
Udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver

Kandidatafhandling Cand.merc.(jur.)



Oliver William Forrester (102970) & Jens Tvilling Kjærgaard (102548)
Copenhagen Business School, 2020

Anslag: 271.058
Antal normalsider: 119
Afleveringsdato: 15. maj 2020

Juridisk vejleder: Peter Koerver Schmidt
Økonomisk vejleder: Lasse Holt

Abstract

In 2016, the council of the European Union adopted the Anti-Tax Avoidance Directive to prevent multinational corporations from using aggressive tax planning schemes. The directive was implemented on the background of the OECD BEPS-project. Consequently, Denmark's current legislation on CFC must be adjusted to fulfill the minimum requirements set out in ATAD. This thesis examines the extension of the CFC-income definition to include other income from intellectual property as proposed in Danish legislation through L 48. The thesis finds that the proposed changes to the Danish legislation is expected to result in significant challenges for Danish multinational enterprises, in terms of administrative burdens and a weakening of their competitiveness. The challenges are enhanced as the thesis shows that no sufficient guidelines have been issued by the authorities, national or supranational, as to how this new income category is to be handled. The thesis analyses the challenges, based on material issued by OECD leading to the extension of the CFC-income category, i.e. BEPS Action 3, Transfer Pricing Guidelines and the Model Tax Convention on Income and on Capital alongside legislation and preparatory work from the Danish authorities, and will gradually be extended with the authors' interpretation of the new CFC-income category. Further, the thesis interprets challenges related to other income from intellectual property based on a real life case. The thesis provides guidelines as to how multinational enterprises can handle other income from intellectual property in a practical manner, through a two-step analysis, and further address the expected increase in administrative burdens that Danish multinational enterprises are expected to encounter. Finally, the thesis addresses the current form of L 48 and impart a view on how the proposed legislation could be adjusted so that CFC-rules will be in better proportion to their purpose.

Indholdsfortegnelse

1	INTRODUKTION SAMT ANVENDT TEORI OG METODE.....	5
1.1	INTRODUKTION	5
1.2	PROBLEMFELT	7
1.3	AFGRÆNSNING	8
1.4	SYNSVINKEL	9
1.5	TEORI OG METODE	10
1.6	STRUKTUR	17
2	CFC-REGLERNE.....	19
2.1	HISTORISK UDVIKLING	19
2.2	FORESLÅEDE ÆNDRINGER I L 48	22
3	RETSDOGMATISK ANALYSE	25
3.1	BEPS RAPPORT 3	25
3.2	ATAD	28
3.3	L 48	29
3.4	ROYALTYBEGREBET OG ANDEN INDKOMST FRA IMMATERIELLE AKTIVER	33
3.5	FORTOLKNINGSVANSKELIGHEDER	45
3.6	DELKONKLUSION	56
4	ØKONOMISK ANALYSE.....	57
4.1	ADMINISTRATIONSOMKOSTNINGER	58
4.2	INFORMATIONASASYMMETRI	85
4.3	DELKONKLUSION	91
5	RETSPOLITISK ANALYSE.....	93
5.1	SUBSTANSUNDTAGELSE.....	93
5.2	LAVSKATTETEST	104
5.3	ALTERNATIV UDFORMNING AF L 48	106
5.4	REVURDERING	112
5.5	DELKONKLUSION	112
6	KONKLUSION.....	114
7	KILDE- OG LITTERATURHENVISNINGER.....	116
8	BILAG.....	121
	BILAG 1: GENNEMSITLIG ROYALTYSATS.....	122
	BILAG 2: WACC BY SECTOR.....	123
	BILAG 3: VÆRDI AF KNOW-HOW.....	124
	BILAG 4: VÆRDI AF PATENT	125
	BILAG 5: DANFOSS' DATTERSELSKABER	126
	BILAG 6: BLANKET FOR INDBERETNING AF CFC-INDKOMST	127

Forkortelser og akronymer

AL	Afskrivningsloven
ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CFC	Controlled foreign company
CSR	Corporate Social Responsibility
EU	Den Europæiske Union
KSL	Kildeskatteloven
L 28 B	Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven
L 28	Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, lov om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EF-voldgiftskonventionen), momsloven og forskellige andre love.
L 48	Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, kildeskatteloven, skatteindberetningsloven, skattekontrolloven og forskellige andre love.
LL	Ligningsloven
Modeloverenskomsten	2017 Model Tax Convention on Income and on Capital
OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development
PLI	Profit level indicator
SEL	Selskabsskatteloven
SKL	Skattekontrollovgivningen
SKM	Skatteministeriets nummering
TEU	Traktat om den Europæiske Union (’')
TEUF	Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde
TfS	Tidsskrift for skatter og afgifter
TNMM	Den transaktionsbaserede nettoavancemetode
WACC	Weighted Average Cost of Capital

1 Introduktion samt anvendt teori og metode

Dette følgende kapitel sætter rammerne for afhandlingen, herunder ved en introduktion til forfatternes valg af emne, problemfelt, afgrænsning samt synsvinkel. Endvidere behandler kapitlet afhandlingens valg af teori og metode, som anvendes til at besvare de fremsatte problemformuleringer.

1.1 Introduktion

Globalisering har medført en stigning i verdenshandlen, hvor særligt kapitalens fri bevægelighed og den gradvise nedbrydning af handelsbarrierer har medført en øgning i grænseoverskridende aktiviteter. Denne udvikling har åbnet op for, at multinationale koncerner, i højere grad end tidligere, har haft mulighed for at flytte enheder og aktiver på tværs af landegrænser med henblik på at optimere koncernens profit. På globalt plan er der over det seneste årti blevet afdækket en række sager om skatteundgåelse, hvilket har medført en massiv mediedækning blandt andet af multinationale koncerners flytning af aktiver til lavskattelande. Dette har medført, at stater har tabt betydelige skatteindtægter¹ som følge af en mistet beskatningskompetence. Denne udvikling på skatteområdet har været medvirkende til, at globale samarbejder er initieret, herunder *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* ('BEPS'), fremsat af *The Organisation for Economic Co-operation and Development* ('OECD')², som gennem 15 rapporter præsenterer en række anbefalinger til stater om at indføre værnsregler med det formål at sikre den enkelte stats beskatningskompetence ved at opstille hindringer for multinationale koncerners muligheder for at flytte immaterielle og finansielle aktiver til lavskattelande. På baggrund af BEPS-projektet vedtog EU et skatteundgåelsesdirektiv ("ATAD")³, som i første omgang, i en dansk skatteretlig kontekst, blev forsøgt implementeret via lovforslag 28 ('L 28').

¹ Jf. OECD, som anslår at 240 mia. dollars hvert år bliver tabt i skatteindtægter på globalt plan.

² OECD er en international organisation der har til formål at stimulere økonomisk fremgang på verdensplan, herunder ved at udarbejde internationale standarder på skatteområdet. For mere herom se oecd.org/about.

³ Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 - laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market.

Lovforslaget indeholdte en forventet modificering af de nuværende regler for '*controlled financial companies*'⁴ (CFC), som er værnsregler, der har til formål at modvirke, at mobile immaterielle- og finansielle aktiver oparbejdet i højskattelande flyttes til lavskattelande med henblik på at reducere den effektive skattesats⁵.

De foreslåede CFC-regler var af en anden udformning, end hvad der er implementeret i flere øvrige medlemsstater. Dette gav anledning til kritik og indblanding fra det danske erhvervsliv, som vurderede, at de foreslåede ændringer ville resultere i signifikante stigninger i administrative omkostninger samt en svækket international konkurrenceevne for danske multinationale koncerner. I kølvandet herpå blev ændringerne til CFC-reglerne udskilt i et særskilt lovforslag, L 28 B⁶, som i forbindelse med udskrivning af folketingsvalget i 2019 faldt til jorden, medførende at Danmark ikke har levet op til implementeringsfristen for reglerne om CFC-beskatning i ATAD⁷, hvilket har resulteret i, at Europa-Kommissionen har indledt en traktatkrænkelserprocedure mod Danmark⁸.

Ændringerne til CFC-reglerne er på ny fremlagt ved L 48, hvis indhold grundlæggende er det samme, som foreslået i henholdsvis L 28 og L 28 B, dog med en række tekniske lempelser⁹. Ikke desto mindre er de foreslåede ændringer til CFC-reglerne fortsat særdeles omdiskuterede, særligt eftersom den foreslåede implementeringsform går videre end de fremsatte minimumskrav i ATAD¹⁰. L 48 har, som de tidligere fremsatte lovforslag, medført stor mediedækning, og de foreslåede justeringer til CFC-reglerne i L 48 har ikke bremsset danske brancheorganisationer og multinationale koncerner fra at forholde sig særdeles kritisk og aktivt involvere sig i den offentlige debat om implementeringen af CFC-reglerne. På baggrund af denne kritik afholdte Skatteudvalget i januar 2020 en åben høring, hvorved skattechefer fra danske C25 selskaber, professorer samt repræsentanter fra EU-kommissionen alle fremførte oplæg blandt andet med det formål at belyse

⁴ I dansk skatteretlig kontekst står CFC for controlled financial companies, hvorimod OECD definerer det '*controlled foreign companies*'. Dette skyldes, at de danske CFC-regler gælder for alle datterselskaber, uanset geografisk beliggenhed.

⁵ For nærmere herom henvises til afhandlingens kapitel 2.

⁶ L 28 B, forslag til lov om ændring af Selskabsskatteloven (Implementering af CFC-reglerne i direktivet om skatteundgåelse).

⁷ Implementeringsfrist for medlemsstaterne var sat til den 31. december 2018, jf. direktivets artikel 11, stk. 1.

⁸ Jf. L 48 som fremsat, afsnit 7 "forholdet til EU-retten".

⁹ For nærmere gennemgang af lovforslagets tekniske lempelser henvises til afhandlingens afsnit 2.2.1.

¹⁰ Jf. ATAD, artikel 3.

hvilke konsekvenser, implementeringen af L 48 vil have for danske multinationale koncerner¹¹. Omdrejningspunkt og fokus for oplæggene var særligt udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at omfatte anden indkomst fra immaterielle aktiver¹².

Anden indkomst fra immaterielle aktiver, herunder begrebets omfang samt dets betydning i praktiske situationer, vil være omdrejningspunktet for nærværende afhandling. Dette emne er udvalgt på baggrund af problematikens aktualitet sammenholdt med den betydning, som de lovmæssige ændringer vil have for danske multinationale koncerner, såfremt lovforslaget vedtages i dets nuværende form. Afhandlingens betydning samt aktualitet cementeres af de danske brancheorganisationer og multinationale koncerners indblanding i det lovforberedende arbejde. Afhandlingen anses på den baggrund også at indeholde en væsentlig praktisk relevans for danske multinationale koncerner, som vil have stor interesse i at klarlægge omfanget af anden indkomst fra immaterielle aktiver.

Det bemærkes, at Statsministeriet den 15. april 2020 udsendte en publikation indeholdende en oversigt over ønsket gennemført lovgivning for folketingsåret 2019/20, hvori L 48 hidtil har været forventet implementeret og afsluttet. Af oversigten fremgår det, at L 48 er et af mange fremsatte lovforslag, der udskydes til folketingsåret 2020/21¹³.

1.2 Problemfelt

Afhandlingens formål er at udarbejde en analyse af L 48 og de dertilhørende justeringer af de danske CFC-regler med fokus på udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver, herunder hvorledes danske multinationale koncerner skal håndtere udvidelsen, såfremt lovforslaget vedtages i dets nuværende form.

¹¹ Skatteudvalget, høring om implementering af CFC-regler (lovforslag nr. L 48).

¹² Anden indkomst fra immaterielle aktiver benævnes i litteraturen også *embedded royalties*. I nærværende afhandling vil CFC-indkomstkategorien gennemgående omtales anden indkomst fra immaterielle aktiver.

¹³ Jf. Statsministeriets pressemeddelelse d. 16/04/2020, ændringer i lovprogrammet.

1.2.1 Juridisk problemformulering

Hvordan må de gældende danske CFC-regler ud fra L 48 tolkes, herunder med særligt fokus på forståelsen og omfanget af anden indkomst fra immaterielle aktiver, som udvidelse til CFC-indkomstbegrebet, antaget at lovforslaget vedtages i dets nuværende form?

1.2.2 Økonomisk problemformulering

Hvordan kan danske multinationale koncerner i praksis forholde sig til udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver?

1.2.3 Integreret problemformulering

Hvilke retspolitiske overvejelser, herunder med særligt fokus på udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver, giver L 48 i lovforslagets nuværende form anledning til?

1.3 Afgrænsning

Forfatterne ønsker at give læseren et grundigt, detaljeret og praktisk indblik i, hvordan anden indkomst fra immaterielle aktiver skal forstås, hvilke konsekvenser udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet vil medføre for danske multinationale koncerner, samt hvorledes dette skal håndteres. På baggrund heraf, sammenholdt med den restriktion der foreligger ved udarbejdelse af nærværende afhandling med henblik på tilladt sideantal, har det været nødvendigt at afgrænse afhandlingen fra en række emner og problemstillinger.

1.3.1 Juridisk afgrænsning

Afhandlingen afgrænses positivt indenfor det skatteretlige område til at behandle CFC-beskatning. I forlængelse heraf, sammenholdt afhandlingens fokus, bemærkes det, at elementer af L 48 udgår fra afhandlingens analyseområde. Ydermere afgrænses afhandlingen fra at behandle visse aspekter af de danske CFC-regler nærmere, eftersom afhandlingens fokus er på udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver. Afhandlingen redegør dog

for de overordnede regulatoriske ændringer som følge af den forventede vedtagelse af CFC-reglerne i L 48¹⁴. Ydermere afgrænses afhandlingen fra at behandle CFC-reglerne for fysiske personer, eftersom afhandlingen anskues fra danske multinationale koncerners synsvinkel¹⁵.

Den danske implementeringsform af CFC-reglerne afføder en række EU-retlige problemstillinger, herunder særligt reglernes konformitet med EU-retten¹⁶. Det følger af problemformuleringen, at afhandlingen har særligt fokus på forståelsen og omfanget af anden indkomst fra immaterielle aktiver, hvorfor de danske CFC-reglers forenelighed med EU-retten ikke indgående analyseres og behandles. Den retspolitiske analyse vil dog indeholde udtalelser fra EU-Domstolen for forståelsen af omfanget af en substansundtagelse og det dertilhørende substansbegreb, eftersom dette potentielt vil have en praktisk betydning for henholdsvis det danske erhvervsliv og Skatteforvaltningen.

1.3.2 Økonomisk afgrænsning

Afhandlingen afgrænses positivt til at behandle de økonomiske aspekter af danske multinationale koncerners opgørelse af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver, herunder de analyser, som vurderes nødvendige i relation til denne opgørelse. I forlængelse heraf findes det nødvendigt at bemærke, at afhandlingens metoder, blandt andet i relation til valg af transfer pricing-metode samt værdiansættelsesmetode, er udvalgt på baggrund af forfatterens vurdering af bedste metode, hvorfor der afgrænses fra at behandle øvrige metoder samt anvendelsen af disse mere dybdegående.

1.4 Synsvinkel

Nærværende afhandling er udarbejdet med et formål om at analysere de konsekvenser, som implementeringen af L 48 i lovforslagets nuværende form må forventes at medføre, herunder med særligt fokus på udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver, samt hvordan danske multinationale koncerner skal håndtere disse, såfremt L 48 vedtages

¹⁴ For nærmere herom henvises til afhandlingens kapitel 2.

¹⁵ For nærmere om afhandlingens synsvinkel henvises til afsnit 1.4.

¹⁶ Der er i litteraturen sat spørgsmålstegn ved, hvorvidt Danmarks udformning af de gældende CFC-regler er i strid med den primære EU-ret. For mere herom se K. Schmidt Peter, 2013, kapitel 9.

i lovforslagets nuværende form. Dermed anskues afhandlingen fra danske multinationale koncerners perspektiv. Under afhandlingens integrerede analyse vil synsvinklen fortsat være den af de danske multinationale koncerners, men analysen hæves op på et samfundsniveau, med henblik på at afhandlingen i bedst mulig grad kan belyse potentielle løsningsforslag, som vurderes til at kunne afhjælpe nogle af de problemstillinger, der følger af implementeringen af L 48 i lovforslagets nuværende form.

1.5 Teori og metode

1.5.1 Den retsdogmatiske metode

Den retsdogmatiske metode har til formål at udlede gældende ret, *de lege lata*¹⁷, ved at juridiske problemstillinger beskrives, analyseres og fortolkes¹⁸. Denne fremgangsmåde indebærer, at anerkendte retskilder bliver behandlet i en systematisk rækkefølge¹⁹. Når gældende ret, givet at L 48 vedtages i lovforslagets nuværende form, i nærværende afhandling skal klarlægges, vil analyse og fortolkning af relevante retskilder, samt relevant retspraksis, være af afgørende karakter for afhandlingens konklusion.

Den retsdogmatiske metode vil blive anvendt til at besvare afhandlingens juridiske problemformulering. I den forbindelse fremhæves det, at der altid vil være en risiko forbundet med behandlingen af et lovforslag, og at skatteretten ydermere må anses som værende dynamisk²⁰, hvorfor udledningen af gældende ret er betinget af, at L 48 vedtages i lovforslagets nuværende form. Ikke desto mindre er det forfatterens klare opfattelse, at implementeringen af anden indkomst fra immaterielle aktiver vil opretholdes i lovforslaget. Denne opfattelse begrundes i, at udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet er en del af ATAD's minimumsimplicitering, hvorfor det for medlemsstaterne er nødvendigt at implementere udvidelsen i national lovgivning²¹.

¹⁷ Ved "de lege lata" forstås gældende ret.

¹⁸ Jf. Tvarnø & Nielsen, 2015, side 29.

¹⁹ Jf. Tvarnø & Nielsen, 2017, side 30.

²⁰ Jf. K. Schmidt, Peter, Tell, Michael & D. Weber, Katja, 2015, side 15.

²¹ For nærmere gennemgang af Danmarks implementering af ATAD henvises til afhandlingens afsnit 3.2.

1.5.1.1 Retskilder

Den internationale skatteret opdeles typisk i tre hovedområder, også betegnet som skatterettens tre dimensioner²², bestående af henholdsvis staters interne internationale skatteret, dobbeltbeskatningsoverenskomster samt EU-skatteretten. I nærværende afhandling anvendes og analyseres alle skatterettens tre dimensioner²³ til brug for besvarelsen af de opstillede problemformuleringer.

Afhandlingens primære retskilde er L 48 med dertilhørende bemærkninger, der har til henblik at implementere ATAD, hvorfor det findes relevant at kommentere på EU-rettens omfang. I et EU-retligt regi eksisterer primærret, som udgøres af traktater²⁴ og sekundær ret, omfattende EU-direktiver, som medlemsstater er forpligtet til at implementere i national lovgivning, jf. TEUF art. 288, samt forordninger, som er direkte anvendelige i national lovgivning. National lovgivning skal være forenelig med EU-retten, hvorfor medlemsstater er forpligtet til at overholde det EU-retlige princip om, at fortolkning skal ske EU-konformt²⁵. EU-konformitet indebærer, at medlemsstater skal fortolke nationale retskilder i overensstemmelse med EU-retten^{26, 27}.

På et EU-retligt plan er der sket en række tiltag for at harmonisere skatteretten på det indre marked, hvilket, særligt på området for indirekte skatter²⁸, har medført flere harmoniserede regelsæt.²⁹ Området for direkte skatter, hvori afhandlingens fokus hører under, er derimod kun harmoniseret i

²² Jf. K. Schmidt, Peter, Tell, Michael & D. Weber, Katja, 2015, side 17.

²³ Afhandlingen vil ikke analysere enkelte dobbeltbeskatningsoverenskomster (DBO'er), men vil behandle OECD's modeloverenskomst, som danner grundlag for størstedelen af Danmarks indgåede DBO'er.

²⁴ Traktat om Den Europæiske Union ('TEU') og Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsmåde ('TEUF').

²⁵ Medlemsstaternes pligt til EU-konform fortolkning har sin hjemmel i Von Colsson, sag 14/83, hvor EU-Domstolen i præmis 26 udtalte, at de nationale domstole skal fortolke i overensstemmelse med de mål, som direktiver har til hensigt at opfylde, og at denne pligt gælder for alle myndigheder.

²⁶ Jf. Tvarnø & Nielsen, 2017, side 115.

²⁷ Som en særlig undtagelse til det EU-retlige fortolkningsprincip, findes den situation, hvor fortolkningen vil være *contra legem*, altså hvor ordlyden af den danske lovtæst er i direkte modstrid med EU-direktivet. Under de konkrete omstændigheder, kan der forekomme situationer, hvor det ikke vil være en forpligtelse at fortolke EU-konformt. Ikke desto mindre er det klare udgangspunkt, at national lovgivning skal fortolkes EU-konformt. For mere herom, se Tvarnø & Nielsen, 2017, side 116.

²⁸ Indirekte skatter omfatter bl.a. moms, told og afgifter.

²⁹ Herunder direktiv 2006/112/EF af 28. november 2006 om det fælles merværdiafgiftssystem (moms).

begrænset omfang, hvorefter medlemsstater har adgang til at indrette national lovgivning efter egne fiskale interesser³⁰.

En hidtidig opfattelse af direktiver, som regulerer direkte skatter, har været, at disse kan opdeles henholdsvis i direktiver, der begrænser medlemsstaternes beskatningskompetence, samt direktiver der medfører udveksling af skatteoplysninger og administrativ assistance medlemsstaterne imellem³¹. Med introduktionen af ATAD må denne tidligere opfattelse justeres, eftersom direktivet bedst kan beskrives som værende et direktiv, der udvider medlemsstaternes beskatningskompetence.

Ydermere vil OECD's modeloverenskomst med kommentarer ('modeloverenskomsten') samt OECD's 2017 Transfer Pricing Guidelines ('Transfer Pricing Guidelines') blive benyttet til at besvare afhandlingens problemformuleringer. Modeloverenskomsten er ikke implementeret i national ret og har derfor ikke status som en egentlig retskilde, men modeloverenskomsten må alligevel tillægges værdi ved fortolkningen af internationale skatteretlige problemstillinger³². Modeloverenskomstens kommentarer vil blive benyttet i relation til udarbejdelse af analyser og fortolkninger af udvalgte immaterielle aktiver, der vurderes at have betydning i relation til udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det er i denne forbindelse nødvendigt at pointere, at modeloverenskomsten, eller indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, ikke giver en selvstændig beskatningsret, men at en hjemmel hertil skal eksistere i national ret. Transfer Pricing Guidelines, der anses for at have retskildeværdi på lige fod med danske retskilder³³, anvendes ved udarbejdelsen af en økonomisk analyse, som forfatterne vurderer nødvendig i forbindelse med opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver.

³⁰ Jf. Michelsen, Aage et al, 2017, side 599. Heri bemærkes det, at denne adgang begrænses af EU-rettens frihedsrettigheder.

³¹ Jf. K. Schmidt, Peter, Tell, Michael & D. Weber, Katja, 2015, side 238.

³² På trods af, at OECD's modeloverenskomst ikke er en egentlig folkeretlig aftale, danner modeloverenskomsten grundlag for størstedelen af de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er indgået. Modeloverenskomsten og dens kommentarer er ikke gennemført i national ret, hvorfor den ikke er retligt bindende. Dog er det almindeligt anerkendt, at modeloverenskomsten med kommentarer tillægges betydning i relation til fortolkning af konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomster og internationale skattekonflikter, hvor det ledende præjudikat er TfS. 1993, 7 H, hvori Højesteret tillagde kommentarerne retskildeværdi. For mere herom, se den juridiske vejledning C.F.8.2.1.

³³ Det kan udledes fra forarbejderne til Skattekontrollovgivningen § 3 B og Ligningslovens § 2, der regulerer transfer pricing-regimet i dansk skatteret, at denne skal fortolkes i overensstemmelse med Transfer Pricing Guidelines, hvor disse må tillægges samme retskildeværdi som danske retskilder. Endvidere kan det udledes fra bemærkningerne til L 48, at opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver skal afgøres på grundlag af transfer pricing-principper.

BEPS rapport 3 vil endvidere blive anvendt som fortolkningsbidrag til forståelsen af de bagvedliggende hensyn og observationer, der har medført, at CFC-indkomstbegrebet er blevet udvidet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det bemærkes, at rapporten ikke kan anses for at have retskildeværdi, men at denne alligevel vurderes at have fortolkningsmæssig- og argumentatorisk værdi, eftersom der i de almindelige lovbemærkninger til L 48 henvises til rapporten.

Endeligt vil afhandlingen benytte udvalgte juridiske vejledninger til besvarelsen af afhandlingens problemformuleringer. Disse vejledninger er udtryk for skattemyndighedernes opfattelse af gældende ret, hvorefter der kan støttes ret på disse³⁴. Det bemærkes, at de anvendte juridiske vejledninger ikke er bindende, såfremt disse er i modstrid med højere rangerende retskilder³⁵.

1.5.1.2 Retspraksis

Anden indkomst fra immaterielle aktiver har som indkomstkategori ikke været genstand for behandling ved domstolene. På trods af dette, benytter afhandlingen national doms³⁶- og administrativ³⁷ praksis, hvilket anvendes for forståelsen af indholdet og omfanget af de analyserede immaterielle aktiver, der kan generere anden indkomst. Endvidere vil EU-retspraksis blive behandlet i afhandlingen³⁸, hvor EU-domstolen anvender en dynamisk fortolkningsstil med en udpræget målsfortolkning³⁹.

Ydermere behandler nærværende afhandling udenlandsk retspraksis, hvis indhold bidrager til forståelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver, samt håndteringen af indkomstkategorien i

³⁴ Jf. den juridiske vejledning.

³⁵ Dette omfatter EU-forordninger, lovgivning, bekendtgørelse, cirkulærer, domspraksis, Landsskatterettens og Skatterådets praksis. For mere herom se Michelsen, Aage, 2015, side 118.

³⁶ Jf. Michelsen, Aage et al., 2015, side 119, hvor det bemærkes at domstolenes præjudikater er bindende for skattemyndighederne.

³⁷ Jf. Michelsen, Aage et al., 2015, side 121, hvor det bemærkes at administratives afgørelser naturligt vil have præjudikatvirkning over for Skatteforvaltningen selv, samt underordnede myndigheder jf. lighedsprincippet. Derimod kan overordnede myndigheder ikke være bundet af underordnede myndigheders praksis, hvor det dog erkendes at en langvarig og konsekvent fulgt praksis vil indgå i overvejelserne med en ikke ubetydelig vægt.

³⁸ EU-retspraksis vil i nærværende afhandling blive behandlet til at analysere indførslen af en substansundtagelse i dansk ret. For mere herom henvises til afhandlingens kapitel 5.

³⁹ Jf. K. Schmidt, Peter, 2013, side 44. Heri noteres det, at den dynamiske fortolkningsstil betyder, at tidligere domme ikke nødvendigvis har en lige så stor betydning ved fortolkning, som det ses i dansk ret.

praksis. Afhandlingens anvendte udenlandske retspraksis anses som værende relevant, eftersom argumentationen heri særligt baseres på Transfer Pricing Guidelines⁴⁰ og modeloverenskomsten⁴¹. Det bemærkes herudover, at danske domstole er villige til at søge inspiration i fremmedret, dog uden at være bundet af denne⁴². Forfatterne anerkender, at udenlandsk retspraksis ikke naturligt vil være repræsentativt for den forståelse, som de danske skattemyndigheder vil have for en problemstilling, og at de udenlandske kendelser dermed ikke må anskues som en anerkendt retskilde⁴³ men nærmere som et fortolkningsbidrag til brug for forståelsen af, hvordan anden indkomst fra immaterielle aktiver kan behandles i praksis.

1.5.1.3 Øvrige retskilder

Af andre retskilder end ovenstående må retssædvaner⁴⁴ samt forholdets natur⁴⁵ nævnes, hvor særligt førstnævnte ifølge litteraturen ikke spiller nogen større rolle indenfor det skatteretlige område⁴⁶. I nærværende afhandling inddrages dog et af de sjældne eksempler, hvor branchekutymen bidrager til forståelsen af et konkret immaterielt aktiv⁴⁷. Forholdets natur må generelt antages at spille en større rolle på det skatteretlige område, end hvad der er tilfældet for retssædvaner, men retskilden anvendes ikke i nærværende afhandling ved udledning af formodet gældende ret⁴⁸.

⁴⁰ For nærmere gennemgang af Transfer Pricing Guidelines' retskildeværdi henvises til afhandlingens afsnit 1.4.1.1.

⁴¹ For nærmere gennemgang af OECD's modeloverenskomst med kommentarers retskildeværdi henvises til afhandlingens afsnit 1.4.1.1.

⁴² Jf. Michelsen, Aage et al., 2015, side 135.

⁴³ Jf. Tvarnø & Nielsen, 2017, side 142.

⁴⁴ Ved retssædvaner og kutymen forstås uskrevne regler, som tillægges retskildeværdi, men hverken er udledt fra regulering eller retspraksis udstedt fra offentlige myndigheder. For mere herom, se Tvarnø & Nielsen side 168.

⁴⁵ Omhandler de situationer, hvor dommere og retsanvendere, lader sig motivere af friere overvejelser ud fra den juridiske kulturtradition, kaldes denne retskilde forholdets natur. For mere herom se Tvarnø & Nielsen side 192.

⁴⁶ Jf. Michelsen, Aage et al., 2015, side 135.

⁴⁷ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.4.2.4.

⁴⁸ Jf. Michelsen, Aage et al., 2015, side 136.

1.5.1.4 Retsdogmatisk fortolkning

I fortolkningen af afhandlingens primære retskilde, L 48, vil der blive anvendt en objektiv ordlydsfortolkning samt en subjektiv formålsfortolkning. Ved anvendelse af den objektive ordlydsfortolkning vil afhandlingen forholde sig til lovens tekst, mens de bagvedliggende formål og hensyn, som har været lagt til grund ved udarbejdelsen af lovforslaget, vil blive inddraget under den subjektive formålsfortolkning. Endvidere vil der foretages en objektiv ordlydsfortolkning af ATAD. Det bemærkes, at der i relation til EU-direktiver ikke offentliggøres forarbejder, som det er tilfældet ved eksempelvis L 48, men blot en præambel⁴⁹, hvorfor det ikke anses muligt at foretage en subjektiv formålsfortolkning af ATAD.

Fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvoraf størstedelen af Danmarks indgåede aftaler er baseret på modeloverenskomsten, skal ske efter folkeretlige principper, som er kodificeret i Wienerkonventionen⁵⁰. I overensstemmelse med dette anvendes hovedsageligt en objektiv fortolkning, hvor sammenhængen endvidere indgår i fortolkningen af tekstens ordlyd. Endvidere er udgangspunktet, at der anvendes en statisk fortolkning⁵¹, hvor nyere modeloverenskomster med kommentarer dog kan tillægges argumentatorisk betydning, såfremt nyere udgivelser blot udgør præciseringer⁵².

1.5.2 Økonomisk metode og teori

Afhandlingens valg af økonomisk metode og teori anvendes til at belyse, hvordan danske multinationale koncerner kan håndtere konsekvenserne, som udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver vil medføre, såfremt L 48 vedtages i lovforslagets nuværende form.

⁴⁹ Ved et EU-direktivs præambel forstås indledningen til direktivet, herunder dets baggrund og formål. ATAD's præambel fremgår af direktivets sider 1-5.

⁵⁰ Jf. Wienerkonventionen om traktatretten af 23. maj 1969, hvor det blandt andet fremgår, at enhver nugældende traktat er bindende for dens deltagere og skal opfyldes af dem i god tro, jf. art. 26.

⁵¹ Ved statisk fortolkning forstås, at der tages udgangspunkt i modeloverenskomsten med kommentarer, som var gældende på tidspunktet for indgåelsen af den konkrete modeloverenskomst. Modsat er dynamisk fortolkning, hvor nyere modeloverenskomster med kommentarer lægges til grund. I Højesterets dom, Tfs 1993.7 H, blev der anvendt en dynamisk fortolkningsstil på dobbeltoverenskomsten indgået med USA i 1948. På trods af dette, er udgangspunktet dog at der anvendes en statisk fortolkningsstil.

⁵² Såfremt der er tale om en ændring af reglerne, kan de nye kommentarer næppe lægges til grund.

Afhandlingen vil søge at besvare den økonomiske problemformulering på baggrund af neoklassisk teori, som er en viderebygning på den klassiske økonomiske teori med en tilføjelse af nyttebegrebet⁵³. Den neoklassiske teori er baseret på en forudsætning om, at agenter, fysiske personer og juridiske enheder, er rationelle individer, som handler opportunistisk, hvilket i afhandlingen er givet ved danske multinationale koncerners ønske om at mindske administrative omkostninger⁵⁴. Nyttebegrebet indebærer, at en agent, i en given situation, vil foretage det valg, der vil maksimere agentens nytte mest muligt. I kontekst til afhandlingen vil den neoklassiske teori anvendes ved antagelsen af, at danske multinationale koncerner agerer rationelt. Konkret vil dette komme til udtryk ved en analyse af, hvordan danske multinationale koncerner kan håndtere de foreslåede CFC-regler i L 48 med henblik på at skabe optimale forretningsmæssige forudsætninger for koncernen.

Under første del af den økonomiske analyse vil der udarbejdes en sammenlignelighedsanalyse med udgangspunkt i Transfer Pricing Guidelines for at vurdere, hvorvidt et selskabs immaterielle aktiver tilfører en merværdi til en indgået transaktion. Den anvendte transfer pricing-metode, ved udarbejdelse af en økonomisk sammenlignelighedsanalyse, er baseret på den neoklassiske økonomiske teori om markeder i en fri konkurrence-økonomi, hvor udbud og efterspørgsel modsvarer hinanden ved en markedspris svarende til selskabernes marginale omkostninger. Herefter gøres brug af *relief from royalty-metoden*, som anvendes til en værdiansættelse af immaterielle aktiver. Denne metode baseres primært på en tilbagediskontering af forventede fremtidige pengestrømme, hvorfor afhandlingen også har fokus herpå. Dette sker ved en beregning af selskabets *Weighted Average Cost of Capital* ('WACC')⁵⁵.

I forlængelse heraf må det bemærkes, at den økonomiske analyse ydermere indeholder et spilteoretisk afsnit omhandlende et principal-agent forhold⁵⁶. Konkret undersøges informationsasymme-

⁵³ Jf. Tvarnø & Nielsen, 2017, side 433.

⁵⁴ Jf. Tvarnø & Nielsen, 2017, side 443.

⁵⁵ Prisen for lånt kapital bestemmes efter formelen: (*risikofri rente + selskabsspecifikt risikotillæg*), hvor det selskabsspecifikke risikotillæg fastsættes på baggrund af en kreditvurdering af det låntagende selskab. Prisen for egenkapitalandele må anses som kapitalejernes forventede afkast af deres investering, og udregnes på baggrund af følgende formel: *risikofri rente + (betaværdi x markedsrisikopræmie)*, hvor betaværdien er et udtryk for en akties relative volatilitet sammenholdt med resten af markedet.

⁵⁶ Jf. Hendrikse, George, 2003, sider 92-93.

trien mellem disse nærmere, og den økonomiske klassiske teori fraviges dermed under behandlingen af denne problemstilling, eftersom principalen under principal-agent forholdet ikke har adgang til fuld information⁵⁷.

Slutteligt anvendes der i afhandlingens økonomiske analyse en kvantitativ metode på baggrund af en udsøgning af selskabsdata i Orbis-databasen. Det noteres, at den kvantitative metode er objektiv, og at resultaterne udledt fra den udsøgte data dermed ikke skal ses som forfatterens fortolkning af disse, men derimod et direkte afledt resultat af den kvantitative data⁵⁸.

1.5.3 Integreret metode og teori

Afhandlingens integrerede kapitel vil indeholde en retspolitisk analyse, hvori forfatterne vil præsentere en række retspolitiske overvejelser til L 48 i lovforslagets nuværende form. Den retspolitiske tilgang er et udtryk for, hvordan retsstillingen på et område bør være⁵⁹, *de lege ferenda*. Der tages afsæt i afhandlingens juridiske- og økonomiske analyse for at fremlægge en vurdering af, hvorledes L 48 med fordel bør tilrettes, således at justeringen af de nugældende CFC-regler kan ramme værnreglernes formål som tilsigtet⁶⁰. I den forbindelse vil en række bekymringspunkter, henholdsvis fra det danske erhvervsliv og Skatteministeriet, blive adresseret og diskuteret, hvorefter der vil blive foretaget en vurdering af, hvorledes, og i hvilken grad, disse bekymringspunkter kan begrundes. Endeligt vil analysen præsentere en række forslag til modificeringer af L 48, som efter forfatterens vurdering vil adressere nogle af bekymringspunkterne, som fremsat af det danske erhvervsliv samt Skatteministeriet.

1.6 Struktur

Med ønsket om at præsentere besvarelsen af den udvalgte problemformulering i et overskueligt format, vil nærværende afhandling bestå af 6 kapitler, som opstillet herunder.

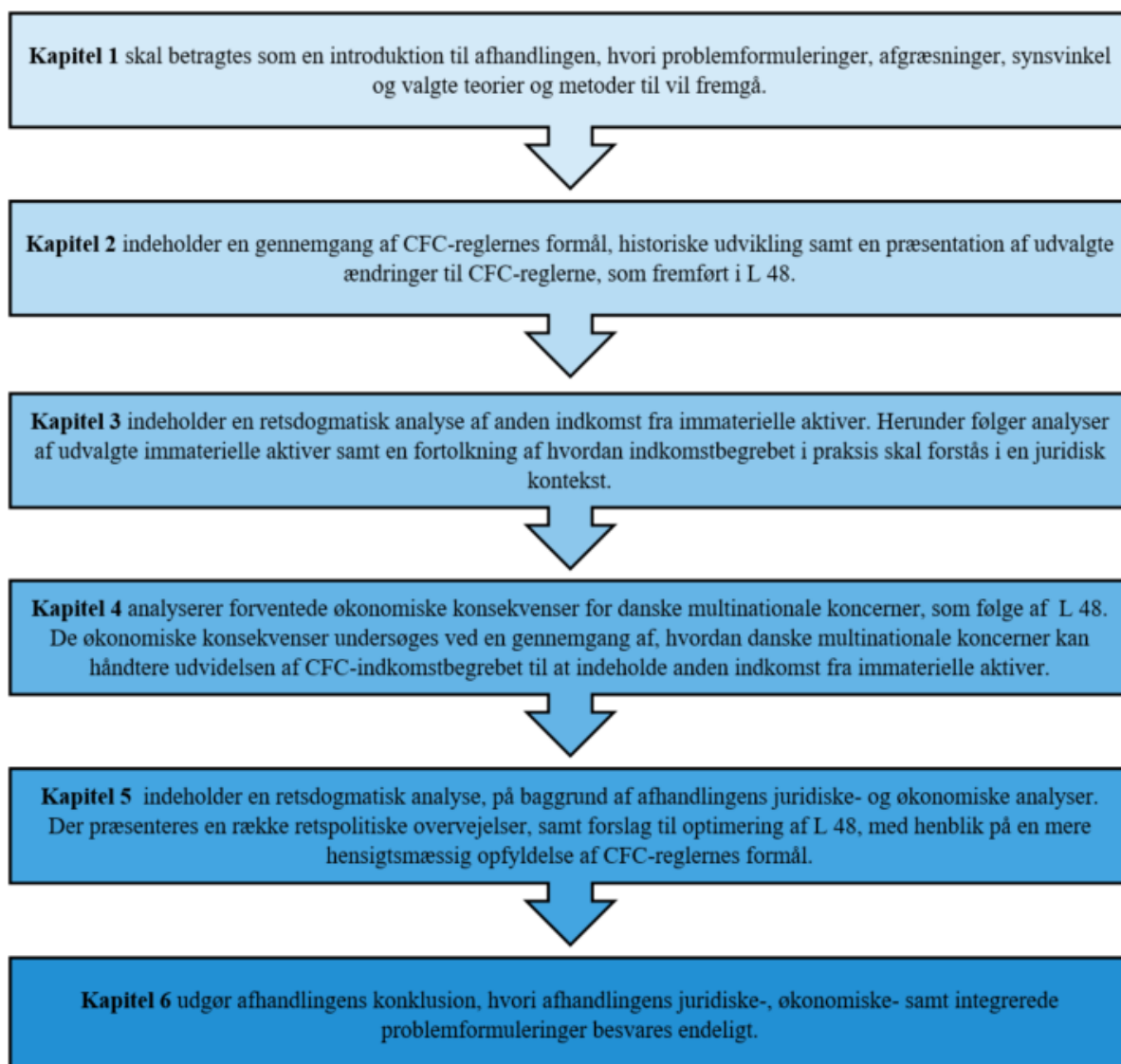
⁵⁷ Jf. Dutta, Prajit K, 1999, side 293

⁵⁸ Jf. Hansen, Kenneth, 2017, side 19

⁵⁹ Jf. Tvarnø & Nielsen, 2017, side 446.

⁶⁰ Tvarnø og Nielsen bemærker, at det er nærliggende for en skatteretlig cand.merc.(jur.) afhandling at inddrage en retspolitisk analyse, når afhandlingen indeholder en juridisk og økonomisk analyse med interessekonflikter imellem den udledte gældende ret og de økonomiske implikationer det forventes at medføre. Formålet med analysen er derfor at vurdere, hvordan lovgivningen bør være ud fra den retsdogmatiske analyse samt den økonomiske analyse. For mere herom se Tvarnø og Nielsen, 2017, sider 451-452.

Figur 1: Afhandlingens struktur



Kilde: af egen tilvirkning.

Det bemærkes, at forfatterne i afhandlingens kapitler 3-6 tager udgangspunkt i et gennemgående eksempel vedrørende en dansk multinational koncern, herunder med fokus på en fusion mellem to datterselskaber i henholdsvis Rumænien og Polen, hvorved immaterielle aktiver flyttes fra én medlemsstat til en anden. Afhandlingen vil på baggrund heraf belyse teoretiske samt praktiske følger, som de foreslåede CFC-regler i L 48 må forventes at medføre.

2 CFC-reglerne

Dette følgende kapitel bidrager med en gennemgang af CFC-reglernes historiske udvikling i et dansk perspektiv. Udvalgte dele af gældende ret beskrives og sammenholdes med de foreslåede ændringer i L 48.

2.1 Historisk udvikling

CFC-regler er værneregler, som har til formål at sikre landes skattebaser ved at modvirke multinationale koncerners adgang til at flytte mobile finansielle og immaterielle aktiver til lavskattelande for derved at opnå en lav beskatning på den indkomst, som genereres af disse mobile aktiver, mens udviklingsomkostningerne placeres i højskattelande⁶¹.

I en dansk kontekst blev CFC-regulering behandlet for første gang i 1985 med henblik på at skærpe de danske skattemyndigheders adgang til at beskatte investeringer i selskaber beliggende i det, som blev betragtet som værende skattelylande⁶². På daværende tidspunkt blev det af lovgiver vurderet, at reglerne ville udgøre for stor en administrativ byrde⁶³ i relation til myndighedernes håndhævelse af reglerne, hvorfor disse på daværende tidspunkt ikke blev vedtaget. I 1995 blev de første CFC-regler dog implementeret i Danmark, navnlig i Selskabsskattelovens § 32, hvorefter et datterselskabs indkomst, ved opfyldelse af en række betingelser, skulle medregnes i dets danske moderselskabs skattepligtige indkomst⁶⁴. Baggrunden for regelsættet var ifølge Skatteministeriet, at kapitalens fri bevægelighed på et globalt plan gjorde det muligt for danske multinationale koncerner at flytte finansielle aktiviteter til lavskattelande og derved udhule det danske beskatningsgrundlag⁶⁵.

Siden implementeringen af CFC-regler i dansk lovgivning er reglerne blevet ændret flere gange, herunder særligt i år 2007 i kølvandet på EU-Domstolens afgørelse i *Cadbury Schweppes*, hvorefter det blev fastslået, at de daværende britiske regler om CFC-beskatning ikke var konforme med EU-

⁶¹ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 1.1, L 48.

⁶² Jf. betænkning nr. 1060, december 1985.

⁶³ Jf. K. Schmidt, Peter, 2013, side 101.

⁶⁴ Jf. L 35 (194/1995) – Lov nr. 213 af 17. maj 1995.

⁶⁵ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 2.1.1, L 48.

retten, eftersom reglerne forskelsbehandlede ikke-hjemmehørende selskaber med hjemmehørende selskaber, ensbetydende at de britiske CFC-regler udgjorde en hindring for etableringsfriheden på det frie indre marked. Denne hindring kunne ved daværende udformning af lovgivningen ikke begrundes i de af EU-domstolen alment skabte hensyn⁶⁶, medmindre at lovgivningen blev indrettet på en sådan måde, at CFC-reglerne kun fandt anvendelse på rent kunstige arrangementer, der ikke byggede på en økonomisk realitet, etableret med henblik på undgåelse af den normalt skyldige skat⁶⁷.

Som en konsekvens af afgørelsen indførte flere medlemsstater en undtagelse i deres dagældende CFC-regler, hvorefter reglerne ikke fandt anvendelse på udenlandske datterselskaber, såfremt disse udøvede reel økonomisk virksomhed i værtsmedlemsstaten. Danmark valgte en anden løsning, hvorefter anvendelsesområdet blev udvidet til at omfatte alle datterselskaber, uanset geografisk placering⁶⁸. Ved denne implementeringsform, var det Skatteministeriets vurdering, at det danske skattegrundlag ikke ville blive svækket, samtidig med at reglerne ikke forskelsbehandlede mellem henholdsvis danske og udenlandske datterselskaber, betydende at forenelighed med EU-retten dermed var sikret. Denne udformning udgør de nugældende CFC-regler⁶⁹, hvorefter et datterselskab CFC-beskattes, hvis tre kumulative betingelser opfyldes:

- 1) Moderselskabet skal direkte eller indirekte være aktionær i datterselskabet, og koncernen skal have bestemmende indflydelse i datterselskabet som følge af en råderet over flere end 50 pct. af stemmerettighederne⁷⁰.
- 2) Datterselskabet skal have indtægter kategoriseret som CFC-indkomst tilsvarende mere end 50 pct. af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst⁷¹, og
- 3) Datterselskabets finansielle aktiver skal i indkomståret udgøre mere end 10 pct. af datterselskabets samlede aktiver⁷².

⁶⁶ Jf. K. Schmidt, Peter, Tell, Michael & D. Weber, Katja, 2015, side 229.

⁶⁷ Jf. dommens præmis 65.

⁶⁸ Jf. L 213 (2006/2007), lov nr. 540 af 6. juni 2007.

⁶⁹ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 2.2, L 213.

⁷⁰ Jf. SEL § 32, stk. 6, der henviser til definitionen i sambeskatningsreglerne SEL § 31 C, stk. 2.

⁷¹ Jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 1. Typer af CFC-indkomst der skal medregnes, er udtømmende oplistet i SEL § 32, stk. 5.

⁷² Jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 2.

2.1.1 Supranationale tiltag

Med politisk støtte fra G20 landene præsenterede OECD i 2013 et oplæg til BEPS-projektet, hvis formål var at udarbejde en række anbefalinger til, hvordan stater bør indrette deres skattelovgivning med henblik på at modvirke multinationale koncerners udnyttelse af huller og mismatch i staters skatteregler for dermed at nedsætte koncernens effektive skattesats⁷³. Dette resulterede i, at OECD i 2013 fik godkendt 15 handlingsplaner til at modvirke skatteunddragelse. Dette resulterede i 15 rapporter, herunder BEPS rapport 3, som adresserer CFC-reglerne. På trods af at BEPS-projektet er blevet kritiseret for dets manglende transparens i relation til projektets formål og omfang⁷⁴, er det givetvis det mest ambitiøse tiltag inden for den internationale skatteret⁷⁵, hvilket bekræftes af, at 135 lande samarbejder omkring implementeringen af OECD's anbefalinger.

I forlængelse af BEPS-projektet fremlagde EU-Kommissionen i januar 2016 en agenda for en mere fair, fleksibel og effektiv selskabsbeskatning på det indre marked⁷⁶. Dette resulterede i ATAD, som indeholder krav til medlemsstaterne om at implementere regler, der skal modvirke aggressiv skatteplanlægning, forstærke transparensen på skatteområdet og sikre lige vilkår for selskaber, som opererer på det indre marked. ATAD blev vedtaget den 12. juli 2016⁷⁷.

Vedtagelsen af ATAD medførte, at de danske CFC-regler skulle justeres i tråd hermed⁷⁸. Som indledningsvist bemærket har implementeringen heraf været et broget forløb, og de foreslåede ændringer i henholdsvis L 28, L 28 B samt L 48 har mødt stor modstand fra det danske erhvervsliv. Modstanden bunder særligt i undladelsen af en substansundtagelse i forlængelse af udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver.

⁷³ Jf. OECD, Background brief inclusive framework on BEPS, 2017, Executive summary.

⁷⁴ Jf. Michelsen, Aage et. al, 2017, side 419, hvor det betvivles, hvorvidt G20 og OECD landene i virkeligheden er indstillet på at modvirke multinationale selskabers aggressive skatteplanlægning.

⁷⁵ Jf. Pistone, Pasquale, 2014, Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law.

⁷⁶ Jf. ATAD's præambel, paragraf 5.

⁷⁷ For en gennemgang af de væsentligste bestemmelser, se K. Schmidt, Peter & Bundgaard, Jakob, 2016, Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – Nye værnsregler og flere tvister i vente i EU.

⁷⁸ Dette omfatter definitionen af CFC-enheder og kontrol, samt CFC-indkomst, jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 2.1.2.2, L 48.

2.2 Foreslåede ændringer i L 48

I det følgende afsnit vil udvalgte ændringer af de danske CFC-regler, som følge af L 48 i lovforslagets nuværende form, gennemgås. Som beskrevet ovenfor skal et datterselskab under nugældende lovgivning kumulativt opfylde tre betingelser, førend datterselskabets positive indkomst skal medregnes i moderselskabets skattepligtige indkomst. L 48 indeholder ændringsforslag til samtlige af de tre betingelser og tilføjer ydermere en række tekniske lempelser i form af undtagelsesbestemmelser.

Kontrolbetingelsen justeres således, at betingelsen favner bredere. Den foreslåede udvidelse medfører, at kontrolbetingelsen nu også anses som værende opfyldt, hvis moderselskabet selv, eller sammen med tilknyttede personer, har en direkte eller indirekte indflydelse på mere end 50 pct. af stemmerettighederne, direkte eller indirekte besidder mere end 50 pct. af kapitalen, eller har ret til mere end 50 pct. af overskuddet i datterselskabet⁷⁹.

Med L 48 justeres indkomstbetingelsen således, at betingelsen, efter de foreslåede ændringer, er opfyldt, såfremt datterselskabets CFC-indkomst udgør mere end 1/3 af datterselskabets samlede indkomst⁸⁰. Ydermere udvides CFC-indkomstbegrebet til at omfatte anden indkomst fra immaterielle aktiver, hvilket udgør nærværende afhandlings omdrejningspunkt.

Aktivbetingelsen eksisterer med henblik på at sikre, at datterselskaber med overvejende karakter af et driftsselskab, ikke omfattes af CFC-reglerne⁸¹. Aktivbetingelsen fremgår ikke af L 48 og udgår dermed fra dansk lovgivning. Dette skyldes, at indeholdelse af aktivtesten i national lovgivning ikke lever op til ATAD's minimumskrav. L 48 indeholder ikke en direkte erstatning for aktivbetingelsen, hvorfor et selskab efter de foreslåede ændringer i L 48 blot skal opfylde indkomst- samt kontrolbetingelsen for at blive omfattet af CFC-reglerne.

⁷⁹ Jf. den foreslåede justering af SEL § 32, stk. 6.

⁸⁰ Jf. den foreslåede justering af SEL § 32, stk. 1, nr. 1.

⁸¹ Jf. lovforslagets bemærkninger til enkelte bestemmelser, nr. 10, L 48.

2.2.1 Tekniske lempelser i L 48

På baggrund af kritikken af L 28 og L 28 B blev en række tekniske lempelser føjet til L 48⁸². Dette er sket ved undtagelsesbestemmelser, som skal modvirke, at danske multinationale koncerner stilles konkurrencemæssigt ringere end koncerner med hovedsæde beliggende i andre medlemsstater. Først og fremmest noteres det, at CFC-reglerne er forsøgt målrettet mod indkomst, hvor der inden for et koncernforhold er sket en transaktion af immaterielle aktiver over en landegrænse⁸³. Dette betyder, at datterselskabers indkomst genereret af egen-oparbejdede immaterielle aktiver, eller immaterielle aktiver, som er oparbejdet gennem kontraktforskning udført af tredjemand, ikke skal medføre CFC-beskatning. Dette gælder endvidere indkomst genereret på baggrund af tilkøbte immaterielle aktiver, såfremt aktiverne er oparbejdet eller udviklet indenfor den samme stat, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende.

Ydermere er der i L 48 foreslået en særlig undtagelsesbestemmelse for indkomst genereret på baggrund af immaterielle aktiver i opkøbte selskaber fra uafhængige tredjemænd⁸⁴. Denne forudsættes dog af, at de immaterielle- eller finansielle aktiver i det opkøbte selskab, som er erhvervet eller oparbejdet i en anden stat end den, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende, ikke overstiger 50 pct. af det opkøbte selskabs samlede aktiver⁸⁵. Det noteres i den forbindelse, at det er Skatteministeriets opfattelse, at denne undtagelsesbestemmelse vil medføre, at danske multinationale koncerner ikke vil opleve en konkurrencemæssig svækkelse som følge af implementeringen af L 48 i lovforslagets nuværende form⁸⁶.

⁸² Jf. lovforslagets bilag 11, L 48, hvori Skatteministeriet bemærker de tekniske lempelser som værende ”løsningen” på kritikken vedrørende udvidelsen af CFC-indkomstkategorien til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver.

⁸³ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit. 2.1.2.4, L 48.

⁸⁴ Jf. den foreslåede justering af SEL § 32, stk. 17.

⁸⁵ Jf. lovforslagets bemærkninger til enkelte bestemmelser, nr. 14, L 48.

⁸⁶ Jf. lovforslagets bilag 11, L 48.

2.2.2 Retsvirkning og beregning

Såfremt betingelserne for at blive omfattet af CFC-beskatning opfyldes, og ingen af de tekniske lempelser finder anvendelse, da vil retsvirkningen være, at datterselskabets positive indkomst, opgjort efter danske regler⁸⁷, skal medregnes i det danske moderselskabs skattepligtige indkomst⁸⁸.

Som en ny bestemmelse kan moderselskabet vælge alene at medregne datterselskabets positive CFC-indkomst fremfor datterselskabets samlede positive indkomst. Beslutningen herom er bindende i fem indkomstår og er gældende for samtlige af moderselskabets datterselskaber⁸⁹. Såfremt flere moderselskaber indgår i en dansk koncern med sambeskatning, da vil det ultimative moderselskabs beslutning være gældende for samtlige danske selskaber i sambeskatningsordningen.

⁸⁷ Jf. den foreslåede justering af SEL § 32, stk. 7.

⁸⁸ Det er ydermere en forudsætning for CFC-beskatning, at der ikke foreligger dispensation, jf. den foreslåede ændring af SEL § 32, stk. 2.

⁸⁹ Jf. den foreslåede justering af SEL § 32, stk. 15.

3 Retsdogmatisk analyse

Dette følgende kapitel analyserer anden indkomst fra immaterielle aktiver, herunder den foreslåede implementering heraf i dansk ret. En analyse af udvalgte immaterielle aktiver foretages, og lægges til grund for en efterfølgende fortolkning af praktiske udfordringer beskrevet gennem en virkelighedsnær situation.

Det må indledningsvist bemærkes, at det på tidspunktet for afhandlingens udarbejdelse endnu ikke er klart, hvordan anden indkomst fra immaterielle aktiver skal forstås og fortolkes. Nedenstående analyse er på baggrund heraf forfatterens forsøg på at skabe et billede af, hvordan anden indkomst fra immaterielle aktiver skal forstås. Analysen vil tage udgangspunkt i BEPS rapport 3, ATAD, samt L 48. Endeligt vil analysen anvende virkelighedsnære eksempler belyst af det danske erhvervsliv til brug for en fortolkning af anden indkomst fra immaterielle aktiver. Som fortolkningsbidrag anvendes modeloverenskomsten, Transfer Pricing Guidelines, relevant retspraksis samt udvalgt litteratur på området.

3.1 BEPS rapport 3

Internationale skatteregler har de seneste år været mere i fokus end nogensinde før, hvilket multinationale koncerners udnyttelse af huller i staters skattelovgivninger har bidraget til. På baggrund af dette, kombineret med at mange staters lovgivning på skatteområdet kan føres årtier tilbage, initierede OECD BEPS-projektet⁹⁰, som har til formål at danne fundament for fælles skatteregler for stater verden over. Af særlig relevans for nærværende afhandling er BEPS rapport 3, som adresserer området for CFC-beskatning, og som kommer med anbefalinger til staters CFC-regulering. BEPS rapport 3 adresserer blandt andet definitionen af CFC-indkomst, hvilket anses særligt relevant for afhandlingen⁹¹.

⁹⁰ Jf. BEPS rapport 3, forord.

⁹¹ Jf. BEPS rapport 3, kapitel 4.

BEPS rapport 3 anbefaler, at staters nationale CFC-regler skal indeholde en definition af CFC-indkomst, som vil medføre, at indtægter, som rejser en reel trussel for BEPS⁹², bliver allokeret til rette skattejurisdiktion⁹³, hvorefter rapporten kommenterer på konkrete indkomsttyper, som vurderes at udgøre en BEPS-trussel⁹⁴. Af særlig relevans for nærværende afhandling inkluderes royalties og immaterielle aktiver under disse indkomsttyper, hvilket begrundes i, at immaterielle aktiver er yderst mobile, hvorfor indtægter relateret dertil nemt kan flyttes fra den stat, hvori værdien er skabt, til lavskattelande⁹⁵. Ydermere bemærkes det i BEPS rapport 3, at risikoen for, at der manipuleres med immaterielle aktiver, er særligt høj grundet aktivernes unikke natur, samt den vanskelighed der foreligger ved værdiansættelsen af disse⁹⁶. I forlængelse heraf fremgår det af BEPS rapport 3, at stater har en tendens til at indtage en mekanisk tilgang i forbindelse med opgørelsen af CFC-indkomst, betydende at indtægter klassificeres efter rent juridiske klassifikationer. Ved anvendelse af juridiske indtægtsklassifikationer i forbindelse med indkomstopgørelsen, vil selskabers indtægter direkte relateret til immaterielle aktiver kategoriseres som CFC-indkomst, eksempelvis royaltybetalinger⁹⁷, hvorimod indkomst fra salg af varer og serviceydelser vil betragtes som værende rutine-indkomst⁹⁸, som ikke skal henføres til CFC-indkomsten.

BEPS rapport 3 udtrykker en bekymring for, at immaterielle aktiver kan indtage flere former, og at sådanne aktiver kan udnyttes på mange måder⁹⁹, hvorefter det tilføjes, at BEPS-truslen i relation til royalties og immaterielle aktiver særligt skal findes i de situationer, hvor indkomst fra immaterielle aktiver indlejres i salgsindkomsten fra varer eller serviceydelser, og dermed, som resultat af en indkomstopgørelse baseret på juridiske klassifikationer, ikke vil defineres som værende CFC-indkomst.

⁹² Jf. BEPS rapport 3, afsnit 4.1.

⁹³ Jf. BEPS rapport 3, afsnit 4.2.1.1.

⁹⁴ Ved BEPS-trussel forstås situationer hvorved der foreligger en særlig risiko for *Base Erosion and Profit Shifting*

⁹⁵ Jf. BEPS rapport 3, afsnit 4.2.1.1.

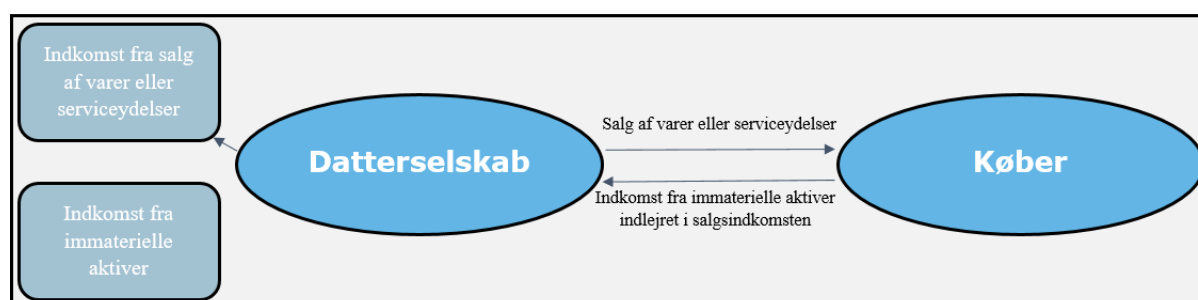
⁹⁶ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.4.2.

⁹⁷ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.4.1.

⁹⁸ Rutine-indkomst dækker over et selskabs indkomst på baggrund af selskabets normalt udførte funktioner, herunder produktion samt salg af varer eller serviceydelser.

⁹⁹ Jf. BEPS rapport 3, afsnit 4.2.1.1.

Figur 2: Immaterielle aktiver indlejret i salgsindkomst fra varer og serviceydelser



Kilde: af egen tilvirkning

Ovenstående problemstilling adresseres i BEPS rapport 3 gennem en anbefaling til stater om at udvide deres nationale regler, således at CFC-indkomstbegrebet udvides til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver. Denne udvidelse dækker netop over situationer, hvor et selskab generer indkomst på baggrund af et immaterielt aktiv, men hvor indkomsten herfor indlejres i salgsindkomsten for en vare eller en serviceydelse. Det bemærkes, at anden indkomst fra immaterielle aktiver både kan genereres i de tilfælde, hvor tredjemand opnår en brugsret til et immaterielt aktiv, givet at der ikke er taget særskilt stilling til en royaltybetaling, samt i de tilfælde hvor selskabets immaterielle aktiv tilføjer en merværdi til en indgået transaktion på trods af, at tredjemand ikke opnår en brugsret til det immaterielle aktiv. Udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet vil medføre, at den del af betalingen, som kan henføres til et selskabs immaterielle aktiver, skal medregnes til CFC-indkomsten, hvorefter selskaber ikke vil have mulighed for at maskere indkomst relateret til et immaterielt aktiv som indkomst fra salg af varer eller serviceydelser¹⁰⁰. Det må herefter vurderes, at der efter anbefalingerne i BEPS rapport 3 ikke vil være adgang til at udarbejde indkomstopgørelser baseret på rene juridiske klassifikationer, men at multinationale koncerner skal analysere datterselskabers vare- samt serviceydelsestransaktioner nærmere med henblik på at udskille datterselskabernes anden indkomst fra immaterielle aktiver.

BEPS rapport 3 skal som benævnt anses som en række anbefalinger, og det anerkendes af OECD, at det er op til den enkelte stat at afgøre, hvordan implementeringen af CFC-regler kan ske i overensstemmelse med nationale regler. I forlængelse heraf var der ved udarbejdelsen af anbefalingerne et særligt fokus på, at alle jurisdiktioner skulle have mulighed for at implementere anbefalingerne, herunder medlemsstater af EU, som samtidig skal overholde de grundlæggende frihedsrettigheder, som etableret på det indre marked. For overensstemmelse med frihedsrettighederne anbefaler BEPS rapport 3 to løsninger til, hvordan medlemsstaterne kan opnå dette. Den første løsning består af en

¹⁰⁰ Jf. BEPS rapport 3, afsnit 4.2.1.1.

substansundtagelse, hvorefter reelle etableringer, som har til formål at udøve faktisk økonomisk virksomhed i værtsmedlemsstaten, undtages fra CFC-beskatning. Dernæst nævnes en implementeringsform, hvorefter der ikke skelnes mellem henholdsvis udenlandske og nationale datterselskaber¹⁰¹. Som bemærket er denne anden regulatoriske løsning netop den, som Danmark i kølvandet på *Cadbury Schweppes* valgte at implementere i national ret, og BEPS rapport 3 nævner da også Danmark som den ene stat, der har valgt denne regulatoriske løsning for at imødekomme EU-konformitet¹⁰².

3.2 ATAD

På baggrund af BEPS-projektet fremlagde Europa-Kommissionen ATAD den 28. januar 2016, som efterfølgende blev vedtaget af Det Europæiske Råd den 20. juni samme år. ATAD's bestemmelser omhandlende CFC-regler følger anbefalingerne i BEPS rapport 3, hvorefter det for medlemsstaterne er obligatorisk at implementere CFC-regler i national lovgivning. Direktivet bemærker, at de fremsatte regler skal kunne implementeres i medlemsstaternes 28 forskellige selskabsskattesystemer, hvorfor reglerne er begrænset til generelle bestemmelser¹⁰³.

Behovet for regulering på de fremsatte områder, herunder CFC-beskatning, er ifølge ATAD at sikre, at selskaber beskattes i den medlemsstat, hvor selskabernes overskud samt værdi skabes¹⁰⁴. Ydermere var det Kommissionens vurdering, at medlemsstaternes potentielle unilaterale handlinger, på baggrund af BEPS-projektet, ville medføre en utilstrækkelig og uhensigtsmæssig håndtering af formålet om at modvirke multinationale koncerners aggressive skatteplanlægning¹⁰⁵.

Direktivets bestemmelser er minimumskrav, hvilket giver medlemsstater adgang til at implementere nationale regler, der har til hensigt at sikre en større grad af beskyttelse¹⁰⁶. CFC-reglerne er at

¹⁰¹ Jf. BEPS rapport 3, afsnit 1.2.2.

¹⁰² Jf. BEPS rapport 3, afsnit 1.2.1.1.

¹⁰³ Jf. ATAD's præambel, paragraf 3.

¹⁰⁴ Jf. ATAD's præambel, paragraf 1.

¹⁰⁵ Denne vurdering blev begrundet med risikoen for politiske kontroverser, forvridninger i markedet, samt yderligere huller og mismatch i det internationale skattesystem, jf. meddelelse fra kommissionen til Europa-Parlamentet og Det Europæiske Råd, d. 28. januar 2016, afsnit. 2.

¹⁰⁶ Jf. ATAD art. 3.

finde i direktivets artikel 7 og 8, hvoraf artikel 7 opstiller to modeller for, hvordan medlemsstater har mulighed for at implementere CFC-reglerne, henholdsvis model a og b. Under model a skal en række typer af ikke-udloddet indkomst medregnes, herunder anden indkomst fra immaterielle aktiver. Under denne model kan medlemsstater undlade at behandle et datterselskab som et CFC-selskab, såfremt selskabets CFC-indkomst udgør en tredjedel eller mindre af selskabets samlede indkomst¹⁰⁷. Model a giver mulighed for at undtage et datterselskab, såfremt datterselskabet udøver en væsentlig økonomisk aktivitet, hvilket populært betegnes som en substansundtagelse. Det bemærkes, at denne undtagelse følger af direktivets minimumsimplementering, som Danmark, efter de foreslåede ændringer i L 48, ikke har begrænset sig til. Direktivets model a inkluderer anden indkomst fra immaterielle aktiver¹⁰⁸, men bibringer ikke nærmere retningslinjer eller fortolkningsbidrag til forståelsen af denne nye CFC-indkomstkategori. Model b medregner datterselskabets indkomst, hidrørende fra ikke-reelle arrangementer oprettet med det formål at opnå en skattefordel¹⁰⁹. Et datterselskab, som omfattes af artikel 7, stk. 1, skal medregne anden indkomst fra immaterielle aktiver, hvilket følger af anbefalingen fra BEPS rapport 3. Direktivets artikel 8 indeholder nærmere regler om retsvirkningen ved at være omfattet af CFC-reglerne afhængig af den valgte model.

3.3 L 48

CFC-reglerne efter ATAD er i en dansk kontekst foreslået implementeret via L 48, hvis beskrivelse af anden indkomst fra immaterielle aktiver ligger tæt op ad selvsamme i BEPS rapport 3 samt i ATAD. Hermed foreslås CFC-indkomstbegrebet udvidet i dansk ret til at indeholde denne nye CFC-indkomstkategori. Ændringerne af CFC-reglerne er baseret på model a, jf. ovenstående afsnit, dog uden inddragelse af en substansundtagelse. Skatteministeriet har i forlængelse heraf udtalt, at en justering af de danske CFC-regler med udgangspunkt i model b ville medføre en væsentlig svækkelse af de danske CFC-regler, eftersom moderselskabet herefter alene skal medregne den del

¹⁰⁷ Jf. ATAD art. 7, stk. 2, litra a.

¹⁰⁸ Det noteres, at den danske oversættelse af ATAD oversætter 'other income generated from intellectual property' til anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder, modsat den gængse oversættelse 'anden indkomst fra immaterielle aktiver'. De to oversættelser vurderes ikke at indeholde materielle forskelle, hvorfor de to begreber sidestilles.

¹⁰⁹ Jf. ATAD art. 7, stk. 2, litra b.

af indkomsten, der hidrører fra arrangementer, der ikke er reelle, og som er oprettet med det hovedformål at opnå en skattefordel¹¹⁰.

I overensstemmelse med BEPS rapport 3 og ATAD noteres det i bemærkningerne til L 48, at udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet særligt implementeres med henblik på at kunne inkludere anden indkomst fra immaterielle aktiver, som realiseres ved datterselskabers salg af varer eller serviceydelser. Anden indkomst fra immaterielle aktiver skal i det lys ses som den merværdi, der skabes i en transaktion på baggrund af datterselskabets immaterielle aktiver, uden at der beregnes et særskilt vederlag herfor¹¹¹. Denne værdi kan siges at reflektere den del af varens pris, som kunne have været oppebåret i royalties, såfremt den anden indkomst fra immaterielle aktiver ikke var indlejret i salgsindkomsten fra varen eller serviceydelsen¹¹². OECD adresserer, som nævnt ovenfor, at udvidelsen er nødvendig, eftersom stater hidtil har anvendt en juridisk klassifikation af indkomsttyper, hvorfor der for selskaber har været bred adgang til at indlejre anden indkomst fra immaterielle aktiver netop på ovenstående vis. Dette synspunkt anerkendes i bemærkningerne til L 48, som tager problemstillingen op og direkte henviser til, at implementeringen følger af observationen foretaget af OECD i BEPS rapport 3¹¹³.

Skatteministeriet anerkender nødvendigheden af internationale tiltag, såfremt international skatteundgåelse skal bekæmpes effektivt og anser det som værende positivt, at de væsentligste anbefalinger, som følge af BEPS-projektet, er blevet gjort obligatoriske for medlemsstaterne via ATAD¹¹⁴. Skatteministeriet hæfter sig dog som samtidig ved, at Danmark i mange år har været på forkant med bekæmpelse af skatteundgåelse og fortsat skal være et foregangsland på området i fremtiden¹¹⁵. Udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet er, som angivet ovenfor, en del af ATAD's minimumsimplementering, hvorfor denne justering er nødvendig. Samtidig er det dog lovgivers vurdering, at såfremt man holder sig til minimumsimplementeringen i ATAD, og derved indfører en substansundtagelse for datterselskaber, da vil det medføre en svækkelse af de gældende danske regler, hvilket vurderes at ville medføre et tab af skatteindtægter i milliardklassen for den danske

¹¹⁰ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 2.1.2.4, L 48.

¹¹¹ Jf. lovforslagets bemærkninger til enkelte bestemmelser, nr. 14, L 48.

¹¹² Jf. lovforslagets bilag 11, L 48.

¹¹³ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 2.1.2.4, L 48.

¹¹⁴ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 1.1, L 48.

¹¹⁵ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 1.1, L 48.

stat. Endvidere bemærker Skatteministeren, at en substansundtagelse vil være svær håndterbar for Skatteforvaltningen, eftersom der vil skulle foretages konkrete vurderinger af, hvorvidt et datterselskab indeholder substans, hvilket vil medføre signifikante administrationsomkostninger. Derimod anfører det danske erhvervsliv, at udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver, kombineret med en manglende substansundtagelse, vil have utilsigtede konsekvenser for danske multinationale koncerners administrative omkostninger og konkurrenceevne¹¹⁶.

Ovenstående gennemgang af anden indkomst fra immaterielle aktiver under BEPS rapport 3, ATAD samt den foreslåede implementering i dansk ret ved L 48, efterlader et bredt skøn til den enkelte fortolker i forhold til, hvordan de foreslåede ændringer skal håndteres i praksis. CFC-indkomstkategoriens korte levetid, samt det faktum at der ikke er udstedt konkrete retningslinjer for, hvordan ændringen skal tilgås, har resulteret i, at der endnu ikke kan siges at være nået en fælles forståelse for, hvordan anden indkomst fra immaterielle aktiver skal håndteres, herunder hvilke analyser danske multinationale koncerner skal udarbejde for datterselskabers transaktioner, således at de danske skattemyndigheder anser disse som værende tilstrækkelige. På baggrund af BEPS rapport 3, sammenholdt de almindelige lovbemærkninger i L 48, må det dog vurderes, at udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver er nødvendig, eftersom der hidtil har været bred adgang for selskaber til at indlejre indkomst genereret på baggrund af et immaterielt aktiv i salgsindkomsten fra varer og serviceydelser.

3.3.1 Retspraksis

Som noteret ovenfor er anden indkomst fra immaterielle aktiver et nyt begreb, som der endnu ikke er udarbejdet konkrete retningslinjer til, i relation til selskabers opgørelse af indkomstkategorien i praksis. Det er forfatterens betragtning, at der på tidspunktet for afhandlingens udarbejdelse ikke foreligger dansk retspraksis, som behandler anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det bemærkes dog, at der eksisterer udenlandsk retspraksis, som danske multinationale koncerner vil kunne søge inspiration i ved opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver.

Den udenlandske retspraksis omhandler opdelingen af en transaktion med henblik på at udskille en særskilt betaling for et immaterielt aktiv, hvilket anses at være samme øvelse, som påkræves for at vurdere værdien af anden indkomst fra immaterielle aktiver i en transaktion. Konkret er der tale

¹¹⁶ For nærmere gennemgang af ovenstående bekymringspunkter henvises til afhandlingens kapitel 5.

om to udenlandske domme, hvor Coca-Cola er blevet prøvet af henholdsvis de spanske- og israelske skattemyndigheder. Disse sager fandt sted i henholdsvis 2013 og 2017 og har tidligere været behandlet i dansk litteratur¹¹⁷. Bevæggrunden for disse domme skal findes ved de respektive skattemyndigheders betragtninger om, at varetransaktioner havde fundet sted til priser over markedsniveau, hvorefter skattemyndighederne i begge sager argumenterede for, at en del af prisen skulle betragtes som værende en royaltybetaling. Dommenes daværende relevans skal findes ved, at der i mange stater opkræves kildeskatter på royaltybetalinger, hvorimod der ikke pålægges kildeskatter på indtægter, som relaterer sig til salg af varer eller serviceydelser.

3.3.1.1 Opdeling af indkomst

Den første af de to domme involverede Coca-Cola koncernen samt de spanske skattemyndigheder og omhandlede muligheden for at foretage justeringer af indkomst fra en transaktion, herunder adgangen til at opdele indkomst til enkelte komponenter, eksempelvis en royaltybetaling¹¹⁸.

En uafhængig spansk distributør af Coca-Cola produkter købte et koncentrat fra selskaber fra Coca-Cola koncernen og argumenterede for, at transaktionerne måtte betragtes som rene varekøb. Den spanske distributør understregede ydermere, at transaktionerne var indgået mellem uafhængige parter, hvorfor betalingen måtte accepteres i dens form. De spanske skattemyndigheder var af den modsatte holdning, navnlig at salgsindkomsten indeholdt en indlejret royaltybetaling, og at dele af indkomsten derfor skulle klassificeres herefter.

Den spanske højesteret måtte tage stilling til sagen, hvorefter Højesteret støttede ret på pkt. 11.6 i kommentarerne til modeloverenskomsten samt pkt. 6.17 i Transfer Pricing Guidelines og bemærkede på baggrund heraf, at skattemyndighederne, *uanset* parternes uafhængighed, havde adgang til at foretage en ændring af indkomstens klassifikation, således at betalingen blev opdelt i henholdsvis en varebetaling samt en royaltybetaling.¹¹⁹ I den anden sag var parterne Coca-Colas samt de israelske skattemyndigheder, og sagen behandlede ligeledes spørgsmålet om, hvorvidt en betaling

¹¹⁷ Jf. Kjølby Nielsen, Troels, 2018, The consequences of including embedded royalties as “other income from intangibles”.

¹¹⁸ Den spanske højesteret, 03. oktober 2013, (Coca-Cola), som gengivet i Kjølby Nielsen, Troels, 2018, The consequences of including embedded royalties as “other income from intangibles”.

¹¹⁹ Det bemærkes, at sagen blev afvist på baggrund af administrative fejl, grundet af skattemyndighederne til brug for deres argumentation støttede ret på data fra hemmelige databaser (secret comparables).

kunne opdeles med henblik på at isolere en royaltybetaling, hvilket i tråd med den spanske dom blev vurderet muligt¹²⁰.

Den spanske dom behandler to problemstillinger, som er særligt interessante for nærværende afhandling, og understøtter behovet for udvidelsen af CFC-indkomstkategorien til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver, eftersom dommen viser, at selskaber har maskeret indkomst fra immaterielle aktiver ved at indleje disse i salgsindkomsten fra salg af varer. Det er centralt, at indkomster kan opdeles og re-klassificeres, hvilket danske multinationale koncerner må vurdere som den logiske fremgangsmåde til opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver. Ydermere understøtter dommen anvendeligheden af Transfer Pricing Guidelines til opdeling af indkomster fra transaktioner indgået mellem uafhængige parter, hvilket understøttes af bemærkningerne til L 48, hvorefter selskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver skal opgøres efter almindelige transfer pricing-principper¹²¹. Denne betragtning har relevans for nærværende afhandlings gennemgående eksempel vedrørende et datterselskabs transaktioner med tredjemand, som vil præsenteres i afhandlingens afsnit 3.5.

Under de to sager bemærkes det, at skattemyndighederne ikke udtalte sig nærmere om, hvorledes opdelinger af indkomst rent praktisk måtte tilgås. Denne manglende afklaring er, som diskuteret under gennemgangen af BEPS-rapporten, ATAD samt L 48, gennemgående, og efterlader en fortsat stor udfordring for danske multinationale koncerner ved opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver.

3.4 Royaltybegrebet og anden indkomst fra immaterielle aktiver

På baggrund af ovenstående gennemgang af BEPS rapport 3, ATAD samt den foreslåede implementering af CFC-reglerne i dansk ret ved L 48, må det vurderes, at ændringerne til værnsreglerne, herunder udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver, kommer til at medføre markante ændringer i måden, hvorpå danske multinationale koncerner foretager opgørelser af datterselskabers indkomstopgørelser. Manglende retningslinjer for hvordan dette i praksis skal håndteres, sammenholdt med at CFC-indkomstkategorien ikke er prøvet af i det danske retssystem, må vurderes at efterlade et skøn til danske multinationale koncerner

¹²⁰ Som gengivet i Levi-Weinrib, la, 2017, Coca Cola fails to dissuade Israel Tax Authority on huge debt & Kjølbj Nielsen, Troels, 2018, The consequences of including embedded royalties as “other income from intangibles.

¹²¹ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 2.1.2.4, L 48

for, hvordan analyser af datterselskabers transaktioner skal udarbejdes. På baggrund af bemærkningerne til L 48 om anvendelse af Transfer Pricing Guidelines til opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver, sammenholdt den gennemgåede udenlandske retspraksis, anses det som værende essentielt for danske multinationale koncerner at have et dybdegående kendskab til forskellige typer af immaterielle aktiver, således at disse kan sondres imellem. Dette vurderes nødvendigt eftersom ikke al indkomst, som kan henføres til selskabets immaterielle aktiver, skal kategoriseres som CFC-indkomst, hvorfor identifikationen af, hvilket immaterielt aktiv en indkomst skal henføres til, kan være afgørende for, hvorvidt et selskab opfylder indkomstbetingelsen eller ej¹²². I de følgende afsnit vil forfatterne komme med en juridisk analyse af det nærmere indhold af det nye CFC-indkomstbegreb, herunder en gennemgang af royaltybegrebet samt udvalgte relevante immaterielle aktiver.

3.4.1 Royaltybegrebet

I følgende afsnit vil forfatterne forsøge at klarlægge, hvad royaltybegrebet indeholder, samt hvordan begrebets omfang skal forstås. Det bemærkes, at selskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver ikke kategoriseres som en royalty, men at de to CFC-indkomstkategorier skal ses som værende særskilte. Det vurderes dog nødvendigt at undersøge royaltybegrebet nærmere, eftersom de to CFC-indkomstkategorier er nært beslægtede. Dette kan udledes af den tekniske gennemgang af L 48, hvori anden indkomst fra immaterielle aktiver beskrives som den indkomst, der kunne have været oppebåret i royalties, såfremt indkomst relateret til selskabets immaterielle aktiver ikke var indlejret i selskabets salgsindkomst fra varer og serviceydelser¹²³. På baggrund af ovenstående vurderes det nødvendigt for forståelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver at analysere royaltybegrebet nærmere.

Royaltybegrebet er defineret i kildeskattelovens § 65 C, stk. 4 og omfatter ”(..) *Betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende ethvert patent, varemærke, mønster eller model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller som vederlag for oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer*”. Definitionen svarer

¹²² For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 2.2.

¹²³ Jf. lovforslagets bilag 11, L 48.

delvist til royaltydefinitionen i modeloverenskomstens art. 12, stk. 2¹²⁴, der dog ydermere omfatter vederlag for brugen af et litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde¹²⁵. Royaltybegrebet er endvidere indeholdt i de danske CFC-regler, hvilket følger af den foreslåede justering af SEL § 32, stk. 5 nr. 3, efter L 48, hvorefter vederlaget for brugen af skattepligtige royalties ligeledes er delvist sammenfaldende med modeloverenskomstens definition. Forskellen på de to definitioner skal findes ved, at de danske CFC-regler inkluderer CO2-kvoter samt CO2-kreditter.

For en bredere forståelse af royaltybegrebet er det derfor hensigtsmæssigt at undersøge modeloverenskomstens kommentarer nærmere. Det noteres, at modeloverenskomsten ligeledes kan anvendes til at opnå en bredere forståelse af udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver, eftersom definitionerne er delvist sammenfaldende, jf. netop ovenfor. Modeloverenskomsten anvendes herefter som fortolkningsbidrag¹²⁶ til forståelsen af royaltybegrebet samt anden indkomst fra immaterielle aktiver.

Som beskrevet ovenfor kan en royaltybetaling og anden indkomst fra immaterielle aktiver ikke sidestilles, eftersom det er en forudsætning for, at en given betaling falder ind under royaltybegrebet, at erhververen opnår en brugsret til det immaterielle aktiv mod en betaling¹²⁷, med andre ord, en særlig form for lejebetaling¹²⁸. En overførsel af ejendomsretten til det immaterielle aktiv falder derfor uden for royaltybegrebet, idet der ikke vil være tale om et vederlag for brugsretten til det immaterielle aktiv¹²⁹ men derimod en betaling for en overførsel af selve ejendomsretten. Vurderingen af, om der opnås en brugsret, afhænger af flere momenter, herunder det kontraktuelle forhold mellem ejeren og brugstageren af det immaterielle aktiv. En royalty kan eksempelvis omfatte en aftale, hvorved ejeren af et immaterielt aktiv, giver en kontraherende part en eksklusivret til brugen

¹²⁴ Det bemærkes, at royaltydefinitionen blev indsat i dansk ret ved L 1987 309, og var på gældende tidspunkt i overensstemmelse med den dagældende art. 12 i modeloverenskomsten, jf. Karnovs noter til KSL § 65 C.

¹²⁵ Dette omfatter forfatterroyalty og royalties for brug af musik, spillefilm, video mv, jf. den juridiske vejledning C.F.3.1.9.

¹²⁶ For nærmere gennemgang af retskildeværdien af OECD's modeloverenskomst med kommentarer henvises til afhandlingens afsnit. 1.4.1.

¹²⁷ ”Betaling” skal i relation til royalties fortolkes bredt, hvorfor det ikke er en forudsætning at der er tale om et kontant vederlag, jf. modeloverenskomstens art. 12, pkt. 8.3.

¹²⁸ Jf. OECD's modeloverenskomst med kommentarer, art. 12, pkt. 1.

¹²⁹ Jf. OECD's modeloverenskomst med kommentarer, art. 12, pkt. 8.2.

af et immaterielt aktiv¹³⁰, hvorefter andre afskæres fra at anvende dette¹³¹. Derimod vil der ikke være tale om en royalty i situationer, hvor en part betaler for udviklingen af et immaterielt aktiv med formål om at patentere det. Dette vil ikke udgøre en royaltybetaling, da en royaltybetaling forudsætter, at det immaterielle aktiv eksisterer på aftaletidspunktet¹³².

Ved anden indkomst fra immaterielle aktiver er det, modsat royalties, ikke en forudsætning at den kontraherende part opnår en brugsret til det immaterielle aktiv, hvorfor det vurderes, at royaltybegrebet ikke rummer anden indkomst fra immaterielle aktiver, og at tilføjelsen af denne indkomstkategori derfor må anses som nødvendig, hvilket understøttes af BEPS rapport 3 og betragtningerne som følger heraf¹³³. Dette bekræfter vurderingen af, at anden indkomst fra immaterielle aktiver er en ny indkomstkategori, hvis omfang der endnu ikke er dannet en klar forståelse for. I den følgende gennemgang af anden indkomst fra immaterielle aktiver, vil den nye indkomstkategori blive behandlet nærmere, herunder med fokus på indkomstkategoriens indhold og omfang.

3.4.2 Anden indkomst fra immaterielle aktiver

Med udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver efterlades danske multinationale koncerner i en vanskelig situation, da der er tale om en hidtil udefineret indkomstkategori, jf. ovenfor, hvorfor der ikke vil kunne søges inspiration i tidligere bogføring eller indkomstopgørelser ved opgørelsen heraf. På baggrund af dette, vil der ved udarbejdelsen af indkomstopgørelsen for danske multinationale koncerners datterselskaber være efterladt en grad af usikkerhed. På baggrund heraf vil forfatterne i det følgende afsnit identificere og analysere udvalgte immaterielle aktiver, der er relevante ved udarbejdelse af indkomstopgørelsen for et datterselskab, eftersom der på nuværende tidspunkt ikke er udstukket retningslinjer for, hvorledes denne opgørelse af anden indkomst fra immaterielle aktiver skal foretages, sammenholdt med at litteraturen vedrørende indkomstkategorien fortsat er sparsom.

¹³⁰ Patenter er endvidere omfattet af anden indkomst fra immaterielle aktiver i den foreslåede justering af SEL § 32, stk. 5, nr. 3. For nærmere gennemgang af patenter som immaterielle aktiver henvises til afhandlingens afsnit 3.4.2.3.

¹³¹ Jf. OECD's modeloverenskomst med kommentarer, art. 12, pkt. 8.5.

¹³² Jf. OECD's modeloverenskomst med kommentarer, art. 12, pkt. 10.2.

¹³³ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.1.

3.4.2.1 Generelt om immaterielle aktiver

Immaterielle aktiver er en af de væsentligste kilder for multinationale koncerners opnåelse af vedvarende konkurrencefordele, hvorfor selskaber i høj grad er afhængige af immaterielle aktiver for at forblive relevante på et givent marked¹³⁴. Danske multinationale koncerner har ikke hidtil været underlagt en pligt til at foretage en udskillelse af datterselskabers enkelte underliggende immaterielle aktiver til en særskilt skattemæssig behandling i forbindelse med indgåede transaktioner. Den skatteretlige behandling af immaterielle aktiver er typisk hæendt i forbindelse med en virksomheds-overdragelse, hvorefter de overtagne immaterielle aktiver i praksis tidligere er blevet kategoriseret som værende goodwill¹³⁵.

Under opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver, vil det være af afgørende betydning for danske multinationale koncerner at foretage udskillelsen af de relevante immaterielle aktiver i forbindelse med datterselskabers indkomstopgørelse. Det skyldes, at forskellige klassifikationer af selskabets immaterielle aktiver vil kunne resultere i signifikante forskelle i selskabets opgjorte CFC-indkomst og dermed forskellige resultater for, hvorvidt indkomstbetingelsen opfyldes eller ej.

Definitionen af immaterielle aktiver har tidligere givet anledning til besvær, når der har skullet foretages en afgrænsning af begrebet. Dette skyldes, at immaterielle aktiver er kendetegnet ved at have en unik karakter, hvorfor de kan være svært sammenlignelige, resulterende i situationer hvor de immaterielle aktiver forveksles. Indenfor dansk skatteret er det ikke muligt at udlede en generel definition af immaterielle aktiver, hvor de centrale bestemmelser herom kan findes i afskrivningslovens ('AL') § 40, stk. 1 og 2. I henhold til AL § 40 må blandt andre følgende anses som værende immaterielle aktiver; goodwill¹³⁶, knowhow samt patenter¹³⁷, hvilke endvidere danner grundlag for nærværende afhandlings analyse- samt fortolkningsafsnit¹³⁸. Definitionen i AL § 40 kan afvige fra

¹³⁴ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 352.

¹³⁵ Jf. Wittendorf, Jens, 2007, Transfer pricing og immaterielle aktiver, hvor det bemærkes at goodwill har været anvendt som en samlebetegnelse for et selskabs immaterielle aktiver, medmindre enkelte immaterielle aktiver særskilt er blevet identificeret anderledes. Dette kunne omfatte patenter og know-how.

¹³⁶ Jf. AL § 40, stk. 1.

¹³⁷ Jf. AL § 40, stk. 2.

¹³⁸ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.4.2 og 3.5.

den civilretlige afgrænsning og er endvidere ikke udtømmende¹³⁹. Ved salg eller opgivelse af et immaterielt aktiv skal fortjeneste eller tab medregnes i et selskabs skattepligtige indkomst, hvorefter fortjenesten opgøres som forskellen mellem afståelsessummen og anskaffelsessummen, jf. AL § 40, stk. 6. Fortjenester eller tab ved afståelse af de immaterielle aktiver nævnt i den foreslåede SEL § 32, stk. 5, nr. 3, skal endvidere anses for at være CFC-indkomst.

På trods af at Transfer Pricing Guidelines er tiltænkt transfer pricing-anliggender¹⁴⁰, bidrager disse til forståelsen af afhandlingens udvalgte immaterielle aktiver. Det gentages, at lovbemærkningerne til L 48 bemærker, at transfer pricing-metoder skal anvendes til at udskille merværdien tilført til indgåede transaktioner af immaterielle aktiver, som udgør anden indkomst¹⁴¹. Der er ikke givet nærmere forklaring på, hvorledes transfer pricing-reglerne skal finde anvendelse i et andet skatteretligt regime, hvilket efterlader danske multinationale koncerner med et skønrum til vurderingen herom. OECD fastsætter i Transfer Pricing Guidelines en autonom definition af immaterielle aktiver, som værende et aktiv kendetegnet ved, i) at der ikke er tale om et fysisk eller finansielt aktiv, ii) at det kan ejes og kontrolleres, iii) at det anvendes kommercielt, og iv) at der vil blive ydet betaling for brugen eller overdragelsen i en transaktion mellem uafhængige parter under sammenlignelige omstændigheder¹⁴².

Den foreslåede justering af CFC-indkomstbegrebet i SEL § 32, stk. 5, nr. 3 er udtømmende, men bidrager ikke nærmere til forståelsen af indholdet af de enkelte oplistede immaterielle aktiver. I det følgende afsnit vil der derfor blive foretaget en analyse af udvalgte relevante immaterielle aktiver med henblik på en dybere forståelse af indholdet af CFC-indkomstkategorien, anden indkomst fra immaterielle aktiver. Analysen vil omfatte behandle know-how og patenter, som begge kategoriseres som CFC-indkomst, men også goodwill, et immaterielt aktiv som ikke genererer CFC-indkomst, jf. den udtømmende liste i den foreslåede SEL § 32, stk. 5, nr. 3¹⁴³. Årsagen til at goodwill

¹³⁹ Jf. den juridiske vejledning, C.D.11.6.1.

¹⁴⁰ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.13.

¹⁴¹ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 2.1.2.4, L 48.

¹⁴² Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.6.

¹⁴³ Dette bekræftes endvidere af lovforslagets bemærkninger til de enkelte bestemmelser, nr. 14, L 48 sammenholdt SKM 2014.830 SR, hvor Skatterådet bekræftede, at den del af afståelsessummen der kunne henføres til selskabets goodwill, ikke skulle medregnes i CFC-indkomsten.

er undladt herfra er at CFC-indkomst udgøres af mobile immaterielle og finansielle aktiver, som nemt kan flyttes over landegrænser, hvilket ikke er tilfældet for goodwill¹⁴⁴.

Nedenstående analyser af know-how, patenter samt goodwill udarbejdes for at skabe et fundament til den videre fortolkning af, hvordan danske multinationale koncerner rent praktisk skal opgøre datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det findes nødvendigt at bemærke, at immaterielle aktiver såsom varemærker og ophavsrettigheder ikke er behandlet nærmere i nærværende afhandling. Dette begrundes med begrænsningerne til afhandlingens tilladte sideantal, hvorefter forfatterne har udvalgt de immaterielle aktiver, som vurderes at medføre flest fortolkningsmæssige vanskeligheder i relation til afhandlingens gennemgående eksempel, jf. afsnit 3.5.

3.4.2.2 Know-how

Anden indkomst fra immaterielle aktiver omfatter i den foreslåede SEL § 32, stk. 5, nr. 3, efter L 48, blandt andet indkomst hidrørende fra *"(...) oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer(...)"*. Denne type indkomst betegnes populært som værende know-how. Begrebet know-how har i litteraturen givet anledning til fortolkningsproblemer, hvilket har medført en række varierende definitioner¹⁴⁵. I en dansk skatteretlig kontekst er know-how defineret i afskrivningslovens § 40, stk. 2, som værende en *"særlig fremstillingsmetode eller lignende"*. Derudover er know-how blevet beskrevet i forbindelse med et udstedt cirkulære omhandlende den dagældende Selskabsskattelov¹⁴⁶, hvori know-how defineres som værende alle ikke-afslørede tekniske informationer. I forlængelse heraf skal disse tekniske informationer, for at kunne defineres som know-how, være nødvendige for den industrielle fremstilling af et produkt eller en proces. Endeligt defineres know-how at udgøre det, som en producent ikke kan lære og erfare ved blot at foretage en undersøgelse af et bestemt produkt¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Jf. SKM 2014.830 SR. For nærmere gennemgang af karakteristika for goodwill henvises til afhandlingens afsnit 3.4.2.4.

¹⁴⁵ Jf. OECD's modeloverenskomst med kommentarer, art. 12 pkt. 11.

¹⁴⁶ Jf. Cirkulære 1988-11-07 nr. 136 om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (Selskabsskatteloven).

¹⁴⁷ Jf. Cirkulære 1988-11-07 nr. 136, pkt. 21.

Ovenstående er sammenfaldende med ordlyden af royaltydefinitionen i art. 12, stk. 2 i modeloverenskomsten¹⁴⁸, hvor know-how endvidere er omfattet. Af modeloverenskomstens kommentarer kan det udledes, at know-how omfatter oplysninger, som ikke er patenteret, registreret som varemærke, og som ikke falder ind under de øvrige kategorier for immaterielle aktiver¹⁴⁹. Ydermere bemærkes det, at know-how beskrives som et immaterielt aktiv, der tilfører værdi til et selskabs kommercielle aktiviteter, hvorefter en økonomisk fordel kan opnås¹⁵⁰. For multinationale koncerner vil brugen af know-how spille en betydelig rolle i koncernens konkurrencedygtighed og ekspertise, eftersom know-how deles på tværs af selskaber i koncernen. Overførslen af know-how vil dermed være essentiel med henblik på at skabe og øge værdi på tværs af den pågældendes koncerns værdikæde.

I forlængelse af ovenstående er det nærliggende at pointere, at der kan genereres indkomst på baggrund af ikke-unik know-how, hvilket ikke skal henføres til selskabets CFC-indkomst. Dette begrundes i, at ikke-unik know-how vil udgøre alment kendt viden, som dermed falder udenfor know-how begrebet.

For danske multinationale koncerner, som skal opgøre datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver, vil kommentarerne til modeloverenskomsten fungere som et udmærket fortolkningsbidrag ved opgørelsen af, hvorvidt en given indkomst kan kategoriseres som værende know-how eller ej. Det begrundes i, at der i kommentarerne fremsættes en række karakteristika, kendetegnende for know-how, suppleret med eksempler. Kommentarerne noterer blandt andet, at begrebet know-how ikke omfatter, at den ydende part stiller sine evner og arbejdskraft til rådighed for den kontraherende part, hvorved begrebet afgrænses fra almindelige serviceydelser. Denne sontring kan i praksis være svær at foretage, da der kan være kontraktuelle forhold med blandede ydelser¹⁵¹, hvorefter der både vil være elementer af unik know-how og serviceydelser. Det kan argumenteres for, at situationer som disse, har været medvirkende til udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver, hvilket OECD endvidere adresserer i BEPS rapport 3¹⁵².

¹⁴⁸ "Information concerning industrial, commercial or scientific experience".

¹⁴⁹ Jf. OECD's modeloverenskomst med kommentarer, art. 12 pkt. 11.

¹⁵⁰ Jf. OECD's modeloverenskomst med kommentarer, art. 12 pkt. 11.

¹⁵¹ Dette betegnes som "mixed contracts" i modeloverenskomstens kommentarer.

¹⁵² Jf. BEPS rapport 3, afsnit 4.2.1.1.

3.4.2.3 Patenter

Såfremt et selskab genererer indkomst på baggrund af et patent, vil indkomsten skulle henføres til selskabets CFC-indkomst¹⁵³. Patenter er omfattet af definitionen af immaterielle aktiver i AL § 40, stk. 2. I det følgende afsnit vil det immaterielle aktiv behandles nærmere.

I en dansk skatteretlig kontekst defineres et patent; *”En patentret er en registreret ret til at forbyde andre at udnytte en opfindelse kommercielt”*¹⁵⁴. Herudfra kan det udledes, at det er en betingelse for, at det immaterielle aktiv omfattes af patent-definitionen, at det pågældende patent er registreret. Herefter tilfalder en række rettigheder patentholderen, herunder en ret til at forhindre andre i at fremstille, sælge, importere eller bruge den patenterede opfindelse uden patenthaverens tilladelse. I Danmark kan der søges patent hos Patent- og Varemærkestyrelsen, hvorefter der gennemføres en ansøgningsproces. Såfremt ansøgningen godkendes, vil patentbeskyttelsen gælde i 20 år efter indlevering af patentansøgningen, forudsat at der betales et årligt gebyr.

Patenter er et af de aktiver, som Skatteministeriet har haft i søgelyset i en længere årrække grundet det immaterielle aktivs mobile karakter, betydende at dette relativt let vil kunne flyttes til et udenlandsk datterselskab, hvorefter datterselskabet kan generere indkomst på baggrund af patentet. De danske skattemyndigheder noterer, at danske multinationale koncerner vil kunne opnå skattefordele ved at placere patenter i lavskattelande, mens udviklingsomkostningerne placeres i højskattelande, såfremt der ikke var implementeret CFC-regler i national lovgivning¹⁵⁵. Særligt kendetegnende for patenter er det, at de er et resultat af risiko- og omkostningsfuldt forsknings- og udviklingsarbejde¹⁵⁶. BEPS-truslen vil, på baggrund af ovenstående, skulle findes ved, at der opnås fradrag for udviklingsomkostninger til et patent i Danmark, hvorefter patentet flyttes til et lavt beskattet land, betydende at indkomst, der genereres på baggrund af patentet, beskattes i det lavt beskattede land.

¹⁵³ Jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 3 som foreslået i L 48, hvorefter betalinger for enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende ethvert patent skal endvidere henføres til CFC-indkomsten (skattepligtige royalties), jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 5 som foreslået i L 48. Ydermere er patenter omfattet af royaltybegrebet i modeloverenskomstens art. 12.

¹⁵⁴ Jf. den juridiske vejledning C.C.6.4.2.1.

¹⁵⁵ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 2.1.1, L 48.

¹⁵⁶ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.19.

At indkomst genereret på baggrund af patenter har været i Skatteministeriets søgelys over en længere årrække kan endvidere udledes fra forslag om udvidelsen af CFC-indkomsten i 2007¹⁵⁷, hvor det blev foreslået, at salgsindtægter fra patenterede produkter skulle medregnes til CFC-indkomsten. Formålet var at inkludere indtægter fra varesalg, der under andre omstændigheder skulle have bestået af royaltyindtægter, hvilket er sammenfaldende med formålet med udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det noteres, at forslaget på daværende tidspunkt blev udeladt fra det endelige lovforslag¹⁵⁸.

I relation til opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver vil patenter give anledning til udfordringer for danske multinationale koncerner, såfremt det ikke er åbenbart, hvordan det pågældende patent bidrager til værdien af datterselskabets salg af varer og serviceydelser. Et eksempel herpå er et selskab med ejerskab over et patent. Selskabet foretager salg af varer til tredjemænd og oppebærer en indkomst på baggrund af dette. Med udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver, vil selskabet skulle foretage en analyse af salget, hvorefter det vil være nødvendigt at vurdere, hvorvidt patentet har tilført værdi til den solgte vare. I så fald vil en del af salgsindkomsten skulle henføres til anden indkomst fra immaterielle aktiver i form af patentet. Såfremt selskabet har særligt gode forretningsrelationer med tredjemænd kan der argumenteres for, at det delvist er selskabets goodwill, jf. straks nedenfor, der har tilført værdi til transaktionen¹⁵⁹.

3.4.2.4 Goodwill

Indkomst fra immaterielle aktiver, som efter SEL § 32, stk. 5 skal henføres til CFC-indkomsten, er udtømmende, hvorfor indkomst genereret fra goodwill ikke skal kategoriseres som CFC-indkomst, hvilket endvidere bekræftes af bemærkningerne til L 48¹⁶⁰. Dette understøtter betragtningen om, at

¹⁵⁷ Jf. udkast af 1. februar 2007, Forslag til Lov om ændring af Selskabsskatteloven og andre skattelove, § 1, nr. 24.

¹⁵⁸ Fra bilag 1 ”oversigt over høringssvar” i lovbemærkningerne til L 213, kan det udledes at forslaget blev kritiseret for at ”tvinge” patentunge virksomheder ud af Danmark, da udvidelsen ville medføre at patentindtægterne ville blive beskattet i Danmark, selvom det udenlandske selskab var reelt etableret.

¹⁵⁹ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.5.2.1.

¹⁶⁰ Jf. lovforslagets bemærkninger til enkelte bestemmelser, nr. 14, L 48.

det for danske multinationale koncerner har afgørende betydning, hvilken klassifikation datterselskabers immaterielle aktiver tildeles, eftersom klassifikationen har direkte indvirkning på datterselskabers CFC-indkomst og derved også på, hvorvidt indkomstbetingelsen skal anses som værende opfyldt.

Generelt er det kendetegnende for immaterielle aktiver, at identifikationen af én definitiv definition af aktiverne er en udfordrende øvelse, hvorunder goodwill ikke er en undtagelse. Det noteres, at stater definerer og behandler goodwill forskelligt afhængigt af den enkelte stats retspolitik og begrebsforståelse¹⁶¹, hvilket kan medføre kvalifikationskonflikter og derved dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning. Nedenstående analyse af goodwill vil centreres omkring den danske forståelse af begrebet.

I en dansk skatteretlig kontekst er goodwill *”Den til en erhvervsvirksomhed knyttede kundekreds, forretningsforbindelse eller lignende”*¹⁶². Derudover er goodwill kategorisk et immaterielt aktiv, selvom det ikke særskilt kan overdrages fra den virksomhed, det er tilknyttet¹⁶³. I praksis vil det betyde, at goodwill ikke overdrages som et selvstændigt aktiv, men derimod vil ske som led i overdragelsen af et selskab, helt eller delvist.

Goodwill er reguleret i AL § 40, stk. 1, hvorefter det skatteretlige udgangspunkt er, at goodwill vil være nært knyttet til afståelsen af en kundekreds, forretningsforbindelse eller lignende¹⁶⁴. En forudsætning, førend der kan være tale om goodwill, er derfor, at det immaterielle aktiv skal kunne gøres til genstand for omsætning og dermed have en økonomisk værdi for afsætteren¹⁶⁵.

I regnskabsvejledning 18, udgivet af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, er goodwill, i en afståelsessituation, defineret som værende differencen mellem kostprisen for et selskab og nettoværdien af selskabets identificerbare aktiver og forpligtelser på overtagelsestidspunktet. Den regnskabsmæssige definition kan fortolkes som værende bredere end den skatteretlige, hvorfor der na-

¹⁶¹ Jf. Mosegaard Kelstrup, Asger et al., 2020, sider 100-101

¹⁶² Jf. den juridiske vejledning C.C.6.4.1.1.

¹⁶³ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 357.

¹⁶⁴ Jf. Michelsen, Aage et al., 2015, side 620.

¹⁶⁵ Jf. Michelsen, Aage et al., 2015, side 620.

turligt vil være et overlap mellem begrebsforståelserne. Forskellen vil dog være tydelig i en overdragelsessituation, hvor et selskab ikke har et kundegrundlag eller andre forretningsrelationer, hvilket skatteretligt forbindes med goodwill, men hvor det alligevel er ubestrideligt at selskabets indtjening begrundes en merværdi som følge af goodwill¹⁶⁶.

Udover ovenstående er det en forudsætning for et aktivs kategorisering som goodwill, at aktivet er tilknyttet en erhvervsvirksomhed, betydende at goodwill ikke kan knyttes til fysiske personer. Dette er uanset om enkelte medarbejdere, som besidder særlige kvalifikationer, der kunne skabe en merværdi, fortsætter i det overtagne selskab¹⁶⁷. Derudover skal det konkrete selskab have drift, og der skal være konkrete konstaterbare elementer, der berettiger forventninger om selskabets fremtidige indtjeningsevne, hvilket blandt andet omfatter en fast kundekreds eller særlige forretningsforbindelser. I forlængelse af dette udelukkes selskaber, hvis eneste funktion er at eje andele i associerede selskaber, og som ikke har driftsindkomst. Det bemærkes, at det ikke er en betingelse, at et givent selskab har flere end én kunde, for at der kan eksistere goodwill i virksomheden¹⁶⁸. Dette må bero på en konkret vurdering.

I dansk skatteretspraksis er det tidligere bemærket, at et selskabs forventning om fremtidig indtjeningsevne ikke er tilstrækkelig¹⁶⁹, men at den faste kundekreds eller særlige forretningsforbindelser skal kunne dokumenteres¹⁷⁰. Det er ikke en forudsætning for den skattemæssige kategorisering af goodwill, at der er tale om parter med modsatrettede interesser, hvorfor der godt kan ske overdragelse af goodwill imellem koncernforbundne parter¹⁷¹. Dette er dog betinget af, at en uafhængig part ville have tillagt overdragelsen goodwill-værdi. Ydermere er det i retspraksis set, at der kan oparbejdes goodwill i et selskab, på trods af at selskabet hovedsageligt ernærer sig af at forhandle produkter, hvorved de ikke har ejendomsretten over produktets tilknyttede varemærke¹⁷².

¹⁶⁶ Jf. Michelsen, Aage et al., 2015, 620.

¹⁶⁷ Jf. den juridiske vejledning C.C.6.4.1.1.

¹⁶⁸ Jf. TfS 1997, 222 HR.

¹⁶⁹ Jf. SKM.2005.274 H.

¹⁷⁰ Jf. TfS 1994, 431 ØLD.

¹⁷¹ Jf. SKM.2005.274 H.

¹⁷² Jf. ligningsrådets kendelse af 21. marts 2000, j.nr. 99/99-4201-00052. vedrørte en bilforhandler, som havde fået tildelt retten til at forhandle et specifikt bilmærke i sin forretning. Bilforhandleren havde ikke ejendomsret over forhandlerretten, hvilket medførte at den goodwill, der var tilknyttet denne ret, som udgangspunkt tilfaldt den bagvedliggende grossist, som havde ejendomsretten. Alligevel vurderede ligningsrådet at der skulle ske en delvis beskatning hos forhandleren af den goodwill, der kunne henføres til selve forretningen, hvorfra bilmærket blev solgt. Selvom størstedelen af den pågældende goodwill måtte henføres til det konkrete bilmærke, blev det

Ovenstående analyser af know-how, patenter samt goodwill er udarbejdet med et formål om at skabe et fundament til den videre fortolkning af, hvordan danske multinationale koncerner rent praktisk skal opgøre datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver. Dette vil i det følgende afsnit behandles nærmere.

3.5 Fortolkningsvanskeligheder

Som indledningsvist beskrevet i afhandlingen er det nærliggende at omtale det hidtidige forløb med implementering af L 48 som værende broget, og lovforslaget har da også medført ekstraordinær omtale i medierne, hvor diverse brancheorganisationer samt flere danske multinationale koncerner har udtrykt deres bekymringer for lovforslagets indhold. Disse bekymringer er blandt andet kommet til udtryk under Skatteudvalgets høring den 15. januar 2020¹⁷³, hvor blandt andre skattecheferne fra Novo Nordisk, Ørsted samt Danfoss var repræsenteret¹⁷⁴. Det må anses som værende ganske usædvanligt, at det danske erhvervsliv på denne måde aktivt deltager i det lovgivende arbejde. Omdrejningspunktet for høringen var særligt udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver uden indførsel af en substansundtagelse, hvilket repræsentanterne fra det danske erhvervsliv alle vurderede ville have en negativ effekt på danske multinationale koncerners konkurrenceevne, og at ændringerne ydermere ville medføre en signifikant stigning i danske multinationale koncerners administrative omkostninger i relation til opgørelsen af datterselskabers CFC-indkomst. I det følgende afsnit vil problematikken omkring udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet blive anskuet fra et virkelighedsnært perspektiv, gennem en række konkrete problemstillinger belyst af repræsentanter fra henholdsvis Novo Nordisk, Ørsted samt Danfoss.

anført, at det forhold at man køber en bil af et bestemt mærke, også kan skyldes at man ønsker at købe bilen hos en bestemt forhandler, hvilket er en særlige branchekutyme i automobilbranchen.

¹⁷³ Skatteudvalget, høring om implementering af CFC-regler, L 48.

¹⁷⁴ Repræsentanterne afholdt alle oplæg vedrørende de respektive koncerners forventede konsekvenser som følge af implementeringen af L 48. Skatteudvalgets høring kan ses på Folketingets hjemmeside og repræsentanterne oplæg kan ydermere findes i lovforslagets bilag 14, præsentation 3-5.

Til høringen anførte skattechefen fra Ørsted, at indførslen af anden indkomst fra immaterielle aktiver uden en substansundtagelse, som fremsat i L 48, vil stille Ørsted væsentligt ringere end koncernens udenlandske konkurrenter i en udbudssituation¹⁷⁵. Udfordringen for Ørsted vil udgøres af den usikkerhed, der vil foreligge i forbindelse med allokeringen af, hvilken indkomst der skal henføres til datterselskabers immaterielle aktiver. Hermed vil Ørsted i forbindelse med udbudsrunder ikke have mulighed for definitivt at klarlægge, hvorvidt et datterselskab opfylder indkomstbetingelsen for CFC-beskatning eller ej, hvilket medfører, at Ørsted vil være nødsaget til at forudsætte og indkalkulere CFC-beskatning i prisen for et udbud, hvilket vil stille koncernen væsentligt ringere end udenlandske konkurrenter, eftersom prisen oftest vil være den afgørende faktor for, om et udbud vindes eller ej¹⁷⁶. Denne svækkelse af konkurrencedygtigheden må tolkes til at være under en forudsætning om, at konkurrerende selskabers medlemsstater har implementeret CFC-reglerne således, at disse selskaber ikke er nødsaget til at indkalkulere CFC-beskatning^{177, 178}.

Repræsentanten fra Novo Nordisk¹⁷⁹ udtrykte også bekymring for koncernens konkurrenceevne, såfremt L 48 vedtages i lovforslagets nuværende form. Det blev under høringen anført, at Novo Nordisks position på medicinalmarkedet vil blive udfordret, såfremt den interne forskning samt udvikling af produkter bliver begrænset som følge af en eventuel CFC-beskatning. Når Novo Nordisk udvikler produkter til medicinalmarkedet, er det et resultat af mange års udviklings- og forskningsarbejde. Forskningen sker ofte via en indsamling af viden fra samarbejdsuniversiteter, patienter og udenlandske partnere. Ydermere vil der, i forbindelse med produktionen af produktet, blive tilført produktions know-how, hvilket igen skaber en værdi til det endelige produkt. Endeligt vil der i forbindelse med markedsføringen af produktet tilføres værdi i form af kommercielle erfaringer, eftersom markedsføring indenfor medicinalbranchen ikke er lig markedsføring for almindelige forbrugsprodukter, men derimod snarere vil være præget af en dialog med kontraherende parter i form af hospitaler og lignende. Denne samlede proces sker på tværs af værdikæder og vil

¹⁷⁵ Ved udbudssituationer forstås en budrunde mellem konkurrerende aktører. For mere herom se lovforslagets bilag 14, præsentation 4, hvori det bemærkes, at L 48 i lovforslagets nuværende form vil stille Ørsted svagere i forbindelse med udbudssituationer.

¹⁷⁶ Jf. lovforslagets bilag 14, præsentation 4, hvor Ørsted bemærker at pris ofte er den afgørende faktor i udbudssituationer vedrørende leveringen af hav vind.

¹⁷⁷ Ørsted anførte at de medlemslande, som deres nærmeste konkurrenter er skattemæssigt hjemmehørende til, alle har indført en substansundtagelse i deres CFC-regulering.

¹⁷⁸ I det konkrete eksempel, blev det anført, at et større vindmølleprojekt i en anden medlemsstat estimeres til at have meromkostning på 1. mia. kr. nominelt over projektets levetid, som følge af CFC-beskatning. Konsekvensen af dette vil være, at Ørsted er nødsaget til at indregne 400 mio. kr. ekstra i deres bud, såfremt man vurderer en 40 pct. chance for CFC-beskatning. Eksemplet indeholdte ikke nærmere belæg for udregningen.

¹⁷⁹ Jf. lovforslagets bilag 14, præsentation 5.

være vanskelig at foretage indenfor det samme land, som den tekniske lempelse beskrevet i afhandlingens afsnit 2.2.1 forudsætter, for at indkomst genereret fra slutproduktet ikke skal kategoriseres som værende CFC-indkomst, eftersom produktets bagvedliggende immaterielle aktiv vil få tilført værdi gennem adskillige lag i forskellige dele af værdikæden, på tværs af landegrænser.

Endeligt anførte repræsentanten fra Danfoss, at problematikken ved udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver særligt vil forekomme i de tilfælde, hvor Danfoss, som følge af en virksomhedsoptimering eller generelle markedsudviklinger og -tendenser, vælger at flytte datterselskaber på tværs af landegrænser. Det er nødvendigt at understrege, at der i eksemplet er tale om selskaber, der udøver reel økonomisk virksomhed og som dermed ikke er oprettet med henblik på optimering af Danfoss' skatteforhold.

Det er ofte hævdet i litteraturen, at en multinational concerns optimering af værdikæder er grundstenen for, at koncernen kan opretholde en konkurrencedygtig strategi, der skaber vedvarende værdi¹⁸⁰. Danfoss er særligt specialiseret i produktions know-how¹⁸¹, et immaterielt aktiv som kan knytte sig til enkelte produkter, men også til produktionsmetoder eller andre effektive måder at drive et selskab eller en fabrik på. På baggrund af denne produktions know-how har Danfoss formået at mindske spild af råvarer signifikant samt at producere slutprodukter af høj kvalitet, hvilket nedsætter koncernens reklationsudgifter m.v.¹⁸². En tilgang til optimering af enkelte led i en værdikæde, herunder produktionen, kan være at foretage fusioner af eksisterende datterselskaber. I forbindelse med en fusionering af to selskaber, der for Danfoss medfører en flytning af et selskab med ejerskab af know-how over en landegrænse, sker der dermed en flytning af et immaterielt aktiv. Under Skatteudvalgets høring præsenterede repræsentanten fra Danfoss et eksempel med udgangspunkt i netop denne type af fusion, hvor et rumænsk datterselskab indeholdende know-how fusioneres med et fortsættende polsk datterselskab, hvorved et immaterielle aktiv overføres fra et datterselskab i én medlemsstat til et datterselskab i en anden medlemsstat. Når den årlige indkomstopgørelse for det fortsættende datterselskab skal udarbejdes, for at vurdere hvorvidt betingelserne for CFC-beskatning er opfyldt, skal det som følge af L 48 undersøges, hvilke indtægter der skal henføres til det opløste rumænske datterselskabs immaterielle aktiver, som er ført over i det fortsættende polske datterselskab, hvilket følger af den tekniske lempelse vedrørende lokalt

¹⁸⁰ Jf. Porter, Michael, 1985, kapitel 2.

¹⁸¹ Jf. lovforslagets bilag 14, præsentation 3.

¹⁸² Jf. lovforslagets bilag 14, præsentation 3.

oparbejdede immaterielle aktiver, som gennemgået i afhandlingens afsnit 2.2.1. Al indkomst genereret på baggrund af know-how, som kan henføres til det opløste rumænske datterselskab, kategoriseres CFC-indkomst.

I eksemplet vil der, som et resultat af fusionen, være sket en forøgelse af materielle aktiver, såsom driftsinventar, i det fortsættende datterselskab. I den forbindelse må det undersøges, hvilken øget indkomst denne ændring i de materielle aktiver har genereret. Denne undersøgelse kan forekomme banal, men er ikke desto mindre nødvendig, da det fortsættende datterselskabs øgede indtjening sandsynligt ikke blot skal henføres til de flyttede materielle aktiver, men at indtjeningen delvist kan henføres til overførte underliggende immaterielle aktiver, eksempelvis know-how, fra det opløste datterselskab. Det må noteres, at en indkomstforøgelse potentielt også vil kunne henføres til øvrige værdiskabende faktorer såsom koncernsynergier samt eventuelle stordriftsfordele som følge af fusionen. Indkomst genereret på baggrund heraf kategoriseres ikke CFC-indkomst. Derved er det nødvendigt at udskille den del af indkomsten, der kan henføres til det immaterielle aktiv, der er blevet flyttet fra det opløste datterselskab i Rumænien til det fortsættende polske datterselskab, eftersom denne indkomst ikke vil omfattes af den tekniske lempelse, som foreslået i L 48¹⁸³, og derved udgøre CFC-indkomst. Denne udskillelse kan fremstå ugenomsigtig, kompliceret og omkostningsfuld, men den er ikke desto mindre nødvendig, såfremt det ønskes at overholde danske CFC-regler, såfremt L 48 vedtages i lovforslagets nuværende form. Dette er på trods af at en sådan fusion sjældent vil kunne anses for at være sket af skattemæssige årsager men derimod snarere må anses som værende en måde at forretningsoptimere på med det formål at forblive konkurrencedygtig på parametre, der ikke inkluderer koncernens effektive skattesats. Hensigten med fusionen vil mere nærliggende være at skabe koncernsynergier eller at mindske koncernens administrative udgifter.

I det følgende afsnit vil forfatterne analysere og fortolke, hvorfor denne udskillelse af indkomst til datterselskabets enkelte immaterielle aktiver kan vise sig særdeles vanskelig at foretage. Analysen vil tage udgangspunkt i problemstillingen belyst af Danfoss vedrørende en fusionering af to datterselskaber på tværs af landegrænser, som beskrevet ovenfor, men vil også indeholde elementer og problemstillinger belyst af øvrige talere fra Skatteudvalgets høring den 15. januar 2020, herunder særligt repræsentanterne fra Ørsted og Novo Nordisk.

¹⁸³ For nærmere herom henvises til afhandlingens kapitel 2.2.1.

Analysen foretages todelte og indeholder først en gennemgang af, hvorfor det for selskaber med faktisk drift og produktion kan være uoverskueligt at opgøre CFC-indkomst fra immaterielle aktiver, hvis værdi er udviklet af legale enheder i forskellige stater. Anden del af analysen udgøres af en analyse af, hvorfor det endvidere kan være en vanskelig øvelse at sondre mellem forskellige typer af immaterielle aktiver, eftersom disses karakteristika i mange situationer vil være sammenfaldende. Denne opgørelse samt sontring vil tage afsæt i analyserne af udvalgte immaterielle aktiver, som udarbejdet i afhandlingens afsnit 3.4, sammenholdt de praktiske udfordringer, som belyst af det danske erhvervsliv. Sontringen af et selskabs immaterielle aktiver, og den efterfølgende allokering af indkomst hertil, er nødvendig, eftersom visse typer af indkomst fra immaterielle aktiver, ikke kategoriseres CFC-indkomst, herunder navnlig indkomst genereret på baggrund af goodwill.

3.5.1 Udskillelse af overførte immaterielle aktiver

Med udgangspunkt i Danfoss' bekymring vedrørende allokeringen af indkomst fra immaterielle aktiver, jf. gennemgang netop ovenfor, vil det følgende afsnit forsøge at behandle de forskellige aspekter af problemstillingen ved en grundig og struktureret gennemgang. Det findes hensigtsmæssigt at understrege, at nedenstående gennemgang særligt tager udgangspunkt i Danfoss' bemærkninger under høringen i Skatteudvalget, men at eksemplet undervejs udbygges, hvorefter det vil være forfatterens egen forståelse og fortolkning, der lægges til grund for analysen. Eksemplet vil under nedenstående gennemgang herefter centreres om en ikke nærmere defineret dansk multinational koncern.

En dansk multinational koncern har i en årrække produceret og forhandlet pumper gennem et rumænsk datterselskab. I denne forbindelse bemærkes det, at selskabsskatten i Rumænien er på 16 pct.¹⁸⁴ Datterselskabet har været drevet effektivt, hvilket har resulteret i en mindskning af spildte råvarer samt en reduktion i kundereklamationer. Denne effektivisering er muliggjort af en lang årrækkes kommercielle og industrielle erfaringer, hvor den danske multinationale koncern løbende har udviklet produktionsmetoder og -processer. Den værdi, som disse erfaringer tilfører datterselskabet, må i overensstemmelse med definitionen af forskellige immaterielle aktiver i dansk ret kategoriseres know-how, hvilket indkomst genereret på baggrund af, betegnes som værende CFC-

¹⁸⁴ Jf. Den Europæiske Union, 2020, Company Tax in the EU - Romania.

indkomst. Som følge af den foreslåede tekniske lempelse vedrørende lokalt oparbejdede immaterielle aktiver i L 48 bemærkes det, at indkomst relateret hertil ikke kategoriseres CFC-indkomst, eftersom selskabets know-how er oparbejdet lokalt i Rumænien.

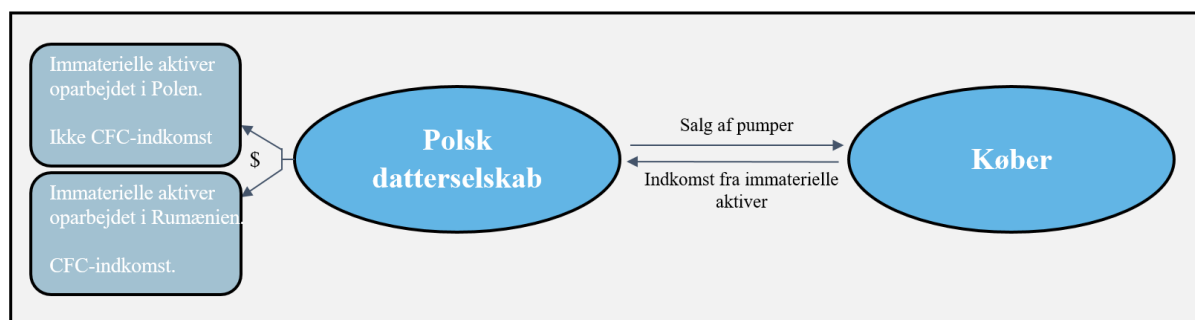
På baggrund af generelle markedstendenser, eksempelvis givet ved en ændring i efterspørgsel, bedre adgang til råvarer samt personale eller et ønske om at reducere administrative omkostninger, ønsker den danske multinationale koncern at foretage en omstrukturering af koncernens datterselskaber, hvorefter det rumænske datterselskab skal fusioneres med et tilsvarende polsk datterselskab. Det polske selskab vil herefter være det fortsættende selskab. Det bemærkes, at selskabsskatten i Polen er 19 pct.,¹⁸⁵ hvorfor der ikke argumenteres for, at flytningen sker på baggrund af skattemæssige spekulationer. Når fusionen er gennemført, og det polske datterselskab begynder at generere indkomst på baggrund af selskabets immaterielle aktiver, vil allokeringen af indkomst til selskabets respektive immaterielle aktiver volde udfordringer.

Det skyldes, at det polske datterselskab inden fusionen ligeledes besad et immaterielt aktiv, som har skabt en merværdi ved salg af selskabets produkter. Dette immaterielle aktiv udgør ligeledes know-how, som er med til at reducere selskabets produktionsomkostninger m.v. På trods af, at de to datterselskaber begge indgår i den danske multinationale koncern, er, henholdsvis det opløste rumænske datterselskab, samt det fortsættende polske datterselskabs know-how ikke direkte sammenligneligt. Forklaringen på dette må findes i, at resultatet af den erfaring en effektivt drevet virksomhed har oparbejdet, vil være forskellig, afhængig af personel, ledelse, virksomhedskultur samt andre endogene og eksogene faktorer.

I forbindelse med udarbejdelse af indkomstopgørelsen for det polske datterselskab vil den danske multinationale koncern, som følge af udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver, sammenholdt med den tekniske lempelse vedrørende lokalt oparbejdede immaterielle aktiver, være nødsaget til at foretage en udskillelse af, hvilke indkomstrømme der relaterer sig til datterselskabets enkelte immaterielle aktiver, henholdsvis det polsk oparbejdede know-how og det rumænsk oparbejdede know-how.

¹⁸⁵ Jf. Den Europæiske Union, 2020, Company Tax in the EU - Poland.

Figur 3: Udskillelse af indkomst på baggrund af teknisk lempelse



Kilde: af egen tilvirkning

Udskillelsen bliver yderligere vanskeliggjort såfremt selskabets know-how, henholdsvis fra Polen og Rumænien, tilfører forskellige mængder af værdi til det endelige produkt. Know-how oparbejdet i to lande er ikke naturligt direkte sammenligneligt, som beskrevet ovenfor, og det kan derfor ikke antages, at de immaterielle aktiver kan værdiansættes ens. Det bemærkes ydermere, at overført know-how kan bidrage forskelligt til værdien af det fortsættende selskab. En overførsel af know-how vil på baggrund af særlig kompatibilitet kunne bidrage eksponentiel til profitabiliteten af det fortsættende selskab, men der vil også være tilfælde, hvorved det overførte know-how enten ikke er direkte komplementært med det det fortsættende datterselskabs eksisterende know-how, eller at det kun bidrager marginalt til selskabets fremtidige profitabilitet.

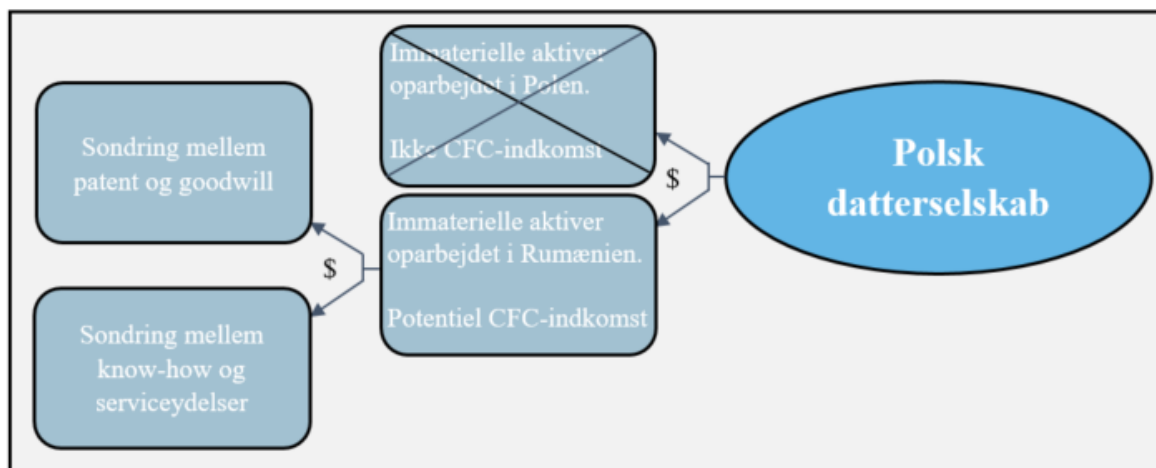
I praksis må den danske multinationale koncern herefter undersøge en række elementer, som den tilførte merværdi kan identificeres på baggrund af. Indledningsvist må indkomsten efter fusionen, og dermed efter overførslen af det rumænsk oparbejdede know-how, sammenlignes med det fortsættende datterselskabs indkomst genereret ex ante. Såfremt indkomsten er forøget, vil det være nærliggende at vurdere, hvorvidt denne stigning helt eller delvist kan henføres til det overførte know-how. Det bemærkes, at en sådan merværdi ikke blot vil kunne tilskrives det overførte know-how, men at relaterede koncernsynergier, som behandlet ovenfor, også vil skulle tages højde for. Det bemærkes, at overført know-how ikke nødvendigvis afspejles direkte i datterselskabets omsætning, hvorfor det kan være nødvendigt at opgøre værdien heraf på anden vis. Den danske multinationale koncern vil kunne opdele værdi, genereret af eksisterende know-how samt overført know-how, på baggrund af de omkostninger, som relaterer sig til det enkelte immaterielle aktiv. Disse omkostninger vil blandt andet relatere sig til oparbejdelsen samt vedligeholdelsen af de immaterielle aktiver.

Den opgjorte værdi vil dog ikke blot kunne tilskrives det overførte know-how, hvilket begrundes i, at det opløste rumænske datterselskab sandsynligt ligeledes indeholder andre immaterielle aktiver, som kan have skabt en værdi til det fortsættende selskab i forbindelse med fusionen. Eksempelvis vil det opløste rumænske datterselskab kunne have haft en kundeportefølje, hvorefter værdi skabt på baggrund af denne tilskrives overført goodwill, jf. afsnit 3.4.2.4. En nærmere udskillelse af værdien til enkelte immaterielle aktiver er herefter nødvendig.

3.5.2 Fortolkningsvanskeligheder ved udskillelse af immaterielle aktiver

Som bemærket vil værdien, som umiddelbart vurderes skabt på baggrund af know-how, ikke blot kunne henføres hertil. Derimod må værdiskabende effekter, som følge af koncernsynergier samt eventuelt overført goodwill, skulle analyseres nærmere, eftersom værdi skabt på baggrund heraf ikke skal kategoriseres CFC-indkomst. Når den danske multinationale koncern har allokeret indkomst til henholdsvis immaterielle aktiver oparbejdet i Polen og immaterielle aktiver oparbejdet i Rumænien opstår en situation hvorved en dansk multinational koncern skal kunne sondre mellem datterselskabets forskellige typer af immaterielle aktiver. Nedenfor behandles denne sondringsøvelse nærmere, hvor Danfoss' konkrete eksempel fra Skatteudvalgets høring, vedrørende fusioneringen af to datterselskaber, udvides efter forfatterens egen fortolkning. I det første af følgende to udvidelser antages det, at der i forbindelse med fusioneringen ligeledes er sket en overdragelse af et patent, hvorefter der foretages en isoleret sondring af datterselskabets patent samt goodwill. Under eksemplets anden udvidelse antages det, at det polske datterselskab ligeledes udfører serviceydelser, hvilket vil medføre fortolkningsvanskeligheder i relation til datterselskabets know-how.

Figur 4: Allokering af indkomst til rette immaterielle aktiv



Kilde: af egen tilvirkning

3.5.2.1 Sondring mellem patent og goodwill

Afhandlingens gennemgåede eksempel udvides således, at der er sket en flytning af et patent fra det opløste rumænske datterselskab til det polske datterselskab, hvorefter det polske datterselskab bliver den nye indehaver af patentet. Når det polske datterselskab efterfølgende foretager varesalg af pumper til tredjemand, må det vurderes, hvorvidt dette patent har skabt en merværdi til transaktionen, om værdien i højere grad må henføres til selskabets øvrige immaterielle aktiver, herunder særligt selskabets goodwill, eller om der ikke er genereret en merværdi på baggrund af selskabets immaterielle aktiver, hvorefter indkomst fra varesalg af pumper blot skal tilskrives selskabets rutine-indkomst¹⁸⁶.

Det vil indledningsvist være hensigtsmæssigt at undersøge datterselskabets branche for sammenlignelige produkter og transaktioner for at foretage en prissammenligning. Såfremt det polske datterselskab er i stand til at fastsætte en højere pris end deres sammenlignelige konkurrenter, vil det være en indikation på, at det polske datterselskabs underliggende patent, som sammenlignelige konkurrenter ikke besidder, bidrager med en merværdi, som skal henføres til selskabets anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det må dog først vurderes, om det konkrete patent kan anses for at have skabt en værdi for den pågældende transaktion.

Kendetegnende for patenter er, at de typisk vil være et resultat af risiko- og omkostningsfuld forskning¹⁸⁷ med et forventet økonomisk afkast til følge. Størrelsen af disse omkostninger kan anvendes som indikator til vurderingen af, hvor meget det pågældende patent har bidraget til værdien af en indgået transaktion. Det må herunder vurderes, om disse omkostninger er afholdt på et patent, som kan siges at skabe en værdi for det produkt, som sælges i transaktionen. Endvidere vil omkostningerne, der afholdes til den løbende vedligeholdelse af patenter, herunder omkostninger i relation til opretholdelse samt at beskytte patentet, kunne anvendes til vurderingen af patentets værdi i transaktionen, da et patent, der ikke tilfører en merværdi til selskabet, vil være en negativ forretning at opretholde.

¹⁸⁶ Som beskrevet i afsnit 3.4.2 skal indkomst genereret på baggrund af know-how og patenter henføres til CFC-indkomsten i den foreslåede justering af SEL § 32, stk. 5, nr. 3, hvorimod indkomst genereret på baggrund af goodwill falder udenfor CFC-indkomsten.

¹⁸⁷ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.4.2.3.

Selvom det ud fra ovenstående kan forekomme nærliggende at henhøre den samlede merværdi fra varesalget af pumper til selskabets patent, og dermed til CFC-indkomsten, er det dog nødvendigt at foretage en yderligere udskillelse, eftersom det polske datterselskab muligvis indeholder goodwill, der kan have tilført en del af merværdien til varesalget. Denne udskillelse vil være i de danske multinationale koncerners interesse, eftersom indkomst genereret på baggrund af goodwill ikke skal henføres til selskabets CFC-indkomst. Flere momenter kan indgå i vurderingen af, hvorvidt det polske datterselskab har oparbejdet og indeholder værdifuld goodwill i selskabet. Som behandlet i afhandlingens afsnit 3.4.2.4 omfatter goodwill blandt andet kunderelationer. Ved vurderingen af, hvorvidt merværdien af et varesalg skal henføres til selskabets goodwill fremfor patentet, må det derfor tages i betragtning, om der foreligger en tæt kunderelation med aftageren af varen, herunder hvorvidt kunden over en længerevarende periode har været tilbagevendende, eksempelvis fordi de foretrækker at handle med datterselskabet frem for andre sammenlignelige selskaber med substituerbare produkter. Sådanne kunderelationer kan resultere i, at det polske datterselskab vil være i stand til at sætte en højere pris for deres produkter end sammenlignelige konkurrenter. Denne merværdi kan fortolkes til at skulle henføres til selskabets goodwill fremfor selskabets patent, hvorefter indkomsten ikke kategoriseres under selskabets CFC-indkomst.

I et eksempel som det ovenstående, hvor det polske datterselskab besidder et patent, forekommer det sandsynligt, at en del af selskabets indkomst fra selskabets underliggende immaterielle aktiver skal henføres til patentet og dermed kategoriseres som CFC-indkomst. Dog er det i dansk skattepraksis, som beskrevet under afsnit 3.4.2.4, set, at en selskabsværdi delvist henføres til selskabets oparbejdede goodwill, hvorfor det vurderes nærliggende for danske multinationale koncerner at have deres oparbejdede goodwill in mente, når merværdien fra varesalg, der kan henføres til underliggende immaterielle aktiver, skal allokere til forskellige immaterielle aktiver.

3.5.2.2 Sondring mellem know-how og serviceydelser

Under eksemplets anden udvidelse antages det, at det polske tilbyder serviceydelser. Ydelserne indebærer herefter, at det polske datterselskab forpligter sig til at installere selskabets solgte pumper for køberen heraf. Denne installationsaftale kan udvides med en tilhørende aftale om efter salgsservice af de solgte pumper. Alternativt har parterne mulighed for at aftale, at selskabet forpligter sig til at oplære og instruere køberen i at installere pumperne. Såfremt disse services tilføjes i aftalegrundlaget mellem datterselskabet og køberen, opstår der yderligere grobund for fortolk-

ningsvanskeligheder. Disse vanskeligheder skal findes ved sontringen mellem en udført serviceydelse og overført know-how, hvilket OECD noterer som værende en situation, der tidligere har givet anledning til fortolkningsvanskeligheder¹⁸⁸.

Ifølge OECD, omhandler know-how oplysninger om industrielle, kommercielle og videnskabelige erfaringer, hvilket er sammenfaldende med den dansk skatteretlige definition. Fortolkes dette i overensstemmelse med det konkrete eksempel, skal det under opgørelsen af selskabets anden indkomst fra immaterielle aktiver vurderes, hvorvidt en del serviceydelsens værdi skal henføres til selskabets underliggende know-how.

OECD oplister en række momenter, der kan inddrages i sontringen mellem know-how og serviceydelser¹⁸⁹, hvilke, sammenholdt med afsnit 3.4.2.2, vil anvendes under fortolkningen af det polske datterselskabs transaktioner. Såfremt det af aftalegrundlaget fremgår, at der blot undervises i, hvordan pumpen anvendes mest effektivt i en produktion, hvorefter aftageren af pumperne selv udfører den efterfølgende produktionsproces, da kan en eventuel merværdi i transaktionen argumenteres for at være skabt på baggrund af det polske selskabs know-how. Det er nødvendigt at bemærke, at den anvendte know-how skal være unik, medførende at der skal være tale om ikke-afslørede tekniske informationer, som en producent af et produkt ikke kan lære eller erfare ved blot at foretage en undersøgelse af det konkrete produkt, jf. afsnit 3.4.2.2. indkomst genereret herfra vil efterfølgende defineres anden indkomst fra immaterielle aktiver, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 3, efter L 48. Ved at det polske datterselskab underviser i installationsprocessen skabes der netop en indkomst på baggrund af sådanne industrielle erfaringer. Det bemærkes dog, at selskabet ydermere stiller arbejdskraft til rådighed, hvorfor den del af det erlagte beløb under transaktionen, som ikke kan anses som værende en merværdi over markedsprisen, må henføres til selskabets rutine-indkomst. På baggrund heraf vurderes det, at dele af indkomsten må kategoriseres som CFC-indkomst, eftersom der skabes en merværdi på baggrund af den viden og erfaring, som selskabet har.

Aftales det derimod, at det polske datterselskab skal levere pumpen og efterfølgende er forpligtet til at præstere konkrete serviceydelser, såsom installation og løbende service af disse, da vil den primære indkomst relatere sig til bibringingen af en serviceydelse. Det kan betragtes, at service-

¹⁸⁸ Jf. OECD's modeloverenskomst med kommentarer, art. 12 pkt. 11.

¹⁸⁹ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.4.2.2.

ydelse er kendetegnet ved, at disse generelt vil medføre flere kortsigtede udgifter for serviceyderen, herunder lønninger, research og tidsforbrug i forbindelse med ydelsen. Af eksempler hvoraf indkomst delvist vil skulle henføres til serviceydelsen, og dermed ikke til CFC-indkomsten, kan nævnes; betalinger for efter-salgs service, betalinger for teknisk assistance samt betalinger for ekspertvurderinger¹⁹⁰. I forlængelse heraf vil det dog være nødvendigt at undersøge, hvorvidt det polske datterselskabs know-how har tilført en værdi til transaktionen. Dette identificeres ved at undersøge øvrige selskabers priser for samme serviceydelse, eftersom disse selskaber ikke kan forventes at have know-how vedrørende det polske datterselskabs konkrete produkter. Herefter kan en eventuel difference i priser argumenteres for at skulle henføres til selskabets know-how. I denne forbindelse findes det nødvendigt at bemærke, at det polske datterselskab kan have en interesse i at underlægge transaktionen yderligere analyse, eftersom dele af værdien potentiel vil kunne henføres til selskabets goodwill, jf. afsnit 3.5.2.1.

3.6 Delkonklusion

Formålet med afhandlingens juridiske analyse har været at tolke den foreslåede justering af de danske CFC-regler i L 48 med særligt fokus på forståelsen og omfanget af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver. Heri blev det belyst, at multinationale koncerner hidtil har haft mulighed for at placere immaterielle aktiver i lavt beskattede lande og indlejre indkomst herfra i salgsindkomst fra salg af varer samt serviceydelser. Denne indkomst er blevet kategoriseret som rutine-indkomst, hvorfor det konstateres at behovet for udvidelsen af indkomstkategorien er nødvendig. Det konkluderes, at der ikke længere er adgang til at udarbejde indkomstopgørelser baseret på rene juridiske klassifikationer, hvorfor selskabers transaktioner skal analyseres med henblik på at udskille anden indkomst fra immaterielle aktiver. Forfatterne undersøgte herefter forståelsen og omfanget af anden indkomst fra immaterielle aktiver, og det må på baggrund heraf konkluderes at forskellige typer immaterielle aktiver er let forvekslelige, og at et nærgående kendskab til de enkelte immaterielle aktivers karakteristika er nødvendigt for at kunne foretage en udskillelse af, hvilken indkomst der kan henføres til disse. På baggrund af forfatternes analyse af forskellige typer af immaterielle aktiver blev en virkelighedsnær problemstilling fortolket, hvorefter en række fortolkningsbidrag blev præsenteret, som vil kunne anvendes i forbindelse med udskillelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver.

¹⁹⁰ Jf. OECD's modeloverenskomst med kommentarer, art. 12, pkt. 11.4.

4 Økonomisk analyse

Dette følgende kapitel analyserer de forventede økonomiske konsekvenser af L 48. Forfatterne præsenterer en fremgangsmåde til opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver og belyser forholdet mellem danske multinationale koncerner og Skatteforvaltningen.

Med de foreslåede ændringer til de danske CFC-regler skal danske multinationale koncerner forholde sig til en betydelig justering af, hvordan opgørelsen af deres datterselskabers CFC-indkomst skal foretages. Det danske erhvervsliv, herunder særligt danske multinationale koncerner, argumenterer for, at udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver vil medføre betydelige administrative omkostninger for dem, og at ændringen ydermere vil svække deres konkurrenceevne sammenholdt med multinationale koncerner skattemæssigt hjemmehørende i øvrige EU-lande.

Skatteministeriet indtager en anden holdning, hvilket fremgår af bemærkningerne til L 48, hvoraf det fremgår at *'forslaget ikke vil have væsentlige økonomiske konsekvenser for erhvervslivet'*¹⁹¹. De foreslåede ændringer af CFC-reglerne må dermed siges at medføre modsatrettede forventninger til de økonomiske konsekvenser heraf fra henholdsvis det danske erhvervsliv og Skatteministeriet.

Som det fremgår af afhandlingens juridiske analyse, må udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver forventes at skabe udfordringer for danske multinationale koncerner. Udfordringerne opstår, når transaktioner indgået af datterselskaber skal analyseres med henblik på at vurdere, hvorvidt dele af indkomsten fra disse transaktioner skal henføres til datterselskabets anden indkomst fra immaterielle aktiver og dermed kategoriseres som CFC-indkomst, som følge af den foreslåede udvidelse af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver efter L 48.

Den følgende økonomiske analyse vil først og fremmest belyse de administrative omkostninger, som danske multinationale koncerner kan forventes at skulle afholde i relation til opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver. De administrative omkostninger belyses med baggrund i en præsentation af de analyser, som danske multinationale koncerner vurderes til

¹⁹¹ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 3, L 48.

at skulle udarbejde for at skabe et fundament for at vurderingen af, hvorvidt datterselskabers transaktioner indeholder værdi genereret af immaterielle aktiver, og i så fald om denne værdi skal henføres til datterselskabernes CFC-indkomst. På baggrund af denne præsentation analyseres det efterfølgende, hvordan danske multinationale koncerner kan håndtere dansk CFC-lovgivning, givet at L 48 vedtages i lovforslagets nuværende form, samt hvilke konsekvenser de forskellige måder at håndtere lovgivningen på kan medføre.

4.1 Administrationsomkostninger

OECD udtrykker bekymring for indkomstopgørelser baseret på rent juridiske klassifikationer, eftersom visse typer af indkomster, herunder indkomster relateret til immaterielle aktiver, dermed kan indlejres i et salgsindkomsten fra varer eller serviceydelser, hvorfra indtægter ikke omfattes af CFC-indkomstbegrebet¹⁹². På baggrund heraf opfordres der i BEPS rapport 3 til, at multinationale koncerner benytter en mere analytisk tilgang til datterselskabers indkomstopgørelser, hvilket er søgt sikret med udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver. Udvidelsen af indkomstbegrebet til at inkludere anden indkomst fra immaterielle aktiver med henblik på at undgå, at indkomst relateret til immaterielle aktiver indlejres i salgsindkomsten fra varer eller serviceydelser, resulterer netop i, at der ikke længere er adgang til at foretage indkomstopgørelser for datterselskaber baseret på rene juridiske klassifikationer. Danske multinationale koncerner må derimod forvente at skulle foretage detaljerede analyser af datterselskabers enkelte transaktioner, for potentielt at omklassificere dele af indtægten herfra fra at være rutineindkomst til at være indkomst, som kan relateres til et immaterielt aktiv, og som dermed potentielt vil udgøre CFC-indkomst. Danske multinationale koncerner kan have adskillige datterselskaber, og sådanne analyser må forventes at medføre signifikante stigninger i de administrationsomkostninger, som afholdes i forbindelse med udarbejdelse af indkomstopgørelser for datterselskaber.

Hverken BEPS rapport 3, ATAD eller L 48 indeholder nærmere instrukser eller vejledninger for, hvorledes opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle indkomst kan finde sted i praksis. De henviser nærmere til, at fastlæggelsen heraf må ske efter sædvanlige transfer pricing-principper¹⁹³. Transfer pricing-reglerne, som normalt finder anvendelse på grænseoverskridende

¹⁹² For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.1.

¹⁹³ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 2.1.2.4, L 48.

transaktioner mellem forbundne parter, anvendes derfor analogt i det danske CFC-regime¹⁹⁴ i de tilfælde, hvor anden indkomst fra immaterielle aktiver skal identificeres i transaktioner indgået mellem uafhængige parter, hvilket er tilfældet i nærværende analyse, hvor der fortsat tages udgangspunkt i afhandlingens gennemgående eksempel vedrørende et polsk datterselskab¹⁹⁵ i en dansk multinational koncern. Bemærkningerne til L 48 bidrager med enkelte udspil til, hvorledes en indgangsvinkel til anvendelse af transfer pricing-principperne kan finde sted dog uden at udstykke nærmere retningslinjer for anvendelsen af transfer pricing-reglerne i relation til opgørelsen af selskabernes anden indkomst fra immaterielle aktiver.

Afhandlingens økonomiske analyse er, som bemærket herefter, udarbejdet med udgangspunkt i det polske datterselskab som gennemgået i afhandlingens afsnit 3.5, hvis immaterielle aktiver består af know-how, ejerskab over et patent, samt goodwill. Analysen betragter dermed en dansk multinational koncern med en decentral struktur, ensbetydende med at koncernen ikke har en principalenhed, hvori koncernens immaterielle aktiver er samlet.

Med den foreslåede udvidelse af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver, må der i relation til opgørelsen heraf først foretages analyser for datterselskabets indgåede transaktioner for at vurdere, hvorvidt værdien af disse kan anses som værende påvirkede af datterselskabets immaterielle aktiver. Disse analyser må efter bemærkningerne til L 48, jf. ovenfor, baseres på almindelige transfer pricing-principper.

I kontrast til transfer pricing-reglerne, som typisk vil finde anvendelse på transaktioner mellem forbundne parter, for at kontrollere at transaktionerne er indgået til armslængdepriser^{196, 197}, er typen af transaktioner, som analyseres i nærværende afhandling, indgået mellem netop uafhængige parter, hvorfor formålet med analyserne ikke kan anses som værende at identificere en armslængdepris på transaktionerne, da transaktionerne per definition må anses for at være indgået på armslængdeniveau. Formålet må derimod findes ved ønsket om at identificere en korrekt proportion af

¹⁹⁴ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 140.

¹⁹⁵ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.5.

¹⁹⁶ Ifølge armslængdeprincippet skal en transaktion indgået mellem forbundne parter ske til priser og vilkår, som ville være aftalt, hvis parterne havde været uafhængige af hinanden.

¹⁹⁷ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 29.

transaktionen, som kan henføres til datterselskabets immaterielle aktiver, og som efterfølgende potentielt skal kategoriseres som CFC-indkomst. For at finde frem til et resultat herom, er det forfatterens vurdering, at udarbejdelse af en økonomisk to-trins-analyse er nødvendig.

Først og fremmest skal en sammenlignelighedsanalyse foretages for at vurdere, hvad datterselskabets indkomst fra en given transaktion ('den testede transaktion')¹⁹⁸ havde været, hvis ikke datterselskabet var indehaver af immaterielle aktiver. Hermed identificeres det, hvad selskabets indkomst fra den testede transaktion havde været, hvis immaterielle aktiver ikke havde tilført en merværdi. I tråd med bemærkningerne til L 48 må dette vurderes ud fra almindelige transfer-pricing principper, hvorefter en sammenligning af den testede transaktion må finde sted med ikke-kontrollerede transaktioner¹⁹⁹. Det skal bemærkes, at disse ikke-kontrollerede transaktioner i relation til nærværende analyse ikke skal være direkte sammenlignelige med vores testede transaktion, hvilket udmønter sig i, at de sammenlignelige transaktioner ikke må indeholde spor af immaterielle aktiver. Dette skyldes, som kommenteret, at det ønskes identificeret, hvad selskabets indkomst fra den testede transaktion havde været, hvis immaterielle aktiver ikke havde tilført en merværdi hertil²⁰⁰.

Figur 5: Trin 1 - Datterselskabets genererede merværdi



Kilde: af egen tilvirkning

Såfremt det fra sammenlignelighedsanalysen konkluderes, at der er en difference mellem armslængderesultatet fra analysen og det faktisk erlagte beløb i den testede transaktion, medfører dette,

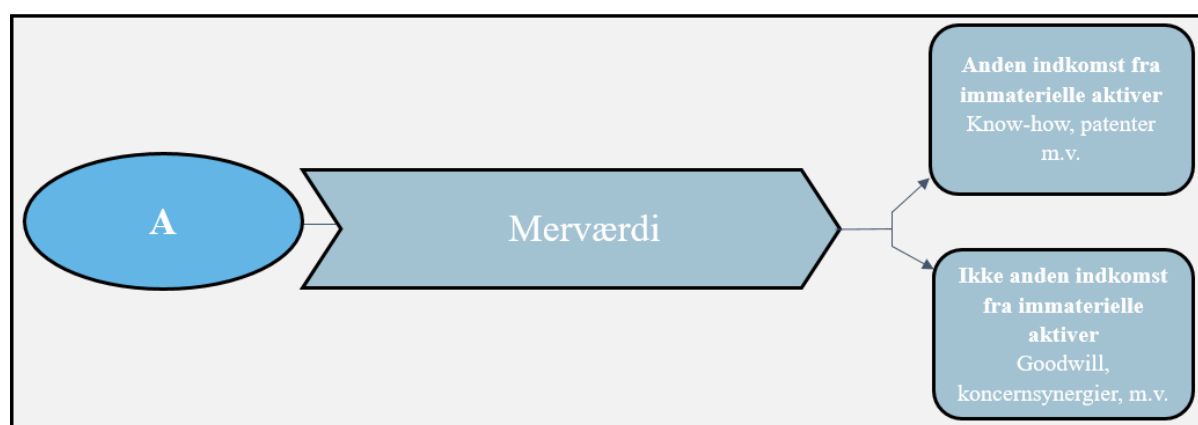
¹⁹⁸ Transaktionen behandlet under den økonomiske analyse betegnes herefter 'den testede transaktion'.

¹⁹⁹ Jf. den juridiske vejledning, C.D.11.5.

²⁰⁰ Sammenlignelighedsanalysen udarbejdes med udgangspunkt i Transfer Pricing Guidelines hvori særligt afsnit 3.4 samt 3.5 anvendes ved udarbejdelse af sammenlignelighedsanalysen.

at anden del af den økonomiske to-trins-analyse må udarbejdes. Dette begrundes i, at det på baggrund af en sådan difference må konkluderes, at datterselskabets immaterielle aktiver har tilført en merværdi til den testede transaktion. Under anden del af to-trins-analysen skal danske multinationale koncerner vurdere, hvilken del af indkomsten fra den testede transaktion, der skal henregnes til datterselskabets forskellige underliggende immaterielle aktiver, som har skabt en merværdi til den testede transaktion. Denne allokering er essentiel for det endelige resultat, hvori det vurderes, hvorvidt datterselskabets indkomst skal medregnes i moderselskabets skattepligtige indkomst eller ej, eftersom ikke al værdi henført til underliggende immaterielle aktiver nødvendigvis må anses som værende CFC-indkomst.

Figur 6: Trin 2 – Værdiansættelse af immaterielle aktiver



Kilde: af egen tilvirkning

Disciplinen består dermed i at identificere relevante immaterielle aktiver, som har tilført en merværdi til den testede transaktion for derefter at værdiansætte disse immaterielle aktiver. Ud fra værdiansættelsen af datterselskabets immaterielle aktiver vil det herefter være muligt at opdele merværdien mellem CFC-indkomst, henholdsvis ikke CFC-indkomst. I nedenstående afsnit, 4.1.1 samt 4.1.2, vil fremgangsmåden ved udarbejdelse af denne nødvendige to-trins-analyse behandles nærmere.

Om end det nødvendige omfang for udarbejdelse af analyserne til brug for identifikationen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver endnu er svært håndgribeligt, vil nedenstående gennemgang give et indblik i nogle af de tanker, som danske multinationale koncerner bør gøre sig, med henblik på at inkorporere en metodik til udarbejdelse af transaktionsanalyser og opstilling af datterselskabers indkomstopgørelser. Det bemærkes, at den manglende klarhed om, hvorledes udarbejdelse af analyser for anden indkomst fra immaterielle aktiver skal gennemføres, medfører, at nærværende afhandlings økonomiske analyse i høj grad er baseret på forfatterens egen

vurdering af, hvorledes de danske multinationale koncerner har mulighed for at opgøre datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver, således at dette sker på hensigtsmæssig vis.

4.1.1 Sammenlignelighedsanalysen

Som beskrevet ovenfor er sammenlignelighedsanalysen nødvendig for at identificere den pris, som skulle være erlagt i den testede transaktion, i det tilfælde hvor datterselskabet ikke var indehaver af immaterielle aktiver, som vurderes at tilføje en merværdi til den testede transaktion.

Det må indledningsvist bemærkes, at det i de tilfælde, hvor der er sammenfald mellem den rutineindkomst, som identificeres i denne første del af to-trins-analysen, og det faktisk erlagte beløb fra den testede transaktion, ikke vil være nødvendigt at foretage anden del af to-trins-analysen. Dette skyldes, at det på baggrund heraf allerede vil kunne konkluderes, at datterselskabets immaterielle aktiver ikke skaber en merværdi i relation til den testede transaktion, sammenholdt med den profit lignende selskaber, som ikke er indehavere af immaterielle aktiver, opnår.

Sammenlignelighedsanalysen skal findes i transfer pricing-regimet og består af ni trin²⁰¹, hvorunder faktuelle omstændigheder for den testede transaktion, herunder tidspunktet for den testede transaktions gennemførsel og koncernens brancheforhold, først fastlægges. Herefter analyseres den testede transaktion nærmere, hvilket sker med udgangspunkt i fem sammenlignelighedsfaktorer, jf. gennemgang nedenfor. Når en dybere forståelse for branchens generelle markedsforhold samt den testede transaktion er opnået, vil det være muligt at undersøge hvorvidt uafhængige interne- eller eksterne sammenlignelige transaktioner²⁰² kan identificeres.

På baggrund af identifikationen af sammenlignelige transaktioner, udvælges den transfer pricing-metode²⁰³, som vurderes bedst anvendelig til fastlæggelse af, hvilket beløb der skulle være erlagt i den testede transaktion, i det tilfælde hvor datterselskabet ikke indeholdt immaterielle aktiver. Herefter udvælges de(n) uafhængige transaktioner, som vurderes at være bedst sammenlignelige med den testede transaktion. Det må noteres, at den ideelle identifikation af uafhængige transaktioner,

²⁰¹ Jf. den juridiske vejledning, C.D.11.5.

²⁰² Uafhængige transaktioner kan både foretages internt samt eksternt. Ved en intern uafhængig transaktion forstås en transaktion mellem selskabet som analyseres og en tredjepart. Ved en ekstern uafhængig transaktion forstås en transaktion indgået mellem to uafhængige tredjemænd.

²⁰³ OECD anbefaler fem transfer pricing-metoder, som kan anvendes til fastsættelse af armslængdepriser.

hvorefter der ingen forskelle mellem den testede transaktion og de(n) uafhængige transaktioner er, sjældent vil være opnåelig, hvorfor en del af sammenlignelighedsanalysen herefter består i at identificere eventuelle forskelle mellem den testede transaktion og de(n) uafhængige transaktioner og justere herfor²⁰⁴.

Sammenlignelighedsanalysen afsluttes med en tolkning og anvendelse af den data, som er fremfundet under tidligere trin, til brug for fastlæggelse af et endeligt resultat. I nedenstående afsnit vil de ni trin under sammenlignelighedsanalysen behandles nærmere, herunder med særlig fokus på valget af transfer pricing-metode samt tolkning og anvendelse af den identificerede data.

Tabel 1: Sammenlignelighedsanalysens 9 trin.

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1. Fastlæggelse af den periode analysen dækker2. Overordnet beskrivelse af konkurrencemæssige-, økonomiske-, offentligt regulerede- og branchemæssige omstændigheder3. Beskrivelse af den kontrollerede transaktion med udgangspunkt i de fem sammenlignelighedsfaktorer<ol style="list-style-type: none">a) Kontraktvilkårb) En funktions- og risikoanalyse (funktioner, aktiver og risici)c) Produktets egenskaberd) Økonomiske og markedsmæssige omstændighedere) Forretningsstrategier4. Undersøgelse af om der er uafhængige interne sammenlignelige transaktioner5. Undersøgelse af om der er uafhængige eksterne sammenlignelige transaktioner6. Valg af transfer pricing-metode og eventuel Profit Level Indicator (PLI)7. Udvælgelse af (de mest) sammenlignelige uafhængige transaktioner (herunder brug af databaseundersøgelser)8. Sammenlignelighedsjusteringer9. Tolkning og anvendelse af data til at fastlægge armslængdepriser og -vilkår. |
|---|

Kilde: Den juridiske vejledning, C.D.11.5.8 – sammenlignelighedsanalyse (Version 3.4 – 31.01.2020)

²⁰⁴ Jf. den juridiske vejledning, C.D.11.5.8.

Tidsperioden, som sammenlignelighedsanalysen skal dække skal først fastlægges, således at der sikres et tidsmæssigt sammenfald mellem den testede transaktion og de(n) sammenlignelige transaktion(er)²⁰⁵. Forskellige transaktioner vil have forskellige krav til den anvendte tidsperiode, eftersom graden af prisfluktuationer kan variere meget ved forskellige typer af transaktioner. Eksempelvis vil det indenfor finansielle transaktioner ofte være påkrævet, at sammenlignelige transaktioner skal være indgået på samme dag som den testede transaktion. Derimod vil flerårige perioder tillades ved flere andre transaktionstyper, herunder ved udarbejdelse af en sammenlignelighedsanalyse på den testede transaktion vedrørende det polske datterselskab²⁰⁶.

Herefter må der foretages en analyse af de økonomiske og markedsmæssige omstændigheder, som den danske multinationale koncern opererer under. Denne del af sammenlignelighedsanalysen kræver en bred forståelse for koncernen, den branche som koncernen er repræsenteret ved, samt de eksterne faktorer, som selskaber i den pågældende branchesektor er særligt udsatte overfor²⁰⁷. Disse omstændigheder analyseres for at vurdere, hvorvidt potentielt sammenlignelige transaktioner er indgået mellem selskaber, som kan anses for at være sammenlignelige, herunder med respekt for konkurrerende virksomheder og generelle forhold på det pågældende marked, som kan have en effekt på de priser, og dermed den profit, som selskaberne kan forventes at opnå²⁰⁸.

Efter fastlæggelse af den sammenlignelige tidsperiode samt analysen af de overordnede markeds- samt brancheomstændigheder, snævres sammenlignelighedsanalysen ind til at fokusere på den testede transaktion, herunder de kontraherende parter, samt de nærmere økonomiske forhold gældende for den testede transaktion. Identifikationen af en armslængdepris foretages, som tidligere benævnt, på baggrund af, hvad uafhængige parter ville have aftalt under sammenlignelige forhold. Det er derfor, før der sammenholdes med uafhængige transaktioner, nødvendigt at klarlægge de relevante karakteristika for den testede transaktion²⁰⁹, således at den efterfølgende identifikation af sammenlignelige transaktioner foretages på et oplyst grundlag.

²⁰⁵ Jf. den juridiske vejledning, C.D.11.5.8.1.

²⁰⁶ Jf. den juridiske vejledning, C.D.11.5.8.1.

²⁰⁷ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 1.34.

²⁰⁸ Jf. den juridiske vejledning, C.D.11.5.8.2.

²⁰⁹ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 1.36.

Dette grundlag skabes under en analyse af den testede transaktion ved gennemgang af fem sammenlignelighedsfaktorer, henholdsvis i) kontraktvilkår, ii) funktions- aktiv og risikoanalyse, iii) produktets egenskaber, iv) økonomiske og markedsmæssige omstændigheder samt v) forretningsstrategier²¹⁰. De fem sammenlignelighedsfaktorer skal alle tildeles væsentlig betydning, men afhængig af den transfer pricing-metode som vælges, må henholdsvis *produktets egenskaber* samt *funktions- aktiv og risikoanalysen* tillægges særlig værdi, jf. nærmere gennemgang nedenfor. *Produktets egenskaber* anses som den vigtigste faktor ved anvendelse af den frie markedsprismetode, hvorved prisen i den testede transaktion sammenlignes direkte med en uafhængig transaktion²¹¹. Den frie markedsprismetode har forrang for andre metoder i de tilfælde, hvor der er adgang til eksakte sammenlignelige situationer²¹², betydende at der ikke må være forskelle på den testede transaktion og de(n) identificerede uafhængige transaktioner. *Funktions- aktiv og risikoanalysen* er derimod i centrum ved anvendelse af transfer pricing-metoder, som måler profitniveauer på nettoresultatet. Metoder baseret på nettoresultater vil typisk anvendes i tilfælde af, at det ikke er muligt at identificere uafhængige transaktioner sammenlignelige med den testede transaktion. Den primære årsag til, at sammenlignelighedsfaktorerne *produktets egenskaber* samt *funktions- aktiv og risikoanalysen* vurderes at udgøre de vigtigste af de fem, er, at der nemmere kan foretages justeringer for de øvrige tre sammenlignelighedsfaktorer.

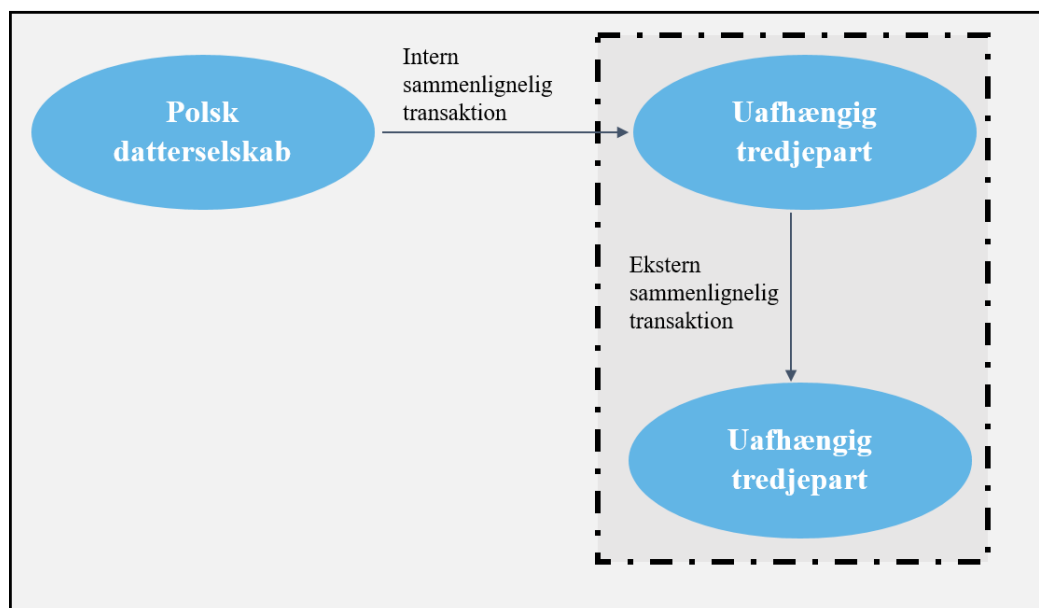
Gennemgangen af ovenstående trin, herunder særligt analysen af de fem sammenlignelighedsfaktorer, må af danske multinationale koncerner udarbejdes med en sådan detaljegrad, at der er skabt et fundament for at vurdere, hvorvidt uafhængige transaktioner er sammenlignelige med den testede transaktion eller ej. Det noteres, at der skelnes mellem uafhængige interne transaktioner og uafhængige eksterne transaktioner. I relation til nærværende analyse, som udarbejdes med det formål at analysere den indkomst, som det polske datterselskab kunne forvente, hvis den testede transaktion ikke blev påvirket af datterselskabets underliggende immaterielle aktiver, anses det ikke muligt at anvende interne uafhængige transaktioner, eftersom selskabets øvrige transaktioner også vil bære præg af underliggende immaterielle aktiver ejet af datterselskabet, som det er tilfældet i den testede transaktion. Analysen må herefter baseres på uafhængige eksterne sammenlignelige transaktioner, som er transaktioner indgået mellem uafhængige tredjemænd, som illustreret nedenfor.

²¹⁰ Jf. den juridiske vejledning, C.D.11.5.8.3.

²¹¹ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 214.

²¹² Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 2.15.

Figur 7: Uafhængige interne- samt eksterne sammenlignelige transaktioner



Kilde: af egen tilvirkning

Identifikationen samt tilgængeligheden af uafhængige eksterne sammenlignelige transaktioner lægges til grund for den efterfølgende del af sammenlignelighedsanalysen, *valg af transfer pricing-metode og eventuelt PLI*²¹³, eftersom valget heraf i høj grad bestemmes ud fra tilgængeligheden af markedsdata.

I teorien vil anvendelsen af forskellige transfer pricing-metoder lede til det samme resultat, givet at transaktioner er indgået under markedsforhold med perfekt konkurrence²¹⁴. I praksis er dette dog sjældent tilfældet²¹⁵, hvorfor udvælgelsen af metode kan have stor betydning for det endelige resultat af sammenlignelighedsanalysen og dermed den profit, som slutteligt vurderes at udgøre det polske datterselskabs rutine-indkomst. OECD anbefaler herefter, at den 'bedste metode' anvendes, hvilken vil variere fra sag til sag, afhængig af de nærmere faktuelle forhold.²¹⁶

I bemærkningerne til L 48 fremgår det, at kost-plus metoden, som er en af de traditionelle metoder baseret på bruttoindkomst, er en mulig transfer pricing-metode til brug for analysen i det første trin

²¹³ Profit level indicator (PLI) er en base, som anvendes ved udregningen af en nettobaseret profitmargin. PLI skal dermed kun udvælges ved anvendelse af en af de nettobaserede transfer pricing-metoder.

²¹⁴ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 520.

²¹⁵ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 520.

²¹⁶ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 2.2.

af den økonomiske to-trins-analyse²¹⁷. Ved anvendelse af kost-plus-metoden sammenlignes datterselskabets optjente kost-plus-margin²¹⁸ fra den testede transaktion med den kost-plus-margin, som uafhængige selskaber har opnået på sammenlignelige transaktioner^{219,220}. Kost-plus-metoden identificerer en profitmargin baseret på selskabers bruttoomkostninger, som kan henføres til den testede- samt de(n) sammenlignelige transaktion. Det bemærkes, at fremgangsmåden, hvorved omkostninger på bruttoniveau anvendes, har været genstand for kritik, begrundet i at stater har forskellig regnskabspraksis, hvilket vil have indflydelse på selskabernes bruttoomkostninger, hvorved den reelle sammenlignelighed mellem den testede transaktion og uafhængige sammenlignelige transaktioner kan betvivles. Ydermere må det noteres, at interne uafhængige transaktioner typisk vil medføre en større grad af sammenlignelighed ved anvendelse af kost-plus-metoden²²¹, hvilket i relation til den testede transaktion, hvorved interne uafhængige transaktioner ikke kan anvendes som sammenlignelighedsgrundlag, må antages at svække pålideligheden af kost-plus-metoden i relation til nærværende afhandling.

Ydermere er det nødvendigt at kommentere på, at den danske multinationale koncern, som skal udarbejde sammenlignelighedsanalysen, skal have adgang til dybdegående markedsdata omhandlende tredjemænds indgåede transaktioner for at vurdere, hvorvidt disse er sammenlignelige med datterselskabets testede transaktion. Dette er en yderligere forhindring for brugen af transfer pricing-metoder, som sammenligner profit på bruttoniveau. I bemærkningerne til L 48 bemærkes det dog, at kost-plus-metoden blot er én mulig transfer pricing-metode, og at også '*andre metoder til opgørelse af indkomst*' kan anvendes²²². Herefter vurderes det, at en nettobaseret transfer pricing-metode må anvendes, eftersom analysen herefter ikke kræver direkte sammenlignelige transaktioner, men derimod foretages på selskabsniveau, hvorefter selskaber sammenlignelige med det polske datterselskab identificeres med henblik på at udregne et nettoprofit-niveau²²³.

²¹⁷ Jf. lovforslagets bemærkninger til de enkelte bestemmelser, nr. 14, L 48.

²¹⁸ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 2.45.

²¹⁹ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 543.

²²⁰ Under kost-plus-metoden udregnes profitmargenen med udgangspunkt i den avance samt de omkostninger, som uafhængige parter har under sammenlignelige transaktioner.

²²¹ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 2.46.

²²² Jf. lovforslagets bemærkninger til de enkelte bestemmelser, nr. 14, L 48.

²²³ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 517.

Den transaktionsbaserede nettoavancemetode ("TNMM") er en metode, som i det følgende anvendes ved at sammenligne profit i det polske datterselskab med den opnåede profit i sammenlignelige selskaber²²⁴. TNMM baseres på den neoklassiske økonomiske teori om markeder i en fri konkurrence-økonomi, hvor udbud og efterspørgsel modsvarer hinanden ved en markedspris svarende til selskabernes marginale omkostninger. Dermed vil et konkurrencedygtigt selskabs indkomst modsvare et markedsbestemt afkast af selskabets produktionsfaktorer^{225,226}. TNMM er den mest anvendte transfer pricing-metode i praksis²²⁷ og findes særligt relevant for danske multinationale koncerners opgørelse af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver, eftersom TNMM teoretisk²²⁸ særligt minder om kost-plus-metoden, som anbefales i bemærkningerne til L 48. Forskellen mellem de to metoder skal findes ved, at distributions- og administrationsomkostninger også medregnes under en TNMM-indgangsvinkel²²⁹, eftersom analysen foretages på selskabers nettoresultat. TNMM anvendes kun på den ene af parterne i den testede transaktion, hvorfor anvendelse af metoden blandt andet indebærer en identifikation af transaktionens mest simple part²³⁰, som analysen derefter tester. I relation til den testede transaktion, hvorved kun det polske datterselskab er del af den danske multinationale koncern, vil det være naturligt at vælge denne part, eftersom kendskabet hertil, samt adgangen til data herfra, naturligt er størst hos denne af den testede transaktions kontraherende parter.

Markedsdata fra sammenlignelige transaktioner mellem uafhængige parter vil ofte ikke være tilgængeligt, hvorfor der i praksis må anvendes databaser til at udforme en udsøgning²³¹ efter selskaber, som udfører de samme funktioner, varetager de samme risici og ejer de samme aktiver som

²²⁴ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 2.64.

²²⁵ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 555.

²²⁶ Økonomisk teori beskriver perfekt konkurrence som en situation givet ved, at en række kumulative forhold er opfyldt; i) varer er homogene, ii) markedet er organiseret og gennemsigtigt, iii) der er et betydeligt antal sælgere og købere på markedet, iv) der er ingen adgangsbarrierer, v) der er fri etableringsret på markedet og vi) der er ingen personlige præferencer, jf. Peter Lynggaard: Driftsøkonomi, side 264.

²²⁷ Jf. Wittendorf, Jens, 2009, sider 74 og 850.

²²⁸ I praksis vil der sjældent være adgang til nettoresultater fra uafhængige selskabers enkelte transaktioner, hvorfor transfer pricing-metoden i denne form anses som uopnåelig. Dette er anerkendt af OECD, jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 2.109.

²²⁹ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 2.64.

²³⁰ OECD beskriver transaktionens mest simple part, som den part en transfer pricing-metode kan anvendes mest pålideligt på, herunder hvilken part der nemmest kan identificeres sammenlignelige transaktioner for.

²³¹ Under udsøgningen af sammenlignelige selskaber, opstilles en række objektive kriterier, som kræves opfyldt, førend et selskab kan accepteres som værende sammenligneligt.

den testede part. Det er på baggrund af denne databaseundersøgelse, at særligt funktions- aktiv- og risikoanalysen, jf. afsnittets indledende gennemgang af sammenlignelighedsanalysen, vurderes særligt essentiel under anvendelse af en nettobaseret transfer pricing-metode såsom TNMM.

Databaseundersøgelsen er et udtryk for den udsøgning, der udarbejdes af sammenlignelige selskaber, hvorefter datterselskabets profit-niveau sammenholdes med profit-niveauet hos de selskaber, som er blevet vurderet sammenlignelige. I Danmark har myndighederne lovhjemmel til at kræve udarbejdelse af en sådan databaseundersøgelse²³² til understøttelse af det resultat, som der findes frem til under sammenlignelighedsanalysen. Databaseundersøgelsen vil resultere i identifikation af en række selskaber, hvis funktioner, aktiver, risici – samt brancheforhold – vurderes til at være sammenlignelige med de af den testede part. I relation til nærværende analyse, vil en databaseudsøgning, som beskrevet ovenfor, foretages på det europæiske marked, eftersom det polske datterselskab opererer herpå. Ydermere skal de sammenlignelige selskaber udgøre selskaber med produktion og salg, som ikke har ejerskab over immaterielle aktiver. I henhold til tidsperioden anvendt ved udarbejdelse af databaseundersøgelsen anbefales det af OECD, at der anvendes en flerårig tilgang, betydende at den, data der indhentes fra sammenlignelige selskaber, og som lægges til grund for sammenlignelighedsanalysens resultat, repræsenterer flere indkomstår. OECD anbefaler dette, eftersom en flerårig fremgangsmåde til analysen vil minimere den risiko, der kan følge af enkelte års udsving i de sammenlignelige selskabers nettoresultater, eksempelvis på baggrund af eksterne forhold²³³.

Disse udvalgte selskaber vil være udgangspunktet for det endelige armslængderesultat - i relation til afhandlingens analyse, udgangspunktet for den profit, som vurderes ikke at kunne henføres til det polske datterselskabs immaterielle aktiver, og som dermed anerkendes som værende rutineindkomst, der ikke skal kategoriseres som CFC-indkomst. For at udregne en armslængde rutineindkomst, skal en PLI udvælges til den videre analyse. En PLI kan eksempelvis være selskabets afkastningsgrad, net-kost-plus-margin eller selskabets overskudsgrad. Nøgletallet udvælges på baggrund af den testede parts aktiviteter, hvorefter selskabets overskudsgrad typisk vil anvendes ved analyse af en transaktion som den testede, hvor det polske datterselskab sælger pumper, efter-

²³² Jf. Bestemmelse om dokumentation af prisfastsættelsen af kontrollerede transaktioner, § 7.

²³³ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 2.110 & 3.76.

som denne type af aktivitet primært vil fremgå af selskabets omsætning. Beregningen af de sammenlignelige selskabers overskudsgrad²³⁴ vil herefter resultere i et armslængdespænd, som er et udtryk for de profitmargener, som de udsøgte sammenlignelige selskaber har opnået i den tidsperiode, som analysen er udarbejdet på. Armslængdespændet udregnes på baggrund af en kvartilundersøgelse, hvorefter dataene begrænses til et kvartilspænd²³⁵, som repræsenterer de midterste 50 pct. af de observationer, som der er foretaget i den finansielle data fra de udsøgte sammenlignelige selskaber. Anvendelsen af kvartilspændet, frem for den komplette udsøgte data, øger troværdigheden af resultatet ved at ekskludere de selskaber, som særligt udskiller sig fra det generelle profitniveau optjent af sammenlignelige selskaber. Nedenfor er opstillet et eksempel på et armslængdespænd, hvorefter armslængde rutine-indkomsten for det polske datterselskab er givet ved interkvartilspændet. Det bemærkes, at det opstillede spænd er antaget til brug for den videre analyse.

Tabel 2: Sammenlignelige selskabers overskudsgrad

Sammenlignelige selskaber	3-årig vægtet overskudsgrad År under analyse (2017-2019)
Minimum	0,1%
Nedre kvartil	1%
Median	2,50%
Øvre kvartil	5%
Maksimum	10%

Kilde: af egen tilvirkning

Den danske multinationale koncern, som skal foretage opgørelsen for det polske datterselskab, vil herefter, på baggrund af en sammenlignelighedsanalyse, have dokumenteret, at en overskudsgrad mellem 1-5 pct. kan anses for at udgøre et profitniveau på armslængde. Dette er i relation til afhandlingens eksempel ensbetydende med, at det polske datterselskab kan oppebære en profitmargin på op til 5 pct., hvorefter eventuelt overskydende profit vil betyde, at selskabets immaterielle aktiver har tilført en merværdi til den testede transaktion.

Det bemærkes, at den danske multinationale koncern under udarbejdelse af en databaseundersøgelse typisk vil blive præsenteret for en række potentielt sammenlignelige selskaber, hvorefter disse

²³⁴ Nøgletallet beregnes som nettoresultatet i procent af nettoomsætningen.

²³⁵ Kvartilspændet bestemmes som spændet mellem laveste- og højeste kvartil af de observerede data, og udelukker dermed de 25 pct. laveste- samt højeste observationer.

manuelt gennemgås for at bekræfte sammenlignelighed med den testede part. Hermed vil den danske multinationale koncern ved udarbejdelsen have mulighed for at afvise potentielt sammenlignelige selskaber med henblik på at påvirke armslængdespændet i en bestemt retning, eksempelvis ved at afvise selskaber, som har en lav overskudsgrad, hvorefter det polske datterselskab kan kategorisere en højere overskudsgrad som rutine-indkomst, eftersom denne falder indenfor det nye armslængdespænd. Denne udvælgelse af sammenlignelige selskaber kan anses for at være den danske multinationale koncernens første mulighed for at påvirke resultatet af, hvorvidt datterselskabet opfylder CFC-indkomstbetingelsen eller ej. I relation hertil findes det nødvendigt at kommentere på, at det polske datterselskab, som beskrevet under gennemgang af eksemplet, både udfører produktions- samt distributionsaktiviteter. Ovenstående analyse er udarbejdet på datterselskabets distributionsaktiviteter, hvorfor profitmarginen, og den usikkerhed som følger af identifikationen heraf, blot er et udtryk for armslængdespændet fra disse aktiviteter.

Der opstilles nedenfor et regnskab for det polske datterselskab med henblik på at identificere selskabets overskudsgrad i det indkomstår, som den testede transaktion har fundet sted i.

Figur 8: Regnskab for polsk datterselskab

	FY 2020
	PLN
Omsætning	1000
Vareforbrug	(600)
Andre eksterne udgifter	(100)
Bruttoresultat	300
Personaleomkostninger	(155)
Afskrivninger og nedskrivninger	(15)
Driftsresultat	130
Finansielle indtægter	10
Finansielle udgifter	(5)
Overskud før skat	135
SKAT	26
Årets resultat	109

Kilde: af egen tilvirkning

På baggrund af regnskabet kan selskabets overskudsgrad udregnes. Overskudsgraden udregnes ved at sammenholde selskabets omsætning med dets samlede driftsresultat, og er givet ved nedenstående udregning.

$$\text{Overskudsgrad} = \frac{\text{driftsresultat}}{\text{omsætning}}$$

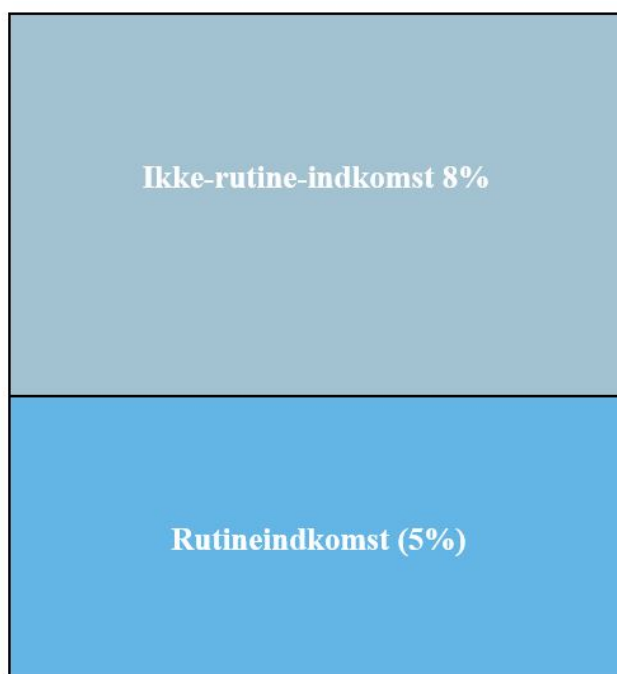
$$\text{Overskudsgrad} = \frac{130}{1000}$$

$$\text{Overskudsgrad} = 13 \%$$

Udregningen af det polske datterselskabs overskudsgrad viser et profitniveau på 13 pct., hvilket er betydeligt højere end det identificerede armslængdespænd på 1-5 pct. På baggrund af dette må det konkluderes, at det polske datterselskabs immaterielle aktiver tilfører en merværdi til den testede transaktion, og at selskabet dermed kan forventes at have anden indkomst fra immaterielle aktiver.

Figur 9: Oversigt over overskydende indkomst

Det polske datterselskabs overskydende profitmargin illustreres, hvorefter profit, som overstiger den tilladte rutineindkomst på 5 pct., vurderes at kunne blive henført til selskabets immaterielle aktiver. Anden del af to-trins-analyse består herefter i at identificere, hvor stor en del af indtjeningen fra den testede transaktion, som kan henføres til datterselskabets CFC-indkomst.



Kilde: af egen tilvirkning

4.1.2 Værdiansættelse

Som benævnt er formålet med denne anden del af to-trins-analysen at analysere, hvor stor en del af indkomsten fra den testede transaktion, der skal kategoriseres som anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det bemærkes, at ikke al indkomst relateret til immaterielle aktiver anses som værende CFC-indkomst, hvorfor det først må vurderes, hvorvidt det er et immaterielt aktiv, som medfører CFC-indkomst, som har tilføjet en merværdi til den testede transaktion. Findes det frem til, at immaterielle aktiver, som indkomst hidrørende fra kategoriseres CFC-indkomst, har tilført en merværdi til den testede transaktion, skal disse immaterielle aktiver analyseres nærmere i form af en værdiansættelse. I relation til afhandlingens eksempel omhandlende det polske datterselskab, må den danske multinationale koncern, som skal udarbejde nærværende analyse, vurdere, hvorvidt det værdiskabende immaterielle aktiv var eksisterende i det polske datterselskab inden fusionen, eller om de immaterielle aktiver har været genstand for en grænseoverskridende flytning under fusionen mellem det rumænske- og polske datterselskab. Denne nærmere analyse af de værdiskabende immaterielle aktiver er nødvendig på baggrund af undtagelsesreglen, som foreslået i L 48²³⁶, hvorefter blot immaterielle aktiver, som har været genstand for en grænseoverskridende flytning, regnes som værende CFC-aktiver. Det vil hermed blot være merværdi tilført af overførte immaterielle aktiver, som genererer anden indkomst fra immaterielle aktiver.

Når udskillelsen af datterselskabets immaterielle aktiver, som kan anses som værende CFC-aktiver, er udført, skal værdien af de respektive immaterielle aktivers bidrag i relation til den testede transaktion bestemmes, således at datterselskabets anden indkomst fra immaterielle aktiver kan opgøres.

Værdiansættelse af immaterielle aktiver sker ud fra en armslængdetest efter de generelle transfer pricing-regler og -metoder, herunder ved en sammenlignelighedsanalyse. Dette har i praksis vist sig besværligt, eftersom det sjældent er muligt at identificere sammenlignelige transaktioner mellem uafhængige parter grundet immaterielle aktivers unikke natur²³⁷. Det bemærkes da også, at på trods af at OECD generelt har en præference for de traditionelle transfer pricing-metoder, som baserer sig på direkte sammenlignelige transaktioner, så bliver indkomstmetoden²³⁸ foretrukket i

²³⁶ For nærmere herom se afhandlingens afsnit 2.2.1.

²³⁷ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 403.

²³⁸ For nærmere herom henvises til gennemgang af begrebet nedenfor.

relation til immaterielle aktiver²³⁹. Det bemærkes, at en sammenlignelighedsanalyse til brug for værdiansættelse af et immaterielt aktiv ikke naturligt kan sidestilles med sammenlignelighedsanalysen som udført under første del af denne to-trins-analyse. Sammenlignelighedsanalysen skal ved værdiansættelse af immaterielle aktiver indeholde de elementer, som har påvirkning på afkastpotentialet fra det immaterielle aktiv²⁴⁰, hvorunder OECD oplister følgende forhold, som kan have indflydelse på dette; i) hvorvidt der er tale om en simpel- eller en eksklusivret, ii) omfanget og løbetiden for den retlige beskyttelse, iii) den geografiske udstrækning af retten, iv) den økonomiske levetid af aktivet, v) udviklingsstadiet af det immaterielle aktiv samt vi) retten til ajourføringer og til at anvende det immaterielle aktiv som platform for videreudvikling af nye immaterielle aktiver²⁴¹.

Til brug for værdiansættelsen af immaterielle aktiver må der udvælges en metode, hvilket, som under første del af to-trins analysen, skal ske efter OECD's kommentarer til valg af bedste metode. Indenfor transfer pricing-området findes fem kategorier af metoder til brug for værdiansættelse af immaterielle aktiver, hvoraf de tre, henholdsvis den frie markedsprismetode²⁴², avancefordelingsmetoden samt indkomstmetoden, anses som de bedst anvendelige metoder²⁴³. De danske skattemyndigheder publicerede i 2009 en vejledning til brug for værdiansættelse af immaterielle aktiver, hvori særligt indkomstmetoden behandles²⁴⁴. Ved anvendelse af indkomstmetoden værdiansættes de immaterielle aktiver på baggrund af det forventede fremtidige afkast, som disse forventes at skabe, hvilket eliminerer problemet vedrørende manglende sammenlignelige transaktioner. I andre medlemslande end Danmark har indkomstmetoden også en prominent rolle, herunder i Tyskland, hvor det er et krav at anvende indkomstmetoden, hvis ikke det er muligt at udsøge direkte sammenlignelige transaktioner²⁴⁵.

²³⁹ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 522.

²⁴⁰ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.127.

²⁴¹ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.90 & 6.118-6.126 & Wittendorf, Jens, 2018, side 405.

²⁴² Den frie markedsprismetode anvendes sjældent til værdiansættelsen af immaterielle aktiver efter udgivelsen af 2017-udgaven af Transfer Pricing Guidelines, som advarer mod denne, eftersom der sjældent eksisterer sammenlignelige transaktioner.

²⁴³ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.145.

²⁴⁴ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 407.

²⁴⁵ Jf. Aussensteuergesetz § 1, stk. 3., 5. & 9. punktum.

Under indkomstmetoden eksisterer tre versioner²⁴⁶. Det bemærkes, at hverken OECD eller de danske skattemyndigheder rangerer disse tre metoder, som alle vurderes at kunne frembringe armslængderesultater ved en korrekt anvendelse²⁴⁷. På baggrund heraf vil det være op til danske multinationale koncerner at vurdere, hvilken af de tre metoder, som i højst muligt omfang vil gøre det muligt at opgøre den merværdi, som det immaterielle aktiv bidrager med til den testede transaktion. Det må bemærkes, at der i relation til opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver udelukkende skal tages højde for selve den værdi, som det polske datterselskabs immaterielle aktiver, defineret som CFC-aktiver, tilfører til transaktionen. Heraf udledes det, at værdiskabende effekter afledt af de immaterielle aktiver, herunder det immaterielle aktivs udviklingspotentiale, samt de synergieffekter, som det immaterielle aktiv skaber for selskabet, ikke skal medtages i opgørelsen af det immaterielle aktivs værdi i relation til opgørelsen af selskabets anden indkomst fra immaterielle aktiver. Med denne betragtning in mente vurderes relief from royalty-metoden at udgøre den af de tre metoder, som bedst muligt kan isolere det immaterielle aktivs værdi. Denne vurdering foretages på baggrund af, at metoden medfører, at værdiansættelsen af det immaterielle aktiv sker på baggrund af værdien af brugsretten hertil. Hermed medtager metoden ikke det immaterielle aktivs fulde økonomiske værdi, eftersom aspekter såsom udviklingspotentiale samt synergieffekter relateret til dette udelades ved værdiansættelsen.

Bemærkningerne til L 48 påpeger ydermere, at ”*Den del af indkomsten, der kan henføres til det immaterielle aktiv, vil derfor i visse forretningsmodeller svare til den royaltybetaling, som salgsselskabet ville have betalt under en licensaftale med et andet selskab, som ejer det immaterielle aktiv.*”. Dette udtag fra bemærkningerne til L 48 taler for, at værdien af det immaterielle aktiv skal opgøres efter værdien af en brugsret hertil, hvilket som nævnt er den bagvedliggende metodik ved anvendelse af relief from royalty-metoden, som konkluderende kan siges at udlede værdien af de licensbetalinger, som indehaveren af det immaterielle aktiv har sparet ved at have ejerskabet over det immaterielle aktiv²⁴⁸. Værdiansættelsesmetoden kan herefter opstilles med følgende formel²⁴⁹.

²⁴⁶ Henholdsvis incremental income-metoden, excess income-metoden & relief from royalty-metoden.

²⁴⁷ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.156.

²⁴⁸ Jf. Gracia, Rubio, Conrado, M. Manuel & Hernandez-Perez, Francisco, 2016, European Journal Management Business Economics, Valuing brands under royalty relief methodology according to international accounting and valuation standards.

²⁴⁹ Jf. Patent og Varemærkestyrelsen, 2020, Værdiansættelse; metoder for værdiansættelse; kvantitative metoder; indkomstmetoder.

$$Nutidsværdi = \sum_{t=1}^T \frac{\text{royalty}}{(1 + \text{diskonteringsfaktor})^t}$$

Anvendelse af relief from royalty-metoden kræver adgang til en række informationer. Disse informationer er givet ved i) en royaltysats for sammenlignelige immaterielle aktiver, ii) den forventede omsætning vedrørende det immaterielle aktiv per år, iii) forventet levetid af omsætning vedrørende det immaterielle aktiv, iv) en diskonteringsfaktor, v) diskonterings tidspunktet samt vi) den skattesats som selskabet, hvis immaterielle aktiv analyseres, er pålagt²⁵⁰. I det følgende vil disse nødvendige informationer til brug for værdiansættelsen af et immaterielt aktiv blive belyst nærmere. Det bemærkes at det polske datterselskab, jf. afsnit 3.5, både indeholder værdifuld know-how samt ejerskab over en patentrettighed. Nedenfor vil en værdiansættelse af datterselskabets know-how udarbejdes, hvorefter værdiansættelsen af patentet vil være af mere komprimeret form, eftersom fremgangsmåden ved værdiansættelsen af de to immaterielle aktiver i høj grad kan sidestilles.

På trods af at relief from royalty-metoden generelt anses som værende en indkomstbaseret værdiansættelsesmetode, bemærkes det, at metoden indeholder elementer af en markedsbaseret metode, hvilket tydeliggøres ved, at der til brug for værdiansættelsesmetoden skal anvendes en royaltysats. Danske multinationale koncerner kan identificere denne ved at finde markedsdata for licensaftaler vedrørende sammenlignelige immaterielle aktiver, hvorefter denne sats vil kunne gøres brug af. En anden metode til fastsættelse af en royaltysats kendetegnes ved at være mere generisk. Denne metode kaldes 25 pct.-reglen og kan anvendes på adskillige af selskabets nøgletal, hvorefter royaltysatsen udgør 25 pct. af det udvalgte nøgletal. Metoden har været genstand for megen diskussion²⁵¹ og anses generelt som værende en upræcis base for fastsættelse af en royalty. Dette bekræftes af den data, som ligger til grund for nærværende afhandlings fastsatte royaltysats, hvorefter markedsdata viser, at den gennemsnitlige royaltysats var 13,2 pct. i året 2016, hvilket må anses som værende en betydelig forskel fra 25 pct.^{252,253}. Royaltybetalingen for det polske datterselskab vil herefter udgøre 13,2 pct. af den fremtidige forventede indkomst relateret til selskabets know-how.

²⁵⁰ Jf. SKATs vejledninger til virksomheder; Transfer Pricing; kontrollerede transaktioner; Værdiansættelse, Beskrivelse af metoderne og beregningerne, Relief from Royalty-metoden.

²⁵¹ Jf. Kemmerer, Jonathan, 2009, Profitability and royalty rates across industries: some preliminary evidence.

²⁵² For oversigt herover se afhandlingens bilag 1.

²⁵³ Jf. Podlogar, Eric, 2018, Intellectual property trends: Average royalty rates, most active industries, and more.

Indkomstmetoderne, herunder relief from royalty-metoden, er ydermere baseret på det immaterielle aktivs forventede fremtidige årlige afkast, hvorfor danske multinationale koncerner skal udarbejde en prognose herfor. Denne prognose er forbundet med stor usikkerhed, eftersom det fremtidige afkast afhænger af den fremtidige udvikling af virksomheden, markedet, samfundet m.m.²⁵⁴ Prognosen må baseres på den danske multinationale koncerns viden og erfaringer, ex ante²⁵⁵, hvilket medfører informationssymmetri mellem den danske multinationale koncern og de danske skattemyndigheder, eftersom skattemyndighederne ikke vil have samme forudsætninger for at vurdere parametre såsom koncernens viden og erfaringer. Denne asymmetri vil undergå nærmere behandling senere i afhandlingens økonomiske analyse²⁵⁶. Til videre brug for værdiansættelsen af det polske datterselskabs know-how antages det, at det immaterielle aktivs forventede fremtidige årlige afkast udgør 100. I forlængelse heraf må den økonomiske levetid for selskabets immaterielle aktiv bestemmes, hvilket har stor betydning for det endelige resultat af indkomstmetoden²⁵⁷, hvorved værdien af selskabets know-how identificeres med henblik på at bestemme selskabets anden indkomst fra immaterielle aktiver relateret hertil. Til brug for nærværende analyse antages det, at selskabets know-how skaber værdi over en periode på 5 år, hvorefter ny teknologi og viden på markedet vil have elimineret fordelene relateret hertil.

Til brug for relief from royalty-metoden er det ydermere nødvendigt at identificere en diskonteringsfaktor, som er et udtryk for den rate, hvorved et fremtidigt beløb, i denne sammenhæng de fremtidige royaltybetalinger, som det polske datterselskab ikke skal betale ved at have ejerskab over det immaterielle aktiv, mister værdi over den forventede tidsperiode, som der tilbagediskonteres med²⁵⁸. Denne nedskrivning af værdien af fremtidige beløb begrundes i den økonomiske betragtning om, at en krone i dag er mere værd end en krone i morgen, eftersom at betalingen i dag kan investeres med det samme, hvorefter man vil indhente en rente fra sin investering²⁵⁹. Diskonteringsraten findes primært under hensyntagen til risici ved selskabets omsætningsforventninger

²⁵⁴ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 428.

²⁵⁵ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.45, 6.46, 6.57, 6.71 & 6.72.

²⁵⁶ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 4.2.

²⁵⁷ Jf. Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.174.

²⁵⁸ Jf. Parum, Claus – 2015, side 20.

²⁵⁹ Jf. Parum, Claus – 2015, side 18.

samt prisen for lånt kapital og kan findes ved at udregne selskabets WACC²⁶⁰. WACC findes ved at addere prisen for lånt kapital – justeret med selskabets pålagte skatterate – med prisen for vægtede- samt almindelige egenkapitalandele²⁶¹. Til brug for udregningen må der gøres nogle antagelser vedrørende selskabets kapitalstruktur samt omkostninger relateret hertil, hvorefter den følgende udregning er baseret på, at det polske datterselskabs kapitalstruktur består af 30 pct. fremmedkapital, som tilskrives 4 pct. i renter p.a., mens den resterende del af kapitalen består af almindelige egenkapitalandele, hvorfra kapitalejerne forventer et investeringsafkast på 10 pct. p. a.

$$WACC = Wd * Rd (1 - t) + Wp * Rp + We * De$$

$$WACC = 30\% * 4\% (1 - 22\%) + 0 * 0 + 70\% * 10\%$$

$$WACC = 7,94\%$$

Det polske datterselskabs WACC er herefter kalkuleret til 7,94 pct., hvilket vurderes at udgøre et realistisk skøn. Dette understøttes af offentligt tilgængelige markedsdata, som viser de gennemsnitlige WACC-tal for selskaber opdelt på brancheniveau, hvorefter selskaber indenfor brancher; *Machinery*, *semiconductor* samt *diversified* har gennemsnitlige WACC-tal der spænder mellem 7,26-7,99 pct.²⁶².

Slutteligt skal der tages udgangspunkt i et diskonteringstidspunkt. Diskonkteringstidspunktet skal repræsentere fordelingen af datterselskabets indtægter og udgifter i løbet af indkomståret. Skattestyrelsen anbefaler, at der anvendes en diskontering medio året, begrundet i at indtægter og udgifter ofte vil være ligeligt fordelt henover året²⁶³.

²⁶⁰ Jf. SKATs vejledninger til virksomheder; Transfer Pricing; kontrollerede transaktioner; Værdiansættelse, Beskrivelse af metoderne og beregningerne, Relief from Royalty-metoden.

²⁶¹ Prisen for lånt kapital bestemmes efter formelen: (*risikofri rente + selskabsspecifikt risikotillæg*), hvor det selskabsspecifikke risikotillæg fastsættes på baggrund af en kreditvurdering af det låntagende selskab. Prisen for egenkapitalandele må anses som kapitalejernes forventede afkast af deres investering, og udregnes på baggrund af følgende formel: *risikofri rente + (betaværdi x markedsrisikopræmie)*, hvor betaværdien er et udtryk for en akties relative volatilitet sammenholdt med resten af markedet.

²⁶² Jf. Stern School of Business, 2020, Cost of Capital by Sector. For nærmere herom henvises til afhandlingens bilag 2.

²⁶³ Jf. SKATs vejledninger til virksomheder; Transfer Pricing; kontrollerede transaktioner; Værdiansættelse, 4.1.3.1

Alle nødvendige data til brug for anvendelse af relief from royalty-metoden til værdiansættelse af det polske datterselskabs know-how er på baggrund af ovenstående gennemgang tilgængelige. Herefter kan nutidsværdien af de royaltybetalinger, som selskabet har sparet ved at have ejerskab over det immaterielle aktiv, udregnes.

Figur 10: Værdi af det polske datterselskabs know-how

	År 1	År 2	År 3	År 4	År 5
Forventet indkomst relateret til know-how	100	100	100	100	100
Sparet royalty (13,2%)	13,2	13,2	13,2	13,2	13,2
Skat (19%)	2,5	2,5	2,5	2,5	2,5
Sparet royalty efter skat	10,7	10,7	10,7	10,7	10,7
Diskonteringsfaktor (WACC)	7,94%	7,94%	7,94%	7,94%	7,94%
Antal år	1	1	1	1	1
Diskonteringstidspunkt (medio)	0,5	1,5	2,5	3,5	9,5
Diskontering	0,96	0,89	0,83	0,77	0,71
NPV per år	10,3	9,5	8,8	8,2	7,6
Værdi af immaterielt aktiv					44,4

Kilde: af egen tilvirkning²⁶⁴.

Nutidsværdien af de royaltybetalinger, som selskabet over en 5-årig periode skulle have betalt for dette know-how, som vurderes at have skabt en merværdi til den testede transaktion, er hermed opgjort til 44,4²⁶⁵. Dette beløb skal sammenholdes med det polske datterselskabs samlede værdi, for at finde det immaterielle aktivs relative værdi af hele selskabet. Denne relative værdi anvendes herefter som en allokeringsnøgle til at bestemme hvor stor en andel af indkomsten fra den testede transaktion, der skal allokere til det polske datterselskabs know-how, og som dermed skal anses som værende CFC-indkomst.

Det polske datterselskab skal i relation til ovenstående herefter værdiansættes. Nærværende afhandling behandler ikke denne værdiansættelse nærmere men noterer, at den mest anvendte metode

²⁶⁴ For komplet oversigt over udregning henvises til afhandlingens bilag 3.

²⁶⁵ Det bemærkes, at nutidsværdien er opgjort inden eventuelle skattefordele som følge af afskrivningsmæssige værdier. Nærværende afhandling behandler ikke afskrivninger nærmere.

til udarbejdelse af en sådan værdiansættelse er tilbagediskonteringsmodellen²⁶⁶, som baserer selskabets værdi på de forventede fremtidige indkomststrømme. Til brug for opgørelsen af det polske datterselskabs anden indkomst fra immaterielle aktiver, antages selskabet at have en værdi på 2000, hvorefter den relative værdi af selskabets know-how kan bestemmes.

$$\text{Relativ værdi af know - how} = \frac{(\text{Nutidsværdi af know - how})}{\text{værdi af polsk datterselskab}}$$

$$\text{Relativ værdi af know - how} = \frac{42,0}{2000} = 2,2 \%$$

Den danske multinationale koncern vil herefter kunne udlede, at 2,2 pct. af indkomsten fra den testede transaktion skal henføres til det polske datterselskabs know-how. Det bemærkes at der under to-trins-analysen ikke er sat en konkret værdi på den testede transaktion, hvilket skyldes, at det polske datterselskab antages at have flere transaktioner end blot den testede, som dermed også vil skulle analyseres. Det antages, at selskabets transaktioner er af ens natur, og at markedsforhold, kontraktuelle forhold m.v., som behandlet under sammenlignelighedsanalysen i afsnit 4.1.1, kan sidestilles, hvorfor transaktionerne kan aggregeres og behandles samlet, hvilket er et almindeligt anerkendt transfer pricing-princip, som ydermere er lovbestemt²⁶⁷. På trods af at analysen herefter reelt foretages på flere aggregerede transaktioner, benævnes disse fortsat 'den testede transaktion'.

Som det fremgår af det polske datterselskabs årsregnskab, har selskabet opnået en omsætning på 1000 i indkomståret. Herefter kan merværdi tilført den testede transaktion, som følge af datterselskabets ejerskab over know-how, opgøres. Denne merværdi tilskrives datterselskabets anden indkomst fra immaterielle aktiver, og dermed selskabets CFC-indkomst.

$$\text{CFC - indkomst (know - how)} = 2,2\% * 1000 = 22$$

Som indledningsvist bemærket indeholder den testede transaktion ikke udelukkende spor af know-how, men vurderes samtidig at have en øget værdi på baggrund af det patent, som det polske datterselskab har ejerskab over. Dette patent skal ligeledes værdiansættes således, at en del af selskabets genererede indkomst fra den testede transaktion kan henføres til dette immaterielle aktiv. Efter værdiansættelsen af dette patent vil samtlige af datterselskabets immaterielle aktiver, kategoriseret

²⁶⁶ Discounted cash flows (DCF).

²⁶⁷ Jf. Bestemmelse om dokumentation af prisfastsættelsen af kontrollerede transaktioner, § 5, stk. 2.

CFC-aktiver, som forventes at have skabt en merværdi i den testede transaktion være analyseret, hvorefter datterselskabets samlede CFC-indkomst kan opgøres og præsenteres i en indkomstopgørelse.

Fremgangsmåden ved værdiansættelsen af patentet er sammenfaldende med den netop gennemgåede metode for værdiansættelsen af selskabets know-how. Det bemærkes, at den danske multinationale koncern ikke kan genanvende et royaltygrundlag, hvis dette konkret er identificeret for datterselskabets know-how. Dette skyldes, at grundlaget i så fald er vurderet sammenligneligt med datterselskabets know-how og dermed ikke blot kan anvendes ved analysen af selskabets patent. Under nærværende analyse tages fortsat udgangspunkt i den identificerede markedsdata, som viser en gennemsnitlige royaltysats på 13,2 pct.

Den forventede årlige indkomst relateret til patentet må forventes konsistent, og patentet forventes ydermere at skabe værdi over en længere årrække, end hvad der var tilfældet for datterselskabets know-how, hvorfor det immaterielle aktivs forventede levetid sættes til 10 år. Diskonteringsfaktoren bestemmes fortsat efter det polske datterselskabs WACC, hvorfor diskonteringsfaktoren forbliver på 7,94 pct.

Figur 11: Værdi af det polske datterselskabs patent

	År 1	År 2	År 3	År 4-9	År 10
Forventet indkomst relateret til patent	60	60	60	60	60
Sparet royalty (13,2%)	7,92	7,92	7,92	7,92	7,9
Skat (19%)	1,5	1,5	1,5	1,5	1,5
Sparet royalty efter skat	6,4	6,4	6,4	6,4	6,4
Diskonteringsfaktor (WACC)	7,94%	7,94%	7,94%	7,94%	7,94%
Antal år	1	1	1	1	1
Diskonterings tidspunkt (medio)	0,5	1,5	2,5	X	9,5
Diskontering	0,96	0,89	0,83	X	0,5
NPV per år	6,2	5,7	5,3	X	3,1
Værdi af immaterielt aktiv					44,8

Kilde: af egen tilvirkning²⁶⁸.

²⁶⁸ For komplet oversigt over udregning henvises til afhandlingens bilag 4.

På baggrund af ovenstående analyse vurderes nutidsværdien af det polske datterselskabs sparede fremtidige royaltybetalinger for patentet at udgøre 44,8. Denne værdi skal, på samme vis som værdien af selskabets know-how, sammenholdes med selskabets samlede værdi for dermed at bestemme patentets relative værdi sammenholdt med den samlede værdi af selskabet.

$$\text{Relativ værdi af patent} = \frac{(\text{Nutidsværdi af patent})}{\text{værdi af polsk datterselskab}}$$

$$\text{Relativ værdi af patent} = \frac{44,8}{2000} = 2,2 \%$$

Herefter kan det polske datterselskabs CFC-indkomst relateret til patentet opgøres, hvilket gøres ved at sammenholde værdiansættelsen af det immaterielle aktiv med betalingen modtaget under den testede transaktion.

$$\text{CFC} - \text{indkomst (patent)} = 2,2\% * 1000 = 22$$

Den danske multinationale koncern vil herefter have afsluttet den økonomiske to-trins-analyse, som vurderes nødvendig at udarbejde ved opgørelsen af det polske datterselskabs anden indkomst fra immaterielle aktiver. Opsummerende blev det indledningsvist vurderet, hvorvidt datterselskabet havde en højere profitmargin, end sammenlignelige selskaber. Dette var tilfældet, hvilket indikerede, at de immaterielle aktiver ejet af det polske datterselskab havde bidraget med værdi til den testede transaktion. For at identificere denne værdi blev der foretaget en værdiansættelsesanalyse af henholdsvis datterselskabets know-how samt patent, hvorefter den relative værdi af disse blev anvendt til at allokere en del af betalingen fra den testede transaktion til selskabets anden indkomst fra immaterielle aktiver, som på baggrund af analysen kan udledes til at udgøre 44. Herefter er det for den danske multinationale koncern muligt at opstille en indkomstopgørelse for det polske datterselskab, hvorfra det kan udledes, hvorvidt selskabet opfylder CFC-indkomstbetingelsen eller ej.

4.1.3 Indkomstopgørelsen

Ved opstilling af indkomstopgørelsen bemærkes det, at CFC-indkomsten efter de foreslåede ændringer i L 48, skal udgøre mere end 1/3 af selskabets samlede skattepligtige indkomst for, at selskabet opfylder indkomstbetingelsen, hvorefter selskabets indkomst skal medregnes i det danske moderselskabs skattepligtige indkomst.

Figur 12: Det polske datterselskabs indkomstopgørelse

	Indkomst	CFC-indkomst	Samlet indkomst
Operationel driftsindkomst	956		956
Indkomst fra know-how		22	22
Indkomst fra patent		22	22
Vareforbrug	(600)		(600)
Andre eksterne udgifter	(100)		(100)
Bruttoresultat	256	44	300
Personaleomkostninger	(155)		(160)
Afskrivninger og nedskrivninger	(15)		(15)
Driftsresultat	86	44	130
Finansielle indtægter		10	10
Finansielle udgifter		(5)	(5)
Overskud før skat	86	49	135
SKAT	16	9	26
Årets resultat	70	40	110

Kilde: af egen tilvirkning

Det aflæses af indkomstopgørelsen, at det polske datterselskabs CFC-indkomst før skat udgør 49 svarende til 36,3 pct. af selskabets samlede skattepligtige indkomst på 135. Konklusionen af den økonomiske to-trins analyse vil herefter være, at selskabet opfylder indkomstbetingelsen, og at det polske datterselskabs indkomst dermed skal medregnes i det danske moderselskabs skattepligtige indkomst.

Det bemærkes, at den netop gennemgåede økonomiske analyse vil indeholde en betydelig grad af usikkerhed, eftersom den danske multinationale koncern vil have adgang til at fortolke på data adskillige steder undervejs i analysen. I første del af analysen, hvorved det blev analyseret hvorvidt datterselskabet opnår en højere profitmargin sammenholdt med sammenlignelige selskaber, som ikke har ejerskab over immaterielle aktiver, bliver armslængdespændet fastsat på baggrund af den danske multinationale koncerns egen udsøgning samt betragtninger af sammenlignelige selskaber, hvorved der allerede her vil være adgang til at præge analysens resultat ved enten at til- eller fra-vælge visse selskaber, hvis regnskabsresultater er afgørende for, hvorvidt det polske datterselskab

profitmargin ligger indenfor det armslængdespænd eller ej. Dette skyldes, at datterselskabets immaterielle aktiver ikke kan anses for at have tilført en merværdi til den testede transaktion, hvis det identificerede armslængdespænd konkluderes tilpas højt, ensbetydende med at den danske multinationale koncern ikke skal analysere de immaterielle aktivers bidrag til den testede transaktion nærmere.

Vurderes det, at hele datterselskabets indkomst ikke kan kategoriseres som rutine-indkomst, udarbejdes analysen af selskabets enkelte immaterielle aktiver for at identificere den værdi, som disse tilfører den testede transaktion. Denne analyse vil ligeledes indeholde en stor grad af usikkerhed, som skal findes ved, at immaterielle aktiver af natur er enestående, hvorfor der ofte vil opstå komplikationer i relation til identificeringen af sammenligneligt markedsdata, som kan anvendes som fundament til en royaltysats. Ydermere må den danske multinationale koncern ved værdiansættelsen af datterselskabets immaterielle aktiver drage en række antagelser, afhængigt af hvilken værdiansættelsesmetode værdien opgøres efter. Ved en opgørelse efter relief from royalty-metoden, jf. ovenstående gennemgang, vil disse antagelser typisk omhandle det immaterielle aktivs forventede fremtidige indtjening samt fastlæggelsen af den periode, som det immaterielle aktiv kan forventes at skabe værdi over. Det bemærkes, at små ændringer i de antagelser, som danske multinationale koncerner skal drage, vil kunne resultere i, at datterselskabet ikke opfylder indkomstbetingelsen, og at der dermed ikke opstår CFC-beskatning.

For en koncern med selskaber fordelt i hele verden vil udfaldet af ovenstående analyse potentielt kunne betyde en forskel på millioner i betalte skattekrone afhængigt af, om skattebetalingen afregnes under den danske selskabsskattesats på 22 pct., eller eksempelvis under en polsk selskabsskattesats på 19 pct. Dette konkretiseres i nedenstående beregning, hvorefter differencen i betalte skattekrone for Danfoss-koncernen, som ligger til grund for afhandlingens gennemgående eksempel, udledes. Til brug for udregningen er der udsøgt nærmere data om Danfoss' datterselskaber i EU, hvorefter det erfare, at Danfoss på tidspunktet for afhandlingens udarbejdelse har 53 datterselskaber med tilgængeligt regnskabsdata, skattemæssigt hjemmehørende i EU-lande²⁶⁹, og at den gennemsnitlige omsætning for disse selskaber årligt er 567 mio. kr.²⁷⁰ På baggrund af den økonomiske to-trins-analyse, hvori det er udregnet, at det polske datterselskab har en overskudsgrad på

²⁶⁹ Den anvendte data er udsøgt gennem Orbis-databasen. For et overblik over den anvendte data henvises til afhandlingens bilag 5.

²⁷⁰ Den anvendte data er udsøgt gennem Orbis-databasen. For et overblik over den anvendte data henvises til afhandlingens bilag 5.

13 pct., lægges dette til grund for udregningen af Danfoss' udenlandske datterselskabers profitmargin. Hermed udregnes disse selskabers driftsresultat at udgøre 74 mio. kr. Det antages, at Danfoss har valgt blot at medregne CFC-selskabers CFC-indkomst i moderselskabets skattepligtige indkomst²⁷¹, hvorfor blot den del af datterselskabernes gennemsnitlige driftsresultat, som kan henføres til CFC-indkomsten, skal anvendes ved nedenstående udregning af differencen i betalte skattekrone, afhængigt af om CFC-indkomsten omfattes af en dansk selskabsskattesats på 22 pct. eller en polsk selskabsskattesats på 19 pct. Driftsresultatet på 74 mio. kr. multipliceres med den procentvis del af det polske datterselskabs indkomst, som udgør CFC-indkomst, hvorefter den gennemsnitlige CFC-indkomst i Danfoss' datterselskaber udgør 27 mio. kr.

$$\Delta Skat = 53 * 27.000.000 * 0,03 = 42.930.000$$

Denne betydelige difference i betalte skattekrone må vurderes at udgøre en betydelig konkurrencemæssig svækkelse for Danfoss', hvis konkurrenter ikke kan forventes at skulle afholde disse skattemæssige omkostninger, givet at den konkurrerende koncerns moderselskab er hjemmehørende i en medlemsstat, der har implementeret CFC-regler, som inkluderer en substansundtagelse. Dette sammenholdt med den usikkerhed, som foreligger ved udarbejdelsen af den økonomiske totrins analyse, kan potentielt give danske multinationale koncerner et incitament til at udarbejde analyser for datterselskabers transaktioner ved hjælp af en metode, som resulterer i, at koncernens datterselskaber ikke opfylder CFC-indkomstbetingelsen. Det må i denne forbindelse nødvendigvis klargøres, at ikke alle transaktionsanalyser vil kunne medføre fortolkningsvanskeligheder i en sådan grad, at CFC-beskatning kan undgås.

4.2 Informationsasymmetri

Opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver, herunder særligt værdiansættelsen af datterselskabets immaterielle aktiver under anvendelse af indkomstmetoden, bygger i høj grad på antagelser om det immaterielle aktivs fremtidige potentiale²⁷². Disse antagelser kræver et nærgående kendskab til det immaterielle aktiv samt det selskab, som er indehaver af aktivet, eftersom det immaterielle aktivs bidrag til selskabet må vurderes som en helhed.

²⁷¹ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 2.2.2

²⁷² For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 4.1.2.

Hermed opstår en udfordring i relation til Skatteforvaltningens kontrol af danske multinationale koncerners opgørelser af datterselskabers CFC-indkomst. Det skyldes, at der ved en værdiansættelse inden de faktisk antagne indkomststrømme har fundet sted, ex ante, vil foreligge en høj grad af asymmetrisk information mellem parterne. Det skyldes, at Skatteforvaltningen ikke vil have adgang til den information, som den danske multinationale koncern lægger til grund for de fremtidige indkomststrømme, som det immaterielle aktiv forventes at skabe.

Forholdet mellem danske multinationale koncerner og Skatteforvaltningen kan anses som værende et principal-agent forhold²⁷³, hvor danske multinationale koncerner udgør agenten, mens Skatteforvaltningen udgør principalen. Under dette forhold har agentens beslutninger og handlinger betydning for principalen, eftersom danske multinationale koncerners handlinger har indflydelse på den skattebetaling, der foretages til principalen. Det bemærkes, at de to aktører har modsatrettede interesser, hvilket skaber usikkerhed omkring, hvorvidt agenten handler i principalens bedste interesse²⁷⁴. Aktørernes modsatrettede interesser er givet ved, at agenten antages at ville maksimere egen nytte, hvilket kan ske gennem opportunistisk adfærd. I relation til danske multinationale koncerner, vil aktionærværdien i koncerners selskaber kunne maksimeres ved at nedsætte skattebetalinger samt administrative omkostninger. Omvendt er det i principalens interesse at agenten ikke agerer opportunistisk, men derimod udarbejder grundige og faktisk korrekte indkomstopgørelser, eftersom dette vil maksimere principalens skatteindtægter. Grundet informationsasymmetri mellem aktørerne kan principalen ikke vide sig sikker på dette, hvilket under principal-agent teorien typisk vil løses gennem incitamentsprogrammer eller gennem kontrol. Med en betragtning om at Skatteforvaltningen er en offentlig institution, som har til formål at inddrive skatter, betragtes incitamentsprogrammer ikke som en reel løsning i forbindelse med danske multinationale koncerners opgørelse af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver. Herefter vil det være Skatteforvaltningens mulighed for at føre tilsyn med de danske multinationale koncerners opgørelse af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver, der skal sikre, at indkomstopgørelser udarbejdes ordentligt og korrekt i tråd med principalens interesse. Skatteforvaltningens adgang til at føre kontrol med opgørelsen af CFC-indkomst, herunder anden indkomst fra immaterielle aktiver, må herefter undersøges nærmere.

²⁷³ Jf. Hendrikse, George, 2003, sider 92-93.

²⁷⁴ Dutta, Prajit K, 1999, side 293

4.2.1 Dokumentationspligt

I forlængelse af ovenstående noteres det, at der i bemærkningerne til L 48 ikke fremgår nærmere oplysninger om, i hvilket omfang udarbejdede analyser for opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver skal dokumenteres og indsendes.

Indberetningen af det danske moderselskabs skattepligtige indkomst indeholder ikke nærmere oplysninger om den bagvedliggende dokumentation for datterselskabers CFC-indkomst, herunder opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver. På baggrund heraf vurderes det relevant at undersøge dokumentationskravene i forbindelse med danske multinationale koncerners opgørelse af datterselskabers CFC-indkomst, herunder særligt opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver samt skattemyndighedernes adgang til at føre tilsyn.

Det bemærkes, at der i dansk ret er hjemmel til at udstede bøder ved selskabers manglende eller utilstrækkelige indsendelse af transfer pricing-dokumentation, hvorefter der kan udstedes bøde på 250.000 kr. plus et tillæg på 10 pct. af en eventuel indkomstforhøjelse. Bødestørrelsen er fastsat med henblik på opnåelse af en præventiv effekt, hvorefter det skal kunne betale sig at overholde transfer pricing-dokumentationskravene, hvilket vurderes at medføre minimumsomkostninger på 125.000 kr.²⁷⁵. På trods af at den økonomiske analyse, herunder udskillelsen og værdiansættelsen af de immaterielle aktiver der genererer anden indkomst fra immaterielle aktiver, skal baseres på transfer pricing-principper, findes der ingen hjemmel til, at adgangen til at udstede denne type af bøde også er gældende i relation til danske multinationale koncerners opgørelse af datterselskabers CFC-indkomst. Dette skyldes navnlig, at der hverken i nugældende regulering, eller efter de foreslåede ændringer i L 48, eksisterer et dokumentationskrav for danske multinationale koncerners opgørelse af datterselskabers CFC-indkomst. Derimod skal det danske moderselskab afvinge en boks i forbindelse med selvangivelsen, hvori det kan bekræftes hvorvidt moderselskabet har haft CFC-indkomst i løbet af indkomståret²⁷⁶. Herefter må eventuelle krav til udarbejdelse- samt indsendelse af dokumentation bestemmes ud fra øvrig gældende ret. Det fremgår af Skattekontrolloven²⁷⁷, at *"Erhvervsdrivende, der fører regnskab, har pligt til efter anmodning fra told- og skatteforvaltningen at indsende deres regnskabsmateriale med bilag såvel for tidligere som for det lø-*

²⁷⁵ Jf. SKM 2017.227

²⁷⁶ Jf. Afhandlingens bilag 6.

²⁷⁷ Jf. Skattekontrolloven § 53, stk. 1.

bende regnskabsår og andre dokumenter, der kan have betydning for kontrollen af den pågældendes skatteansættelser, herunder for afgørelsen af skattepligt her til landet'. På baggrund heraf er danske multinationale koncerner påkrævede til at indsende information, der kan have betydning for skatteansættelsen. Det bemærkes, at bestemmelsen ikke udgør et krav om udarbejdelse af dokumentation men blot et indsendelseskrav efter anmodning. Det må derfor antages, at Skatteforvaltningen, vil have til opgave at gå igennem danske multinationale koncerners indkomstopgørelser for henholdsvis moderselskab og datterselskaber for derefter at anmode om yderligere oplysninger om de bagvedliggende analyser for opgørelsen af datterselskabernes CFC-indkomst, herunder deres anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det bemærkes, at anmodningen om oplysninger vil medfølges af en tidsfrist, som danske multinationale koncerner vil skulle indsende dokumentation indenfor²⁷⁸. Tidsfristen vil give danske multinationale koncerner mulighed for først at udarbejde dokumentation for datterselskabers indkomstopgørelser i forbindelse med anmodning herom, hvilket vil kunne reducere løbende administrative omkostninger.

Ydermere må der stilles spørgsmålstegn ved, hvad en utilstrækkelig dokumentation af datterselskabernes CFC-indkomst vil medføre af konsekvenser. Skattekontrolloven giver Skatteforvaltningen adgang til at udstikke dagbøder, hvis omtalte materiale ikke indsendes efter anmodning. Hvorvidt der er adgang til at uddele dagbøder for indsendelse af utilstrækkelig dokumentation for fastsættelsen af datterselskabers CFC-indkomst, fremgår ikke af lovteksten, hvorfor dette ikke vurderes at være tilfældet. Denne observation understøttes af, at der endnu ingen erfaringer med opgørelsen og dokumentationen af anden indkomst fra immaterielle aktiver eksisterer, hvorfor Skatteforvaltningen vil opleve besvær med at vurdere utilstrækkeligheden heraf samt at argumentere imod danske multinationale koncerners datterselskabers opgjorte anden indkomst fra immaterielle aktiver. Analyserne, som gennemgået under to-trins-analysen, er vidtrækkende og vil udgøre en signifikant administrativ byrde for danske multinationale koncerner. De nødvendige analyser vurderes sammenlignelige med kravene til transfer pricing-dokumentation, hvorefter det må betragtes, at minimumsomkostningerne relateret til udarbejdelsen af fyldestgørende dokumentation løber op i 125.000 kr. pr. indkomstår for hvert selskab²⁷⁹. Sammenholdes dette med, at retningslinjerne for udarbejdelsen af datterselskabers indkomstopgørelser er fraværende, og at konsekvenserne ved indsendelse af utilstrækkelig dokumentation af opgørelsen ikke er klare, kan der spekuleres i, hvorvidt, og i hvilken grad, det for danske multinationale koncerner vil kunne betale sig at udarbejde analyser

²⁷⁸ Jf. den juridiske vejledning, A.C Kontrol og straf

²⁷⁹ Jf. SKM 2017.227.

af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver, eftersom sanktioner ikke vurderes proportionelle med de administrative byrder, som pålægges de danske multinationale koncerner.

På trods af, at ovenstående tilsynsopgave må forventes at medføre signifikante øgede omkostninger for Skatteforvaltningen, fremgår det alligevel af bemærkningerne til L 48, at ”*Den del af lovforslaget, der vedrører implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets minimumskrav til medlemsstaternes CFC-regler, vurderes at medføre administrative omkostninger for Skatteforvaltningen på ca. 4,0 mio. kr. årligt i 2020-2022 og ca. 1,0 mio. kr. årligt i 2023 og frem som følge af mindre systemtilretninger samt øget sagsbehandling*”, hvilket ikke kan anses som værende en betydelig allokering af ressourcer til at dække så omfattende en opgave, som det vil være at føre kontrol med danske multinationale koncerners opgørelse af, hvor stor en del af datterselskabers indkomst der skal allokere til anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det må anses som værende usandsynligt, at ændringerne til CFC-reglerne skulle medføre administrative omkostninger på blot 4 mio. kr. årligt i årene efter lovforslagets forventede implementering. Beløbet blegner da også sammenholdt med Skatteforvaltningens samlede budget i 2020, som lyder på 8.8 mia. kr.²⁸⁰, betydende at allokering af omkostninger i relation til udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde en helt ny indkomstkategori ikke kan anses som værende prioriteret, eller at de administrative omkostninger relateret hertil er undervurderede.

4.2.2 Omdømmets økonomiske effekt

I forlængelse af ovenstående betragtninger må det bemærkes, at der som resultat af sager omhandlende multinationale koncerners aggressive skatteplanlægning, hvorefter det er blevet afsløret, at koncerner har opnået ganske lave effektive skattesatser, har været et fokus fra offentligheden og medierne på netop denne type af sager. Dette har resulteret i, at en række selskaber har oplevet negativ mediedækning på trods af, at de har levet op til gældende skatteretlig lovgivning²⁸¹, hvilket blandt andet har resulteret i en situation, hvor der er fra politisk hold er blevet opfordret til boykot af et selskabs produkter²⁸² med en omsætningsmæssig konsekvens til følge for det pågældende

²⁸⁰ Jf. Finanslov for finansåret 2020, tekst og anmærkninger til § 9. Skatteministeriet.

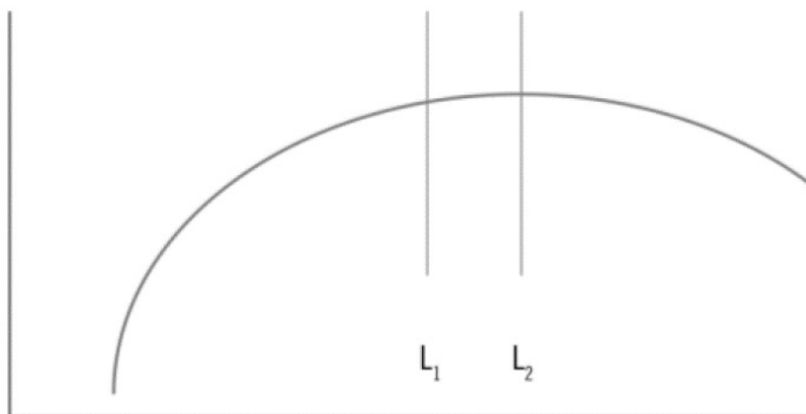
²⁸¹ The Financial Times afslørede i 2018, at Starbucks' europæiske legale enhed var pålagt en effektiv selskabsbeskatning på 2,8% i Storbritannien. For mere herom se Financial Times, Starbucks' European unit paid 2.8% UK tax last year, 19. september 2018.

²⁸² I forlængelse af ovenstående mediedækning af Starbucks effektive skattesats i Storbritannien, opfordrede flere navngivende engelske politikere at offentligheden skulle boykotte kæden, indtil de erlagte en fair andel i skat.

selskab²⁸³. Det må generelt bemærkes, at der er kommet et øget fokus på selskabers samfundsansvar, og at forbrugere samt økonomiske markeder er villige til at straffe selskaber, som ikke lever op til dette ansvar²⁸⁴.

Dette efterlader danske multinationale koncerner med en vanskelig strategisk beslutning, eftersom de, for at undgå ovenstående negative økonomiske konsekvenser ved et beskadiget omdømme, skal leve op til, hvad der fra offentligheden forventes og vurderes at udgøre en fair andel i erlagt skat²⁸⁵, samtidig med at multinationale koncerner skal undgå en konkurrencemæssig svækkelse, som følge af deres effektive skattesats. Ydermere må selskaber sørge for at maksimere selskabets værdi for aktionærene ved at holde omkostninger på et minimum. Til at illustrere dette, henvises til nedenstående figur, hvorefter L_1 er et udtryk for den grad af skatteplanlægning, hvorved visse interessenter vil stille sig kritiske overfor et selskabs ageren, mens L_2 udgør den grad af skatteplanlægning, hvorved yderligere skattebesparende tiltag ikke vil være profitable for selskabet, eftersom for stor en andel af interessenterne vil reagere negativt på skatteplanlægningen. Det må bemærkes, at der medfølger signifikante risici ved at ligge i området mellem L_1 og L_2 , eftersom selskaber heri skal være særligt agtpågivende, for ikke at overskride L_2 .²⁸⁶

Figur 13: Selskabers optimale niveau af skatteplanlægning



²⁸³ Jf. Bergin, Tom, 2014, Starbucks suffers first UK sales drop after tax criticism.

²⁸⁴ Af nationale eksempler kan hvidvask-skandalen hos Danske Bank nævnes, hvorved det blev afsløret, at Danske Banks estiske filial var blevet anvendt til at hvidvaske penge for mere end 1.500. mia. kr., over en periode mellem 2007 til 2016. I perioden juni 2017-juni 2019 faldt Danske Banks markedsværdi med over 60 pct.

²⁸⁵ For en vurdering af, hvad der udgør en "fair andel" i erlagt skat, samt en gennemgang af begrebet "aggressiv skatteplanlægning" se K. Schmidt, Peter, 2015 - Når multinationale selskaber skal betales en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility.

²⁸⁶ Jf. Knuutinen, Reijo, 2014, Corporate Social Responsibility, Taxation and Aggressive Tax Planning, side 58.

Kilde: Knuutinen, Reijo - 2014, Corporate Social Responsibility, Taxation and Aggressive Tax Planning, side 58 (Nordic Tax Journal:1).

Det kan derfor fra et forretningsmæssigt synspunkt være hensigtsmæssigt, at danske multinationale koncerner integrerer og prioriterer CSR-initiativer (Corporate Social Responsibility) i forbindelse med deres skattemæssige strukturering, idet dette kan udmønte sig i undgåelse af negative økonomiske konsekvenser afledt af et beskadiget omdømme. Dette ses i praksis blandt andet ved at multinationale koncerner offentliggør skattepolitikker og indgår i branchesamarbejder med det formål at skabe transparens samt at etablere tilliden fra offentligheden, samtidig med at der skabes lige konkurrencevilkår. Endvidere opererer flere større multinationale koncerner med såkaldt "tax risk management", med det formål at sikre kompetent og hensigtsmæssig håndtering af koncernens skattemæssige forhold i overensstemmelse med offentlighedens forventninger samt gældende ret²⁸⁷.

Ovenstående betragtning udgør et moment, som taler for at CSR skal inddrages i agentens stræben efter at egen maksimere nytte, eftersom en høj grad af skatteplanlægning med henblik på at nedsætte administrative omkostninger samt skattebetalinger kan resultere i større økonomiske konsekvenser på længere sigt. Dette er et argument imod at danske multinationale koncerner er interesserede i at spekulere i at udarbejde tilstrækkelige analyser af anden indkomst fra immaterielle på en sådan måde, at datterselskaber omgår indkomstbetingelsen.

4.3 Delkonklusion

Igennem ovenstående økonomiske analyse er det undersøgt, hvordan danske multinationale koncerner kan håndtere udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det konstateres, at koncernerne skal udarbejde en to-trins analyse af datterselskabers transaktioner, hvilket vil kræve et nærgående kendskab til de almindelige transfer pricing-principper. Under to-trins analysen må der først udarbejdes en sammenlignelighedsanalyse for at vurdere, om datterselskabets immaterielle aktiver tilfører en merværdi til selskabets indgåede transaktioner. Herefter værdiansættes de forskellige immaterielle aktiver i anden del af to-trins analysen for at identificere, hvor stor en del af denne tilførte merværdi, der skal henføres til datterselskabets anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det konkluderes, at den påkrævede to-trins analyse vil medføre signifikante stigninger i danske multinationale koncerners administrative omkostninger.

²⁸⁷ Jf. K. Schmidt, Peter, Tell, Michael & Weber, Katja Dyppel, 2015, sider 282-285.

Det konkluderes endvidere, at der foreligger en høj grad af usikkerhed omkring, hvordan selve udformningen af datterselskabers indkomstopgørelser, herunder anden indkomst fra immaterielle aktiver, skal være. På baggrund heraf har danske multinationale koncerner mulighed for at præge analyserne i en retning, således at sandsynligheden for at datterselskaber omfattes af CFC-beskatning mindskes. Dette forstærkes af, at der foreligger informationsasymmetri mellem danske multinationale koncerner og Skatteforvaltningen, som skal føre tilsyn med indkomstopgørelserne. Det konkluderes, at der ikke eksisterer konkrete dokumentationskrav til opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver, hvorfor Skatteforvaltningen er stillet overfor en betydelig udfordring sammenholdt Skatteforvaltningens allokerede budget til udførsel af kontrol. Afslutningsvist konkluderes det, at omdømme spiller en fortsat større rolle for danske multinationale koncerner, hvorfor CSR-initiativer udgør en fornuftig forretningsmæssig overvejelse, som danske multinationale koncerner bør gøre sig, førend det overvejes at udarbejde mindre detaljerede analyser af datterselskabers indkomstopgørelser og anden indkomst fra immaterielle aktiver, der kan anses for at være aggressiv skatteplanlægning.

5 Retspolitisk analyse

Dette følgende kapitel indeholder forfatternes retspolitiske overvejelser, som L 48 giver anledning til.

Som gennemgået i afhandlingens juridiske- og økonomiske analyse vil udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver medføre en række udfordringer for danske multinationale koncerner. Udfordringerne er særligt givet ved den opgørelse, der skal udarbejdes af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det danske erhvervsliv har ikke lagt skjul på utilfredsheden med de foreslåede ændringer til de danske CFC-regler i L 48, som da også adskiller sig fra øvrige medlemsstaters implementeringsformer.

I det følgende kapitel vil forfatterne adressere en række af de bekymringer, som det danske erhvervsliv samt Skatteministeriet har fremsat i relation til L 48. Dernæst vil en række overvejelser om, hvordan lovforslaget med rette kunne modificeres blive fremlagt, således at lovgivningen rammer som tilsigtet, og på den måde er udarbejdet mere hensigtsmæssigt i overensstemmelse med CFC-reglernes bagvedliggende formål.

5.1 Substansundtagelse

I kølvandet på *Cadbury Schweppes*, hvorved EU-Domstolen fastslog, at de daværende britiske CFC-regler var i strid med den primære EU-ret, indførte flere medlemsstater en substansundtagelse i deres nationale CFC-regler²⁸⁸. Essensen af en substansundtagelse er, at udenlandsk kontrollerede datterselskaber undtages fra CFC-beskatning, såfremt det kan påvises, at selskabet svarer til en reel etablering, som har til formål at udøve faktisk økonomisk virksomhed i værtsmedlemsstaten. De danske CFC-regler blev efter *Cadbury Schweppes* tilrettet på anden vis, hvorefter CFC-reglerne blev udvidet til at omfatte alle datterselskaber, uanset geografisk beliggenhed. Med denne implementeringsform var det lovgivers opfattelse²⁸⁹, at der derved ikke forelå forskelsbehandling mellem rent nationale samt grænseoverskridende forhold, hvilket var kernen i *Cadbury Schweppes*.

²⁸⁸ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 2.1.

²⁸⁹ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger afsnit 2.2, L 213 2006/2007.

De foreslåede ændringer til de danske CFC-regler i L 48, hvorefter anden indkomst fra immaterielle aktiver skal henføres til CFC-indkomsten, har på ny har givet liv til diskussionen vedrørende de danske CFC-regler. Diskussionen er særligt baseret på, at den foreslåede implementering af ATAD gennem L 48 ikke begrænses til direktivets minimumskrav, herunder at de foreslåede ændringer til de danske CFC-regler ikke indeholder en substansundtagelse, hvilket direktivet ellers giver medlemsstaterne mulighed for²⁹⁰. Dette skal sammenholdes med ophævelsen af den hidtil gældende aktivtest²⁹¹, som dog må konkluderes at være nødvendig på baggrund af minimumskravene til implementeringen af ATAD.

Det noteres, at formålet med CFC-reglerne er at modvirke udhulingen af staters skattebaser, ved at multinationale koncerner flytter mobile immaterielle og finansielle aktiver, og dertilhørende indkomster, til lavskattelande. Det fremgår af bemærkningerne til L 48, at lovforslaget sigter efter at mindske de administrative og økonomiske konsekvenser for danske multinationale koncerner, og at lovforslaget endvidere ikke sigter efter at stille danske multinationale koncerner værre i konkurrencesituationer, end hvis koncernens moderselskab var skattemæssigt hjemmehørende i en anden medlemsstat²⁹². I den forbindelse må det anerkendes, at skatteministeriet har forsøgt at imødekomme de praktiske vanskeligheder, som ændringerne kan medføre for danske multinationale koncerner, gennem lovforslagets tekniske lempelser²⁹³. Som gennemgået i nærværende afhandlings juridiske- samt økonomiske analyse er det dog vurderet, at danske multinationale koncerner fortsat står overfor en konkurrencemæssig svækkelse samt en betydelig øgning i administrative omkostninger i relation til de analyser, som skal foretages i relation til opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver.

På baggrund heraf har det danske erhvervsliv, herunder flere af Danmarks største multinationale koncerner, aktivt været ude med kritik af- samt opfordret til, at L 48 bør modificeres mere hensigtsmæssigt, således at loven tilrettes proportionelt mod CFC-reglerne formål. Det er i forlængelse heraf nærliggende at kommentere på den manglende indførsel af en substansundtagelse. Der er i henhold til ATAD's model a adgang til implementering af en sådan substansundtagelse, hvilket det danske erhvervsliv argumenterer for, vil forebygge en del af de problemstillinger, som nærværende afhandling har belyst. Fornuften ved implementering af en substansundtagelse i de danske CFC-

²⁹⁰ Jf. ATAD artikel 7, stk. 2 litra a.

²⁹¹ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 2.2.

²⁹² Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 1.1, L 48.

²⁹³ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 2.2.1.

regler kan understøttes af løbende udtalelser fremsat af danske brancheorganisationer og danske multinationale koncerner. Det må i forlængelse af disse betragtninger tilføjes, at særligt det danske erhvervsliv har en interesse i, at de danske CFC-regler udvides til at indeholde en substansundtagelse, hvorfor disse aktørers udtalelser skal ses i lys heraf. Indførslen af en substansundtagelse giver anledning til en række teoretiske og praktiske udfordringer, hvilket adresseres i det følgende afsnit.

5.1.1 Effekt for danske multinationale koncerner

Såfremt en substansundtagelse indføres i dansk CFC-lovgivning vil det for danske multinationale koncerner betyde, at almindelige operationelle selskaber, herunder det polske datterselskab som behandlet igennem afhandlingen, fritages fra CFC-beskatning. I det konkrete eksempel vil en substansundtagelse finde anvendelse, eftersom det polske datterselskab udøver en reel økonomisk virksomhed i form af produktion og varesalg og derved må anses for at udgøre et selskab med substans. For danske multinationale koncerner vil implementeringen af en substansundtagelse dermed medføre, at væsentligt færre administrative omkostninger må forventes at skulle allokere til opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver samt opstilling af datterselskabers indkomstopgørelser, såfremt det kan konstateres, at der foreligger substans i de konkrete datterselskaber. En substansundtagelse kan ydermere forventes at medføre, at danske multinationale koncerners konkurrenceevne ikke svækkes som følge af CFC-reglerne, hvilket vurderes at være tilfældet, såfremt L 48 vedtages i lovforslagets nuværende form. Denne konkurrencemæssige svækkelse vil eksempelvis komme til udtryk under udbudssituationer²⁹⁴, hvorefter danske multinationale koncerner ved indførslen af en substansundtagelse ikke vil være nødsaget til at indkalkulere CFC-beskatning i prissætningen af et projekt, såfremt det kan konstateres, at datterselskabet indeholder substans. Hermed vil danske multinationale koncerner deltage i udbud under samme skattemæssige vilkår, som det er tilfældet for multinationale koncerner med hovedsæde i øvrige medlemsstater, som på nuværende tidspunkt har inkluderet en substansundtagelse i national ret.

5.1.2 Skatteministeriets bekymringer

Fraværet af en substansundtagelse i L 48 kan henføres til en række bekymringspunkter, som Skatteministeriet har givet udtryk for i forbindelse med lovforslagets bemærkninger samt i høringssvar og i medier. I lovforslagets bemærkninger anføres det, at såfremt lovforslaget begrænses til en

²⁹⁴ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.5.

minimumsimplicitering af ATAD, da vurderes ændringerne at medføre et markant tab i skatteindtægter for den danske stat, der kan løbe op i milliardbeløb²⁹⁵. På baggrund heraf foreslås det, at de nuværende regler, som finder anvendelse på alle datterselskaber uagtet geografisk placering, opretholdes, og at L 48 derved vedtages uden en substansundtagelse. Det potentielle tab i skatteindtægter vil ifølge Skatteministeriet opstå ved, at mobile immaterielle og finansielle aktiver, og dertilhørende indkomster, flyttes til udenlandske datterselskaber skattemæssigt hjemmehørende i lavt beskattede stater, såfremt en substansundtagelse indføres. Endvidere har Skatteministeren udtalt, at indførslen af en substansundtagelse vil være uhåndterbar for de danske skattemyndigheder, og at en substansundtagelse vil medføre betydeligt øgede administrative omkostninger, som skattemyndighederne i så fald vil skulle afholde²⁹⁶.

Der foreligger stor usikkerhed omkring statens estimerede tab af skatteprovenu, hvilket anerkendes af Skatteministeriet²⁹⁷. Skatteministeriets bekymring relateret til statens potentielle tab af skatteprovenu bunder i Skatteministeriets bekymring om, at danske multinationale koncerner vælger at flytte immaterielle aktiver til lavskattestater, såfremt en substansundtagelse vil finde anvendelse på danske multinationale koncerners datterselskaber. Derved vurderes det, at der vil opstå en situation, hvor de immaterielle og finansielle aktiver, der oppebærer en positiv indkomst for koncernen, placeres i lavskattelande, hvorimod omkostningerne, som afholdes ved oparbejdelsen af de immaterielle aktiver, fastholdes i Danmark, hvorefter danske multinationale koncerner vil have adgang til fradrag for herfor²⁹⁸. Skatteministeriet begrundet bekymringen i, at der tidligere er set konkrete tilfælde på dette i en dansk sammenhæng, dog uden at fremlægge konkrete eksempler herpå²⁹⁹. Som belæg til støtte for Skatteministeriets bekymring vedrørende danske multinationale koncerners udflytning af immaterielle- og finansielle aktiver til lavskattelande, må en opgørelse udgivet af Skatteministeriet i forbindelse med høringssvar for L 48 kommenteres på. Fra opgørelsen, som behandler koncerners placering af mobile aktiver i europæiske lavskattelande, sammenholdes

²⁹⁵ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 1.1, L 48.

²⁹⁶ Jf. Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 14, L 48.

²⁹⁷ Jf. Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 21, L 48.

²⁹⁸ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 2.1.1, L 48.

²⁹⁹ Jf. Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 21, L 48.

dansk og svensk selskabsdata. Det bemærkes i denne forbindelse, at Sveriges CFC-regler indeholder en substansundtagelse³⁰⁰. Det kan fra rapporten udledes, at svenske multinationale koncerner har over 10 pct. af deres mobile aktiver placeret i europæiske lavskattelande, hvorimod dette tal for danske multinationale koncerner blot udgør ca. 3 pct.³⁰¹. Denne opgørelse kan give en indikation af følgerne, såfremt en substansundtagelse indføres i de danske CFC-regler. Det må bemærkes, at sammenligningen med data om svenske multinationale koncerner kan være påvirket af enkelte store aktørers aggressive skatteplanlægning, hvilket kan give et forvrænget billede af den generelle tendens³⁰². Samtidig kan det også argumenteres for, at opgørelsen blot afspejler, at danske koncerner har en relativt lille andel af deres reelle aktivitet i de lavskattelande indenfor EU, som opgørelsen tager udgangspunkt i.

Skatteministeriet anerkender, at vurderingen af risici som følge af implementering af en substansundtagelse i dansk CFC-lovgivning er forbundet med en betydelighed usikkerhed. Denne usikkerhed skal findes ved det manglende statistiske belæg for mængden af mobile immaterielle og finansielle aktiver der potentielt kan føres ud af landet, sammenholdt med antallet af disse, der faktisk vil blive genstand for en flytning over landegrænser, såfremt en substansundtagelse indføres i dansk ret³⁰³.

5.1.3 Fortolkning af substans

Skatteministeriets bekymring for implementering af en substansundtagelse i de danske CFC-regler bunder, som bemærket, i misbrugssituationer, hvorved danske multinationale koncerner flytter immaterielle og finansielle aktiver til rent kunstige arrangementer camoufleret som reelle selskaber med substans, således at disse opfylder betingelserne for substansundtagelse, men hvor formålet med det kunstige arrangement, samt flytningen af immaterielle aktiver, er at opnå en skattefordel.

³⁰⁰ Som følge af C-197/4 *Cadbury Schweppes* blev der i de svenske CFC-regler indsat en undtagelsesbestemmelse for udenlandsk kontrollerede selskaber i EU/EØS, såfremt de udgør en reel etablering. For en komparativ analyse af de svenske CFC-regler, se K. Schmidt Peter – 2013, sider 133-136.

³⁰¹ I den konkrete opgørelse, var der taget udgangspunkt i koncerner med en omsætning på over 100 millioner kr. landene der var taget udgangspunkt i er Holland, Luxemburg, Irland, Malta, Cypern og Belgien. Opgørelsen blev offentliggjort i forbindelse med høringssvar 21, og er udledt fra Orbis-databasen.

³⁰² EU-Kommissionen indledte i 2017 en statsstøttesag mod IKEA koncernen, hvor det er vurderet at IKEA har unddraget for omkring 7.5 milliarder kr. i EU-skat, ved at udnytte særlige skatteordninger. På nuværende tidspunkt er sagen fortsat igangværende.

³⁰³ Jf. Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 21, L 48.

Denne klassifikation, rent kunstige arrangementer, følger af præmisserne fra *Cadbury Schweppes*³⁰⁴ og udgør den hidtidige forståelse af substansløse selskaber, som dermed ikke undtages fra CFC-beskatning under en substansundtagelse. EU-Domstolen udtalte i forbindelse med sagen, at alene fiktive etableringer, herunder postkasseselskaber og skuffeselskaber, udgjorde rent kunstige arrangementer³⁰⁵.

Definition af rent kunstige arrangementer vurderes at medføre, at kriteriet for, hvorvidt et udenlandsk kontrolleret datterselskab indeholder substans eller ej, kan opfyldes uden større hindringer for danske multinationale koncerner. Denne betragtning understøtter Skatteministeriets bekymring for, at immaterielle og finansielle aktiver kan flyttes til datterselskaber beliggende i lavskattelande, såfremt danske multinationale koncerner agter dette. I den forbindelse er det nærliggende at kommentere på udviklingen i forståelsen af substansbegrebet siden den afsagte dom, hvor det ledende præjudikat, på området for CFC-beskatning, vedrørende substans, blev til, herunder hvorvidt et selskab fortsat kan undtages på baggrund af en substansundtagelse blot ved ikke at udgøre et rent kunstigt arrangement. Det må bemærkes, at EU-Domstolen ikke har taget særskilt stilling til kravet om substans i relation til CFC-regler³⁰⁶.

På tidspunktet for afgørelsen af *Cadbury Schweppes* kan fokus på det EU-retlige område argumenteres for at have været at eliminere hindringer på det indre marked, ved at sikre at medlemsstater ikke opstillede hindringer, herunder nationale værnsregler, der hæmmede den frie bevægelighed på det indre marked. Dette fokus kan forklare den lempelige fortolkning af, hvad der var påkrævet for, at et udenlandsk kontrolleret datterselskab blev vurderet til at indeholde substans. Som indledningsvist beskrevet i nærværende afhandling er der over en årrække kommet et øget samfundsfokus på den effektive skattesats, som multinationale koncerner har været pålagt samt den skat, som koncernerne faktisk har erlagt. Det fokus, sammen med OECD's BEPS-projekt, har været medvirkende til et fokusskifte i EU-institutionerne, hvor det generelle fokus kan siges at være skiftet fra at sikre et hindringsfrit indre marked til at sikre et indre marked med solide værnsregler, der beskytter de enkelte medlemsstaters skattebaser³⁰⁷. At EU-institutionerne har gennemgået et fokusskifte, synes

³⁰⁴ Jf. dommens præmis 51.

³⁰⁵ Jf. dommens præmis 68.

³⁰⁶ Jf. Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 16, L 48.

³⁰⁷ Dette synes endvidere at kunne udledes fra direktivets præambel paragraf 5, hvori det foreskrives at "(...) *Det er nødvendigt at fastsætte regler til bekæmpelse af udhuling af skattegrundet i det indre marked (...)*"

endvidere at kunne udledes ved en nærmere analyse af den foreslåede substansundtagelse i ATAD art. 7, stk. 2 (*egen fremhævnning*):

*”Dette litra finder ikke anvendelse, når det kontrollerede udenlandske **selskab viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet**, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder.”*

Ordlyden fra den foreslåede substansundtagelse må fortolkes således, at der lægges op til en betydeligt mere snæver anvendelse af substansundtagelsen, eftersom betingelsen for at udenlandske kontrollerede datterselskaber skal udøve en væsentlig økonomisk aktivitet for at indeholde substans, går videre end præmissen fra *Cadbury Schweppes*, hvor barren for substans var sat ved rent kunstige arrangementer. Ændringen af substansbegrebet indikerer, at kravene til selskaber, førend disse kan undtages fra CFC-beskatning på baggrund af en substansundtagelse, kan sættes højere, hvorfor visse selskaber, som tidligere var omfattet af en substansundtagelse, kan forventes at falde udenfor den nye begrebsforståelse efter ATAD art. 7, stk. 2, hvilket imødekommer nogle af de bekymringer, som Skatteministeriet løbende har fremsat.

BEPS rapport 3 adresserer ligeledes den fortolkningsmæssige problemstilling vedrørende indførslen af en substansundtagelse. I rapporten bemærkes det, at OECD's vurdering er, at der vil være adgang for EU-medlemsstater til at indføre en substansundtagelse, der sætter højere krav til vurderingen af, hvorvidt der foreligger substans i et selskab eller ej³⁰⁸. Det noteres, at det ledende præjudikat, på baggrund af *Cadbury Schweppes*, har været, at det udelukkende var nationale CFC-regler, der angik rent kunstige arrangementer, som kunne retfærdiggøre CFC-reglers hindring af det indre marked. Derimod vurderes det, at der foreligger indikatorer for, at nationale regler om en substansundtagelse kan anvendes på trods af, at reglerne ikke blot er tilsigtet rent kunstige arrangementer³⁰⁹. I den forbindelse refereres der til retspraksis, hvori EU-Domstolen udtalte, at nationale værnsregler kan retfærdiggøres, såfremt det kan påvises, at det pågældende arrangement helt eller delvist er kunstigt³¹⁰. BEPS rapport 3 fortolker således, på baggrund af dommen, at EU-medlemsstater kan indføre en substansundtagelse i national ret, der vedrører arrangementer, som ikke er rent kunstige,

³⁰⁸ Jf. BEPS rapport 3, pkt. 1.1.2.

³⁰⁹ Jf. BEPS rapport 3, pkt. 1.1.2.

³¹⁰ Den pågældende dom, C-524/04 præmis 81, omhandlede de britiske regler om tynd kapitalisering og hvorvidt værnsreglerne kunne retfærdiggøres. EU-Domstolen udtalte i den forbindelse at reglerne kunne retfærdiggøres, selvom de ikke udelukkende var tilrettet mod rent kunstige arrangementer, men derimod arrangementer der var rent eller delvist kunstigt. For mere herom, se BEPS rapport 3, afsnit 1.2.2.2.

så længe en del af arrangementet er kunstigt³¹¹. BEPS rapport 3 bemærker endvidere, at EU-Domstolen har udtalt, at hensynet til at sikre en balanceret beskatningsret endvidere kunne retfærdiggøre nationale værnsregler, som ligeledes ikke udelukkende var tilrettet rent kunstige arrangementer³¹².

På trods af observationerne, som fremgår af BEPS rapport 3, har Skatteministeriet udtalt, at de fortsat er af den opfattelse, at en substansundtagelse kun kan retfærdiggøres, såfremt det udenlandske datterselskab udgør et rent kunstigt arrangementet³¹³. Skatteministeriet vurderer, at denne holdning er understøttet af retspraksis fra EU-Domstolen³¹⁴. I den pågældende sag tager Domstolen ikke særskilt stilling til vurderingen af, hvad der udgør substans, men Domstolen udtaler, at konstateringen af, hvorvidt der foreligger et rent kunstigt arrangement, kræver, at der foretages en samlet bedømmelse af den pågældende situation³¹⁵.

På baggrund af ovenstående må det vurderes, at der hersker usikkerhed omkring EU-Domstolens fremadrettede fortolkning af kravene til en potentiel substansundtagelse i medlemsstaters nationale CFC-regler. Ikke desto mindre er det forfatterens vurdering, at medlemsstaterne i national ret har adgang til at stille højere krav til en substansundtagelse på baggrund af ordlyden i ATAD, sammenholdt BEPS rapport 3, som ligeledes perspektiverer til EU-retspraksis.

5.1.3.1 Øvrige værnsregler

Såfremt skattemyndighederne, på baggrund af ovenstående, alligevel anser sandsynligheden for, at danske multinationale koncerner agter at flytte immaterielle og finansielle aktiver ud af landet ved indførslen af en substansundtagelse, som værende signifikant, er danske skatteregler udformet således, at øvrige værnsregler potentielt kan modvirke danske multinationale koncerners fordele relateret til flytningen af de immaterielle og finansielle aktiver. I det følgende afsnit vil en række af disse værnsregler blive vurderet, herunder med en gennemgang af, hvorvidt disse kan modvirke, at

³¹¹ Jf. BEPS rapport 3, pkt. 1.1.2.

³¹² EU-Domstolen udtalte i dommene, *Société de Gestion Industrielle (SGI) mod den belgiske stat*, C-311/08, og *Oy AA*, C-231/05, at værnsregler der ikke vedrørte rent kunstige arrangementer kunne retfærdiggøres med hensyn til at sikre en afbalanceret beskatningskompetence. For mere herom se BEPS rapport 3, afsnit 1.2.2.2.

³¹³ Jf. Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 16, L 48.

³¹⁴ Jf. de forenede sager C-504/16 og C-613/16, *Deister Holding AG og Juhler Holding A/S*.

³¹⁵ Jf. dommens præmis 74, de forenede sager C-504/16 og C-613/16, *Deister Holding AG og Juhler Holding A/S* & jf. Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 36, L 48.

danske multinationale koncerner vælger at flytte immaterielle aktiver ud af Danmark til lavskatte-lande.

Danmark har regler om exit-beskatning³¹⁶, som indtræder når et dansk selskab skifter skattemæssigt hjemsted, hvilket vil medføre, at immaterielle aktiver, der påtænkes flyttet ud af Danmark i forbindelse med flytning af et selskab, skal afregnes, og at der skal betales skat af handelsværdien på tidspunktet for flytningen. Det kan betvivles hvorvidt reglerne om exit-beskatning kan fungere som værktøj, hvad angår immaterielle aktiver, eftersom disse aktiver er kendetegnede ved at være svært definerbare og at de ydermere er vanskelige at værdiansætte, som gennemgået i afhandlingens kapitler 3 og 4. Dette vil særligt være gældende, hvis et pågældende immaterielle aktiv ikke er begyndt at generere væsentlige indkomststrømme på tidspunktet for flytningen og derved ikke har vist sit økonomiske potentiale³¹⁷.

Endvidere kan der argumenteres for, at Danmarks skattebase vil være beskyttet af transfer pricing-reglerne, jf. LL § 2 sammenholdt Transfer Pricing Guidelines. Herefter vil en koncernintern overførsel af et immaterielt aktiv oparbejdet i Danmark til et datterselskab i en lavt beskattet stat skulle foretages under armslængdepriser og -vilkår. I relation hertil må det også noteres, at opgørelsen af det immaterielle aktivs værdi i den situation vil være præget af en grad af usikkerhed. Som yderligere beskyttelse af den danske skattebase bemærkes det dog, at der efter 2017 udgaven af Transfer Pricing Guidelines introduceres et nyt armslængdebegreb, hvorefter der ved allokering af løbende afkast fra immaterielle aktiver særligt må lægges vægt på, hvilke parter der varetager væsentlige funktioner relateret til det immaterielle aktiv, samt hvem der har kontrol over tilhørende risici³¹⁸. Dette nye armslængdebegreb vil medføre, at løbende afkast fra et immaterielt aktiv ikke uden videre kan allokere til datterselskabet beliggende i et lavskattelands, hvis ikke dette selskab udfører væsentlige funktioner og påtager sig risici.

Endeligt er der i forbindelse med vedtagelsen af ATAD blevet implementeret en generel værnsregel i dansk skatteret³¹⁹, som justerede den daværende omgåelsesklausul i Ligningslovens ('LL') § 3, stk. 1-3. Den justerede LL § 3 tildeler de kompetente myndigheder muligheden for at tilsidesætte

³¹⁶ Jf. SEL § 5, stk. 7 & SEL § 8, stk. 4-5.

³¹⁷ Jf. Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 36, L 48.

³¹⁸ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, sider 383-384.

³¹⁹ Jf. ATAD, artikel 6.

dispositioner, som har til hovedformål, eller et af hovedformålene, at opnå en skattefordel og derved ikke anses som værende reelle. Bevisbyrden for anvendelse af generelklausulen tilfalder Skatteforvaltningen, hvorefter de har til opgave at fastslå, hvorvidt betingelserne for anvendelse af bestemmelsen er opfyldt. Det er først på tidspunktet, hvor Skatteforvaltningen er i stand til at løfte bevisbyrden, at den skattepligtige skal godtgøre, at dispositionen er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, hvorefter sagen forlægges til Skatterådet for afgørelse³²⁰. På baggrund af dette vurderes det, at Skatteforvaltningen og Skatterådet har fået bredere beføjelser end hidtil set. Det vurderes dog samtidig, at LL § 3 er forbundet med en hel del usikkerhed, herunder anvendelsesområdet for værnsreglen, grundet de noget uklare retningslinjer fremsat af Skatteministeriet³²¹ sammenholdt med, at der på nuværende tidspunkt ikke findes mange fortolkningsbidrag til anvendelse af bestemmelsen³²², hvorfor det på nuværende tidspunkt er uklart at vurdere, hvorvidt LL § 3 udgør et tilstrækkeligt værn mod flytningen af mobile aktiver, herunder immaterielle aktiver.

Det må på baggrund af ovenstående vurderes, at de danske skatteregler under gældende ret indeholder en række værnsregler, som er med til at beskytte den danske skattebase. Det bemærkes dog, at der foreligger en vis grad af usikkerhed relateret til disse værnsregler, hvilket begrundes i immaterielle aktiver karakter, hvorefter værdien af disse er svær at fastsætte samt at anvendelsesområdet for den generelle værnsregel i LL § 3 fortsat er uklar.

5.1.4 Administrative omkostninger

Anden del af bekymringerne som fremsat af Skatteministeriet, omhandlende hvorfor en substansundtagelse ikke inkluderes i L 48, er, at en substansundtagelse forventes at medføre betydelige administrative omkostninger for Skatteforvaltningen. Skatteministeriet bemærker, at det erfaringsmæssigt er en administrativ tung byrde at foretage konkrete vurderinger, herunder vurderinger af om et udenlandsk kontrolleret datterselskab indeholder substans³²³. Omvendt undlader Skatteministeriet at kvantificere bekymringerne yderligere, hvorfor det vurderes, at der på nuværende tidspunkt ikke foreligger et statistisk belæg for argumentationen.

³²⁰ Jf. Ligningsloven § 3, stk. 7, 1. pkt.

³²¹ Jf. Bjare, Peter & Sønderholm, Søren, 2019, Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3.

³²² For mere herom se K. Schmidt, Peter, Bundgaard, Jakob – 2016 Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – Nye værnsregler og flere tvister i vente i EU.

³²³ Jf. Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 14, L 48.

Det må medgives, at vurderingen af, hvorvidt et udenlandsk kontrolleret datterselskab indeholder substans, kan forekomme ugenomsigtig og potentielt kan påføre Skatteforvaltningen administrative omkostninger. Under konkrete vurderinger af hvorvidt et selskab indeholder substans eller ej, må grænsetilfælde forventes at opstå, hvilket vil give anledning til fortolkningsvanskeligheder for Skatteforvaltningen. Dette vil uden videre gøres til en mere vanskelig øvelse, såfremt danske multinationale selskaber agter at spekulere i grænseområdet, hvilket Skatteministeriet udtrykker bekymring for³²⁴. Det Europæiske Råd har fremsat en række retningslinjer, som indeholder momenter, der kan inddrages i vurderingen af hvorvidt der foreligger substans i et selskab, hvilke Skatteforvaltningen med rette kan gøre brug af, såfremt en substansundtagelse indføres i de danske CFC-regler. Retningslinjerne foreskriver blandt andet, at det skal vurderes, om datterselskabet er placeret i det pågældende land af velbegrundede kommercielle årsager, og om der er tale om en reel etablering, der udøver økonomisk aktivitet. Det kan endvidere betragtes, hvorvidt datterselskabet er overkapitaliseret sammenholdt med hvad der må vurderes nødvendigt for driften af datterselskabets forretning³²⁵.

Endvidere indeholder de danske CFC-regler på nuværende tidspunkt en substansundtagelse for fysiske personer i LL § 16 H, stk. 2, hvilken blev indsat i kølvandet på *Cadbury Schweppes*. Af denne følger det, at fysiske personer kan fritages for CFC-beskatning for deres udenlandske kontrollerede selskaber hjemmehørende i EU/EØS³²⁶. Skatteministeriet kan søge inspiration i udformningen af denne, såfremt en substansundtagelse indføres for selskaber. Det fremgår af ordlyden, at den skattepligtige skal dokumentere, at selskabet svarer til en reel etablering og at selskabet udøver reel økonomisk virksomhed. Det udledes af forarbejderne til bestemmelsen, at der kan stilles krav om, at selskabet skal have fysiske lokaler, personale og udstyr, og det skal vurderes, at etableringen af det udenlandske kontrollerede datterselskab er sket med henblik på at omplacere eller om dirigere indkomst³²⁷. Der foreligger ikke indikatorer på, at denne substansundtagelse for fysiske personer skulle have forvoldt Skatteforvaltningen særlige problemer af administrativ karakter³²⁸.

³²⁴ Jf. Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 21, L 48.

³²⁵ Jf. Det Europæiske Råd, resolution 2010/C 156/1.

³²⁶ Det er en betingelse for fritagelse at den fysiske persons skattepligtige dokumentation kan verificeres via en aftale om udveksling af oplysninger, herunder en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller bistandsdirektivet (77/799/EØF).

³²⁷ Dette udledes af lovforarbejderne til L 213 (2006/2007), lov nr. 540 af 6. juni 2007.

³²⁸ ³²⁸ Jf. lovforslagets bilag 14, præsentation 1.

Det må udledes, at problemstillingen omhandlende administrative omkostninger i sidste ende hviler på, hvem der skal afholde disse. Indførslen af en substansundtagelse vil uden videre overføre omkostningsbyrden til Skatteforvaltningen, hvilket det danske erhvervsliv naturligt taler for. Som det forholder sig på nuværende tidspunkt, givet at L 48 vedtages i lovforslagets nuværende form, da vil de administrative omkostninger tværtimod pålægges de danske multinationale koncerner i forbindelse med deres årlige opgørelse af datterselskabers indkomst.

5.2 Lavskattetest

Udvides de danske CFC-regler til at indeholde en substansundtagelse, gives der samtidig mulighed for at genindføre en lavskattetest, som i kølvandet på CFC-lovændringen for selskaber i 2007³²⁹ blev ophævet med henblik på at sikre de danske CFC-reglers forenelighed med EU-retten³³⁰. I det følgende afsnit vurderes det, hvad implementeringen af en lavskattetest i forlængelse af en substansundtagelse vil betyde for danske multinationale koncerner, herunder deres datterselskaber, samt for Skatteforvaltningen.

En lavskattetest vil medføre, at et udenlandsk kontrolleret datterselskab fritages fra CFC-beskatning, såfremt den faktiske selskabsbeskatning pålagt lokalt er højere end en nærmere fastsat skattesats, betydende at et datterselskab blot omfattes af CFC-beskatning, hvis selskabet er lavt beskattet. Der vil til udarbejdelse af lavskattetesten kunne søges inspiration i de historiske CFC-regler, L 99 (2001/2002) – Lov nr. 313 af 21. maj 2002, hvor lavskattetesten blev objektiveret, således at udenlandske kontrollerede selskaber skulle tages i betragtning i dansk CFC-øjemed, såfremt datterselskabets samlede udenlandske selskabsskat udgjorde mindre end 3/4 af den danske selskabsskattesats opgjort efter danske regler^{331, 332}. Denne beregning blev foretaget på baggrund af den faktiske selskabsskat erlagt lokalt og på årets faktiske resultat. Såfremt lavskattetesten udformes fra samme ramme, vil den nedre grænse således være 16,5 pct., mod den nuværende danske selskabsskattesats på 22 pct.

³²⁹ Jf. L 213 (2006/2007), lov nr. 540 af 6. juni 2007.

³³⁰ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger afsnit 2.2, L 213

³³¹ Jf. SEL § 17, stk. 1.

³³² Ved lovens ikrafttræden i 2002 var den dagældende selskabsskattesats i Danmark 30 pct. mens det gennemsnitlige EU-niveau var på 29 pct., jf. skm.dk, selskabsskattesatser i EU-landene, tabel 1b.

I forlængelse af ovenstående er det nærliggende at perspektivere til afhandlingens gennemgående eksempel, som baseres på Danfoss-koncernen. Moderselskabet, Danfoss A/S, skattemæssigt hjemmehørende til Danmark, har på nuværende tidspunkt 53 udenlandsk kontrollerede datterselskaber placeret i andre medlemsstater. Skulle lavskattetesten udformes som ovenstående angivet, vil det resultere i, at kun fire af Danfoss' datterselskaber opfylder lavskattetesten, betydende at fire selskaber herefter anses som værende lavt beskattede i den medlemsstat, som de er hjemmehørende i. Hermed vil Danfoss' administrative omkostninger til udarbejdelse af indkomstopgørelser for datterselskaber reduceres betydeligt. Det må dog bemærkes, at anvendelsen af medlemsstaternes formelle selskabsskattesatser må vurderes utilstrækkelig, eftersom disse typisk vil afvige fra den effektive selskabsskattesats. Dette begrundes blandt andet ved forskelle i lokale afskrivningsregler eller andre gunstige skatteforhold, betydende at datterselskaber beliggende i stater, der formelt set ikke er lavt beskattede, alligevel må anses som værende lavskattelande på baggrund af den faktiske lokale beskatningssats.

Det forekommer derfor nødvendigt på anden vis at udforme en lavskattetest, således at der tages højde for den effektive selskabsskattesats, hvilket kan forventes at inkludere en række af de lande som Skatteministeriet tidligere har refereret til som værende EU-lavskattelande. De konkrete lande inkluderes ikke, såfremt der udelukkende tages udgangspunkt i staters formelle selskabsskat, jf. netop ovenfor. Det er endvidere disse lande Skatteministeriet har taget udgangspunkt i under argumentationen vedrørende statens tab af skatteprovenu, såfremt en substansundtagelse indføres³³³. Såfremt disse konkrete lande tilføjes til eksemplet vedrørende Danfoss-koncernen, da vil antallet af datterselskaber i andre medlemsstater end Danmark, som vil opfylde lavskattetesten, være otte. Sammenholdt med de oprindelige 53 udenlandske datterselskaber, må dette fortsat forventes at medføre en betydelig reduktion i Danfoss' administrative omkostninger. Det skyldes, at Danfoss herefter blot skal vurdere de otte selskaber, som opfylder lavskattetesten, for substans samt opfyldelse af CFC-betingelserne. Det må understreges, at eksemplet er af ren illustrativ karakter, hvorefter en reel udformning af lavskattetesten skal baseres på objektive kriterier, betydende at lande, som Skatteministeriet påtaler som værende EU-lavskattelande, kun må omfattes af lavskattetesten, såfremt dette sker på et objektivi grundlag.

³³³ Jf. Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 21, L 48. De konkrete lande er Holland, Luxemburg, Irland, Malta, Cypern og Belgien, hvis formelle selskabsbeskatning er på henholdsvis 25 pct. 24,9 pct., 12,5 pct., 35 pct., 12 pct. og 29,6 pct. Landene er udvalgt på baggrund af deres effektive selskabsskat, hvor der dog ikke er givet nærmere belæg for opgørelsen.

Såfremt en lavskattetest genindføres, er det forfatterens vurdering, jf. ovenstående gennemgang sammenholdt analyserne præsenteret i afhandlingens kapitler 3-4, at administrative omkostninger, som danske koncerner er nødsaget til at afholde i forbindelse med udarbejdelse af indkomstopgørelser for deres udenlandsk kontrollerede selskaber, vil mindskes signifikant. Det skyldes, at danske multinationale koncerner på en håndterbar og objektiv måde vil kunne konkludere, hvorvidt de pågældende datterselskaber opfylder lavskattetesten eller ej. Hermed vil danske multinationale koncerner hverken være nødsaget til at foretage analyser af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver eller at skulle udarbejde dokumentation for, hvorvidt datterselskaberne indeholder substans. Det vil derimod være tilstrækkeligt at dokumentere og fremvise den faktisk erlagte skat i staten, hvor datterselskabet er hjemmehørende.

Endvidere er det forfatterens vurdering, at lavskattetest vil medføre reducerede administrative omkostninger for Skatteforvaltningen, da der derved vil være nem adgang til at konstatere, hvorvidt et givent udenlandsk kontrolleret selskab opfylder lavskattetesten eller ej, hvilket er en vurdering, der tilsluttes af anbefalingerne i BEPS rapport 3³³⁴. Antallet af udenlandske datterselskaber, som Skatteforvaltningen vil skulle føre tilsyn med i relation til den vanskelige vurdering af anden indkomst fra immaterielle aktiver, vil dermed blive reduceret betydeligt.

Endeligt vurderes det at de danske CFC-regler vil være i bedre proportion og overensstemmelse med værnereglernes formål såfremt en lavskattetest genindføres, hvilket de facto er at modvirke, at mobile immaterielle og finansielle aktiver, og dertilhørende indkomster, flyttes til lavskattelande.

5.3 Alternativ udformning af L 48

På baggrund af Skatteministeriets løbende udtalelser, sammenholdt Danmarks historiske standpunkt, vurderes det, at L 48 vil forsøges vedtaget uden en substansundtagelse, hvilket hovedsageligt må henføres til bekymringen for, at immaterielle aktiver på baggrund af en substansundtagelse flyttes ud af Danmark, hvorefter de dertilhørende skatteindtægter ikke tilfalder den danske stat. Forfatterne vil i det følgende imødekomme denne bekymring ved at forslå en alternativ udformning af en substansundtagelse.

³³⁴ Jf. BEPS rapport 3, afsnit 1.1.3.

5.3.1 Partiel substansundtagelse

Den alternative udformning skal findes i indførslen af en partiel substansundtagelse, som kun vedrører datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver. Ved dette forstås, at såfremt et udenlandsk kontrolleret selskab vurderes at indeholde substans, da skal den danske multinationale koncern ikke opgøre og medregne datterselskabets anden indkomst fra immaterielle aktiver til datterselskabets CFC-indkomst. En sådan partiel substansundtagelse vil med udgangspunkt i afhandlingens gennemgående eksempel betyde, at den danske multinationale koncern ikke skal opgøre anden indkomst fra immaterielle aktiver i det polske datterselskab, eftersom selskabet vurderes at opfylde en partiel substansundtagelse. Hermed vil den danske multinationale koncern ikke skulle allokere ressourcer til udarbejdelse af den økonomiske to-trins analyse, men skal blot påvise, at datterselskabet indeholder substans. Det danske erhvervsliv vil dermed i høj grad kunne fortsætte den hidtidige fremgangsmåde vedrørende opgørelsen af CFC-indkomst for almindelige operationelle selskaber. Det vil endvidere imødekomme en række øvrige bekymringer, som repræsentanter fra det danske erhvervsliv har rejst i høringsspørgsmål m.v.

Det vurderes, at en indførsel af en partiel substansundtagelse ikke vil medføre provenumæssige konsekvenser i relation til den danske stats skatteindtægter, hvilket Skatteministeriet endvidere har tilsluttet sig³³⁵, eftersom anden indkomst fra immaterielle aktiver på nuværende tidspunkt ikke skal henføres til CFC-indkomsten. Det forventes derfor ikke, at en partiel substansundtagelse vil betyde, at en større andel af mobile immaterielle aktiver og dertilhørende indkomster flyttes til lavskattelande end hidtil, da den partielle substansundtagelse udelukkende vil finde anvendelse på anden indkomst fra immaterielle aktiver.

Dog må det samtidig anerkendes, at formodningen for, at det udenlandsk kontrollerede selskab, som genererer anden indkomst fra immaterielle aktiver, udfører økonomisk aktivitet og derved bliver omfattet af den partielle substansundtagelse, er forholdsmæssig høj. Det skyldes, at anden indkomst fra immaterielle aktiver netop genereres gennem reel økonomisk aktivitet, på baggrund af det udenlandske kontrollerede selskabs salg af varer og serviceydelser. På den vis må der være en formodning for, at denne udformning af en partiel substansundtagelse vil medføre, at anden indkomst fra immaterielle selskaber fortsat vil kunne indlejres i datterselskabers salgsindkomst fra varer og serviceydelser, da der derved skabes et incitament for virksomheder til at opretholde deres

³³⁵ Jf. Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 45, L 48.

hidtidige fremgangsmåde, hvorefter indkomst fra immaterielle aktiver oppebæres som rutine-indkomst³³⁶. Forfatterne bemærker dog, at denne indlejring også vil være mulig under indførsel af en substansundtagelse, som præsenteret i både BEPS rapport 3 samt i ATAD. Hermed anses den partielle substansundtagelse fortsat at være i tråd med det bagvedliggende formål med CFC-reglerne om, at mobile immaterielle og finansielle aktiver ikke flyttes til lavskattelande med henblik på at opnå en lavere skattesats, samtidig med at Skatteministeriets bekymring vedrørende tab af skatteindtægter ikke vil være relevant. Det er ydermere forfatternes vurdering, at en partiel substansundtagelse, på baggrund af EU-institutionernes fokusskifte³³⁷, kan implementeres med et mere snævert anvendelsesområde end tidligere, hvorfor kravene til datterselskabers substans kan sættes højere end ved blot rent kunstige arrangementer, og at danske multinationale koncerner på baggrund heraf ikke vil have samme adgang til at udnytte en partiel substansundtagelse, som det ville have været tilfældet under den tidligere forståelse af substansbegrebet.

Det vurderes, at indførslen af en partiel substansundtagelse vil være fornuftig, eftersom de økonomiske konsekvenser for det danske erhvervsliv, som følge af L 48 i lovforslagets nuværende form, vurderes at overstige de skatteindtægter hidrørende fra anden indkomst fra immaterielle aktiver, som den danske stat ville have oppebåret. For danske multinationale koncerner vil administrative omkostninger væsentligt reduceres, eftersom antallet af opgørelser af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver må forventes at blive nedsat betydeligt. Endvidere vil den konkurrencemæssige svækkelse, som danske multinationale koncerner forventes at måtte stå overfor på baggrund af udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet og L 48 i lovforslagets nuværende form, blive neutraliseret, eftersom i) de operationelle selskaber, som udfører reel økonomisk aktivitet, som præsenteret via det gennemgåede polske datterselskab³³⁸, vil blive fritaget fra CFC-beskatning, hvilket kan medvirke til, at den danske multinationale koncerns effektive selskabsskattesats vil blive reduceret til et konkurrencedygtigt niveau, og ii) danske multinationale koncerner vil ikke være nødsaget til at indkalkulere CFC-beskatning i udbudssituationer.

³³⁶ Dette er endvidere en bemærkning Skatteministeren fremlægger i forbindelse med endeligt svar på spm. 45. I den forbindelse bliver der henvist til ATAD's minimumskrav og BEPS action 3, vedrørende nødvendighed ved at udvide CFC-indkomsten til anden indkomst fra immaterielle aktiver.

³³⁷ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 5.1.3.

³³⁸ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.5.

5.3.2 Retningslinjer

Det må indledningsvist bemærkes, at danske multinationale koncerners behov for de forslag, der præsenteres i det følgende afsnit, vil afhænge af, om en substansundtagelse, partiel eller komplet, indføres eller ej. Dette begrundes i, at indførslen heraf vil medføre, at en stor del af de datterselskaber, som opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver ville være relevant for, i så fald ville blive undtaget fra netop denne opgørelse af anden indkomst fra immaterielle aktiver. Det skyldes, at anden indkomst fra immaterielle aktiver opstår i transaktioner, som udgør en reel økonomisk virksomhed, hvorved en substansundtagelse vil finde anvendelse på disse selskaber. På trods af dette vurderes det nødvendigt at udforme og implementere retningslinjer som beskrevet nedenfor, eftersom der under alle omstændigheder er brug for klarhed på området for anden indkomst fra immaterielle aktiver.

Som beskrevet og analyseret i nærværende afhandlings økonomiske kapitel vil den nødvendige opgørelse af danske multinationale koncerners datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver være præget af en høj grad af usikkerhed, eftersom der ingen retningslinjer er udstukket for, hvordan opgørelsen skal udformes og hvilken dokumentation for udarbejdelsen af denne opgørelse, der er påkrævet. Det kan efter bemærkningerne til lovforslaget ikke betvivles, at danske multinationale koncerner skal tage udgangspunkt i transfer pricing-principper ved opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver. Transfer pricing-regimet indeholder krav til den dokumentation, som selskaber omfattet af transfer pricing-reglerne skal udarbejde for deres kontrollerede transaktioner. Disse dokumentationskrav er implementeret i dansk lovgivning³³⁹, hvorefter det for de omfattede selskaber er givet, hvilken information og hvilke analyser der skal udarbejdes for at opfylde de lovmæssige dokumentationskrav, mens de danske skattemyndigheder har konkrete punkter at forholde sig til, når der skal føres tilsyn med danske multinationale selskabers transfer pricing-dokumentation.

Samme type af dokumentationskrav findes hensigtsmæssige at implementere i dansk lovgivning i forbindelse med danske multinationale koncerners opgørelse af deres datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver. Sammenholdes dette løsningsforslag med nærværende afhandlings gennemgang af en økonomisk to-trins-analyse, må dokumentationskravene til første trin forventes at kunne hente stor inspiration fra dokumentationskravene til udarbejdelse af transfer pricing-dokumentation, eftersom det i høj grad er de samme informationer, som vil være relevante for skattemyndighederne at blive oplyst om i relation til danske multinationale koncerners opgørelse af

³³⁹ Jf. Bekendtgørelse om dokumentation af prisfastsættelsen af kontrollerede transaktioner, § 5.

anden indkomst fra immaterielle aktiver. Den påkrævede dokumentation omhandler særligt markedsforhold for det analyserede selskab, nærmere omstændigheder for selskabets indgåede transaktioner, herunder hvem der varetager væsentlige funktioner og påtager sig risici i forbindelse med disse, samt en beskrivelse af, hvorfor den anvendte transfer pricing-metode er tilvalgt for den pågældende transaktion. Det bemærkes, at der foreligger en naturlig forskel på udarbejdelse af transfer pricing-dokumentation og udarbejdelse af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver. Ved udarbejdelsen af analyser til brug for opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver, herunder ved afhandlingens gennemgående eksempel vedrørende det polske datterselskab, tages udgangspunkt i uafhængige transaktioner med tredjeparter. Dette må anses som værende en signifikant forskel på de to dokumentationsformer, eftersom der ved analyse af en transaktion mellem forbundne enheder vil være en større grad af transparens omkring, hvilken enhed der varetager funktioner og påtager sig risici. Hermed må det anbefales, at eventuelle dokumentationskrav i relation til danske multinationale koncerners udarbejdelse af anden indkomst fra immaterielle aktiver tilrettes herefter, således at kravene vil kunne opfyldes med en mere ensidig analyse, hvor fokus rettes mod transaktionens ene part.

Mens der for den første del af to-trins-analysen vurderes at kunne skabes klarhed for danske multinationale koncerner gennem opstilling af en række dokumentationskrav, vil anden del af analysen, hvori værdien skabt af datterselskabets enkelte underliggende immaterielle aktiver analyseres nærmere, forventes at være mere kompleks at opstille sådanne krav til, eftersom analysen indeholder betydelige fortolkningsmæssige udfordringer, som vil afhænge af den enkelte transaktion. Disse fortolkningsvanskeligheder vil relatere sig til sontringen mellem forskellige typer af immaterielle aktiver, hvis karakteristika er sammenlignelige på flere punkter³⁴⁰. Det bemærkes da også, at der ej heller i transfer pricing-regimet er fastsat regler for dokumentationen af værdiansættelse af immaterielle aktiver³⁴¹. I forlængelse af dette anbefales et løsningsforslag, hvor de danske skattemyndigheder opstiller en vejledning til brug for opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver, herunder med en række opstillede eksempler, som gennemgår forskellige situationer, hvor en sontring mellem forskellige typer af immaterielle aktiver findes nødvendig. Skattemyndighederne kan ved udformningen af sådanne eksempler søge inspiration i modeloverenskomstens art. 12, hvori en række situationer vedrørende royalties behandler forskellige fortolkningsvanskeligheder. En vej-

³⁴⁰ For nærmere herom henvises til afhandlingens afsnit 3.4.

³⁴¹ Jf. Wittendorf, Jens, 2018, side 427. Jens Wittendorf kommenterer på bemærkelsesværdigheden ved, at en sådan vejledning til værdiansættelse af immaterielle aktiver ikke allerede på nuværende tidspunkt eksisterer i transfer pricing-regimet.

ledning vil endvidere være en hjælp for danske multinationale koncerner, eftersom sådanne vejledninger reflekterer skattemyndighedernes forståelse af gældende ret, og at koncernerne dermed vil kunne støtte ret på denne.

Det vurderes, at ovenstående dokumentationskrav for opgørelsen af danske multinationale koncerners datterselskabers anden indkomst fra immaterielle kombineret med en vejledning indeholdende et mere praktisk hensyn, vil tilføre en sikkerhed for både de danske multinationale koncerner samt for de danske skattemyndigheder. De danske multinationale koncerner vil med ovenstående forslag til et dokumentationskrav først og fremmest få klarificeret, hvordan omfanget af anden indkomst fra immaterielle aktiver skal forstås, og der vil ydermere være mulighed for at opbygge faste interne processer med henblik på, hvordan dokumentationen bedst muligt vil kunne udarbejdes med allokering af så få administrative ressourcer til processen som muligt. Samtidig vil de danske skattemyndigheder have lettere adgang til at føre tilsyn med opgørelserne, og det vil i større grad være muligt at påvise, at en dokumentation til opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver ikke er tilstrækkelig, hvilket kan fungere som argument for, hvorfor et udenlandsk kontrolleret selskabs CFC-indkomst er opgjort med mangler.

Det findes hensigtsmæssigt at bemærke, at ovenstående løsningsforslag vedrørende en konkretisering af kravene til danske multinationale koncerners udarbejdelse af opgørelser for anden indkomst fra immaterielle aktiver ikke nødvendigvis skal anses som værende en løsning, der mindsker selskabernes administrative krav betydeligt, men at dette må bero på en vurdering af dokumentationskravenes udformning. Det kan begrundes i, at der i kølvandet på implementeringen af sådanne dokumentationskrav ikke vil være adgang til samme frirum under opgørelsen af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver, eftersom usikkerheden i relation til begrebet i høj grad vil mindskes. Modsat vil implementering af dokumentationskrav kunne fungere som en række minimumskrav til den bagvedliggende dokumentation for udarbejdelsen af analyser til opgørelse af anden indkomst fra immaterielle aktiver, hvorfor danske multinationale koncerner vil kunne undgå at udarbejde beskrivelser og analyser af datterselskabers transaktioner, som ikke anses som værende relevante af de danske skattemyndigheder.

5.4 Revurdering

Det står klart, at de foreslåede ændringer til de danske CFC-regler, herunder særligt udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver, medfører usikkerhed, og at der følger en række spørgsmål til konsekvenserne, som ikke kan besvares endeligt. Dette må henføres til indkomstkategoriens korte levetid, hvilket medfører, at hverken det danske erhvervsliv eller Skatteministeriet har erfaring med behandlingen heraf. På baggrund af dette kan det ønskes, at retningslinjerne for opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver var udformet mere udførligt og transparent, således at danske multinationale koncerner, såvel som de danske skattemyndigheder, kunne have et klarsyn omkring begrebets omfang.

Det må dog anerkendes, at det ikke blot er under L 48, men også i BEPS rapport 3 samt i ATAD, at disse retningslinjer er fraværende, hvilket bidrager til argumentationen om, at der fra globale institutioner samt fra lovgivers side ikke har været et ønske om at indsnævre begrebet yderligere, muligvis begrundet i at man ønsker at observere positive- samt negative konsekvenser som følge af udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet, førend en konkretisering af indkomstkategorien, herunder krav til danske multinationale koncerners udarbejdelse af datterselskabers indkomstopgørelser, vil behandles nærmere. På baggrund heraf anbefales det, at CFC-reglerne, uanset implementeringsform, tages til betragtning efter et par år, hvorefter lovgiver vil have empiriske observationer at udforme lovgivningen nærmere ud fra. I forlængelse heraf bemærkes det, at Statsministeriet den 15. april 2020 udsendte en publikation indeholdende en oversigt over ønsket gennemført lovgivning for folketingsåret 2019/20, hvorefter det udledes, at implementeringen af L 48 udskydes yderligere. Herefter vil Skatteministeriet have adgang til at observere konsekvenser af øvrige medlemsstaters forskellige implementeringsformer og kunne drage fordel af forskellige staters erfaringer.

5.5 Delkonklusion

Igennem den retspolitiske analyse har forfatterne fremlagt en række overvejelser, som L 48, i lovforslagets nuværende form, giver anledning til. Heri blev det diskuteret, hvorledes danske multinationale koncerner forventes stillet, såfremt en substansundtagelse indføres i de danske CFC-regler. Det konkluderes, at en sådan indførsel vil medføre en række fordele i form af mindskede administrative omkostninger samt en eliminering af den konkurrencemæssige svækkelse, som danske multinationale koncerner står overfor. Skatteministeriets bekymringer om en udhuling af den danske skattebase samt øgede administrationsomkostninger, relateret til indførslen af en substansundtagelse, blev adresseret. Forfatterne vurderer i den forbindelse, at medlemsstaterne har adgang til

at stille højere krav til vurderingen af substans i datterselskaber end tidligere, hvilket imødekommer Skatteministeriets bekymringer. Det konkluderes ydermere, at indførslen af en lavskattetest er hensigtsmæssig, eftersom det vil medføre, at det på et objektivt grundlag kan afgøres, hvorvidt et datterselskab skal anses som værende lavt beskattet eller ej, hvilket er i overensstemmelse med CFC-reglernes formål.

Endeligt fremlægger forfatterne en række alternative udformninger af CFC-reglerne, hvorefter en partiel substansundtagelse indledningsvist foreslås. Det konkluderes, at en partiel substansundtagelse vil medføre, at en række operationelle selskaber vil fritages fra CFC-beskatning. Den partielle substansundtagelse vurderes hensigtsmæssig, eftersom de negative økonomiske konsekvenser, som lovforslaget forventes at medføre, vil overstige de skatteindtægter, som fritagne datterselskaber med anden indkomst fra immaterielle aktiver ville have oppebåret. Ydermere anbefaler forfatterne, at Skatteministeriet udsteder retningslinjer samt en vejledning til brug for danske multinationale koncerners opgørelse af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver, hvilket vil skabe klarhed omkring forståelsen af det nye indkomstbegreb. For skattemyndighederne vil dette endvidere være en fordel, eftersom der vil være bedre adgang til at føre tilsyn med indkomstopgørelserne af datterselskabers anden indkomst fra immaterielle aktiver. Endeligt anbefales det, at lovgiver efter få år, uagtet udformningen, revurderer CFC-reglerne, således at løbende empiriske observationer kan danne fundament for en fremtidig implementeringsform, som vil ramme CFC-reglernes bagvedliggende formål i højere grad.

6 Konklusion

Nærværende afhandling er udarbejdet med det formål at undersøge konsekvenserne af udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver. På baggrund af BEPS rapport 3, ATAD samt L 48 konkluderes det indledende, at det nye CFC-indkomstbegreb er foreslået implementeret som en reaktion på, at selskaber hidtil har haft bred adgang til at indlejre indtægter fra immaterielle aktiver i salgsindkomst fra varer eller serviceydelser. Denne indlejring medfører, at indkomst som reelt genereres på baggrund af immaterielle aktiver, ikke kategoriseres CFC-indkomst i selskabers indkomstopgørelser, hvorfor forfatterne konkluderer, at udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet er nødvendig. Udvidelsen udelukker adgangen til at udarbejde indkomstopgørelser på baggrund af rene juridiske klassifikationer, hvorefter danske multinationale koncerner må foretage nærmere analyser af datterselskabers transaktioner.

Det er efterfølgende påvist, hvordan disse analyser i praksis kan finde sted. Et selskabs genererede profit må først sammenholdes med sammenlignelige selskabers profit for at vurdere, hvorvidt selskabet skaber en merværdi på baggrund af immaterielle aktiver. Det konkluderes, at selskaber i så fald vil blive udfordret, eftersom ikke alle typer indkomst fra immaterielle aktiver kategoriseres som CFC-indkomst. Danske multinationale koncerner skal herefter foretage en udskillelse af forskellige immaterielle aktiver, eftersom det skal bestemmes hvilke af disse, der er genereret indkomst på baggrund af. Med udgangspunkt i afhandlingens anvendte retskilder konkluderes det, at forskellige typer immaterielle aktiver har sammenfaldende karakteristika, og at der i praksis kan opstå udfordringer ved sontringen mellem disse. Konkluderes det, at et CFC-aktiv genererer anden indkomst, skal der foretages en værdiansættelse af det pågældende immaterielle aktiv, som har tilført en merværdi. Det konkluderes, at analysen heraf er omfangsrig, og at udarbejdelsen kræver et nærgående kendskab til transfer pricing-principper. De administrative omkostninger relateret til udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver konkluderes dermed signifikante. Ydermere konkluderes det, at der foreligger en høj grad af usikkerhed relateret til det påkrævede indhold af analyserne, eftersom de anvendte retskilder ikke udsteder retningslinjer hertil. Forfatterne udleder, at dette efterlader et råderum til danske multinationale koncerner for, hvordan anden indkomst fra immaterielle aktiver opgøres. En række antagelser må gøres i forbindelse med sammenlignelighedsanalysen og værdiansættelsen af selskabers immaterielle aktiver. Det konkluderes, at der foreligger informationsasymmetri imellem danske multinationale koncerner, som skal udarbejde indkomstopgørelserne, og Skatteforvaltningen som skal føre kontrol med korrektheden af indholdet heri. Skatteforvaltningen vil herefter opleve udfordringer med at udføre kontrol af indkomstopgørelserne, hvilket giver

danske multinationale koncerner mulighed for at påvirke indkomstopgørelserne i en sådan retning, at datterselskaber ikke opfylder indkomstbetingelsen. Det konkluderes dog, at det ikke nødvendigvis vil være en forretningsmæssig god beslutning at spekulere i skatteplanlægning, eftersom danske multinationale koncerner skal værne om deres omdømme for at undgå utilsigtede økonomiske konsekvenser.

Forfatterne konkluderer, at L 48 med rette kan modificeres således, at lovforslaget rammer CFC-reglernes bagvedliggende formål mere hensigtsmæssigt. Indledningsvist konkluderes det, at en substansundtagelse vil medføre mindskede administrative omkostninger for danske multinationale koncerner, eftersom implementeringen heraf vil resultere i krav om færre udarbejdede indkomstopgørelser. Forfatterne adresserer en række bekymringspunkter fremsat af Skatteministeriet, relateret til substansundtagelsen, hvorefter det vurderes, at medlemsstater har adgang til at implementere højere krav til en substansundtagelse med et mere snævert anvendelsesområde til følge. Det konkluderes, at implementeringen af en substansundtagelse passende vil kunne medfølges af en lavskattetest. Det vil være hensigtsmæssigt, eftersom implementeringen af en lavskattetest vil mindske den administrative byrde for det danske erhvervsliv og Skatteforvaltningen betydeligt. På baggrund af lovgivers historiske holdning til en substansundtagelse præsenteres en partiel substansundtagelse. Det konkluderes, at denne vil imødekomme en række bekymringspunkter for danske multinationale koncerner og skattemyndighederne, eftersom den partielle substansundtagelse hverken vil medføre betydelige administrative omkostninger for erhvervslivet eller et tab i skatteprovenu for den danske stat. Endeligt anbefaler forfatterne, at der udstedes konkrete retningslinjer samt en juridisk vejledning med det formål at skabe klarhed og sikkerhed vedrørende danske multinationale koncerners opgørelse af anden indkomst fra immaterielle aktiver.

7 Kilde- og litteraturhenvisninger

Bøger og andre udgivelser

Bergin, Tom - 2014, Starbucks suffers first UK sales drop after tax criticism (Financial Times)

Dutta, Prajit K – 1999, Strategies and Games: Theory and Practice (MIT Press)

Gracia, Rubio, Conrado, M. Manuel & Hernandez-Perez, Francisco – 2016, European Journal Management Business Economics, Valuing brands under royalty relief methodology according to international accounting and valuation standards

Hansen, Kenneth – 2017, Økonomisk Metode 1 udgave (Hans Reitzels Forlag)

Hendrikse, George – 2003, Economics and Management of Organizations (McGraw Hill Education)

Kemmerer, Jonathan – 2009, Profitability and royalty rates across industries: some preliminary evidence

K. Schmidt Peter – 2013, Dansk CFC-beskatning – i et internationalt og komparativt perspektiv 1. udgave (Karnov Group)

K. Schmidt, Peter – 2015, Når multinationale selskaber skal betales en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility

K. Schmidt, Peter, Tell, Michael & D. Weber, Katja, - 2015, International skatteret – i et dansk perspektiv (Hans Reitzel forlag)

K. Schmidt, Peter & Bundgaard, Jakob – 2016, Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – Nye værnsregler og flere tvister i vente i EU.

Kjølby Nielsen, Troels – 2018, The consequences of including embedded royalties as “other income from intangibles” under ATAD CFC implementation

Knuutinen, Reijo - 2014, Corporate Social Responsibility, Taxation and Aggressive Tax Planning (Nordic Tax Journal: 1)

Marriage, Madison – 2018, Starbucks’ European unit paid 2.8% UK tax last year (Financial Times)

Michelsen, Aage et al. – 2015, Lærebog om indkomstskat (Jurist- og økonomiforbundets forlag)

Michelsen, Aage et al. – 2017, International Skatteret (Karnov Group)

Mosegaard Kelstrup, Asger et al. – 2020, Global Transfer Pricing: Principles and Practise; Nordic Territories (Bloomsbury Professional)

Nielsen, Ruth og D. Tvarnø, Christina - 2017, Retskilder og retsteorier, (Jurist- og økonomiforbundets forlag)

Parum, Claus – 2015, Corporate Finance (McGraw Hill Education)

Podlogar, Eric – 2018, Intellectual property trends: Average royalty rates, most active industries, and more

Porter, Michael – 1985, Competitive Advantage - Creating and Sustaining Superior Performance (The free press)

Rose Bjare, Peter & Sønderholm, Søren – 2019, Den nye generelle omgåelsesregel i ligningslovens § 3

Wittendorf, Jens, 2007, Transfer pricing og immaterielle aktiver.

Wittendorf, Jens – 2009, Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret 1. udgave (Thomson Reuters)

Wittendorf, Jens - 2018, Transfer Pricing 2. udgave (Karnov Group)

Traktater og direktiver

Rådets Direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion

Traktat om den Europæiske Union ('TEU')

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde ('TEUF')

Love, bekendtgørelser, cirkulærer m.v.

Aussensteuergesetz § 1, stk. 3, 5 og 9. punktum

Bekendtgørelse om dokumentation af prisfastsættelsen af kontrollerede transaktioner

Cirkulære 1988-11-07 nr. 136 om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (selskabsskatteloven)

Den juridiske vejledning 2020-1

Finanslov for finansåret 2020, tekst og anmærkninger til § 9. Skatteministeriet.

L 213 - Bilag 1

L 213 (2006/2007), lov nr. 540 af 6. juni 2007

L 48 – Bilag 11

L 48 – Bilag 14

L 48, Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, kildeskatteloven, skatteindberetningsloven, skattekontrolloven og forskellige andre love

L 99 (2001/2002) – Lov nr. 313 af 21. maj 2002

Lov 2017-12-19 nr. 1535, Skattekontrollov

Lovbekendtgørelse 2016-01-29 nr. 117, Kildeskatteloven

Lovbekendtgørelse 2016-08-29 nr. 1147, om skattemæssige afskrivninger (afskrivningsloven)

Lovbekendtgørelse 2016-09-06 nr. 1164, Selskabsskatteloven

Lovbekendtgørelse 2019-08-08 nr. 806, om påligningen af indkomstskat til staten

OECD 2017 modeloverenskomst med kommentarer

OECD 2017 Transfer Pricing Guidelines

SKATs vejledning, Transfer Pricing; kontrollerede transaktioner - version 1.4 (21 januar 2019)

Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 14, L 48.

Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 16, L 48

Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 21, L 48

Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 36, L 48

Skatteministerens endelige svar på spørgsmål 45, L 48

Danske domme og administrativ praksis

Ligningsrådets kendelse af 21. marts 2000, j.nr. 99/99-4201-00052

SKM 2017.227

SKM 2014.830 SR

SKM.2005.274 H

Tfs 1993, 7 H

TfS 1994, 431 ØLD

TfS 1997, 222 HR.

EU-Domstolen

De forenede sager C-504/16 og C-613/16

Sag C-196/04

Sag C-197/4

Sag C-524/04

Sag C-231/05

Sag C-311/08

Udenlandske domme og afgørelser

Spanish administrative Central Court of 30 Oct. 2013 (Coca Cola)

- Kjølbj Nielsen, Troels, 2018 – The consequences of including embedded royalties as “other income from intangibles” under ATAD CFC implementation

Israeli Tax Authorities vs. Coca Cola, 2017

- Levi-Weinrib, Ela, 2017, The tax authorities disputed assessment for Coca Cola amounts to hundreds of millions of shekels
- Kjølbj Nielsen, Troels, 2018 – The consequences of including embedded royalties as “other income from intangibles” under ATAD CFC implementation

Rapporter og andre publikationer

Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, 2018, Regnskabsvejledning

OECD Background Brief Inclusive Framework on BEPS, 2017

OECD BEPS rapport 3, 2015

Rådets resolution 2010/C 156/1

Skatteudvalgets høring d. 15. januar 2020

Statsministeriets pressemeddelelse d. 16/04/2020, ændringer i lovprogrammet

Hjemmesider

Selskabsskattesatser i EU-landene – generel skattestatistik, 2020. Senest besøgt 02- maj 2020

- <https://www.skm.dk/skattetal/statistik/generel-skattestatistik/selskabsskattesatser-i-eu-landene>

Trend mod lavere selskabsskat siden 80'erne i både Danmark og OECD, 2019. Senest besøgt 13. maj 2020

- https://www.cepos.dk/abcepos-artikler/0172-trend-mod-lavere-selskabsskat-siden-80-erne-i-baade-danmark-og-oecd/?fbclid=IwAR0WTG_TTuUQJo7CiVN_SU-cuoM3p2IbNRgSbPpv7AKObyxXPPci9xCrOvyM

Udregning af værdi – Relief from royalty – Patent og Varemærkestyrelsen, 2020. Senest besøgt 13. maj 2020

- https://www.scribbr.dk/apa-reference-generator/?fbclid=IwAR37e5eQOCADe-hyI1_89LhIqfQ6ZV_aLcAGOpavpGqBn7vJouxFV_8P44SY#/sources/new/webpage

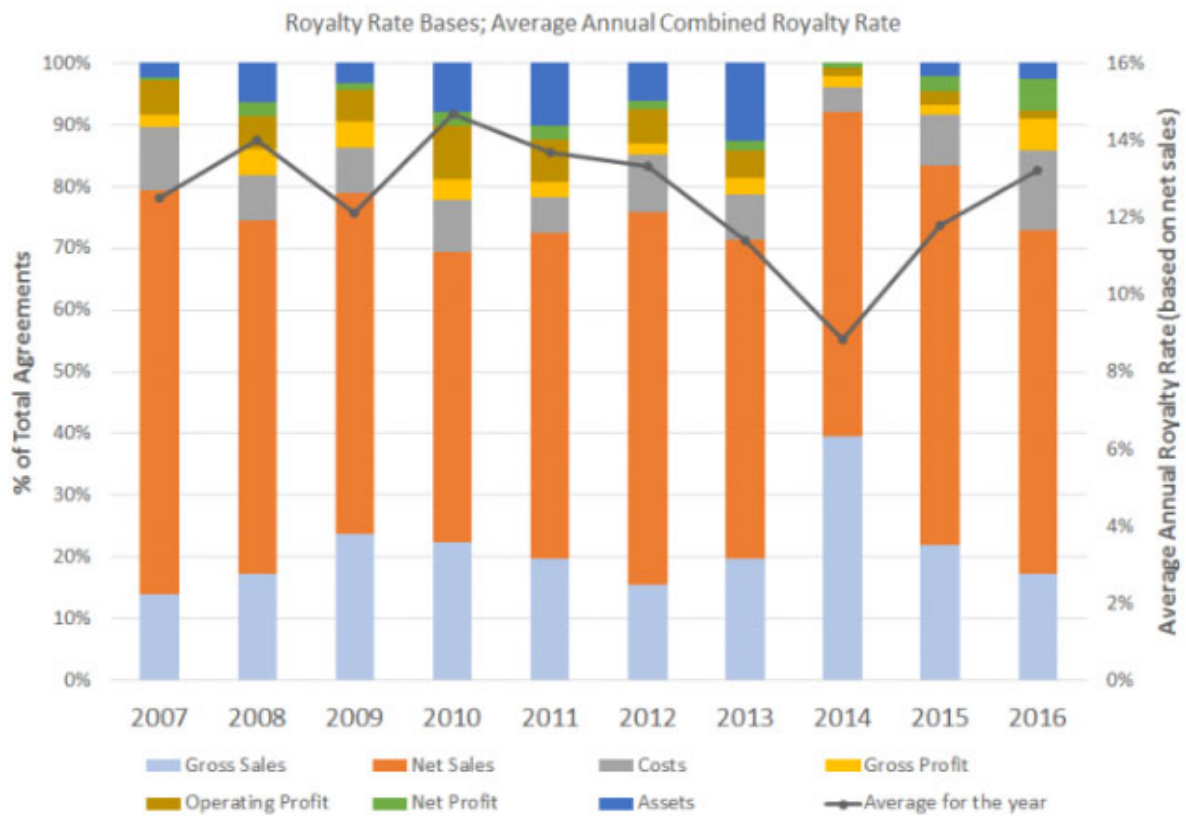
Romania - Company tax - corporation tax, 2020. Senest besøgt 13. maj 2020

- https://europa.eu/youreurope/business/taxation/business-tax/company-tax-eu/romania/index_en.htm

8 Bilag

BILAG I: GENNEMSITLIG ROYALTYSATS	122
BILAG II: WACC BY SECTOR	123
BILAG III: VÆRDI AF KNOW-HOW	124
BILAG IV: VÆRDI AF PATENT	125
BILAG V: DANFOSS' DATTERSELSKABER	126
BILAG VI: BLANKET FOR INDBERETNING AF CFC-INDKOMST	127

Bilag 1: Gennemsnitlig royaltysats



Kilde: Podlogar, Eric – 2018, *Intellectual property trends: Average royalty rates, most active industries, and more.*

Bilag 2: WACC by Sector

Find bilag vedhæftet som separat dokument.

Bilag 3: Værdi af know-how

Find bilag vedhæftet som separat dokument.

Bilag 4: Værdi af patent

Find bilag vedhæftet som separat dokument.

Bilag 5: Danfoss' datterselskaber

Find bilag vedhæftet som separat dokument.

Bilag 6: Blanket for indberetning af CFC-indkomst

Find bilag vedhæftet som separat dokument.