



AALBORG UNIVERSITET

TRANSFER PRICING AF IMMATERIELLE AKTIVER

**En komparativ analyse af kontrollerede transaktioner med immaterielle aktiv mellem
Danmark og Amerikas Forenede Stater**



Titelblad

Uddannelsessted: Aalborg Universitet
Studieretning: Cand.merc.aud.
Semester: 4. semester
Fag: Specialeafhandling
Vejleder: René Yssing Rasmussen
Studie.nr.: 20137752

Antal anslag: 220040
Normalsider: 91,6

Udarbejdet af:

Jonas Bendix Håkansson

Indholdsfortegnelse

Abstract	6
Indledning.....	7
Problemformulering	8
Problemstillinger	8
Metoden	9
Afgrænsning	10
Forkortelser/begrebsafklaring.....	11
Base erosion.....	12
Lovgrundlaget intern dansk ret.....	14
Interessefælleskab.....	16
Lovgrundlaget USA	17
Interessefællesskabet USA	18
Korrektion af kontrollerede transaktioner USA	19
Primær korrektionsmulighed	19
Korresponderende korrektion.....	20
Sekundær korrektion.....	20
Del konklusion – retsgrundlag og interessefællesskab	20
Retskildeværdi USA	21
OECD-transfer pricing guidelines retskildeværdi i dansk ret.....	22
Delkonklusion om retskildeværdien.	23
Identificering af immaterielle aktiver	23
Hard-to-value intangibles (HTVI).....	24
U.S definition	26
Regnskabsmæssigt definition	28
Goodwill.....	28
DelKonklusion identificering af immaterielle aktiver	30
Funktionsanalysen.....	30
Funktioner.....	31
Aktiver.....	32
Risiko.....	32
1. Identificering af væsentlige økonomiske risici.	33
2. Kontraktuel risiko allokering.....	34
3. Funktionsanalyse af risikoen	34

4. Analyse af trin 1-3.....	35
5. Allokering af risiko	35
6. Værdiansættelse af risikovurderingen	35
Amerikansk risikovurdering.....	35
Delkonklusion funktionsanalyse og risikoallokering	38
Ex post armslængdetest OECD	39
Ex Post armslængdetest USA.....	40
Delkonklusion ex-ante og ex-post armslængdetest	41
Sammenlignelighed	41
Eksklusivitet	42
Omfang og varighed af det juridiske ejerskab.....	42
Levetid	42
Udviklingsstadie.....	42
Rettighed til forbedring, revision og opdatering.....	43
Forventede fremtidige fordele	43
Sammenlignelighed af risiko ved hel eller delvis overdragelse	43
Justeringsmuligheder af referencetransaktionen ved immaterielle aktiver	43
US sammenlignelighed	44
Uafhængighedskravet	45
Ejendomsretten	45
Ejendomsretten USA	46
Ejerskab af immaterielle aktiver og transaktioner som involverer DEMPE funktioner	48
Delkonklusion ejendomsretten	49
Skatternes betydning ved værdiansættelse	50
Værdiansættelses metoder ved OECDs TPG	51
CP-metoden	52
CUP/CUT metoden	53
RPM	56
TNMM/CPM.....	57
PSM (Profit split metoden).....	59
Andre værdiansættelsesmetoder.....	62
DCF-modellen	63
Ulemper ved discounted value of projected cash flows	65
Replacement cost method.....	67

Relief from royalty-metoden	68
With-and-without metoden.....	71
Excess earning metoden	73
Valg af metoder til værdiansættelse af immaterielle aktiver	74
Delkonklusion værdiansættelse	76
Aggregeret transfer pricing af immaterielle aktiver	77
APA	78
APA USA	78
Dokumentationskrav	80
Dokumentationskrav USA.....	82
Bevisbyrden intern dansk ret	82
Bevisbyrden USA.....	86
Aftaleprocedure jf. DBO mellem Danmark og USA art. 25.....	86
Sanktioner danskret	87
Sanktioner USA	89
Diskussion	89
Perspektivering	90
Konklusion	93
Kildehenvisning.....	96

Abstract

In a world of increasing globalization and trade in know-how, brands, technological breakthroughs, and software, the topics of international trade, and trade of intangible assets becomes increasingly relevant.

This thesis concerns itself with price-estimation of intangible assets, for use in cases of controlled transactions, which is called transfer pricing. This thesis centers on a comparative analysis of the laws on the subject in the countries Denmark and the United States of America, respectively. Denmark follows the Organization for Economic Co-operation and Development's Transfer Pricing Guidelines and the United States has their own set of regulations both rulesets were updated in recent years. The most important changes were the change to American Transfer Pricing Rules IRC § 482, which changed the definition of an intangible asset, to include Goodwill in outbound transactions, and the OECD changes to deprioritize the importance of ownership and increase the priority of risk in the profit allocation in the transfer of intangibles, as well as the definition of functions of import. The American change was due to several court cases including VERITAS and AMAZON, where Tax Authorities were unable to include Goodwill in their evaluation of intangibles transfer. In seeking to compare these rules, the thesis identifies the rules as they were then and as they are now to give context to the comparative analysis.

The clearest conclusion drawn is the determination that the arms-length-principle remains the central allocation norm for transfer pricing. Consensus was also found on the definition of ownership. A degree of convergence regarding rulings on the use of ex post information was also uncovered, as the US has always allowed the use of such information on an unlimited basis, and OECD has started permitting it in the cases where the intangible asset in question conforms to the definition of hard-to-value intangibles.

Indledning

Den internationale samhandel på tværs af landegrænser har været støt stigende siden globaliseringen tog fat. Men samtidigt med at handel øges på tværs af grænser, skabes der nogle store koncerner som OECD estimerer står for 60% procent af verdenshandlen. Næsten en fjerdedel af disse store koncerner er hjemmehørende i USA. For at en koncern kan fungere optimalt og fleksibelt, er det nødvendigt at denne handler med sig selv, altså en koncern-intern transaktion. Herved opstår et problem: når en given koncern handler med sig selv, så foreligger der ingen forhandling. Koncernen kan på denne baggrund aftale priser og vilkår, alt efter hvor det er mest skattemæssigt gunstigt, og herved opstår grundlaget for at regulere disse handler, hvor det seneste tiltag er en opdateret vejledning udarbejdet af OECD. En korrekt transfer pricing af immaterielle aktiver jf. armslængdeprincippet kan være et opnåeligt mål, hvorfor der må anvendes subjektive hypoteser, samt påvirket af parternes kompromiser. Novo Nordisk udtrykker problemstillingen i årsrapporten fra 2017: ”*Novo Nordisk’s tax approach is to pursue a competitive tax level in a responsible way*”¹. Hvis allokeringen ikke er sket jf. Armslængdeprincippet, vil det medføre et tab for den pågældende stats indkomstgrundlag. På den anden side kan det medføre at koncernen mister konkurrenceevne hvis denne beskattes uforholdsmæssigt højt i forhold til sine konkurrenter. Dette kan betyde at indkomsten alligevel flyttes til en anden stat, fordi den givne koncern ikke kan konkurrere med sine udenlandske konkurrenter. Skatteminister Karsten Lauritzen udtaler ”*Grundlæggende er det vigtigste, at alle selskaber betaler den korrekte skat. Hverken mere eller mindre*”. Det betyder naturligvis både, at ingen har succes med at overføre overskud uretmæssigt ud af landet for at undgå beskatning, og at ingen bliver opkrævet skat af den samme indkomst i to lande². Antallet af danske datterselskab har været stigende, og der er i dag omkring 650 danske virksomheder i USA, samt omkring 550 amerikanske virksomheder i Danmark, se bilag 1. Dette medfører i sagens natur øget koncernintern sammenhandel, som skal reguleres: ”*Det er SKATs opfattelse, at SKAT har en effektiv indsats, som også internationalt vækker genlyd. Ifølge SKAT har Danmark bl.a. i en periode været det land, som på en absolut skala foretog de største transfer pricing-forhøjelser – i alt knap 40 mia. kr. for 2012 og 2013. Ifølge SKAT var Danmark ligeledes i en periode bl.a. det land i verden, som USA havde de største udestående MAP-sager med*”³. En MAP er en forhandling om, hvorvidt en given koncern har handlet internt i overensstemmelse med loven. Sammenholdes ovenstående med det faktum, at en stor del af de store

¹ Novo Nordisk årsrapport 2017. s. 12

² tv2.dk

³ Rigsrevisionens beretning til statsrevisorerne om SKATs indsats på transfer pricing området, 2014. s. 6

multinationale koncerners værdi består af immaterielle aktiver, og hvorved koncerninterne transaktion er udgjort af immaterielle aktiver, får problemstillingerne ved værdiansættelse af immaterielle aktiver i transfer pricing øget relevans. I en undersøgelse foretaget af GIFT (global intangible finance tracker) svarede kun 4 pct. af de adspurgte i 2001, at immaterielle aktiver var vigtige ved skatteplanlægning. I 2016 var tallet steget til 25 pct. Undersøgelsen påviser yderligere at mange af verdens største koncerner har immaterielle aktiver, som udgør en væsentlig andel i forhold til egenkapitalen, hvor de i mange tilfælde udgør 90 pct. af den samlede enterprise value. Danske Novo Nordisk findes på nr. 75 med 90 pct.⁴. Se den samlede liste i bilag 2. En rapport, om hvad Danmark skal leve af i fremtiden, blev udviklet i samarbejde mellem Deloitte og Kraka. Denne viser at Danmark, sammenholdt med andre små lande, har højere udvikling og forskningsfokus samt får flere godkendte patenter⁵. Ud fra dette kan det konkluderes at immaterielle aktiver, herunder fra teknologisk udvikling, og specielt fra medicinalindustrien, vil have en den største betydning for Danmarks fremtidige indtjening.

Problemformulering

Afhandlingen har til formål at analysere, hvordan OECD's opdaterede TP guidelines, samt Tax Cuts and Jobs Act, påvirker den skattemæssige værdiansættelse af immaterielle aktiver ved kontrollerede transaktioner mellem Danmark og Amerikas Forenede Stater.

Problemstillinger

Hvilken betydning har opdateringerne i TPG og lovvedtagelse for valget af værdiansættelsesmetode?

Hvordan ændres de anvendte metoder, armslængdeprincippet og skabes der herved større skatteretlig konsensus, dels fortolkningsmæssigt, og dels ved værdiansættelse af immaterielle aktiver?

Hvilke fordele og ulemper forefindes ved de mest anvendte metoder, og hvilke muligheder foreligger der for korrektioner?

Hvorledes skal en med koncern interne transaktioner i DK og US forholde sig til forskelle i krav og metoder, og hvordan undgås dobbeltbeskatning i denne forbindelse?

⁴ Global Intangible Finance Tracker 2017 An annual review of the world's intangible value June 2017

⁵ Small great nations – muligheder og udfordringer. S 17

Metoden

Afhandlingens problemstillinger behandles efter den juridiske metode.

Rapporten anvender den Juridiske Metode, med en teoretisk tilgang til problemformuleringen. De danske TP-regler, samt OECDs transfer pricing guidelines, analyseres ud fra den retsdogmatiske metode, hvor problemstillingen løses ved hjælp af retskilderne. Herved anvendes retshierarkiet, hvor grundloven går forud for loven. Disse har forrang for bekendtgørelser, som ligeledes har forrang for cirkulærer, og EU-retten har forrang for danskret. Projektet er centeret omkring retslitteraturen, og der tages afstand fra, at denne er en egentlig retskilde, da retslitteraturen er udtryk for forfatterens egen mening og dermed ikke kan lægges til grund som værende retsskabende, men derimod give en indikation på retstilstanden, og hvad der kan udledes af loven⁶.

Det kan nævnes, at OECD TPG er indgået mellemfolkeligt. Danmarks lovmæssige forpligtelse ift. OECD er således på et folkeretligt lovniveau, og projektet tager dermed ligeledes udgangspunkt i international ret⁷. Der tages dog afsæt i dansk intern lovgivning, herunder LL § 2 og SKL § 3 B, for dernæst at anvende OECDs transfer pricing guidelines⁸.

Opgavens juridiske udformning tager udgangspunkt i den rets dogmatiske metode. Den retsdogmatiske metode analyserer og systematiserer ”de lege lata”, altså gældende ret⁹. Det er således udgangspunktet i rapporten at beskrive og analyserer retstilstanden af de nye opdaterede OECD TPG.

Afhandling konkluderes med erkendelse af, at det kun er et relativt lavt antal af sagerne som offentliggøres, da mange af sagerne afsluttes i forlig mellem staterne og den MNK.

⁶ Hansen, L. Lone, Werlauff, Erik: ”Den juridiske metode – en introduktion”, Juridisk- og Økonomiforbundets forlag, 2. udgave, 1. oplag, 2016 s. 166

⁷ Hansen, L. Lone, Werlauff, Erik: ”Den juridiske metode – en introduktion”, 2016. s. 32-33

⁸ Hansen, L. Lone, Werlauff, Erik: ”Den juridiske metode – en introduktion”, 2016. s. 108, 115, 126,

⁹ Tvarnø, D, Christina: Få styr på metoden, en introduktion til juridisk metode og samfundsvidenskabelig projektmetode, s. 50 f.

Afgrænsning

Der afgrænses fra at behandle det juridiske ejerskab opnået ved immaterialret, patentret og designbeskyttelse. Det er ikke rapportens formål at give uddybende redegørelse for, hvornår der opnås en ret, samt hvordan en tvist om et patent ville skulle løses. Det vil dog blive behandlet som en vurdering i kontrakts vilkår, som har afgørende betydning for en vurdering af armlængdeprincippet.

Det antages at den civil-, selskabs-, og regnskabsretlige overdragelse enten helt eller delvist har fundet sted. Der vil dog foretages en vurderingen jf. armlængdeprincippet af om transaktionen ville være indgået af uafhængige parter behandlet. Afhandlingens fokus er værdiansættelse ved separat overdragelse af et immaterielt aktiv. Der afgrænses herved fra værdiansættelse som led i en omstrukturering samt ved overdragelse af hele selskabet.

Der vil ikke søges en afgrænsning mellem om der foreligger en brugsret eller ejendomsret, da der ved de generelle krav og selve værdiansættelsen er stor sammenhæng, og en afgrænsning vil derfor ikke være hensigtsmæssig, da afhandlingens formål er at beskrive, hvordan opdateringerne påvirker den generelle værdiansættelse.

Forkortelser/begrebsafklaring

MNK	multinational koncern
OECD TPG	OECD transfer pricing guidelines 2017
IAS	International accounting standards
IVS	International valuating standards

Lovforkortelser

AL	Afskrivningsloven
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
GRL	Grundloven
IRC	Internal Revenue Code
KSL	Kildeskatteloven
LL	Ligningsloven
Rev. Proc.	Revenue Procedures
RPL	Retsplejeloven
SKL	Skattekontrolloven
Treas. Reg.	Tresury Regulations
SL	Statsskatteloven

Base erosion

BEPS (base erosion and profit shifting) er et samarbejde mellem OECDs medlemslande, som skal forhindre at profit fra en MNK allokeres ud fra en skattemæssige spekulation til en lavt beskattet stat, og ikke den stat hvor de økonomiske aktiviteter, som har generet indkomsten, fandt sted. Herved vil der ske en "base erosion", hvor base er den stat hvor parten i en MNK er skattemæssigt hjemmehørende, jf. art 4. Fire af de femten BEPS actions omhandler transfer pricing. BEPS action 13 havde til formål at gøre MNK transfer pricing mere gennemskuelig ved at øge dokumentationskravene, samt at gøre dokumentationskravene mere ensartede i medlemsstaterne. Der blev indført krav om en country-by-country rapport for store MNK'er¹⁰. BEPS actions 8-10 var samlede under titlen "*Aligning transfer pricing outcomes with value creation*". Ordlyden kan sammenlignes med den amerikanske CWI-norm, altså "commensurate with income"¹¹. BEPS action 8 indeholdte en nye klassificering af immaterielle aktiver, hvorefter der blev angivet specielle regler for immaterielle aktiver, der blev defineret som HTVI (hard-to-value intangibles¹²). BEPS action 9 havde til formål at uddybe, hvorledes risiko skulle identificeres og efterfølgende allokeres. BEPS action 10 indeholdte en opdatering til anvendelse af profit split metoden¹³. BEPS 15 actions blev løbende sendt til offentlig diskussion, hvorefter praktikere kunne bidrage med deres vurdering af opdateringerne. De samlede opdateringer dannede herefter grundlaget for den opdaterede OECD transfer pricing guidelines, som blev offentliggjort i juli 2017.

Den 22/12 2017 blev den nye skattereform vedtaget i USA, under titlen "*the jobs and tax cuts act*". Det overordnede formål, i relation til immaterielle aktiver, var at gøre det attraktivt for amerikanske MNK'er at beholde deres immaterielle aktiver i USA. Af forarbejderne fremgår det, at der også var forslag om, at overdragelse tilbage til USA skulle være helt skattefrie: "*In the Mark: This provision allows for tax-free transfers of intangible property, such as patents, inventions, formulas, processes, designs, patterns, and know-how, from a controlled foreign corporation to its U.S. parent corporation*"¹⁴". Dette blev dog ikke vedtaget¹⁵. Den første store ændring var en nedsættelse af

¹⁰ OECD transfer pricing documentation and country-by-country reporting – Action 13 – 2015 final report

¹¹ Se afsnittet retsgrundlaget US-

¹² OECD Aligning transfer pricing outcomes with value creation – actions 8-10 -2015 final report Se afsnittet Identificering af immaterielle aktiver

¹³ OECD Aligning transfer pricing outcomes with value creation – actions 8-10 -2015 final report Se afsnittet værdiansættelsesmetoder

¹⁴ Tax Cuts and Jobs Act Chairman's Mark Section-by-Section Summary (As modified, amended, & ordered to be favorably reported, November 16, 2017) s. 64

¹⁵ Det blev vurderet at denne ændring ville med reduktion i skatteprovenuet på 34,1 mia. \$ over 10 år.

selskabsskatten fra 34 pct. til 21 pct¹⁶. Dog skal det tilføjes, at flere amerikanske stater har en ”net income tax” variende fra 0-12 pct. Hvorefter den effektive skatterate ved en middel kalkulation giver 27%¹⁷. Dette vil dog, alt andet lige, gøre det mindre attraktivt at foretage ”kunstig” transfer pricing værdiansættelse. Der forefindes dog stadig lande med en væsentlig lavere selskabsskat. Herunder eksempelvis Irland og Cypern med 12,5 pct., samt skattely staterne som Cayman islands og Bahamas¹⁸. Yderligere blev der vedtaget en opdatering af definitionen på immaterielle aktiver, hvorefter disse også omfatter goodwill, going concern og workforce in place¹⁹. På denne baggrund vil overdragelser af immaterielle aktiver fra selskaber, som er skattemæssigt hjemmehørende i USA, have en større skattemæssig værdi. Problemstillingen var aktuel i Veritas sagen, hvorefter IRS ville inddrage ”workforce in place” ved værdiansættelse af den lump-sum buy in, som Veritas Ireland skulle betale for at indgå i en CSA (cost sharing agreement) med Veritas U.S. Det blev vurderet at adgang til R&D og marketing medarbejdere, kunne have væsentlig værdi, men der blev ikke givet tilstrækkeligt bevis for dette. Dertil blev tilføjet, at selvom der havde forlagt bevis herfor, var der ikke hjemmel i IRC § 936(h)(3)(B) til at definere disse, som immaterielle aktiver og herved inddrage det i værdiansættelsen af buy-in værdiansættelsen²⁰. På baggrund af lovændringen vil dette være tilfældet for transaktioner foretaget efter 22/12 2017. Ved vedtagelsen blev der indført yderligere to regler, som skal forhindre base erosion: GILTI (global intangible low-taxed income) giver mulighed for fradrag af CFC (controlled foreign company) indkomst som defineret i IRC § 954, hvilket skal indregnes ved indkomstopgørelsen jf. globalindkomstprincippet. Hertil gives et fradrag på 50 pct²¹. på GILTI indkomst over 10 pct. Den anden del er BEAT (base erosion and anti-abuse tax)²². Herefter bliver der indført en minimumsskat 10 pct. Dog kun 5 pct. i 2018 for ”base erosion payments” til en udlandsforbunden part, som defineres ved at disse er fradragsberettiget. BEAT gælder for store MNK’er, defineret som skattepligtige med et samlet driftsresultat på over 500,000,000 \$ i de 3 foregående år²³.

¹⁶ H.R.1 -115th Congress (2017-2018) enrolled bill – SEC. 13001

¹⁷ KMPG corporate tax rates table

¹⁸ KMPG corporate tax rates table

¹⁹ SEC. 14221. LIMITATIONS ON INCOME SHIFTING THROUGH INTANGIBLE PROPERTY TRANSFERS. Jf. IRC § 936(h)(3)(B)

²⁰ 133 T.C. No. 14 -VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES, SYMANTEC CORPORATION (SUCCESSOR IN INTEREST TO VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES), Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent – 2009. S. 32-33

²¹ Frem til 2026

²² Jf. IRC § 59A

²³ Jf. IRC § 59A(e)(1)(B)

Som det fremgår har BEPS projektet har til formål at hindre ukorrekt allokering ved brug af immaterielle aktiver, samt at skabe bedre enighed i brugen af metoderne ved værdiansættelse af immaterielle aktiver, dels for de skattepligtige og dels for skattemyndighederne, som foretager transfer pricing revisionen. Den seneste amerikanske skattereform har fokus på, at de amerikanske selskaber skal bevare de immaterielle aktiver i USA.

Lovgrundlaget intern dansk ret

Transfer pricing udgøres af de interne transaktioner i MNK, herunder prisen, ydelsen og betingelserne. På lovniveau er transfer pricing i dansk ret fastsat i LL § 2. De skattepligtige er nævnt i LL § 2, stk. 1.

”skal ved opgørelsen af den skatte- eller udlodningspligtige indkomst anvende priser og vilkår for handelsmæssige eller økonomiske transaktioner med ovennævnte parter i nr. 1-6 (kontrollerede transaktioner) i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter”

Det fremgår ikke direkte af ordlyden i LL §2, at OECD TP guidelines skal anvendes. Det fremgår af forarbejderne, at OECD TP guidelines skal anvendes.

*”Det er et internationalt anerkendt princip, at interesseforbundne parter skal handle på armslængde vilkår. OECD har udsendt retningslinier om hvilke principper og fremgangsmåder, som internationalt kan anerkendes ved ligningen i transfer pricing sager. Disse retningslinier er baseret på armslængdeprincippet. Samtlige OECD-lande - herunder Danmark - har tilsluttet sig disse retningslinier.”*²⁴ Dette fremgår yderligere af SKATs juridiske vejledning²⁵.

I dansk ret fremgår inddragelsen af OECD TP guidelines af forarbejderne som retskilde, dette er forskelligt fra andre lande. Australien og Norge har f.eks. direkte reference på lovniveau til OECD TP guidelines, hvilket skaber en større retskildeværdi kontra andre lande, hvor denne retskildeværdi ses gennem retspraksis. Slutteligt kan det nævnes, at USA helt fraviger OECD TP guidelines²⁶. Dette uddybes yderligere i diskussionsafsnittet.

²⁴ Jf. LSF 101 Forslag til lov om ændring af ligningsloven, selskabsskatteloven og skattekontrolloven (Lovfæstelse af armslængdeprincippet og værn og tynd kapitalisering)

²⁵ DJV C.D.11.2.1.1

²⁶ Winther-Sørensen, Niels. Bundgaard, Jakob. Wittendorf, Jens ”Skatteretten 3” 6. udgave, Karnov Group Denmark A/S København 2013 s. 424

Det fremgår både, i medfør af LL § 2, stk. 1, og SKL § 3 B²⁷, at OECDs dobbeltbeskatningsoverenskomsts grundlæggende definition jf. art. 9, stk. 1 skal anvendes.

”Stk. 1. I tilfælde, hvor a) et foretagende i en af de kontraherende stater direkte eller indirekte deltager i ledelsen, kontrollen eller finansieringen af et foretagende i den anden kontraherende stat, eller b) samme personer direkte eller indirekte deltager i ledelsen, kontrollen eller finansieringen af såvel et foretagende i den ene af de kontraherende stater som et foretagende i den anden kontraherende stat, og der i nogle af disse tilfælde mellem de to foretagender er aftalt eller fastsat vilkår vedrørende deres kommercielle eller finansielle forbindelser, som afviger fra de vilkår, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender, kan enhver fortjeneste, som, hvis disse vilkår ikke havde foreligget, ville være tilfaldet et af disse foretagender, medregnes til dette foretagendes fortjeneste og beskattes i overensstemmelse hermed.”

Det følger af Artikel 9, at der som retsfølge ikke kan foretages korrektioner der overstiger det beløb, som udledes ved anvendelse af armslængdeprincippet. Art. 9 kan inddeles i to dele. Af den første del fremgår det, at der skal være tale om, et interessefællesskab mellem foretagende, interessefællesskab uddybes i nedenstående afsnit. Armslængdeprincippet fremgår af anden del. Artikel 9 hjemler mulighed for at foretage primære korrektion, såfremt armslængdeprincippet ikke iagttages²⁸.

”Stk. 2. Hvor en kontraherende stat til et foretagendes fortjeneste i denne stat henregner - og beskatter i overensstemmelse hermed - fortjenester, af hvilke et foretagende i den anden kontraherende stat er blevet beskattet i denne anden stat, og disse fortjenester ville have tilfaldet foretagendet i den førstnævnte stat, hvis vilkårene, der var aftalt mellem de to foretagender, havde været sådanne, som ville have været aftalt mellem uafhængige foretagender, så skal den anden stat foretage en passende regulering af den skat, der er beregnet af disse fortjenester. Ved ansættelse af sådan regulering skal der tages hensyn til de øvrige bestemmelser i denne konvention, og de kompetente myndigheder i de kontraherende stater skal om nødvendigt træde i kontakt med hinanden.”

Hvis der er foretaget primær korrektion i medfør af artikel 9, stk. 1, anvendes artikel 9, stk. 2. Korrektionen medfører, at der foretages en sekundær beskatning af foretagende, retsvirkningen heraf er, at den kontraherende stat skal foretage en korresponderende korrektion, som indebære en

²⁷ Loven ændres med virkning fra 2019 hvorefter SKL 3, B kommer til at være SKL § 37

²⁸ Wittenborg, Jens. ”Transfer Pricing” 1. udgave. Karnov Group Denmark A/S. 2016 København s. 61

indkomstnedsættelse. Den efterfølgende korresponderende korrektion medfører, at der ikke foretages en dobbeltbeskatning af foretagendet²⁹.

Interessefælleskab

LL § 2, Stk. 1, nr. 1-6, opstiller en udtømmende opstilling af kredsen af interessefælleskaber, som loven finder anvendelse på.

1. *hvorover fysiske eller juridiske personer udøver en bestemmende indflydelse,*
2. *der udøver en bestemmende indflydelse over juridiske personer,*
3. *der er koncernforbundet med en juridisk person,*
4. *der har et fast driftssted beliggende i udlandet,*
5. *der er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med et fast driftssted i Danmark, eller*
6. *der er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med kulbrintetilknyttet virksomhed omfattet af kulbrinteskattelovens § 21, stk. 1 eller 4*

Det vil i medfør af LL § 2, stk. 1, nr. 2, f.eks. omfatter moderselskaber. Fortolkningen af begrebet fast driftssted antages at skulle fortolkes som i SEL § 2 stk. 1, litra a. Der stilles ikke krav om ejerskabsandele ved fast driftssted. Udenlandske selskaber med ejerandel i et interessentskab, med fast driftssted beliggende i Danmark, som foretager transaktioner med interessentskabet, vil være omfattet af LL § 2. Bestemmende indflydelse i medfør af LL § 2, stk. 2, nr. 1-2., foreligger, når selskabet direkte eller indirekte ejer 50 % eller mere af aktiekapitalen.

Loven stiller ikke krav til, at virksomheden gør faktisk brug af rettigheden opnået i medfør af LL § 2, stk. 2, nr. 1-2, om bestemmende indflydelse. Retsvirkningen heraf er, at LL § 2 finder anvendelse så snart der foreligger en bestemmende indflydelse, uanset om denne rettighed aktivt forfølges³⁰.

Når der skal foretages en vurdering af, hvorvidt en skattepligtig har bestemmende indflydelse over en juridisk person, skal egne aktier og stemmerettigheder tillægges aktierne fra følgende:

1. *aktier der indehaves af datterselskaber, uanset om denne er en fysik eller juridisk person. Der er ikke fastlagt i LL § 2 hvordan kapital og stemmer skal opgøres men ved kapitalandel ville der skulle medregnes en forholdsmæssig andel. Ejer et moderselskab eksempelvis 75% af et datterselskab, som ejer 75% af en juridisk*

²⁹ Wittenborg, Jens. "Transfer Pricing" 2016 s. 62

³⁰ Wittenborg, Jens. "Transfer Pricing" 2016 s. 89

person, ville moderselskaber anses at eje 56% af den juridiske person. Stemmeandele opgøres i hvert led i kæden. Hvis der foreligger stemmemajoritet i næste led, skal alle stemmer, som datterselskabet har rådighed over, medregnes. Modsætningsvis skal ingen stemmer medregnes hvis der ikke foreligger majoritet i næste led³¹.

- 2. koncernforbundne selskaber anvendes kun ved vurdering af hvorvidt et moderselskab udøver bestemmende indflydelse over et datterselskab. Dette er defineret i LL § 2, stk. 3.*
- 3. reglen personlige aktionærer og deres nærtstående finder ligeledes kun anvendelse ved vurdering om et moderselskabs bestemmende indflydelse. Personkredsen af nærtstående anses som værende: den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre, samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med oprindeligt slægtskabsforhold³².*
- 4. fonde og trusts som er oprettet af moderselskabet selv, eller af koncernforbundne selskaber, eller af nærtstående som nævnt ovenfor.*
- 5. nærtstående personer mv. Denne regel finder kun anvendelse ved vurdering af, om en fysik person udøver bestemmende indflydelse over et selskab jf. LL § 2, stk. 1, nr. 2.*
- 6. visse andre selskabsdeltagere, som skattepligtige har en aftale med om fælles bestemmende indflydelse³³.*

Lovgrundlaget USA

Transfer pricing er reguleret af IRC 482. Denne anvendes når tre krav, som fremgår af ordlyden i bestemmelsen, opfyldes. For det første skal der være ”... *two or more organizations, trades or businesses...*”. Det kræves herved at der to eller flere involverede. Retssubjekterne er ”*Organization includes an organization of any kind, whether a sole proprietorship, a partnership, a trust, an estate, an association, or a corporation*”, herved defineret som enhver organisation, enkeltmandsvirksomheder, interessentselskab, kapitalselskab, trust og foreing mv. Den geografiske

³¹ Wittendorff, Jens. ”Transfer Pricing” 2016 s.90

³² Wittendorff, Jens. ”Transfer Pricing” 2016 s.91

³³ Wittendorff, Jens. ”Transfer Pricing” 2016 s 94

placering, udøvelse af virksomhed, samt indregistreringsstat er uden betydning for skattemyndighedernes anvendelse af IRC 482³⁴. Business og trade, omhandler enhver af disse, uanset om denne er organiseret, samt hvor forretningen udøves³⁵. Det ligeledes uden betydning, om en "taxpayer" er skattefritaget eller indgår i sambeskatning³⁶. Sidst betingelse for anvendelse af IRC § 482 er, at skattemyndigheden skal afgøre, at en korrektion er nødvendig for at undgå "base erosion" og sikre den rette indkomstallokering. I IRC § 482 er der fast en CWI-norm, hvorefter værdiansættelsen af et immaterielt aktiv skal stemme overens med det økonomiske afkast. Dette minder om PSM, hvor det fremtidige afkast allokeres mellem de interesseforbundne parter. Ved "Jobs And Tax Act" blev der foretaget en lovændring af IRC 482, hvorved der blev tilføjet følgende sætning: *"For purposes of this section, the Secretary shall require the valuation of transfers of intangible property (including intangible property transferred with other property or services) on an aggregate basis or the valuation of such a transfer on the basis of the realistic alternatives to such a transfer, if the Secretary determines that such basis is the most reliable means of valuation of such transfers"*³⁷. At de amerikanske skattemyndigheder har denne mulighed, er for så vidt ikke noget nyt. Muligheden forelå tidligere kun i regulations³⁸. Tilføjelsen understrejer skattemyndighedernes mulighed for at foretage aggregeret værdiansættelse, samt at retskildeværdien herved øges til lovniveau.

Interessefællesskabet USA

Her anvendes termet "Controlled transactions", hvor kontrol er defineret som direkte og indirekte, om denne er juridisk bindende eller ej, og om den faktisk udøves. I alle tilfælde foreligger der kontrol³⁹. Til vurdering heraf er det den faktiske handlemåde, der ligger til grundlag. Der vurderes kontrol, hvis indkomst eller tab er allokeret kunstigt. Der foreligger kontrol fra tidspunktet, hvor aftale herom er indgået, og ikke først når denne udøves. Der foreligger kontrol ved "common ownership", ved direkte eller indirekte ejerskab af mere end 50% aktiekapitalen eller stemmeretten, eller ved indirekte ejerskab gennem tredjepart med ejerskab⁴⁰. Som ved intern dansk ret, tages der udgangspunkt i den faktiske kontrol, hvor ejerskab af mindre en 50% kan udgøre det faktiske ejerskab. Udøvelse af ledelsen kan også medføre at der foreligger kontrol, det fremkommer af retspraksis jf. Charles Town, Inc. v. Commissioner. I denne sag stod to brødre for den daglige ledelsen

³⁴ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(i)(1)

³⁵ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(i)(2)

³⁶ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(i)(3) & IRC section 1501.

³⁷ H.R.1 – 115th Congress (2017-2018)

³⁸ Treas. Reg. 1-482-1(f)(2)(ii)(A)

³⁹ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(i)4

⁴⁰ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(i)5 & Wittenborg international s 96

i deres kusines selskab, så til trods for at brødrene kun ejede 2% fandt retten at der forelå kontrol, hvorefter IRC § 482 fandt anvendelse⁴¹. Det sidste tilfælde, hvor det kan afgøres at der foreligger kontrol, er i tilfælde hvor et selskab som ikke har "common control" vurderes at "act in concert", hvilket vil sige at de har sammen formål om indkomstallokering. Dette fremgår af I.R.C § 482 "... owned or controlled directly or indirectly by the same interests". Fortolkning af samme interesser fremgår ikke af IRC § 482. Hjemlen til at foretage korrektion foreligger jf. Treas. Reg. 1.482-1(f)(1). På denne baggrund må de bero på en konkret vurdering af de faktiske forhold, hvorvidt der foreligger et interessefællesskab på baggrund af samme interesser. I DHL Corp. v. Commissioner tog domstolen stilling til spørgsmålet om, hvorvidt der kan foreligge kontrol, selvom der ikke på transaktionstidspunktet var direkte ejerskab (common control), i dette tilfælde indkomstårene 1990-1992. Først skulle der tages stilling til om der forelå kontrol mellem DHL og DHLI i perioden før 1990. Her var der påvist direkte ejerskab, da de udenlandske investorer ikke havde aktiemajoriteten. Denne forelå heller ikke i perioden 1990-1992 men her besad investorer flertallet i bestyrelsen (management kontrol) og der var tidligere aftalt en købsoption på et varemærke. Herefter blev det afgjort, at der forelå kontrol også i indkomstårene 1990-1992⁴².

Korrektion af kontrollerede transaktioner USA

Primær korrektionsmulighed

Den primære korrektionsmulighed er hjemlet i IRC § 482, hvor det fremgår at: "... *the secretay may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations...*". Retssubjekterne er beskrevet under afsnittet herom. Bestemmelsen er yderligere uddybet: "... *The district directormay make allocations between or among the members of a controlled group if a controlled taxpayer has not reported its true taxable income. In such case, the district director may allocate income, deductions, credits, allowances, basis, or any other item or element affectingtaxable income (referred to as allocations). The appropriate allocation may take the form of an increase or decrease in any relevant amount*"⁴³. Det kræves i denne forbindelse ikke, at den skattepligtige bevidst har søgt at fravige armslængdeprincippet, eller at denne har haft et

⁴¹ Charles Town, Inc. v. Commissioner - 372 F.2d 415 (4th Cir. 1967), aff'g T.C. Memo 1966-15, cert. denied 389 U. S. 841

⁴² T.C. Memo. 1998-461 - DHL CORPORATION AND SUBSIDIARIES, Petitioners v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent. S 81-85

⁴³ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(a)(2)

skatteundragelsesmotiv⁴⁴. Den primær korrektionsmulighed foreligger også i tilfælde af, at det forventede afkast fra en serie transaktioner ikke er realiseret⁴⁵.

Korresponderende korrektion

Hvis der er foretaget primær korrektion hos en skattepligtig, vil det medføre en korresponderende korrektion, ”correlative allocation”, hos den anden skattepligtige, den primære korrektion vil i sagen natur bestå i en indkomst forhøjelse, hvorved den korresponderende vil være i form af en indkomstnedsættelse. ”... the district director will not only increase the income of one member of the group, but correspondingly decrease the income of the other member.”⁴⁶. Herved kan det udledes, at den skattepligtige har et retskrav på, at der foretages en korresponderende korrektion. Den primære korrektion og efterfølgende, korresponderende korrektion kan først foretages når der er truffet endelig beslutning om allokering jf. IRC § 482. Dette kræver at følgende betingelser er opfyldt, herunder at den skattepligtige acceptere den primære korrektion, betaling af mellemværende, afgørelse herom fra the Tax Court, eller ved forlig⁴⁷.

Sekundær korrektion

Når der foretages primær og sekundær korrektion jf. IRC § 482, vil dette medføre, at der vil være uoverensstemmelse mellem det skattemæssige- og driftsøkonomiske resultat. En sekundær korrektion vil derfor skulle foretages af skattemyndighederne således at den økonomiske fordel som er overført koncerninternt kan behandles skattemæssigt⁴⁸. En sådan korrektion kaldes en ”conformin adjustment”

Del konklusion – retsgrundlag og interessefællesskab

Det kan i det følgende konkluderes, at der er visse lighedspunkter imellem TP-kontrol via OECD TP og US TP. Det kan konkluderes, at der efter dansk ret anvendes OECD TP jf. forarbejder til LL § 2., gennemgået ovenfor. Det fremgår at TP kontrollen skal tage udgangspunkt i LL § 2, omhandlende armslængdeprincippet og OECD TPG-metoder til udregning af armslængdeprincippet. Det fremgår af lovgrundlaget i USA at TP ligeledes vurderes efter armslængdeprincippet jf. IRC § 482 samt CWI-norm. Det kan således konkluderes, at der foreligger konsensus ved vurderingen af TP ud fra henholdsvis amerikansk lov og OECD TPG. Det fremgår af LL § 2, stk. 1, nr. 1-6, at der i

⁴⁴ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(f)(1)

⁴⁵ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(f)(ii)(a)

⁴⁶ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(g)(2)(i)

⁴⁷ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(g)(iii)(a-e)

⁴⁸ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(g)(3)

lovgrundlaget er opstillet en udtømmende liste af kredsen af interessefælleskaber. Det fremgår ligeledes, at det samme gælder i henhold til amerikansk ret. Det fremgår af IRC § 482, at der ligeledes forligger kontrol, hvis der er tale om to eller flere, som indgår en aftale, hvoraf rets subjekterne i IRC § 482 omfatter samme udtømmende opstilling som LL § 2, stk. 1, nr. 1-6. Anvendelsen af principperne om udregning af TP finder således anvendelse på samme interessefælleskaber.

Retskildeværdi USA

Retssystemet i USA bygger på common-law. Dette betyder, at der trækkes mere på retspraksis end lovgivning. Retssystemet kan endvidere deles op i primær og sekundær ret. Primær ret, eller ”primary authority”, omfatter forfatninger, lovgivning, traktater, retspraksis og administrative forskrifter. En primær retskilde kan være bindende, ”binding authority”, eller ”persuasive authority”, afhængig af dens karakter og nærmere indhold. Sekundære retskilder har derimod ikke bindende virkning, og omfatter retsvidenskabelige fremstillinger og interne regler i administrationen.

IRC § 7805(a) indeholder hjemmel til, at finansministeren, ”secretary of the treasury”, kan udstede regler, ”rules”, og regulativer, ”regulations”. Dette er arrangeret således for at man kan administrere loven. Regulativer udtrykker skattemyndighedernes officielle fortolkning af skattelovgivningen. Der sondres her mellem ”interpretive regulations”, som udstedes med hjemmel i IRC § 7805 (a), og normgivende regulativer, ”legislative regulations”, som udstedes med direkte hjemmel i materiel ret⁴⁹. Fortolkende regulativer ”interpretative regulations” er bindende for skattemyndighederne, men ikke for domstolene og skatteyderen, der er således tale om en retskilde der ligner cirkulærer. Da der er tale om bindende retsregler for de amerikanske skattemyndigheder, er det således disse, der lægges til grund for den skatteretlige vurdering, som skattemyndighederne foretager. Der foretages endvidere domstolskontrol med de udstedte ”interpretive regulations”, for at sikre, at disse er i fortolkningsmæssig overensstemmelse med den udstedte lovgivning⁵⁰. Til at forstå den fremtidige udvikling af IRC § 482 regulations, følger det, at der lægges vægt på præamblen, som indeholder kommentarer til de enkelte afsnit af regulativerne⁵¹. Det kan endvidere bemærkes, at skattemyndighederne har udtalt, at § 482 regulationen er konforme med OECD Guidelines ”the treasury and IRS consider section 482 and the regulations to be wholly consistent with treaty

⁴⁹ Wittendorff, Jens. ” Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret” Thomson Reuters, 1. udgave, 1 oplag, 2009.s 56

⁵⁰ Wittendorff, Jens. ” Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret” 2009 s. 58

⁵¹ Wittendorff, Jens. ” Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret” 2009 s. 59

obligations and the OECD Transfer Pricing Guidelines”⁵². Der kan dog ikke støttes ret på en sådan udtalelse, men det kan bruges som bidrag til at forstå, at IRC § 482 svare til OECD Transfer Pricing Guidelines i henhold til amerikansk ret.

OECD-transfer pricing guidelines retskildeværdi i dansk ret.

Det følger af LL §2 og SKL § 3 B, at der henvises til OECDs transferpricing guidelines, samt at modeloverenskomst Art. 9, stk. 1, indeholder definitionen af armslængdeprincippet. Det skal endvidere nævnes, at retsgrundlaget på tidspunktet for 1998, blev indarbejdet i cirkulærer nr. 84 af 15. maj 1998, endvidere fremgår det af forarbejderne til lov nr. 408 af 1 juni 2005, at LL § 2 er baseret på armslængdeprincippet, og at armslængdetesten skal foretages i overensstemmelse med OECD transfer pricing guidelines⁵³. Den teoretiske diskussion omkring de seneste opdateringer af OECD transferguidelines er, ifølge Jens Wittendorff, at der er tale om en markant præcisering i OECDs opdaterede guidelines, og dermed af modeloverenskomstens art. 9. stk. 1, at det vil stride imod retningslinjerne vedtaget i 1995, og at retningslinjerne dermed ikke længere kan inddrages som bidrag til fortolkning af LL § 2, som er baseret på modeloverenskomstens art. 9, stk. 1. Den teoretiske diskussion ligger således i, hvorvidt transfer pricing guidelines retskildeværdi, som der er blevet brugt som fortolkningsbidrag til LL § 2, er blevet dynamisk fortolket i en sådan grad, at disse ikke længere kan anvendes som fortolkningsbidrag. Det følger særligt af OECDs TPG opdatering af 2016, at der er blevet indført en moralfare, ”moral hazard”, som er et eksempel ifl. Jens Wittendorf på, at OECDs TPG er i strid med armslængdeprincippet. Jens Wittendorff mener, vedr. indførsel af moralfare i 2016, ”hvorefter uafhængige parter normalt vil undgå situationer, hvor en person, der har påtaget en risiko, ikke har mulighed for at påvirke adfærden hos en anden person, der kontrollerer risikoen”⁵⁴. Jens Wittendorff påpeger, at indførslen betyder at risici i realiteten har mistet deres status som nøglekriterier for allokering af indkomst, og at OECDs nye fortolkning derfor må afvises⁵⁵. Det følger således, at der bliver sået tvivl om, hvorvidt den opdaterede udgave af transfer pricing guidelines er i overensstemmelse med armslængdeprincippet og dermed kan bruges som fortolkningsbidrag via LL § 2, da der er tale om materiel ændring af modeloverenskomstens art. 9, stk. 1, som LL § 2, er baseret på. Som yderligere eksempel herpå, kan der trækkes på de nye regler fra 2016, i relation til uforudsete afkast af immaterielle aktiver. Det fremgår som udgangspunkt af armslængdetesten i Art. 9, stk. 1, af modeloverenskomsten, at testen skal foretages ex ante på

⁵² Wittendorff, Jens. ” Armlængdeprincippet i dansk og international skatteret” 2009 s. 60

⁵³ Wittendorff, Jens. ” Armlængdeprincippet i dansk og international skatteret” 2009 s. 75

⁵⁴ Wittendorff, Jens. ”Transfer Pricing” 2016 s. 218

⁵⁵ Wittendorff, Jens. ”Transfer Pricing” 2016 s. 219

baggrund af omstændighederne på transaktionstidspunktet, hvorfor der ikke må gøres brug af bagklogskab⁵⁶. Forbuddet mod brug af bagklogskab betyder, at skattemyndighederne skal vurdere værdiansættelsen ud fra alle tilgængelige oplysninger på transaktionstidspunktet, og om der er tale om pålidelige prognoser for det forventede afkast, udledt af det immaterielle aktiv. De nye regler, indført i 2016, betyder at OECD anvender en lignende CWI-norm, da uforudsete afkast af immaterielle aktiver skal anerkendes i relation til armslængdeprincippet, som den er udformet. Jens Wittendorff påpeger, at en eventuel brug af 2016 reglerne medfører at årsagen til at det faktiske afkast afviger fra det forventede afkast, kan være grundet uforudsete omstændigheder, som ikke kan kontrolleres af skattepligtige, og dermed er i strid med armslængdeprincippet krav om, at vurderingen er baseret på alle oplysninger tilgængelige på transaktionstidspunktet. En anvendelse af en CWI-norm kræver særskilt hjemmel. Medlemslande, som Tyskland, har indført hjemmel til anvendelse af CWI-normen. Dette er dog ikke tilfældet i intern dansk ret, og der foreligger derfor ikke hjemmel til at foretage en periodisk priskorrektion⁵⁷.

Delkonklusion om retskildeværdien.

Der kan efter dansk ret sås tvivl om hvorvidt OECDs TPG regler vil finde anvendelse i dansk ret, såfremt udviklingen fortsætter. Som det fremgår af ovenstående, er de efterfølgende TPG-regler, som anvendelse til støtte for udfyldelsen af modeloverenskomstens art. 9, stk. 1, begyndt at stride imod armslængdeprincippet i LL § 2. Som det følger af Jens Wittendorff er der flere indikationer på, at de nye regler vedtaget af rådet kan være i uoverensstemmelse med armslængdeprincippet, og der hersker dermed tvivl om retskildeværdien af de nye opdaterede OECD TPG.

Identificering af immaterielle aktiver

Ved intern dansk ret indeholder AL § 40, stk. 2. en ikke udtømmende liste over andre immaterielle aktiver, herved dem som ikke er goodwill jf. AL § 40, stk. 1.

- Særlige fremstillingsmetoder eller lignende (knowhow)
- Designret (mønsterret)
- Varemærkeret
- Patentret
- Forfatter- og kunstnerret
- Retten ifølge en udbytte-, forpagtnings- eller lejekontrakt.

⁵⁶ Wittendorff, Jens. "Transfer Pricing" 2016 s. 422

⁵⁷ Wittendorff, Jens. "Transfer Pricing" 2016 s. 423

Fortjeneste eller tab ved afståelse af disse typer af immaterielle rettigheder skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst jf. AL § 40, stk. 6. Definitionen jf. OECD TPG er:

” something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities and whose use or transfer would be compensated had it occurred in as transaction between independent parties in comparable circumstances”

Som det fremgår, er der afgrænsning fra materielle- og finansielle aktiver. Der skal foreligge en mulighed for kontrol. Denne skal kunne bruges ved kommercielle aktiviteter. Det angives at det er vigtigt at adskille markedsfaktorer fra lokalfaktorer. Eksempelvis vil husholdningernes rådighedsbeløb ikke kunne kontrolleres, hvilket også er sandt for konkurrenceintensiteten. Disse vil derfor ikke, i sig selv, udgøre et immaterielt aktiv⁵⁸. Disse ville dog kunne påvirke sammenlignelighedsanalysen. Det konkluderes endvidere, at den vigtigste vurdering, er vurderingen af armslængdeprincippet, altså hvorvidt en uafhængig tredjepart ville have forlangt kompensationen for den hele eller delvise overdragelse. Det fremhæves, at definitionen er sekundær i forhold til en vurdering af, om en sammenlignelig uafhængig part ville have accepteret transaktionen⁵⁹.

OECD sonderer generelt mellem immaterielle produktions- og marketingaktiver. Denne sondring er relevant fordi værdiskabelsen for de to er forskellig⁶⁰. Det samme gælder de omkostninger, som har været forbundet med udviklingen, hvor produktionsaktiver ofte har været en lang udviklings proces med både væsentlige omkostninger og risici. Marketingaktiver skaber derimod løbende merværdi, men kan der kan være væsentlige omkostninger ved vedligeholdelsen af værdien⁶¹. Der sondres også imellem om disse er rutine, eller ikke-rutine immaterielle aktiver⁶². En yderligere sondring er, om disse er unikke og værdifulde. Definitionen på unik er, at der ikke findes et direkte sammenlignelig immaterielt aktiv til brug for en evt. sammenlignelighedsanalyse. Værdifulde defineres ved, at de påvirker værdikæde, herunder produktion, services, marketing og salg. Hvorefter disse generer et større afkast end, hvis det konkrete immaterielle aktiv ikke var tilstede⁶³.

Hard-to-value intangibles (HTVI)

Immaterielle aktiver, som jf. OECD TPG defineres som HTVI er tilfælde, hvor der ikke findes troværdige referencetransaktioner og hvor der ved aftaleindgåelsen foreligger stor usikkerhed om de

⁵⁸ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 2017 6.9*

⁵⁹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit.6.6*

⁶⁰ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit.6.16*

⁶¹ Wittendorff, Jens. "Transfer Pricing" 2016 s. 339

⁶² OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit.6.15*

⁶³ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit.6.17*

fremtidige cash-flows, samt det forventede fremtidige afkast. Det kan også betyde, at det vil kræve mange subjektive vurderinger, med store usikkerheder i forhold til den fremtidige succes af det immaterielle aktiv. I OECD TPG er oplistet en ikke udtømmende liste for egenskaber som et HTVI typisk vil besidde⁶⁴.

1. Kun delvist udviklet
2. Der forventes først afkast flere år efter transaktionen
3. Et immaterielt aktiv som ikke falder under definitionen, men som er nødvendigt for udvikling eller forbedring af et immaterielt aktiv som *er* et HTVI
4. Høj usikkerhed forbundet de fremtidige økonomiske fordele, fordi der ikke forefindes ”track records”
5. Et HTVI som er overdraget koncernintern for en ”lump sum payment”
6. Det immaterielle aktiv har været del i CCA eller lign⁶⁵.

Disse immaterielle aktiver vil være præget af, at der forefindes informationsasymmetri mellem den pågældende MNK, og skattemyndighederne. Dette er grundet i, at det kan være svært for skattemyndigheder at vurdere og kontrollere de faktorer, herunder udviklingen, som har været anvendt ved værdiansættelsen. Det kræver dybdegående kendskab til det forretningsområde, som det immaterielle aktiv indgår i, for at vurdere, hvordan disse har været påvirket i udviklingsprocessen. Det samme vil derfor gælde de omstændigheder og faktorer, som det med rimelighed har været muligt at forvente vil opstå i processen. Eksempelvis kan en MNK overdrage et immaterielt aktiv på et tidligt stadie i udviklingsprocessen og fastsætte en royalty rate, som ikke til fulde repræsenterer værdien af det immaterielle aktiv, og bagefter tage det standpunkt, at det ikke var muligt på transaktionstidspunktet at forudse at denne vil repræsenterer en øget værdi. På denne baggrund kan skattemyndighederne være nødsaget til at acceptere de vurderinger om *ex post* afkast, som den konkrete MNK har beregnet⁶⁶. Skattemyndigheder kan dog, jf. OECD TPG, anvende *ex post* resultater til at vurdere rimeligheden af *ex ante* vurderingen foretaget af den MNK⁶⁷. Undtagelserne til anvendelsen er at den skattepligtige: 1. har levereret detaljeret beskriver af *ex ante* forekastet, herunder hvordan risiko er allokeret i kalkulationen, samt beskrivelse af vurdering for at uforudsete hændelser og risiko aktualiseres. 2. At skattepligtig kan bevise, at forskelle mellem *ex ante* og *ex post*

⁶⁴ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.189*

⁶⁵ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.190*

⁶⁶ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.186*

⁶⁷ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.193*

skyldes hændelser det ikke med rimelighed var muligt at forudse på transaktionstidspunktet. 3. hvis aftalen er del af en APA. 4. At det uforudsete hændelser ikke skaber afvigelse mellem ex ante og post resultatet, negativt eller positivt, på mere end 20 pct.

U.S definition

I amerikansk skatteret sondres der mellem "high-profit intangibles" og "normal profit intangibles". Sondringen er relevant at foretage, da immaterielle med et rutineafkast kun skal allokeres et markedsafkast efter profitmetoderne. Dette er vedtaget ved tax act af 1986, hvor det fremgår at CWI princippet blev indført, fordi kongressen adresserede følgende problemstilling.

*"The problems have been particularly acute in the case of transfers of high-profit potential intangibles. Taxpayers may have transferred such intangibles to foreign related corporations or to possessions corporations at an early stage, for a relatively low royalty, and taken the position that it was not possible at the time of the transfer to predict the subsequent success of the product. Even in the case of proven high-profit intangible, taxpayers frequently have taken the position that intercompany may appropriately be set on the bases of industry norms for transfers of much less profitable items."*⁶⁸.

Som det fremgår var bekymringen, som kongressen udtrykte, den samme som OECD opdaterede TPG guidelines tager udgangspunkt i ved HTVI. Baggrunden for bekymringen er, at det kan fastsættes lave royalty rate med begrundelsen i, at det ikke var muligt på transaktionstidspunktet at forudse, at det pågældende immaterielle aktiv ville generere et større *ex post* afkast end *ex ante* vurderingen. På denne baggrund blev CWI princippet vedtaget: "Congress believed that payments made on transfer of intangible to related foreign corporation or possessions corporation should be commensurate with the income attributable to the intangible". Ved den seneste skattereform "the jobs and tax cuts act" af 2017, gældende fra indkomståret 2018 er definitionen i henhold til IRC § 482 ændret jf. IRC § 936(h)(3), hvorefter nr. 5 markeret rød er slettet og i stedet indføres "(vi) any goodwill, going concern value, or workforce in place (including its composition and terms and conditions (contractual or otherwise) of its employment); or

(1) Patents, inventions, formulae, processes, designs, patterns, or know-how;

(2) Copyrights and literary, musical, or artistic compositions;

⁶⁸ General explanation of the tax reform act of 1986 (H.R 3838, 99th congress; Public Law 99-514 - 1014

(3) *Trademarks, trade names, or brand names;*

(4) *Franchises, licenses, or contracts;*

(5) *Methods, programs, systems, procedures, campaigns, surveys, studies, forecasts, estimates, customer lists, or technical data; and*

“(vii) any other item the value or potential value of which is not attributable to tangible property or the services of any individual.”, and

(6) *Other similar items. For purposes of section 482, an item is considered similar to those listed in paragraph (b)(1) through (5) of this section if it derives its value not from its physical attributes but from its intellectual content or other intangible properties*⁶⁹.

Den amerikanske afskrivningslov IRC § 197, opdeler de immaterielle aktiver i henholdsvis nogle generelle immaterielle aktiver herunder goodwill, going concern, workforce in place, operative systemmer mv. Patenter, licenser, trademarks og konkurrenceklausuler⁷⁰. Kundebaserede immaterielle aktiver defineres som, markedssammensætningen, markedsandele og alle andre kundeforhold, som kan give en fremtidig økonomiske fordel⁷¹. Tidligere har adskillelsen fra IRC § 482 og IRC § 197 immaterielle aktiver, givet anledning til tvister i retspraksis, som det både fremgår af Amazon og VERITAS dommene. Det fremgår af forarbejderne til ”*jobs and tax cuts act*”, at ændringen skyldes de tilbagevendende problemstilling i forhold til fortolkningen af goodwill. Der henvises i den forbindelse til VERITAS- og AMAZON dommen, som der tidligere er redegjort for. Hvorefter IRS ikke fik medhold i at goodwill skulle medregnes ved værdiansættelsen, med begrundelsen, at det ikke fremgik af definitionen⁷². Det fremgår af forarbejderne, at det netop var denne problemstilling som lovændring skulle løse *“proposal addresses recurring definitional and methodological issues that have arisen in controversies⁸¹² in transfers of intangible property for purposes of sections 367(d) and 482, both of which use the statutory definition of intangible property in section 936(h)(3)(B). The proposal revises that definition and confirms the authority to require certain valuation methods.”*⁷³

⁶⁹ H.R.1 – 115th Congress (2017-2018) enrolled bill – sec 14221

⁷⁰ IRC § 197(1)(d)(A-F)

⁷¹ IRC § 197(2)(a)(i-iii)

⁷² Joint explanatory statement of the committee of conference s. 536

⁷³ Senate committee on finance -Description of the chairman’s mark of the “TAC CUTS AND JOBS ACT” NOV. 13. 2017 S. 236

Regnskabsmæssigt definition

Ifølge IAS 38 er et immaterielt aktiv defineret således: ”*Et immaterielt aktiv er et identificerbart, ikke-monetært aktiv uden fysisk substans*”. ”Identificerbart” defineres som noget der kan udskilles fra virksomheden, altså noget som kan overdrages helt eller delvist, eller hvis der foreligger en juridiske kontrakt eller rettighed, uanset om denne kan udskilles fra virksomheden eller andre rettigheder/forpligtigelser. Kontrollen defineres som adgangen til de fremtidige økonomiske fordele, samt muligheden for at begrænse andre fra anvendelse.

Immaterielle aktiver, som er relevante at vurdere ved transfer pricing, er ikke altid de samme som anvendes ved regnskabsmæssige forhold. Omkostninger forbundet med R&D og marketing kan omkostningsføres direkte, fremfor at kapitalisere dem over tid, men det opnåede immaterielle aktiv vil kunne genere væsentlig, økonomisk værdi, som er relevant for transfer pricing. Det samme gælder når de immaterielle aktiver i forening øger den økonomiske indtjening, som ligeledes ikke vil være repræsenteret i balancen. Det er vigtigt at der sker en adskillelse fra markedsforhold og lokale omstændigheder, da de pr. definition om ejerskab og kontrol ikke udgør et immaterielt aktiv. Disse omstændigheder vil dog skulle meddrages som beskrevet under sammenlignelighed. Når det immaterielle aktiv er identificeret, er det vigtigt at vurdere, om det er et unikt aktiv. Knowhow vil eksempelvis defineres som et immaterielt aktiv, men er denne ikke unik, vil der ikke kunne opkræves en større kompensation end den, som findes på den markedsbaserede CUP/CUT⁷⁴.

Goodwill

Behandling af goodwill og værdien af igangværende virksomhed (going concern value) har længe været et skatteretligt diskussionsemne både internt og internationalt, hvor dansk skatteret definere det som ”værdien af kundekreds, forretningsforbindelser og lignende”⁷⁵.

Skats vejledende værdiansættelse af goodwill må argumenteres for at være af meget vejledende karakter, som i praksis kun kan anvendes, hvis et selskab ikke har udsving i indtjeningsgrundlaget, fordi den anvender den historiske indtjening til værdiansættelsen. Retspraksis påviser at der ikke kan støttes ret på anvendelse af cirkulæret jf. TfS.2017.259. Yderligere har skat udsendt styresignal om mulighed for genoptagelse, fordi cirkulæret efter den redaktionelle opdatering, indeholdte fem fejl jf. SKM2017.538.SKAT

⁷⁴ OCED *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.7*

⁷⁵ SKAT DJV C.C.6.4.1.1

Ifølge dansk retspraksis kan goodwill kun overdrages i forbindelse med en overdragelse af en virksomhed jf. SKM2003.590 og SKM2006.284⁷⁶.

Den overordnede problemstilling ved, at goodwill eller en del heraf kan overføres ved transaktion med et immaterielt aktiv, er risikoen for dobbeltbeskatning, først ved afhændelse af eksempelvis et varemærke, og senere beskatning ved overdragelse af selskabet.

Dansk skatteretligt skal afståelse eller tab ved goodwill medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst jf. AL 40, stk. 6⁷⁷. Efter dansk retspraksis kan der dog kun ske overdragelse af goodwill som led i en overdragelse af et selskab, hvorefter behandlingen af goodwill ville falde udenfor afhandlingens fokusområde⁷⁸. OECD bidrager til vurdering ved, at der ved udregningen af værdien af immaterielt aktiv skal tage hensyn til, om der ved enten overdragelsen eller retten til anvendelse af denne medfølger (reputation value).

Tidligere har goodwill ifølge amerikansk skatteret ikke været defineret som et immaterielt aktiv, som det fremgik af den tidligere lovgivning. Allerede i 2009 var der lovforslag, om hvorvidt dette skulle ændres, fordi der var en bekymring om at goodwill blev anvendt til at sløre værdien af de immaterielle aktiver, som indgik i transaktioner med udenlandske koncernselskaber. Det blev yderligere fremført, at der ikke var klarhed og overensstemmelse, hvilket kunne føre til yderligere misbrug af reglerne⁷⁹. I den tidligere beskrevet VERITAS sag forsøgte Skattemyndigheder også at inddrage workforce in place ved værdiansættelse af den ”lump-sum buy in” betaling, som VERITAS Ireland skulle betale som led i en CSA(cost sharing agreement)⁸⁰. Lovændringen har herved medført et paradigmeskifte, hvorefter goodwill, workforce in place og going concern kan bidrage til værdiansættelse, da disse nu er defineret som et immaterielt aktiv i forbindelse med anvendelse af IRC § 482, jf. IRC § 936(B)(3)(h).

⁷⁶ SKAT DJV C.C.6.4.1.1

⁷⁷ (Tidligere LL 16 E & F for afståelser af goodwill sket efter 19. maj 1993 uanset om denne er optjent eller erhvervet før denne dato)

⁷⁸ Wittenborg, Jens. ”Transfer Pricing” 2016 s. 352

⁷⁹ General explanations of the administration’s fiscal year 2010 revenue proposals – department of treasury – 2009. S. 32

⁸⁰ 133 T.C. No. 14 -VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES, SYMANTEC CORPORATION (SUCCESSOR IN INTEREST TO VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES), Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - 2009. s. 32-33

Delkonklusion identificering af immaterielle aktiver

Ved lovændring af definitionen på immaterielle aktiver, jf. IRC § 482, kan amerikanske selskaber ikke længere overføre goodwill skattefrit ved "outbound" transaktioner, og der er nu overensstemmelse med den danske skatteretlige definition, hvorefter goodwill er et immaterielt aktiv. Ifølge Dansk retspraksis er det til stadighed kun muligt at overføre goodwill når hele selskabet afhændes. Diskussionen om hvornår og hvilket omfang goodwill skal indgå i beregningen ved værdiansættelse i transfer pricing sammenhæng er dog forsat aktuel. Herunder hvordan goodwill skal værdiansættes og allokeres i praksis, da der sjældent ville kunne findes en sammenlignelig reference transaktion, både til selve værdiansættelse og hvordan denne skal fordeles. Det vil derfor være vanskeligt af foretage denne allokering jf. armslængdeprincippet. Hvordan regler fortolkes af domstolene vil have stor betydning for den fremtidige værdiansættelse, hvis et amerikansk selskab helt eller delvist overdrager et immaterielt til udenlandsk koncernselskab. Det overordnede udgangspunkt bliver herved, at værdien af goodwill skal tillægges, såfremt den påvirker værdien af det overførte immaterielle aktiv. Forskellige definitioner af immaterielle aktiver kan give anledning til at de vurderes forskellige i de lande hvor transaktionen finder sted. Hvis der anvendes en for snæver definition vil det give anledning til, at enten den skattepligtig- eller skattemyndighed vil argumentere for at transaktioner falder uden for definitionen og derved ikke give anledning til en kompensation for transaktionen. Modsat vil en bred definition give mulighed for tvist i forhold til, om der skal ydes en betaling/kompensation for transaktionen. Det kan konkluderes at både OECD, samt de danske og amerikanske skattemyndigheder anvender en bred definitionen på et immaterielt aktiv. Der skabes større konsensus ved identificeringen efter OECDs nye fokus på værdifulde og unikke immaterielle aktiver, som var et fokuspunkt i USA via vedtagelse af CWI-normen.

Funktionsanalysen

Funktionsanalysen er et helt centralt aspekt når der skal foretages indkomstallokering jf. armslængdeprincippet. Som beskrevet er det juridiske ejerskab ikke ensbetydende med, at ejeren har ret til de indkomster, der genereres af de immaterielle aktiver. Dette skal afgøres af, hvad hvert medlem af en MNK bidrager med til værdiskabelsen. For immaterielle aktiver er det specielt vigtigt, at der ved funktionsanalysen opnås forståelse for MNK globale forretningsområder og hvordan det konkrete immaterielle aktiv bidrager til hele den MNKs værdikæde⁸¹. I denne proces foreligger der informationsasymmetri, hvorved det kan være svært for skattemyndigheder at vurdere denne struktur,

⁸¹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.51*

samt at kontrollere denne. Et eksempel herpå er Microsoft dommen⁸², hvor hovedstridspunktet var, om SKAT Danmark kunne medregne indtægter indirekte fra Microsoft USA, på baggrund af at Microsoft Danmark markedsførte produkter fra Microsoft Ireland. Skattemyndigheden havde følgende anbringende:

”Kun Microsoft har det samlede overblik over den komplekse selskabs- og aftalestruktur, herunder ejerforholdene, men trods gentagne opfordringer, jf. opfordring (5), (6) og (7), har Microsoft Danmark ApS valgt ikke at fremlægge et fyldestgørende kontraktsgrundlag.” samt at *”På det foreliggende, ufuldstændige, grundlag er der ingen støtte for, at selskabsstrukturen og/eller de koncerninterne kontrakter skulle være begrundet i forretningsmæssige forhold. Det er derimod nærliggende, at baggrunden herfor i stedet er de skattemæssige forhold.”* Og angiver i den forbindelse at *”Dette skal komme selskabet bevismæssigt til skade, jf. retsplejelovens § 344, stk. 2, jf. herved f.eks. replikken, side 3, sidste afsnit”*.

Funktionsanalysen tager udgangspunkt i, hvilke funktioner, aktiver og risici som hvert medlem i en MNK har påtaget sig ved DEMPE (development, enhancement, maintenance, protection og exploitation) funktionerne, samt hvem der bidrager med finansiering, øvrige aktiver og risiko, forbundet med det immaterielle aktiv⁸³. Dette betyder, at hvis den juridiske ejer skal have ret til hele indkomsten fra et immaterielt aktiv, skal denne udføre alle funktioner, anvende alle aktiver og påtage sig hele risikoen forbundet med DEMPE funktionerne⁸⁴.

Funktioner

Når der skal foretages en vurdering af værdien af de udførte funktioner, skal dette vurderes på baggrund af de faktiske omstændigheder. I nogle tilfælde vil der være funktioner som er mere betydningsfulde end andre, hvorved disse bliver vigtige funktioner og derved kræver større kompensation. I tilfælde af immaterielle aktiver, hvortil der kan ske videre udvikling, vil følgende funktioner være relevante: design og kontrol research og marketing, den strategiske beføjelse og budget kontrol. Vigtige funktioner som gælder alle immaterielle aktiver er ”beskyttelse” og ”kvalitetskontrol”, og ”Kontrol over funktioner som er outsourcete til enten uafhængige eller interesseforbundne parter”. Foretages der outsourcing til en interesseforbunden part skal kompensationen herfor være jf. armslængdeprincippet⁸⁵. Det kan dog i tilfælde af, at der ikke findes

⁸² Dom Af 28. marts 2018 ØLR - journal nr. B2008003 SKJ

⁸³ OCED Transfer pricing guidelines 2017 afsnit.6.48

⁸⁴ OCED Transfer pricing guidelines 2017 afsnit.6.51

⁸⁵ OCED Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.56

en sammenlignelig reference for transaktion, være svært at finde en armslængde kompensation, hvorfor der må anvendes metoder som ikke er direkte baseret på sammenlignelighed, herunder profit split metoden eller de indkomstbaserede værdiansættelsesmetoder, som beskrevet i afsnittet herom⁸⁶.

Aktiver

Ved anvendelse af aktiver i DEMPE skal der ske en armslængde kompensation herfor. Det kan indebære anvendelse af andre immaterielle aktiver, materielle aktiver og finansiering. I tilfælde hvor en part i en MNK har finansieret alle DEMPE funktionerne, og hvor en anden part udfører alle de relevante funktioner, skal parten, som har stået for finansiering, modtage en armslængdekompensation herfor, som vil svare til det en investor ville kunne kræve under sammenlignelige forhold⁸⁷. Der vil dog ofte være en risiko forbundet med en investering, som vil variere alt efter kreditværdigheden hos modtageren, samt hvorvidt finansieringen er sikret ved pant i aktiver⁸⁸. Det er yderligere vigtigt, at der sker en opdeling af risiko i henholdsvis finansieringsrisiko og driftsrisiko, hvorefter en part, som påtager sig begge skal kompenseres herfor⁸⁹. Der kan opstå forskelle i ex ante og ex post resultatet, forskellen findes i den risiko der er for, at modtageren af finansieringen ikke er i stand til at betale hele beløbet tilbage, hvilket igen vil være en risikofaktor, som en uafhængig tredjepart ville inddrage i sin vurdering af en passende kompensation⁹⁰. Risikoen af en investering vil afhænge af størrelsen af det investere beløb, samt hvem, som har kontrollen over risikoen. Beslutningskompetencen til at tage yderligere eller mindre risiko, samt kontrollen over risikooutsourcing, vil ligeledes påvirke den kompensation, som skal ydes til investoren. Desto mere investoren har kontrol over risikoen, desto mindre vil dennes risikovurdering være og dermed den forventede kompensation. Dette vil være yderligere relevant, hvis der sker finansiering i udviklingsprocessen, hvor beslutningskompetencen kan have stor betydning for det fremtidige afkast. Hvis der eksempelvis optages yderligere risiko i et forsøg på at gøre det immaterielle aktiv endnu mere konkurrencedygtigt.

Risiko

En væsentlig del af funktionsanalysen kan argumenteres for at have speciel relevans ved immaterielle aktiver, da disse sjældent har en sammenlignelig referencetransaktion. Risikoen adskiller sig fra

⁸⁶ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.57*

⁸⁷ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.59*

⁸⁸ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.60*

⁸⁹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.61*

⁹⁰ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.62*

funktioner og aktiver, da disse oftere er nemmere at identificere⁹¹. Der vil hermed være informationsasymmetri og risiko for base erosion. Armslængdevurderingen ved allokeringen af risiko, er af følgende begrundelse: påtager en uafhængig tredjepart sig risiko ved en transaktion, ville denne forlange kompensation som vil være lig den forventede risikovurdering⁹². Den udvidede vejledning for risiko tager udgangspunkt i, at risiko i en kontrolleret transaktion er sværere at identificere og derved allokere end aktiver og funktioner⁹³. OECD TPGs risikoanalyse foretages i en seks-trin proces.

1. Identificering af væsentlige økonomiske risici.

Der findes flere typer af risici og disse vil afhænge og variere alt efter industri⁹⁴. I OECD TPG er der oplistet en ikke udtømmende liste over typer af risici.

1. Strategisk- og markedsrisiko relaterer sig til de eksterne faktorer som samfundsøkonomi, politisk og lovgivnings "udvikling" samt markedsudvikling⁹⁵. Alle disse faktorer kan påvirke et immaterielt aktiv, herunder patentbeskyttelse. Markedsudvikling vil primært påvirke trademarks. Udviklingshastigheden vil primært påvirke de teknologibaserede immaterielle aktiver.
2. Infrastruktur- og driftsrisiko kan have væsentligt betydning for nogle MNK'er. Disse kan være eksterne, eksempelvis transportmuligheder, eller interne som tilgængelighed af aktiver, medarbejder og it-systemer⁹⁶. Denne risiko vil primært være væsentlig ved en overdragelse af en brugsret som led i en produktion.
3. Finansielle risici er evnen til at styre likviditet, cash flows og finansiellkapacitet, som netop er fokuspunkt for den opdaterede TPG. Ingen allokering fra risikoen skal allokere, hvis den risikopåtagende part ikke har den finansielle kapacitet til at påtage sig risikoen. Det ville en uafhængig tredjepart ikke acceptere og det vil derved være i strid med armslængdeprincippet. En MNKs finansielle præstation vil, alt andet lige, påvirkes af de øvrige risici forbundet med transaktionen. Finansiellkapacitet defineres som adgang til finansiering, mulighed for at til- og fravælge risiko, mulighed for risiko outsourcing, samt den økonomiske kapacitet til at modstå et evt. tab, hvis risikoen realiseres. I denne

⁹¹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.59*

⁹² OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.56*

⁹³ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.59*

⁹⁴ Jf- note 1-

⁹⁵ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.72 (a)*

⁹⁶ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.72 (b)*

forbindelse er det vigtigt at foretage vurderingen, som om den risikopåtagende part var uafhængig og handlede under samme forudsætninger. Stammer finansieringsmuligheden fra en anden part i den MNK, ville denne ikke have påtaget sig risikoen, men vurdering af om der foreligger finansiell kapacitet til at dække finansieringsmuligheden ville stadig skulle foretages⁹⁷.

4. Transaktionsrisikoen for pris og betalingsform ved salg til en uafhængig tredjepart⁹⁸.
5. Generelrisikoen for uheld mv. kan være relevant for en allokering, hvis værdien ikke kan udledes af en forsikring⁹⁹.

Risikoen i udviklingsprocessen af et immaterielt aktiv vil relatere sig til det faktum, at værdifuld research, udvikling og markedsføring kan vise sig ikke at blive en succes. En anden risiko forefindes, fordi det aktuelle immaterielle bliver forældet eller at der sker teknologisk udvikling fra konkurrenterne, som væsentligt vil påvirke værdien. Der kan også være en risiko forbundet med den juridiske beskyttelse af det immaterielle aktiv, som kan være tids- og omkostningskrævende. Produkt ansvar og lignende risiko forbundet med det immaterielle aktiv. Der vil ofte også være en risiko forbundet med de fremtidige økonomiske fordele, som var vurderet ex ante.¹⁰⁰

2. Kontraktuel risiko allokering

Kontraktgrundlaget vil som udgangspunkt kunne identificere, hvilken part i en MNK som påtager sig en risiko ved den kontrollerede transaktion. Der vil herved foreligge en ex ante aftale om at den risiko påtagende part vil dække alle, eller en del af ex post omkostninger, for herved at modtage en del eller hele resultat, hvis risikoen ikke aktualiseres. I denne forbindelse vil dokumentationen for, hvordan risikoen allokeres jf. kontrakten på tidspunktet for transaktionen være væsentligt, da en skatterevision ofte foretages flere år efter¹⁰¹. For at den aftalte kontrakt skal være jf. armslængdeprincippet, skal der være lighed mellem den påtaget risiko og kompensationen herfor¹⁰².

3. Funktionsanalyse af risikoen

Denne analyse har til hensigt at klarlægge, hvilke parter i MNK der kontrollerer den påtaget risiko. Dertil hvordan denne kontrolleres og om der foretages risiko outsourcing, eksempelvis forsikring.

⁹⁷ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.64*

⁹⁸ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.72(c)*

⁹⁹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.72(e)*

¹⁰⁰ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.65*

¹⁰¹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.78*

¹⁰² OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.80*

Analysen skal også klarlægge, hvordan ovenstående cost-benefit risikoanalyse er fordelt i den givne MNK¹⁰³.

4. Analyse af trin 1-3.

Det væsentlige ved denne delanalysen af trin 1-3 er at vurdere den faktiske handlemåde¹⁰⁴.

5. Allokering af risiko

Hvis det er påvist under trin. 1-4, at den risikopåtagende part i MNK ikke udøver kontrolfunktioner eller har den finansielle kapacitet skal compensationen for risikoen allokere til den part i MNK, som udfører kontrol og har den finansiellekapacitet til at påtage sig risikoen. Deles flere om kontrol eller finansiell kapacitet, skal den allokere til den part, som har enten mest kontrol eller finansiellkapacitet¹⁰⁵.

6. Værdiansættelse af risikovurderingen

OECDs tidligere TPG havde fokus på risikoallokering og compensation herfor gennem funktionsanalysen, hvor der alt andet lige må tages udgangspunkt i den indgåede kontrakt herom. Den opdaterede OECD TPG har fokus på, at en MNK gennem den kontraktuelle risikoallokering kunne manipulere resultatet og medføre base erosion. Hvorefter der kom øget fokus på den faktiske handlemåde, samt den finansielle kapacitet til at bære risikoen.

Amerikansk risikovurdering

I overensstemmelse med ”the best method” princippet vil den tilgængelige data, samt de anvendte formodninger, diktere valget af metode¹⁰⁶. Den valgte metode, samt industri, vil som beskrevet have betydning for, hvilke risici der vil være relevante at analysere. Hvor sensitiv den anvendte metode er for mangler i den tilgængelige data, vil afgøre hvor relevant risikovurderingen er og derved allokering heraf¹⁰⁷. Risikovurderingen vil også have relevans, når der skal anvendes en sammenlignelig referencetransaktion. Store forskelle heri vil kunne diskvalificere en transaktion, hvis risikoen ikke kan justeres pålideligt. I lighed med OECDs TPG tages der udgangspunkt i den kontraktuelle aftale mellem parter, såfremt denne stemmer overens med den faktiske handlemåde, og denne overholder

¹⁰³ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.82*

¹⁰⁴ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.86*

¹⁰⁵ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 1.98*

¹⁰⁶ Treas. Reg. 1-482-1(c)(2)(ii)

¹⁰⁷ Treas. Reg. 1-482-1(c)(2)(C)

CWI-normen¹⁰⁸. Foreligger der ingen kontrakt vil skattemyndigheden lægge vægt på den faktiske handlemåde, samt de juridiske rettigheder der evt. måtte foreligge¹⁰⁹.

De oplyste typer af risici som er relevante at vurdere ifølge Treas. Reg. 1-482-1(c)(iii)(a) er de samme, som er angivet af OCED TPG¹¹⁰. Identifikationen af den risikopåtagende part vil ligeledes tage udgangspunkt i den kontraktuelle aftale mellem parterne, og denne ville skulle respekteres, såfremt den stemmer overens med den økonomiske substans. Hertil anvendes tre parametre. 1. Har den faktiske handlemåde over tid været i overensstemmelse med kontrakten. 2. Har risikopåtagende part den økonomiske kapacitet til at kunne modstå et evt. tab på baggrund af risikoen. 3. I hvilken omfang parterne i MNK har kontrol over den konkrete risiko¹¹¹.

Følgende eksempel illustrerer risikoallokeringen. USM er amerikansk selskab som producere elektroniske produkter. USM ejer alle andele i et udenlandsk selskab FD. Der foreligger en kontrakt, hvorefter FD er distributør af USMs produkter, og skal i den forbindelse aftage 20.000 produkter per år i de fem år kontrakten er indgået, til en pris på 10\$ stykket. FD anvender sit varemærke og finansiere al marketing vedr. det udenlandske salg. Der er ingen rabatter eller tilbagekøbsprovision. FD har den finansielle kapacitet til at dække deres forpligtigelse, for omkostninger der forventeligt kunne opstå. I år 1-3 har FD kun solgt 10.000 til en pris på 11\$. I år 4 sælges det resterende varelager til en pris på 25\$. Fordi der kontraktuelt var aftalt en markedsrisikoallokering, før disse risici med rimelighed kunne forudsige, vil kontrakten accepteres og FD har båret risikoen. Under samme forudsætninger, bortset fra at FD kun har 100,000\$ i kapital og ikke har mulighed for ekstern finansiering, og USM forsat sælger 20.000 produkter årligt, ville en kontrakt om den markedsmæssige risikoallokering blive tilsat, fordi FD ikke ville have mulighed for betale USM, såfremt en stor del af produkterne ikke kunne sælges¹¹².

Amazon dommen omhandler indkomstårene 2005 og 2006. AMAZON US indgik en CSA (cost sharing agreement) med dennes datterselskab AHET i Luxembourg. Som følge af aftalen fik AHET rettighed til anvende nogle eksisterende immaterielle aktiver, herunder software til at operere den europæiske website. Som kompensation herfor skulle AHET lave en "upfront buy -in payment" på 254,5 mil. Dollar, AHET skulle herefter foretage årlige CSA betalinger, for udviklingsomkostninger

¹⁰⁸ Treas. Reg. 1-482-1(3)(B)

¹⁰⁹ Treas. Reg. 1-482-1(3)(B)(2)

¹¹⁰ Treas. Reg. 1-482-1(3)(C)(iii)

¹¹¹ Treas. Reg. 1-482-1(3)(B)(1)(2)(3)

¹¹² Treas. Reg. 1-482-1(c)(iii)(B) example 1 -2

i det omfang disse også havde positiv effekt for AHET. CSA aftalen indebar ligelig deling af de fremtidige omkostninger til, vedligeholdelse, forbedring, og videreudvikling af Amazons immaterielle aktiver¹¹³. AHET skulle herefter bidrage med finansiering til udvikling relateret til det europæiske marked. Omkostningsallokeringen skulle foretages på baggrund af den ratio, som hver part vil få af den forventede fremtidige økonomiske fordel. I tiden før 30. april, 2006 var alle immaterielle aktiver ejet af Amazon US¹¹⁴. Det europæiske marked var påvirket af, at der ikke var en centralisering, fordi hver de koncernforbundne selskaber i de forskellige stater selv skulle stå for driften og der ikke var koordinering mellem disse. Ireland og Luxembourg blev vurderet som mulige steder for et nyt europæisk hovedkontor. Amazons plan var herefter at overføre alle de nødvendige immaterielle aktiver til at operere på det europæiske marked. På baggrund af en ATA (advance tax agreement) med de kompetente myndigheder i Luxembourg ville de europæiske hovedkontor eje samtlige immaterielle aktiver, som var nødvendige for driften. Amazons plan herom blev døbt ”project Goldcrest” og AEHT blev dannet som Holding selskab for alle de europæiske selskaber. Markedet for Amazons software er dels præget af hurtig udvikling, hvorved Amazon US påtog sig risikoen for at denne ikke blev en succes. Amazons mål og at ”get big fast” medførte et konstant krav om at tilbyde nye produkter til deres kunder. Samtidigt havde Amazon risikoen for sammenbrud, som specielt var relevant i peak perioder som ferier¹¹⁵. En anden risiko som også var økonomisk væsentlig, var risikoen for cyberangreb. På denne baggrund argumenterede skattemyndighederne, at Amazon US var den rette ejer af alle immaterielle aktiver “Respondent contends that Amazon US was the true equitable owner of any marketing intangibles legally owned by the European Subsidiaries. In respondent’s view, Amazon US made all of the investments and took all of the risks involved in building up the value of any items of IP that were registered in the European affiliates’ names.”¹¹⁶. Dette anbringende blev der dog ikke givet medhold i, dels fordi der forelå en valid forretningsmæssige begrundelse og dels fordi de europæiske selskaber havde haft væsentlige markedsføring risiko, hvorefter de europæiske selskaber ikke kun kunne anses for kun at være agenter, der handlede på vegne af Amazon US. ” The European Subsidiaries used the domain names and marks in the active

¹¹³ 148 T.C. No. 8 - UNITED STATES TAX COURT - AMAZON.COM, INC. & SUBSIDIARIES, Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - March 23, 2017. S. 23

¹¹⁴ 148 T.C. No. 8 - UNITED STATES TAX COURT - AMAZON.COM, INC. & SUBSIDIARIES, Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - March 23, 2017. S. 18

¹¹⁵ 148 T.C. No. 8 - UNITED STATES TAX COURT - AMAZON.COM, INC. & SUBSIDIARIES, Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - March 23, 2017. S. 30

¹¹⁶ 148 T.C. No. 8 - UNITED STATES TAX COURT - AMAZON.COM, INC. & SUBSIDIARIES, Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - March 23, 2017. S. 149

conduct of their business; they helped develop the value of these intangible assets; and they took on significant marketing risk. The ownership structure did not lack economic substance, and there is thus no justification for departing from the general rule set forth in the regulations” Sagen tager stilling flere stridspunkter, herunder det forretningsmæssige grundlag for at foretage transaktionen, hvor der blev givet medhold i, at en centralisering var tilstrækkelig. Yderligere bidrager sagen til vurderingen af ejerskabet som led i risikoenvurdering, hvor IRS ikke ville anerkende det kontraktuelle ejerskab. Amazon US fik ligeledes medhold heri, fordi der som beskrevet blev vurderet en markedsføringsrisiko. Sagen bidrager også til en vurdering af, hvornår et immaterielt aktiv ved anvendelse af indkomstmetoden bliver forældet. IRS fik heller ikke medhold i dennes påstand om uendelig levetid. Netop dette punkt anses for at have stor betydning for fremtidige værdiansættelser, fordi forskellen fra uendelig levetid til begrænset, påvirker indkomstmetoden væsentligt.

Delkonklusion funktionsanalyse og risikoallokering

I forhold til immaterielle aktiver er en analyse af den konkrete MNKs værdikæde af stor betydning, for at forstå den betydning det immaterielle aktiver har for den konkrete MNKs samlede forretningsområder. Dette er ligeledes vigtigt i forhold til, hvordan denne påvirker andre materielle- og immaterielle aktiver. Den nye tilgang, hvorefter vigtige funktioner skal have størst andel af afkastet, vil have en stor betydning for fremtidige allokeringer, og bidrager yderligere til at mindske ejendomsrettens betydning for indkomstallokering. OECDs opdaterede TPG angiver, hvordan risici kan identificeres og hvordan denne skal allokeres, hvor udgangspunktet for både OECD og IRS er, at den kontraktuelle risiko allokering som udgangspunkt skal respekteres. OECD har dog tiltrådt sig vurderingen af den finansiellekapacitet til at bære risikoen, som et krav for den kontraktuelle allokering skal anerkendes. Både OECD og IRS anvender en vurdering af, om der udøves faktisk kontrol over den allokerede risiko. Definitionen af risici er den samme for henholdsvis OECD og de amerikanske skattemyndigheder, og der vil derfor ikke være uenighed om identificeringen af risikoen. De nye krav fra OECD kan medføre, at en kontraktuel risikoallokering helt tilsidesættes dette kan medføre, at ejerskabet anses for overdraget, som det var tilfældet ved Amazon dommen, hvor IRS forsøgte at anbringe dette synspunkt. Det kan også medføre, at allokering af profit/tab på baggrund af en påtaget risiko, som del funktionsanalysen ikke anerkendes og der vil kunne foretages en korrektion. Hvordan de nye regler anvendes af domstolene i OECDs medlemslande, vil have stor betydning for den fremtidige allokering af profit/tab, fordi risikoen som allokeringsfaktor har fået væsentlig betydning. Hvordan denne risiko skal værdiansættes kan, indtil medlemslandenes

skattemyndigheder giver vejledning hertil, og indtil der forefindes retspraksis, give mulighed for tvister. Dette vil også gælde mellem Danmark og USA.

Ex post armslængdetest OECD

Det er alment anerkendt, at ex ante resultater vil variere fra ex post resultatet, dette kan skyldes ovenstående risiko, eller at grundlaget for risikovurdering har ændret sig grundet uforudsete forhold. Disse kan skyldes eksterne faktorer, som teknologiskudvikling eller konkurrenter som går konkurs mv. En afvigelse fra det forventede resultat kan også skyldes, at værdiansættelse af risikoen ikke har været korrekt, hvorved ex ante resultatet vil afvige fra ex post resultatet. Ex ante resultatet kan også afvige, hvis der i beregningen af ex post resultatet ikke er taget højde for forskellige scenarier, hvorefter ex post resultatet vil afvige¹¹⁷. Ex post resultatet kan herefter være vanskeligt at allokere på DEMPE funktionerne, hertil kræves det, at der foretages en analyse med det formål at klarlægge, jf. ovenstående, hvem der er den faktiske risikopåtagende part, og hvem der har kontrollen over den konkrete risiko. Hvis der ikke udføres nogle af de nævnte vigtige funktioner, vil denne part i MNK ikke være berettiget til en evt. profit eller tab, som er opstået på baggrund af ex ante vurderingen¹¹⁸. Hvis den juridiske ejer ved en funktionsanalyse udfører alle DEMPE funktioner, herunder kontrol, bidrager med alle aktiver, og påtager sig hele i risikoen, ville denne skulle allokere hele ex ante resultatet¹¹⁹. Samme vurdering vil være gøre sig gældende på forskelle mellem ex ante- og ex post resultatet. Har en part i MNK udført flere af de vigtige funktioner i DEMPE, ville der skulle foretages en konkret analyse af en armslængde kompensation for de udførte funktioner¹²⁰. Ud over ovenstående ex post vurdering i forhold til risikoen, angiver den opdaterede OECD TPG at ex post resultatet kan anvendes af skattemyndighederne hvis det immaterielle aktiv lever op til definitionen som et HTVI, som beskrevet i afsnittet herom¹²¹. Undtagelsen er at den skattepligtige opfylder mindst et, af følgende krav. 1. At risikoen er fordelt jf. armslængdeprincippet på transaktionstidspunktet. 2. At det ikke var muligt at med den tilgængelige data at forud set de hændelser som har påvirket resultat, eller at disse var ikke var over el. undervurderet på transaktionstidspunktet. 3. transaktionen var del af en APA. 4. At forskellen ikke er større eller mindre end +/- 20 pct. 5. At forskellen i en fem årsperiode fra første eksterne kommerialisering ikke overstiger +/- 20 pct¹²².

¹¹⁷ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit. 6.69

¹¹⁸ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit. 6.70

¹¹⁹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit. 6.71

¹²⁰ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit. 6.72

¹²¹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit. 6.187

¹²² OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit. 6.193

Ex Post armslængdetest USA

Hvis en transaktion med et immaterielt aktiv omfatter mere end et indkomstår, hvilket ofte vil være tilfældet, kan der foretages periodiske justeringer i hvert af de omfattede indkomstår. Det skal ses i sammenhæng med CWI-normen, hvorved værdien af det immaterielle aktiv skal afspejle det faktiske afkast, som allokeres fra det immaterielle aktiv. Foretages der justering skal de være i overensstemmelse med de grundlæggende krav til metoder, funktionsanalyse og sammenlignelighed. Ved vurdering om der skal foretages justering beror det på en konkret vurdering af alle relevante faktorer og omstændigheder. At armslængdeprincippet er iagttaget et år, udelukker ikke skattemyndigheder fra at foretage justeringer det efterfølgende år¹²³. Justeringer kræver udover iagttagelse af de grundlæggende krav, at en række undtagelser ikke finder anvendelse. Undtagelse 1. foreligger, hvis CUT metoden er anvendt, og der i den forbindelse ved værdiansættelse er indregnet en armslængde kompensation for risikoen for periodiske udsving¹²⁴. 2. Hvis der foreligger en kontrakt, hvori der er aftalt yderligere kompensation for udsving og at disse er på armlængdevilkår, og kontrakten er gældende i det pågældende år. Eller hvis en sådan er væsentlig sammenligne med en ukontrolleret kontrakt. Hvis det faktiske afkast eller omkostningsbesparelsen, som følge af anvendelse af det immaterielle aktiv, har været større end 120% eller mindre end 80% i året for vurderingen, samt alle foregående år, og at disse udsving ikke kunne forudses, da transaktionen blev foretaget¹²⁵. 3. Hvis der er sket uforudsete hændelser, som ikke kunne kontrolleres af den pågældende MNK, gælder her samme +/- 20% regel, samt at de øvrige ovenstående krav er opfyldt. Hvis alle de ovenstående krav er opfyldt, kan der ikke ske justering i periode på 5 år begyndende fra det indkomstår, hvor der blev kompenseret for evt. udsving¹²⁶. +/- 20% reglens anvendelse illustreres ved følgende eksempel: USdrug licenserer rettigheder til et nyt startet datterselskab Eurodrug, til at producere og markedsfører Nosplit på det europæiske marked i fem år. Baseret på forventet afkast aftales en royalty rate på 3,9%, der kunne ikke findes en sammenlignelig referencetransaktion og royalty rate er baseret på en armslængde kompensation for produktion og markedsføring. I år fem foretager skattemyndighederne en revision af USdrug. I første tilfælde afviger det faktiske afkast ikke i nogen af årene +/- 20% og der foretages ikke justering. I andet tilfælde er det aggregerede ex post afkast i år fem 100% større end ex ante forventningen. Men fordi årene 1-4 ikke overskrider +/-20%

¹²³ Jf. Treas. Reg. 1-482-4(f)(2)

¹²⁴ Jf. Treas. Reg. 1-482-4(f)(2)(ii)(a)

¹²⁵ Jf. Treas. Reg. 1-482-4(f)(2)(ii)(b)(1-6) & 1-482-4(f)(2)(ii)(c)(1-4)

¹²⁶ Jf. Treas. Reg. 1-482-4(e)

tages reglen evt. kun i brug for justering af royaltyraten for år 5. Tallene for eksemplerne findes i bilag 3.

Delkonklusion ex-ante og ex-post armslængdetest

OECDs vurdering af ex ante og ex-post adskiller sig fra den Amerikanske vurdering af ex ante og ex post vurderingen. Ifølge OECDs TPG kan der som hovedregel foretages vurdering af ex ante og ex post resultatet, hvis den konkrete risikovurdering afviger fra det forventede resultat, hvor der efter amerikansk ret tages udgangspunkt i CWI-normen via allokering. Der stilles efter amerikansk ret ikke krav til typen af det immaterielle aktiv. Dette gør der derimod jf. OECDs TPG, hvor der stilles krav til aktivet, hvorefter der skal være tale om et HTVI aktiv jf. afsnittet herom. De opdaterede regler i OECDs TPG åbner op for, at der kan foretages en ex post vurdering, som tidligere ikke var mulig. Det kan derfor konkluderes, at OECDs opdaterede TPG til dels er sammenlignelige med USAs regler om ex post vurderingen jf. CWI-normen. USA og OECDs regler adskiller sig alligevel på et punkt, omhandlende den skattepligtiges mulighed for selv at foretage korrektion, da der er hjemmel efter amerikansk ret, til at den skattepligtige kan foretage en justering¹²⁷. Det følger af kommentarerne til OECDs TPG af 2017, at der er en intern retlig mulighed for landende, til at lovgive internt, om hvorvidt der er mulighed for at den skattepligtige i det pågældende land kan foretage en selvstændig korrektion i overensstemmelse med armslængdeprincippet¹²⁸. Det følger som udgangspunkt, at der er uenighed medlems landene imellem, hvorvidt Art. 9 indeholder bevisbyrde regler¹²⁹. Det kan således slutteligt konkluderes, at der er forskel på skattepligtiges muligheder for at foretage selvstændig korrektion efter armslængdeprincippet, alt efter medlemslandenes interne ret, og at den nuværende ikke er denne mulighed ved intern dansk ret jf. LL § 2.

Sammenlignelighed

Udgangspunktet for armslængdeprincippet er at vurdere hvad en uafhængig part, under samme omstændigheder, ville acceptere. På denne baggrund vil en direkte fuldstændig sammenlignelig referencetransaktion netop udtrykke dette. En sammenlignelighedsanalyse vil i denne sammenhæng kunne afgøre graden af sammenlignelighed mellem transaktioner. Men i qua af at immaterielle aktiver ofte har unikke egenskaber, skal en sammenlignelighedsanalyse af disse tage højde for det konkrete

¹²⁷ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(a)(3)

¹²⁸ Model Tax Convention on income and on capital 2017. Art 9 afsnit 6.1

¹²⁹ Model Tax Convention on income and on capital 2017. Art.9 afsnit 4

immaterielle aktivs unikke egenskaber¹³⁰. OCEDs TPG-afsnit D.2 indeholder ikke en udtømmende liste over faktorer til af vurdere graden af sammenlignelighed, disse er oplistet nedenstående.

Eksklusivitet

Hvorvidt et immaterielt aktiv er eksklusivt eller ikke-eksklusivt er en væsentlig faktor når en sammenlignelig referencetransaktion skal vurderes. En eksklusiv rettighed kan give indehaveren stor markedsmæssige fordele, og denne kan hermed opnå stor magt og indflydelse¹³¹.

Omfang og varighed af det juridiske ejerskab

I en sammenlignelighedsanalyse vil omfanget og varigheden af det juridiske ejerskab påvirke det forventede afkast. Nogle immaterielle aktiver vil i den forbindelse have forskellige grader af beskyttelse overfor konkurrenter, som igen skal medtages som en faktor i vurderingen af sammenlignelighed. I denne sammenhæng vil global rettighed have større værdi end en som er geografisk begrænset¹³².

Levetid

Levetiden kan være begrænset af den juridiske beskyttelse. Levetiden kan dog også være påvirket af den teknologiske udviklingshastighed, som vil påvirke hvor hurtigt et konkret immaterielt aktiv vil blive forældet. Den forventede levetid skal derfor vurderes, dog kan det modsatte også forekomme, hvorved levetiden forlænges. Det kan også være tilfældet, at der sker videre udvikling, hvorved værdien kan opretholdes længere end et ”generiske produkt”¹³³. Den forventede levetid har også en væsentlig indflydelse på de indkomstbaserede værdiansættelsesmetoder.

Udviklingsstadiet

Hvor det immaterielle aktiv befinder sig i udviklingsstadiet, sammenholdt med sandsynligheden for at det bliver en kommerciel succes, vil det i sagen natur påvirke værdien. Denne faktor er væsentlig i bl.a. medicinalindustrien, hvor der kræves statslig godkendelse, typisk opdelt i tre faser. Hvor det immaterielle aktiv befinder sig i faserne, samt sandsynligheden vil være en væsentlig sammenlignelighedsfaktor. I nogle tilfælde kan industrianalyse bidrage til vurdering af denne risiko¹³⁴.

¹³⁰ OCED *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.116*

¹³¹ OCED *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.118*

¹³² OCED *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.119 & 6.120*

¹³³ OCED *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.121*

¹³⁴ OCED *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.123 & 6.124*

Rettighed til forbedring, revision og opdatering

Hvorvidt der foreligger rettighed til videreudvikling, kan have stor betydning for en sammenlignelighedsanalyse, dette skal ses i sammenhæng med ovenstående, hvorved et immaterielt aktiv i nogle industrier kan blive forældet i løbet af relativt kort tid. Muligheden for forbedringer og videreudvikling kan derfor have stor betydning for at bevarer markedsandele, konkurrenceevne og derved det fremtidige forventede afkast. Denne vurdering er specielt relevant når der sker overdragelse med henblik på videreudvikling. Rettigheden kan derfor betyde forskellen mellem en kort- og langsigtet konkurrencefordel¹³⁵.

Forventede fremtidige fordele

De ovenstående faktorer påvirker alle det forventede afkast. Dette vil alt andet lige, påvirke værdien af det immaterielle aktiv og herved en sammenlignelighedsanalyse. Hvis der ikke kan foretages pålidelige justeringer, vil det medføre, at denne ikke kan danne grundlag for en referencetransaktion¹³⁶.

Sammenlignelighed af risiko ved hel eller delvis overdragelse

Sammenlignelighedsanalysen skal vurdere risikoen for, at det forventede fremtidige afkast kun delvist eller slet ikke realiseres jf. risikoanalysen. Ved transaktioner med immaterielle aktiver er nogle væsentlige vurderinger i forhold til risiko følgende: Risiko forbundet med videreudvikling, herunder omkostninger og risikoen for at det ikke bliver en succes; risikoen for at det immaterielle aktiv bliver forældet; risikoen for at konkurrenter har succes med at påvise, at det immaterielle aktiv er en krænkelse af deres juridisk beskyttede immaterielle aktiv¹³⁷.

Justeringsmuligheder af referencetransaktionen ved immaterielle aktiver

Sammenlignelighed defineres ved, at der ikke forefindes nogen forskelle mellem transaktionen og referencetransaktionen. Forligger der forskelle skal effekten af disse kunne udlignes pålideligt¹³⁸. Når der foretages en sådan vurdering skal det være i overensstemmelse af parternes imødekommelse af sammenlignelighedskravene og de omkostninger, der er forbundet dermed. Der forligger i denne forbindelse ikke et krav om, at den skattepligtige skal undersøge alle tænkelige sammenlignelige reference transaktioner, Ved forskelle i sammenlignelighed skal der kunne foretages pålidelige justering til at udligne disse. Hertil gælder de samme krav til immaterielle aktiver som ved andre transaktioner. Omkostninger forbundet med udsøgningen kan for små og mellemstore MNK udgøre

¹³⁵ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.125 & 6.126*

¹³⁶ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.127*

¹³⁷ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.128*

¹³⁸ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit.6.129*

en væsentlig byrde. Det samme vil gælde store MNK med mange koncerninterne transaktioner. Vurdering af omfanget af udsøgning af sammenlignelige referencetransaktioner skal tage højde for: størrelsen, kompleksiteten, risikoen og volatiliteten i omgivelserne¹³⁹. Det skal yderligere ses i sammenhæng med omkostninger forbundet med dokumentationskravene, hvor det også fremgår, at den skattepligtige ikke skal påtage sig unødigt høje omkostninger, så længe den skattepligtige kan påvise, at der enten ikke forefindes sammenlignelige referencetransaktioner, eller at disse ville medføre urimeligt høje omkostninger af fremskaffe¹⁴⁰. Hertil må det dog tilføjes, at den skattepligtige skal være varsom med at tage for let på dokumentationen og redegørelsen for sammenlignelighed, da dette kan medføre at bevisbyrden flyttes fra skattemyndighederne til skattepligtige.

US sammenlignelighed

Sammenlignelighed for en referencetransaktion tager udgangspunkt i, hvad et sammenligneligt selskab, som handler under samme forudsætninger, ville realisere af profit. Alt efter den valgte metode vil sammenlignelighed have større eller mindre betydning¹⁴¹. Herved størst ved CUP/CUT, hvor der ligeledes stilles krav om sammenlignelighed ved produktet. TNMM ved benchmark analysen og PSM til allokering af rutine afkastet. Disse skal vurderes i forhold til the best method rule. De amerikanske skattemyndigheder tager udgangspunkt i samme vurdering som OECD. Funktioner, kontraktuelle forhold, risiko, økonomiske forhold og produktet eller servicen er hver især behandlet i afsnittene herom. Ved anvendelse af metoder som stiller krav til produktsammenlignelighed, angives det, at det immaterielle aktiv skal kunne bruge samme relation til andre produkter eller processer og være i samme branche og marked¹⁴². Yderligere skal det immaterielle aktiv have samme profitpotentiale, som mest pålideligt måles ved en diskontering af det forventede afkast eller de besparede omkostninger¹⁴³. Sammenlignelige omstændigheder defineres som omfanget af kontraktuelle rettigheder, herunder længden af denne, stadiet i udviklingen, hvor unikt det immaterielle aktiv er, samt graden af den juridiske beskyttelse¹⁴⁴. Som det fremgår af eksempel 1 jf. Treas reg. 1-482-4(4). Er den overordnede vurdering som skattemyndighederne foretager i forhold til forskelle i referencetransaktionerne, herunder hvorvidt disse forskelle vil have en væsentlig påvirkning på de afledte fordele, herved enten afkastet eller omkostningsbesparelsen.

¹³⁹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit.3.82

¹⁴⁰ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit 5.28

¹⁴¹ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(d)(1)

¹⁴² Jf. Treas. Reg. 1-482-4(B)(1)(i)

¹⁴³ Jf. Treas. Reg. 1-482-4(B)(1)(ii)

¹⁴⁴ Jf. Treas. Reg. 1-482-4(2)(i)-(viii)

Uafhængighedskravet

Når referencetransaktioner udvælges, skal oplysningerne drages fra andre koncerner end de interesseforbundene, for at Armslængeprincippet kan siges at være fulgt. I LL § 2 defineres det dog, at uafhængighed fra koncernfælleskab ikke er tilstrækkeligt til kvalificerer en given transaktion til brug som referencetransaktion. Diskvalificering som referencetransaktion gælder også, hvis der er interessefælleskab der skaber markedsprisafvigelser, selvom dette ikke er defineret i LL § 2. Dette er blandt andet for at undgå, at der konstrueres transaktioner til det bestemte formål at virke som reference¹⁴⁵.

Ejendomsretten

Ejendomsretten til et immaterielt aktiv har betydning, hvis udnyttelsen sker som led i løbende samhandel, samt ved indkomstallokeringen på baggrund af de omkostninger, som der har været ved at skabe, udvikle og vedligeholde et immaterielt aktiv, efter princippet om rette omkostningsbærere. Jf. SKM2007.496.ØLR om interesseforbundne parter omkostningsfordeling, hvorefter et søsterselskab havde afholdt huslejeudgifterne for det andet selskab. Dette ville påvirke retten til skattemæssige fradrag jf. AL § 40, stk. 2. Det skatteretlige princip om rette modtager går forud for anvendelsen af armlængdeprincippet, ved vurdering af ejendomsretten¹⁴⁶. Ejendomsretten til immaterielle aktiver er ikke skatteretligt defineret, og er derfor normalt skatteretligt afgjort ved det almindelige civilretlige ejendomsbegreb, hvorved ejerskab ofte nemt kan identificeres ved lov- og kontraktbestemte aktiver såsom patenter, varemærker og designs¹⁴⁷.

Den juridiske ejer til et immaterielt aktiv vil jf. OECD i transfer pricing sammenhængen skulle anses for at være ejeren. Foreligger der ikke et juridisk ejerskab, lovmæssigt eller kontraktuelt, vil ejerskabet foreligge hos den i MNK, som efter omstændighederne har kontrol over beslutninger vedr. det immaterielle aktiv, samt mulighed for at kontrollere begrænse andre i anvendelsen¹⁴⁸.

Når den retmæssige ejer skal identificeres, er det vigtigt at være opmærksom på, at ejerskab af et immaterielle aktiv og brugsret af en licens i transfer pricing sammenhæng vil anses som to forskellige immaterielle aktiver. Der anvendes et eksempel, hvor selskab A ejer et trademark, hvilket selskab B har en eksklusiv licens til anvendelse. Selskab A er her retmæssig ejer af trademarket, men selskab B

¹⁴⁵ Wittendorff, Jens "transfer pricing" 2016s. 192

¹⁴⁶ Wittendorff, Jens "transfer pricing" 2016 s. 349

¹⁴⁷ Wittendorff, Jens "transfer pricing" 2016 s. 351

¹⁴⁸ OCED *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.40*

er retmæssig ejer af licensen. Under omstændighederne kan marketing foretaget af selskab B påvirke værdien af Selskab As trademark¹⁴⁹. Problemstilling herfor blev prøvet ved Microsoft dommen, hvor SKAT ikke fik medhold i, at markedsføringen skulle medføre en indirekte allokationsret udover den konkrete markedsføringsaftale¹⁵⁰. Selvom det er vigtigt at gøre det klart, hvem der er den retmæssige/juridiske ejer, er det ligeledes vigtigt at være opmærksom på, at de opdaterede OECD TPG tillægger ejerskabet mindre betydning, og at ejerskabet i sig selv ikke giver nogen ret til et afkast fra udnyttelse af det immaterielle aktiv: *”Legal ownership of intangibles, by itself, does not confer any ultimately to retain returns derived by the MNE group from exploiting the intangible, even though such returns may initially accrue to the legal owner as a result of its legal or contractual right to exploit the intangible”*. Som det fremgår, har det juridiske ejerskab kun meget begrænset eller slet ingen betydning for indkomstallokeringen ved udnyttelse af et immaterielt aktiv. Hertil er det funktionsanalysen, se afsnittet herom, altså funktioner, aktiver og påtaget risiko, som er afgørende. Påtager et selskab i et MNK sig kun en Holding funktion vil denne kun være berettiget til en armlængdekompensation for denne funktion¹⁵¹. Hvis den retlige ejer ikke påtager sig nogle af DEMPE funktionerne, ville denne ikke skulle have noget af det fremtidige afkast¹⁵².

Ejendomsretten USA

Ejerskab af immaterielle aktiver ved amerikansk skatteret defineres ligeledes som den juridiske ejer, når der findes en lovbestemt beskyttelsesret¹⁵³. Overdrages denne ret, skal der ske en armlængdekompensation herfor. Hvis en anden part i MNK yder assistance til ejeren i udviklingsprocessen, skal denne kompenseres herfor. Fordi rettigheder til at udnytte et immaterielt aktiv ikke udelukker andre fra at udnytte samme immaterielle aktiv, kunne et immaterielt aktiv tidligere anses for at have flere ejere. Hvis en ejer overdrager en brugsret, for en licenskompensation, vil modtager blive ejer, defineret ved de modtagne rettigheder, eksempelvis geografisk og tidsmæssigt afgrænset¹⁵⁴. Hvis der ikke foreligger en juridisk beskyttet rettighed, vil ejeren til det immaterielle aktiv være den som har foretaget udviklingen. Tidligere var ligeledes en developer/assister regel. Hvis der er flere parter i en MNK som har deltaget i udviklingen, vil der ved anvendelse af IRC § 482, kun være én ejer og de/den bidragende parter vil blive defineret som ”assister”. Ejeren var i udgangspunktet den som har afholdt den største andel af de direkte og indirekte

¹⁴⁹ OCED *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.41*

¹⁵⁰ Dom af 28 marts 2018 ØLR - Journal nr. B2008003 - SKJ

¹⁵¹ OCED *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.42*

¹⁵² OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.54 & 6.55*

¹⁵³ Treas. Reg. 1-482-4(f)(3)(i)(A)

¹⁵⁴ Treas. Reg. 1-482-4(f)(3)(i)

omkostningerne forbundet med udviklingen¹⁵⁵. Reglen er erstattet af en generel regel om at der skal ske armslængdekompensationen, hvis en anden part i en MNK bidrager til at øge værdien af et immaterielt aktiv¹⁵⁶. Hvis udviklingen er sket ved en CSA (cost sharing agreement) vil ejerskabsforholdet være defineret kontraktuelt, og såfremt denne er jf. armslængdeprincippet, vil denne skulle respekteres skattemæssigt¹⁵⁷. Bidraget skal ligeledes inddrages ved sammenlignelighed jf. afsnittet herom. Kan ejerskabet ikke afgøres på baggrund af en juridisk eller økonomisk vurdering, vil skattemyndigheder inddrage alle andre relevante faktorer, herunder geografisk placering, eller en vurdering af, hvilken part i den MNK som ville kunne have foretaget udviklingen alene¹⁵⁸. Er den, som har udviklet det immaterielle aktiv, senere ikke den juridiske ejer vil der herved have foreligget en overdragelse, har den været kontrolleret, vil kompensationen herfor skulle være jf. armslængdeprincippet¹⁵⁹. Af forarbejderne til 2003 opdateringen af 1-482 regulations fremgår det, at der ikke forventes problemstillinger ved anvendelse af flere metoder til at afgøre ejerskabet

*”The Treasury Department and the IRS anticipate that ownership of an intangible as determined under the legal owner standard will not conflict with the simultaneous requirement that ownership under section 482 be determined in accordance with the economic substance. For example, if the economic substance of the controlled parties’ dealings conflicts with treatment of the legal owner as the owner under section 482, the Commissioner may determine ownership by reference to the economic substance of the transaction. In other cases, ownership for purposes of section 482 should be consistent with the ownership determined by reference to either legal ownership or practical control”*¹⁶⁰

Et eksempel fra retspraksis er UNITED STATES TAX COURT - AMAZON.COM, INC. & SUBSIDIARIES 2017, hvor IRS anvendte en udviklingsbetragtning til at definere ejerskabet, selvom disse var overdraget til et europæisk Holding selskab.

”Respondent contends that Amazon US was the true equitable owner of any marketing intangibles legally owned by the European Subsidiaries. In respondent’s view, Amazon US “made all of the investments and took all of the risks involved in building up the value of any items of IP that were registered in the European affiliates’ names.” Respondent accordingly urges that we should impute

¹⁵⁵ IRS Bulletin 2006-34 – 1. Ownership of intangible property -temp. treas. Reg. § 1-482-4T(f)(3)

¹⁵⁶ Treas. Reg. 1-482-4(f)(4)(i)

¹⁵⁷ Treas. Reg. 1-482-4(f)(4)

¹⁵⁸ Treas. Reg. 1-482-4(f)(3)(B)

¹⁵⁹ Wittendorff, Jens.” Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret” 2009 s. 754

¹⁶⁰ Internal Revenue Bulletin: 2006-34

an agreement whereby Amazon US held an exclusive license to use any marketing intangibles nominally owned by the European Subsidiaries, or, alternatively, that the European Subsidiaries acted as “agents” of Amazon US in holding title to these assets”¹⁶¹

Denne påstand blev dog underkendt, fordi der var valide forretningsmæssige årsager til at flytte ejerskabet. Dels fordi at det europæiske datterselskab, havde det juridiske ejerskab til amazon.de og amazon.fr, og dels fordi de påtog sig en væsentlig risiko.

Ejerskab af immaterielle aktiver og transaktioner som involverer DEMPE funktioner

Når det skal vurderes, hvilken part en MNK som skal allokeres afkast fra et immaterielt aktiv, vil det samtidigt indebærer en vurdering af, hvilken part i den MNK som er forpligtet til at påtage sig de omkostninger, som er forbundet med DEMPE funktionerne. På denne baggrund understrejes det, at allokering skal ske på baggrund af det udførte DEMPE funktioner, samt hvilke parter i MNK som påtager sig omkostninger og risici forbundet med DEMPE funktionerne¹⁶². OECDs TPG angiver i den forbindelse en række forhold, som kan gøre den proces vanskelig. Herunder at der ikke findes sammenlignelige reference transaktioner, og at der kan være forskelle i den tidsmæssige placering af de udførte DEMPE funktioner. Den MNK struktur kan kontraktuelt adskille ejerskab, finansiering og risiko allokering på en måde, som gør at der ikke ville kunne findes en reference transaktion¹⁶³. OECD TPG angiver i den forbindelse en 6 trin proces.

1. Identificering af det immaterielle aktiv med nøjagtighed, samt den økonomiske risiko forbundet med DEMPE funktionerne.
2. Identificering af kontrakterne til fordeling af juridiske ejerskab, samt kontrakt om risiko allokering.
3. Identificering af parterne i MNK som udfører funktioner i DEMPE, herunder specielt det vigtige funktioner, som beskrevet i afsnittet herom.
4. Som ved risikoanalysen skal der foretages en vurdering af parterne faktiske handlemåde, samt om den risikopåtagende part har den finansielle kapacitet til at påtage sig risikoen.
5. Adskillelse af den pågældende kontrollerede transaktion til de bidragende parter jf. ovenstående, igen sammenholdt med risikoanalysen

¹⁶¹ 148 T.C. No. 8 - UNITED STATES TAX COURT - AMAZON.COM, INC. & SUBSIDIARIES, Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - March 23, 2017. S. 149

¹⁶² OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 2017 6.32*

¹⁶³ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 2017 6.33*

6. Værdiansæt en armslængde kompensation for parternes bidrag af funktioner, aktiver og risiko

Delkonklusion ejendomsretten

De amerikanske skattemyndigheder tager jf. ovenstående først udgangspunkt i det juridiske ejerskab og herefter fra en kontrol vurdering, dette sammenholdes med den økonomiske substans. Kan ejerskabet ikke vurderes på baggrund af, hverken det juridiske ejerskab eller den økonomiske substans vil der skulle foretages en samlet vurdering, hvor alle relevante faktorer inddrages. Samme tilgang anvendes af OECD og der skal som ved de amerikanske regler skulle være en forretningsmæssigbegrundelse for, at der kan foreligge en gyldig overdragelse. Samtidigt skal der ifølge begge regelsæt foreligge bevist fravigelse fra en kontraktuel overdragelse. Ejendomsretten har ikke sig selv betydning for en armslængde indkomstallokering, det er funktionerne i forhold til DEMPE funktionerne som er afgørende, dog har ejeren ofte udført, funktioner, aktiver og risikoen forbundet med, udvikling, forbedringer, og vedligeholdelse. Om der foreligger en overdragelse, eller brugsret har dog betydning for den efterfølgende skattemæssige behandling, herunder afskrivninger og fradrag.

Ejendomsrettens betydning ved værdiansættelse er som beskrevet trådt i baggrund for de udførte funktioner, herunder særligt de ”vigtige” funktioner som defineret ved den opdaterede OECD TPG. Jens Wittendorff anser ikke de nye regler, som midlet til at hindre base erosion. Fordi der ved fokus på funktioner og ikke ejerskab, vil være mulighed for skattespekulation dette kan ske ved, at ejerskabet til det immaterielle aktiv forbliver i det højt beskattede land, mens funktionerne flyttes til et lavt beskattet land. Forskellen er, at overdragelsen af det immaterielle aktiv medfører avancebeskatning, mens personflytning er skattefrit¹⁶⁴.

Om der foreligger en hel eller delvis overdragelse vil have betydning for den efterfølgende skattemæssige behandling. Fuldstændig afståelse vil medføre avancebeskatning jf. AL § 40, stk. 6, på 22 pct. Jf. SEL § 17. Modtageren vil have afskrivningsret med indtil en 1/7 del årligt jf. AL § 40, stk. 1-2. Delvis overdragelse medfører royaltybeskatning på 22 pct. jf. KSL § 65, litra c. Dette er uanset om der ske en løbende- eller engangsbetaling. Omvendt vil modtageren have fradrag for royaltybetalingen, når disse sker med et erhvervsmæssigt øjemed jf. SL § 6. Ifølge de amerikanske skatteregler er udgangspunktet ved den fuldstændige overdragelse ens med den delvise overdragelse, da beskatningen af en ”outbound” transaktion med et immaterielt aktiv som defineret jf. IRC § 936(h)(3)(B) anses som salg, hvor modydelsen er en årlig royalty betaling, som stemmer overens med

¹⁶⁴ Wittendorff, Jens ”transfer pricing” 2016 s. 373

det immaterielle aktivs produktivitet, brug eller disposition jf. IRC § 367 (d). Af forarbejderne fremgår det: ” *If a transfer of intangible property to a foreign affiliate occurs in connection with certain corporate transactions, nonrecognition rules that may otherwise apply are suspended. The transferor of intangible property must recognize gain from the transfer as though he had sold the intangible (regardless of the stage of development of the intangible property)*¹⁶⁵. Afskrivning jf. de amerikanske skatteregler angiver, at der kan afskrives over max 15 år for aktiver defineret i IRC § 197.

Skatternes betydning ved værdiansættelse

Når investeringsbeslutninger skal træffes, foretages beslutningen herom ofte på baggrund af de forventede pengestrømme, hvorved værdiansættelse i denne sammenhæng foretages på et efter-skat grundlag, fordi skat i denne sammenhæng er en omkostning¹⁶⁶. Armlængdeprincippet tager udgangspunkt i, hvilken prisfastsættelse der kunne opnås på et uafhængigt marked, og markedsprisen forekommer på en før-skat prisfastsættelse. Værdiansættelse skal ske på en før-skat beregning, uanset om der er tale om overdragelse af et immaterielt aktiv eller brugsretten hertil. Armslængdeprincippet fordrer at MNK skal foretage vurdering af de realistiske alternativer, herunder den pris og profit som den skattepligtige kunne realiseret ved et realistisk alternativ. I denne sammenhæng vil et realistisk alternativ til en overdragelse være, at den MNK selv udnytter det immaterielle aktiv, vil indkomsten fra udnyttelse som hovedregel være skattepligtig jf. SL § 4. Så for at de to lever op til kravet om sammenlignelighed jf. afsnittet herom, skal resultater ved anvendelse af indkomstmeterne ske på en før-skat beregning.

I overensstemmelse hermed angiver OECDs TPG, at anvendelse af indkomstmeterne skal justere for skatter på lignet det forventede fremtidige afkast, og den skattemæssige afskrivningsret. Samt de skatter der vil blive på lignet køberen som følge af den kontrollerede transaktion¹⁶⁷.

Samme tilgang skal anvendes ifølge IRS ved værdiansættelse af immaterielle aktiver, ved anvendelse af indkomstmeterne under PCT, ”platform contributing transaktion”¹⁶⁸. Den anvendelige skatterate defineres som ” *Reasonably anticipated effective tax rate with respect to the pre-tax income to which the tax rate is being applied. For example, under the income method, this rate would be the reasonably anticipated effective tax rate of the PCT Payor or PCT Payee under the cost sharing*

¹⁶⁵ Tax cuts and jobs act – report of the committee on ways and means house of representatives Nov. 2017 s. 351

¹⁶⁶ Wittendorff, Jens ”transfer pricing” 2016 s. 415

¹⁶⁷ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.179*

¹⁶⁸ Jf. Treas. Reg. § 1-482-7(g)

alternative or the licensing alternative, as appropriate". SKAT anbefaler, at der kun anvendes en skatterate, uanset om transaktionen sker på tværs af landegrænser, og det anbefales, at der anvendes det skatteregime hvor transaktionen værdiansættes¹⁶⁹. I en rundspørge foretaget af joint transfer pricing forum udtaler SKAT i den forbindelse at *"We think that JTPF should provide additional guidance on the tax issue and recommend applying a post-tax approach. When performing valuations between independent parties in a third party transaction it is more or less always on a post-tax basis, which is also in alignment with the existing financial theory"*¹⁷⁰. Som det fremgår, hersker der tvivl, om hvornår der skal anvendes en før-skat basis for værdiansættelse, og der er brug for mere ensrettede retningslinjer herom.

Værdiansættelses metoder ved OECDs TPG

Værdiansættelsesmetoderne kan opdeles i tre kategorier, hvorefter hver anvendt metode vil kunne klassificeres efter en eller flere af disse.

1. Markedsmetoderne tager udgangspunkt i, at værdiansættelse skal findes på baggrund af sammenlignelige reference transaktioner.
2. Indkomstmetoderne anvender det forventede fremtidige afkast til at vurdere armslængdeværdien.
3. Omkostningsbaserede metoder brug de historiske omkostninger som har været forbundet med at udvikle det pågældende aktiv.

Ifølge OECDs TPG kan en af de fem anbefalede metoder være anvendelig til værdiansættelse af en eller flere kontrollerede transaktioner med immaterielle aktiver¹⁷¹. Sammenligneligheds- og funktionsanalysen kan anvendes til at indsnævre de relevante metoder. Hvis der findes sammenlignelige transaktioner, med evt. pålidelige justeringer, vil anvendelsen af disse i mange tilfælde give det mest pålidelige resultat. Armslængde-princippet er jo netop vurderingen af, hvad en sammenlignelig uafhængig part under helt samme forudsætninger ville acceptere. Dog kan en sammenlignelig transaktion være utilgængelige ved immaterielle aktiver, herunder HVTI som netop er defineret ved ikke at være sammenlignelig, hvorved andre metoder må anvendes. Når dette er tilfældet, angives nogle forhold som MNK skal være særligt opmærksomme på:

¹⁶⁹ SKAT DJV 4.1.5.3

¹⁷⁰ EU JOINT TRANSFER PRICING FORUM COMPILATION OF COMMENTS RECEIVED ON THE DISCUSSION PAPER ON USE OF ECONOMIC VALUATION TECHNIQUES IN TP – Marts 2017 s. 12

¹⁷¹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.136*

Funktioner, aktiver og risiko for de involverede parter.

Den forretningsmæssige begrundelse for at indgå i transaktionen.

Den konkurrencemæssige fordel det immaterielle aktiver genererer, herunder også til andre produkter og services.

Den fremtidige økonomiske fordel fra transaktionen.

Andre sammenlignelighedsfaktorer, som markedet, location savings, tilgængelig arbejdskraft, og synergieffekter for MNK¹⁷².

OECD opdaterede guidelines angiver dog, efter kritik af henholdsvis de omkostningsbaserede, og TNMM metoden at CUP, PSM samt de indkomstbaserede metoder er mest anvendelige og der angives supplerende vejledning, når disse skal anvendes på immaterielle aktiver. Metoderne redegøres for og analyseres nedenstående.

CP-metoden

Anvendelse af metoden frarådes i de fleste tilfælde, dette skyldes at der sjældent vil være korrelation med de omkostninger, der har været forbundet med udviklingen af det immaterielle aktiv, og den værdi som ville skulle allokere jf. armslængdeprincippet¹⁷³. Det kan dog i få tilfælde være en pålidelig værdiansættelsesmetode. Dette kan være tilfældet hvis udviklingen af det immaterielle aktiv anvendes internt, såsom et internt software system. Her kan værdiansættelsen ske på baggrund af hvad det ville koste at reproducere eller erstatte de immaterielle aktiver. Som følge heraf må det konkrete immaterielle aktiv ikke være unikt eller særligt værdifuldt. Problemstillinger vil dog opstå, hvis det immaterielle aktiv relateres til salg på et uafhængigt marked. Sammenligneligheden kan herved være påvirket af at et ellers identisk immaterielt aktiv er udviklet på forskellige tidspunkter, hvorved der kan foreligge en ”first mover” fordel. Den fordel, som kan opstå ved juridisk beskyttelse og herved eksklusivitet, vil heller ikke være afspejlet i en værdiansættelse på baggrund af reproduktionsomkostninger¹⁷⁴. Metoden er primært anvendt til værdiansættelse af servicefunktioner som ved SKM2016.436.LSR. Metoden kan herved anvendes til at isolere værdien af immaterielt

¹⁷² OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.139*

¹⁷³ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.142*

¹⁷⁴ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.143*

aktiv, efter en aflønning af de koncern forbundne parter som har udført funktioner. Metoden er ikke angivet som anvendelig ifølge det amerikanske skatteregler¹⁷⁵.

CUP/CUT metoden

CUP, "comparable uncontrolled price", metoden sammenligner prisen i en kontrolleret transaktion for et aktiv eller en service, med priser opnået i en sammenlignelig ukontrolleret transaktion foretaget under samme omstændigheder. Sammenlignelighedsanalysen er herved essentiel ved anvendelse af metoden. Findes der ikke en direkte reference transaktion, kan der foretages justering, hvis disse kan udledes pålideligt. OECDs TPG angiver at hvis der findes en direkte sammenlignelige transaktion, vil metoden have en forrang for alle de andre værdiansættelsesmetoder¹⁷⁶. Armslængdeprincippet er netop en vurdering af, hvad en uafhængig tredjemand i sammen situation ville acceptere. Findes denne direkte referencetransaktion ikke, hvilket ofte er tilfældet for immaterielle aktiver, kan metoden bruges på en mere fleksibel måde som supplement til andre værdiansættelsesmetoder¹⁷⁷. Metoden angives dog til at være mest effektiv på "commodities" med "quoted prices". Altså simple håndgribelige produkter, hvor prisen kan placeres tidsmæssigt¹⁷⁸. Når CUP metoden anvendes til at værdiansætte immaterielle aktiver, skal der tages højde for sammenligneligheden mellem den kontrollerede transaktion og referencetransaktionen, herunder den økonomiske sammenlignelighed jf. sec D1¹⁷⁹. I tilfælde hvor en MNK har erhvervet et immaterielt aktiv eller rettigheder hertil fra en uafhængig tredjepart og umiddelbart efter overdrager denne eller rettigheder hertil, vil denne transaktion kunne anvendes som referencetransaktion, dog med forbehold for evt. justeringer, samt adskillelse af evt. andre overførte aktiver¹⁸⁰. CUT, "comparable uncontrolled transaction method", er den amerikanske udgave af CUP metoden, og der anvendes tilgang, hvorefter der søges værdiansættelse ved en direkte sammenlignelig reference transaktion¹⁸¹. Denne anses ligeledes som den mest pålidelige metode hvis der kun forefindes små forskelle som der kan foretages pålidelige justering for¹⁸². Ved anvendelse af metoden foreligger muligheden for at anvende periodiske justeringer, som der yderligere redegøres for i afsnittet herom. De væsentlige sammenlignelighedsfaktorer er beskrevet i afsnittet herom. Der anvendes et eksempel til at illustrere

¹⁷⁵ Treas. Reg. 1-482-4(a)

¹⁷⁶ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 2.14*

¹⁷⁷ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 2.17*

¹⁷⁸ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 2.22*

¹⁷⁹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.146*

¹⁸⁰ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.147*

¹⁸¹ Treas. Reg. 1-482-4(c)(1)

¹⁸² Treas. Reg. 1-482-4(c)(1)(ii)

anvendelsen af metoden. USpharm licenserer til et datterselskab Xpharm i land X og rettighed til at producere og sælge medicin Z i land X. På samme tid gives licens til et uafhængigt selskab til at sælge og producere i land Y. Der foreligger godkendelse i begge lande og begge lande har samme profit potentiale, altså brugere, samt samme omkostninger til produktion og marketing. På denne baggrund vil royalty rate til det uafhængige selskab kunne anvendes til en armslængde royalty rate for Xpharm¹⁸³. Der anvendes samme udgangspunkt som i ovenstående eksempel, bortset fra at profitpotentialer i land Y er meget større fordi der er flere med sygdommen. I dette tilfælde ville referencetransaktionen ikke være pålidelige til at angive en armslængde royalty rate for Xpharm¹⁸⁴. VERITAS US fik medhold i anvendelsen af metoden jf. the best method rule. IRS' anvendte metode var fyldt med fejl, denne er analyseret i afsnittet DCF. VERITAS ekspert Baumol anvendte CUT metoden til at udlede en række værdier, til at værdiansætte de overførte immaterielle aktiver, samt den lump-sum buy in betaling som VERITAS Ireland skulle afgive for at indgå i den konkrete CSA. Baumol anvendte 4 parametre: 1. Den forventede økonomiske levetid. 2. en årlige rate for forældelse for de overførte immaterielle aktiver. 3. ved værdiansættelse af licenserne anvendtes royalty raten som en procentdel af omsætning, listepriiser eller profit. 4. en passende diskonteringsrate. Han anvendte herefter 7 referenceselskaber, Sun, HP, Dell, Hitachi, NEC, Compaq og Ericsson til at værdiansætte et udgangspunkt for royaltyraten i buy-in betalingen. Hvilket resulterede i række værdier på 20-25 pct., hvorefter han placerede VERITAS i den lave ende med 20 pct. Den forventede levetid på de eksisterende immaterielle aktiver blev angivet til mellem 2-4 år. Han anvendte herefter formelen $V = \sum_{t=0}^{\infty} \frac{AC(1-B)^t(1-D)^tP^t}{(1+r)^t}$ Hvor A er den forventede levetid, B er raten for forældelse, C licensafgiften som er givet ved procent af omsætningen. D. er diskonteringsraten. P er omsætninger fra produkter solgt i levetiden. Sidst del er den indledende betaling givet ved $C(1-B)(1-D)P$ ¹⁸⁵. Udover små justering fik VERITAS medhold i, at den metode gav en værdiansættelse jf. armslængdeprincippet. Amazon fik ligeledes medhold i anvendelsen af CUT metoden.

Et yderligere eksempel på anvendelse, af CUT metoden kan ses i en verserende sag, hvor der i dette tilfælde er taget udgangspunkt i Coca-Colas pretrial memorandum. Sagen omhandler indkomstårene 2008 og 2009¹⁸⁶, og omhandler seks licenser til anvendelse af COCA-COLAs trademark og

¹⁸³ Treas. Reg. 1-482-4(c)(4) example 1

¹⁸⁴ Treas. Reg. 1-482-4(c)(4) example 2

¹⁸⁵ 133 T.C. No. 14 -VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES, SYMANTEC CORPORATION (SUCCESSOR IN INTEREST TO VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES), Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - 2009 s. 53

¹⁸⁶ THE COCA-COLA COMPANY AND SUBSIDIARIES v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE FEB. 2018 DOCKET No. 31183-15 s 2

beregningen af royaltyraten, givet til henholdsvis Ireland, Swaziland, Egypten, Costa Rica, Brasilien og Chile¹⁸⁷. (s 5) IRS har ikke gjort deres pretrial memorandum offentligt tilgængeligt, hvorfor der må tages udgangspunkt i Coca-Colas anbringende for anvendelse af CUT-metoden som blev anvendt til at retfærdiggøre den anvendte 10-50-50 fordeling ved PSM (residual) metoden¹⁸⁸. Aftalen om denne fordeling havde været anvendt længe helt tilbage fra 1963 for Brasilien og den seneste for Ireland i 1984, Coca-Cola angiver i den forbindelse at fordeling har været accepteret i alle disse år¹⁸⁹. Som fremgår af Coca-Colas pretrial memorandum anvendte IRS ekspert Dr. Newlon CPM metoden. Coca-Cola fremførte kritik af den en-sidet metode, fordi de seks licenstagere ikke er sammenlignelige¹⁹⁰. Yderligere er Dr. Newlon anvendelse foretaget ud fra et princip om at ejeren af et immaterielt aktiv skal allokere alt fremtidigt afkast, mens licenstageren kun skal allokere et rutinebidrag¹⁹¹. Dr. Newlon anvendte ROA (return on assets)¹⁹². Dette kritiseres af Coca-Cola fordi materielle aktiver havde en meget lille betydning i at generere "operating profits". Coca-Colas ekspert Professor Willig angiver yderligere at metoden ikke tager højde for at de seks licenstagere, skulle kompenseres for deres væsentlige investeringer i immaterielle aktiver¹⁹³. Det fremgår af memorandumets., at det bl.a. bliver nævnt, at ekspert Dr. Unni's CUT method ifølge Coca-Cola beskriver den mest præcise værdi i sammenlignelige transaktioner¹⁹⁴. Der lægges vægt på, at der i Dr. Unni's CUT metode anvendes, som sammenlignelig referencetransaktion andre master-franchising transaktioner der involverer trademarks og andre materielle aktiver properties ejet af McDonald's og andre globale foretagender¹⁹⁵. Dr. Unni anvender herefter CPSM "comparable profit service method" på de samme transaktioner til at validere den beregnede royalty rate¹⁹⁶. Der lægges i memorandumet vægt på, at Dr. Unni's CUT-metode er mere præcis end, IRS anden ekspert Dr. Becker som anvender en unangivne værdiansættelsesmetode, som tager udgangspunkt i en gennemsnitlig post royalty (operating margin). På de transaktioner med laveste profitmargin i den begyndende fase, og allokere herefter den resterende profit til Coca-Cola, på denne baggrund får licenstagere ikke andel af de fremtidige højere profit margins, dette kritiseres fordi licenstagere på

¹⁸⁷ THE COCA-COLA COMPANY AND SUBSIDIARIES v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE FEB. 2018 DOCKET No. 31183-15 s. 5

¹⁸⁸ THE COCA-COLA COMPANY AND SUBSIDIARIES v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE FEB. 2018 DOCKET No. 31183-15 s. 12

¹⁸⁹ THE COCA-COLA COMPANY AND SUBSIDIARIES v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE FEB. 2018 DOCKET No. 31183-15 s. 13

¹⁹⁰ THE COCA-COLA COMPANY AND SUBSIDIARIES v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE FEB. 2018 DOCKET No. 31183-15 s. 17

¹⁹¹ THE COCA-COLA COMPANY AND SUBSIDIARIES v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE FEB. 2018 DOCKET No. 31183-15 s. 19

¹⁹² THE COCA-COLA COMPANY AND SUBSIDIARIES v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE FEB. 2018 DOCKET No. 31183-15 s. 76

¹⁹³ THE COCA-COLA COMPANY AND SUBSIDIARIES v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE FEB. 2018 DOCKET No. 31183-15 s. 79

¹⁹⁴ THE COCA-COLA COMPANY AND SUBSIDIARIES v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE FEB. 2018 DOCKET No. 31183-15 s. 22

¹⁹⁵ THE COCA-COLA COMPANY AND SUBSIDIARIES v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE FEB. 2018 DOCKET No. 31183-15 s. 92

¹⁹⁶ THE COCA-COLA COMPANY AND SUBSIDIARIES v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE FEB. 2018 DOCKET No. 31183-15 s. 94

denne baggrund ikke vil have insitament til maxsimere den fremtidige succes¹⁹⁷. Yderligere kritiserer Dr. Unni metoden, fordi anvendelse til at udlede prisfastsættelse tager udgangspunkt i ikke sammenlignelige referencetransaktioner. Der lægges særligt vægt på, at Dr. Becker afviser transaktionerne som CUTs, da den overordnede profit margin af transaktionerne er lavere end profitmarginen af sammenlignelige transaktioner, altså hvad en uafhængig tredje part ville acceptere. Analysen af ovenstående sag, foretages og konkluderes i erkendelse af dette er coca-cola anbringender. Der kan dog udledes at anvendelse CPM kan kritiseres som grundlag for værdiansættelse af immaterielle aktiver. Det kan også påvise behovet for at anvende flere metoder til at validere den primære metode.

Både OECD og de amerikanske skattemyndigheder angiver, at der ikke forefindes et hierarki blandt metoder, og at den mest passende metode skal vælges efter de konkrete omstændigheder. Alligevel har CUP/CUT metoden en forrang, da denne er det tætteste udtryk for armslængdeprincippet, såfremt der kan findes en fuldstændig sammenlignelig referencetransaktion. Korrektionsmuligheden ved metoden foreligger, hvis der kan påvises at den/de valgt referencetransaktioner ikke er sammenlignelige, eller at de foretagne justering ikke er pålidelige. For at skattepligtige kan mindske risikoen for korrektion, er det derfor nødvendigt at sikre, at der ikke kan findes fejl ved sammenlignelighedsgrundlaget.

RPM

”Resell price method” Metoden anvendes i tilfælde hvor en koncerninternt købt vare, videresælges til en uafhængig tredje part, tillægges herefter en compensation, som er lig en bruttomargin, som kan findes ved en sammenlignelig referencetransaktion. Enten ved en intern transaktion til en uafhængig eller ved en sammenlignelig transaktion mellem to uafhængige parter, hvor sammenlignelighedskravet forsat er overholdt¹⁹⁸. Metoden kan derfor kun anvendes, hvis der kun sker videresalg, og der ikke anvendes andre immaterielle aktiver i processen eller sker nogen form for udvikling af det immaterielle aktiver, som i væsentligt omfang påvirker værdien af det immaterielle aktiv¹⁹⁹. Metoden er derfor ikke anvendelig til værdiansættelse af immaterielle aktiver men kan anvendes til at vurdere en passende residual værdi, såfremt der kun sker videresalg, og der

¹⁹⁷ THE COCA-COLA COMPANY AND SUBSIDIARIES v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE FEB. 2018 DOCKET No. 31183-15 s 88

¹⁹⁸ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 2.28*

¹⁹⁹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 2.35*

kan findes en sammenlignelig reference transaktion. Metoden er som ovenstående ikke angivet som en mulighed ifølge de amerikanske skattemyndigheder²⁰⁰.

TNMM/CPM

Metoden minder om ovenstående RPM og Cost-plus metoderne. Forskellen er, at TNMM anvender nettoavancen og ikke bruttoavancen som sammenlignelighedsgrundlag. Som ved anvendelse af de andre metoder er det første som skal vurderes, hvilken transaktion som skal underlægges armslængdeprincippet og om flere transaktioner skal vurderes aggregeret, som beskrevet i afsnittet herom. Metoden anvender en eller flere PLI "profit level indicators" for en kontrolleret transaktion. Disse sammenholdes herefter med PLI fra sammenlignelige ukontrollerede transaktioner. Det kan være en intern sammenligning, med en transaktion fra MNK til uafhængig part, eller det kan være en sammenlignelig transaktion mellem to eller flere uafhængige parter. SKAT angiver i den forbindelse, at intern sammenligning ofte medfører det mest pålidelige resultat, da sammenligneligheden ifht. funktioner, aktiver og risici, vil være størst og ikke medfører behovet for justeringer. PLI kan eksempelvis være nettoavance i forhold til omsætningen, omkostningerne eller anvendte aktiver²⁰¹. De mest anvendte PLI er Operating margin/overskudsgraden og Berry Ratios, der er defineret som ratioen af bruttoresultat over driftsomkostninger. Bruttoresultatet er ofte fratrullet renter og ekstraordinær omsætning. Driftsomkostninger er ofte fratrullet afskrivning og amortisering.

Den anvendte PLI afgøres af arten af den pågældende transaktion, samt den tilgængelige data fra de ukontrollerede transaktion. Det vigtige er at det/de valgte PLI afspejler værdiskabelsen i den kontrollerede transaktion. I nogle tilfælde kan det være nødvendigt at udarbejde en specifikt PLI, eksempelvis den mest sammenlignelige del af omkostninger som indgår i den anvendte PLI. Det kan ofte være en fordel at anvende flere PLI til at vurdere resultatet og evt. problemstillinger i det valgte sammenlignelighedsgrundlag²⁰². Fordi metoden tager udgangspunkt i nettoavance, er metoden mindre følsom over forskellige i feks. om omkostninger er indregnet som vareforbrug eller driftsomkostninger. Det vil dog stadig kræve, at sammenligneligheden er iagttaget ifht. produkt, marked, funktioner, aktiver, og risici. Som yderligere er beskrevet i afsnittet herom.

Som beskrevet er metoden ensidigt, og disse vurderes i mange tilfælde ikke være anvendelige, men kan i nogle tilfælde anvendes ved at disse metoder anvendes til at værdiansætte funktionerne, som er anvendt i transaktioner og derfra værdiansætte det immaterielle aktiv som et residual (residual value

²⁰⁰ Treas. Reg. 1-482-4(a)

²⁰¹ OCED *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 2.64 & DJV C.D 11.4.1.4*

²⁰² DJV C.D.11.5.6

method) af funktionerne²⁰³. I den forbindelse er det dog vigtigt at vurdere et residual i henhold til den udarbejdede funktionsanalyse, som beskrevet skal baseres på den MNK samlede global forretning, processer, og hvordan det pågældende immaterielle aktiver påvirker andre, funktioner, aktiver og risiko. Det kan derfor ikke som udgangspunkt tages for givet, at residuale afkast skal tilfalde den retmæssige ejer af det immaterielle aktiv²⁰⁴. Metoden er hyppigt anvendt og har derfor været anvendt i flere sager, enten af SKAT eller MNK. I SKM 2018.173.LSR som omhandlede et produktionsselskabs afregningspris for varekøb, med et koncernforbundet selskab hjemmehørende i et andet land. SKAT foretog revision af indkomstårene 2009-2012. SKAT fik medhold i, at TP dokumentationen og den heri anvendte sammenlignelighedsanalyse indholdte for store usikkerheder, hvorefter SKAT kunne foretage en skønsmæssig prisfastsættelse. *”Der lægges herved vægt på, at de bogførte værdier af aktiverne hos hhv. de i benchmarket udsøgte sammenlignelige selskaber og H2 vil variere væsentligt på grund af forskelle i afskrivningsperioderne, hvilket skævvrider sammenligningsgrundlaget, jf. OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, pkt. 2.98. Selskabet har ikke foretaget de nødvendige justeringer herfor.”* SKAT fik herefter medhold i, at der var tale om en serviceydelse, fordi produktionen var planlagt og der var sikret en afsætning, samt at H1 varetog alle funktioner, herunder produktudvikling, planlægning, kvalitetskontrol, markedsføring mv., samt at H1 ejede alle produktionsrelaterede immaterielle aktiver. SKM 2018.62.LSR minder om ovenstående dom, hvor SKAT ligeledes fik medhold i, at TP dokumentation var mangelfuld, grundet manglende sammenlignelighedsanalyse, og derfor kunne SKAT foretage en skønsmæssig ansættelse. Fordi der var tale om en produktionsvirksomhed anvendte SKAT herefter TNMM med $(\text{nettoavance} / \text{totale omkostninger}) \times 100$ som PLI, og herefter en mark-up som blev benchmarket. Landsretten gav herefter SKAT medhold i den anvendte TNMM metode, dog med det forbehold, at et specifikt selskab skulle udtages af benchmark analysen, grundet uafhængighedskravet. Dette var til trods for, at det ikke var det mindst komplekse selskab som blev testet, hvilket skyldes manglende informationer. Fordelene ved metoden er, at der ikke er samme krav til sammenlignelighed på produktniveau som findes ved transaktionsbestemte metoder, samtidigt er der ikke problemstillinger ved klassificering af omkostninger, da metoden anvender nettoavancen. Ulempen ved metoden er, at omkostninger kan være vanskelige at placere, når nettoavancen skal opgøres. Som beskrevet, kan det være vanskeligt at fremskaffe den fornødne dokumentation fra det uafhængige parter. Korrektionsmuligheder ved anvendelse af TNMM metoden forligger i tre situationer, enten ved, at det kan påvises at der ikke

²⁰³ OCED Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.141

²⁰⁴ OCED Transfer pricing guidelines 2017 afsnit.6.133

valgt det korrekte test selskab, eller ved valg af referenceselskaberne, som vil påvirke den/de valgte PLI'er. Sidste korrektionsmulighed foreligger ved valget af PLI'er. På denne baggrund vil anvendelse af TNMM metoden give mulighed for flere diskussionspunkter, hvorved en skattesag kan opstå. OECDs TPG angiver, at den en-sidede metode sjældent er anvendelig ved direkte værdiansættelse, hvorefter metoden er mest anvendelig, når den anvendes på udførte funktioner, hvorefter residualet kan udlede en værdi af det immaterielle aktiv²⁰⁵.

PSM (Profit split metoden)

Der findes overordnet to måder at anvende metoden på, enten ved en bidragsanalyse eller ved en residual analyse. Metoden tager udgangspunkt i, at armslængde allokeringen af profit eller tab findes ved at vurdere hvilket profit eller tab, som en eller flere ukontrollerede parter ville have opnået ved at indgå i samme transaktion eller transaktioner. Som beskrevet i afsnittet herom, vil der skulle foretages en vurdering af, om transaktionerne skal behandles sammen eller særskilt. Ved anvendelse af metoden, skal det først identificeres, hvilket profit eller tab som skal splittes. Herefter fordeles de mellem de koncernforbundne parter. Opdelingen skal foretages på baggrund af armslængdeprincippet, hvorefter vurdering er, om en uafhængig part ville have indgået aftalen²⁰⁶. Faktorer til at vurdere hvilke tab eller profit som skal splittes er at disse stemmer overens med funktionsanalysen af de kontrollerede transaktion, og påviser at mindst den ene part har væsentlig økonomisk risiko, og at disse kan måles pålideligt²⁰⁷.

Hvis metoden anvendes ex ante, vil det forventes at den forventede levetid og split faktorer er aftalt forud for selve transaktionen. Ved anvendelse skal der kunne redegøres for, hvorfor metoden er valgt fremfor de andre, samt hvilke kriterier ligger til grund for de valgte splitting faktorer²⁰⁸.

Faktisk profit kan anvendes i to situationer ifølge den "revised" profit split guidens. Enten hvis transaktionen kan identificere, at begge parter i MNK påtager lige stor risiko for det faktiske resultat, eller af denne risiko sammenlignelig, hvor parterne i MNK har en tæt integreret forretningsstruktur eller ved, at en el. begge parter bidrager med unikke og værdifulde immaterielle aktiver²⁰⁹. Alternativt kan faktiske resultater anvendes, hvis der ikke er lighedelingen af risikoen, men at metoden er

²⁰⁵ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.142*

²⁰⁶ Revised profit split c.1.1

²⁰⁷ Revised profit split c.5.51

²⁰⁸ Revised profit split c.3

²⁰⁹ Revised profit split c.4.4

vurdereret mest anvendelig, fordi begge parter bidrager med unikke og værdifulde immaterielle aktiver²¹⁰.

Der findes flere metoder til, hvordan profit og tab kan splittes, dette afhænger af den konkrete transaktion og den tilgængelige information. Den ene måde er at vurdere, hvad hver part bidrager med til den kontrollerede transaktion, ”contribution analysis”. Det mest pålidelige resultat findes ved, at bidraget kan sammenlignes med en uafhængig transaktion under samme forudsætninger. Igen skabes den største pålidelighed, hvis denne er ekstern, men en intern sammenlignelig transaktion kan også anvendes. Parternes bidrag kan med fordel opdeles, som ved en funktions analyse, funktioner, aktiver, risici mv., som derefter individuelt kan sammenlignes med en eller flere reference transaktioner.²¹¹

Residualmetoden er anvendelig, når det relevante bidrag fra parterne kan opdeles i to kategorier og analyseres i to stadier. Den første kategori er de bidrag, hvor der kan findes en sammenlignelig reference transaktion. Det vil være rutine bidrag, som der findes et aktivt marked for²¹². Den anden kategori er de unikke og værdifulde bidrag, som skal allokeres jf. det residual, der er tilbage når rutinebidraget er fratrasket. Parternes allokeringskrav vil herefter være lig den, der findes ved funktionsanalyse, og herunder hvem som har påtaget sig de vigtige DEMPE funktioner.

IRS angiver ligeledes, at metoden er anvendelig ved transaktioner med immaterielle aktiver. Metoden kan endvidere anvendes på både som CPS (compareable profit split) og RPS (residual profit split). CPS sammenligner profitten eller tabet fra en uafhængig sammenlignelig reference transaktion. Den procentmæssige fordeling af profit eller tab bruges herefter til at allokere profit og tab på de relevante forretningsaktiviteter²¹³. Udover den grundlæggende sammenlignelighed, som beskrevet i afsnittet herom, er det specielt vigtigt at iagttage det kontraktuelle forhold, for at vurdere hvordan risiko og funktioner er fordelt i den ukontrollerede transaktion. Metoden kan ikke anvendes, hvis der er væsentlige afvigelser mellem det samlede driftsresultat i den kontrollerede og ukontrollerede transaktion²¹⁴. Den tilgængelige data vil påvirke pålideligheden af metoden, herunder allokering af profit og omkostninger på andre aktiviteter, altså andre end dem der søges at splittes, vil påvirke det samlede resultat og allokeringsprocenten. Er det ikke muligt at adskille disse, angives at der kan

²¹⁰ Revised profit split c. 4.1

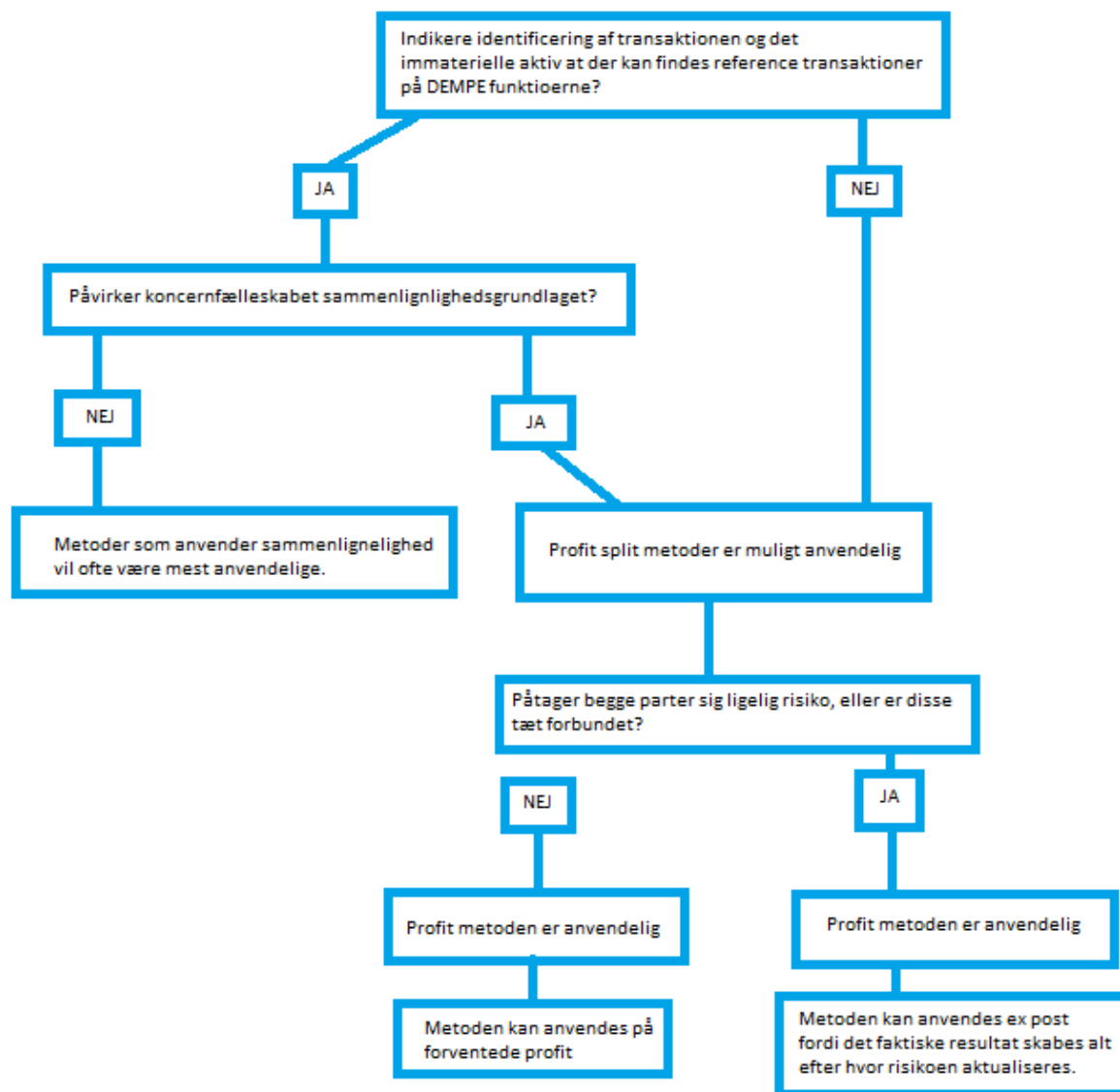
²¹¹ Revised profit split c.3.1.1

²¹² Revised profit split c.3.1.2

²¹³ Treas. Reg. 1-482-6(1)(c)(2)(i)

²¹⁴ Treas. Reg. 1-482-6(2)(B)(1)

anvendes en allokering formular. Dette vil dog påvirke pålideligheden af metoden²¹⁵. Graden af ”consistency” ved anvendte regnskabspraksis, kan ligeledes påvirke driftsresultatet, og herved graden af sammenlignelighed²¹⁶.



Figur 1 egen tilvikning - inspiration, comments received on public discussion draft BEPS ACTION 10 part 1, s 6

²¹⁵ Treas. Reg. 1-482-6(3)(C)(1)

²¹⁶ Treas. Reg. 1-482-6(3)(C)(2)

Ovenstående figur viser, hvordan det kan afgøres, hvorvidt profit split metoden er anvendelig, hvor metodens styrke som beskrevet er, at der ikke er krav om sammenlignelighed for det unikke og værdifulde bidrag.

Fordele ved metoden er, at denne er to-sidet og kan anvendes i tilfælde, hvor begge parter bidrager med unikke og værdifulde bidrag til transaktionen. Fordi der ofte mangler en referencetransaktion kan metoden anvendes til at allokere profit eller tab ved anvendelse af funktionsanalysen og ved at foretage allokeringen på baggrund af deres respektive bidrag til værdiskabelsen. Dette vil ligeledes være en fordel, når partnerne er højt integreret i deres forretningsmodel, hvor en en-sidet ikke vil være anvendelig. Metoden giver også mulighed for fleksibilitet ved risikoallokering, når denne er ligeligt fordelt, fordi allokering kan variere, alt efter hvordan risikoen bliver aktualiseret²¹⁷. Ulempen ved metoden er, at informationen fra udenlandske koncernselskaber kan være svær at opnå. Det kan også være svært at opnå information om alle parternes omsætning og omkostninger, hvilket ligeledes kan kræve justering for anvendt regnskabspraksis og valutaberegninger. Problemstillingen er ligeledes relevant, når driftsresultatet anvendes som splitting faktor, når omkostninger skal fordeles på rutinebidraget og selskabernes øvrige omkostninger. Den revised version af PSM metoden øger muligheden for at anvende det faktiske resultat, frem for det forventede resultat, når parterne er har lighedeling af risiko allokering.

Andre værdiansættelsesmetoder

Både OECD og de amerikanske regler giver mulighed for, at der kan anvendes andre værdiansættelsesmetoder. De amerikanske skattemyndigheder angiver, at anvendelse af "unspecified methods" skal iagttage de samme grundlæggende krav som ved anvendelse af de primære metoder, herunder sammenlignelighed og funktionsanalyse²¹⁸. Anvendelse kræver som ved de andre metoder, at denne giver den mest retvisende armslængde vurdering jf. "the best method rule"²¹⁹. OECD angiver, at andre værdiansættelsesmetoder kan være anvendelige, i tilfælde hvor der ikke forefindes sammenlignelige transaktioner, at indkomstmetoderne kan anvendes som del af en af de fem metoder, eller til en selvstændig værdiansættelse²²⁰. OECDs TPG indeholder ikke vejledning til konkrete metoder, og udelukker ligeledes heller ikke nogen. De angiver dog, at diskontering af de fremtidige

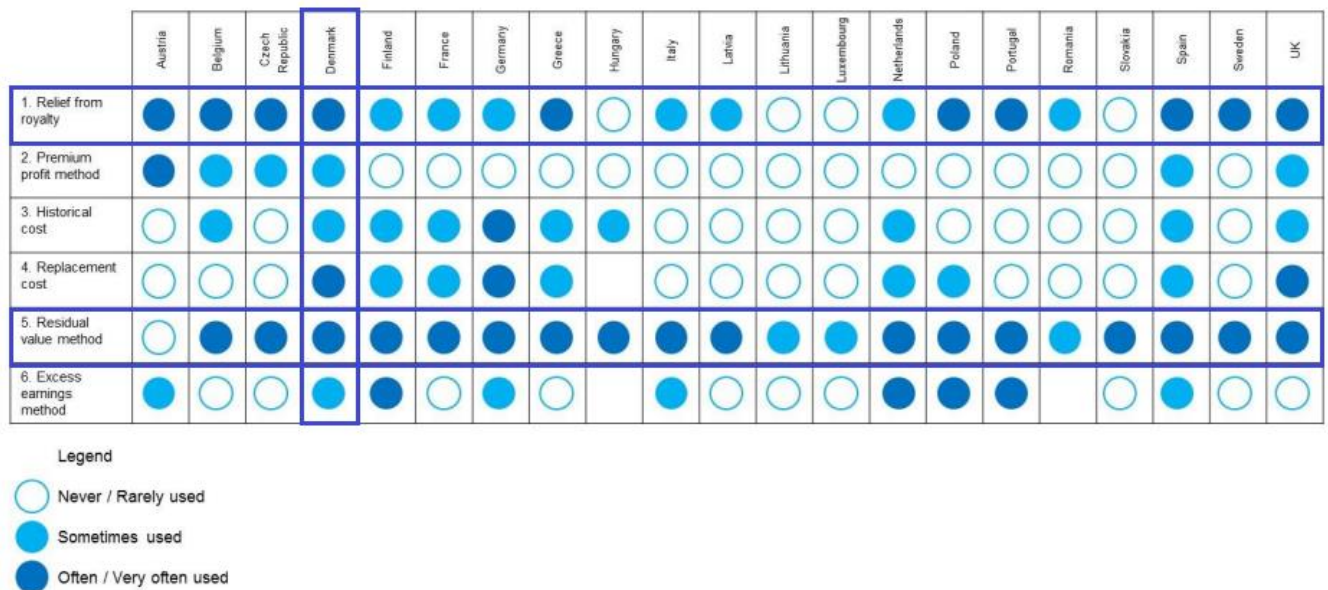
²¹⁷ Revised profit split c.2.1

²¹⁸ Treas. Reg. 1-482-4(d)(1)

²¹⁹ Treas. Reg. 1-482-1(c)

²²⁰ OCED *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.153*

pengestrømme kan være en effektiv teknik, når den anvendes korrekt²²¹. Ligeledes er der ved den danske transfer pricing værdiansættelses vejledning angivet relief from royalty -metoden, som også falder under kategorien ”andre værdiansættelsesmetoder”²²². I en undersøgelse foretaget af EU kommission angives det, at de europæiske lande primært anvender relief from royalty metoden og residualmetoden ved værdiansættelse af immaterielle aktiver. Det fremgår også, at Danmark primært anvender disse, men at alle de finansielle værdiansættelsesmetoder ligeledes anvendes.



Figur 2 Study on the application of economic valuation techniques for determining transfer pricing of cross border transactions between member of MNE in the EU. S 70

DCF-modellen

DFC, ”discounted cash flow” metoden anvender de diskonterede pengestrømme fra en virksomhed, et aktiv eller et forretningsprojekt på baggrund af en tilbagediskontering af værdien af de forventede frie pengestrømme, som forventes fra det konkrete værdiansættelsesobjekt.

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

EV = Estimeret værdi (både egenkapital og rentebærende gæld)

FCF = Frit cash flow til selskabet (både ejere og långivere)

WACC = Vejede gennemsnitlige kapitalomkostninger (både ejere og långivere) ²²³

²²¹ OCED Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.157

²²² SKAT – Transfer pricing; kontrollerede transaktioner; værdiansættelse

²²³ FSR værdiansættelsesnotat s. 43

Værdiansættelsesprocessen opdeles herefter i henholdsvis en budgetperiode og en terminalperiode.

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

g = Konstant vækst i FCF i terminalperioden

n = Antal af år med (lav/høj) vækst i budgetperioden

224

Det forventede frie cashflow for budgetperiode, ”FCF”, og terminalperioden tilbagediskonteres med WACC (weight average cost of capital), som er udtryk for ejerens afkastkrav og de omkostninger som er forbundet med at opnå det forventede cash flow, herunder inflation, den tidsmæssige værdi af penge, samt anden risiko.

$$WACC = GA \cdot k_d \cdot (1-t) + EKA \cdot k_e$$

GA = Gældsandel (nettorentebærende gæld)

EKA = Egenkapitalandel

k_d = Fremmedkapitalomkostninger (lånerente - lang varighed)

t = Den marginale selskabsskattesats

k_e = Ejerafkastkrav

SKAT anbefaler i denne forbindelse, at der anvendes en flad WACC, herved en konstant i budget og terminalperiode²²⁵. I den fleste tilfælde anvendes CAPM til at estimere WACC'en. Denne består af: en risikofri rate, en risiko komponent (beta), en markedsrisiko premium, kapitalstrukturen, gælds margin, skatteraten og, i nogle tilfælde, en ekstra risiko premium²²⁶.

$$k_e = r_f + \beta [E(r_m) - r_f]^{20}$$

β = Beta (systematisk risiko)

$E(r_m)$ = Forventet afkast ved investering i markedsporteføljen²²⁷.

Diskonteringsmetoden blev anvendt i VERITAS sagen. Her anvendte IRS ekspert Hatch diskonteringsmetoden til at værdiansætte den buy-in betaling VERITAS Ireland skulle betale for at indgå i en CSA, ”cost sharing agreement”, med VERITAS US. Hatch anvendte WACC beregnet ved CAPM, hvor den risikofrie rate var afkast fra den 20-årige amerikanske obligation.

²²⁴SKAT DJV transfer pricing som yderligere henviser til FSR værdiansættelsesnotat s 44

²²⁵ SKAT DJV 4.1.3.2

²²⁶ EU JOINT TRANSFER PRICING FORUM COMPILATION OF COMMENTS RECEIVED ON THE DISCUSSION PAPER ON USE OF ECONOMIC VALUATION TECHNIQUES IN TP – Marts 2017 s. 17

²²⁷ FSR værdiansættelsesnotat s. 54

Egenkapitalrisikoen blev sat til 5 pct., og han anvendte en branche beta på 1,42, hvilket gav en diskonteringsrate på 13,7. Begrundelsen for anvendelse af en branche beta fremfor en selskabs specifik rate, var at et selskabshistorisk beta ville være en dårlig indikator på fremtidige perioder²²⁸. VERITAS' anbringende var, at Hatch havde anvendt den forkerte forventede levetid, den forkerte diskonteringsrate, og en urealistisk vækstrate. Levetiden var anset for at være uendelig, modstridende argumenterede VERITAS for, at uden videre udvikling ville et teknologisk produkt blive forældet i løbet 4 år. Hvilket er langt fra Hatch vurdering om uendelig levetid²²⁹. Den anvendte risiko rate var forkert, da den tog udgangspunkt i den amerikanske obligation, mens VERITAS Irland skulle operere på markeder udenfor USA, og havde i den forbindelse taget det for givet, at der var større afkast på det amerikanske marked. En lavere egenkapital premium risiko giver en lavere fremmedkapital omkostning, og derved en lavere WACC og herved diskonteringsrate, som herefter giver en større buy-in payment. VERITAS anvendte den 30 dage U.S treasury bill rate som den risikofrie rate. Hatch beregnede vækstraten til at være 13 pct. fra 2007 til 2010 og herefter en vækstrate på 7 pct. i uendelighed. Dette var baseret på en årlig vækstrate på 17,91 pct. Den faktiske vækstrate var i årene 2004-2006 3,75 pct. Hertil blev det tilføjet at hvis Hatchs vækstrate skulle anvendes, ville det resultere i at 100 pct. af den faktiske og forventede indkomst skulle allokere til VERITAS US og give VERITAS Ireland et tab på 1,9 mia. \$²³⁰. VERITAS ekspert Baumol anvendte CUT metoden som beskrevet i afsnittet herom.

Som det fremgår af sagen, vil anvendelsen af indkomstmetoder, herunder diskonteringsraten, give mange stridspunkter, som alle kan give væsentlige forskelle i diskonteringsraten og derved den endelige værdiansættelse. Det er derfor vigtigt, at der kan redegøres for alle de anvendte faktorer, og at der findes pålideligt belæg herfor.

Ulemper ved discounted value of projected cash flows

Når der anvendes metoder som værdiansætter på baggrund af forventede cash flows, er det vigtigt at være opmærksom at disse kan være "volatile". Små ændringer i beregningsgrundlaget kan have store

²²⁸ 133 T.C. No. 14 -VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES, SYMANTEC CORPORATION (SUCCESSOR IN INTEREST TO VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES), Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - 2009 s. 46 -47

²²⁹ 133 T.C. No. 14 -VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES, SYMANTEC CORPORATION (SUCCESSOR IN INTEREST TO VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES), Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - 2009 s. 45

²³⁰ 133 T.C. No. 14 -VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES, SYMANTEC CORPORATION (SUCCESSOR IN INTEREST TO VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES), Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - 2009 s. 49

betydninger for den endelige værdiansættelse. En lille procentvis ændring i henholdsvis, ”discount raten” vækstraten eller i vurderingen af den forventede levetid, kan alle have stor påvirkning på den endelig værdiansættelse²³¹. For både skattepligtige og skattemyndigheder er det derfor vigtigt at redegøre for de anvendte parametre, samt på hvilket grundlag disse er udvalgt, og være parat til at forsvare anvendelsen af metoden²³². OECDs TPG oplister fem faktorer, som er relevante, ved vurdering af troværdigheden af den anvendte nutidsværdiberegning eller forventede cash flows.

1. Korrekthed af det forventede afkast kan ofte være påvirket af eksterne faktorer i markedet, som er ukendte på transaktionstidspunktet, hvorefter det kan være nødvendigt med subjektive vurderinger. Det er i den forbindelse vigtigt for både skattepligtige og skattemyndighederne, at både forventede profit og omkostninger er nøje vurderet²³³. Længden af vurderingen vil også have betydning for pålideligheden, jo længe ud i fremtiden, desto mere usikker bliver forventningerne²³⁴. Arten af det immaterielle aktiv vil også have betydning, for om udviklingsomkostninger skal medregnes i det forventede cash flow. Nogle immaterielle aktiver har en uendelig levetid og kan videreudvikles, og det vil i disse tilfælde være nødvendigt at indregne udviklingsomkostninger.
2. Vækstraterne er en vigtig del af det forventede fremtidige afkast, men en antagelse om, at vækstraterne vil være den samme i den forventede levetid vil ofte være forkert, og derfor skal man være påpasselig ved anvendelse af en lineær vækstrate. Det forventes derfor, at skattepligtige og skattemyndigheder, vurdere sammenlignelige selskaber i samme branche ved vurdering af en passende vækstrate²³⁵.
3. Discount rater vil have stor betydning, når nutidsværdien af fremtidigt cash flow skal beregnes. Discountraten tager højde for tidsmæssige værdi af penge, samt den risiko der er forbundet med det forventede cash flow. En lille procentmæssig ændring vil have stor betydning for den beregnede nutidsværdi²³⁶. Der findes ikke en discount rate, som er anvendelig ved alle typer af transaktioner, og det skal derfor

²³¹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.158*

²³² OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.160*

²³³ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.163*

²³⁴ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.165*

²³⁵ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.169*

²³⁶ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.170*

ikke tages for givet, at WACC'en er den korrekte discountrate²³⁷. SKAT har ikke taget forbehold for anvendelsen af WACC, og der findes ikke andre discountreter i transfer pricing vejledningen. Til eksempel vil risikoen forbundet med et immaterielt aktiv i udviklingsfasen være større. Dette kan også være tilfældet i nogle brancher²³⁸

4. Levetid og terminal værdi vil ligeledes have stor betydning ved beregningen, da denne ofte danner udgangspunktet for beregningen. Nogle immaterielle aktiver kan bidrage til forsat afkast, selv efter en evt. juridisk beskyttelse er udløbet. Andre kan bidrage til udviklingen af nye immaterielle aktiv, og det kan herved være tilfældet, at noget af den fremtidige værdi af disse skal allokeres til det oprindelig immaterielle aktiv²³⁹.
5. Skatteraterne er aktuelle at vurdere i forhold til den faktiske skat på det forventede cash flow, afskrivningsfordelen, "TAB", samt den skat som pålægges, når det konkrete immaterielle aktiv overdrages²⁴⁰.

Replacement cost method

Metoden anvender et forekast af diskonterede omkostninger, som ville forekomme hvis det immaterielle aktiv skulle erstattes. Erstatningsomkostninger omfatter de totale omkostninger, som ville være forbundet med at udvikle det immaterielle aktiver, der besidder samme egenskaber og anvendelighed. Beregning skal foretages på baggrund af de priser, som er aktuelle ved transaktionstidspunktet. Der kan til beregningen tillægges "opportunity costs", altså omkostninger der vil forekomme i perioden, hvor det immaterielle aktiv ikke er tilgængeligt grundet udviklingen²⁴¹. Nedenstående er et illustrativt eksempel på anvendelsen af metoden, under følgende forudsætninger.

²³⁷ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.171*

²³⁸ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.172*

²³⁹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.176*

²⁴⁰ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.178*

²⁴¹ EU kommissionen – Study on the application of economic valuation techniques for determining transfer prices of cross border transactions between members of multinational enterprise groups in the EU. s 65

WACC - 13 %

Skatterate 22%

Udviklingstid 3 år

	2016	2017	2018
Udviklingstimer	200	300	400
Omkostninger pr. time efter skat	150	150	150
Omkostninger i alt (uden tillæg)	30000	45000	60000
Diskontering periode	0,5	1,5	2,5
Nutidsværdi	28221,63	37462,34	44203,35
Nutidsværdi i alt	109887,3		
TAB	1.173		
Samlet nutidsværdi	128897,8		

Omkostningsmetoder til værdiansættelse af immaterielle aktiver giver sjældent et retvisende resultat, da metoderne har et historisk udgangspunkt, og de derved ikke tager højde for, at der kan være stor forskel mellem omkostningerne og den fremtidig indtjening. Ovenstående vil derfor kun være anvendelig, når det immaterielle aktiv er i udviklingsfasen og der ikke forefindes store forskelligheder i omkostningerne og indtjeningspotentialet²⁴².

Relief from royalty-metoden

Metoden anbefales i SKATs transfer pricing vejledning af 2013. Metoden tager udgangspunkt i, hvad en MNE skulle betale i royalty, hvis denne ikke var overdraget. Metoden er en mellemting mellem markedsmetoden og indkomstmetoden. Markedstilgangen fremkommer ved, at der skal findes sammenlignelige reference transaktioner, som herved anvendes til at vurdere, hvad en armslængde royalty betaling ville være. Indkomstmetoden fremkommer ved, at det forventede fremtidige afkast tilbage diskonteres. Det forventede afkast er udgangspunktet for værdiansættelsen, når der skal findes sammenlignelige reference transaktioner, vil det derfor være vigtigt at disse er i overensstemmelse med sammenlignelighedskravene, som er beskrevet i afsnittet herom. Typer af forhold, som kan være relevante ved vurdering af sammenlignelighed, kan eksempelvis være: Typen af det immaterielle

$$FV = PV(r) \sum_{t=0}^t \left(\frac{\text{Revenue} \times \text{Royalty} (1 - \text{tax})}{\text{Revenue} \times \text{Royalty} (1 - \text{tax})} \right)$$

²⁴² OECD Transfer pricing guidelines 2017 afsnit 6.143

aktiv, som beskrevet i afsnittet herom; egenskaber; udviklingsniveau; grad af eksklusivitet; juridisk beskyttelse mv. Metoden kan beskrives med formlen:

PV(r): = Diskontering raten

t_{Σ} : = Forventede levetid

Revenue: = Forekastede værdi som det immaterielle aktiv forventer at generer

Royaltyraten: = Den som findes ved de sammenlignelige reference transaktioner

Nedenstående er et fiktivt eksempel til at illustrere anvendelsen metoden:

Forventet levetid 7 år
 Årlig omsætning 4000
 Omsætning stiger 4% årligt
 Royaltysats for sammenlignelig immaterielle aktiver 10 %
 WACC 13%

År	Royalty sats	Forventet netto omsætning	Sparet royalty	Sparet efter royaltyskat (22%)	nutidsværdi
1	10%	4000	400	312	293,50
2	10%	4160	416	324,48	270,13
3	10%	4326,40	433	337,46	248,61
4	10%	4499,46	449,95	350,96	228,81
5	10%	4679,43	467,94	365,00	210,59
6	10%	4866,61	486,66	379,60	193,82
7	10%	5061,28	506,13	394,78	178,38
Nutidsværdi i alt					1623,84
TAB					1,73
					2809,25

TAB formelen er givet ved:

$$FV = PVC \times \frac{1}{\left[1 - \frac{t}{n} * \left(\frac{1}{k} - \frac{1}{(k * (1+k)^n)}\right)\right]}$$

FV: Fair value of the intangible asset
PVC: Present value before tax amortisation benefit
t: effective tax rate
n: legal tax life time
k: discount rate

Anvendes samme forudsætninger som i ovenstående eksempel bortset fra, at det immaterielle aktiv vurderes at have en uendelig levetid vil beregningen være følgende:

Terminalperiode	
FCF	400 + 4% pr. År
Værdiberegning	400/ (13%-4%)
diskontering	4444,44/ (1,13) ^7
NPV	1889,156527
Samlet nutidsværdi	3835

Kritikken af metoden er, at den ikke tager højde for værdien som ejerskab medfører. Det skyldes, at ejeren kan bestemme, hvem der kan anvende det immaterielle aktiv og forholdet vil derfor være relevant ved immaterielle aktiver med høj eksklusivitet. Det var også præmissen for at metoden ikke fik medhold i Nestlé sagen: *“A relief-from-royalty model fails to capture the value of all of the rights of ownership, such as the power to determine when and where a mark may be used, or moving a mark into or out of product lines. It does not even capture the economic benefit in excess of royalty payments that a licensee generally derives from using a mark. Ownership of a mark is more valuable than a license because ownership carries with it the power and incentive both to put the mark to its most valued use and to increase its value. A licensee cannot put the mark to uses beyond the temporal or other limitations of a license and has no reason to take steps to increase the value of a mark where the increased value will be realized by the owner”*²⁴³. Som det fremgår, er kritikken også baseret på, at metoden ikke tager højde for, at der ikke foreligger insitament for at øge værdien af det immateille aktiv, såfremt denne kun vil være til gavn for ejeren. Kritikken af relief-form royalty metoden bidrager til diskussionen om, hvorvidt ejendomsretten skal tillægges betydning for værdiansættelsen. Som beskrevet vil ejendomsretten i sig selv ikke medfører rettighed til indkomstallokering eller kun i begrænset omfang. Men kontrollen af beslutningskompetence tillægges værdi ved værdiansættelsen. Det kan også diskuteres, om denne kan tillægges værdi i alle tilfælde, hvis værdien findes i retten til at ekskludere andre i brugen, vil denne værdi være påvirket af mængden af sammenlignelige referencetransaktioner, altså hvor eksklusivt produktet er, samt hvorvidt det immaterielle aktiv medfører øget konkurrenceevne, som igen vil være påvirket af konkurrenceintensiteten. På denne

²⁴³ United States Court of Appeals, Second Circuit. - NESTLÉ HOLDINGS, INC., On Behalf of Itself and Consolidated Subsidiaries, And As Successor In Interest To Nestlé Enterprises, Inc. And Consolidated Subsidiaries, Petitioner-Appellant, Cross-Appellee, v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent-Appellee, Cross-Appellant. - 1998

baggrund kan der argumenteres for, at der i beregning af relief-form royalty metoden kun indregnes en armslængde kompensation, for de mangler fordele som ejerskabet bidrager til.

With-and-without metoden

Metoden tager udgangspunkt i værdiansættelse af et immaterielt aktiv ved at sammenligne to scenerier, et hvor selskabet anvender det immaterielle aktiv, og et hvor dette ikke anvendes. Sammenligningen kan herefter ske på to måder. 1. Enten ved at værdiansætte hele virksomheden under begge scenarier, hvorefter residualværdien er værdien af det immaterielle aktiv. 2. Ved at sammenligne den forventede fremtidige profit under begge scenarier, hvor residual nutidsværdien herefter vil svare til værdien af det immaterielle aktiv. Værdien skal, som ved de andre metoder, tillægges TAB²⁴⁴. Metoden kaldes også premium profit metoden. Premium price metoden anvender samme tilgang, bortset fra, at her vurderes prisen på sammenlignelige produkter uden det immaterielle aktiv med prisen på produkterne med det immaterielle aktiv, hvorefter residualværdien herfra kan tillægges det immaterielle aktiv. Nedenstående er et eksempel på anvendelse af metoden, hvor den forventede fremtidige profit anvendes og under følgende forudsætninger.

WACC: 13%

Skatterate 22%

Vækstrate 2%

Gns. Pris With 125

Gns. Pris Without 125

RUL (remaining useful life) 7 år

²⁴⁴ International valuating standards s 66

FCF (free cash flow with intangible)							
	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Volume	20	21	21	22	22	23	23
Pris	125	125	125	125	125	125	125
salg	2500	2625	2625	2750	2750	2875	2875
salgsomkostninger	800	902	908	956	1002	1066	1099
Bruttomargin	1700	1723	1717	1794	1748	1809	1776
Driftsomkostninger	236	248	260	273	287	301	316
EBITDA	1464	1475	1457	1521	1461	1508	1460
Afskrivninger	60	62	65	68	72	75	79
EBIT	1404	1413	1392	1453	1389	1433	1381
Kapitalomkostninger	83	87	91	96	100	105	111
Arbejdskapital ændring		6	6	7	7	7	8
Tilbageført afskrivninger	60	62	65	68	72	75	79
Skat på EBIT	308,88	310,86	306,24	319,66	305,58	315,26	303,82
FCF	1072,12	1071,14	1053,76	1098,34	1048,42	1080,74	1037,18
FCF (free cash flow without intangible)							
	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Volume	20	21	21	22	22	23	23
Pris	100	100	100	100	100	100	100
salg	2000	2100	2100	2200	2200	2300	2300
salgsomkostninger	600	630	662	695	729	766	804
Bruttomargin	1400	1470	1438	1505	1471	1534	1496
Driftsomkostninger	236	248	260	273	287	301	316
EBITDA	1164	1222	1178	1232	1184	1233	1180
Afskrivninger	50	53	55	58	61	64	67
EBIT	1114	1169	1123	1174	1123	1169	1113
Kapitalomkostninger	83	87	91	96	100	105	111
Arbejdskapital ændring		6	6	7	7	7	8
tilbageført afskrivning	50	53	55	58	61	64	67
Skat på EBIT	245,08	257,18	247,06	258,28	247,06	257,18	244,86
FCF	835,92	871,82	833,94	870,72	829,94	863,82	816,14
Værdiansættelse							
FCF with intangible	1072,12	1071,14	1053,76	1098,34	1048,42	1080,74	1037,18
FCF without intangible	835,92	871,82	833,94	870,72	829,94	863,82	816,14
Forskel	236,2	199,32	219,82	227,62	218,48	216,92	221,04
Diskonterings periode	0,5	1,5	2,5	3,5	4,5	5,5	6,5
Nutidsværdi	222,20	165,93	161,95	148,40	126,05	110,76	99,88
nutidsværdi i alt	1035,17						
TAB	1,17						
Samlet nutidsværdi	1214,25						

Excess earning metoden

Metoden anvender nutidsværdien af de fremtidige cash flows, som det immaterielle aktiv genererer, efter der er fratrasket cash flows som stammer fra bidragende aktiver, "contributory assets". Disse er aktiver, som anvendes til at opnå det forventede cash flow, i sammenhæng med det immaterielle aktiv, som skal værdiansættes. Fordi at de fleste immaterielle aktiver har en levetid på mere end år, anvendes der en MPEEM, "multi-period excess earnings method", hvilket også giver mulighed for en fleksibel tilgang, hvorved der kan foretages en analyse af forskellige forandringer i værdiansættelsesperioden. Metoden anvendes ved otte trin: 1. Estimere det forventede cash flow, samt tidsmæssig placering af disse. 2. Estimere omkostninger forbundet med cash flowet, samt tidsmæssig placering. 3 Justere omkostninger for udviklingsomkostninger af nye immaterielle aktiver. 4. Identificer "contributory" aktiver, som er nødvendige for at opnå det forventede cash flow. Disse kan være materielle aktiver, arbejdskapital, og andre identificerbare immaterielle aktiver. 5. Afgør en passende afkastrate for de "contributory" aktiver, hvorved risikoen er afgørende, lav risiko giver, alt andet lige, en lav afkastningsrate og omvendt²⁴⁵. 6. Fratræk afkast raten fra contributory aktiver, fra det forventede cash flow. 7. Fratræk TAB²⁴⁶. Residual value metoden minder om ovenstående, hvor et fuldt estimat af forventede driftresultat/cash flow fratrækkes et rutine-afkast, dette rutineafkast findes ved en benchmarking af sammenlignelige selskaber.

Nedenstående er et eksempel på residualmetodens anvendelse under følgende forudsætninger:

Vækstrate: 10%
Skatterate: 22%
WACC: 13%
RUL (remaining useful life): 7 år

²⁴⁵ International valuating standards s 62

²⁴⁶ International valuating standards s 63

	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Salg	1000	1100	1210	1331	1464	1611	1772
Salgsmkostninger	400	440	484	532	586	644	709
samlet	600	660	726	799	878	966	1063
driftsomkostninger	100	110	121	133	146	161	184
EBITDA	500	550	605	666	732	805	879
afskrivninger	140	154	169	186	205	225	248
EBIT	360	396	436	479	527	580	631
EBIT i pct. Af omsætning	36	36	36	36	36	36	36
Rutine afkast	129,6	142,6	156,8	172,5	189,7	208,7	227,3

Residual profit	230	253	279	307	337	371	404
Kapital omkostninger	25	26	26	27	28	29	30
arbejds kapital ændring	10	10	11	11	11	12	12
Afskrivning	140	154	169	186	205	225	248
Skat på EBIT	79,2	87,1	95,8	105,4	116,0	127,6	138,9
FCF (free cash flow)	256	284	315	349	387	428	471
diskonteringsperiode	0,5	1,5	2,5	3,5	4,5	5,5	6,5
Nutidsværdi	241,0	236,7	232,0	227,7	223,5	218,3	212,9
Nutidsværdi i alt	1592,1						
TAB	1,173						
Samlet nutidsværdi	1867,6						

Valg af metoder til værdiansættelse af immaterielle aktiver

Der foreligger ikke et krav jf. OECDs TPG om, at der anvendes mere end en metode ved værdiansættelsen, det vurderes, at et sådan krav ville medføre unødvendige omkostninger for både skattepligtige og skattemyndighederne. I tilfælde, hvor det kan være vanskeligt at udpege den mest anvendelige metode, eller hvor det konkrete immaterielle aktiv eks. er defineret som HVTI, kan det være mest hensigtsmæssigt at anvende en fleksible tilgang og herved anvende flere metoder²⁴⁷. Hertil må det tilføjes, at det kan anbefales, at der anvendes flere metoder, som kan efterprøve resultatet fra den primære metode. Det vil også kunne bidrage til en vurdering af muligheden for, at metoden bliver tilsat af skattemyndighederne. Denne diskussion er ligeledes relevant, hvis der er to metoder, som begge har samme grad af sammenlignelighed, men forskelle i værdiansættelsesprocessen kan medføre forskellige interval resultater, disse kan herefter anvendes til foretage en mere præcis

²⁴⁷ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit.2.12*

armslængde værdiansættelse. At der fremkommer væsentligt forskellige resultater kan indikere, at den anvendte data ikke er pålidelige²⁴⁸.

I marts 2017 deltog Danmark i en undersøgelse vedr. anvendelse af regnskabsmæssige værdiansættelsesmetoder ved transfer pricing af immaterielle aktiver. Hertil tilføjer de danske myndigheder at: *"We would like to add that even though it is not a direct requirement to use more than one method, we highly recommend applying different methods in order to stress test the applied primary method"*²⁴⁹. Det fremgår yderligere af retspraksis, at der anvendes flere metoder, herunder de finansielle indkomstmetoder, til at bekræfte resultatet og pålideligheden af den primære metode. De danske myndigheder udtaler i den forbindelse at

"We do not think one standard can be recommended because it all depends on the matter in hand.

*The recommendation of a certain standard could limit the tax administrations options in challenging valuations put forward by the taxpayer. We think that international standards should be the starting point in order to make sure that both the tax administration and the taxpayer have the same basis for the valuation (define the overall framework), but that local standards could be factored in taking the specific facts and circumstances into consideration. We think that a valuation standard should not be rejected solely based on being domestic or non-domestic. The key factor is whether or not the specific model is considered relevant to apply in the case in hand."*²⁵⁰.

Det kan på denne baggrund argumenteres, at det ville være hensigtsmæssigt, at der var et anerkendt regelsæt, som der var bred enighed om. Der kunne angives nogle grundregler ved anvendelse af de finansielle indkomstbaserede metoder, fordi dette ville kunne bidrage til færre tvister mellem staterne og de skattepligtige MNK. Den amerikanske "best method rule" angiver, at der ikke findes et hierarki og metoden skal vælges efter de forhold og omstændigheder, som giver det mest retvisende armslængderesultat²⁵¹. Eksterne data angives at have forrang, da disse er mest objektiv. Valget af metode afhænger derefter af to faktorer: graden af sammenlignelighed og den tilgængelige data²⁵². Hvis to eller flere metoder giver forskellige resultater, og det ikke kan afgøres, hvilken metode som er "the best method", så kan der foretages en vurdering af om efterprøvelse af metoder, ved

²⁴⁸ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 3.58 & 3.59*

²⁴⁹ EU JOINT TRANSFER PRICING FORUM COMPILATION OF COMMENTS RECEIVED ON THE DISCUSSION PAPER ON USE OF ECONOMIC VALUATION TECHNIQUES IN TP – Marts 2017 s. 7

²⁵⁰ EU JOINT TRANSFER PRICING FORUM COMPILATION OF COMMENTS RECEIVED ON THE DISCUSSION PAPER ON USE OF ECONOMIC VALUATION TECHNIQUES IN TP – Marts 2017 s. 9

²⁵¹ Treas reg. 1-482-1(c)(1)

²⁵² Treas reg. 1-482-1(c)(2)

anvendelse af om konkurrerende metoder giver et afvigende resultat. Den samme kontrol kan foretages ved selve grundlaget for metoden²⁵³. De ses også i retspraksis, at der anvendes modeller specifikt udarbejdet til værdiansættelse af et konkret immaterielt aktiv. Dette fremgår af VERITAS og COCA COLA sagerne.

Delkonklusion værdiansættelse

Overordnet kan det konkluderes, at der enighed ved anvendelse af de enkelte metoder, USA angiver dog begrænsede metoder, mens OECD i udgangspunktet angiver, at alle metoder i teorien kan anvendes. Herved kan der opstå konflikt, hvis eksempelvis omkostningsmetoderne anvendes. De tidligere OECD guidelines angav ikke de indkomstbaserede metoder som en mulighed til værdiansættelse af immaterielle aktiver, men kun som et forbehold for sammenligneligheden²⁵⁴. Den opdaterede TPG angiver derimod indkomstmetoden som meget anvendelig, når der ikke forefindes sammenlignelige referencetransaktioner. Så længe den anvendes korrekt, og angiver i den forbindelse fem forbehold for anvendelsen. Herunder længden af det forventede cash flow og samlet leve. Vækstraten og denne udvikling, om nogen, vil ligeledes have stor betydning, samt den anvendte diskonteringsrate. Disse forbehold vil være de samme, som kan give anledning til korrektion. Hvis udbredelsen og anvendelsen af de finansielle indkomstbaserede metoder stiger, kan der argumenteres for at der ville være flere tvister, dels i forhold til selve anvendelsen af metoderne og dels i forhold til de mange korrektionsmuligheder findes ved anvendelsen. Det antages endvidere, at de primære metoder er efterprøvet, og at det kan dokumenteres, at disse ikke ville give det mest retvisende billede, fordi der ellers ved en skatterevision kunne opstå en korrektionsmulighed, med omvendt bevisbyrde. De amerikanske skattemyndigheder angiver som beskrevet CUT, CPM og PSM samt de ”unspecified” metoder som anvendelige ved værdiansættelse af immaterielle aktiver, og det kan konkluderes at der er konsensus ved anvendelse af de primære metoder. Den største forskel fremkommer ved USA's skattepligtiges mulighed for ex post justeringer. OECD har ved indførelsen af HTVI givet skattemyndighederne mulighed for ex post vurdering ved armslængdetesten, samt ved vurderingen af risikoallokeringen, men muligheden for ex post justeringer foreligger stadig ikke i udgangspunktet for skattepligtige. Skattepligtige har dog fået mulighed for at anvende faktiske resultater ved anvendelse af PSM metoden.

²⁵³ Treas reg. 1-482-1(c)(2)(iii)

²⁵⁴ OECD *transfer pricing guidelines 2010 afsnit 6.20*

Aggregeret transfer pricing af immaterielle aktiver

Immaterielle aktiver eller rettigheder hertil kan overdrages individuelt eller i kombination med andre immaterielle aktiver. Hvis transaktionen indeholder flere immaterielle aktiver, vil det være nødvendigt at identificere, hvordan disse interagerer, og hvordan de økonomisk bidrager til hinanden. I OECDs TPG anvendes en medicinal producent som eksempel på denne interaktion. Denne vil typisk have et produkt, som er patenteret og har gennemgået statslig godkendelse, yderligere er denne tilknyttet et trademark. I kombination er disse værdifulde, men isoleret fra hinanden, vil et trademark eksempelvis ikke have den store værdi. OECDs TPG tager netop udgangspunkt i en MNK værdikæde, hvorfor identificering af interaktionen er vigtig jf. armslængdeprincippet²⁵⁵. Det er yderligere vigtigt at identificere, hvilke immaterielle aktiver som indgår i transaktionen i tilfælde hvor et immaterielt aktiv er adskilligt fra et andet. Her anvendes et eksempel med en transaktion med rettigheder til at bruge et trademark, men hertil er også tilknyttet ”reputation value”, som ville skulle medregnes, da en uafhængig tredjepart ellers ikke ville acceptere aftalen²⁵⁶. I andre tilfælde overføres det immaterielle aktiv eller rettighed hertil sammen med materielle aktiver. I tilfælde, hvor det er muligt at adskille de immaterielle- fra de materielle aktiver, skal transaktionen separeres, og hvert element i transaktionen skal vurderes jf. armslængdeprincippet. Hvorvidt en transaktion skal vurderes aggregeret eller separat afhænger af om der findes sammenlignelige transaktioner til at prisfastsætte værdien af interaktionen²⁵⁷. De faktiske omstændigheder og funktionsanalysen vil afgøre hvilke transaktioner, som skal separeres og hvilke som skal aggregeres. Det afgøres ikke af den valgte transfer pricing metode. Som beskrevet indeholder den amerikanske skattereform en udvidelse af IRC § 482, hvortil det tilføjes at *”For purposes of this section, the Secretary shall require the valuation of transfers of intangible property (including intangible property transferred with other property or services) on an aggregate basis or the valuation of such a transfer on the basis of the realistic alternatives to such a transfer, if the Secretary determines that such basis is the most reliable means of valuation of such transfers”*²⁵⁸. Baggrunden herfor var at skabe lighed med reglerne om CSA²⁵⁹, samt at skabe lighed med reglerne udenfor transfer pricing værdiansættelsen. Dette fremgår ligeledes af forarbejderne: *”This approach is also consistent with Tax Court decisions in cases outside of the*

²⁵⁵ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.94*

²⁵⁶ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.95*

²⁵⁷ OECD *Transfer pricing guidelines 2017 afsnit. 6.99*

²⁵⁸ H.R.1 -115th Congress (2017-2018) enrolled bill – SEC. 14221

²⁵⁹ Treas. Reg. 1-482-7(2)(A)(iv)

section 482 context, where collections of multiple, related intangible assets were viewed by the Tax Court in the aggregate.\1554\ Finally, it is also consistent with the cost-sharing regulations”²⁶⁰.

APA

En APA er en bi- eller multilateral aftale mellem staternes kompetente skattemyndigheder og en MNK. Disse offentliggøres ikke og derved vil deres indhold, herunder værdiansættelse²⁶¹, ikke være tilgængelig. Dette er en måde hvorpå MNK’erne kan sikre sig, at den valgte TP metode, herunder sammenlignelighed, evt. justeringer, funktionsanalyse mv. er aftalt på forhånd i en defineret periode²⁶². Derved undgår en MNK den usikkerhed og de omkostninger, der er forbundet med en senere TP-revision og evt. et langt sagsforløb samt dårlig medieomtale. Der foretages kun få skatterevisionerne af kontrollerede transaktioner, for hvilke der er indgået en APA. Der kan dog forekomme kontrol af, om aftalen følges. Men der forlanges generelt ikke TP dokumentation for den omhandlende transaktion²⁶³. Danske MNK’er kan indgå en APA for alle transaktioner. Der findes ingen krav til kompleksitet, omfang eller værdien. Novo Nordisk har indgået flere APA’er, men det fremgår, at transfer pricing risikoen til stadighed har stort fokus, hvilket fremgår af årsrapporten 2017²⁶⁴. Prisfastsættelse kan dog, jf. armslængdeprincippet og de valgte metoder, være komplekse og kræve subjektive vurderinger, og en APA vil som minimum have tre involverede parter, som alle skal kunne tilslutte sig den endelige APA. Derfor er en APA typisk en lang proces, som, alt andet lige, er en ressourcekrævende proces både for skattemyndigheder og for MNK²⁶⁵.

APA USA

I 2012 oprettede de amerikanske skattemyndigheder APMA (Advance Pricing and Mutual Agreement Program), som en division under ”large business & international division”. Disse er den kompetente myndighed til løse sager om TP, samt at yde assistance til MNK om APA’ernes indhold og krav. Indgåelse af en APA er en frivillig aftale, som styrker skattekontrollen, og som kan mindske MNK ”compliance issues”, og som beskrevet skaber større sikkerhed for alle parter om de

²⁶⁰ House of representatives 1st session – 115-466 15. Dec. 2017

²⁶¹ Jf. 6110(b)(1)(B)

²⁶² DJV C.D.11.15.3.1

²⁶³ DJV C.D.11.15.3.2

²⁶⁴ Novo Nordisk årsrapport 2017 s. 43

²⁶⁵ DJV C.D.11.15.3.1

skattemæssige konsekvenser. Der kan dog ikke ansøges om en APA på rent hypotetiske spørgsmål, herunder udviklingsaftaler om immaterielle aktiver²⁶⁶.

En indgået APA kan omfatte en eller flere transaktioner i et eller flere år med en eller flere kompetente myndigheder. APMA kan i den forbindelse foretage vurdering af, om der inddrages "interrelated issues" for yderligere år med mulighed for "rollback"²⁶⁷. APMA kan kræve, som betingelse for fortsættelse af APA processen, at "interrelated issues" også inddrages i den konkrete APA. Dette kræver i sagen natur at dette accepteres, da en APA som beskrevet er frivillig, af henholdsvis de kompetente skattemyndigheder i den pågældende stat samt af den givne MNK²⁶⁸. Et eksempel på "interrelated issues" er, hvor selskab A tilbyder at dække omkostningerne for licensen af et immaterielt aktiv i nogle år for Selskab B, som er kontrolleret af selskab A. Selskab B havde tidligere solgt det immaterielle aktiv til selskab A. Her vil AMPA, hvis det vurderes relevant og at omstændighederne er de samme, inddrage transaktionen i vurdering af licensaftalen²⁶⁹. Udgangspunktet for en APA er en forhåndsaftale om værdiansættelse i en fremtidig periode, men denne kan også omfatte tidligere indkomstår. Rollbacks bliver typisk aftalt, fordi der foreligger en forventning om, at der vil være en MAP sag på vej, som i sagens natur tager udgangspunkt i tidligere indkomstår²⁷⁰. For at øge effektiviteten af APA processen og herved omkostninger, er det et krav ved "store" APA forespøgelser²⁷¹, samt hvis der er immaterielle aktiver omfattet af APA²⁷², at der udfyldes et "pre-filing memorandum". Indholdet afgøres af kompleksiteten af den forespurgte APA, og skal i udgangspunktet være i memorandum form, men kan indeholde diagrammer mv²⁷³. De samlede dokumentationskrav forefindes i bilag 4. Denne er opdelt i fem dele, herunder bl.a. identificerende, sammenfattende information samt forslag til anvendelig metode.

Omkostninger ifølge AMPA er opdelt efter, hvor stor transaktionen er. For "store" transaktioner skal der betales 60.000 USD, og 35.000 USD for fornyelse, som ikke medfører væsentlige ændringer i metode og omstændigheder²⁷⁴. Den 30. juni 2018 stiger taksten til henholdsvis 86,750\$ for en ny APA og 48,500\$ for en fornyelse. Taksten stiger igen d. 31. dec. 2018 til henholdsvis 113,500\$ for en

²⁶⁶ Rev. Proc. 2015-41 sec. 2(2)

²⁶⁷ Rev. Proc. 2015-41 sec. 2(4)(a)

²⁶⁸ Rev. Proc. 2015-41 sec. 2(4)(1)

²⁶⁹ Rev. Proc. 2015-41 sec. 2 (4)(b)(i)

²⁷⁰ Rev. Proc. 2015-41 sec & Rev. Proc. 2015-40

²⁷¹ Rev. Proc. 2015-41 sec 3(2)(2)

²⁷² Rev. Proc. 2015-41 sec 3(4)(c)

²⁷³ Rev. Proc. 2015-41 sec 3(6)

²⁷⁴ Rev. Proc. 2015-41 appendix 3. sec. 3.03 (1)(a)(b)

ny og 62,000\$ for en fornyelse²⁷⁵. En ”lille” APA defineres ved at MNK har en omsætning, som defineret ved treas. Reg. § 1.482-5(d)(1)²⁷⁶, på mindre end 500 mil. USD. I hver af de tre foregående år. Samt at den aggregerede transaktion ikke overstiger 50 mil. USD. Hvis transaktionen omhandler ejendoms- eller brugsretten til immaterielle aktiver må den aggregerede værdi ikke overstige 10 mil. USD i nogle af APA’s omhandlende år²⁷⁷. Indledes APA’en af AMPA eller den kompetente myndighed i en anden stat, er processen gratis for den involverede MNK²⁷⁸. Processen kan sammenfattes til tre trin for APA 1. pre-filing, 2. indsende fuld APA 3. Vedtage den konkrete APA.

En MNK skal herved vurdere omkostninger samt tidsforbruget forbundet med at opnå en APA. Sammenholdt med omkostning til at udarbejde transfer pricing dokumentation, samt omkostningerne ved at finde den rigtige metode, samt omkostninger forbundet med at opnå den påkrævede data. Denne vurdering skal sammenholdes med vurdering af risikoen for transfer pricing revision og en mulig lang sag, med mulighed for korrektioner. På denne skal MNK vurdere om en APA er en attraktiv løsning. Betragtningen skal også sammenholdes med at APA prisen i USA stiger til det dobbelte i 2019.

Dokumentationskrav

Dokumentation af en MNKs koncerninterne transaktioner er væsentligt, dels i forhold til rettidig indgivelse for at undgå økonomiske sanktioner, og dels i forhold til at være fyldestgørende nok til, at der kan foretages en skattemæssig TP revision. Dette har betydning for, om det er henholdsvis den skattepligtige eller den kompetente skattemyndighed som har bevisbyrden.

Det fremgår af BEK nr. 401 af 28/04/2016 § 1., at dokumentationskravet foreligger hos skattepligtige der jf. LL § 2, stk. 1, skal anvende armslængdeprincippet. Dog er der jf. SKL § 3B, stk. 6., angivet en begrænset dokumentationspligt, når MNK alene eller tilsammen har under 250 beskæftigede og enten har en balance på under 125 mio. kr., eller en årlig omsætning på under 250 mio. kr. Er dette tilfældet skal der kun udarbejdes dokumentation, hvis der ikke foreligger en DBO med Danmark, og disse er ikke medlem af EU eller EØS. Det sammen gælder fast driftssted jf. SKL § 3 B stk. 6, nr. 1-3. Ved uvæsentlige transaktioner jf. BEK nr. 401 af 28/04/2016 § 3., skal der alene redegøres for

²⁷⁵ EY – global tax alert 12. Feb 2018

²⁷⁶ “the amount of the total receipts from sale of goods and provision of services, less returns and allowances. Accounting principles and conventions that are generally accepted in the trade or industry of the controlled taxpayer under review must be used”

²⁷⁷ Rev. Proc. 2015-41 appendix 3. sec. 3(04)

²⁷⁸ Rev. Proc. 2015-41 Appendix 3 sec. 3(5)

typen af transaktion som er vurderet uvæsentlig. Dokumentation skal være på dansk, norsk, svensk eller engelsk og dokumentationen skal fremsendes inden 60 dage efter SKATs begæring herom jf. BEK nr. 401 af 28/04/2016 § 2, stk. 3-4. Af forarbejderne til SKL 3 B, stk. 5. fremgår, at transfer pricing dokumentationen skal udarbejdes løbende og senest færdiggøres på selvangivelsestidspunktet²⁷⁹. Selvangivelsen af transfer pricing forefindes i bilag 5. Dokumentation består af to dele, en fællesdokumentation og en landespecifik dokumentation. Jf. BEK nr. 401 af 28/04/2016 § 4, stk. 2., skal der angives en general beskrivelse af koncernens forretningsmæssige aktiviteter. Denne dokumentation vurderes at være utrolig væsentlig, når en MNK har koncern interne transaktioner, den generelle beskrivelse i nr. 1-6, skal give SKAT et overblik over den pågældende MNK værdikæde, samt funktionsanalyse, som danner grundlaget for indkomst allokering under det ”nye armslængdeprincip”. Ifølge BEK nr. 401 af 28/04/2016 § 4, stk. 2 skal for koncernens immaterielle aktiver jf. definitionen i OCED TPG indeholde følgende:

- 1) *En generel beskrivelse af koncernens overordnede strategi for udvikling, ejerskab og udnyttelse af immaterielle aktiver, inklusive geografisk placering af koncernens primære forsknings- og udviklingsfaciliteter, samt angivelse af, hvorfra disse aktiviteter ledes.*
- 2) *En liste over de immaterielle aktiver eller grupper af immaterielle aktiver i koncernen, der har betydning for transaktioner mellem forbundne parter, og med angivelse af hvilke enheder i koncernen, der er juridiske ejere af disse immaterielle aktiver.*
- 3) *En liste over betydelige aftaler mellem de forbundne parter vedrørende immaterielle aktiver, herunder primære CCA-aftaler (Cost Contribution Arrangements), forsknings- og udviklingsserviceaftaler samt licens- og royaltyaftaler.*
- 4) *En generel beskrivelse af koncernens overordnede transfer pricing-politikker i forhold til forsknings- og udviklingsaktiviteter samt immaterielle aktiver.*
- 5) *En generel beskrivelse af alle betydelige overførsler af rettigheder til immaterielle aktiver mellem de forbundne parter i løbet af indkomståret med tilhørende angivelse af hvilke enheder og lande, der er involveret i overførslerne, samt betalingerne i forbindelse hermed²⁸⁰.*

SKM 2017.227.ØLR omhandlede en sag, hvor SKAT i 2013 anmodet om transfer pricing dokumentation for indkomstårene 2008-2012. Denne anmodning var ved en intern fejl forsvundet og selskabet overholdte derfor ikke fristen jf. BEK nr. 401 af 28/04/2016 § 2 stk. 4. Selskabet blev dømt ved byretten for, at have handlet groft uagtsomt, ved ikke at reagere på anmodning fra SKAT. Byretten angav, at der ikke var hverken var skærpende, eller formidlende omstændigheder. Selskabet blev herefter idømt en bøde på 500.000 kr., herved fire gange 125.000. kr. Selskabet ankede dommen

²⁷⁹ Jf. LFF 2004-12-08 nr 140 Ændring af skattekontrolloven, skattestyrelsesloven og ligningsloven (Ændring af oplysnings- og dokumentationspligt vedrørende transfer pricing)

²⁸⁰ Jf. BEK nr. 401 af 28/04/2016 § 4, stk. 3., nr. 1-5

til landsretten, som stadfæstede byrettens kendelse. Landsretten fandt dog, at SKAT hverken havde oplyst om baggrunden for at anmode om fire indkomstår, og ej heller havde oplyst, om praksis herom. Landsretten mente derfor, at det kun var én overtrædelse for ikke at indsende rettidig transfer pricing dokumentation. Hvorved bøden ville blive uforholdsmæssig høj, såfremt alle indkomstår blev lagt til grund.

For skattepligtige jf. SKL § 3, B, gælder der ved kontrollerede transaktioner en forlænget ligningsfrist jf. SFL § 26, stk. 5, hvorefter fristen først udløber i det sjette år efter indkomstårets udløb.

Dokumentationskrav USA

Dokumentationskravene er opfyldt, såfremt den skattepligtige kan dokumentere, at den valgte metode, på baggrund af den tilgængelige information, giver det mest pålidelige armslængde resultat jf. ”the best method rule”. Denne information skal fremsende til IRS indenfor 30 dage efter anmodning herom. Dokumentation skal dog være udarbejdet seneste ved aflæggelsen af skatteregnskabet for det pågældende år²⁸¹. Dokumentationen opdeles i to kategorier: et ”principal document”, som skal indeholde en oversigt over skattepligtiges økonomiske og juridiske forhold, der påvirker prisen på aktiver eller services, samt en beskrivelse af den valgte metode samt grundlaget herfor, en beskrivelse af vurdering af andre metoder, samt hvorfor disse var fravalgt, en beskrivelse af de kontrollerede transaktioner, og hvis der er anvendt sammenlignelige selskaber eller transaktioner skal disse ligeledes beskrives, og slutteligt en summarisk beskrivelse af nye forhold opstået i mellemtiden²⁸². Den anden dokumentationskategori er, ”background documents”, som skal understøtte de oplysninger og anvendte metoder som er anvendt i, ”principal document”. I tillæg hertil har USA tiltrådt OECDs country-by-country rapportering som beskrevet i ovenstående afsnit²⁸³.

Bevisbyrden intern dansk ret

Bøden er endelig, når der er afsagt endelig dom i sagen dvs. at anke mulighederne er udtømt. Bøden kan udskydes efter prøvelse ved 1. instans, hvis der ankes til landsskatteretten. Bøden udskydes dog ikke i det tilfælde, hvor den gensidige aftaleprocedure efter dobbeltbeskatningsoverenskomst, eller EF-voldgiftskonventionen iværksættes²⁸⁴.

²⁸¹ Treas. Reg. 1-6662-6(d)(iii)(A)

²⁸² Treas. Reg. 1-6662-6(d)(iii)(B)

²⁸³ IRS.gov

²⁸⁴ Wittendorff, Jens. ”Transfer Pricing” 2016 s. 569

Ved privatretlige sager gælder reglerne om fri bevisbedømmelse jf. RPL §344, det er derved ikke længere kun skat, som har bevisbyrden for TP vurderingen. Det fremgår af RPL § 344, stk. 2, at såfremt en part fremsætter erklæringer vedrørende sagens faktiske omstændigheder, som er uklare, ufuldstændige, eller undlader at udtale sig om modpartens erklæring samt dennes opfordringer, kan dette tillægges processuel skadevirkning. Processuel skadevirkning virker til fordel for modparten jf. RPL § 344, stk. 2. Såfremt domstolen ex officio tager stilling til spørgsmålet og gives parten mulighed for at udbedre bevisbyrden jf. RPL § 339., og dette undlades, vil det medfører processuel skadevirkning jf. RPL § 344, stk. 3. Der er foreliggende således en delt bevisbyrde på henholdsvis skat, og modparten til at fremskaffe med beviser for TP vurderingen²⁸⁵. Skat kan, såfremt forholdet efter SKL §§ 3 b, stk. 5., og 6, findes mangelfulde foretage korrektion jf. SKL § 3 B, Stk. 9, jf. SKL § 5, stk. 3. Korrektionen foretages skønsmæssigt jf. SKL § 5, stk. 3. Den skønsmæssige korrektion skal være sagligt begrundet i OECD TPG. Retsvirkningerne heraf er, at SKAT har hjemlen til at foretage den skønsmæssige vurdering. Sammenholdt med retsplejelovens regler om fri bevisbedømmelse, er det op til sagsøgte, altså skattepligtige, at bevise SKATs vurdering af den skønsmæssige regulering er åbenbart urimelig, eller hviler på et forkert grundlag jf. armslængdeprincippet.

I SKM 2017.115 LSR tog landsretten stilling til spørgsmålet om den skønsmæssige vurdering hjemlet i SKL § 5, stk. 3., da SKAT påstod, at skattepligtiges prisfastsættelse, efter kost plus prisfastsættelsesmetoden, led af væsentlige mangler og derefter foretog en skønsmæssig korrektion jf. SKL § 5, stk. 3 sammenholdt med SKL § 3 B, stk. 9. SKAT anvendte i deres skønsmæssige vurdering en mark-up på de faktisk afholdte omkostninger. Baggrunden for mark-up vurderingen var baseret på en benchmark-analyse af sammenlignelige selskaber, som var udarbejdet skønsmæssigt jf. SKL § 3 B, stk. 9. Selskabet påstod, at de anvendte selskaber anvendt i benchmark-analysen ikke var sammenlignelige, og den skønsmæssige vurdering var åbenbar urimelig. Det fremgår af rettens kendelse, at sagsøgte ikke kunne løfte bevisbyrden for, at SKATs skønsmæssige vurdering efter SKL § 3 B, stk. 9., ikke var i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Landsretten fandt, at SKATs benchmark analyse på denne baggrund ikke kunne afvises.

²⁸⁵Bang-Pedersen. Ulrik Rammenskow, Christensen, Lasse Højlund & Petersen, Clement salung "Den Civile retpleje" 4. udgave. Universitetsforlaget PEJUS 2017. S. 533

Microsoft-dommen²⁸⁶ tager stilling til spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger væsentlige mangler ved TP prisfastsættelsen. Dommen omhandler Microsoft ApS' manglende overholdelse af tidsfristen i SKL § 3 B, stk. 5, omhandlende opbevaring af skriftlig dokumentation, samt hvorledes priser og vilkår, som er fastsat for de kontrollerede transaktioner, medfører en sådan mangel, at skattemyndighederne kan foretage en skønsmæssig vurdering efter SKL § 5, stk. 3 jf. § 3 B, stk. 9. Landsretten lagde vægt på, at den af Microsoft Danmark ApS udarbejdet transfer pricing dokumentation ikke var tilstrækkeligt dateret, samt at der ikke forelå tilstrækkeligt bevis for, hvornår denne var udarbejdet. Landsretten fandt det derfor ikke godtgjort, at dokumentationen var rettidigt udarbejdet. Der blev i dommen lagt vægt på, at skattemyndighederne ikke have foretaget supplerende kontrol eller foretaget påkrav om tvangsbøder overfor Microsoft Danmark ApS. Dette følger af landsretten begrundelse og resultat:

*” Efter det oplyste har skattemyndighederne imidlertid ikke for nogle af indkomstårene ryk-ke-t for transfer pricing-dokumentationen, der forelå på tidspunktet for skattemyndigheder-nes behandling af sagen. Der er således heller ikke varslet tvangsbøder eller bødepålæg ef-ter skattekontrollovens § 5, stk. 2, og § 17, stk. 3 ”*²⁸⁷

Landsretten begrundet, at den manglende datering og retmæssige udarbejdelse ikke medfører, at der foreligger en sådan mangel, at skattemyndighederne kan foretage en skønsmæssig korrektion efter skattekontrollovens § 3 B, stk. 9 jf. § 5, stk. 3., da skattemyndighederne ikke har udnyttet de hjemlede bødesanktioner overfor Microsoft Danmark ApS.

Landsretten tager i sin begrundelse og resultatet stilling til, hvorvidt Microsofts Benchmark vurdering af sammenlignelige virksomheder lider af sådanne mangler, at det i sig selv, kan begrunde at skattemyndighederne foretager en skønsmæssigvurdering efter SKL § 3 B, stk. 9 jf. § 5, stk. 3.

” Det er efter det oplyste til brug ved vurderingen af, om vederlæggelsen er sket på armslængde vilkår, van-skeligt at finde sammenlignelige virksomheder. Henset hertil og til karakteren af den transfer pricing-dokumentation, som er udarbejdet af Microsoft Danmark ApS, finder lands-retten, at der, som sagen foreligger oplyst, ikke er tilstrækkeligt grundlag for at anse doku-mentationen for

²⁸⁶ Dom af 28 marts 2018 ØLR - Journal nr. B2008003 - SKJ

²⁸⁷ Dom Af 28. marts 2018 ØLR - journal nr. B2008003 SKJ s 163

mangelfuld i et sådant omfang, at dette i sig selv kan medføre, at skatte-ansættelsen kan foretages skønsmæssigt efter skattekontrollovens § 3 B, stk. 9 (dagælden-de stk. 5), jf. § 5, stk. 3.”²⁸⁸

Det kan uddrages af det af landsretten anførte, at selve Benchmark-vurderingen indeholder et usikkerhedsmoment, som ikke i sig selv, selv hvis skattemyndighederne finder denne mangelfuld, vil medføre, at der foreligger en sådan væsentlig mangel, at skattemyndighederne kan foretage en skønsmæssig vurdering jf. SKL § 3 B, stk. 9 jf. § 5, stk. 3, da der er en usikkerheds-margin ved Benchmark-vurderingen.

Det kan på baggrund af dommene konkluderes, at der er forskellige måder, hvorpå der kan foreligge væsentlige mangler, som medfører at skattemyndighederne kan foretage skønsmæssig korrektion jf. SKL § 3 B, stk. 9 jf. § 5, stk. 3.

1)

Såfremt en virksomhed ikke overholder principperne til vurdering af prisfastsættelsen, og skattemyndighederne derved ikke kan foretage revision af prisfastsættelsen, medfører det som belyst i SKM 2017.115 SLR, at skattemyndighederne kan foretage en skønsmæssig korrektion hjemlet i SKL § 3 B, stk. 9 jf. § 5, stk. 3.

2)

Som det er belyst i Microsoft-dommen, kan det udledes, at det af landsretten ikke afvises, at såfremt skattemyndighederne havde udnyttet de hjemlede sanktioner, såsom tvangsbøder eller rykkelse for indhentelse af skatteoplysningerne, ville der foreligge en sådan væsentlig mangel, at det ville kunne medføre hjemmel til en skønsmæssig korrektion jf. SKL § 3 B, stk. 9, jf. § 5, stk. 3.

3)

I medfør af Microsoft dommen, kan det konkluderes, at skattemyndigheder har mulighed for at foretage en vurdering af, om der foreligger indholdsmæssige mangler i den anvendte metode. Som det er belyst i Microsoft dommen, anfører skattemyndighederne en påstand om, at de sammenlignelige virksomheder anvendt i benchmark-analysen ikke er anvendelige ift. Microsoft Danmark ApS. Metoden er korrekt anvendt, men er ifølge skattemyndighederne baseret på et forkert grundlag, som ifølge skattemyndighederne medfører, at der foreligger en væsentlig mangel. Det

²⁸⁸ Dom Af 28. marts 2018 ØLR - journal nr. B2008003 SKJ

afvises af skattemyndigheder, at der er i den konkrete sag er tale om et tilstrækkeligt forkert grundlag, da der ved benchmark-analyser er en usikkerhedsmargin, men det afvises ikke, at der i selve prisfastsættelses metoden kan være baseret på et så forkert grundlag, at det kan medføre, at skattemyndighederne kan foretage en skønsmæssig korrektion jf. SKL § 3 B, stk. 9 jf. § 5, stk. 3. Dommen er således et eksempel på, at der kan foreligge væsentlige mangler i selve anvendelsen af metoden.

Bevisbyrden USA

Ved den amerikanske skatteret findes der et princip om "presumption of correctness" hvilket er en formodning om, at skattemyndighedernes afgørelse er korrekt²⁸⁹. Udgangspunktet er herefter, at bevisbyrden påhviler den skattepligtige. Ved transfer pricing foreligger der en skærpet bevisbyrde for skattepligtige. Ved førsteinstans sager skal skattepligtige påvise, at skattemyndighedernes korrektion jf. IRC § 482 er vilkårlig, uforudsigelig eller urimelige "arbitrary, capricious, and unreasonable". Herved er første bevisbyrde at påvise at de kontrollere transaktioner er sket jf. armslængdeprincippet. Kan dette ikke påvises, er næste mulighed at skattepligtige kan påvise at den foretagne korrektionen ikke er korrekt²⁹⁰. Løftes denne bevisbyrde ikke, skal Tax court selv fastsætte størrelsen af korrektionen. Amerikansk skatteret indeholder en række grundsætninger skabt af retspraksis som præjudicerende for anvendelse af 482. Herunder "business purpose", "substans over form", og "assignment of income doctrine". Denne kan sidestilles med danske skatteretlige begreb om rette indkomstmodtager²⁹¹.

Aftaleprocedure jf. DBO mellem Danmark og USA art. 25

Artiklen angiver fremgangsmåden ved indgåelse af gensidige aftaler. Jf. artikel 25, stk. 1 kan en person i tilfældet at denne mener, at der er truffet foranstaltninger enten i Danmark eller USA som vil medføre beskatning som ikke vil være i overensstemmelse med de artikler i overenskomsten, uanset hvilke retskilder og tidsfrister der måtte være angivet i enten Danmark eller USA, indbringe sagen for de kompetente i den stat, hvor han er hjemmehørende eller statsborger. Det vil dog i sagens natur være muligt at indbringe sagen hos begge myndigheder, da en af de omfattede parter vil være hjemmehørende i den anden stat. Denne kompetente myndighed skal, hvis indsigelsen fremkommer at være berettiget, og hvis denne ikke selv kan nå en rimelig løsning, søge at løse sagen ved gensidig aftale med den anden kontraherende stat med henblik på at undgå en beskatning, som ikke er i

²⁸⁹ Jens international s 88

²⁹⁰ Jens inter s 89

²⁹¹ Jens inter s 92

overensstemmelse med overenskomsten. Aftalen skal gennemføres med hensyn til de interne tidsfrister. Den interne danske tidsfrist er på 3 år, fra den første meddelelse om den foranstaltning, som har givet anledning til beskatningen²⁹². OECD har udviklet MEMAP (Manual on effective mutual agreement) som angiver vejledning til bl.a. formkrav for indgivelse. Disse er bl.a. identifikation af den skattepligtige, selve transaktionen samt relationen som transaktionen indgår i. Den fulde liste er angivet i bilag 6²⁹³. IRS angiver at en skattepligtig kan søge assistance til en hver tid, efter at en foranstaltning er truffet²⁹⁴. Artikel 25 angiver kun at der skal indledes en gensidig forhandling, men der er intet krav til at nå enighed herom. BEPS action 14 havde til formål at mindske den tidsmæssige horisont, for disse forhandlinger. Her blev der anbefalet en max behandling på 2 år²⁹⁵. Denne anbefaling skal ses i lyset af at der i 2008 blev indført stk. 5, hvorefter en skattepligtig kan få sagen prøvet ved voldgift, såfremt sagen ikke er afgjort inden 2 år. Denne anvender herefter en max behandlingstid på 1 år. Hvorefter en skattepligtig i EU kan få sin sag afgjort på maksimum 3 år²⁹⁶. Denne mulighed foreligger derved ikke mellem kontrollerede transaktioner når den ene part er hjemmehørende i USA. Samtidigt skal alle lignings- og opkrævningsprocedure indstilles jf. art. 25, stk. 2. I artikel 25, stk. 3 er oplistet en ikke udtømmende liste over mulige vanskeligheder, som de kompetente myndigheder kan løse ved specielle aftaler, herunder fast driftssted allokering. Samme fordeling af indkomst, indeholdelse, nedslag eller fradrag. Samme betegnelse for personer og indkomst. Yderligere fremgår det at de kompetente myndigheder kan rådføre sig tilfælde som ikke omhandlet i overenskomsten jf. art. 25, stk. 5²⁹⁷.

Sanktioner danskret

Hvis dokumentationspligten er groft eller uagtsomt undladt, kan det medføre bødestraf jf. SKL § 17, stk. 3. Ved vurderingen af, om dokumentationspligten er undladt anvendes en proportionalitetsbetragtning for den pågældende skattepligtige. Heraf kan der kun gives bødestraf, hvis der foreligger ingen eller væsentlig mangelfuld TP dokumentation. Bøden er normeret til et fast beløb, som udgør 250.000 kr. plus 10 % af indkomstforhøjelsen som tillæg. Hvis den skattepligtige

²⁹² Jf. DJV C.F.8.2.2.25.2

²⁹³ OECD - MEMAP 2.2.1

²⁹⁴ Rev. Proc. 96-13

²⁹⁵ Action 14 Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective – Final report 2015

²⁹⁶ Wittendorff, Jens. "Transfer Pricing" 2016 s.608

²⁹⁷ Bekendtgørelse af overenskomst af 19. august 1999 mellem regering i Kongeriget Danmark og regeringen i Amerikas Forenede Stater til undgåelse af dobbeltbeskatning og forhindring af skatteunddragelse for så vidt angår indkomstskatter.

efterfølgende efterkommer dokumentationspligten, og denne ikke længere lider af væsentlige mangler, nedsættes bøden til 125.000 kr.

I følgende situationer kan bøden forelægges skattepligtige:

- 1) Dokumentation er ikke indsendt efter anmodning.
- 2) Hvis der ikke er indsendt supplerende oplysninger efter der er givet anmodning herom.
- 3) Skattepligtige ikke indsender dataundersøgelse
- 4) skattepligtige ikke indsender revisorerklæring efter anmodning.

Bødens størrelse på 125.000 kr. afspejler minimumsomkostningerne ved at udarbejde TP dokumentation fra skats side. Baggrunden for bødens størrelse på 250.000 kr., skal afspejle lovens præventive effekt, da det skal kunne betale sig at overholde TP dokumentationskravene²⁹⁸.

Hvis den skattepligtige forsætligt eller groft uagtsomt giver urigtige oplysninger om, hvorvidt den skattepligtiges forhold er omfattet af SKL § 3 B, stk. 6., ifalder den skattepligtige ligeledes en bødestraf jf. SKL § 14, stk. 4. Virksomhedens omsætning, eller antal medarbejdere udgør bødens udmålingen. Det fremgår af SKL § 14, stk. 6., at bøden for overtrædelse heraf udgøres efter det største af følgende beløb:

Hvis omsætningen er...	da er bøden...	Hvis antallet af ansatte er...	da er bøden...
op til 500 mio. kr.	0,5 % af omsætningen	250-299	1,50 mio. kr.
500 mio. kr.	2,5 mio. kr.	300-349	1,75 mio. kr.
fra 500 mio. kr. op til 1 mia. kr.	+ 0,1 % af omsætningen	350-399	2,00 mio. kr.
1 mia. kr.	3,5 mio. kr.	400-449	2,00 mio. kr.
Over 1 mia. kr.	+ 0,05 % af omsætningen	450-499	2,00 mio. kr.
		>500	2,00 mio. kr.

Det følger videre af SKL § 14, stk. 6, 2 pkt., at skærpende omstændigheder yderligere kan forhøje bøden. En skærpende omstændighed foreligger for eksempel i de tilfælde, hvor den skattepligtige systematisk har overtrådt skattelovgivningen jf. SKL § 14, stk. 6, 2 pkt.²⁹⁹ SKAT kan i medfør af

²⁹⁸ SKM 2017.227

²⁹⁹ DJV A.C.3.5.3.8 - 31.07.2017

SKL § 3, stk. 8, indhente en revisorerklæring for at understøtte, at TP dokumentationen giver et korrekt og retvisende indtryk, samt at TP dokumentationen er i overensstemmelse med TP bekendtgørelsen og armslængde-princippet. Revisorerklæringen må ikke udfærdiges af sædvanlig revisor³⁰⁰.

Sanktioner USA

IRC § 6662 regulerer sanktioner ved for lav betaling af indkomstskat. Udgangspunktet er, at der bliver tillagt en ekstra skat på 20 pct., af den for lave betalte indkomstskat. Loven finder anvendelse i relation til IRC 482 ved uagtsomhed eller tilsidesættelse af love og regulativer, samt ved væsentlige over- eller under angivelser³⁰¹. Uagtsomhed defineres ved, at der ikke er søgt overholdelse, og tilsidesættes af alle former hensynsløshed eller forsæt³⁰². For selskaber foreligger der en væsentlig undervurdering, den mindste af enten 10 pct. af den skattepligtige indkomst eller 10.000.000 \$. Væsentlige fejlinformation i relationen til IRC § 482, hvor der foreligger interessefælleskab er væsentlig fejlinformation angivet ved 200 pct., mere, eller 50 pct. mindre for transaktioner med aktiver, services³⁰³, eller hvis korrektionen overstiger det mindste af 5,000,000 \$ eller 10 pct. af de samlede indtægter³⁰⁴. Der foreligger en øget straf ved store fejlinformationer dette er defineret ved at 200 pct. erstattes med 400 pct. og de 50 pct. erstattes med 25 pct. Tærsklen på 10,000,000\$ hæves til 20,000,000\$, og de 10 pct. erstattes med 20 pct. Foreligger der store fejlinformationer hæves den ekstra skat fra 20 pct. til 40 pct.³⁰⁵.

Diskussion

Der kan endvidere peges på, at den danske retssikkerhed i intern dansk skatteret er svækket ift. andre medlemslande, som har tiltrådt OECDs modeloverenskomsts Art. 9, stk. 1. Det følger af de danske regler, at der ikke foretages en ajourføring af OECD TPG jf. LL § 2. Dette betyder, at der kommer en skævvridning i retstilstanden, som bl.a. er med til at bevirke ovenstående problemstilling jf. moralfare. Diskussionen omkring de lege lata (gældende ret) lapper henover diskussionen om de lege ferenda (i overensstemmelse med loven, som den burde være), da man kan være kritisk overfor den gældende retstilstanden i dansk ret. Det følger af bl.a. engelsk ret, at der skal foretages en løbende ajourføring ved fortolkning af schedule 28AA i henhold til OECD guidelines. Endvidere følger det

³⁰⁰ Michelsen, Aage. Askholt, Steen, Bolander, Jane mf., Lærebog om indkomstskat s. 1170

³⁰¹ IRC § 6662(b)(1-3)

³⁰² IRC § 6662(c)

³⁰³ IRC § 6662(e)(B)(i)

³⁰⁴ IRC § 6662(e)(B)(ii)

³⁰⁵ IRC § 6662(h)(A)(i)(ii)(iii)

af norsk ret, at det kun er ved rets anvendelsen, at OECD guidelines skal lægges til grund. Det følger således af norsk ret, at der er tale om vejledende retningslinjer, som bruges som fortolkningsbidrag³⁰⁶. Det følger således klart af lovgivningen, hvorledes OECD guidelines skal bruges, samt i hvilket omfang de skal lægges til grund, hvilket styrke borgerens retssikkerhed.

Diskussionen om, hvorledes dansk ret skal udforme sig, for at skabe de bedste skattemæssige rammer, samt styrke retstilstanden, beskrives i følgende afsnit. Det kan indledningsvist påpeges, at det følger af GRL § 43, at der er indskrænkede beføjelser ift. skatteministerens mulighed for at udstede regler på det skattemæssige område via delegation. Jens Wittendorff pointerer, at der er en mulighed for at få en ordning, som den engelske og norske, med hjemmel i grundloven³⁰⁷. Den retspolitiske situation om borgerens retssikkerhed burde være, at man strider imod utopien, at borgeren selv via loven kan finde frem til, hvorledes retsområdet fungere. Det følger heraf, at der for at opnå en den bedst mulige retssikkerhed for borgeren, burde vedtages en ny lov, som nærmere beskriver forholdet til OECD TPG, og i hvilken udstrækning disse skal inddrages, da den nærmeste henvisning i OECD findes i forarbejder til LL § 2. Dette kan ses i forlængelse af, at der er indført en ny CWI-norm, som i princippet harmoniserer OECDs TPG og USA's TP regler. Men som der påpeges jf. Moral Hazard hersker der tvivl om, hvorvidt OECDs TPG strider imod armlængdeprincippet og dermed må afvises i intern dansk ret. Der kan således overordnet set siges, at der foretages en styrkelse af den internationale konforme skatteret, men den danske internt retligeskatte ret ikke har fulgt udviklingen på samme måde som de resterende medlemslande. Det fremgår bl.a. at Tyskland siden 2008, har indført en intern retlig hjemmel til brug af CWI-normen. Selvom det er fremført, at indførsel af en CWI-norm vil være i strid med armlængdeprincippet i modeloverenskomst Art. 9, stk. 1., giver det stadig en hentydning omkring den internationale udvikling der er kommet ift. dansk intern ret på området. Det kan endvidere nævnes, at der ikke er hjemmel i dansk ret til at indfører en periodisk priskorrektion³⁰⁸.

Perspektivering

Overordnet kan transfer pricing reglerne perspektiveres til de øvrige værnsregler, om aggressiv skatteplanlægning og uhensigtsmæssig skatteplanlægning. Herunder regler om tynd kapitalisering, som tager udgangspunkt i, at koncernforbundne selskaber finansieres med fremmekapital, som

³⁰⁶ Wittendorff, Jens. "Armlængdeprincippet i dansk og international skatteret" 2009 s. 888

³⁰⁷ Wittendorff, Jens. "Armlængdeprincippet i dansk og international skatteret" 2009 s. 889

³⁰⁸ Wittendorff, Jens. "Transfer Pricing" s. 423

overstiger egenkapitalen i et omfang, som en uafhængig tredjepart ikke ville acceptere³⁰⁹. Denne værnregel begrænser herefter fradragsretten fra kurstab og renter ydet fra et koncerninternt lån. Begrænsningen forekommer, når fremmekapitalen overstiger forholdet 4:1 ved indkomstårets udløb, begrænsningen finder kun anvendelse, når den kontrollerede gæld overstiger 10 mio. kr. jf. SEL § 11, stk. 1.

Der kan ligeledes perspektiveres til diskussionen om at anvendelse af armslængdeprincippet, er en stor byrde for skattemyndighederne og skattepligtige, dette kan udledes dels af de øgede dokumentationskrav, sanktioner, og priser for at opnå en APA. Det har medført, at OECDs medlemslande internt har diskuteret muligheden for anvendelse af ”safe harbours³¹⁰”. Det ville have den overordnede fordel at mindske den økonomiske byrde for både skattepligtige og skattemyndighederne. Det vil også medføre en sikkerhed for den skattepligtige, i forhold til, at den skattepligtige ikke senere vil få en korrektion, hvorved det skabes en økonomisk usikkerhed, som i yderste konsekvens kan betyde risiko for going concern³¹¹. Ved dansk intern ret forligger der en sådan regel ved MNK med lille omsætning, eller få antal medarbejder, som beskrevet i afsnittet om dokumentationskrav. Dette medfører, at SKAT kan målrette deres skatterevision mod de større MNK. Denne tilgang havde dog tidligere fået kritik fra rigsrevisionen, hvorefter SKAT indførte EBIT-projektet som reelt betyder, at selskaber med kontrollerede transaktioner også indgår i udsøgningen³¹².

Ovenstående perspektivering om at mindske byrden, kan yderligere perspektiveres til anvendelse af en anden allokeringsnorm end armslængdeprincippet. Hertil angiver OECD TPG en ”global formulary apportionment”. Denne tilgang ville allokere profitten fra MNK’er på en konsolideret måde, på tværs af landegrænser ved at anvende en forudbestemt formel som anvendes konsekvent³¹³. Anvendelsen ville kræve tre grundlæggende vurderinger, hvem i den konkrete MNK som udfører beregningen. En beregning af den samlede globale indkomst, samt hvor denne skal allokere i den MNK. Formlen ville højst sandsynligt inddrage omkostninger, aktiver, lønninger og salg³¹⁴. Anvendelsen vil være i overensstemmelse med princippet om, at en MNK skal vurderes på et globalt niveau. Yderligere vil anvendelsen have de samme fordele som ville foreligge ved ”safe

³⁰⁹ SKAT DJV C.D.2.4.4.1.1

³¹⁰ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit 4.95

³¹¹ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit 4.105

³¹² Rigsrevisionens notat om beretning om SKATs indsats på transfer pricing-området, juni 2017 s. 3

³¹³ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit 1.16

³¹⁴ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit 1.17

habour”, altså sikkerhed for den skattepligtiges økonomiske fremtid, samt den økonomiske byrde for både skattepligtige og skattemyndighederne³¹⁵. Den største bekymring foreligger ved at anvende en implementering som ville beskytte mod dobbeltbeskatning, fordi det ville kræve at der aftales, hvordan profitten skulle opgøres og allokeres. En yderligere kritik af anvendelsen er, at selve formelen ville kunne anvendes til skattemanipulation, fordi denne ville manipuleres til at allokere profitten til lavt beskattede lande³¹⁶. En yderligere kritik er, at en forudbestemt formel ikke ville kun inddrage markedsudviklinger. OECD afviser anvendelsen af metoden grundet ovenstående kritik³¹⁷.

³¹⁵ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit 1.19

³¹⁶ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit 1.25

³¹⁷ OECD *Transfer pricing guidelines 2017* afsnit 1.21

Konklusion

Det kan overordnet konkluderes af det foreligger konsensus mellem de interne danske og de amerikanske regler, hvorved det er armslængdeprincippet som skal anvendes som allokeringsnorm. Henholdsvis jf. LL § 2 og IRC § 482. Der foreligger også konsensus i forhold skattesubjekterne som er underlagt transfer pricing, samt hvornår der foreligger et interessefællesskab. Der kan også konkluderes at der foreligger konsensus i forhold til ejerskabsvurderingen, hvorefter det juridiske ejerskab i udgangspunktet respekteres, såfremt den stemmer overens med økonomiske substans af transaktionen. Den faktiske handlemåde og råderet er central i begge staters vurdering af om der har været en overdragelse. Der anvendes ligeledes samme vurdering af om overdragelsen er forretningsmæssigt begrundet. Der kan dog ikke findes retspraksis hvor skattemyndigheder helt har tilsidesat en overdragelse fordi den ikke blev anset som forretningsmæssig begrundet.

Det kan konkluderes at der i begge stater anvendes en bred definition på immaterielle aktiver, hvilket også gør sig gældende ved OECDs TPG. Opdatering af den amerikanske definition, hvorefter goodwill også er et immaterielt aktiv og kan tillægges værdien ved overdragelse af et immaterielt aktiv til et koncernforbundet selskab hjemmehørende i Danmark, kan medføre tvister, da der efter dansk retspraksis kun kan ske overdragelse af goodwill i forbindelse med overdragelsen af hele selskabet. Det kan udledes af formål med opdatering netop har været at goodwill skal kunne tillægges værdien af immaterielt, da der i forarbejderne hertil henvises til VERITAS dommen, hvor manglen på definitionen, medførte at skattemyndigheder ikke kunne inddrage goodwill ved værdiansættelse af det immaterielle aktiv. Ved OECDs TPG opdatering skabes der konsensus ved identificering af immaterielle aktiver efter indførelsen af en vurdering af værdifulde og unikke immaterielle aktiver, som netop var fokuspunktet da CWI-normen blev indført.

Det kan konkluderes at opdatering OECD's TPG i forhold til værdiansættelsen har medført en større anerkendelse ved anvendelse af de indkomstbaserede værdiansættelsesmetoder, når der ikke kan findes sammenlignelige reference transaktioner. Dette illustreres ved indførelse af HTVI immaterielle aktiver, så må ses i lyset af interne transaktioner med immaterielle aktiver på globalt plan er steget. Anvendelsen af indkomstmetoderne til værdiansættelse kan i mangel af grundlæggende konsensus om anvendelse øge antallet at MAP sager. Det samme vil gøre sig gældende når dels skattemyndighederne og skattepligtige anvender metoder som direkte skabt til en værdiansættelse af et konkret aktiv.

Det kan yderligere konkluderes at den opdaterede OECD TPG bidrager til en øget anvendelse af mere end én metode. Det samme bidrager den amerikanske skattereform til i forhold til aggregeret transfer pricing, hvor en sammenlægning af flere immaterielle aktiver, kan medføre et behov for anvendelse flere metoder. Den opdaterede OECD TPG angiver at alle metoderne i udgangspunktet ville kunne anvendes, dette kan medføre yderligere MAP sager mellem USA og Danmark, da de amerikanske regler kun angiver CUT, CPM, PSM og de ikke definerede metoder. OECD angiver dog i afsnittet om immaterielle aktiver at CUP, PSM samt de indkomstbaserede metoder som primære, der tilføjes forbehold ved anvendelsen af TNMM/CPM hvilket igen kan medføre øget MAP sager hvis denne anvendes. Opdatering af risikoallokeringen betydning for profit/tabs fordeling, kan medføre øget anvendelse af PSM fordi denne netop er anvendelig ved risikoallokering, hvor der ofte ikke ville kunne findes en referencetransaktion til at understøtte CUP/CUT metoden. SKATs vejledning angiver anvendelse af relief from royalty-metoden uden forbehold, dette ville ligeledes kunne medføre MAP sager, fordi den amerikanske retspraksis har udvist forbehold ved anvendelsen fordi metoden ikke medregner værdien af ejerskabet. Ulempen ved anvendelsen af den markedsbaserede CUP/CUT metode er at der ofte ikke kan findes direkte sammenlignelige referencetransaktioner, hvorved der vil være mulighed korrektioner. Ulempen ved anvendelsen af TNMM/CPM er denne sjældent vil kunne anvendes til direkte at værdiansætte et immaterielt aktiv. Ulempen ved anvendelsen af PSM metoden er at denne kræver data om alle parternes bidrag til værdikæde og der skal uarbejdes en omfattende funktionsanalyse til beregne allokeringen, denne ville kunne blive undlagt korrektioner. Det samme vil gøre sig gældende for rutine bidraget, ved residual metoden, hvor der kan foretages korrektion af sammenlignelighedsgrundlaget.

Anvendelse af de indkomstbaserede værdiansættelsesmetoder, kan argumenteres for at medføre øget korrektionsmuligheder, fordi der ved beregningen vil være grundlag for tvister om selve beregningsgrundlaget. Herunder vækstrater, diskontering, levetid og det forventede cash flow. En anden faktor, som er specielt vigtig ved anvendelse af en indkomstbaseret metode til værdiansættelse af immaterielle aktiver, er vurderingen om forældelse som kan give anledning til korrektion. Hvorvidt der ved en armslængdetest skal anvendes en ex post vurdering vil ligeledes til stadig kunne medføre tvister mellem USA og Danmark, da det er uvist hvordan og hvilken de danske skattemyndigheder vil anvende de opdaterede OECD TPG, i forhold til en ex post vurdering af risikoallokeringen og vurdering det faktiske resultat fra immaterielle som lever op til definitionen som HTVI. Der foreligger dog konsensus om anvendelsen af +/- 20 pct. Reglen ved afvigelser som skyldes uforudsete hændelse. Hvorvidt anvendelsen af bag klogskab vil finde anvendelse i dansk ret vil bero på en fortolkning af

om dette vil være i strid med armslængdeprincippet og derved i strid med LL § 2 og DBO Art. 9. Den brede definition af HTVI vil kunne medføre at mange immaterielle aktiver i fremtiden ville kunne blive klassificeret som sådanne. Der kan derfor argumenteres for at der enten skal skabes retningslinjer fra myndighedernes side, for rets anvendelsen når der sker opdateringer til OECD TPG. Eller at opdateringerne, når disse har væsentlig betydning, implementeres i dansk intern ret.

Det kan konkluderes der ikke findes afvigelse i dobbeltbeskatningsoverenskomstens Art 25, mellem USA og Danmark. Dette betyder at såfremt en skattepligtig mener at der truffet foranstaltninger som ikke er overensstemmelse med artiklerne i DBO'en, herunder Art. 9. Indbringe sagen for de kompetente myndigheder i den stat, hvor denne er skattemæssigt hjemmehørende eller statsborger. Problemstillingen ved anvendelsen af Art 25, er at der ikke er angivet at staterne skal komme frem til en løsning, men kun at disse skal mødes til en forhandling herom. Der findes ligeledes en tidsfrist, hvilket kan gøre at forhandlingerne trækkes i langdrag, hvilket medføre en lang sagsbehandling og forlænget usikkerhed for den skattepligtige. Der vil ved transaktioner mellem Danmark og USA ikke kunne gøre brug af EUs voldgift konvention, som ellers sikre en maksimum behandlingstid på 3 år. OECDs indførelse om øget effektivitet jf. BEPS action 14 vil, hvorefter det anbefales at sager skal løses på maksimum 2 år, vil heller ikke finde anvendelse. En mulighed for at skabe sikkerhed for at den skattepligtige ikke skal have en lang MAP sag, og kan være sikker på at der ikke foretages korrektion, og eventuelle sanktioner er ved at indgå APA. Hertil må den skattepligtige dog nøje overveje om fordelene opvejer ulemperne, herunder specielt omkostningerne som stiger med 100 % ved det amerikanske APMA.

Kildehenvisning

Litteratur

Bang-Pedersen. Ulrik Rammenskow, Christensen, Lasse Højlund & Petersen, Clement salung "Den Civile retpleje" 4. udgave. Universitetsforlaget PEJUS 2017

Hansen, L. Lone, Werlauff, Erik: "Den juridiske metode – en introduktion", Juridisk- og Økonomforbundets forlag, 2. udgave, 1. oplag, 2016

Michelsen, Aage. Askholt, Steen, Bolander, Jane mf., "Lærebog om indkomstskat" 16 udgave. Juridisk- og økonomforbundets forlag 2015. København k Wittendorff, Jens. "

Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret" Thomson Reuters, 1. udgave, 1 oplag, 2009.

Wittendorff, Jens. "Transfer Pricing" 1. udgave. Karnov Group Denmark A/S. 2016 København

Winther-Sørensen, Niels. Bundgaard, Jakob. Wittendorf, Jens "Skatteretten 3" 6. udgave, Karnov Group Denmark A/S København 2013

Rapporter

Comments received on public discussion draft BEPS action 10 – revised guidance on profit splits part 1 – oktober 2017

Deloitte og Kraka – small great nation – muligheder og udfordringer

EU JOINT TRANSFER PRICING FORUM COMPILATION OF COMMENTS RECEIVED ON THE DISCUSSION PAPER ON USE OF ECONOMIC VALUATION TECHNIQUES IN TP – Marts 2017

EU kommissionen – Study on the application of economic valuation techniques for determining transfer prices of cross border transactions between members of multinational enterprise groups in the EU.

FSR - Fagligt notat om den statsautoriserede revisors arbejde i forbindelse med værdiansættelse af virksomheder og virksomhedsandele 2002

Global Intangible Finance Tracker 2017 - An annual review of the world's intangible value June 2017

International valuation standards 2017

OCED transfer pricing guidelines 2017

Public discussion draft BEPS ACTION 10 Revised profit split 22 juni – 15 september 2017

Rigsrevisionens notat om beretning om SKATs indsats på transfer pricing-området, juni 2017

Domme

USA

T.C. Memo 1966-15 Charles Town, Inc. v. Commissioner - 372 F.2d 415 (4th Cir. 1967), aff'g T.C. Memo 1966-15, cert. denied 389 U. S. 841

148 T.C. No. 8 - UNITED STATES TAX COURT - AMAZON.COM, INC. & SUBSIDIARIES, Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - March 23, 2017.

133 T.C. No. 14 - VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES, SYMANTEC CORPORATION (SUCCESSOR IN INTEREST TO VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES), Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - 2009

T.C. Memo. 1998-461 - DHL CORPORATION AND SUBSIDIARIES, Petitioners v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent

Danmark

SKM 2017.227

SKM 2018.173

SKM 2017.538

SKM 2003.284

SKM 2006.284

SKM 2016.436

SKM 2018.62

SKM 2017.115

Dom Af 28. marts 2018 ØLR - journal nr. B2008003 SKJ

Anvendte hjemmesider og links

Comments Received on Public Discussion Draft BEPS ACTION 10

<https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Compilation-revised-guidance-profit-splits-2017.pdf>

Ft.dk

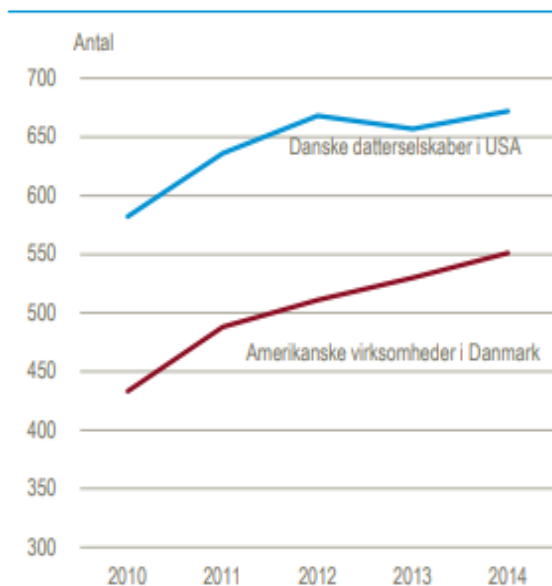
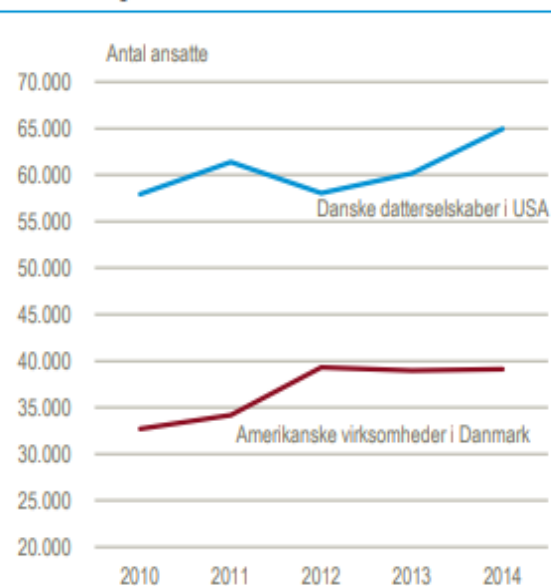
Skat.dk

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/US_IRS_announces_increase_in_user_fees_for_unilateral_and_bilateral_APAs/\\$FILE/2018G_00757-](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/US_IRS_announces_increase_in_user_fees_for_unilateral_and_bilateral_APAs/$FILE/2018G_00757-)

[181Gbl_TP_US%20Increase%20in%20user%20fees%20for%20APAs.pdf](#)

<https://www.irs.gov/businesses/international-businesses/country-by-country-reporting>

Bilag 1

Figur 5 Danske datterselskaber i USA og amerikanske virksomheder i Danmark**Figur 6 Antal ansatte i danske datterselskaber i USA og i amerikanske virksomheder i Danmark**

Anm.: I opgørelsen af amerikanske virksomheder i Danmark anvendes den ultimative ejer, mens den direkte ejer anvendes i opgørelsen af danske datterselskaber i USA. I praksis er forskellen begrænset.

Kilde: www.statistikbanken.dk/OFATS4 og www.statistikbanken.dk/IFATSF2

Rank 2017	Company	Sector	Total Intangible Value - USDbn	Total Intangible Value / Enterprise Value (%)
1	APPLE INC	Computers	455	62%
2	MICROSOFT CORP	Software	442	88%
3	AMAZON.COM INC	Internet	410	95%
4	ALPHABET INC-CL A	Internet	378	65%
5	AT&T INC	Telecommunications	347	95%
6	FACEBOOK INC-A	Internet	344	84%
7	ANHEUSER-BUSCH INBEV SA/NV	Beverages	333	98%
8	VERIZON COMMUNICATIONS INC	Telecommunications	300	98%
9	JOHNSON & JOHNSON	Pharmaceuticals	294	89%
10	GENERAL ELECTRIC CO	Miscellaneous Manufacturing	272	72%
11	TENCENT HOLDINGS LTD	Internet	260	93%
12	ALIBABA GROUP HOLDING-SP	Internet	251	91%
13	PFIZER INC	Pharmaceuticals	248	110%
14	PROCTER & GAMBLE CO/THE	Cosmetics/Personal Care	245	99%
15	COMCAST CORP-CLASS A	Media	237	99%
16	BERKSHIRE HATHAWAY INC-CL	Insurance	232	44%
17	NESTLE SA-REG	Food	224	89%
18	VISA INC-CLASS A SHARES	Diversified Finan Serv	224	102%
19	ROCHE HOLDING AG-	Pharmaceuticals	220	93%
20	PHILIP MORRIS INTERNATIONAL	Agriculture	199	98%
21	COCA-COLA CO/THE	Beverages	184	88%
22	NOVARTIS AG-REG	Pharmaceuticals	180	87%
23	PEPSICO INC	Beverages	179	98%
24	ORACLE CORP	Software	177	97%
25	UNITEDHEALTH GROUP INC	Healthcare-Services	175	98%
26	INTL BUSINESS MACHINES	Computers	175	95%
27	HOME DEPOT INC	Retail	175	88%
28	CHARTER COMMUNICATIONS	Media	174	107%
29	EXXON MOBIL CORP	Oil&Gas	174	45%
30	WALT DISNEY CO/THE	Media	171	85%
31	MERCK & CO. INC.	Pharmaceuticals	167	92%
32	UNILEVER NV-CVA	Cosmetics/Personal Care	165	98%
33	WAL-MART STORES INC	Retail	164	62%
34	KRAFT HEINZ CO/THE	Food	158	113%
35	SOFTBANK GROUP CORP	Telecommunications	150	74%
36	ALTRIA GROUP INC	Agriculture	144	97%
37	ABBVIE INC	Pharmaceuticals	141	107%
38	BRITISH AMERICAN TOBACCO	Agriculture	129	88%
39	GLAXOSMITHKLINE PLC	Pharmaceuticals	128	105%
40	MEDTRONIC PLC	Healthcare-Products	128	98%
41	INTEL CORP	Semiconductors	126	73%
42	SAP SE	Software	120	98%
43	JPMORGAN CHASE & CO	Banks	119	30%
44	MASTERCARD INC - A	Diversified Finan Serv	118	95%
45	ALLERGAN PLC	Pharmaceuticals	117	113%
46	BOEING CO/THE	Aerospace/Defense	116	106%
47	3M CO	Miscellaneous Manufacturing	115	94%
48	REYNOLDS AMERICAN INC	Agriculture	114	112%
49	DEUTSCHE TELEKOM AG-REG	Telecommunications	113	79%
50	MCDONALD'S CORP	Retail	113	85%

Rank 2017	Company	Sector	Total Intangible Value - USDbn	Total Intangible Value / Enterprise Value (%)
51	WELLS FARGO & CO	Banks	112	33%
52	AMGEN INC	Biotechnology	110	93%
53	LVMH MOET HENNESSY LOUIS	Apparel	109	94%
54	SANOFI	Pharmaceuticals	108	88%
55	SIEMENS AG-REG	Miscellaneous Manufacturing	107	82%
56	UNITED TECHNOLOGIES CORP	Aerospace/Defense	106	97%
57	BROADCOM LTD	Semiconductors	105	107%
58	CELGENE CORP	Biotechnology	104	102%
59	TAIWAN SEMICONDUCTOR	Semiconductors	104	65%
60	SCHLUMBERGER LTD	Oil&Gas Services	100	85%
61	ASTRAZENCA PLC	Pharmaceuticals	99	114%
62	HONEYWELL INTERNATIONAL	Electronics	96	97%
63	INDUSTRIA DE DISEÑO TEXTIL	Retail	96	83%
64	UNITED PARCEL SERVICE-CL B	Transportation	96	94%
65	CVS HEALTH CORP	Retail	96	91%
66	BAYER AG-REG	Pharmaceuticals	92	86%
67	CISCO SYSTEMS INC	Telecommunications	92	56%
68	LOCKHEED MARTIN CORP	Aerospace/Defense	91	101%
69	TIME WARNER INC	Media	89	88%
70	ALTICE NV - A	Media	88	95%
71	TELEFONICA SA	Telecommunications	88	73%
72	AMBEV SA	Beverages	87	97%
73	L'OREAL	Cosmetics/Personal Care	86	79%
74	WALGREENS BOOTS ALLIANCE	Retail	85	87%
75	NOVO NORDISK A/S-B	Pharmaceuticals	84	90%
76	ELI LILLY & CO	Pharmaceuticals	83	93%
77	STARBUCKS CORP	Retail	82	95%
78	MONDELEZ INTERNATIONAL	Food	81	97%
79	BRISTOL-MYERS SQUIBB CO	Pharmaceuticals	78	88%
80	NIKE INC -CL B	Apparel	77	84%
81	DIAGEO PLC	Beverages	75	89%
82	SHIRE PLC	Pharmaceuticals	75	102%
83	TEXAS INSTRUMENTS INC	Semiconductors	75	94%
84	PRICELINE GROUP INC/THE	Internet	74	86%
85	NASPERS LTD-N SHS	Media	74	89%
86	THERMO FISHER SCIENTIFIC INC	Healthcare-Products	74	97%
87	COMMONWEALTH BANK OF	Banks	73	57%
88	DANAHER CORP	Healthcare-Products	73	102%
89	GILEAD SCIENCES INC	Biotechnology	72	83%
90	RECKITT BENCKISER GROUP	Household Products/Wares	71	106%
91	DOW CHEMICAL CO/THE	Chemicals	70	77%
92	BASF SE	Chemicals	70	67%
93	ACCENTURE PLC-CL A	Computers	70	92%
94	COLGATE-PALMOLIVE CO	Cosmetics/Personal Care	69	97%
95	TEVA PHARMACEUTICAL IND LTD	Pharmaceuticals	68	95%
96	ABBOTT LABORATORIES	Healthcare-Products	67	85%
97	UNION PACIFIC CORP	Transportation	67	66%
98	ROYAL BANK OF CANADA	Banks	66	53%
99	IMPERIAL BRANDS PLC	Agriculture	66	105%
100	SPRINT CORP	Telecommunications	66	101%

Bilag 3

	Profit projections	Actual profits
Year 1	200	250
Year 2	250	300
Year 3	500	600
Year 4	350	200
Year 5	100	100
Total	1400	1450

	Profit projections	Actual profits
Year 1	200	250
Year 2	250	500
Year 3	500	800
Year 4	350	700
Year 5	100	600
Total	1400	2850

Bilag 4

APA Annual Report SUMMARY	Department of the Treasury—Internal Revenue Service Large Business and International Division Treaty and Transfer Pricing Operations Advance Pricing and Mutual Agreement Program		APA No. _____ Team Leader _____ Economist _____ Intl Examiner _____												
APA Information	Taxpayer Name: _____ Taxpayer EIN: _____ NAICS: _____ APA Term: Taxable years ending _____ to _____ Original APA ☐ Renewal APA ☐ Annual Report due dates: _____, 201__ for all APA Years through APA Year ending in 200__; for each APA Year thereafter, on _____ [month and day] immediately following the close of the APA Year Principal foreign country(ies) involved in covered transaction(s): _____ Type of APA: ☐ unilateral ☐ bilateral with _____ Tested party is ☐ US ☐ foreign ☐ both Approximate dollar volume of covered transactions (on an annual basis) involving tangible goods and services: ☐ N/A ☐ <\$50 million ☐ \$50-100 million ☐ \$100-250 million ☐ \$250-500 million ☐ >\$500 million APA tests on (check all that apply): ☐ annual basis ☐ multi-year basis ☐ term basis APA provides (check all that apply) a: ☐ range ☐ point ☐ floor only ☐ ceiling only ☐ other _____ APA provides for adjustment (check all that apply) to: ☐ nearest edge ☐ median ☐ other point														
APA Annual Report Information (to be completed by the Taxpayer)	APA date executed: _____, 201__ This APA Annual Report Summary is for APA Year(s) ending in 200__ and was filed on _____, 201__ Check here ☐ if Annual Report was filed after original due date but in accordance with extension. Has this APA been amended or changed? ☐ yes ☐ no Effective Date: _____ Has Taxpayer complied with all APA terms and conditions? ☐ yes ☐ no Were all the critical assumptions met? ☐ yes ☐ no Has a Primary Compensating Adjustment been made in any APA Year covered by this Annual Report? ☐ yes ☐ no If yes, which year(s): 200__ Have any necessary Secondary Compensating Adjustments been made? ☐ yes ☐ no Did Taxpayer elect APA Revenue Procedure treatment? ☐ yes ☐ no Any change to the entity classification of a party to the APA? ☐ yes ☐ no Taxpayer notice information contained in the APA remains unchanged? ☐ yes ☐ no Taxpayer's current US principal place of business: (City, State) _____														
APA Annual Report Checklist of Key Contents (to be completed by the Taxpayer)	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 60%;">Financial analysis reflecting TPM calculations</td> <td style="width: 40%; text-align: right;">☐ yes ☐ no</td> </tr> <tr> <td>Financial statements showing compliance with TPM(s)</td> <td style="text-align: right;">☐ yes ☐ no</td> </tr> <tr> <td>Schedule M-1 or M-3 book-tax differences</td> <td style="text-align: right;">☐ yes ☐ no</td> </tr> <tr> <td>Current organizational chart of relevant portion of world-wide group</td> <td style="text-align: right;">☐ yes ☐ no</td> </tr> <tr> <td>Attach copy of APA</td> <td style="text-align: right;">☐ yes ☐ no</td> </tr> <tr> <td colspan="2">Other APA records and documents included:</td> </tr> </table>			Financial analysis reflecting TPM calculations	☐ yes ☐ no	Financial statements showing compliance with TPM(s)	☐ yes ☐ no	Schedule M-1 or M-3 book-tax differences	☐ yes ☐ no	Current organizational chart of relevant portion of world-wide group	☐ yes ☐ no	Attach copy of APA	☐ yes ☐ no	Other APA records and documents included:	
Financial analysis reflecting TPM calculations	☐ yes ☐ no														
Financial statements showing compliance with TPM(s)	☐ yes ☐ no														
Schedule M-1 or M-3 book-tax differences	☐ yes ☐ no														
Current organizational chart of relevant portion of world-wide group	☐ yes ☐ no														
Attach copy of APA	☐ yes ☐ no														
Other APA records and documents included:															
Contact Information	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 33%;">Authorized Representative</td> <td style="width: 33%;">Phone Number</td> <td style="width: 34%;">Affiliation and Address</td> </tr> <tr> <td style="height: 30px;"></td> <td></td> <td></td> </tr> </table>			Authorized Representative	Phone Number	Affiliation and Address									
Authorized Representative	Phone Number	Affiliation and Address													

Bilag 5



Kontrollerede transaktioner

1(3)

Bilag til selvangivelsen

Indkomstår

Navn

CVR-nr.

eller CPR-nr.:

Bilag til selvangivelsen om kontrollerede transaktioner, jf. skattekontrollovens § 3 B

Alle punkterne 1-33 skal besvares	Ja (sæt kryds)	Nej (sæt kryds)
1. Udøver bestemmende indflydelse over juridiske personer eller har et fast driftssted i udlandet	☐	☐
2. Er underlagt bestemmende indflydelse fra fysiske eller juridiske personer eller er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med et fast driftssted i Danmark	☐	☐
3. Er på anden måde koncernforbundet med en juridisk person	☐	☐
4. Er omfattet af skattekontrollovens § 3 B, stk. 6	☐	☐
5. Den skattepligtiges hovedaktivitetsområde:		
Relevante felter afkrydses	☐ Produktion	☐ Handel
	☐ Finansiell	☐ Service
	☐ Andet	
6. Det nøjagtige antal enheder, der har været kontrollerede transaktioner med:		
i Danmark:		
i de øvrige EU-/EØS-lande:	heraf driftssteder:	
i stater uden for EU/EØS, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med:	heraf faste driftssteder:	
i stater uden for EU/EØS som Danmark ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med:	heraf faste driftssteder:	
7. Indgår de udenlandske enheder i den danske sambeskatning?	Ja ☐	Nej ☐

Vejledning

- Side 2** Udtrykket juridiske personer omfatter også såkaldte skattetransparente enheder, dvs. selskaber og foreninger mv., der efter danske skatteregler ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale, en foreningsvedtægt eller lign., fx kommanditselskaber (K/S) eller interessentskaber (I/S). Også udenlandske fysiske eller juridiske personer, der er skattepligtige til Danmark af kulbrentetilknøyt virksomhed efter kulbrenteskattelovens § 21, stk. 1 eller 4, er omfattet af oplysnings- og dokumentationspligten efter skattekontrollovens § 3 B, selv om de ikke har fast driftssted efter den almindelige definition.
- Pkt. 3** Besvares med "ja", hvis den skattepligtige er underlagt bestemmende indflydelse fra den samme kreds af selskabsdeltagere eller har samme ledelse som en anden juridisk person. En juridisk person kan være en skattetransparent enhed, jf. ovenfor.
- Pkt. 4** Besvares med "ja", hvis den skattepligtige tilhører en koncern med færre end 250 beskæftigede og enten en balancesum under 125 mio. kr. eller en omsætning under 250 mio. kr. Sådanne skattepligtige skal kun udarbejde transfer pricing-dokumentation for transaktioner med enheder hjemmehørende i stater, der ikke har en TP-relevant dobbeltbeskatningsoverenskomst (DBO) med Danmark, og som samtidig ikke er medlem af EU eller EØS, jf. skattekontrollovens § 3 B, stk. 6. Se hvilke stater, som Danmark har en TP-relevant DBO med, i afsnit C.F.9 i SKATs juridiske vejledning. Aftalerne med Hongkong, Iran, Jordan, Libanon og SNG-landene omfatter ikke spørgsmålet om "indbyrdes forbundne foretagender" og anses derfor ikke for at være TP-relevante DBO'er.
- Pkt. 5** Den skattepligtiges hovedaktivitetsområde angives generelt, dvs. ikke begrænset til kontrollerede transaktioner.
- Pkt. 6** En enhed er en forbundet part som defineret i pkt. 1 - 3. Juridiske personer i pkt. 2 og 3 kan også være skattetransparente enheder. Der skrives 0, hvis der ikke har været kontrollerede transaktioner med nogen enhed i et eller flere af de nævnte geografiske områder. Se hvilke stater som Danmark har en TP-relevant DBO med i afsnit C.F.9 i SKATs juridiske vejledning, jf. også vejledningen til pkt. 4.

2015.05

05.021

2(3)

Vejledning (fortsat)**Side 3**

På side 3 er angivet arter af transaktioner. Den skattepligtiges totale kontrollerede transaktioner oplyses. Transaktionsarter, som ikke er omfattet af de specifikke artsangivelser på skemaet, skal medtages under "andre".

For hver enkelt art anføres det samlede beløb så præcist som muligt (nærmeste tusinde kr.) for alle transaktioner af den pågældende art med alle de enheder, der har været kontrollerede transaktioner med. Transaktioner til en samlet værdi på 0 kr., fx ved gaver, anføres med et 0.

I stedet for det præcise beløb kan anføres et interval, hvor

- 1 = (1 kr. – 1 mio. kr.),
- 2 = (1 mio. kr. – 5 mio. kr.),
- 3 = (5 mio. kr. – 25 mio. kr.),
- 4 = (25 mio. kr. – 100 mio. kr.),
- 5 = (100 mio. kr. – 250 mio. kr.),
- 6 = (250 mio. kr. – 500 mio. kr.),
- 7 = (500 mio. kr. – 1 mia. kr.) og
- 8 = over 1 mia. kr.

Hvis der ingen transaktioner har været af den pågældende art, afkrydses feltet "Ingen transaktioner".

Hvis kontrollerede transaktioner af den pågældende art overstiger 25 pct. af den skattepligtiges totale transaktioner af den pågældende art, sættes kryds i kolonnen "over 25 pct.".

For hver enkelt art oplyses det, i hvilke(n) stat(er) de enheder, der har været de pågældende kontrollerede transaktioner med, er hjemmehørende. Der skrives enten A, B, C eller D i feltet, hvor

A = kun i Danmark,

B = kun i EU/EØS; dvs. evt. også i Danmark,

C = også i stater uden for EU/EØS, som Danmark har en TP-relevant DBO med; dvs. evt. også i Danmark og/eller i de øvrige EU-/EØS-lande. Se mere om TP-relevante DBO'er i vejledningen til pkt. 4.

D = også i stater uden for EU/EØS, som Danmark ikke har en TP-relevant DBO med; dvs. evt. også i Danmark, i de øvrige EU-/EØS-lande og/eller i stater uden for EU-/EØS-lande, som Danmark har en DBO med.

Eksempel: Hvis der har været transaktioner med forbundne parter i Danmark og i Iran, skrives der D i feltet.

Pkt. 8, 22, 24 og 26 Salg omfatter også overdragelse uden vederlag.

Pkt. 9, 23, 25 og 27 Køb omfatter også modtagelse uden vederlag.

Pkt. 10 og 11 Indtægter og udgifter i forbindelse med serviceydelser omfatter enhver allokering og omkostningsfordeling mellem de pågældende enheder, uanset benævnelsen.

Pkt. 14 og 15 Indtægter og udgifter vedrørende immaterielle aktiver omfatter royalties og lignende betalinger for brug af rettigheder.

Pkt. 16 og 17 Finansieringsindtægter og -udgifter omfatter også gevinst og tab i forbindelse med finansielle kontrakter.

Pkt. 20 og 21 Andre indtægter og udgifter omfatter fx indtægter og udgifter vedrørende koncernintern forsikring (captives).

Pkt. 22 Salg af immaterielle aktiver omfatter såvel aktiver erhvervet mod vederlag, som salg af egne forsknings- og udviklingsresultater, hvad enten de afholdte omkostninger er aktiveret eller udgiftsført.

Pkt. 30 og 31 Det samlede maksimale lån opgjort som summen af det maksimale lån pr. enhed, den dag i indkomståret, hvor lånebeløbet i forhold til den enkelte enhed har været størst.

Pkt. 32 og 33 Som finansielle kontrakter anses bl.a. optioner, futures, terminkontrakter, swaps og forward rate agreements.

Indkomstår	CVR-nr.	eller CPR-nr.:	3(3)	
Art af kontrollerede transaktioner:				
Resultatopgørelsen:		Ingen transaktioner (sæt X)	Bruttobeløbet i kr.	Udger over 25 pct.
Stat: (A, B, C eller D)				
8. Salg af varer og andre omsætningsaktiver				
9. Køb af varer og andre omsætningsaktiver				
10. Indtægter ved serviceydelser, herunder management fees, og fordelte omkostninger				
11. Udgifter til serviceydelser, herunder management fees, og fordelte omkostninger				
12. Leje- og leasingindtægter				
13. Leje- og leasingudgifter				
14. Indtægter hidrørende fra immaterielle aktiver				
15. Udgifter vedrørende immaterielle aktiver				
16. Finansieringsindtægter				
17. Finansieringsudgifter				
18. Modtagne tilskud, herunder eftergivelse af lån				
19. Ydede tilskud, herunder eftergivelse af lån				
20. Andre indtægter				
21. Andre udgifter				
Balancen:				
22. Salg af immaterielle aktiver				
23. Køb af immaterielle aktiver				
24. Salg af materielle anlægsaktiver				
25. Køb af materielle anlægsaktiver				
26. Salg af kapitalandele i tilknyttede virksomheder				
27. Køb af kapitalandele i tilknyttede virksomheder				
28. Salg af finansielle anlægsaktiver i øvrigt				
29. Køb af finansielle anlægsaktiver i øvrigt				
30. Lån fra juridiske eller fysiske personer (max. i indkomståret)				
31. Lån til juridiske eller fysiske personer (max. i indkomståret)				
32. Anden ydet finansiering, herunder finansielle kontrakter				
33. Anden modtaget finansiering, herunder finansielle kontrakter				
Vær opmærksom på, at data sendes til SKAT pr. e-mail, som ikke er en sikker forbindelse, med mindre du selv sørger for at kryptere meddelelsen inkl. de vedhæftede data eller føje en digital signatur til meddelelsen, inden du trykker "Send" fra dit eget postsystem, som du når til efter de næste par klik.				
				Send data via e-mail

Bilag 6**Part 1. Executive Summary**

1.1	<u>Identifying information:</u> List the name, address, and taxpayer identification number(s) of each member of the proposed covered group and the Standard Industrial Classification ("SIC") and the North American Industry Classification System ("NAICS") codes (number and code description) of the controlled group as reported on the taxpayer's most recently filed federal tax returns
1.2	<u>Summary of APA request:</u> Provide an executive summary of the content of the APA request that addresses the following: - Whether the taxpayer proposes a unilateral APA or a bilateral or multilateral APA, and, if applicable, the U.S. tax treaty(ies) and treaty articles governing the APA request; - Whether the APA request proposes a renewal of an existing APA or the extension of a competent authority resolution from competent authority or ACAP years into APA years; - The proposed prospective years and the proposed rollback years; - The proposed covered issue(s) and an estimated dollar value of such issue(s) in the proposed APA years; and - The proposed covered method(s), including, as applicable, the proposed tested party(ies), profit level indicator(s), and interquartile range(s)

Part 2. Administrative Information

2.1	<u>Authorization:</u> List the names of and contact information for all individuals authorized by a Form 2848 to represent the taxpayer in connection with the APA request and all individuals authorized by a Form 8821 to inspect or receive confidential tax information about the taxpayer in connection with the APA request, along with a designation as to which individual will serve as the point of contact for the APA team
2.2	<u>IRS Office:</u> Identify the IRS office having examination jurisdiction over the taxpayer, together with the name of and contact information for the taxpayer's IRS Examination team manager if the taxpayer is under examination when the APA request is filed

2.3	<u>Filed Years:</u> Provide a table with the following information for each member of the proposed covered group: a. All open filed years in the United States and the relevant treaty country(ies), whether or not such years are currently under examination by the IRS or a foreign tax authority; b. The expiration dates of statutes of limitations for all open filed years in the United States and in the relevant treaty country(ies) c. All open filed years in which a proposed covered issue or a substantially similar issue is under review by IRS Appeals or its equivalent in the relevant treaty country(ies); and d. All open filed years in which an actual or proposed adjustment has been made by either the IRS or a foreign tax authority relating to the proposed covered issue(s) or to substantially similar issues
2.4	<u>Request for SAP Review:</u> If applicable, include a statement that the APA request is intended to serve as a request for SAP review for specified taxable years, pursuant to section 5.02(6) of the revenue procedure
2.5	<u>Optional e-mail memorandum of understanding:</u> At the taxpayer's option, an executed memorandum of understanding in the form prescribed by APMA (as may be posted on the APMA website or otherwise available by contacting APMA) permitting APMA to communicate with the taxpayer's authorized representatives through encrypted e-mail

Part 3. Proposed Covered Issue(s)

3.1	<u>Pre-filing information:</u> Provide the following information: a. Whether a mandatory or optional pre-filing memorandum was filed; and b. Whether a pre-filing conference was held and, if so, the date of and attendees at the conference
3.2	<u>Rollback:</u> Provide the following information: a. If the taxpayer is seeking consideration of a rollback, list the

	proposed rollback years; and b. If the taxpayer is not seeking consideration of a rollback, discuss the reasons as to why a rollback is not appropriate
3.3	<u>Background on proposed covered group:</u> Provide background on the following points, with reference to the covered issue diagrams: a. The general history of the business operations of the proposed covered group and of the controlled group; b. The worldwide gross revenue of the controlled group in the most recent taxable year available; c. The functional currency of each member of the proposed covered group; d. For each member of the proposed covered group, any business line(s) that is (are) outside the scope of the proposed covered issue(s); and e. The industry in which the proposed covered group operates, including discussion of relevant macroeconomic and other industry-wide factors affecting the proposed covered group, the commercial features of the markets and geographical areas in which the proposed covered group operates, and the participants and competitors in the proposed covered group's industry
3.4	<u>Narrative with reference to proposed covered issues in covered issue diagrams:</u> For each proposed covered issue, provide a detailed discussion of the following, with reference to the covered issue diagrams in Exhibit 11: a. The functions performed by each member of the proposed covered group in relation to the proposed covered issue; b. The assets employed by each member of the proposed covered group in relation to the proposed covered issue; c. The risks assumed by each member of the proposed covered group in relation to the proposed covered issue; d. Transactional or commercial flows relating to the proposed covered issue(s) between and among members or business units of the proposed covered group, between members or business units of the proposed covered group and customers and other uncontrolled parties, and between members or business units of

	the proposed covered group and members or business units of the controlled group outside of the proposed covered group; e. Principal intercompany contracts or other agreements, written or otherwise, between and among members of the proposed covered group relating to the proposed covered issue(s); and f. Unless the proposed covered method involves a profit split (within the meaning of Treas. Reg. § 1.482-6 or Chapter II of the OECD Guidelines) between two or more members of the proposed covered group, the identity of the member of the controlled group that is proposed to be regarded as the principal in relation to the proposed covered issue, whether or not it is a member of the proposed covered group
3.5	<u>Narrative with reference to non-proposed covered issues in covered issue diagrams:</u> For each issue that is not a proposed covered issue, but is an issue that APMA might reasonably consider in analyzing the proposed covered issues under the principles expressed in section 2.02(4)(a), a discussion of why in the interest of principled, effective, and efficient tax administration such issue need not be a covered issue, and of the extent to which such issue should be considered in the APA process
3.6	<u>Rulings, determinations, and proceedings:</u> Provide information on the following: a. Current or expired rulings issued by a relevant foreign tax authority covering intercompany transactions or business activities of members of the proposed covered group that are similar to the proposed covered issue(s); b. The terms of any competent authority resolution addressing intercompany transactions or business activities of members of the proposed covered group that are similar to the proposed covered issue(s); and c. Any judicial or administrative proceedings in the United States or in the relevant treaty country(ies) to which any members of the proposed covered group are or have been parties involving intercompany transactions or business activities that are similar to the proposed covered issue(s)
3.7	<u>Ancillary issues:</u> List the ancillary issues (if any) proposed to be

	covered by the APA
--	--------------------

Part 4. Proposed Covered Method(s)

4.1	<u>Selection and application of proposed covered method(s):</u> Discuss the selection of the proposed covered method(s) with reference to the standards governing the selection of the "best method" under Treas. Reg. § 1.482-1(c) and, in the case of bilateral or multilateral APA requests, the selection of the "most appropriate" method under Chapter I of the OECD Guidelines, and how overall that method is applied, including the definition of the tested party(ies)
4.2	<u>Search and screening process:</u> Describe the research and screening process and criteria used to identify and select independent comparable agreements or independent companies or other market data upon which the proposed covered method is based, including the initial search universe, the qualitative and quantitative screens used to accept or reject potential comparable agreements or companies or other market data, the order in which different criteria were applied, the precise specification of each criterion (including for example the precise way in which multiyear averages are used, or in which requirements are applied across multiple years), and the numbers of potential comparable agreements or companies or other market data accepted and rejected at the different stages of the search and screening process
4.3	<u>Application of proposed covered method(s):</u> Provide a detailed explanation of (a) the data and assumptions used and (b) any adjustments made to the selected proposed comparable agreements or results of independent companies or other market data, or to the results of the tested party, such as adjustments relating to: (i) product line segregations, (ii) differences in accounting practices, (iii) differences in functions performed, assets employed, or risks assumed (especially noting working capital or other balance sheet adjustments made to the tested party(ies) or to the comparables and any differences between such adjustments and the adjustments incorporated into the APA template (as may be posted on the APMA website or otherwise available by contacting APMA), (iv) volume or scale differences, or (v) differences in economic or market conditions

4.4	<u>Demonstration of proposed covered method(s)</u> : Provide a table summarizing the results of applying the proposed covered method(s) to the relevant members of the proposed covered group for (i) all proposed rollback years, (ii) the most recent three back years, if they are not proposed rollback years (or as many such back years as have data available, if not all have data available), (iii) the first proposed APA year, using actual data if available and otherwise using forecasted data, and (iv) other proposed APA years, using forecasted data, to the extent forecasts are available
4.5	<u>Segmentation of financial results</u> : If the proposed covered method(s) is (are) applied to a subset of the assets, liabilities, income, and expenses in the financial statements (<u>see</u> Exhibit 18), provide a segmentation of the financial statements and describe in detail (i) those items in the segmented financial statements that have been allocated or apportioned to the applicable proposed covered issue(s) and to other issues, and (ii) the method(s) of allocation or apportionment applied

Part 5. Proposed APA Terms and Conditions

5.1	<u>Review of Proposed APA</u> : Provide a detailed discussion and explanation of the proposed APA terms and conditions as reflected in the draft APA submitted with the APA request (<u>see</u> Exhibit 15), noting, in particular, any proposed APA terms and conditions that differ from the APA terms and conditions as reflected in the model APA (<u>see</u> Exhibit 15)
-----	---