusinessEurope lægger ydermere vægt på, at det generelt er svært for mange koncerner at lave værdiansættelser, også i tredjepartssituationer, da estimerne og parametrene, der ligger til grund for modellerne, altid vil have elementer af usikkerhed. De mener derfor, at HTVI-reglerne kun skal gælde i

¹⁷⁶ PC DD on HTVI, s. 36

¹⁷⁷ PC DD on HTVI, s. 37

¹⁷⁸ PC DD on HTVI, s. 37

meget sjældne tilfælde, og at en bedre tilgang til denne problemstilling vil være at udarbejde en mere udførlig vejledning til, hvordan prisjusteringsklausuler skal indarbejdes i transaktioner fremadrettet.¹⁷⁹

I forhold til dokumentationsbyrden mener BusinessEurope, at der er lagt op til, at det er skatteyderen, der alene står med byrden i forhold til at dokumentere, at forskellen på ex ante og ex post skyldes uforudsigelige begivenheder. Det vil være mere hensigtsmæssigt, hvis denne byrde blev delt ligeligt mellem skatteyderen og skattemyndighederne, således at reglerne ikke så ofte kommer i brug. Såfremt reglerne skulle vedtages i deres nuværende form, mener BusinessEurope, at det kun skal gælde for priser og transaktioner, der er indtruffet efter vedtagelsen.¹⁸⁰

BusinessEurope kommenterede ikke på de fire yderligere pointer, som OECD forespurgte input på.

6.2.2 Kommentarer fra Deloitte

Deloitte starter deres kommentarer med at dykke ned i DD on HTVI i Artikel 9, hvor der står:

*“This section takes into account the matters set out in the first part of section D.3 and outlines approaches which tax administrations may adopt in dealing with a specific category of intangibles, referred to as HTVI.”*¹⁸¹ (egen understregning)

Deloitte mener, at hvis reglerne om HTVI skal indføres, skal det ikke blot være en mulighed, ved brug af ordet “may”, men være ens i alle tilfælde. Brugen af ordet “may” kan give skattemyndighederne mulighed for selv at vælge, hvorvidt reglerne om HTVI skal finde anvendelse i den konkrete situation. Deloitte pointerer, at hvis det skal være valgfrit for skattemyndighederne, skal det som minimum være obligatorisk for de involverede skattemyndigheder at vælge det samme. Hvis en skattemyndighed vælger at benytte HTVI-reglerne, hvilket ender med en indkomstforhøjelse, men skattemyndighederne i det andet land ikke vælger at benytte HTVI-reglerne med den følge, at der ikke sker nogen korresponderende korrektion, vil dette medføre dobbeltbeskatning.¹⁸²

Deloitte sætter, ligesom BusinessEurope, fokus på, at grænsen mellem immaterielle rettigheder og HTVI er svær at få øje på med den relativt vage definition og afgrænsning i Art. 9 og 10 i DD on HTVI, og at HTVI-reglerne derfor kan benyttes på næsten alle immaterielle rettigheder.

Derudover lægges der vægt på, at indførelse af HTVI-reglerne vil øge usikkerheden omkring fastsættelsen af priser på immaterielle rettigheder, da det, ifølge Deloitte, ofte sker, at der er afvigelser mellem ex ante

¹⁷⁹ PC DD on HTVI, s. 37

¹⁸⁰ PC DD on HTVI, s. 38

¹⁸¹ DD on HTVI, Art. 9

¹⁸² PC DD on HTVI, s. 56

projektioner og ex post resultater. Dette gælder både transaktioner inden for en koncern, men det gælder lige så ofte i tredjepartstransaktioner. Deloitte mener, at det vil være hensigtsmæssigt at indføre såkaldte ”safe harbors”, som kan være med til at mindske usikkerheden for selskaberne.¹⁸³ Deloitte foreslår et 80%-120% interval, hvor ex post resultaterne kan falde inden for, i forhold til ex ante projektionerne, hvor skattemyndighederne ikke kan anfægte, at der er en væsentlig afvigelse i værdien. Herudover mener Deloitte, at den tidsperiode hvori denne vurdering kan laves, skal tidsbegrænses. Deloitte peger på 10 år efter transaktionen som et passende tidsinterval, hvorefter ex post resultater ikke længere kan bruges som information til at vurdere, hvorvidt ex ante værdiansættelsen var på armslængdevilkår.¹⁸⁴

Dernæst påpeges, at de eksempler der i Artikel 14 i DD on HTVI, som skal illustrere uforudsigelige begivenheder, der retfærdiggør, at ex ante værdiansættelsen afviger fra ex post resultaterne, og inkluderer naturkatastrofer og konkurs hos nære konkurrenter, ikke er passende. Deloitte mener, at dette i stedet bør betegnes som værende lavsandsynlighedsbegivenheder eller -udfald, som er uden for skatteyderens kontrol, og hvis påvirkning på transaktionen er meget usikker. De anerkender, at konkurs og naturkatastrofer falder inden for denne kategori, men at denne kategori også favner bredere, og eksempelvis også omfatter ændrede politiske forhold samt ændret makroøkonomisk udvikling. Deloitte mener, at det vil medføre større sikkerhed for virksomhederne, såfremt dette bliver mere specificeret.¹⁸⁵

Deloitte kommenterede i Appendix 2 i deres kommentarer, i modsætning til BusinessEurope, på de fire yderligere pointer, som OECD afslutningsvist bad om kommentarer på, som fremgår af Figur 6.3. I forhold til Point 1 vedrørende mekanismer, der kan gøre brugen af HTVI-reglerne mere sikkert for virksomhederne, kommenterer Deloitte, at der er brug for en mere klar definition. Deloitte mener også, at det faktum at ex post afviger fra ex ante, ikke bør kunne bruges til at klassificere den immaterielle rettighed som HTVI. Point 2 vedrører, hvorvidt der skal tilføjes yderligere undtagelser til, hvornår reglerne om HTVI kan anvendes. Her gør Deloitte det klart, at et spænd på +/- 20% som ”safe harbor” bør indføres, som de også har fremhævet tidligere. Herudover nævner Deloitte, at uafhængige parter, som har aftalt en prisjusteringsklausul i deres kontrakt, altid vil aftale et antal år, hvor dette kan blive gjort gældende. Derfor mener Deloitte også, at der bør være et antal år efter transaktionen, hvorefter skattemyndighederne ikke længere kan korrigere ex ante prisen, da sandsynligheden for, at der kommer begivenheder, som virksomheden ikke har taget højde for ved ex ante værdiansættelsen er større, jo længere væk fra transaktionstidspunktet man kommer.¹⁸⁶ Point 3 fra OECD vedrører definitionen af en væsentlig afvigelse mellem ex ante og ex post værdiansættelsen. Her henviser Deloitte igen til deres

¹⁸³ PC DD on HTVI, s. 57

¹⁸⁴ PC DD on HTVI, s. 57

¹⁸⁵ PC DD on HTVI, s. 57-58

¹⁸⁶ PC DD on HTVI, s. 57

forslag på +/- 20%, som ex post værdien må afvige fra ex ante beregningen, uden at skattemyndighederne kan lave korrektioner som følge af dette. Point 4 fra OECD omhandler, hvorvidt der er forhold som bør indarbejdes i en opfølgende vejledning til implementeringen. Deloitte mener her, at der er behov for yderligere vejledning for virksomhederne, til at benytte prisjusteringsklausuler i interne kontrakter, der indeholder HTVI.¹⁸⁷ Deloitte gør også den observation, at HTVI-reglerne, ikke nødvendigvis lever op til armslængdeprincippet, og mener derfor, at Artikel 9 i OECD's modeloverenskomst i så fald ikke er gældende. Derfor mener Deloitte, at der bør være en vejledning fra OECD til, hvordan der kan laves et tillæg til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, så dobbeltbeskatning undgås.

6.3 Final Action 8-10 – HTVI Guidance

I oktober 2015 blev Final Action 8-10 offentliggjort. Dette indeholdt blandt andet det nye TPG Kapitel 6, hvor Sektion D.3-D.5 indeholdt særskilt guidance om HTVI. Sektion D.3 vedrører fastsættelse af priser i transaktioner, som indeholder immaterielle rettigheder der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet.¹⁸⁸ Sektion D.4 omhandler Hard-To-Value Intangibles.¹⁸⁹ Sektion D.5 indeholder supplerende vejledning til behandling af transaktioner med immaterielle rettigheder, som vedrører salg af varer eller services.¹⁹⁰

6.3.1 D.3 – Immaterielle rettigheder der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet

OECD fastholder, at det i situationer, hvor værdien på transaktionstidspunktet er svær at opgøre, og hvor ingen sammenlignelige transaktioner eksisterer, er svært at fastsætte en armslængdepris. Der skal her skeles til, hvad uafhængige parter, i en sammenlignelig situation, ville have gjort for at begrænse risikoen ved værdiansættelsen. OECD giver tre muligheder, som de mener, vil mindske usikkerheden på transaktionstidspunktet:¹⁹¹

1. Opgøre de fremtidige forventede fordele
2. Brug af short-term aftaler og prisjusteringsklausuler
3. Aftale fordeling af risiko i forbindelse med efterfølgende udvikling

OECD gør det herefter klart, at hvis uafhængige parter ville have valgt en af disse tre muligheder for at begrænse den risiko, der er forbundet med værdiansættelsen af den immaterielle rettighed på

¹⁸⁷ PC CC on HTVI, s. 63

¹⁸⁸ Final Action 8-10, Kapitel 6.D.3

¹⁸⁹ Final Action 8-10, Kapitel 6.D.4

¹⁹⁰ Final Action 8-10, Kapitel 6.D.5

¹⁹¹ Final Action 8-10, Art. 6.182-184

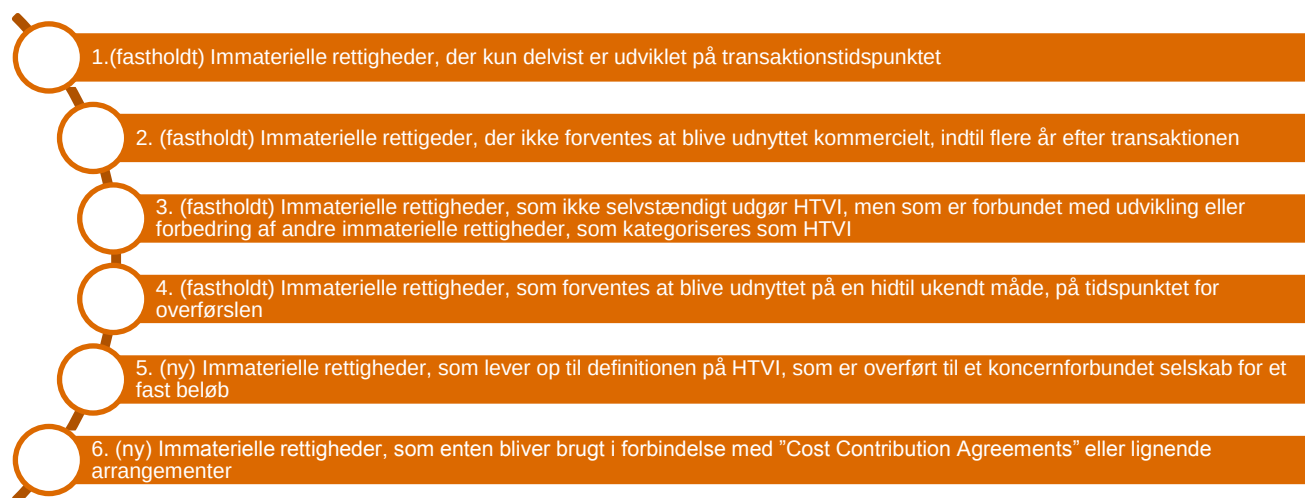
transaktionstidspunktet, skal skattemyndighederne have lov til at lægge til grund, at sådanne mekanismer skulle have været i aftalen mellem koncernforbundne parter.¹⁹²

6.3.2 D.4 – Hard-To-Value Intangibles (HTVI)

Når værdien på transaktionstidspunktet er svær at fastsætte, og der er en væsentlig udvikling i værdien fra ex ante til ex post, kræver det en stor indsigt i den enkelte virksomhed, og det miljø den agerer i, for at forstå, hvor stort et udviklingsarbejde, der har været behov for i forbindelse med færdiggørelsen af aktivet. Skattemyndighederne har typisk ikke denne indsigt, hvorfor de må bero sig meget på den information, som bliver givet fra skatteyderen. Store forskelle mellem ex ante og ex post er en indikation på, at der var væsentlige usikkerheder, som der ikke var taget højde for i ex ante værdiansættelsen, forudsat at det ikke skyldes uforudsigelige begivenheder.¹⁹³ OECD fastholder i den endelige rapport, at ex post resultater kan fungere som bevismateriale for, at der var usikkerheder på transaktionstidspunktet, som skatteyderen ikke havde værdiansat passende.¹⁹⁴

Definitionen af HTVI fra DD on HTVI bliver fastholdt i Final Action 8-10, men det er dog taget ud, at der er valgfrihed for skattemyndighederne om, hvorvidt de vil anvende de pågældende regler. Hvor OECD i DD on HTVI havde listet fire kategorier, hvor HTVI typisk faldt inden for, er der i Final Action 8-10 oplistet seks kategorier som angivet i Figur 6.4.¹⁹⁵ Listen er stadig ikke udtømmende.

Figur 6.4 – Typiske kendetegn for HTVI i Final Action 8-10



Kilde: Egen fremstilling

¹⁹² Final Action 8-10, Art. 6.185

¹⁹³ Final Action 8-10, Art. 6.187

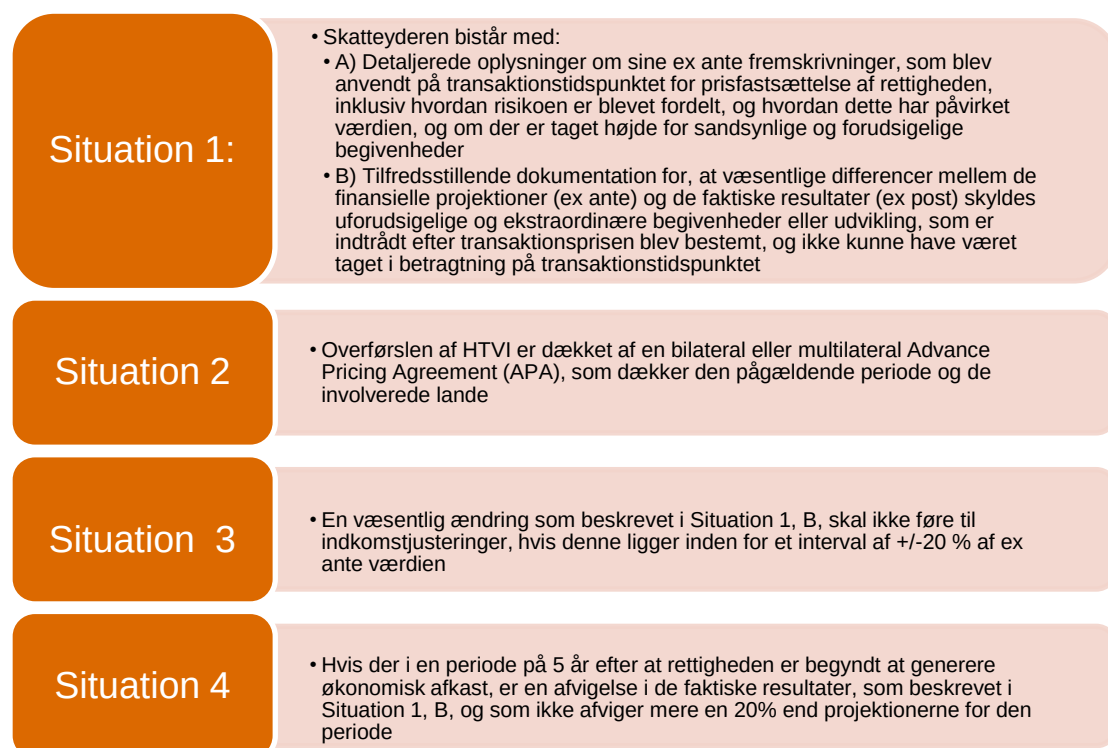
¹⁹⁴ Final Action 8-10, Art. 6.188

¹⁹⁵ Final Action 8-10, Art. 6.190

OECD mener, at det er svært for skattemyndigheder at bestemme den risiko, der er forbundet med transaktioner med immaterielle rettigheder, som lever op til ovenstående kategorier, før risikoen begynder at materialisere sig, og der kommer ex post resultater, som kan give en indikator for dette. Derfor giver OECD skattemyndighederne lov til at benytte ex post resultater som materiale til at vurdere, hvorvidt antagelserne omkring ex ante værdiansættelsen var passende.¹⁹⁶ Ex post materialet skal dog ikke indgå i vurderingen, såfremt skattemyndighederne har mulighed for at få overbevisning fra andre kilder om, at grundlaget for ex ante værdiansættelsen har været rimeligt.

OECD opstiller herefter fire situationer, hvor reglerne for HTVI ikke må finde anvendelse. Situation 1, A og B er fastholdt fra DD on HTVI, mens de efterfølgende tre situationer er nye i Final Action 8-10.¹⁹⁷ Situationerne er vist i Figur 6.5.

Figur 6.5 – Situationer, hvor ex post resultater ikke må anvendes i Final Action 8-10



Kilde: Egen fremstilling

OECD introducerer hermed 3 nye tilfælde, hvor HTVI-reglerne om ex post metoden ikke skal finde anvendelse, og OECD har således indført en "safe harbor" med et interval på +/- 20%. Såfremt transaktionen ikke falder ind under ovenstående kategorier, vil skattemyndighederne kunne benytte ex post informationer til at lave indkomstkorrektioner. OECD konkluderer slutteligt, at dette kan medføre

¹⁹⁶ Final Action 8-10, Art. 6.192

¹⁹⁷ Final Action 8-10, Art. 6.193

dobbeltbeskatning, men at korrektioner, der er lavet som følge af HTVI-reglerne, skal søges løst ved hjælp af en MAP under de respektive DBO'er.¹⁹⁸

6.3.3 D.5 – Supplerende vejledning til behandling af transaktioner med immaterielle rettigheder, som vedrører slag af varer eller services

Denne sektion vedrører benyttelse af immaterielle rettigheder ved salg af varer eller serviceydelser, men hvor det ikke er den immaterielle rettighed, der overføres. OECD konstaterer, at det i en TP analyse, hvor en cost plus, resale price eller TNMM bliver anvendt, er den simple part der bliver testet, da denne ikke ejer immaterielle rettigheder, og dermed slipper man for at lave en værdiansættelse af de immaterielle rettigheder. OECD argumenter dog for, at en distributør der også står for marketing, opbygger immaterielle rettigheder i det geografiske område virksomheden opererer i, i form af kundelister, kundedata og kunderelationer. Også know-how i forhold til logistik og distribution er at betegne som immaterielle rettigheder. Disse immaterielle rettigheder har indflydelse på den profit, som selskabet kan generere, og dette bør indgå i sammenlignelighedsanalysen. Det er her også vigtigt at vurdere, hvorvidt de virksomheder, som selskabet sammenlignes med, også ejer sådanne immaterielle rettigheder, og hvorvidt der i så fald bør korrigeres for dette i aflønningen.¹⁹⁹

OECD opstiller to kategorier i forlængelse af ovenstående:²⁰⁰

1. Situationer, hvor der er pålidelige sammenlignelige transaktioner
2. Situationer, hvor der ikke er pålidelige sammenlignelige transaktioner

I situationer, hvor der kan findes pålidelige sammenlignelige transaktioner, og hvor der ikke benyttes unikke og værdifulde immaterielle rettigheder, kan der ifølge OECD benyttes en ensidet TP metode til at fastsætte en aflønning på armslængdevilkår.²⁰¹ Metoder der her kan anvendes er CUP, resale price, cost plus og TNMM. I situationer, hvor der ikke kan identificeres pålidelige transaktioner, eksempelvis fordi der benyttes værdifulde og unikke immaterielle rettigheder, anbefaler OECD at profit split metoden anvendes.²⁰²

6.4 Lyttede OECD til kommentarerne fra interessenterne?

Begge rådgivere kritiserede DD on HTVI for ikke at være i overensstemmelse med den hidtidige udvikling af armslængdeprincippet. Både BusinessEurope og Deloitte angreb definitionen af HTVI, da begge mente at definitionen var for bred, og dermed kunne dække næsten alle immaterielle rettigheder.

¹⁹⁸ Final Action 8-10, Art. 6.195

¹⁹⁹ Final Action 8-10, Art. 6.201

²⁰⁰ Final Action 8-10, Art. 6.203

²⁰¹ Final Action 8-10, Art. 6.206

²⁰² Final Action 8-10, Art. 6.209-6.212

OECD valgte at fastholde definitionen af HTVI, og lyttede dermed ikke til kommentarerne. Til gengæld valgte OECD at tilføje flere situationer, hvor HTVI reglerne ikke finder anvendelse, hvorfor det vurderes, at anvendelsesområdet for HTVI reglerne er indskrænket i Final Action 8-10 i forhold til DD on HTVI. Deloitte foreslog en tidsbegrænsning på 10 år efter transaktionstidspunktet som forældelsesfrist, og her har OECD indført en forældelsesfrist på 5 år efter at den immaterielle rettighed er begyndt at generere positive pengestrømme. Deloitte foreslog ydermere en ”safe harbor” på +/- 20% i forhold til ex ante projektionerne. Dette valgte OECD at indføre i Final Action 8-10.

BusinessEurope udviste nervøsitet over, at der kunne opstå en cirkulær sammenhæng, hvor skattemyndighederne kunne regne baglæns, og lave koblingen mellem ex post resultater og ex ante forudsigelser. Afvigelser indikerer usikkerheder, som ikke var taget højde for, hvorfor en korrektion vil kunne laves. Dette har OECD ikke præciseret yderligere. BusinessEurope nævnte i sine kommentarer, at reglerne om HTVI, efter deres mening, burde indføres således, at de kun ville gælde fremadrettet. OECD indarbejdede ikke specifikke kommentarer om dette, men indarbejdede HTVI-reglerne i TPG Kapitel 6 af 2016, hvorfor implementeringen forventes at være den samme som den resterende del af TPG Kapitel 6. For diskussion af dette henvises til afhandlingens kapitel 4.

Deloitte kommenterede, at ordlyden i DD on HTVI kunne indikere, at der var valgfrihed for skattemyndighederne i forhold til brugen af ex post materiale, og at dette potentielt kunne medføre dobbeltbeskatning. OECD valgte i Final Action 8-10 at ændre ordlyden, så der ikke længere er tvivl om, hvorvidt der er valgfrihed for skattemyndighederne.

BusinessEurope kommenterede, at hele dokumentationsbyrden blev lagt over på skatteyderen, og foreslog at denne byrde kunne deles ligeligt mellem skatteyderen og skattemyndighederne. Denne dokumentationsbyrde er ikke blevet ændret fra DD on HTVI til Final Action 8-10. OECD har heller ikke valgt at indarbejde en yderligere vejledning til brug af prisjusteringsklausuler, som BusinessEurope efterlyste i sine kommentarer.

Samlet set har interessenterne haft større indflydelse på den endelige rapport for HTVI sektionen, end det har været tilfældet med de andre analyserede kapitler.

6.5 Konsekvenser for et dansk moderselskab i en multinational koncern

Indførelsen af de særlige HTVI regler i TPG Kapitel 6 betyder, at et dansk moderselskab i en multinational koncern ikke længere kan handle en immateriel rettighed, hvor der ikke er en sammenlignelig transaktion, og hvor enten pengestrømmene eller forudsætningerne for værdiansættelsen ikke kan fastsættes pålideligt, til en fast pris uden at blive omfattet af reglerne om HTVI. HTVI reglerne

medfører, at skattemyndighederne op til 5 år efter, at den immaterielle rettighed er taget kommercielt i brug, kan lave indkomstkorrektioner. I Danmark er det dog kun muligt for SKAT at foretage indkomstkorrektioner seks år tilbage i tid, jf. SFL § 26, stk. 5. Overføres en rettighed, der lever op til definitionen af HTVI, fra et koncernselskab til et andet, er det nu vigtigt at følge op på, hvorvidt forudsætningerne og antagelserne brugt til værdiansættelsen bliver overholdt efterfølgende. Afviger profitten i de budgetterede år med mere end +/- 20%, og kan dette ikke henføres til forhold, som virksomheden ikke kunne have forudset på transaktionstidspunktet, har skattemyndighederne mulighed for at lave en indkomstkorrektion. Dette betyder øget usikkerhed for selskaberne i forbindelse med deres skattebetalinger, da det ikke længere kun er på overdragelsestidspunktet, at beskatningen kan afgøres. Det betyder også øgede omkostninger til dokumentation og compliance, da der nu skal udarbejdes opfølgende analyser på de faktiske resultater og sammenholdes med den oprindelige værdiansættelse. Er der afvigelser på mere end +/- 20% i de projekterede pengestrømme, skal det yderligere årsagsforklares, hvorvidt virksomheden kunne have kendt til begivenheden eller udviklingen, som er skyld i afvigelsen eller ej. Dette skal tages op på et møde, hvor beslutningsdygtige personer skal tage stilling til, hvad der skal gøres. Findes det, at de budgetterede pengestrømme ikke er indenfor +/- 20%, så er virksomheden forpligtet til at sende en genoptagelsesansøgning, men her har OECD ikke specificeret, hvilket år der skal genoptages, hvilket medfører usikkerhed for skatteydere. En mulig måde at imødegå denne usikkerhed er at lave en prisjusteringsklausul i den interne salgskontrakt, hvor transaktionsprisen efterfølgende justeres, såfremt forudsætningerne ændrer sig. Disse HTVI regler vil føre til, at beskatningen i højere grad bliver baseret på den faktiske profit frem for usikre estimater. Det er dermed i mindre grad værdien af den risiko, som koncernselskaberne påtager sig, der beskattes, men i højere grad den materialiserede risiko der beskattes.

Grundet implementeringen af Final Action 8-10, som præciserer til TPG Kapitel 6 som diskuteret i kapitel 4.5, betyder indførelsen af disse regler om HTVI også, at danske skattemyndigheder kan benytte den forlængede ligningsfrist til at åbne ældre selvangivelser, og kræve at HTVI reglerne bliver benyttet. I så fald skal et dansk moderselskab i en multinational koncern på overførsler af immaterielle rettigheder seks år tilbage i tid kunne udarbejde analyser for, hvordan de faktiske resultater har afvejet fra de projekterede. Hvis der i denne periode er overført immaterielle rettigheder, som nu falder inden for HTVI, som har været overført uden brug af prisjusteringsklausuler, har danske skattemyndigheder nu lov til at benytte de faktiske resultater til at vurdere, hvorvidt værdiansættelsen på transaktionstidspunktet var korrekt. Dette gælder, selvom reglerne ikke nødvendigvis var offentliggjort på tidspunktet for transaktionen. Dette medfører øget behov for ressourcer og kompetencer hos skatteyder.

6.6 Delkonklusion

OECD udsendte i juni 2015 et DD, som var det videre arbejde med særregler i forbindelse med HTVI, som også var behandlet i forbindelse med ændringen til TPG Kapitel 1. OECD fremlagde her en tilgang for skattemyndighederne, hvor de kunne benytte information om de faktisk realiserede resultater for at vurdere, hvorvidt armslængdeprincippet blev overholdt på transaktionstidspunktet, hvor en immateriel rettighed blev overført, hvis der på transaktionstidspunktet var stor usikkerhed om værdien. Både BusinessEurope og Deloitte var kritiske over for de nye regler, og mente ikke, at reglerne var i overensstemmelse med armslængdeprincippet, og at det ville medføre øget usikkerhed for selskaberne, samt store omkostninger til administration og compliance. OECD valgte dog at arbejde videre med reglerne, og offentliggjorde derfor som en del af BEPS Action 8-10 en ny uddybet vejledning til, hvordan HTVI skal håndteres. Denne vejledning indskrænkede anvendelsesområdet for, hvornår reglerne om HTVI kunne tages i brug af skattemyndighederne, men ændrede ikke ved det faktum, at ex post information nu kunne bruges af skattemyndighederne til at vurdere, hvorvidt den oprindelige transaktionspris var på armslængdevilkår.

Kriterierne for at kunne bruge ex post materiale til at vurdere, hvorvidt ex ante værdiansættelsen var på armslængdevilkår er, at der ikke er pålidelige referencetransaktioner, og at der enten ikke er pålidelige opgørelser af fremtidige pengestrømme, eller at faktorerne til brug for værdiansættelsen er usikre.

Det er muligt for en koncern at modvirke brug af ex post materiale ved at fremlægge værdiansættelsen og påvise, at afvigelsen mellem de faktiske resultater og projekterede pengestrømme enten ikke kunne tages højde for på transaktionstidspunktet, eller at usikkerhederne var behørigt indarbejdet.

Indførelsen af HTVI reglerne vil medføre større omkostninger for virksomhederne til compliance, og vil betyde, at der skabes større usikkerhed om skattebetalingen, da selv virksomheder med de bedste intentioner utilsigtet kan blive ramt af disse regler. Beskatningen vil fremover i højere grad være beregnet på baggrund af faktiske resultater, hvorfor det i højere grad er den reelle værdi af den immaterielle rettighed, frem for forventningen til den fremtidige værdi, der beskattes. Dermed beskattes den materialiserede risiko, og ikke den påtagede risiko på transaktionstidspunktet.

Et stort usikkerhedsmoment for danske selskaber er, at implementeringen af Final Action 8-10 giver skattemyndighederne mulighed for at bruge disse regler bagudrettet inden for den forlængede ligningsfrist. Dette giver især stor usikkerhed for koncerner, der internt har flyttet HTVI uden brug af prisjusteringsklausuler, da dette automatisk medfører brug af ex post resultater, selvom selskaberne ikke kunne vide dette på transaktionstidspunktet.

7 TPG Kapitel 9 – Business Restructurings

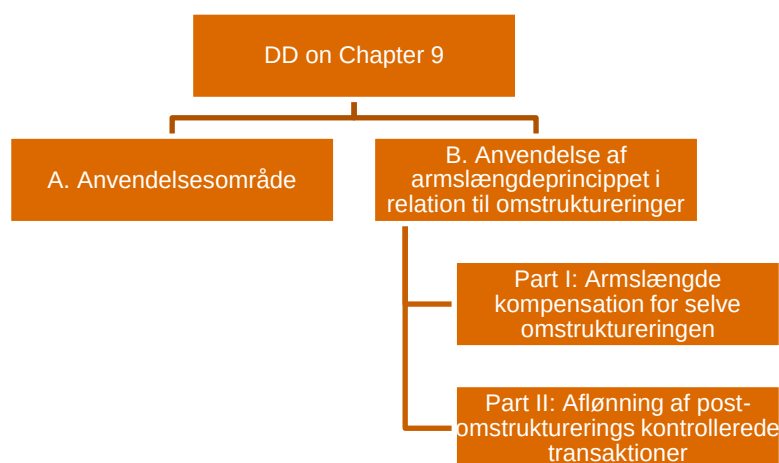
BEPS projektet har, som tidligere nævnt, betydet, at flere TPG kapitler er blevet opdateret. Dette har betydet, at den indre sammenhæng mellem kapitlerne ikke har været helt klar i forhold til TPG Kapitel 9, omhandlende ”*Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*”, idet dette kapitel har referencer til flere forskellige kapitler. Derfor valgte OECD som opfølgning til Final Action 8-10, at TPG Kapitel 9 skulle opdateres. Dette betød, at der 4. juli 2016 blev offentliggjort ”*Conforming Amendments to Chapter IX of the Transfer Pricing Guidelines*” (DD on Chapter 9). Dette er OECD’s udkast til et opdateret TPG Kapitel 9. I denne forbindelse blev der, ligesom det er normal praksis fra OECD, indbudt til kommentarer fra interessenter.²⁰³ På tidspunktet for denne afhandlings afgrænsning er det endelige kapitel endnu ikke udfærdiget, hvorfor der i afhandlingen arbejdes med dette DD on Chapter 9.

Omstrukturering i koncerner er en hyppig kilde til overførsel af immaterielle rettigheder mellem koncernselskaber, hvorfor reglerne om TP overvejelser i forbindelse med omstruktureringer er relevant i sammenhæng med TPG Kapitel 1 og 6. Dette er også udgangspunktet for den efterfølgende case.

7.1 DD on Chapter 9

Udkastet starter med en definition af, hvad der er omfattet af kapitlet, hvorefter fokus er på, hvordan armslængdeprincippet skal anvendes i relation til omstruktureringer. Herefter er kapitlet inddelt i to separate dele, hvor første del omhandler armslængdekompensation for selve omstruktureringen, mens anden del behandler den efterfølgende allokering og kompensation. Denne opbygning er skitseret i Figur 7.1 nedenfor.

Figur 7.1 – Opbygning af DD on Chapter 9



Kilde: Egen fremstilling

²⁰³ DD on Chapter 9, side 1-2

Denne struktur bliver fulgt i nedenstående gennemgang, hvor fokus er på de sektioner, som er relevante i forhold til afhandlingens problemformulering.

7.1.1 Anvendelsesområde

Denne sektion klarlægger, hvad der er omfattet af DD on Chapter 9, og hvilke situationer der skal behandles herefter. Derfor indledes med en definition og beskrivelse af, hvilke situationer der er omfattet af kapitlet. Definitionen er som følger:

”There is no legal or universally accepted definition of business restructuring. In the context of this chapter, business restructuring refers to the cross-border reorganization of the commercial or financial relations between associated enterprises, including the termination or substantial renegotiation of existing arrangements. Relationships with third parties (e.g. suppliers, sub-contractors, customers) may be a reason for the restructuring or be affected by it”²⁰⁴

Herefter påpeges, at omstruktureringer typisk omhandler centralisering af immaterielle rettigheder, risici eller funktioner, hvortil der er et potentiale for profit. Et eksempel herpå er overførsel af immaterielle rettigheder eller rettigheder til immaterielle rettigheder, som flyttes til en central enhed i koncernen, kaldet ”IP Company”.²⁰⁵ Det kan dog også tænkes, at immaterielle rettigheder flyttes ud til de operationelle enheder i stedet for en central ejer. Det fastslås derpå, at armslængdeprincippet skal følges, ligesom i alle andre TP sammenhænge, uanset om der decentraliseres eller centraliseres. Det helt afgørende er, at der omstruktureres som uafhængige parter ville have gjort det, og at den efterfølgende profitallokering ligeledes afspejler, hvordan uafhængige parter ville have ageret.

7.1.2 Anvendelse af armslængdeprincippet i relation til omstruktureringer

Denne sektion er underinddelt i to forskellige dele, som er vist som henholdsvis Part I og Part II i Figur 7.1.

Part 1: Arm’s length compensation for the restructuring itself

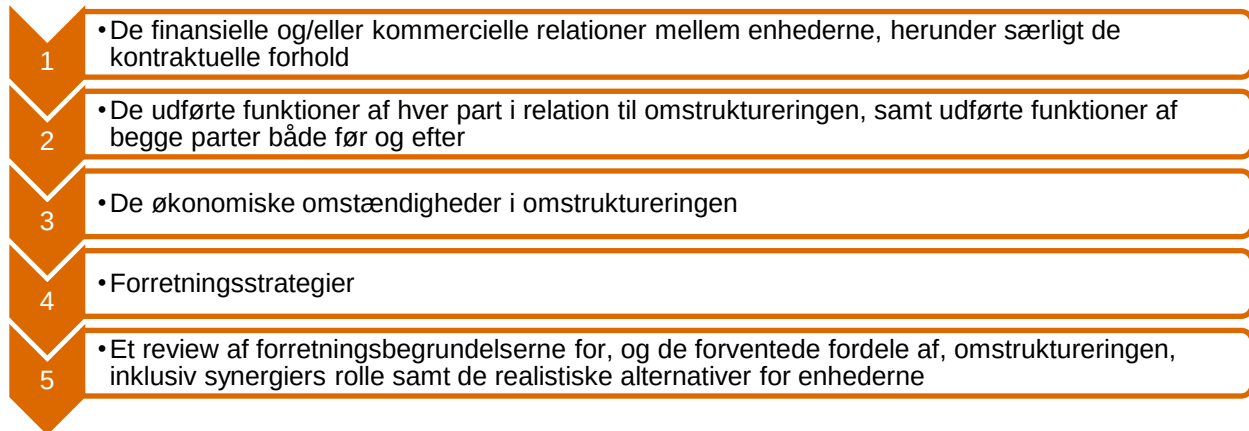
OECD peger på, at første step i en TP analyse af omstruktureringer er at fastslå nøjagtigt, hvad transaktionen indeholder, samt at identificere de økonomiske og/eller kommercielle relationer enhederne imellem. Dette skal hjælpe med at sikre, at armslængdeprincippet overholdes. Det skal gøres for den enkelte enhed i transaktionen, og må ikke analyseres på koncernniveau. Hver enkelt enhed skal have fordel af transaktionen, ellers er det ikke armslængde, da uafhængige parter ikke ville have indgået en

²⁰⁴ DD on Chapter 9, Art. 9.1

²⁰⁵ DD on Chapter 9, Art. 9.2

sådan transaktion.²⁰⁶ Det konstateres derefter, at man skal fastlægge de i Figur 7.2 viste elementer for alle involverede enheder:²⁰⁷

Figur 7.2 – Centrale elementer der skal fastlægges ved omstrukturering



Kilde: Egen fremstilling

Som det også har været tilfældet i afhandlingens tidligere kapitler, skal analysen tage udgangspunkt i kontraktuelle forhold mellem parterne. Det understreges også i DD on Chapter 9, at kontrakten kun er et udgangspunkt, og at det er de faktiske omstændigheder, der er afgørende i relation til TP.²⁰⁸ Dette er i tråd med både TPG Kapitel 1 og 6 i Final Action 8-10, som også tager udgangspunkt i en kontraktuel aftale, men allokterer profit efter den faktiske adfærd. Hertil skal der laves en funktions- og risikoanalyse, så parternes bidrag kan fastslås. I forbindelse med omstruktureringer er risici særligt vigtige, idet risici påvirker profitpotentialet. Derfor er de påtagede risici afgørende for, hvordan profit, eller tab, skal allokteres mellem enhederne. Der skal derfor foretages specifik analyse af risikoallokering mellem enhederne både før og efter omstruktureringen.²⁰⁹ Det påpeges dog, at en enhed kun reelt kan bære risikoen, såfremt der er kapacitet til dette, hvilket er i tråd med Kapitel 1 og 6 i Final Action 8-10.²¹⁰ Det er ydermere vigtigt, at der fokuseres på økonomisk signifikant risiko, hvilket er risiko, som har signifikant profitpotentiale. Hvor signifikant en risiko er, afhænger af sandsynligheden for, at den materialiserer sig, samt størrelsen af de potentielle økonomiske konsekvenser, som følge af risikoen.²¹¹

Derudover er det afgørende at fastslå, hvilke forretningsmæssige begrundelser der ligger bag omstruktureringen. Det er ikke afgørende, hvorvidt det er begrundet med et øget profitpotentiale eller forventede omkostningsbesparelser, så længe der er tale om en reel substans med rimelige antagelser, og

²⁰⁶ DD on Chapter 9, Art. 9.10-9.12

²⁰⁷ DD on Chapter 9, Art. 9.13

²⁰⁸ DD on Chapter 9, Art. 9.17

²⁰⁹ DD on Chapter 9, Art. 9.19

²¹⁰ DD on Chapter 9, Art. 9.20

²¹¹ DD on Chapter 9, Art. 9.22

ikke blot et spørgsmål om skatteundgåelse.²¹² Hermed gælder det også, at fordelene for hvert selskab skal måles før skat. Dernæst fokuseres på de realistiske alternativer til omstruktureringen, idet dette er hvad en uafhængig part ville gøre. En uafhængig part vil altid vælge den transaktion, som bedst opfylder deres mål, og dermed kun vælge den konkrete mulighed, som stiller dem bedre end ved valget af næstbedste mulighed. At undlade at omstrukturere skal altid medtages som en mulighed, fordi de realistiske muligheder for omstrukturering ikke nødvendigvis stiller enheden bedre. Dette princip gælder også for koncernforbundne parter, således at armslængdeprincippet bliver overholdt.²¹³ En skatteyder skal dog ikke dokumentere samtlige hypotetiske muligheder, men blot dokumentere, hvorfor den valgte omstrukturering er det mest attraktive, og hvorfor det er attraktivt for alle parter i omstruktureringen, og ikke blot koncernen som helhed.²¹⁴

Skattemyndighederne har fået mulighed for at lave korrektioner, såfremt skatteyderne ikke overholder TPG. Dette betyder ikke, at de blot kan tilsidesætte en omstrukturering, men derimod, at de kan beskatte selskaberne, som de burde være beskattet ved overholdelse af armslængdeprincippet. Dette skal dog kun ske, såfremt de særlige omstændigheder i TPG Art. 1.122 er opfyldt.²¹⁵ Disse omstændigheder tilsiger, at der skal være tale om en adfærd, som uafhængige parter aldrig ville have udvist. Det er således ikke tilstrækkeligt, at der ikke findes en sammenlignelig situation, eller at den konkrete adfærd kun er mulig som følge af koncernforbindelsen.

Når en omstrukturering skal analyseres, er det relevant at forholde sig til, hvorvidt omstruktureringen skal deles op i mindre dele, eller om den skal behandles som et samlet hele. Som udgangspunkt anviser OECD, at man skal kigge på de forretningsmæssige grunde som helhed, såfremt der er en åbenlys sammenhæng imellem de forskellige dele i omstruktureringen.²¹⁶ Uanset om der er gode bevæggrunde for koncernen som helhed til at foretage omstruktureringen, skal hver involveret enhed have fordel af omstruktureringen og aflønnes med armslængdekompensation, da man også i forbindelse med omstruktureringer anvender "*separate entity approach*",²¹⁷ som er et helt grundlæggende princip i TPG.

Dernæst behandler OECD problemstillingen om, hvordan profit skal allokeres efter omstruktureringen. Det er klart, at som følge af omstruktureringen, vil profitallokeringen ikke være nøjagtigt som før, idet der er flyttet enten noget profitpotentiale eller omkostninger fra en enhed til en anden, og formentlig nogle dertilhørende risici.²¹⁸ For at kunne fastlægge profitallokeringen er det derfor afgørende at have kendskab

²¹² DD on Chapter 9, Art. 9.24

²¹³ DD on Chapter 9, Art. 9.27

²¹⁴ DD on Chapter 9, Art. 9.31

²¹⁵ DD on Chapter 9, Art. 9.34-9.35

²¹⁶ DD on Chapter 9, Art. 9.36

²¹⁷ DD on Chapter 9, Art. 9.37

²¹⁸ DD on Chapter 9, Art. 9.39-9.41

til de involverede enheder både før og efter, samt at forstå de forretningsmæssige begrundelser for omstruktureringen.

Næste punkt for OECD omhandler overførslen af noget af værdi, hvilket skal forstås som et aktiv eller en igangværende aktivitet. Med henvisning til afhandlingens problemformulering og afgrænsning fokuseres ikke på fysiske aktiver. OECD har derimod en lang beskrivelse af, hvordan omstrukturering indeholdende immaterielle rettigheder skal behandles. Dette er kompliceret, idet de både skal identificeres og værdiansættes. I forhold til dette henviser OECD til vejledningen i TPG Kapitel 6.²¹⁹ En af problemstillingerne i relation til omstruktureringer er, at selvom én enhed får tilført den immaterielle rettighed, kan de andre enheder sagtens drage fordel af og udnytte den. Såfremt den immaterielle rettighed flyttes til et såkaldt IP Company, så kan det sagtens stadig være den tidligere ejer, som reelt set drager fordel af rettigheden. Derfor kan en sådan omstrukturering potentielt betyde, at der ikke skal ændres på, hvem der er berettiget til afkast fra rettigheden.²²⁰ Dette er en følge af, at juridisk ejerskab kun er udgangspunkt for analysen, mens en konkret analyse af de faktiske omstændigheder skal fastlægge kompensationen, hvilket er behandlet tidligere i afhandlingen. Der kan være mange grunde til at centralisere ejerskabet af immaterielle rettigheder på koncernniveau, men uanset begrundelsen, skal det analyseres, hvad fordelene er for begge parter i omstruktureringen. Derudover peges på, at der kan ske omstruktureringer med immaterielle rettigheder der er svære at værdiansætte på omstruktureringstidspunktet. Her henvises dog blot til Sektion D.3 og D.4 i Kapitel 6,²²¹ som behandlet i afhandlingens kapitel 6.

Dernæst behandles omstruktureringer, hvor der flyttes en igangværende aktivitet. Dette skal forstås som overførsel af aktiver med dertilhørende aktiviteter, som kan udføre visse funktioner og påtage sig risiko. Dette kan eksempelvis være en R&D afdeling, hvor der medfølger erfarent personale. Dette personale har også en værdi, og skal behandles som i Sektion D.7 i TPG Kapitel 1, som omhandler ”*assembled workforce*”.²²² En sådan omstrukturering kan være svær at værdiansætte, idet man ikke blot kan lave en separat værdiansættelse af de enkelte dele, men også skal tage højde for eventuelle synergieffekter.²²³

Part I afsluttes med, at OECD forholder sig til, hvorvidt parterne skal have erstatning, såfremt den ene part afbryder samarbejdet eller ændrer væsentligt i kontrakten. Afbrydelser eller ændringer af kontrakten betyder typisk, at risikoen og de udførte funktioner ændrer sig, hvilket vil være afgørende for

²¹⁹ DD on Chapter 9, Art. 9.55-56

²²⁰ DD on Chapter 9, Art. 9.57

²²¹ DD on Chapter 9, Art. 9.62-9.63

²²² DD on Chapter 9, Art. 9.68

²²³ DD on Chapter 9, Art. 9.69

profitallokeringen. Derudover kan det medføre omkostninger, som ellers ikke ville have forekommet.²²⁴ OECD påpeger, at dette forhold ikke kan behandles generelt, idet det altid vil komme an på de konkrete omstændigheder, hvorfor de ikke mener, at der bør være en generel løsningsmodel.²²⁵ Derfor ydes i stedet generel vejledning, som skal hjælpe med at sætte fokus på de rette aspekter i de givne omstændigheder, så det kan fastslås, hvem der skal bære eventuelle ekstra omkostninger, samt hvorvidt der skal ydes erstatning til en enhed.

Part II: Remuneration of post-restructuring controlled transactions

OECD starter i denne del med at fastslå, at det til enhver tid er armslængdeprincippet, der er gældende, og derfor skal dette også anvendes ved analyse efter en omstrukturering. Derudover fastslås, at sammenlignelige situationer skal behandles ens, uanset om de er kommet i stand som følge af en omstrukturering eller en tidligere eksisterende struktur.²²⁶ Det er i denne forbindelse vigtigt at være opmærksom på, hvilke forhold der er gældende efter transaktionen. En ting er, hvad der er aftalt omkring selve omstruktureringen, men af hensyn til profitallokeringen er det afgørende, at det bliver fastslået, hvem der faktisk bidrager med aktiver, udfører funktioner og påtager sig risiko, som det vejledes i TPG Kapitel 1.²²⁷ Derefter behandles sammenhængen mellem kompensationen for henholdsvis omstruktureringen og post omstruktureringen. Når der er tale om en løbende forretningsmæssig relation efterfølgende, skal dette også underlægges TP analyse. I den forbindelse peger OECD på, at selve omstruktureringen skal prissættes for sig, ligesom efterfølgende handel skal prissættes separat.²²⁸ Som følge af omstruktureringen er det nødvendigt at lave en TP analyse efter omstruktureringen, da der vil være nye omstændigheder, som medfører anderledes prissætning.

Næste punkt er sammenligning af pre- og post-omstrukturings situationen. Her er det særligt transaktionerne mellem parterne før og efter omstruktureringen, der er interessante, idet disse kan være med til at sige noget om selve omstruktureringen. Dette kan være med til at fastlægge, hvorvidt de funktioner, aktiver og risici som der ifølge omstruktureringen blev flyttet, også reelt er blevet flyttet.²²⁹ Slutteligt behandler OECD "*location savings*", som skal behandles i overensstemmelse med Sektion D.6 i TPG Kapitel 1. Da dette ikke er i fokus med dette kapitel, behandles det ikke yderligere.

²²⁴ DD on Chapter 9, Art. 9.75-9.76

²²⁵ DD on Chapter 9, Art. 9.78

²²⁶ DD on Chapter 9, Art. 9.98-99

²²⁷ DD on Chapter 9, Art. 9.102 og 9.106

²²⁸ DD on Chapter 9, Art. 9.116

²²⁹ DD on Chapter 9, Art. 9.118-9.121

Kapitel 7.2 Delkonklusion

Som følge af BEPS projektets opdateringer til TPG arbejdes på nærmere vejledning til, hvordan omstruktureringer skal behandles i relation til TP. Denne nærmere vejledning skal hjælpe virksomheder og skattemyndigheder med at fastslå, hvornår der er tale om en omstrukturering, og hvordan der i så fald skal ageres. Der er tale om en omstrukturering, når der sker en grænseoverskridende reorganisering af kommercielle eller finansielle relationer mellem koncernforbundne parter. Dette kan også være i form af afbrydelse eller ændring af eksisterende strukturer. Når der er tale om en situation, som falder ind under dette, skal virksomhederne dokumentere de særlige overvejelser, der ligger til grund for omstruktureringen, samt hvorfor den er fordelagtig for alle involverede parter.

Derudover skal det beskrives nøjagtigt, hvad der er omfattet af omstruktureringen. Disse elementer skal enten behandles og værdiansættes samlet, såfremt der er tydelig sammenhæng mellem dem, eller enkeltvis, såfremt der er tale om adskillelige dele. OECD peger på, at omstrukturering af immaterielle rettigheder eller igangværende aktivitet er særligt svært, idet det kan være svært at identificere samtlige dele af transaktionen. For immaterielle rettigheder henvises der til vejledningen i TPG Kapitel 6.

Grundlæggende er budskabet fra OECD, at omstruktureringer skal ske på armslængdevilkår ud fra en ”*separate entity approach*”, hvorfor kapitlet bygger på samme principper som de andre TPG kapitler. Dette betyder, at hver enkelt enhed skal have fordel af omstruktureringen før skat, og at den skal være forretningsmæssigt begrundet, og altså ikke må være begrundet med følge af skattemæssige fordele.

8 Case – InnoPharma koncernen

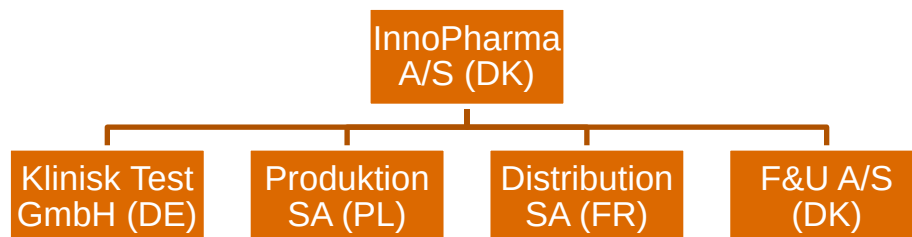
Nærværende case tager udgangspunkt i en opdigtet koncern, som oplever TP problemstillinger ved overførsel af immaterielle rettigheder fra et koncernselskab til et andet. Casen illustrerer, hvordan en koncern ved omstrukturering møder konsekvenserne af opdateringerne til Kapitel 1 og 6, som følge af Final Action 8-10, samt forslaget til nyt TPG Kapitel 9. Det teoretiske grundlag for casen er afhandlingens kapitel 4 til 7.

For at kunne forstå virksomhedens dispositioner og udfordringer, relateret til immaterielle rettigheder og resultatfordeling, gennemgås først vigtige forhold i koncernen i relation til TPG Kapitel 1 og 6. Herefter beskrives de vigtige elementer i koncernens omstruktureringen i forhold til DD on Chapter 9, og afslutningsvis klarlægges situationen efter omstruktureringen, og hvilke TP udfordringer efterfølgende begivenheder medfører.

8.1 InnoPharma koncernen

InnoPharma koncernen er en danskbaseret koncern, som er struktureret som vist i Figur 8.1, hvor alle datterselskaber er ejet 100%. Alle selskaber har samme karakteristika som danske kapitalselskaber. Samtlige selskaber anvender kalenderåret som regnskabsår. Først beskrives koncernen generelt, og nedenfor beskrives TP aspekter for hvert enkelt koncernselskab.

Figur 8.1 – InnoPharma koncernstruktur



Kilde: Egen fremstilling

8.1.1 InnoPharma koncernens baggrund

InnoPharma A/S (InnoPharma) er et velrenommeret dansk medicinalsselskab grundlagt i 1955 af Hans Andersen. InnoPharma ledes til dagligt af Hans Andersens søn, Jens Andersen, som har overtaget direktørsædet efter sin far. Virksomhedens hovedsæde er placeret i Gentofte. InnoPharma har flere produkter på det globale marked inden for receptmedicin og håndkøbsmedicin. InnoPharmas produkter er kendetegnet ved at være innovative og resultatet af målrettet forskning. InnoPharma har antibiotikaprodukter og anden receptpligtig medicin. Grundlæggeren Hans Andersen var selv en idealistisk farmaceut, som ønskede at gøre livet bedre for mange mennesker ved at tilbyde medicin til dem, og hans filosofi var stærkt funderet i medicinalforskning. Virksomhedens tradition for banebrydende

forskning har Jens Andersen videreført, hvilket også har ført til en række patenter. I 2016 havde InnoPharma koncernen en omsætning på DKK 13 mia. og 5.350 ansatte på verdensplan. InnoPharma koncernen har altid været dansk funderet, men har siden grundlæggelsen haft fordel af at placere dele af virksomheden i udlandet. Kernen i virksomheden er dog fortsat den banebrydende forskning og udvikling, som er placeret i Storkøbenhavn, i et område som også er kendt som Medicon Valley. Placeringen er tæt på universiteterne i københavnsområdet, og der er stor ekspertise og videndeling blandt de medicinalsselskaber, der ligger i området.

Koncernens strategi er at være first-mover, og deres eksistensberettigelse ligger i høj grad i, at de udvikler nye produkter, som kan patenteres. Dette har medført, at selve forskningen og udviklingen er placeret i et selvstændigt dansk selskab ved navn F&U A/S (F&U). F&U varetager udviklingsopgaven af nye molekyler, og selskabet har et indgående samarbejde med Københavns Universitet og Danmarks Tekniske Universitet, hvor de deltager i forskningsprojekter, og dermed også har en mulighed for rekruttering af de største talenter.

InnoPharma købte i 2011 et tysk selskab, som var kendt for at lave kliniske test af høj kvalitet, og med god dokumentation. Dette selskab er navngivet ”Klinisk Test GmbH” (Klinisk Test). Opkøbet skete som led i vækst og strategi om, at have større kontrol over de kliniske testfaser. Selskabet udfører de kliniske testfaser på de produkter, som F&U har udviklet. Klinisk Test blev købt, fordi de var kendt som en af de bedste i branchen til at udføre kliniske test, da de har et tæt samarbejde med nogle store hospitaler i Tyskland, og har tradition for let at kunne finde testgrupper. Derudover har de et særdeles effektivt setup i forhold til at håndtere de mange testpersoner og den dokumentation der knytter sig til testpersonerne.

Selve produktionen finder sted i Polen i selskabet Produktion SA, da arbejdskraften her er billig og kvalificeret, og det er nemt for danske ledere at komme til fabrikken. Kvaliteten af produktionen er vigtig for InnoPharmas ledelse, der ikke tolererer udsving i kvaliteten, hvorfor forholdene på fabrikken i Polen konstant overvåges. Markedsføring og salg sker gennem distributionsselskabet ”Distribution SA”, som er placeret i Frankrig. Den centrale placering i Vesteuropa er oplagt af distributionshensyn til både Europa og USA. Selskabet står for salget på relevante markeder.

8.1.2 InnoPharma A/S

InnoPharma A/S er moderselskabet i koncernen. I relation til TPG Kapitel 1 og 6 beskrives forhold vedrørende 6-trins analysen, som vist i Figur 4.10, og sammenlignelighedsfaktorerne nedenfor.

8.1.2.1 6-trins analyse for InnoPharma A/S

Det første trin er at identificere de anvendte eller overførte immaterielle rettigheder specifikt og de tilhørende risici forbundet med DEMPE. InnoPharma A/S ejer en immateriel rettighed, som de har

navngivet ”FeberFri”. Denne immaterielle rettighed har InnoPharma oparbejdet i forbindelse med, at de har betalt deres datterselskab F&U for at forske i molekyler, som kan modarbejde virus på samme måde, som antibiotika modarbejder bakterier. De immaterielle rettigheder til forskningen tilhører InnoPharma, som dermed har det juridiske ejerskab. I relation til DEMPE er risiciene i forbindelse med udvikling (D), at der bliver brugt omkostninger til at forfølge forskningsidéer, som aldrig fører til et patent. Forbes Magazine har estimeret, at kun 1 ud af 20 af de nye molekyler der bliver opfundet, ender som medicin der bliver godkendt, og anvendes på patienter.²³⁰ Det koster i gennemsnit DKK 10 mia. at udvikle et nyt molekyle og bringe det til forbrugeren i en behandlingsform, og heri ligger der signifikante omkostninger i forskningsfasen.²³¹ Der er dermed stor økonomisk risiko forbundet med udviklingen af et molekyle. En risiko i udviklingsfasen er også, at der ikke kan opnås patent på det nyudviklede molekyle. Den prækliniske udvikling er også dækket i udviklingsstadiet. De prækliniske tests foregår både i form af computersimulering, reagensglastest og dyreforsøg. De prækliniske undersøgelser skal klarlægge, hvorvidt molekylet er sikkert at benytte i medicin. Derfor testes den tålte dosis og langvarige effekter, men der testes også for kræftfremmende effekter, og hvordan molekylet omsættes i kroppen. For overblik over faserne i udvikling af et nyt lægemiddel henvises til Bilag 1.

Forbedring (E) er i denne sammenhæng, at molekylet skal bindes i en form, som kan optages i kroppen. Dette kan ske i form af en tablet, drik, kapsel, sprøjte eller andre metoder, hvorved kroppen kan optage molekylet. Dette kan også være genstand for patentering. Der er en stor risiko for, at det udviklede molekyle, ikke kan binde sig i den form man ønsker, hvilket bevirker, at lægemidlet aldrig kommer på markedet. Dette er eksempelvis tilfældet med oral insulin.²³² Herefter overgår lægemidlet til de kliniske tests. Her er 4 faser, som skal sikre, at det producerede medikament har den ønskede effekt, og ikke har for store bivirkninger.²³³ Fase 1 består af test på en mindre gruppe raske mennesker, som udsættes for medikamentet. Her testes den valgte dosis, og uforudsete bivirkninger skulle gerne vise sig her. I denne fase benyttes et sted mellem 100 og 200 testpersoner. Fase 2 er test på en mindre gruppe patienter, hvor stoffets virkning skal klarlægges. I denne fase fastslås også sammenhæng mellem dosis og respons. Her benyttes over 200 testpersoner, og fasen varer flere måneder.

Fase 3 består af et større studie, hvor en stor gruppe patienter udsættes for medikamentet over en længere periode. Her ønskes virkningen bekræftet i større skala, og sjældne bivirkninger skal gerne vise sig på denne gruppe, som typisk består af over 2.000 testpersoner og varer op mod halvandet år.²³⁴ Efter denne

²³⁰ PharmaDanmark, s. 8

²³¹ PharmaDanmark, s. 3

²³² PharmaDanmark, s. 35

²³³ PharmaDanmark, s. 46

²³⁴ PharmaDanmark, s. 47

fase kan markedsføringen af medikamentet gå i gang. Fase 4 er overvågning af bivirkninger, og foregår i samarbejde med myndighederne. Fasen skal sikre medikamentets sikkerhed og virkning. Det estimeres, at omkring halvdelen af omkostningerne til at udvikle et nyt lægemiddel ligger i de kliniske faser.²³⁵

Der er i hver af disse faser en stor risiko for, at det fremstillede lægemiddel ikke viser resultater som forventet, og dermed ikke viser den ønskede positive effekt med sygdomsbekæmpelse, men også udviser negative effekter i form af bivirkninger. Dette kan føre til, at lægemidlet ikke tages videre i produktion, og dermed at den immaterielle rettighed ikke har nogen kommerciel værdi.

Vedligeholdelse (M) af den immaterielle rettighed består i vedvarende branding og opretholdelse af den kommercielle værdi af lægemidlet. Der skal ikke videreudvikles på lægemidlet, men det skal overvåges for bivirkninger, som er fase 4 under de kliniske test. Risiciene relateret til vedligeholdelse er dermed begrænsede. Uventede bivirkninger som opdages efter kommercialiseringen af Feberfri, kan dog have indvirkninger på værdien af rettigheden.

Risikoen relateret til beskyttelse (P) er i første omgang, at den juridiske afdeling ikke formår at få FeberFri beskyttet af et patent. Dette er dog ikke længere en risiko i den konkrete situation, da patent blev sikret i 2008. Risikoen er efterfølgende, at konkurrerende selskaber krænker patentrettighederne for FeberFri, og dermed fratager FeberFri noget af indkomspotentialet. Der er for medicinalpatenter mulighed for at søge om forlængelse på 5 år ud over de normale 20 år, som et patent løber over fra ansøgningstidspunktet.²³⁶ Ud over patentet, skal det endelige produkt godkendes på de forskellige markeder, hvor der i EU er en central procedure, hvor der søges om godkendelse hos EMA (det europæiske lægemiddelagentur). Herudover tilpasses ansøgningen til de enkelte lande, hvor virksomheden gerne vil markedsføre sine produkter. Hvert land har sine egne blanketter og specielle krav til ansøgningen. I EU kan et lands godkendelse af et lægemiddel danne basis for andre landes godkendelser.²³⁷ Der er overordnet tre vigtige geografiske områder, som der kan søges godkendelse i. Disse er USA (FDA), EU (EMA) og Japan (MHLW).

Udnyttelse (E) af den immaterielle rettighed FeberFri har risici i forhold til udbredelse og kendskab til produktet. Risikoen er her, at de læger der skal udskrive medicinen, ikke har kendskab til FeberFri, eller ikke har adgang til det. I Danmark er der store grossister, der indkøber medicin fra mange forskellige leverandører, og sælger videre til apoteker og hospitaler, som typisk har valgt én primær grossist.²³⁸ Flere

²³⁵ PharmaDanmark, s. 48

²³⁶ PharmaDanmark, s. 25

²³⁷ PharmaDanmark, s. 61

²³⁸ PharmaDanmark, s. 96

andre steder i verden findes der ikke sådanne grossist-strukturer, og de selskaber der står for markedsføringen, kan også sælge produkterne til apoteker og hospitaler.

Andet step i 6-trins analysen er at identificere de kontraktuelle aftaler med fokus på juridisk ejerskab til immaterielle rettigheder. InnoPharma har en udviklingsaftale med deres 100% ejede datterselskab F&U. InnoPharma køber udvikling i form af arbejdstimer, der går til forskning i medicinalprodukter. Resultaterne, og de metoder der bliver udviklet undervejs, tilhører InnoPharma, som dermed overtager alle immaterielle rettigheder. Med Klinisk Test har InnoPharma en testaftale, hvor InnoPharma leverer data om molekyler til Klinisk Test, hvorefter de gennemfører de kliniske test af lægemidlet. Alle immaterielle rettigheder, som fremkommer af det arbejde, der vedrører de molekyler, som InnoPharma har stillet til rådighed, tilhører InnoPharma. Med Produktion SA har InnoPharma en produktionsaftale, hvor InnoPharma bestiller et præcist antal piller, som Produktion SA skal producere. Produktion SA bærer ifølge aftalen ingen risiko vedrørende lager, da InnoPharma aftager alt det producerede. InnoPharma leverer også produktionsmetoderne til Produktion SA, hvorefter pillerne skal produceres. Der er en distributionsaftale mellem InnoPharma og Distribution SA, som indebærer, at InnoPharma stiller produkter til rådighed for Distribution SA. Distribution SA har dermed ingen lagerrisiko. InnoPharma får ikke adgang til de markedsrelaterede immaterielle rettigheder, som Distribution SA oparbejder, eksempelvis kundelister og -relationer. InnoPharma har dog rettigheden til de marketing intangibles, som bliver oparbejdet, herunder eksempelvis brandværdi og logo.

Tredje punkt i 6-trins analysen er at identificere, hvilke parter der udfører funktioner, anvender aktiver og kontrollerer risiko relateret til DEMPE. I forhold til udvikling (D) ligger selve forskningen i selskabet F&U, ligesom aktiverne i form af laboratorier og udstyr benyttes her. Selve kontrollen over hvilke områder der skal forskes i, samt udvælgelse af targets, bestemmes af InnoPharma, ligesom det også er dem, der kan indstille forskningen på et bestemt område. I relation til forbedring (E) er det Klinisk Test, der udfører aktiviteter relateret til de kliniske faser, hvorved de også ejer og benytter aktiver, som er relateret hertil. Kontrollen og den økonomiske risiko ligger hos InnoPharma, som kan vælge at stoppe det videre arbejde med et produkt i relation til test. Omtrent halvdelen af de omkostninger, som bruges på at udvikle et nyt molekyle og få det på markedet, bruges i de kliniske faser,²³⁹ hvorfor det også er vigtigt for InnoPharma at kunne stoppe et projekt, hvis ikke det har udsigter til at blive kommercielt. Vedligeholdelse udføres af Klinisk Test, som samler informationen og reagerer på den, hvis der opstår uventede bivirkninger efter at produktet er kommet på markedet. Dette er i tæt samarbejde med de lokale myndigheder. Den generelle branding står InnoPharma for. Beskyttelse (P) bliver varetaget i InnoPharma. Her besluttet hvilke molekyler og processer, der skal ansøges om patent på, og det vælges også her, om

²³⁹ PharmaDanmark, s. 48

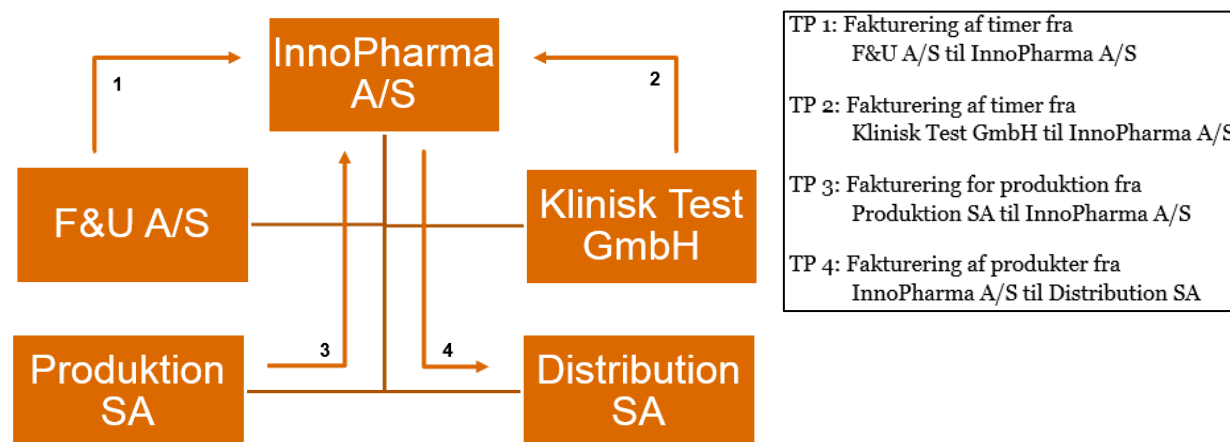
der skal lægges sag an mod kopiproducenter. Udnyttelse (E) sker i Distribution SA, hvorfra salget sker, hvorfor funktionerne bliver udført her. Risiciene ved salget ligger i InnoPharma fordi setup'et er således, at Distribution SA foretager ordrebaseret indkøb.

Derudover skal det adresseres, hvorledes finansieringsrisikoen i koncernen håndteres. I InnoPharma koncernen er det InnoPharma der bærer al finansieringsrisiko, og derfor skal kompenseres for denne påtagelse af risiko.

Det fjerde step er at bekræfte konsistens mellem kontraktlige aftaler og parternes adfærd, og kontrollere, hvorvidt den part der påtager sig risiko, har kapacitet hertil. En grundig analyse af den faktiske adfærd mellem de enkelte datterselskaber og InnoPharma viser, at der ikke er afvigelser mellem den faktiske adfærd og de internt indgåede kontrakter. De væsentlige risici er overgivet til InnoPharma, som også har kapitalen og kapaciteten, både finansielt og kompetencemæssigt, til at påtage sig disse risici.

Femte punkt er at afgrænse den kontrollerede transaktion relateret til DEMPE i lyset af ejerskab og andre relevante kontraktlige relationer, og den adfærd parterne udviser. I relation til udvikling køber InnoPharma udviklingstimer og rettighederne til de opnåede resultater i F&U. Forbedringen af den udvikling F&U står for, køber InnoPharma sig til i form timer og tests Klinisk Test, som også står for formulering. Fysiske produkter køber InnoPharma fra Produktion SA. InnoPharma sælger de indkøbte produkter videre til Distribution SA. Fakturaflowet mellem InnoPharma og datterselskaberne er vist i Figur 8.2 nedenfor.

Figur 8.2 – Fakturaflow i InnoPharma koncernen inden omstrukturering



Kilde: Egen fremstilling

Det sidste step i 6-trin analysen angiver, at hvor det er muligt, fastlægges armslængdepris for transaktioner, som er konsistent med parternes bidrag af aktiver, funktioner og risici. Hvis ikke dette er

muligt, kan det være nødvendigt med en rekarakterisering af transaktionen. Her gennemgås de fem sammenlignelighedsfaktorer fra TPG Kapitel 1 for at kunne lave en sammenligning med, hvordan uafhængige parter ville have fordelt profitten mellem sig.

Kontraktvilkår

Kontraktvilkårene i de interne kontrakter mellem InnoPharma og datterselskaberne er gennemgået i step 2 i 6-trins analysen ovenfor. Her er det også konstateret, at der ikke er faktisk adfærd parterne imellem, der afviger fra kontraktvilkår.

Funktions- og risikoanalyse

I forbindelse med step 3 i ovenstående 6-trins analyse er det analyseret, hvordan funktioner og risici er allokeret mellem de enkelte selskaber.

Realydelsens egenskaber

Det udviklingsprojekt som InnoPharma er i gang med at udvikle, er et lægemiddel, der kan kurere influenzasygdom som forårsaget af virus. I den forbindelse oparbejdes en immateriel rettighed. Almindelig penicillin i form af antibiotika kan kun kurere influenza, hvis det er forårsaget af en bakterie. Det færdige produkt er i pilleform, og kan som det eneste produkt på markedet kurere netop virus. Dette er et receptpligtigt lægemiddel. Pillen er på størrelse med en almindelig hovedpinepille og det kemiske stof er det egenudviklede FeberFri molekyle. Et billede af FeberFri er vist i Illustration 8.1 nedenfor.

Illustration 8.1 – Billede af FeberFri



Kilde: Egen fremstilling

Økonomiske omstændigheder

En vigtig økonomisk omstændighed for InnoPharma og produktet FeberFri er, at der er utroligt store omkostninger forbundet med at forske i, og udvikle, ny medicin, hvilket udgør en indtrængningsbarriere på markedet. Som nævnt koster det i gennemsnit DKK 10 mia. at gå fra idé til færdigt produkt. Det er ikke alle virksomheder i medicinalbranchen, der har kapital til dette. Derudover varer processen mange år. På grund af de regulatoriske krav, er det ikke givet, at der kommer et afkast af de omkostninger, der afholdes. Patenter udgør ligeledes en indtrængningsbarriere på markedet, hvorfor der er i mange tilfælde er eneret på en behandlingsform i patentperioden. Kun hvis et andet selskab udvikler en alternativ behandlingsform til samme sygdom, kan der forekomme konkurrence inden for patentperioden. Patentet gives ofte i forbindelse med den prækliniske fase, hvor molekylet er opfundet og afprøvet. Det betyder, at der går mange år, før der kommer et produkt på markedet, og resttiden af patentet risikerer at være kort. Efter patentudløb er der producenter af kopimedicin, der ikke har tilsvarende omkostninger til forskning og udvikling, som kan kopiere formelen og sælge det billigere.

Forretningsstrategi

InnoPharmas forretningsstrategi er at oparbejde rettigheder til nye produkter, som har first-mover potentiale. Forretningsstrategien kan også betegnes som værende en Blue Ocean strategi. Overordnet forsøger InnoPharma at få rettighederne til produkter, som kan kurere sygdomme, hvor der endnu ikke er et lægemiddel på markedet. Dette betyder, at der er et globalt marked og kun ét produkt til den pågældende sygdom, eller at de udvikler medicin, som er bedre end den, der allerede er på markedet. InnoPharma har en strategi om ikke at konkurrere på pris. Når patenterne udløber, og der kommer konkurrence fra medicinalfirmaer, der producerer kopimedicin, fastholder InnoPharma derfor deres priser, og accepterer et afledt dalende salg. Dette er for at skabe en fair forventning hos forbrugeren om, at det koster at udvikle ny medicin. De store opstartsomkostninger betyder, at der de første mange år er underskud på det enkelte produkt, og efterfølgende signifikante overskud, som helst skal dække de store omkostninger til forskning og udvikling samt de fejlslagne projekter.

8.1.3 F&U A/S

Datterselskabet F&U A/S ligger i Danmark. Dette selskab forsker i ny medicin, og foretager forskningen i nye molekyler. F&U kan bedst beskrives som en service provider, som udfører, hvad InnoPharma beder dem om. Der er dermed tale om en simpel part, som ikke bærer nogen operationel eller finansiell risiko af væsentlighed, idet InnoPharma bestemmer, hvad der skal forskes i, og hvor mange ressourcer der skal allokeres. Dermed leverer F&U basalt set konsulenttimer, som efterspurgt af InnoPharma. Dette er illustreret som TP 1 i Figur 8.2.

Forskerne i F&U har i tidligere år forsket i et molekyle, som de har navngivet FeberFri. Molekylet var færdigudviklet i 2011, hvor det har gennemgået de prækliniske tests. Både computersimulation og dyreforsøg har vist, at der er gode helbredende effekter af molekylet, og at der ikke er bemærkelsesværdige bivirkninger. Moderselskabet fik i 2008 patent på FeberFri, og er på stadiet lige før formulering ved udgangen af 2011.

På baggrund af en funktions- og risikoanalyse aflønnes F&U med en TNMM, hvor Profit Level Indicator (PLI) er deres omkostninger, som bliver tillagt en mark-up på 10%, hvilket er svarende til, hvad andre lignende parter modtager, som følge af den høje grad af viden og ekspertise det kræver at forske i og udvikle medicin. En TNMM +10% er dermed udtryk for armslængdeprisen.

8.1.4 Klinisk Test GmbH

I 2011 købte InnoPharma Klinisk Test GmbH. Selskabet udfører de kliniske test i forbindelse med udvikling af lægemidler. Dette er en afgørende funktion for koncernen, idet disse faser kræver stor ekspertise, og er meget afgørende for, om et produkt kan komme på markedet, og derudover hvor hurtigt dette kan ske. Før opkøbet købte InnoPharma ydelser i forbindelse med kliniske udvikling af Klinisk Test, men nu har InnoPharma kontrollen over det.

Klinisk Test sælger både ydelser internt og eksternt, idet der udføres kliniske test som efterspurgt af InnoPharma og eksterne parter. Internt udføres test baseret på nøjagtig bestilling fra InnoPharma, hvorfor selskabet i denne kontekst er en simpel part. InnoPharma har dermed både kontrol med, og risiko for, hvad der foretages i Klinisk Test. Da Klinisk Test både har intern og ekstern omsætning aflønnes enheden baseret på en intern CUP for leverede timer. Dette er illustreret som TP 2 i Figur 8.2.

Klinisk Test bærer således ingen reel operationel eller finansiell risiko i relation til de interne transaktioner. De er dermed at betragte som en service provider i forhold til InnoPharma.

8.1.5 Produktion SA

Produktionen i InnoPharma koncernen er placeret i Polen i selskabet Produktion. Produktionsselskabet modtager opskrifter og ordrer fra InnoPharma, og producerer efter instrukser herfra. Produktionsmængden baseres på moderselskabets bestillinger, og Produktion SA har således hverken beslutningstagerfunktioner eller nogen form for risiko. InnoPharma har overtaget lagerrisikoen, og Produktion SA er således en simpel part, og agerer som service provider, der udfører moderselskabets instrukser. InnoPharma har dermed også kontrollen over, og risikoen relateret til, dette selskab. Ud fra en analyse af funktioner, aktiver og risiko, aflønnes Produktion SA baseret på en cost plus, hvor selskabets produktionsomkostninger er PLI. Der aflønnes med en mark-up på 5%, hvilket er tilsvarende, hvad andre

simple producenter modtager, og hvilket udtrykker, at selve produktionen er forholdsvis simpel. Dette er illustreret som TP 3 i Figur 8.2.

8.1.6 Distribution SA

For at have ekspertise i relation til salget af produkter, har InnoPharma koncernen et distributionsselskab, som udfører relationsskabende marketingaktiviteter til læger, apoteker og hospitaler. Dette selskab hedder Distribution SA, og er baseret i Frankrig. InnoPharma har kontrollen over selskabet, og leverer de produkter, der skal sælges. Dermed er fakturaflowet fra moderselskab til datterselskab, hvilket er modsat af, hvordan det er for de andre datterselskaber, som illustreret i Figur 8.2.

Distribution SA er i mange henseender en simpel part, men udfører relationsskabende marketingaktiviteter, og har derudover kundelister og lignende markedsrelaterede immaterielle rettigheder. Dermed er der visse kompetencer og immaterielle rettigheder i denne enhed, hvorfor den ikke kan betragtes som en helt simpel part. Dette afviger dog ikke væsentligt fra lignende distributionsselskaber i branchen, hvorfor der kan sammenlignes. Det skal derfor indarbejdes i kompensationen, at der er immaterielle rettigheder i Distribution SA. Derfor anvendes en TNMM, hvor omkostningerne er PLI, og der allokeres en mark-up på 8%, som er svarende til, hvad sammenlignelige uafhængige distributører får. Dette er illustreret som TP 4 i Figur 8.2.

8.2 Koncernintern omstrukturering

Som følge af, at næste fase for det patenterede molekyle Feberfri ved udgangen af 2011 er, at det skal igennem formulering, og derefter de kliniske testsfaser, har ledelsen i InnoPharma besluttet, at al aktivitet for molekylet skal flyttes fra F&U til Klinisk Test i Tyskland, ligesom en del af beslutningskompetencen flyttes fra InnoPharma til Klinisk Test. Dette besluttet og effektueres 1. januar 2012, hvor bestemte funktioner, aktiver og risici vedrørende FeberFri flyttes fra Danmark til Tyskland. Dette indebærer, at TPG Kapitel 9 skal anvendes, idet der er tale om en grænseoverskridende flytning af noget kommercielt af værdi. Dette betyder, at situationen før omstruktureringen skal fastlægges nøje, hvilket er sket i afhandlingens kapitel 8.1. Dernæst skal selve omstruktureringen klarlægges, og slutteligt skal den nye situation analyseres.

Fordelen ved denne omstrukturering er, at viden om molekylet flyttes til Tyskland, hvor det skal gennemgå de kliniske tests. I den forbindelse er det hensigten, at den projektgruppe hos F&U, der har forsket i, og udviklet, molekylet, skal flytte til Tyskland, så know-how flyttes til Tyskland. Derudover er det afgørende, at beslutningstagerfunktionerne fra InnoPharma ligeledes flyttes til Tyskland, så beslutningstagerne er tæt på selve testenes udførelse. Derved kan der bedre arbejdes videre med udviklingen, så man ikke forsinkes af korrespondance med, og rapportering til, InnoPharma. Dette er helt

essentielt, da InnoPharma ved, at en af deres konkurrenter også arbejder på en kur mod influenzavirus, hvorfor det er vigtigt, at processen til det endelige produkt bliver så hurtig som mulig. Det faktum at et patent kun er beskyttet i 20 år betyder, at de år, hvor produktet kan kommercialiseres, skal optimeres, så koncernen opnår størst muligt forretningspotentiale.

8.2.1 Immaterielle rettigheder

I forbindelse med omstruktureringen i InnoPharma koncernen flyttes immaterielle rettigheder fra Danmark til Tyskland. Det skal i den forbindelse fastslås, at der er tale om transaktionstype 1 for immaterielle rettigheder, som omtalt i afhandlingens Figur 4.7, som er transaktioner med overførsel af immaterielle rettigheder. Det juridiske ejerskab forbliver i InnoPharma. Det er centralt, at InnoPharma koncernen nøjagtigt beskriver, hvilke funktioner og risici der flyttes fra henholdsvis InnoPharma og F&U til Klinisk Test, når omstruktureringen sker, herunder særligt fokus på DEMPE funktionerne, som omtalt i afhandlingens kapitel 4.3.2. Dette følger i efterfølgende afsnit.

Derudover flyttes know-how i forbindelse med omstruktureringen, som, jf. illustrationerne i Final Action 8-10, Kapitel 6, er at betragte som immaterielle rettigheder. Denne know-how er værdifuld for InnoPharma koncernen. Isoleret set omfattes know-how af definitionen af immaterielle rettigheder, som nærmere omtalt i afhandlingens kapitel 4.

8.2.2 Flyttede funktioner

InnoPharma afgiver al beslutningskompetence, som ikke vedrører beskyttelse og finansiering af FeberFri. Dette gøres for, at FeberFri, under ledelse af Klinisk Test, kan komme hurtigere på markedet, når ekspertisen om lægemidlet og beslutningskompetencen er samlet på samme sted. Der er således en forretningsmæssig begrundelse for at flytte funktioner til Klinisk Test.

Nøglemedarbejdere flytter med fra henholdsvis F&U og InnoPharma, så den ekspertviden, der er om molekylet, og de personer der er vant til at træffe beslutninger vedrørende projektet, fremadrettet er ansat i Klinisk Test. Disse medarbejdere bliver tilbudt en højere løn end de fik i Danmark, for at give dem et yderligere incitament til at acceptere tilbuddet.

De medarbejdere fra F&U der flyttes med, er de medarbejdere, der har stået for forskning og udvikling i de tidligere faser for molekylet. Dette drejer sig om i alt 6 medarbejdere. Fra InnoPharma flyttes 3 medarbejdere, som er dem, der har stået for at udarbejde instrukser og retningslinjer for forskningen i, og udviklingen af, molekylet. Derudover har de haft ansvaret for at udarbejde budgetter for projektet, og derefter følge op på disse. Slutteligt har de afgjort, hvornår projektet var tilstrækkeligt fremskredent til, at det var klar til, at den juridiske afdeling kunne søge om patent, hvor de assisterede den juridiske afdeling med de tekniske specifikationer til patentansøgningen. Dermed har de stået for de 5 bidrag, som er omtalt

på afhandlingens side 33. Med medarbejderne og de beslutningskompetencer der følger med, er der reel substans i den omstrukturering der gennemføres.

Ifølge Final Action 8-10, Kapitel 6, skal der være særligt fokus på DEMPE funktionerne, som gennemgået i afhandlingens kapitel 4.3.2. I den konkrete omstrukturering er det valgt af koncernledelsen, at beskyttelse (P) af den immaterielle rettighed, og beslutningskompetencen til denne funktion, skal forblive hos InnoPharma, idet denne enhed har kapaciteten og ekspertisen til at udføre denne funktion. De resterende afgørende beslutningskompetencer flyttes til Klinisk Test, men selve produktionen skal stadig finde sted i Produktion SA og salget skal finde sted fra Distribution SA. Beslutningskompetencerne, som før var påtaget af InnoPharma, bliver med overførslen overført til Klinisk Test.

8.2.3 Juridisk ejerskab

InnoPharma opnåede i 2008 patent på FeberFri, hvorfor InnoPharma er den juridiske ejer af patentet før omstruktureringen. Som følge af, at moderselskabet allerede har en række patenterede produkter på markedet, har ledelsen valgt, at det juridiske ejerskab skal forblive i InnoPharma, idet selskabet har erfaring med at beskytte patenter, og en afdeling der håndterer dette.

8.2.4 Økonomisk ejerskab

Det er gennemgået i afhandlingens analysekapitler, hvorfor det er afgørende, hvem der er økonomisk ejer af en immateriel rettighed. Som følge af opdateringen af TPG er der forøget fokus på den økonomiske ejer, som er den, der er berettiget til afkast fra rettigheden. Som følge af omstruktureringen ligger det juridiske ejerskab stadig i Danmark, hvilket, jf. TPG 2016, Kapitel 6, giver anledning til et risikofrit afkast. Beslutningskompetencen til de primære funktioner flyttes derimod til Tyskland, hvilket følger af afhandlingens kapitel 8.2.2. InnoPharma koncernen skal dermed fastlægge, hvem der i forhold til udvikling, forbedring, vedligeholdelse, beskyttelse og udnyttelse af aktivet:

1. Udfører og kontrollerer alle vigtige funktioner
2. Stiller aktiver til rådighed, herunder finansiering
3. Kontrollerer alle risici relateret hertil

Dette er som nævnt ovenfor fordelt ved, at InnoPharma står for beskyttelse, og de risici der er relateret hertil. Derudover bærer InnoPharma al finansieringsrisikoen. Alle øvrige funktioner kontrolleres af Klinisk Test, og de bærer derfor også risikoen forbundet hermed.

8.2.5 Risici

I forbindelse med omstruktureringen overdrages ligeledes de væsentlige risici i forbindelse med det videre forløb. Dermed er det for det overflyttede molekyle Klinisk Test, som bærer de væsentlige risici,

og derfor er berettiget til højere forventet afkast. Samtidig har InnoPharma også afgivet væsentlige risici, hvilket medfører lavere forventet afkast. InnoPharma bliver efterfølgende aflønnet for de funktioner, der udføres i Danmark, som efter omstruktureringen udelukkende er beskyttelse af den immaterielle rettighed. Resterende vigtige risici er påtaget af Klinisk Test, som derfor er berettiget til en større del af aflønningen. Det forventede afkast er illustreret i Figur 8.3 nedenfor.

Figur 8.3 – Forventet afkast efter omstrukturering som følge af risiko



Kilde: Egen fremstilling

Før omstruktureringen var Klinisk Test et limited-risk selskab set internt i koncernen, hvilket har ændret sig med flytningen af betydelige risici relateret til FeberFri. Som følge af den ændrede risikoprofil for begge selskaber er det afgørende, at de medarbejdere der flytter med til Tyskland, implementerer en effektiv risikostyring, som de før stod for i Danmark. Dermed er det nu i Tyskland det besluttet, hvordan projektet skal fortsætte, og hvorvidt der er villighed til at bruge yderligere ressourcer i forbindelse med tests.

Denne nye risikoallokering skal afspejles i resultatfordelingen mellem koncernselskaberne, så kontrakter og handel afspejler, at risikoen er placeret hos Klinisk Test. Dernæst skal det sikres, at den faktiske adfærd afspejler dette, idet fokus i de opdaterede TPG kapitler er på substans frem for formalia, som omtalt tidligere i afhandlingen. Både InnoPharma og Klinisk Test er nu økonomisk ejere af immaterielle rettigheder, hvorfor allokeringen mellem disse bør foregå som en profit-split.

8.3.6 Kompensation

Når kompensationen for omstruktureringen skal fastlægges, er det vigtigt, at der tages udgangspunkt i ”*separate entity approach*”, idet alle involverede selskaber individuelt skal stilles bedre end før omstruktureringen. Dette skal måles før skat, som beskrevet i afhandlingens kapitel 7. Derudover er det afgørende, hvorvidt det modtagende selskab har kompetencer og kapacitet til at håndtere den forøgede risiko. Dette er sikret ved, at nøglemedarbejdere for FeberFri flytter med til Klinisk Test.

OECD peger på, at der er to forskellige tilgange, når man skal fastlægge compensationen. Den ene er en omkostningsbaseret tilgang, hvor der tages udgangspunkt i de på tidspunktet for transaktionen afholdte omkostninger. Dette virker oplagt, idet der ved forskning og udvikling er afholdt betydelige omkostninger. Den anden tilgang er baseret på forventet fremtidigt afkast. OECD peger på, at det er at foretrække at anvende en tilgang baseret på forventet fremtidigt afkast, idet immaterielle rettigheders værdi bedst afspejles i de forventede fremtidige pengestrømme.

Når compensationen fastlægges, skal der ikke tages hensyn til de overførte funktioner, som ikke vedrører en rettighed i omstruktureringen. Det er kun de immaterielle rettigheder, som bærer et indtjeningspotentiale, der skal kompenseres for. Derudover flyttes en stor know-how i form af viden hos medarbejdere, som har arbejdet på projektet. Da medarbejdere ikke kan kontrolleres, er dette ikke at betragte som en immateriel rettighed ud fra definitionen i Final Action 8-10, Kapitel 6, Art. 6, hvorfor der ikke direkte kompenseres for dette.

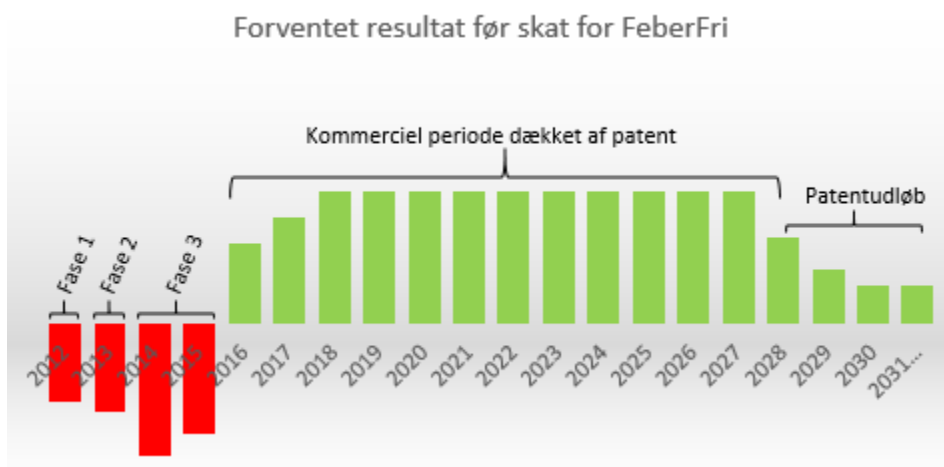
Når der flyttes immaterielle rettigheder, funktioner og risici fra InnoPharma og F&U til Klinisk Test medfører det en forventet merindtjening i Klinisk Test. Det forudsættes, at der ikke i forbindelse med omstruktureringen er væsentlige omkostninger i forbindelse med udflytning, eller væsentlig besparelse i forbindelse med oplæring. Klinisk Test får med et større økonomisk ejerskab til FeberFri en mulighed for et højere resultat før skat på lang sigt, mens InnoPharma afskæres fra denne mulighed. I første omgang vil det dog medføre besparelser for InnoPharma og øgede omkostninger for Klinisk Test, da der mangler de kliniske testfaser. Derfor baseres compensationen på det forventede fremtidige afkast, som estimeres ud fra denne usikkerhed.

Det er i denne proces vigtigt at dokumentere, at alle involverede parter stilles bedre end den oprindelige situation, at de realistiske alternativer er overvejet, og at det efterfølgende dokumenteres, at det er den mest attraktive løsning, der er valgt. Compensationen er her et vigtigt element. Afgives et profitpotentiale, men afskæres en risiko for et tab, så kan det være en fordel at få en compensation og overlade risikoen og profitpotentialet til et andet selskab, som kan have en anden vurdering af sandsynlighedsfordelingen udfaldene imellem.

Kompensationen bliver værdiansat med udgangspunkt i en DCF model, hvor der beregnes en net present value, som er baseret på fremtidige cash flows. Dette omfatter omkostninger til gennemførelse af de kliniske tests, og derefter en forventet indtjening. Når dette estimeres, kan der bestemmes et resultat før skat, som tilbagediskonteres til nutidsværdien. Dette bør suppleres med følsomhedsanalyser og løbende justeringer. Det faktum, at FeberFri er på et tidligt stadie, og at der endnu mangler de kliniske testfaser, kan medføre, at produktet aldrig kommer på markedet. Dette skal derfor indarbejdes i den

værdiansættelse, der udarbejdes. Forventet resultatet før skat på transaktionstidspunktet for FeberFri er illustreret i Figur 8.4 nedenfor.

Figur 8.4 – Forventet resultat før skat for FeberFri



Kilde: Egen fremstilling

Som det ses af det forventede resultat før skat, er der forventeligt store omkostninger til de kliniske faser. Dette skal der tages højde for, når værdien af den immaterielle rettighed skal findes. Herudover er der en risiko for, at lægemidlet aldrig bliver til noget, hvilket skal medtages som en faktor i værdiansættelsen. I alle faserne er der risiko for, at der hverken er en effekt, eller at der kommer for store bivirkninger fra lægemidlet. Konkurrentens konkurrerende lægemiddel forventes at komme på markedet i 2018, hvilket har indvirkning på forventet resultatet før skat. Sandsynligheden for dette vurderes på tidspunktet for omstruktureringen at være 60%, hvilket der er taget højde for i Figur 8.4.

Det bringer stor usikkerhed ind i beregningen, at det ikke kan siges præcist, hvornår FeberFri kan komme på markedet, men det forventes at være i 2016. En udskydelse af dette vil både medføre flere år med mange omkostninger, og færre år, hvor produktet er beskyttet af patentet, hvilket vil betyde færre år med store pengestrømme, og dermed vil værdien af den immaterielle rettighed også blive mindre. Risikoen for at produktet ikke kommer videre fra teststadiet er høj, og svært præcist at estimere. Selv små udsving i denne risiko kan betyde en signifikant ændring i værdien af aktivet. Alle disse faktorer bidrager til, at der er tale om en immateriel rettighed, som kan karakteriseres som HTVI, da både de fremtidige pengestrømme og forudsætningerne for en værdiansættelse er usikre, samt at der ikke er en pålidelig referencetransaktion, som er definitionen på HTVI.

At den immaterielle rettighed kun delvist er udviklet på transaktionstidspunktet, og at der endnu går mange år før produktet kan kommerialiseres, medfører det, at skattemyndighederne efterfølgende kan

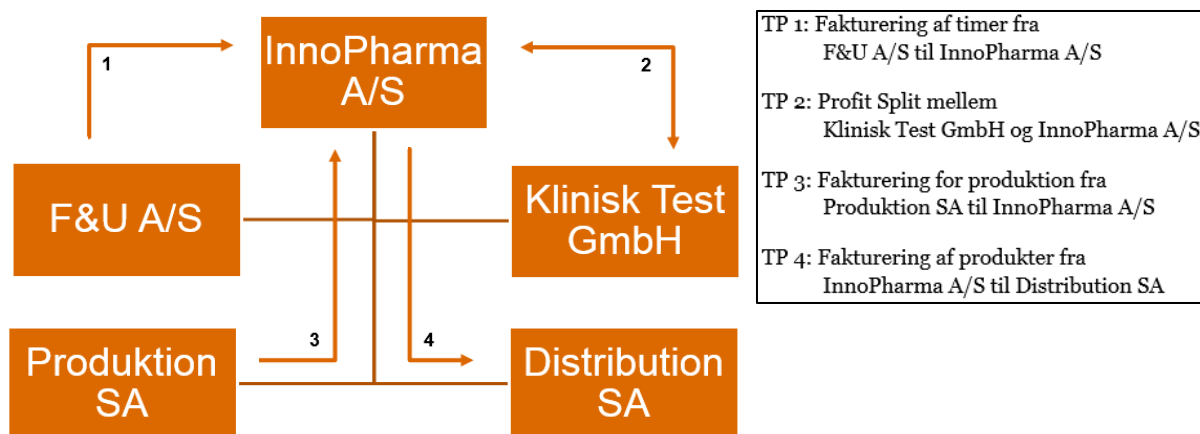
lave korrektioner, hvis ikke Klinisk Test kan redegøre for den værdiudvikling, der følger efter omstruktureringen.

Der skal i forbindelse med overdragelsen tages højde for den store usikkerhed i fremtidig indtjening ved at indarbejde en prisreguleringsmekanisme i kompensationen. Når der er tale om HTVI er en prisjusteringsklausul vigtig at indarbejde, fordi værdiansættelsen er meget svær at lave grundet de store usikkerheder. InnoPharma har valgt en prisjusteringsklausul, som betyder, at hvis de i budgetperioden estimerede resultater afviger mere end +/-20%, skal kontrakten genforhandles, såfremt det skyldes begivenheder, som der ikke er medtaget retvisende i estimerterne, men som kunne forudsiges.

8.3 InnoPharma koncernen efter omstrukturering

Efter omstruktureringen er en del af InnoPharma overført til Klinisk Test. Det samme er gældende for den del af F&U, der vedrørte FeberFri. Beslutningstagerkompetencerne er overført til Klinisk Test, bortset fra beslutningstagerkompetencerne i forbindelse med juridisk beskyttelse af den immaterielle rettighed. Det er således kun det juridiske ejerskab og funktionen omkring den juridiske beskyttelse af aktivet, der stadig foretages i InnoPharma, samt alle funktioner i forhold til finansiering og den deraf følgende risiko. Den videre forbedring af aktivet sker hos Klinisk Test, som selv styrer tilrettelæggelsen af den videre forbedring, samt har kompetencen til at beslutte det videre arbejde med FeberFri. Udviklingsfasen er afsluttet før omstruktureringen. Forbedring er dermed placeret hos Klinisk Test. Vedligeholdelse er ikke så vigtigt på dette tidspunkt, da FeberFri stadig er i udviklingsfasen, men når denne fase nås er kompetencer, funktioner og kontrol placeret i Tyskland. Beskyttelse ligger i InnoPharma, ligesom beslutningstagerkompetencen inden for Protection ligger her. Udnyttelse ligger efter omstruktureringen i Klinisk Test. Dette betyder, at koncernens fakturaflow har ændret sig fra situationen før omstruktureringen. Det nye flow ses af Figur 8.5 nedenfor.

8.5 – Fakturaflow i InnoPharma koncernen efter omstrukturering



Kilde: Egen fremstilling

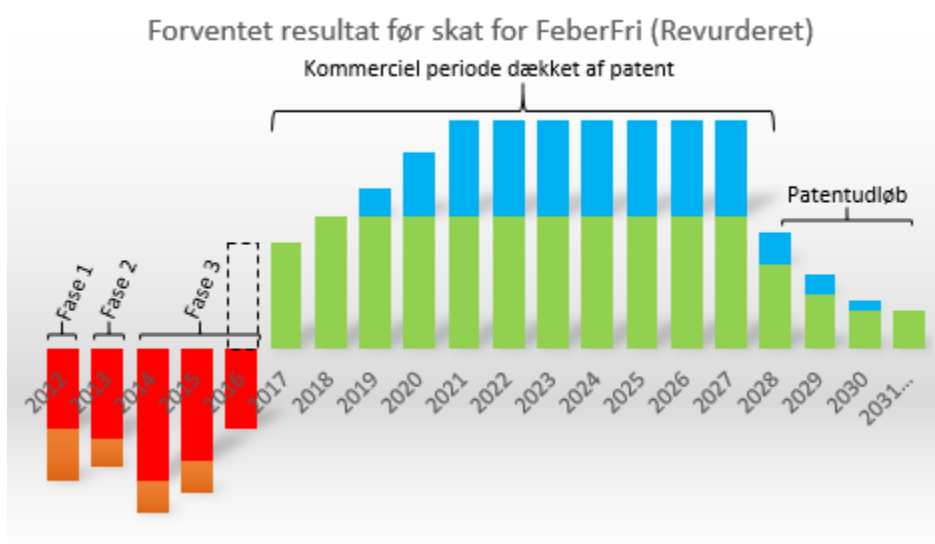
Som det fremgår af Figur 8.5, er det kun transaktioner mellem InnoPharma og Klinisk Test, transaktion nummer 2, som er ændret fra Figur 8.2 som følge af omstruktureringen. Dette betyder, at de andre relationer i denne sammenhæng er uændrede. Ændringen er sket som følge af, at der nu mellem InnoPharma og Klinisk Test aflønnes med en profit split.

InnoPharma fakturerer Klinisk Test for juridisk bistand. Herudover er der en profit split af den profit, som kommer fra salget af FeberFri, grundet fordelingen af DEMPE funktionerne. InnoPharma bærer al finansieringsrisiko relateret til den immaterielle rettighed, hvilket berettiger InnoPharma til et risikojusteret afkast herfor.

8.4 Efterfølgende begivenheder

Frem til 1. maj 2018 er det muligt for skattemyndighederne at lave korrektioner til transaktionen i 2012, jf. den forlængede ligningsfrist i SFL § 26, stk. 5 og SKL § 3 B. Derfor kan skattemyndighederne, idet der er tale om HTVI, anvende de faktiske resultater, som Klinisk Test har fået fra salg af produktet til at vurdere, hvorvidt værdiansættelsen i 2012, da omstruktureringen fandt sted, var på armslængdevilkår. I den forbindelse skal det undersøges, om virksomheden i de forgangne år har kunnet forklare afvigelsen fra projektionen med begivenheder, som der ikke kunne tages højde for i 2012, eller hvordan der var taget højde for disse risici. InnoPharma forventede ved transaktionen i 2012, at produktet realistisk kunne være på markedet i 2016. Det har dog vist sig, at produktet først kom på markedet i 2017, hvorfor der først i 2017 er et positivt resultat før skat for FeberFri. De faktiske resultater før skat for fase 1-3 er vist i Figur 8.6 nedenfor, mens de fremtidige forventede resultater er revurderet.

Figur 8.6 – Revurderet forventet resultat før skat for FeberFri



Kilde: Egen fremstilling

I faserne 1-3 blev der brugt flere omkostninger end forventet ved transaktionen i 2012. De kliniske tests tog et år mere end forventet, hvilket bidrog til dette. Det første kommercielle år blev derfor i 2017, hvor koncernen oplevede et overskud svarende til det oprindelige budget for 2016.

På transaktionstidspunktet i 2012 havde InnoPharma indarbejdet en antagelse om, at deres største konkurrent, KreaMedic, ville komme på markedet med et konkurrerende produkt i 2018, da KreaMedic i 2011 havde fået patent på en alternativ metode til at behandle influenzavirus. I 2016 måtte KreaMedic dog meddele, at de nedlagde projektet, da de kliniske tests viste, at for mange testpersoner havde for store bivirkninger ved indtag over en længere periode. Dermed er der udsigt til markant større resultat før skat for InnoPharma i perioden indtil patentet på FeberFri udløber end oprindeligt budgetteret. Efter patentets udløb forventes det, at producenter af kopimedicin vil overtage en del af salget, men at nogle kunder stadig vil holde fast i det originale brand, da det typisk er dette, som læger vil skrive recept på.

De øgede forventede resultater fører til, at resultaterne i budgetperioden forventeligt stiger med 40%. InnoPharma lagde i værdiansættelsen i 2012 til grund, at der var en sandsynlighed på 60%, for at KreaMedic ville få et konkurrerende produkt på markedet, hvorfor dette også blev afspejlet i de forventede pengestrømme. Spørgsmålet i 2017 er dermed, hvorvidt denne antagelse om 60% var korrekt, da risikoen har materialiseret sig anderledes. Det står dog klart, at der var taget højde for, at et konkurrerende produkt kunne have en effekt på pengestrømmene, hvilket var en forudsigelig begivenhed, der blev behørigt korrigeret for. Det der kan udfordres af skattemyndighederne er, hvorvidt en sandsynlighed på 60% var en realistisk forudsætning at indarbejde i værdiansættelsen.

Den skønnede sandsynlighed på 60% var baseret på en række antagelser. Såfremt disse antagelser vurderes pålidelige og retvisende, vil der fra skattemyndighedernes side ikke kunne ændres i transaktionsprisen. Viser det sig derimod, at disse antagelser ikke var pålidelige og retvisende, vil det danne grundlag for en revurdering af værdien, hvilket dermed kan tage udgangspunkt i ex post resultaterne, da der som omtalt er tale om overførsel af et HTVI. InnoPharma og Klinisk Test vurderer begge, at udviklingen i resultatet før skat har været mere positivt end forventet, og også ud over de 20% som aftalt i den interne kontrakt. Derfor genforhandles aftalen, således at transaktionsprisen forøges, og prisen igen afspejler, hvad uafhængige parter ville have betalt. Herefter sendes en genoptagelsesansøgning til skattemyndighederne, så det kan korrigeres, og InnoPharma overholder TPG og danske skatteregler.

9 Diskussion – Bryder OECD med armslængdeprincippet?

OECD har valgt armslængdeprincippet som allokeringsnorm for indkomst mellem koncernforbundne parter. Dette fremgår af TPG Kapitel 1, Art. 2. OECD henviser i TPG flere steder til, at armslængdeprincippet er den adfærd, som uafhængige parter ville have udvist, og som koncernforbundne parter bør imitere. TPG er dermed vejledning til, hvordan koncernforbundne parter agerer som uafhængige. Lignende formuleringer bruges også i LL § 2, stk. 1, og i MDBO Artikel 9, som også henviser til, at koncernforbundne parter skal handle, som uafhængige parter ville have gjort. Hvad uafhængige parter ville have aftalt i samme situation, er dermed referencepunktet, som koncernforbundne parter skal holde deres interne transaktioner op imod. Dette skal gøres, for at vurdere, hvorvidt de overholder armslængdeprincippet, og hvorvidt de befinder sig i en situation, hvor indkomst beskattes i det retmæssige land. OECD forsøger med TPG at give en uddybning af, hvordan armslængdeprincippet skal fortolkes og anvendes i forskellige situationer.

Med opdateringen af de i opgaven analyserede kapitler rykker OECD ved opfattelsen af, hvad der indtil nu har været opfattet som armslængde. Indførelsen af reglerne om HTVI i TPG Kapitel 6 medfører en mulighed for, at skattemyndighederne kan bruge ex post information til at vurdere, hvorvidt en ex ante værdiansættelse var på armslængdevilkår. Dette medfører, at hvis de faktiske resultater afviger mere end 20% i forhold til det estimerede, og udviklingen ikke kan tilskrives uforudsete begivenheder, eller begivenheder der var taget højde for, kan skattemyndighederne lave en indkomstkorrektion, idet den oprindelige transaktion ikke har været på armslængdevilkår, ifølge TPG.

Det faktum, at der potentielt kan gå flere år efter en transaktion har fundet sted, før man kan konstatere, hvorvidt transaktionen har været på armslængdevilkår betyder, at nogle transaktioner mellem koncernforbundne parter kan blive udsat for nogle andre krav end transaktioner mellem uafhængige parter.

Der kan argumenteres for, at uafhængige parter ikke efterfølgende ville ændre på den initiale værdiansættelse, fordi forudsætningerne efterfølgende har ændret sig, eller fordi risiko har materialiseret sig anderledes end forventet. Derfor lever reglen givetvis ikke op til kriteriet om, at armslængdeprincippet er en imitation af, hvordan uafhængige parter vil agere.

Disse nye regler springer ud af OECD's BEPS projekt, hvor OECD arbejdede hen imod at udarbejde regler, som kunne sikre, at indkomst ikke bliver flyttet over landegrænser uden behørig beskatning. Formålet var at sætte en stopper for nogle af de muligheder, som store multinationale selskaber har haft for at flytte indkomst til lande med lavere skatteprocent og dermed opnå en mildere beskatning.

Da overførsel af immaterielle rettigheder mellem koncernforbundne parter ikke undergår samme interessekonflikt, som hvis uafhængige parter skulle have forhandlet en aftale, giver det visse udfordringer i forhold til at sætte en armslængdepris, da der ofte ikke er pålidelige referencetransaktioner. Multinationale koncerner kan dermed lukrere på, hvis værdien af immaterielle rettigheder enten er sat for højt eller for lavt, og dermed optimere deres skattebetaling.

Reglerne som OECD indførte om HTVI virker passende til at imødekomme det problem, at den sande værdi af en immateriel rettighed, hvor værdien på transaktionstidspunktet er meget usikker, først kommer til udtryk flere år efter transaktionen har fundet sted. Skattemyndighederne får dermed muligheden for at lave en indkomstkorrektur, såfremt udviklingen i værdien ikke har været som forudsat på transaktionstidspunktet, og dette ikke skyldes uforudsigelige begivenheder.

Uanset om baggrunden for denne foranstaltning både er velbegrundet og rimelig, rejser det spørgsmålet om, hvorvidt denne regel er i overensstemmelse med OECD's armslængdeprincip, som skal imitere, hvad uafhængige parter ville have gjort i en sammenlignelig situation. Såfremt uafhængige parter ikke ville have ageret som foreskrevet i TPG, så er det ikke i overensstemmelse med armslængdeprincippet grundessens.

Fra forfatterens synspunkt virker det særdeles usandsynligt, at uafhængige parter vil indgå en aftale, hvor der, flere år efter, kan laves sådanne korrektioner til den oprindelige transaktion, selvom en fast pris på transaktionstidspunktet er aftalt, og al risiko er overdraget. OECD har dermed med indførelsen af HTVI reglerne i Kapitel 6 i TPG indført en alternativ allokeringsnorm til armslængdeprincippet. Denne synes umiddelbart at pålægge koncernforbundne parter en ekstra byrde, blot som følge af, at de er koncernforbundne.

I MDBO Artikel 9 står der direkte angivet, at vilkår mellem forbundne parter, der afviger fra det uafhængige parter ville have aftalt, kan beskattes.²⁴⁰ Den fulde tekst i til MDBO Artikel 9 findes i afhandlingens kapitel 2.1. Dette rejser imidlertid spørgsmålet om, hvorvidt stater, der har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst efter MDBO, har mulighed for at beskatte i overensstemmelse med en allokeringsnorm, der er anderledes, end hvad uafhængige parter ville gøre.

I kommentarerne til DD on HTVI gjorde både BusinessEurope og Deloitte opmærksom på, at en afvigelse fra armslængdeprincippet kan medføre en situation, hvor der er risiko for dobbeltbeskatning. Begge interessenter udviste derfor også bekymring for indførelsen af de nye regler, som ikke var i overensstemmelse med det hidtil kendte armslængdeprincip.

²⁴⁰ MDBO med kommentarer, Art. 9

Kommentarerne til MDBO Artikel 9 henviser til TPG for yderligere specificering af armslængdeprincippet.²⁴¹ Da reglerne om HTVI nu er indarbejdet i TPG Kapitel 6, er dette inkorporeret i definitionen af, hvad armslængdeprincippet i MDBO Artikel 9 dækker over. Reglerne i TPG er derfor, selvom det strider mod, hvad uafhængige parter ville gøre, indbegrebet af armslængdeprincippet i Artikel 9. Det må derfor lægges til grund, at selvom reglerne om HTVI i nogle tilfælde rækker videre end hvordan uafhængige parter ville have ageret, så er reglerne om HTVI stadig en armslængdestandard, i relation til hvordan armslængdeprincippet i MDBO Artikel 9 skal fortolkes.

²⁴¹ MDBO med kommentarer, s. 143

10 Konklusion

Afhandlingen afdækker, hvordan Transfer Pricing reglerne for immaterielle rettigheder, herunder særligt immaterielle rettigheder der er svære at værdiansætte på transaktionstidspunktet, har udviklet sig, som konsekvens af OECD's BEPS projekt.

TPG tilsiger generelt, at en kontrolleret transaktion skal sammenlignes med en lignende transaktion mellem uafhængige parter. Særligt for immaterielle rettigheder er dette en udfordring, hvilket indikerer, at der var behov for en opdatering af TPG.

Dette blev BEPS projektets Action Point 8-10 dedikeret til, hvis formål var at sikre beskatning, hvor værdien blev skabt. Dette medførte en opdatering til TPG Kapitel 1, Sektion D, omhandlende risikoallokering og deraf følgende resultatfordeling, samt en opdatering af TPG Kapitel 6, som omhandler immaterielle rettigheder. Dette har medført en større række præciseringer fra OECD. I den forbindelse er der udarbejdet en ny bredere definition af immaterielle rettigheder, som definerer, hvad der er omfattet af reglerne i TPG Kapitel 6. Ydermere er der introduceret et helt nyt begreb i form af HTVI, som også er blevet defineret i den opdaterede version af TPG Kapitel 6. Dernæst er det af OECD defineret, hvad der anses som vigtige funktioner i relation til værdien af en immateriel rettighed, idet OECD har fastslået, at DEMPE funktionerne er dem, som særligt skaber værdi for rettigheden. I forlængelse heraf er det afgørende, hvem der har kompetencerne til, kontrollen over, og risikoen forbundet med, udførelsen af disse funktioner, og ikke blot hvem der udfører dem.

Der er i forbindelse med opdateringen ydermere kommet langt større fokus på, hvem der reelt bærer den operationelle og finansielle risiko. Dette skal baseres på den faktiske adfærd mellem parterne, og på hvem der har kompetencer og kapacitet til at bære disse risici. Dermed er fokus flyttet til den faktiske adfærd mellem parterne, og det juridiske ejerskab og interne kontrakter er blot udgangspunktet for at identificere kommercielle eller finansielle relationer. Derudover er der med kapitlet om HTVI givet mulighed for, at skattemyndigheder, under visse forudsætninger, kan korrigere en transaktionspris på baggrund af ex post resultater. Dette betyder, at de realiserede resultater kan anvendes, når det skal fastslås, om en transaktion har overholdt armslængdeprincippet. Dette skal modvirke den informationsasymmetri, der er mellem virksomheder og skattemyndigheder. Ydermere har OECD gjort et stort arbejde for at påvirke selskaberne til at indarbejde prisjusteringsklausuler i deres interne overførsler af HTVI, da skattemyndighederne efter de opdaterede regler automatisk får ret til at benytte ex post resultater, hvis HTVI er overført til et fast beløb.

Den generelle holdning fra BusinessEurope og Deloitte var, at de hilste opdaterede guidelines velkomne, som følge af uhensigtsmæssigheder og manglende aktualitet i tidligere versioner. Begge interessenter var dog kritiske over for de konkrete forslag, som OECD udgav i deres discussion drafts. Det blev af interessenterne påpeget, at OECD's discussion drafts bar for meget præg af vejledning til meget specifikke situationer, og interessenterne savnede begge noget mere generel vejledning samt mere overordnede principper. De mente begge, at der var for stort fokus på at lukke huller i de tidligere guidelines, og ikke nok fokus på at skabe generelt anvendelige regler. Såfremt dette ikke blev ændret, mente interessenterne, at der var risiko for dobbeltbeskatning.

Derudover kritiserede interessenterne, at OECD's oplæg ville betyde meget store ekstra administrative omkostninger for virksomhederne, fordi der ville blive stillet langt større krav til, hvad der skulle undersøges og beskrives. Derfor anbefalede begge, at der stadig skulle tages udgangspunkt i en kontrakt mellem koncernforbundne parter, og kun såfremt den faktiske adfærd afveg markant fra dette, skulle den faktiske adfærd anvendes til allokering af profit.

Det står efter udgivelsen af Final Action 8-10 klart, at OECD havde større fokus på at følge formålet med denne Action Point, end fokus på at lytte til interessenternes kommentarer. Der er ikke de store ændringer i indhold fra analyserede discussion drafts til Final Action 8-10, bortset fra sektionen omhandlende HTVI. Det er dermed vigtigere for OECD, at der fremadrettet bliver undgået BEPS situationer, end det er vigtigt, at interessenterne synes reglerne er anvendelige i praksis.

OECD's forsøg på at forhindre BEPS situationer rækker videre end det hidtil kendte armslængdeprincip, som er grundlaget for hele TPG, idet MDBO Artikel 9 henviser til TPG for uddybning af armslængdeprincippet. Dette er en konsekvens af, at OECD har haft fokus på at lukke for muligheden for BEPS situationer, hvorved reglerne for koncernforbundne parter i visse tilfælde går videre, end hvordan uafhængige parter ville have ageret i en lignende situation. Dermed brydes der med princippet om, at koncernforbundne parter skal gøre, som uafhængige parter ville have gjort i en sammenlignelig situation.

Problemstillingerne i analyserne er illustreret i afhandlingens case, hvor det bliver tydeliggjort, at en omstrukturering i en koncern med immaterielle rettigheder bliver omfattet af TPG Kapitel 1, 6 og 9. I den forbindelse er det afgørende, at koncernen formår at beskrive situationen før omstrukturering, selve omstruktureringen og den nye situation efter omstruktureringen.

Derudover er det afgørende, at det nøjagtigt fastslås, hvem der udfører og kontrollerer DEMPE funktionerne, samt at fastslå hvem der bærer de operationelle og finansielle risici. Dertil er det vigtigt også at fastslå, hvorvidt der er kompetencer og kapacitet til disse funktioner og risici.

OECD's generalsekretær har udtalt, at de nye kapitler, som udspringer af BEPS projektet, er umiddelbart gældende, og skal betragtes som præciseringer af tidligere kapitler. Uden en implementeringsperiode gælder disse præciseringer også bagudrettet, og skattemyndighederne har således mulighed for at benytte de nye regler inden for den forlængede ligningsfrist. Dette betyder, at danske moderselskaber i multinationale koncerner bør benytte de opdaterede regler på resultatfordeling og transaktioner bagudrettet. Dette kan skabe nogle uhensigtsmæssige situationer for koncerner, der løbende har benyttet det hidtil gældende armslængdeprincip.

Dermed er konsekvenserne af opdateringen af TPG for et dansk moderselskab i en multinational koncern, at resultatfordelingen fremadrettet skal baseres på DEMPE funktioner, risiko, faktisk adfærd, og derudover potentielt også de realiserede resultater, og ikke blot estimeret på tidspunktet for transaktionen. Opfølgning på HTVI overførsler, kombineret med ændringer i DEMPE funktioner, medfører, at virksomhederne er nødt til at allokere ekstra ressourcer og kompetencer til at udarbejde TP analyser.

De opdaterede TPG kapitler medfører dermed større administrative omkostninger for de berørte selskaber. Derudover er selskabernes selvangivelser potentielt uafsluttede i mange år efter transaktionstidspunktet. Dette gælder også årene før offentliggørelsen af Final Action 8-10 som følge af, at de opdaterede kapitler betragtes som præciseringer, som kan anvendes bagudrettet.

11 Perspektivering

Denne afhandling omhandler prisfastsættelse af immaterielle rettigheder mellem koncernforbundne parter, med særligt fokus på HTVI. Den danske lovgivning på området henviser til armslængdeprincippet som allokeringssnorm, når priser og vilkår skal fastsættes mellem koncernforbundne parter. Armslængdeprincippet er rodfæstet i MDBO Artikel 9 og TPG, og er baseret på forudsætningen om, at koncernforbundne parter skal handle, som var de uafhængige. Dette indebærer blandt andet, at alle parter i en given transaktion skal stilles bedre end alternativet, idet dette er hvad uafhængige parter ville kræve.

OECD fastslår, at der også findes andre måder at allokere profit mellem koncernforbundne parter, idet der i TPG Kapitel 1 omtales ”*Global Formulary Apportionment*” (GFA). Denne metode går ud på, at man via en forud defineret formel allokere profit mellem de koncernforbundne parter baseret på koncernens samlede profit.²⁴² OECD peger selv på, at dette vil give en mindre administrativ byrde, men mener ikke, at denne allokeringssnorm afspejler værdiskabelsen. Derfor tager OECD afstand fra GFA som allokeringssnorm, når profit skal fordeles mellem koncernforbundne parter, og peger generelt på, at ingen andre allokeringssnormer end armslængdeprincippet korrekt afspejler værdiskabelsen.²⁴³ Derudover er OECD’s bekymring, hvorvidt GFA vil kunne eliminere dobbeltbeskatning og dobbelt ikke-beskatning.²⁴⁴ Med denne formulering har samtlige OECD medlemslande konstateret, at GFA ikke udgør en egnet allokeringssnorm og dermed heller ikke en korrekt beskatning.

Sideløbende med OECD’s opdatering af TPG arbejdes der i EU på at harmonisere selskabsbeskatningen i unionen. Dette arbejde startede i 2001, og mundede i 2011 ud i direktivforslaget ”*Common Consolidated Corporate Tax Base*” (CCCTB).²⁴⁵ Formålet er, at man via et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag skal eliminere skattemæssige hindringer på det indre marked i EU. Dermed skal dobbeltbeskatning, dobbelt ikke-beskatning og tunge administrative byrder undgås. Derudover har forslaget den fordel, at det skulle gøre det sværere for virksomheder at lave aggressiv skatteplanlægning. I den oprindelige version af forslaget fra 2011 var der lagt op til, at det skulle være frivilligt for selskaber, hvorvidt de ønskede at anvende dette direktiv, og dermed anskue hele EU som et samlet marked.²⁴⁶

I oktober 2016 udgav EU Kommissionen et nyt forslag til CCCTB direktiv. Ændringen fra 2011 versionen var, at det ikke længere skulle være valgfrit, men derimod et krav for koncerner, som på konsolideret basis har omsætning over EUR 750 millioner. For koncerner under denne størrelse skal anvendelsen fortsat være valgfri. Dertil er det et krav, at for at være koncernforbundne, skal

²⁴² TPG 2010, Kapitel 1, Art. 1.19

²⁴³ TPG 2010, Kapitel 1, Art. 1.32

²⁴⁴ TPG 2010, Kapitel 1, Art. 1.22

²⁴⁵ International Skatteret, s. 249

²⁴⁶ International Skatteret, s. 249

moderselskabet have kontrol, hvilket defineres som mere end 50% af stemmerne, kombineret med enten ejerskab af mere end 75% af egenkapitalen eller ret til mere end 75% af profitten i datterselskabet.²⁴⁷

Skattegrundlaget skal ifølge direktivforslaget opgøres ud fra fælles EU regler for, hvad der tæller med som omsætning samt fælles regler for fradragsberettigede udgifter. På denne måde elimineres byrden med at skulle anvende op til 28 forskellige skattesystemer i EU. Når det samlede skattegrundlag er opgjort, skal skattegrundlaget fordeles på de lande koncernen har aktiviteter i ud fra en foruddefineret formel. Denne formel er således:²⁴⁸

$$\text{Andel Land A} = \left(\frac{1}{3} * \frac{\text{Salg}^A}{\text{Salg}^{\text{Koncern}}} + \frac{1}{3} * \left(\frac{1}{2} * \frac{\text{Lønsum}^A}{\text{Lønsum}^{\text{Koncern}}} + \frac{1}{2} * \frac{\text{Antal ansatte}^A}{\text{Antal ansatte}^{\text{Koncern}}} \right) + \frac{1}{3} * \frac{\text{Aktiver}^A}{\text{Aktiver}^{\text{Koncern}}} \right) * \text{Konsolideret skattegrundlag}$$

Dermed lægges vægten ligeligt på faktorerne omsætning, medarbejdere og deres løn samt fysiske aktiver i koncernen. Formlen opgør den andel af koncernens konsoliderede skattegrundlag, der skal beskattes i Land A. I relation til OECD's tilgang, som behandlet i afhandlingen, kan det undre, at hverken immaterielle rettigheder eller funktioner, aktiver og risiko er tillagt betydning. Argumentet herfor er, at disse er for mobile, og derved nemme at flytte, hvorfor det er nemmere at lave aggressiv skatteplanlægning, hvis disse tillægges vægt. Det bemærkes dog, at ikke blot antallet af ansatte tillægges vægt, men også den løn disse honoreres med. Ud fra en antagelse om, at nøglemedarbejdere oppebærer en højere løn end ikke-nøglemedarbejdere, er der i lighed med TPG fokus på, om der er kapacitet til at skabe værdi, og hvor der træffes beslutninger.

Dermed lægger EU med direktivforslaget op til en allokering snorm, hvor en formel skal bestemme, hvor meget profit der skal allokeres til hver enhed, og hvor prisfastsættelse af enkelte transaktioner mellem koncernforbundne parter i EU vil være unødvendigt i forhold til beskatning. Såfremt direktivet vedtages i forslagens nuværende form vil det konkret betyde, at det skal implementeres i national lovgivning, og så vil det for de omfattede koncerner betyde, at MDBO Artikel 9 og TPG derfor ikke er relevant internt i EU. Dette flytter dog problemstillingen til EU's ydre grænse, da TPG stadig skal anvendes uden for EU. Dermed skal selskaber givetvis anvende flere forskellige regler.

Denne tilgang strider med OECD's klare afstandtagen fra GFA, da OECD ikke mener, at en formel afspejler værdiskabelsen. Det betyder dog ikke, at EU's tilgang er uden fordele. Af fordele kan nævnes, at det er overskueligt, administrativt nemt, og at det derudover er objektivt. Der er ingen tvivl om, hvordan

²⁴⁷ CCCTB Explanatory Memorandum

²⁴⁸ CCCTB Direktivforslag, Art. 28

profit skal allokeres, når der først klarlægges fælles selskabsskatteretlige regler, og der derefter anvendes en simpel formel. Modsætningsvis er TPG administrativt tungt, det er uoverskueligt, og det kan diskuteres, hvorvidt tilgangen er objektiv, idet der er mange konkrete vurderinger i hver enkelt situation. Derudover har EU forslaget den fordel, at man ved at anvende en formel formentlig kan undgå, at der fremover skal anvendes MAP, APA, eller EUAC inden for EU, idet disse tvister ikke vil opstå. Slutteligt vil man undgå dobbeltbeskatning og dobbelt ikke-beskatning, når skattebasen opgøres samlet og fordeles.

Omvendt er det klart, at dette er en meget forsimplet opstilling af en kompliceret virkelighed. Der er ingen tvivl om, at dette vil være en nem og enkel løsning, men det vil omvendt ikke nødvendigvis afspejle den værdiskabelse, der sker i koncernen, fordi det er så standardiseret. Formålet med BEPS Action 8-10 var ”*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*”. Dermed er det forståeligt, at OECD har valgt en tilgang, hvor der i høj grad er fokus på konkrete bidrag fra de enkelte enheder, fordi dette bedre afspejler værdiskabelsen.

Tilbage står man med valget mellem en forsimplet og enkel løsning, som vil reducere administrative byrder, og gøre det nemt og gennemskueligt for de omfattede koncerner. På den anden side er det en byrdefuld og omfattende metode, som til gengæld i høj grad skal afspejle værdiskabelsen, og som anskuer hver enkelt enhed som enkeltstående. Det skal afslutningsvis bemærkes, at der er arbejdet længe med dette direktivforslag fra EU. Når der er tale om området for direkte skatter skal samtlige EU lande være enige, hvilket kan besværliggøre processen med at komme ud med et endeligt direktiv.²⁴⁹ Derudover flyttes problemstillingen som nævnt blot til EU’s ydre grænser, og TPG vil stadig være relevant for danske moderselskaber i multinationale koncerner med aktivitet uden for EU. Det ændrer dog ikke på, at det bliver interessant at følge udviklingen fremadrettet.

²⁴⁹ International Skatteret, s. 251

Litteraturliste

Artikler

- Schmidt, 2015: Schmidt, Peter Koerver; “*Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat...*”; TfS 2015, 238
- Lindefalk, Ulf og Maria Hilling; The Use of OECD Commentaries as Interpretative Aids – The Static/Ambulatory-Approaches Debate Considered from the Perspective of International Law; Nordix Tax Journal; 2015; Issue 1, p. 39-54

Bøger

- Andersen 2009: Andersen, Ib; Den Skinbarlige Virkelighed; 2009; 4. udgave; Forlaget Samfundslitteratur
- International Skatteret: Schmidt, Peter Koerver, Michael Tell og Katja Dyppel Weber; International skatteret – I et dansk perspektiv; 2015; Hans Reitzels Forlag
- MDBO med kommentarer: OECD; OECD’s Modeloverenskomst 2014 – Med kommentarer; 2015; Karnov Group
- Nielsen og Tvarnø, 2011: Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D.; Retskilder & Retsteorier; 2011; 3. udgave; Jurist- og Økonomiforbundets forlag
- Wittendorff: Wittendorff, Jens; Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret; 2016; Karnov Group
- TPG 2010: OECD; OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010; 2010; OECD

Domme

- TfS 1998.199 H; Jørgen K. Bagenkop Gullestrup Nielsen mod Skatteministeriet, Højesterets dom af 11. februar 1998

Love, bekendtgørelser mv.

- Afskrivningsloven; Bekendtgørelse af lov om skattemæssige afskrivninger (Afskrivningsloven), med senere ændringer LBK nr. 1147 af 29/08/2016
- Grundloven; Danmarks Riges Grundlov (Grundloven), LOV nr 169 af 05/06/1953
- Ligningsloven; Bekendtgørelse af lov om påligningen af indkomstskat til staten (Ligningsloven), med senere ændringer LBK nr. 1162 af 01/09/2016
- Lov om ændring af ligningsloven, selskabsskatteloven og skattekontrolloven (Lovfæstelse af armslængdeprincippet og værn mod tynd kapitalisering), LOV nr. 432 af 26/06/1998
- Lov om ændring af skattekontrolloven og skattestyrelsesloven, LOV nr. 131 af 25/02/1998

- Skatteforvaltningsloven; Bekendtgørelse af skatteforvaltningsloven, med senere ændringer LBK nr. 1267 af 12/11/2015
- Skattekontrolloven; Bekendtgørelse af skattekontrolloven, med senere ændringer LBK nr. 1264 af 31/10/2013
- Statsskatteloven; Lov om Indkomst- og Formueskat til Staten, med senere ændringer LOV nr. 149 af 10/04/1922
- L 101 af 2. juni 1998:

Hjemmesider

- About BusinessEurope: <https://www.besnesseurope.eu/mission-and-priorities>; 15.02.2017
- Centerforinformomics: <https://centerforinformomics.wordpress.com/category/information-asset-management-valuation/>; 27.02.2017
- Deloitte Indefra: https://www2.deloitte.com/dk/da/pages/about-deloitte/articles/vores_historie.html; 15.02.2017
- Horten: <http://www.horten.dk/Nyhedsliste/2016/Februar/Skat-og-statsstoette-Hvor-er-vi-paa-vej-hen>; 29.09.2016
- OECD Council Approval; <http://www.oecd.org/tax/oecd-council-approves-incorporation-of-beps-amendments-into-the-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations.htm>; 13.03.2017
- Skatteministeriet 2015: http://www.skm.dk/media/1185460/aktuelle-skattetal_transfer-pricing_110315.pdf; 29.09.2016
- Skatteministeriet 2016: http://www.skm.dk/media/1340763/aktuelle-skattetal_transfer-pricing_020516.pdf; 29.09.2016
- TV2: <http://nyheder.tv2.dk/erhverv/2016-08-30-vestager-apple-fik-ulovlig-skattefordel-paa-97-milliarder-i-irland>; 29.09.2016

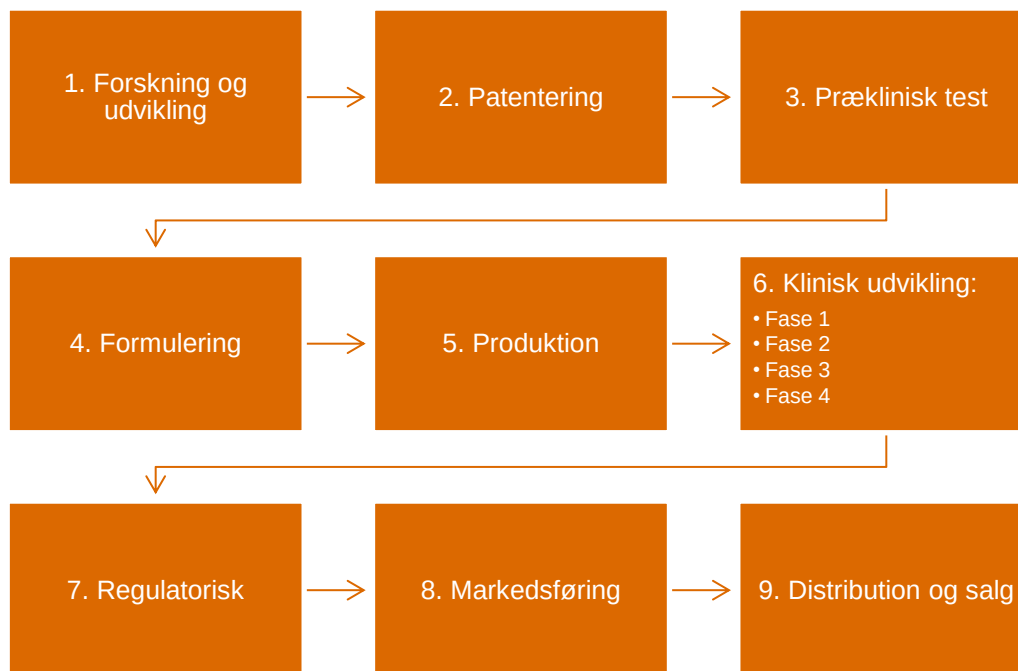
Rapporter

- Action Plan on BEPS: OECD; Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting; 2013; OECD
- Addressing BEPS: OECD; Addressing Base Erosion and Profit Shifting; 2013; OECD
- CCCTB Direktivforslag; Proposal for a Council Directive on Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB); 2016; European Commission
- CCCTB Explanatory Memorandum: Proposal for a Council Directive on Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), 2016; European Commission

- DD on Chapter 1: OECD; Public Discussion Draft – BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion Draft on Revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation, and Special Measures); 2014; OECD
- DD on Chapter 9: Base Erosion and Profit Shifting – Document for Public Review: Conforming Amendments to Chapter IX of the Transfer Pricing Guidelines; 2016; OECD
- DD on HTVI: Public Discussion Draft – BEPS Action 8: Hard-To-Value Intangibles; 2015; OECD
- Final Action 8-10: OECD; Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation – Actions 8-10: 2015 Final Reports; 2015; OECD
- PC DD on Chapter 1: Comments Received on Public Discussion Draft: BEPS Actions 8, 9 and 10: Revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation and Special Measures); 2015; OECD
- PC DD on HTVI: Comments Received on Public Discussion Draft – BEPS Action 8: Hard-To-Value Intangibles; 2015; OECD
- PC RDD 2013, BusinessEurope: BusinessEurope; Comment on the OECD Discussion Draft entitled “Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles”; 2013
- PC RDD 2013, Deloitte: Deloitte; Public Comments on OECD Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles; 2013
- PharmaDanmark: PharmaDanmark; Fra Patent til Patient; 2016
- RDD 2013: OECD; Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles; 30 July 2013; OECD

Bilag 1 – Faser i udvikling af et nyt lægemiddel

Nedenstående figur er udarbejdet med udgangspunkt i PharmaDanmarks udgivelse ”Fra Patent til Patient”.²⁵⁰



Kilde: Egen fremstilling

²⁵⁰ PharmaDanmark, s. 5

Bilag 2 – Begrebsdefinitioner

AFL = Afskrivningsloven

APA = Advance Pricing Agreement

BEPS = Base Erosion and Profit Shifting

CCCTB = Common Consolidated Corporate Tax Base

CIBOR = Copenhagen Interbank Offered Rate

CUP = Comparable Uncontrolled Pricing Method

DBO = Dobbeltbeskatningsoverenskomst

DCF = Discounted Cash Flow

DD = Discussion Draft

DEMP = Development, Enhancement, Maintenance, Protection

DEMPE = Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation

EUAC = European Union Arbitration Convention

GFA = Global Formulary Apportionment

HTVI = Hard-To-Value-Intangibles

IP = Intangible Property

KSL = Kildeskatteloven

LL = Ligningsloven

MAP = Mutual Agreement Procedure

MDBO = OECD's Model for dobbeltbeskatningsoverenskomst

OECD = Organisation for Economic Co-operation and Development

PLI = Profit Level Indicator

R&D = Research and Development

RDD = Revised Discussion Draft

SFL = Skatteforvaltningsloven

SKL = Skattekontrolloven

SKAT = Told- og Skatteforvaltningen

SL = Statsskatteloven

TNMM = Transactional Net Margin Method

TP = Transfer Pricing

TPG = OECD's Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations

Bilag 3 – Figuroversigt

Figur	Titel	Side
1.1	Forhøjelse af skattepligtig indkomst i TP sager	7
1.2	Afhandlingens opbygning	13
3.1	Oversigt over opbygningen af TPG 2010, Kapitel 6	20
4.1	Tidslinje for udviklingen af nyt Kapitel 6	24
4.2	Overblik over RDD 2013 opbygning	26
4.3	Illustration af definitionen af immaterielle rettigheder i RDD 2013	28
4.4	Illustrationer af immaterielle rettigheder i RDD 2013	31
4.5	RDD 2013's 6 trins analyse relateret til immaterielle rettigheder	32
4.6	Risikotyper, som særligt giver anledning til afkast	34
4.7	Transaktionstyper indeholdende immaterielle rettigheder	35
4.8	BusinessEurope forslag til ændret formulering omkring "useful life"	40
4.9	Opdateret formulering af "Markering Intangible"	44
4.10	Opdateret fremgangsmåde til analyse af transaktioner med immaterielle rettigheder	46
4.11	Tidsfrister for skatteansættelse	52
5.1	Oversigt over inddelingen i DD on Chapter 1	56
5.2	Forhold der identificerer den faktiske adfærd	57
5.3	OECD's fem sammenlignelighedsfaktorer	57
5.4	Udvikling fra Discussion Draft til Final Action 8-10	68
6.1	Typiske kendetegn for HTVI i DD on HTVI	75
6.2	Situationer, hvor ex post resultater ikke må anvendes i DD on HTVI	76
6.3	Yderligere pointer OECD ønskede input omkring	76
6.4	Typiske kendetegn for HTVI i Final Action 8-10	81
6.5	Situationer, hvor ex post resultater ikke må anvendes i Final Action 8-10	82
7.1	Opbygning af DD on Chapter 9	87
7.2	Centrale elementer der skal fastlægges ved omstrukturering	89
8.1	InnoPharma koncernstruktur	94
8.2	Fakturaflow i InnoPharma koncernen inden omstrukturering	99
8.3	Forventet afkast efter omstrukturering som følge af risiko	106
8.4	Forventet resultat før skat for FeberFri	108
8.5	Fakturaflow i InnoPharma koncernen efter omstrukturering	110
8.6	Revurderet forventet resultat før skat for FeberFri	111

Illustrationer	Titel	Side
8.1	Billede af FeberFri	100