

Forord

Det følgende speciale er skrevet på 10. semester på linjen økonomistyring på Aalborg Universitet. Specialet har et omfang af 30 ECTS point. Hovedteamet for specialet er transfer pricing. Overskriften på specialet er omstruktureringer i multinationale selskaber. Vejleder på specialet er Christian Plesner Rossing, Copenhagen Business School (CBS). I forbindelse med udarbejdelsen af specialet skal der lyde en stor tak til Christian, for at have bistået med vejledning gennem forløbet.

Specialet tager udgangspunkt i OECD's guideline for omstruktureringer i multinationale selskaber. Gennem analyse og sammenligning af guidelines undersøges svaghederne ved den føromtalte guideline og hvilke transfer pricing aspekter multinationale selskaber og skattemyndigheder skal være opmærksom på i forbindelse med en omstrukturering. I samspil med relevant teori diskuteres ovenstående. Sluttelig vil der være en diskussion af de fremkomne resultater, samt en konklusion og perspektivering som samler op på de implikationer denne guideline medfører og hvad der kan gøres fremadrettet.

Indholdsfortegnelse

| | |
|--|----|
| 1.0 Indledning | 4 |
| 1.1 Transfer pricing historisk set..... | 4 |
| 1.2 Hvorfor er der behov for transfer pricing? | 7 |
| 1.3 Performance measurement | 9 |
| 1.4 Ressourceallokering | 12 |
| 1.5 Problemfelt – Med udgangspunkt i Transfer Pricing og Business Restructurings | 13 |
| 1.6 Projektstruktur | 16 |
| 1.7 Metodologi og metodisk tilgang | 17 |
| 1.8 Specialets resultater..... | 19 |
| 2.0 Organisation for Economic Co-operation and Development..... | 20 |
| 2.1 OECD’s historie | 20 |
| 2.2 OECD’s formål og mission..... | 21 |
| 3.0 Rationalet bag kapitel 9 | 23 |
| 3.1 Hvorfor lavede OECD guidelines | 23 |
| 3.2 Tilblivelsen af kapitel 9 i transfer pricing guidelines..... | 26 |
| 3.3 Overordnet om kapitel 9’s indhold..... | 27 |
| 4.0 Definition af aktiver, risiko, funktion og armslængdeprincippet..... | 29 |
| 4.1 Funktion | 29 |
| 4.2 Aktiver..... | 32 |
| 4.3 Risiko | 34 |
| 4.4 Armslængdeprincippet | 36 |
| 5.0 Beskrivelse af kapitel 9 | 36 |
| 5.1 Særlige hensyn til risici | 37 |
| 5.2 Armslængdekompensation for selve omstruktureringen..... | 40 |
| 5.3 Kompensation for kontrollerede transaktioner for post-omstruktureringer | 49 |
| 5.4 Anerkendelse af de faktiske gennemførte transaktioner | 51 |
| 6.0 Diskussion af Kapitel 9..... | 53 |
| 6.1 Særlige hensyn til risici | 54 |

| | |
|---|-----|
| 6.2 Armslængdekompensation for selve omstruktureringen..... | 60 |
| 6.3 Kompensation for kontrollerede transaktioner for post-omstruktureringer | 79 |
| 6.4 Anerkendelse af de faktiske gennemførte transaktioner | 85 |
| 6.5 Skattemyndighedernes aggressivitet | 87 |
| 6.6 Samfundsmæssige konsekvenser ved transfer pricing og omstruktureringer | 90 |
| 7.0 Konklusion | 94 |
| 8.0 Perspektivering | 104 |
| 9.0 Litteraturliste..... | 106 |

1.0 Indledning

Gennem de senere år, er samfundet blevet mere og mere globaliseret. Dette har ikke kun betydning for os som mennesker, men også hvordan multinationale selskaber agerer. Der er i højere grad et stigende behov for handel på tværs imellem det multinationale selskabs forskellige juridiske enheder. Disse handler kan foregå både nationalt og internationalt. Værdiansættelsen internt i et multinationalt selskab bliver i fagsproget betegnet som transfer pricing eller interne afregningspriser. Multinationale selskaber som foretager disse handler eller ligefrem laver omstruktureringer i selve det multinationale selskab, står overfor nogle udfordringer. Grundlæggende handler det for det multinationale selskab at flytte rundt eller omstrukturere funktioner, aktiver eller risici i det multinationale selskab.

Selve specialet tager sit udgangspunkt i transfer pricing. Fokus for specialet omhandler hvilke motiver, der ligger til grund for at multinationale selskaber foretager omstruktureringer. Dette integreres i en transfer pricing diskussion, hvorfor der gennemgående i specialet ligeledes er fokus på hvilke aspekter af transfer pricing multinationale selskaber skal være opmærksomme på.

Indledningen i dette speciale skal give læseren en forståelse for hvilke områder specialet tager sit afsæt i, hvilke metoder der anvendes, samt hvilke resultater specialearbejdet er nået frem til.

Indledningen indeholder flere forskellige dele. Der er et historisk blik på transfer pricing. Dette er med til at give en forståelse af hvordan udviklingen på området har været gennem årene. Derudover fokuseres på forskellige elementer af transfer pricing, såsom transfer delen og værdiansættelse af en transfer pricing. Behovet for transfer pricing behandles ligeledes, samt hvorfor det opstår.

1.1 Transfer pricing historisk set

Følgende afsnit vil give et historisk overblik på transfer pricing. Transfer pricing som begreb har udviklet sig gennem tiderne, siden man første gang så begrebet i 1930'erne. Der vil ikke fokuseres på detaljer, men blot gives et overordnet billede af udviklingen indenfor transfer

pricing gennem tiderne. Nedenfor ses figur 1.1, som kort viser højdepunkterne indenfor transfer pricing.



Figur 1.1 – Transfer pricing historisk set.

Selvom transfer pricing stadig er et relativt nyt begreb, har det en længere historisk baggrund. Som udgangspunkt har transfer pricing sin oprindelse i 1930'erne. Her var det især Internal Revenue Service (IRS) som overvågede i forhold til hvorvidt multinationale selskaber flyttede profit. IRS fokuserede oprindeligt udelukkende på de multinationale selskaber som forsøgte at komme til at betale mindre i skat på baggrund af transfer pricing (Taufen, 1995). Dermed havde man allerede dengang et integreret system indenfor skattevæsenet, til at kontrollere de multinationale selskaber. Fokus var dog som nævnt ovenfor især på skatteunddragelsen.

Fra 1930'erne og frem skete der ikke noget nævneværdigt indenfor transfer pricing området. Dette bør primært ses i lyset af 2. verdenskrig.

Derfor var næste historiske milepæl indenfor transfer pricing historien i 1950'erne hvor O.E.E.C, som var forløberen for OECD, nedsatte en arbejdsgruppe. Denne havde til hensigt at udarbejde en skattekonvention. Formålet var at definere hvordan fordelingen af profit mellem internt forbundne juridiske enheder burde udføres eller takseres. Dette kunne være et multinationalt selskab i et land, og en juridisk enhed i et andet land. Arbejdet endte ud i udarbejdelse af artikel 5, 7 og 9, som skulle være OECD's udkast til hvordan transfer pricing burde behandles. I artikel 9 findes blandt andet armslængdeprincippet, som man i dag stadig har i OECD guidelines for transfer pricing (Owens, 2009). Disse artikler eller guidelines blev udarbejdet i 1963. Dette arbejde dannede rammen for de fremtidige udgaver af guidelines og mange af koncepterne går igen selv den dag i dag.

I 1979 udgav OECD rapporten *transfer pricing and multinational enterprises*. Rapporten blev skabt på baggrund af arbejdet, som blev færdiggjort i 1963. Rapporten fra 1979 var tilrettet og gjort mere tidssvarende i forhold til hvordan de multinationale selskaber agerede i et mere globaliseret marked (Owens, 2009).

Efterfølgende udgav OECD forskellige rapporter om transfer pricing op gennem 1980'erne. Disse var blandt andet *Three taxation issues* i 1984 og *Thin capitalisation* i 1987. De var primært set som tillæg til de udarbejdede guidelines fra 1979 (Owens, 2009). Udover OECD's arbejde gennem 1980'erne var USA også på banen. I 1988 udarbejdede USA det såkaldte *section 482 white paper*. Fokus var stadig på det skattemæssige aspekt af transfer pricing, altså hvor multinationale selskaber bevidst flyttede profit til lande med lavere beskatning (white paper, 1988). Arbejdet med "white paper" blev i 1994 til den officielle regulering på området omkring transfer pricing i USA.

I 1995 kom OECD med efterfølgeren til de oprindelige guidelines fra 1979. Disse hed *Transfer pricing guidelines for tax administrations and multinational enterprises*. Fokus var stadig typisk på det skattemæssige aspekt af transfer pricing. "White paper" og OECD's guidelines fra 1995 ligger tæt op ad hinanden. Disse to regulativer satte standarden for det videre arbejde og på nuværende tidspunkt følger stort set alle lande enten OECD's guideline eller IRS's regulativ indenfor transfer pricing (Ernst & Young, 2011). Mellem 1995 og 2000 blev OECD's guidelines udvidet til også at omfatte immaterielle aktiver, services på tværs af landegrænser og samt muligheder for at indgå aftaler med skattemyndighederne (Owens, 2009).

I 2009 udkom en opdateret udgave af OECD's guidelines fra 1995. Her blev blandt andet inkluderet områder som konfliktløsning. Denne guideline for konfliktløsning omfatter både konflikter mellem skattemyndigheder og multinationale selskaber, samt konflikter mellem to forskellige skattemyndigheder (www.OECD.org, 2012). I juli 2010 udkom den seneste version af OECD's guidelines for transfer pricing. Udover tilføjelser, rettelser og opdateringer af tidligere kapitler indeholder den nyeste version af guidelinen også et ekstra kapitel som udelukkende fokuserer på transfer pricing aspekter af omstruktureringer (www.OECD.org, 2012).

Med ovenstående historiske tilbageblik på transfer pricing ses en udvikling gennem tiderne. Hvis man ser på de tidlige år af transfer pricing, og en del år frem er fokus i høj grad på det skattemæssige aspekt af transfer pricing. Den øgede globalisering hvor multinationale selskaber i høj grad er til stede i flere lande rent fysisk, har betydet at regler og guidelines ligeledes har udviklet sig. Som det ses fra 1995 til 2000 udvides OECD's guidelines til også at omhandle andre områder indenfor transfer pricing. Rent teknisk ses det at eksempelvis armslængdeprincippet stadig eksisterer indenfor transfer pricing. Ligeledes findes Comparable Uncontrolled Prices metoden(CUP) stadig, til trods for den også findes i 1979 udgaven af guidelines. Så det ses tydeligt at selvom verden har ændret sig meget siden transfer pricing så dagens lys hænger de grundlæggende regulativer stadig ved.

1.2 Hvorfor er der behov for transfer pricing?

Følgende afsnit vil give et indblik i hvorfor vi overhovedet har behov for transfer pricing. Der kan drages nogle paralleller i forhold til det historiske tilbageblik, som er skrevet ovenfor.

Ovenstående spørgsmål er meget bredt, og kan forklares på flere forskellige måder. Fælles for alle forklaringerne er at de indeholder flere forskellige variable. Dette er begrundet med at der er flere interessenter i spil. De mest åbenlyse interessenter er selvfølgelig skattemyndighederne og multinationale selskaber. For transfer pricing handler i bund og grund ikke om at finde ud af hvordan de multinationale selskaber kan trække penge ud af et land med en høj selskabsskat, og flytte profitten til lande med lavere beskatning. Transfer pricing er mere end bare et forsøg på skatteunddragelse. Transfer pricing bliver i højere og højere grad brugt som et strategisk værktøj af multinationale selskaber (Cravens, 1997). Litteraturen på området har dog i lang tid fokuseret på det skattemæssige aspekt, og er kun indenfor de seneste årtier begyndt at se på området i et fornyet lys. Dette speciale vil tage sit udgangspunkt i at transfer pricing er en compliance orienteret disciplin. Multinationale selskaber forsøger som udgangspunkt ikke at fremføre en aggressiv transfer pricing tilgang.

Nøgleordet for hvorfor der er behov for transfer pricing, er: Intern handel. Intern handel mellem det multinationale selskabs juridiske enheder fylder utrolig meget af den samlede verdenshandel.

Jf. OECD (2008¹) foregår mere end 60 % af verdens handel internt mellem juridiske enheder i multinationale selskaber. Med dette in mente ses det tydeligt at behovet for transfer pricing er til stede. Behovet er der især, da der er tale om intern handel. Var der blot tale om ”almindelig” handel mellem to uafhængige parter, var behovet for transfer pricing ikke tilstede.

I takt med at de multinationale selskaber vokser og mulighederne for tilgang til nye markeder vokser, skabes der et behov for at det multinationale selskabs juridiske enheder handler internt. Handlen mellem internt forbundne juridiske enheder sker på kryds og tværs. Det kan være en indkøbsafdeling, som sælger ressourcerne til det multinationale selskabs produktionsafdeling, som efterfølgende sælger produktet videre til færdigvarelageret eller salgsafdelingen. Handlen mellem det multinationale selskabs juridiske enheder sker både på nationalt basis og på tværs af landegrænser. Der kan være stor forskel på handlen mellem de juridiske enheder, i forhold til om det sker mellem to juridiske enheder i samme land eller på tværs af landegrænser. Den øgede handel mellem multinationale selskabers juridiske enheder har gennem tiden skabt behov for regler på området. Derfor spiller handlen af aktiver, funktioner og risici mellem det multinationale selskabs juridiske enheder en stor rolle i forhold til at der er et behov for regler for transfer af aktiver.

Når det kommer til selve transferen af funktioner, aktiver, og risici er den eneste interessant det multinationale selskab selv. Det er et strategisk valg af det multinationale selskab, hvordan den er opbygget og hvilke juridiske enheder, der påtager sig hvilke opgaver. Det er derfor kun i deres interesse hvornår transferen sker og hvilke forhold der gør sig gældende. Skattemyndighederne har selvfølgelig en mening om hvor vidt det er sket på den rigtige måde og om prisen er fastsat efter gængse regler. Der findes ingen korrekt virksomhedsopbygning, ligesom der ikke er nogen optimal transfer pricing strategi, det kommer helt an på hvilken strategi det multinationale selskab har og hvilke muligheder den ser i markedet.

Som nævnt tidligere er der reelt to dele af en transfer pricing situation. Der er selve transferdelen, men også en værdiansættelse af det eller de funktioner, aktiver eller risici, som flyttes. Værdiansættelsen kan ofte kræve mange ressourcer for det multinationale selskab at udføre. På området findes der mange regler. Disse regler er ofte gældende for det enkelte land. I Danmark

¹ http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/670/Transfer_pricing:_Keeping_it_at_arms_length.html

har man som udgangspunkt valgt at følge OECD's guidelines i forbindelse med værdiansættelsen, når det handler om transfer pricing. Dette i hvert fald på papiret. Hvorvidt det reelt foregår i praksis, er svært at svare på.

Når en funktion, et aktiv eller en risiko skal værdiansættes, skal det ske i henhold til armslængde princippet. Det vil sige at den vurderede værdi skal være en værdi, som uafhængige parter ligeledes ville komme frem til. Problematikken omkring dette er blandt andet at i flere tilfælde, findes der ikke sammenlignelige transaktioner. Derfor kan der opstå situationer, hvor multinationale selskabers værdiansættelser bliver reguleret af den lokale skattemyndighed.

1.3 Performance measurement

Transfer pricing bliver i stor stil brugt til at effektivisere processerne internt i det multinationale selskab. I den forbindelse er performance measurement et vigtigt redskab. Performance measurement er et bredt begreb, som spreder sig over utroligt mange populære teorier. Der er dog en del fælles træk. Som begrebet siger handler det om præstationsmåling. Det handler altså om for det multinationale selskab at optimere deres processer.

Performance measurement er i bund og grund bare en vurdering af det multinationale selskabs præstation. Dette bliver gjort for at bestemme hvor effektivt strategierne og driften fungerer og give mulighed for at adressere mangler og andre problemer. Multinationale selskaber måler deres præstation ved forskellige kriterier og metoder. Fælles for selskaberne er det dog at performance management ser nærmere på de resultater, der er fremkommet i nøgleforretningsområderne. Denne præstationsmåling fremkommer ved at opsætte forskellige indikatorer, som kan være af forskellig vigtighed for det multinationale selskab. Der bliver opsat et antal Key Performance Indicators (KPI'er) eller Critical Success Factors (CSF'er) for hvert forretningsområde. Disse kontinuerlige målinger på de samme kriterier giver de forskellige ledere en ide om hvilken retning selskabet bevæger sig i på nuværende tidspunkt. Disse indikatorer kan altså hjælpe selskabet til at fokusere på bestemte forretningsområder hvor man måske lå under niveau, i forhold til ens ønskede præstation. Performance measurement bliver implementeret i de multinationale selskaber for at forbedre præstationen og hurtigere kunne identificere fremtidige problemer. Derudover kan det bruges til at planlægge efter, man kan f.eks. se om de juridiske

enheder møder deres mål og hvorvidt deres budgetter skal revideres. Performance measurement kan også bruges til at gøre de juridiske enheder konkurrencedygtige. Ved at bruge benchmarking som performance measurement kan konkurrencedygtigheden i de juridiske enheder optimeres. Gennem en intern benchmarking kan de juridiske enheder identificere deres mangler og adressere dem for at optimere deres præstation. Benchmarking vil der blive gået mere i dybden med i næste afsnit, da det er et vigtigt område for transfer pricing og et underpunkt til performance measurement.

Behn (2003) har opstillet 8 punkter for hvorfor virksomheder vælger at anvende performance measurement.

Det første er at evaluere. Det giver sig selv, at man laver en evaluering af en person, en juridisk enhed eller lignende. I sammenhæng med transfer pricing kan det være en evaluering af om de anvendte metoder er mest hensigtsmæssige for det multinationale selskab.

Det næste punkt er kontrol. Her handler det typisk for lederen om at sikre sig, at medarbejderne gør det korrekte. Den simple måde at gøre det på, er at opstille regler eller rammer for hvad ansatte må foretage sig. I forbindelse med transfer pricing kan det eksempelvis pålægges fra lederens side, at ansatte skal anvende en bestemt afregningsmetode. Alternativt kan en mark up i cost plus metoden være besluttet uden medarbejderens indflydelse.

Det tredje punkt omhandler anvendelsen af budget i forbindelse med performance measurement. Budgetter kan anvendes til at forsøge at øge personer eller juridiske enheders performance. Ligeledes vil det i den sammenhæng kunne anvendes til målinger. I forhold til transfer pricing kan budgettal være et mål som en person eller afdeling måles på.

De næste punkter handler i højere grad om andre ting end præcis måling. Det er i højere grad fokuspunkter som ses i sammenhæng med performance measurement.

Det fjerde punkt omhandler motivation. Her handler der i høj grad om at motivere ansatte eller afdelinger til at øge performance. Dette kan gøres på mange måder. Blandt andet gennem opstilling af mål, af forskellige typer, såsom overordnede og delmål.

Det femte punkt skiller sig en smule ud fra de andre, men i sammenhæng er det relevant at medtage. Her er tale om at fejre sig selv. Det vil sige at fejre sejre eller mål, som er opnået. Dette har naturligvis en høj grad af sammenhæng til motivationen.

Det sjette punkt er at synliggøre, hvad der er mål for performance measurement. Med dette menes at ansatte eller afdelinger bør opmærksom på at gøre det forståeligt og klart hvad man ønsker med sin performance measurement. I forbindelse med transfer pricing kan det være vigtigt, at man i en virksomhed har klarhed om hvilke strategier der findes på området i virksomheden.

Det syvende punkt omhandler læring. Det er vigtigt at lærer af sine målinger. Dermed har man mulighed for at skabe forbedringer fremadrettet.

Forbedring er det ottende punkt. Her ønsker man at skabe forbedringer. Disse to punkter er vigtige i forbindelse med resultatet af performance measurements.

Overordnet er performance measurement meget bredt. Derfor er det ikke nødvendigvis alle ovenstående punkter, som findes anvendelige i forbindelse med transfer pricing. Det handler derfor i høj grad for virksomheden om at sammensætte sin egen performance measurement, som er tilpasset til netop den enkelte virksomhed, afdeling eller ansat.

1.3.1 Benchmarking

En af de meget populære teorier, som ligger indenfor performance measurement, er benchmarking. Et af områderne transfer pricing kan anvendes til er benchmarking. I den forbindelse kan benchmarking anvendes til at måle på flere forskellige niveauer. Der kan både være tale om målinger, altså benchmarking mod andre multinationale selskaber. Det er dog tvivlsomt hvor ofte dette finder sted. Årsagen dertil skal findes i, at det multinationale selskabs anvendelse af transfer pricing næppe er til offentligt skue, hvor andre har mulighed for at benchmarke. Der kunne dog være tale om eksempelvis en mark up procent. I nogle tilfælde kan det indenfor visse brancher være muligt at benchmarke med andre multinationale selskaber. Hermed har det multinationale selskab grundlag for at vurdere om dens mark up i transfer prisen er høj, lav eller på niveau med markedet. For at sætte benchmarking op i et mere overordnet plan, kan man også sige at anvendelsen af armslængde princippet i forbindelse med transfer

pricing er en form for benchmarking. Med dette menes, at en transaktion bliver sammenlignet med en transaktion foretaget af uafhængige parter.

Dog ses det i højere grad at benchmarking anvendes internt i det multinationale selskab. Hermed har det multinationale selskab mulighed for at benchmarke sine juridiske enheder med hinanden. Dette giver mulighed for at sammenligne de forskellige juridiske enheder eller enhedernes anvendelse af transfer pricing. I den sammenhæng kan det eksempelvis være tiden anvendt på transfer pricing eller omkostningerne forbundet med anvendelsen af transfer pricing. Dette er med til at give den hele det multinationale selskab et overblik over hvordan de enkelte juridiske enheder er struktureret og anvender deres tid.

Det mest oplagte et multinationalt selskab kan anvende benchmarking til er sammenligning af forskellige afregningsmetoder. Dermed har et multinationalt selskab mulighed for at sammensætte den mest optimale transfer pricing strategi. Ved en benchmarking af afregningsmetoderne kan det multinationale selskab sandsynligvis se, at der er væsentlige forskelle, afhængig af hvilken metode der anvendes. Derfor er benchmarking et relativt vigtigt værktøj i sammenligningen af de forskellige metoder. Ovenstående fortæller om forskellige sider af benchmarking, både internt og eksternt. I forhold til transfer pricing er fokus på den interne handel i det multinationale selskab. Transfer pricing er netop et begreb som omfatter intern handel mellem det multinationale selskabs juridiske enheder. Derfor er det naturligt at benchmarking foregår internt i det multinationale selskab.

1.4 Ressourceallokering

I transferen af aktiver er der tale om allokering af ressourcer som gerne skulle føre til en optimering i det multinationale selskabs forskellige funktioner. Det multinationale selskabs opdeling skulle logisk set gerne give en optimal ressourceudnyttelse, og her er transferen af funktioner, aktiver og risici en vigtig del. Igennem de senere år hvor finanskrisen har præget samfundet, har man set større multinationale selskaber reagere. Den har typisk manifesteret sig ved nedskæringer og omstruktureringer. Disse nedskæringer har typisk medført en re-allokering af ressourcer og arbejdsopgaver i de forskellige multinationale selskaber. For det multinationale selskab handler det om at optimere deres forretning. Man har hele tiden nogle shareholders eller

stakeholders, som forventer et positivt resultat. Re-allokering eller optimering behøver ikke kun være grundet en finanskriser. Det kan også være i en positiv retning. Det kan være et multinationalt selskab, som vælger at oprette en produktion i et andet land. Dermed opstår der et behov for at flytte nogle ressourcer, som skal være tilgængelig for den nye produktion. Årsagerne til selve flytningen kan være mange. Det behøver ikke nødvendigvis være for at spare, man kan også være for at øge produktionsmængden, eller blot være tættere på sine kunder, rent geografisk.

1.5 Problemfelt – Med udgangspunkt i Transfer Pricing og Business Restructurings

Problemfeltet har til hensigt at præcisere, hvilke problemstillinger specialet kommer til at omfatte. Det overordnede emne er business restructuring og transfer pricing. Mere specifikt vil fokus være på hvilke transfer pricing problematikker de multinationale selskaber skal være opmærksom på i forbindelse med en omstrukturering. Specialet bliver udarbejdet med udgangspunkt i OECD's guideline Chapter IX – Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring.

Multinationale selskaber omstrukturerer som konsekvens af den globaliserede konkurrence. Dette tvinger de multinationale selskaber til at optimere deres forretningsgange på kontinuerligt basis. Hvilke fordele ønsker de at opnå og hvilke konsekvenser medfører disse ændringer? Emnet er højaktuelt og omhandler mange forskellige områder i de multinationale selskaber, som vælger at omstrukturere. Det vil sige, at det ikke er en proces, som hurtigt er overstået, men kræver meget tid, og ofte mange ressourcer at gennemføre. På området findes der ikke ret mange internationale regler for hvad multinationale selskaber må og ikke må. Meget er baseret på guidelines. Disse laves typisk af OECD. Derfor tages et internationalt udgangspunkt, som forsøger at samle nationale love og regler til en ensartet guideline, som kan bruges på tværs af landegrænser. Specialet vil tage sit empiriske udgangspunkt i OECD's guideline for omstruktureringer.

Incitamenterne for omstrukturering er mange, de multinationale selskaber nævner selv maksimering af synergier, stordriftsfordele, for at strømline styringen, og et ønske om at optimere effektiviteten deres af supply chain. Derudover kan det være en nødvendighed forårsaget af finanskrisen, for enten at opretholde profitabiliteten eller minimere et underskud.

Der er altså mange forskellige grunde til at omstrukturere og der findes ingen opskrift på hvordan det skal gøres. Dette tager udgangspunkt i det enkelte multinationale selskab, hvilken strategi de har og hvad de ønsker at opnå.

Transfer pricing er den interne handel mellem juridiske enheder i multinationale og nationale selskaber. Der er mange årsager til brug af transfer pricing. Transfer pricing indeholder mange flere aspekter end de få sager der årligt rammer medierne, hvor store multinationale selskaber bevidst udnytter, at man i nogle lande har en lavere beskatning end eksempelvis Danmark. Når man taler om transfer pricing er det vigtigt for multinationale selskaber at have klart definerede retningslinjer for hvordan man forholder sig. Hvis multinationale selskaber ender i retslige opgør om hvorvidt de anvendte metoder i forhold til transfer pricing er legale eller prissætningen er korrekt, vil det ofte være en bekostelig affære. Derfor forsøger mange multinationale selskaber at være opmærksomme og tilegne sig en konservativ tilgang i forhold til aspekter omkring transfer pricing. Transfer pricing er derfor gennem de senere år i højere grad set som en compliance orienteret disciplin. På grund af globaliseringen har multinationale selskaber juridiske enheder over hele verden og en fælles retspraksis på transfer pricing området er derfor nødvendig, både for at undgå dobbeltbeskatning og manglende beskatning. Her kommer OECD ind i billedet. OECD har skabt nogle guidelines, som kan anvendes på tværs af landegrænser i transfer pricing spørgsmål. OECD har ikke mulighed for at tvinge deres medlemslande til at efterkomme deres guidelines, men de bliver ofte set som en rettesnor for de nationale skattemyndigheder. I f.eks. Danmark giver myndighederne udtryk for at anerkende OECD's guideline og metodikken i den danske transfer pricing dokumentations bekendtgørelse er også i overensstemmelse med OECD's framework.

Transfer pricing omhandler normalvis strategiske, funktionelle, organisatoriske og økonomiske hensyn. Dette speciale vil, som udgangspunkt fokusere på OECD's kapitel om Business Restructurings og hvilke svagheder og muligheder dette kapitel frembringer. Specialet vil fremhæve de aspekter som både skattemyndigheder og multinationale selskaber skal være særligt opmærksomme på ved en omstrukturering og hvilke aspekter af guidelinen som kan være konfliktskabende mellem multinationale selskaber og skattemyndighederne. Dette gøres på baggrund af det empiriske materiale. Vi har ikke en casevirksomhed, men bygger derimod specialet op omkring OECD's guideline for omstrukturering af multinationale selskaber. Dette

betyder at vi ikke har mulighed for at sætte fokus på hvilke fordele og ulemper, der er ved eksempelvis en funktionel omstrukturering, da dette er meget individuelt fra multinationalt selskab til multinationalt selskab. Det er derfor også umuligt at kunne finde generelle økonomiske fordele ved en omstrukturering, da det fuldstændig afhænger af hvilke ønsker de forskellige multinationale selskaber har til omstrukturen. Fokus i dette speciale vil derfor lægge vægt på de generelle retningslinjer, som er sat op af OECD og vil derfor hovedsageligt omhandle hvordan et multinationalt selskab kan omstrukturere uden at komme i myndighedernes søgelys. Specialet har som hovedmål at belyse de problematikker Chapter 9 – Transfer Pricing Aspects for Business Restructurings åbner op for og forhåbentlig skabe en nødvendig debat omkring de forhold der gør sig gældende i det kapitel.

Med udgangspunkt i ovenstående problemfelt vil Specialet beskæftige sig med følgende problemstilling:

Hvilke motiver eksisterer for en omstrukturering af multinationale selskaber og hvilke transfer pricing aspekter skal de være opmærksom på?

- Hvilke aspekter i kapitel 9 kan skabe konflikter mellem multinationale selskaber og skattemyndigheder?

1.5.1 Afgrænsning

Specialet tager udgangspunkt i OECD's Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations med fokus på Chapter IX Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings. Dette betyder at specialet arbejder med international transfer pricing, med udgangspunkt i business restructurings. Der vil derfor ikke indgå national skattelovgivning i dette speciale. Specialet skal anses af mere konceptuel karakter og der vil derfor ikke indgå en systematisk gennemgranskning af hver eneste lille paragraf. Dette bliver undgået, da vi hellere vil fokusere på de overordnede diskussioner kapitlet frembringer. Vi begrænser specialet til kun at fokusere på Business Restructurings og de problematikker der skabes ved en sådan omstrukturering og vil derfor ikke fokusere på transfer pricing i et mere generelt lys. Vi anser transfer pricing som en compliance orienteret disciplin og vil i den forbindelse ikke bruge meget tid på at diskutere mulighederne for skatteunddragelse. Området vil selvfølgelig blive berørt, men kun overfladisk.

1.6 Projektstruktur

Det følgende afsnit indeholder hele specialet struktur. Afsnittet indeholder en beskrivelse i korte træk af de enkelte afsnits indhold. Det er med til at give læseren et kort overskueligt overblik over det samlede speciale.

Projektstrukturen er en del af afsnit 1.0. Den resterende del indeholder den anvendte metodologi i specialet, samt en præsentation af specialets resultater. Derudover giver indledningen baggrunden for hele specialet.

Afsnit 2.0, giver en beskrivelse af OECD som organisation. Her fokuseres på OECD's historie, formålet og mission. Dette er med til at give læseren en forståelse af, hvilken organisation OECD er.

Afsnit 3.0, indeholder rationale bag OECD's kapitel 9, omhandlende omstruktureringer i multinationale selskaber. Dette er med til at give læseren forståelsen af hvad der ligger bag udarbejdelsen af netop kapitel 9, og dens mange forskellige interessenter og interesser.

Afsnittet 4.0 indeholder en definition af aktiver, funktioner, risiko og armslængdeprincippet. Dette fordi disse tre begreber er essentielle for OECD's kapitel 9 vedrørende omstruktureringer i multinationale selskaber.

Afsnit 5.0 indeholder en beskrivelse af selve OECD's kapitel 9, omhandlende omstruktureringer i multinationale selskaber. Beskrivelsen har til hensigt at give læseren en beskrivelse af hvad der senere diskuteres.

Afsnit 6.0 indeholder selve den konceptuelle diskussion omkring OECD's kapitel 9, omhandlende omstruktureringer i multinationale selskaber. Fokus er her på problematikker og problemstillinger i forhold til selve kapitlets indhold. Formålet er at skabe en diskussion omkring indholdet af kapitel 9. I selve diskussionen vil der blive inddraget relevante inputs fra blandt andet kommentarerne til udkastet, som blev foretaget som et led i processen omkring udarbejdelsen af kapitel 9.

Sluttelig er afsnit 7.0, som indeholder konklusion og perspektivering. Formålet er her at samle op på diskussionen foretaget i afsnit 6.0. Derudover besvares selve problemformuleringen i dette afsnit.

Sluttelig findes en perspektivering i afsnit 8.0, som tager udgangspunkt i de konkluderede resultater, og perspektiverer dem fremadrettet.

Afsnit 9.0 er specialets litteraturliste.

1.7 Metodologi og metodisk tilgang

I dette afsnit vil metodologien og den metodiske tilgang til specialet blive belyst. Metodologien og metoden vil have betydning for hvordan specialet udformes og på hvilken vis resultaterne fremkommer.

Vores problemfelt og tilgang til specialet har begrænset mulighederne for valg af metodologi, eftersom vi hverken har et samarbejde med en casevirksomhed eller udfører nogen form for kvantitativ undersøgelse. Dette har selvfølgelig haft sine begrænsninger i forhold til valg af metodologi. Afsnittet er derfor heller ikke af samme omfang, som det ofte ses i andre mere resultatorienterede projekter. Det bunder i at vi ikke på samme måde skal overveje hvordan empirien skal indhentes, hvordan respondenterne agerer og hvordan deres forforståelse af problemfeltet er. I dette speciale er alt empirien indhentet og bearbejdet. Vores udgangspunkt er derfor at den indhentede empiri er blevet behandlet objektivt, og kapitel 9 afspejler OECD's holdninger på området.

1.7.1 Metodologi

Dette speciale tager sit udgangspunkt i Transfer Aspects of Business Restructuring som er kapitel 9 i OECD's udgivelse OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Som titlen siger, er det en guideline, som omhandler hvordan multinationale selskaber og nationale skattemyndigheder kan imødekomme de mange problematikker og usikkerhedsmomenter, som findes i forbindelse med transfer pricing. Da vi tager udgangspunkt i denne empiri har vi valgt at arbejde ud fra en analytisk tilgang. Det vil sige at vi forholder os objektivt til det, der er skrevet og forsøger at diskutere, analysere og til tider

kritisere det med udgangspunkt i relevante teorier, udgivelser og kommentarer til kapitlet. Den analytiske tilgang karakteriseres af at verden er objektiv, at helheden er summen af delene og at tilgangen ligger sig op af den positivistiske videnskabsteoretiske tilgang.

Vi vil arbejde ud fra et deduktivt synspunkt hvor OECD's kapitel 9 er i centrum. Dette kapitel vil blive gennemarbejdet for at opnå en større forståelse af de guidelines kapitlet fremsætter.

Derefter vil kapitlet blive diskuteret og set på i et kritisk lys.

Vi har valgt ikke at kigge nærmere på hvordan kapitlet er fremkommet og hvilke interesser der har været i spil. OECD har mange medlemslande og mange interesser som på hver sin vis vil forsøge at argumentere for egne synspunkter. Vi kan på ingen måde afvise at kapitel 9 er blevet farvet af visse interessenters holdninger eller forhandlingskraft, men vores udgangspunkt er at dette kapitel afspejler den generelle holdning i OECD og varetager både dets medlemslande og de multinationale selskabers interesser. Dette er gjort på baggrund af den tid, der er til rådighed til dette speciale, men også på grund af den manglende tilgængelige information. Vi har derfor ikke anset det som værende vigtigt for resten af specialet, at undersøge dette område. Som det forholder sig nu, skal multinationale selskaber og skattemyndighederne tage udgangspunkt i kapitlet ved omstruktureringer. Hvordan kapitlet fremkom, kan derfor være mere eller mindre ligegyldigt. Kapitlet er den virkelighed de multinationale selskaber og skattemyndighederne nu befinder sig i og skal tage stilling til.

1.7.2 Metode

Vi har valgt at påtage en analytisk tilgang til teorien og empirien. Det betyder at kapitlet vil blive analyseret og der vil blive gået i dybden med enkelte problemstillinger, som vi finder relevante ud fra en helhedsbetragtning. Vi vil som udgangspunkt ikke dykke ned i den enkelte sætning og dissekere dens indhold, men holde det som en mere konceptuel diskussion. Enkelte vendinger og ord kan dog blive diskuteret såfremt vi finder det relevant for selve forståelsen af afsnittet eller kapitlet.

Vi forholder os objektiv gennem diskussionen og påpeger kun de punkter, som enten teorierne eller kommentarerne til kapitlet behandler. Vores udvælgelsesproces af hvilke punkter der skal diskuteres er en subjektiv vurdering af betydningen for helheden og hvor stor en indflydelse det vil have for både multinationale selskaber og skattemyndigheder. Denne udvælgelsesproces kan ikke gøres objektivt, med mindre at problematikkerne skaleres efter indvirkning. Selv i et sådant

tilfælde vil skalaen fastsættes efter en subjektiv vurdering. Derfor mener vi ikke at denne subjektivitet i specialet hverken kunne være undgået eller kommer til at have indflydelse på vores måde at behandle diskussionen på.

1.8 Specialets resultater

Specialets resultater har til hensigt kort at fortælle hvad specialet er kommet frem til. I denne sammenhæng er der tale om besvarelse af selve problemformuleringen.

Motiverne for omstruktureringer i multinationale selskaber er mange. Ofte er udgangspunktet at multinationale selskaber ønsker at effektivisere deres selskab. Dette kan ske gennem omstruktureringer. Overordnet set er motiverne meget subjektive. Dette begrundes med et multinationalt selskab ikke ligner et andet. De har med andre ord forskellige motivationer bag omstruktureringer.

I sammenhæng med transfer pricing viser det sig, at der findes flere aspekter, som multinationale selskaber skal være opmærksomme på, når de foretager omstruktureringer. OECD har på området udarbejdet en guideline for hvordan omstruktureringer i multinationale selskaber bør ske. OECD's arbejde er som udgangspunkt meget anvendeligt. Dette især hvis det strømlines landende imellem, for at skabe konsensus på området. Når det så er sagt, giver OECD's guideline på området for omstruktureringer nogle spørgsmål, som kan skabe problemer for de multinationale selskaber. Mange områder af OECD's kapitel 9, omhandlende omstruktureringer, efterlader meget til fortolkning. Derudover er der flere steder, hvor begreber er vagt formuleret. Eksempelvis funktioner, aktiver og risiko. Dette gør at multinationale selskaber kan have svært ved at anvende guideline. Dette skal også ses i lyset af hvordan den lokale skattemyndighed vælger at tolke OECD's guideline for omstruktureringer.

Dette kan lede til nogle konflikter mellem de multinationale selskaber og de lokale skattemyndigheder. Dette sker på grundlag af forskellige aspekter. Blandt andet fortolkningen af OECD's guideline. Derudover kan nævnes aggressiviteten hos den lokale skattemyndig. Dette kan variere fra land til land. Overordnet set kan det være med til at skabe et dårligt skatteklima, de multinationale virksomheder og skattemyndighederne imellem. Derfor bør man i højere grad

søge mod større grad at samarbejde. Dette vil øge forståelsen fra begge parter om hvorfor de agerer som de gør.

2.0 Organisation for Economic Co-operation and Development

Følgende kapitel har til hensigt at forklare hvad OECD er for en organisation og hvilke opgaver de påtager sig. Dette kapitel er af stor vigtighed for resten af specialet, da det sætter Business Restructuring kapitlet i det rette lys. Det er i denne organisation at hele specialet tager sit udgangspunkt.

2.1 OECD's historie

Organisationen tager sin begyndelse helt tilbage i efterkrigstiden. Organisation for European Economic Co-operation (OEEC), som er forfaderen til OECD blev oprettet i 1948 med det formål, at administrere den økonomiske støtte Canada og USA tilførte Europa i form af Marshall-Planen.

Efter denne støtte var fordelt og Marshall-Planen udløb, forblev organisation og havde nu til formål at fokusere på økonomiske spørgsmål. En af de første ting OEEC kom igennem med efter distributionen af støtten under Marshall-Planen var at oprette et Europæisk free-trade område, som især omhandlede handel med madvarer (www.oecd.org, 2012). Inden reformationen til OECD i 1961 nåede OEEC også at oprette et Atom Energi Agentur under sig.

I september 1961 afløste Organisation for Economic Co-operation and Development OEEC. OECD bestod i starten af medlemslandene fra OEEC, plus USA, Canada og efter tre år indfandt også Japan sig under OECD. Over de næste 12 år blev også Finland, Australien og New Zealand medlem af organisationen. OECD oprettede i den tid forskellige agenturer som skulle afhjælpe problemområder. Af disse agenturer kan nævnes; The OECD Development Centre og International Energy Agency.

2.1.1 Udvidelsen mod Øst

Efter murens fald og de drastiske politiske ændringer der skete i Central og Østeuropa, assisterede OECD disse lande med at klargøre dem til markedsøkonomireformer. Denne hjælp udmøntede sig i et program kaldet ”Partners in Transition”. Det skulle hjælpe Tjekkoslaviet, Ungarn og Polen med at gennemføre reformer, som kunne gøre dem til ligeværdige partnere på det europæiske marked. Dette program udmøntede sig i at OECD endnu en gang blev udvidet med flere medlemslande.

I 2003 etablerede OECD en arbejdsgruppe med det formål at udarbejde en strategi for udvidelse og samarbejde med ikke-medlemslande. Denne arbejdsgruppe udarbejdede fire kriterier, som udvælgelsen skulle foregå på baggrund af. Disse kriterier var; ligesindede, en betydningsfuld ”spiller”, gensidige fordele og globale hensyn. Dette arbejde udmøntede sig i en liste af lande, der passede ind som potentielle kandidater og en række lande som OECD ville øge samarbejdet med.

2.2 OECD's formål og mission

OECD beskriver selv deres mission som følgende (www.OECD.org, 2012):

Missionen for OECD er at promovere politikker, som vil forbedre økonomien og den sociale velvære blandt Jordens befolkning. Vi stiller et forum til rådighed hvor regeringer kan samarbejde, dele erfaringer og søge løsninger på almindelige problemer. Vi samarbejder med regeringer for at forstå hvad der driver økonomiske, sociale og miljømæssige ændringer. Vi måler produktivitet og globale handelsstrømninger og investeringer. Vi analyserer og sammenligner data for at forudse fremtidige tendenser. Vi udstikker internationale standarder på en vid variation af ting, fra landbrug og skat, til håndteringen af farlige kemikalier.

Vi kigger også på problemer som direkte påvirker almindelige menneskers liv, som f.eks. hvor meget de betaler i skat og social sikring, og hvor meget fritid de kan have. Vi sammenligner hvordan forskellige landes skolesystemer klargøre deres unge mennesker til det moderne liv, og hvordan forskellige landes pensionssystemer vil varetage de ældre borgere.

Ved at trække på praktiske erfaringer, anbefaler vi politikker som er designet til at gøre almindelige menneskers liv bedre. Vi arbejder sammen med virksomheder, gennem the Business and Industry Advisory Committee til OECD og med arbejderne gennem the Trade Union Advisory Committee. Vi har også aktive kontakter med andre civile samfundsorganisationer. Den fælles tråd for vores arbejde er en fælles forpligtelse til markedsøkonomien, med opbakning fra demokratiske institutioner og fokus på alle borgers velfærd. Undervejs vil vi også gøre livet sværere for terroristerne, skatteunddragerne, korrupte forretningsmænd og andre hvis handlinger underminerer et fair og åbent samfund. (www.OECD.org, 2012, oversat)

Da OECD fyldte 50 år og den økonomiske krise kradsede i de fleste medlemslande opstillede de udover ovenstående områder også fire nye hovedfokusområder.

- 1. Regeringerne er nødsaget til at genoprette tilliden til markeder, institutioner og de virksomheder som får dem til at fungere. Det vil kræve forbedrede regulativer og mere effektiv styring på alle niveauer af det politiske og forretningsmæssige plan.*
- 2. Regeringer må genetablere sunde offentlige finanser som basis for bæredygtig økonomisk vækst.*
- 3. Vi er på udkig efter måder at fostre og støtte nye kilder til vækst gennem innovation, miljøvenlig ”grøn vækst” strategier og udviklingen af fremspirende økonomier.*
- 4. For at understøtte innovation og vækst, bliver vi nød til at sikre at folk i alle aldre kan udvikle færdighederne til at arbejde produktivt og tilfredsstillende i de fremtidige jobs. (www.OECD.org, 2012, oversat)*

Deres hovedmål er:

Objektivitet: Vores analyser og anbefalinger er uafhængige og baseret på beviser.

Åbenhed: Vi tilskynder debat og en fælles forståelse af kritiske globale problemer.

Dristighed: Vi tør udfordre den konventionelle viden, startende med vores egen.

Banebrydende: Vi identificerer og adresserer nytilkomne og langsigtede udfordringer.

Etik: Vores troværdighed bygger på tillid, integritet og gennemsigtighed. (www.OECD.org, 2012, oversat)

OECD er altså en sammenslutning af lande som arbejder på fælles problemstillinger på mange områder. De arbejder meget bredt og har et stort antal arbejdsgrupper under sig. Et af de få fællestræk er dog økonomien, som er fokusområdet for størstedelen af arbejdsgrupperne.

OECD har med deres brede fundering god gennemslagskraft med de ting de kommer frem til. De kan dog ikke vedtage love eller presse medlemslandene til at ændre deres politikker. De kan dog influere de lovgivende organer ved at udsende ”bløde love”, såsom anbefalinger, guidelines eller manualer, som myndighederne kan indarbejde i deres love. Derudover kan den brede fundering også have sine ulemper i udarbejdelse af disse ”bløde love”, da det kan være svært at opnå en konsensus blandt alle medlemslandene.

3.0 Rationalet bag kapitel 9

Udgangspunktet for dette speciale er kapitel 9 i OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Kapitel 9 omhandler omstruktureringer i multinationale selskaber. Formålet med følgende afsnit er at give læseren en forståelse af hvorfor OECD har valgt at lave dette kapitel som et tillæg til den nuværende transfer pricing guidelines. Derudover berøres forskellige aspekter, som har betydning for hvordan guidelines i kapitel 9 ser ud og anvendes.

3.1 Hvorfor lavede OECD guidelines

Som tidligere skrevet er guidelines lavet for at skabe en konsensus omkring problematikken, som opstår i når selskaber står overfor transfer pricing spørgsmål. Gennem årene er behovet for guidelines på området blot steget. Der har for selskaber, været et hul, hvor de muligvis har manglet information omkring hvordan transfer pricing bør foretages indenfor gældende regler. Samtidigt er OECD en international organisation, som har flere medlemslande fra forskellige dele af verden. Derfor kan en strømning af konsensus på området hjælpe selskaber, som operer indenfor områder, som kræver transfer pricing. Det er vigtigt at fastslå at der er tale om guidelines og ikke regler. Dermed er det lagt op til de lokale skattemyndigheder, at bestemme

hvordan de ønsker at anvende disse guidelines og i det hele taget om man anvender dem. Dog ses det ofte at lande anvender OECD's retningslinjer.

3.1.1 Hvorfor ser guidelines ud som de gør?

Overordnet er guidelines forsøgt formuleret og udarbejdet som generelle guidelines for multinationale selskaber og skattemyndigheder. Som OECD selv nævner i indledningen til afsnittet har man forsøgt at lave dem realistiske og pragmatisk anvendelige. Som udgangspunkt er det en fornuftig disposition. Dog giver det også nogle implikationer at guidelines er udarbejdet som de er, blandt andet er guidelines mange steder vagt formuleret, de er ligeledes ikke altid lige konkrete i formuleringerne og kan virke en smule overfladiske. Derudover der mange forhold som OECD skal tage hensyn til. Disse behandles i det følgende.

3.1.2 Mange interessenter

I forhold til at guidelines ser ud som de gør, og de som tidligere nævnt måske mangler noget i forhold til at være mere specifikke, kan årsagen findes i antallet af interessenter. Guidelines er lavet til både multinationale selskaber og lokale skattemyndigheder. Det er derfor vigtigt at være opmærksom på at guidelinen er forsøgt udarbejdet så alle kan forstå den. Der er både multinationale selskaber og skattemyndigheder med begrænsede kompetencer, som skal være i stand til at sætte sig ind i den generelle tankegang i guidelinen. Derfor kan det nogle gange være svært at lave det for konkret og teknisk og samtidig tage højde for alle interessenterne. Som det er nævnt er kapitel 9 en smule uklar i sine formuleringer, hvilket giver mulighed for at interessenterne kan tolke på guidelinen i en given situation. Dette vil sandsynligvis ske på vidt forskellige måder. Der vil være stor forskel på om et multinationalt selskab tolker reglerne, eller der er tale om en skattemyndighed. OECD har forsøgt at skabe konsensus ved blandt andet at lade forskellige organisationer, instanser og selskaber komme med inputs til guidelines. Overordnet går mange af kritikpunkterne igen fra flere af inputs. Dog ses det også tydeligt, at der er forskellige holdninger til indholdet. Det er netop alle disse holdninger og kritikpunkter OECD har forsøgt at medtage i de endelige guidelines.

3.1.3 Mere konkrete, svækker konsensus

Som nævnt tidligere har man fra OECD's ønsket at oparbejde en form for konsensus omkring transfer pricing aspekter. Problemet er blot at man står med nogle guidelines, som kan efterlade en del til tolkning. Dermed er det blot nogle overordnede guidelines, som kan praktiseres på

forskellige måder, afhængig af brugeren. Hvis man fra OECD's side valgte at gøre guidelines mere konkrete er det ikke sikkert at det vil gøre guidelines bedre. En konkretisering vil ofte medføre at områder i guidelines vil blive ubrugelige, da konkretiseringen betyder at anvendeligheden bliver meget begrænset. Derfor er det meget tvetydigt hvad der vil give det bedste resultat. Der er både plusser og minusser ved begge retninger. Dette sammenholdt med at der findes forskellige interessenter, gør at guidelines kan være ubrugelige. Vi må som udgangspunkt antage at multinationale selskaber forsøger at udøve deres virksomhed ud fra hvad der er bedst for det multinationale selskab. Dette er forskelligt fra multinationalt selskab til multinationalt selskab. Derfor kan det være svært at se alle multinationale selskaber følger de samme guidelines. Derfor kræver det sandsynligvis i højere grad et samarbejde mellem lokale skattemyndigheder og de multinationale selskaber, som anvender transfer pricing. Det vil sige i stedet for at stå på hver sin side og argumentere for hvordan reglerne/guidelines skal tolkes og anvendes, vil det sandsynligvis spare både tid og penge for begge parter.

3.1.4 Guidelines overlader meget til fortolkning

Som nævnt nogle gange tidligere giver guidelines mange steder frihed til egen fortolkning. Dette skal selvfølgelig ses i lyset af at der blot er tale om guidelines og ikke decideret regler. Selve fortolkningsmuligheden ses tydeligt i guidelines, når der tales om armslængdeprincippet. Hvis der er tale om transfer pricing spørgsmål, hvor der ikke umiddelbart kan findes sammenlignelige data fra en lignende transaktion mellem to uafhængige parter. Her bliver en del overladt til fortolkning. Hvordan skal man værdiansætte et aktiv, funktion eller risiko, hvis man ikke har nogen form for sammenlignelige data? Selve det multinationale selskab vil have sin vurdering af værdiansættelsen. Modsat vil skattemyndighederne måske komme frem til en anden værdiansættelse. Overordnet kan man dog næppe tale for, at enten have meget klare regler eller som på nuværende tidspunkt, regler til fortolkning. I begge retninger vil der kunne opstå situationer, hvor en af parterne vil føle sig snydt.

3.1.5 Skæv fordeling af magt

Som tidligere nævnt har guidelines flere forskellige interessenter. Her kan man specifikt dele det op i skattemyndigheder på den ene side, og de multinationale selskaber på den anden side. Når guidelines nogle steder i teksten efterlader guidelines til egen fortolkning, opstår der et problem. Ofte vil et multinationalt selskab arbejde ud fra hvad der er bedst for denne. Dermed kan det

multinationale selskab have et syn på hvordan en transaktion foretages og værdiansættes. På den modsatte side står skattemyndighederne som muligvis tolker guidelines på en anden måde.

Overordnet arbejder skattemyndigheder i det lokale lands interesse. Derfor vil disse næppe have incitament til at lade profit forsvinde til et andet land. Netop fordi interesserne er forskellige set fra de to parter, kan skattemyndighederne i nogle tilfælde komme til at fremstå aggressive og ikke have interesse i at samarbejde med de multinationale selskaber.

På den modsatte side har man de multinationale selskaber. De kan muligvis komme til at stå på usikker grund. Hvis det multinationale selskab blot ønsker at foretage en transaktion, som gavner det multinationale selskab, men måske efterlader et tab i landet, som mister eksempelvis et aktiv, som generer profit til landet.

Overordnet kan den skæve magtfordeling mellem skattemyndigheder og de multinationale selskaber, skabe et dårligt klima, hvor samarbejdet muligvis ikke fungerer optimalt. Med andre ord, ser man hinanden som fjender og ikke samarbejdspartnere. Et øget samarbejde kunne sandsynligvis gavne begge parter.

3.2 Tilblivelsen af kapitel 9 i transfer pricing guidelines

Tilblivelsen af kapitel 9 i OECD's guideline har været en længere proces. Tilbage i 2005 startede arbejdet med udformningen af de nuværende guidelines i kapitel 9. Den primære årsag til begyndelsen af arbejdet, var et stigende behov for nogle generelle retningslinjer, som kunne benyttes på tværs af landegrænser i forhold til omstruktureringer i multinationale selskaber. Det var især problematikken omkring dobbelt beskatning. Derudover var der nogle usikkerheder i forhold til både skattemyndigheder og selve de multinationale selskaber omkring forskellige aspekter af en omstrukturering. Efterfølgende blev der dannet en arbejdsgruppe, som skulle arbejde med tilblivelsen af de endelige guidelines i kapitel 9.

I 2006 blev der fra OECD's side sammensat en uformel gruppe af akademikere, repræsentanter fra virksomheder og konsulenter. Gruppen havde til hensigt at komme med input til arbejdsgruppen. Dette skulle være primært teknisk og faktisk i forhold til erhvervslivet. Dermed søgte man at samarbejde og være lydhør overfor de mennesker, som rent faktisk vil kunne komme til at anvende guidelines senere i praksis.

I 2008 skete næste større punkt i forhold til udviklingen af guidelines i kapitel 9. Her frigav OECD den såkaldt ”discussions draft”. Her blev 37 organisationer inviteret til at komme med deres kommentarer og input til kapitel 9. I 2009 afholdtes en to dages konference hvor inputs fra de 37 organisationer blev diskuteret. De 37 organisationer er bredt funderet fra blandt andet juridiske, revision, almindelige produktionsvirksomheder, samt konsulentvirksomheder. Sluttelig blev kapitel 9 en del af transfer pricing guidelines i juli 2010.

Samlet set har udarbejdelsen af kapitel 9 været en længere proces, som det ses af ovenstående. Der er brugt mange ressourcer. Derudover har mange forskellige personer og organisationer været involveret i processen. Primært skal dette ses i lyset af at OECD arbejder i manges interesser og ønsker at skabe en fælles konsensus på tværs af landegrænser omkring transfer pricing.

3.3 Overordnet om kapitel 9's indhold

Overordnet set findes der ingen universel accepteret definition på business restructuring. OECD definerer det som: *“In the context of this chapter, business restructuring is defined as the cross-border redeployment by a multinational enterprise of functions, assets and/or risks”* (OECD, 2010, 9.1, s. 235). Som det ses af ovenstående citat omhandler omstruktureringer som udgangspunkt en transfer af funktioner, aktiver eller risici. Flytningen kan ske på tværs af landegrænser, men det behøver ikke altid være formålet. Omstruktureringen kan også ske i forhold til en tredjepart som ikke internt er en del af det multinationale selskab (OECD, 2010, 9.1, s.235). Dog er der i disse tilfælde tale om en anden form for transfer pricing, da flytningen reelt ikke foregår internt i det multinationale selskab. Dog kan der eksempelvis være kontraktlige forhold mellem to multinationale selskaber som gør, at de er tæt forbundet. Derudover er det vigtigt at skelne mellem kontrollerede og ikke kontrollerede transaktioner. Kontrollerede transaktioner foregår internt i koncernen. Det vil sige at det multinationale selskab har kontrol over hvordan transaktionen foregår. Ukontrollerede transaktioner foregår underfor det multinationale selskabs kontrol. Derfor er der i disse tilfælde ikke tale om en reel transfer pricing problematik, men blot et salg til en anden virksomhed.

Gennem udarbejdelsen af kapitel 9, har de repræsentanter som har deltaget i processen omkring udarbejdelse udtrykt følgende i forhold til hvorfor omstruktureringer sker: Man ønsker at maksimere synergier, have stordriftsfordele, strømline styringen funktioner og effektivisere det multinationale selskabs supply chain. Samtidigt bør omstruktureringer foretages i både tabs og profitsituationer. Det kan kort simplificeres ved opsving og nedgang i konjunktoren (OECD, 2010, 9.4,s. 236).

Gennem de senere år ses flere og flere omstruktureringer i multinationale selskaber. Omstruktureringer kan indeholde en centralisering af eksempelvis immaterielle aktiver. I disse aktiver følger ofte en risiko og/eller profit. Dette kan også være en fuldt funktionsdygtig produktionsenhed internt i det multinationale selskab, som flyttes til en udenlandsk operatør. Denne operatør fungerer nu som producent eksempelvis ud fra en kontrakt lavet med den juridiske enhed, som afgav eller solgte produktionen. Dermed opstår et behov for at værdiansætte hvad der flyttes og til hvilken pris. Dog behøver omstruktureringen ikke nødvendigvis indeholde en centralisering.

Samtidigt kan flytningen også være en nedskæring eller lukning af juridiske enheder indenfor det multinationale selskab. Overordnet set gælder det at armslængdeprincippet er gældende uanset om det er tale om den ene eller anden form for omstruktureringer (OECD, 2010, 9.6, s. 236). Der er generelt international konsensus omkring anvendelse af armslængdeprincippet. Anvendelsen af armslængdeprincippet skal blandt andet være med til at multinationale selskaber undgår at blive ramt af dobbelt beskatning. Ved anvendelsen af armslængdeprincippet undgår multinationale selskaber, som foretager omstruktureringer af skulle betale skat i flere lande. Derfor har armslængdeprincippet i høj grad sin anvendelighed, i hvert fald når det kommer til beskatning hos multinationale selskaber.

Kapitel 9 indeholder kun en overordnet guideline og diskussion omkring de generelle aspekter ved omstruktureringer i multinationale selskaber. Da der kun er tale om en diskussion og guideline, findes der ikke decideret regler indenfor området. Dette kan give flere situationer, hvor der opstår tvivlsspørgsmål. Dette vil senere i afsnittet behandles. Derudover fokuserer guidelines kun på omstruktureringer i internt forbundne juridiske enheder og ikke single virksomheder. Det skattemæssige aspekt i en omstrukturering er lagt i baggrunden i guidelines. Dette skal sandsynligvis ses i lyset af at skatteregler kan variere fra land til land.

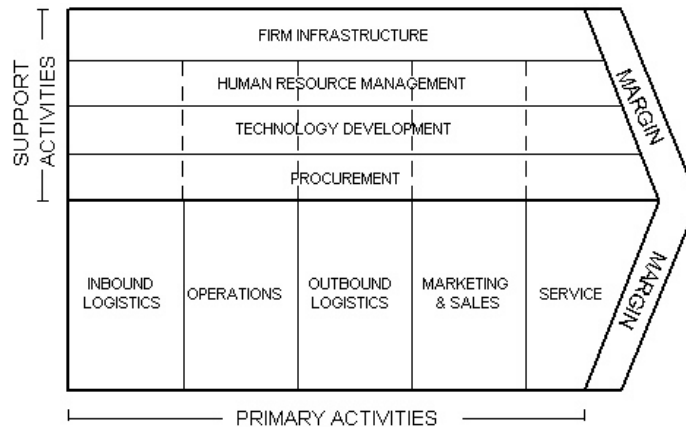
For at vende tilbage til armslængdeprincippet giver det også guidelines nogle tvivlsspørgsmål. I guidelines ønsker man at arbejde ud fra at omstruktureringen er indenfor armslængdeprincippet. Dermed opstår problemer i forhold til multinationale selskaber som omstrukturerer i forhold til god tro, eller hvad der er bedst for det multinationale selskab. Dermed skelnes der ikke mellem om det multinationale selskabs juridiske enheder er selvstændige, som man gør indenfor armslængdeprincippet. Med dette menes at et multinationalt selskab ikke anser en juridisk enhed i det multinationale selskab som værende selvstændigt, men nærmere som en del af det multinationale selskab. Dette giver nogle problematikker fra at overføre det teoretiske fra armslængdeprincippet til hvordan det rent praktisk foregår i de multinationale selskaber. I guidelines forsøger OECD at tage hensyn til ovenstående problematikker, og forsøger dermed at skabe en tilgang som er realistisk og rimelig pragmatisk anvendelig.

4.0 Definition af aktiver, risiko, funktion og armslængdeprincippet

En omstrukturering af et multinationalt selskab er i sin mest enkle form en flytning af enten aktiver, risici, funktioner eller flere af de førnævnte. Omstruktureringen går ud på at opnå fordele ved at flytte rundt på disse aspekter. På baggrund af dette vil vi først definere de 3 begreber, da det vil give et bedre overblik og en bedre forståelse for resten af specialet og det egentlige formål med OECD's Transfer Pricing Aspects og Business Restructuring Guideline. Derudover vil vi også introducere og definere armslængdeprincippet, da det er essentielt, når man taler om transfer pricing.

4.1 Funktion

Definitionen af funktioner tager sit udgangspunkt i virksomhedens værdikæde. En virksomheds værdikæde er en kæde af aktiviteter, som udføres i virksomhedens værdikæde. I Porter, 1985 tager værdikæden sit udgangspunkt i ni generiske kategorier af aktiviteter. Selve aktiviteterne har til hensigt at designe, producere, levere, og supporte virksomhedens produkter. Denne kæde af aktiviteter har til hensigt at skabe værdi for kunden. Det vil sige at værdi er den sum, som kunden er villig til at betale for produktet. Nedenfor er grafisk illustreret porters værdikæde.

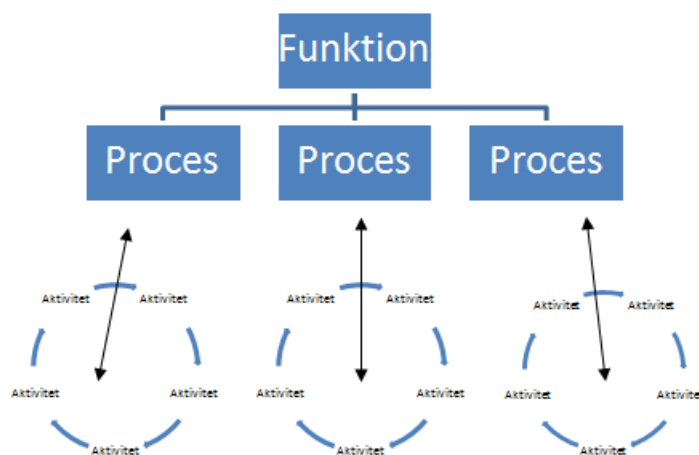


Figur 4.1a, Porters værdikæde. Kilde: Competitive advantage, 1985.

Selve elementerne i værdikæden er delt i henholdsvis primære og sekundære aktiviteter. De primære aktiviteter er typisk logistik, som er både indkøb og distribution af det færdige produkt. Derudover er der typisk selve produktionen, marketing og salg, samt en service. Denne service kan være installation eller reparation af solgte produkter. De sekundære aktiviteter kan omhandle teknologisk udvikling, HRM, infrastruktur i virksomheden. Selvom de sekundære aktiviteter muligvis ikke er specielt omkostningstunge, vil de sandsynligvis stadig skabe værdi for kunden. Eksempelvis kan en teknologisk udvikling medføre at et produkt udvikles, hvilket muligvis kan skabe værdi for kunden. I forlængelse af de primære og sekundære aktiviteter kan man tale om direkte og indirekte aktiviteter. De direkte aktiviteter er meget involveret i forhold til at skabe værdi for kunden. Dette kan være selve produktionen. De indirekte aktiviteter er typisk aktiviteter som gør det muligt at udføre de direkte aktiviteter. Som eksempel kan være planlægning eller vedligeholdelse. Den sidste type er aktiviteter som sikrer at kvaliteten i de andre aktiviteter holdes på et ønsket niveau (Porter, 1985).

Samlet set kan man se de værdiskabende aktiviteter som nogle bokse i et system. Dermed er der tale om et system af uafhængige aktiviteter. Disse kædes sammen i selve værdikæden. Netop linket mellem de forskellige aktiviteter, medfører at virksomheden har to muligheder i forhold til at opnå konkurrencefordele gennem deres værdikæde (Porter, 1985). Enten kan det ske gennem koordinering eller optimering. Hermed åbnes op for virksomhedens anvendelse af Business Process Management (BPM). Her handler det om at optimere og koordinere processerne i selve virksomheden. Det er vigtigt at definere sine funktioner eller aktiviteter præcist. Det vil sige både start og slutning på den udførte aktivitet. Selvom man vælger at optimere, hvilket kan betyde en nedskæring eller lukning af en funktion, bør man være opmærksom på, hvorvidt dette blot skaber en ny funktion. Sker dette, bør disse defineres klart (Becker, 2000).

Selve begrebet funktion, beskriver blot den proces som foretages. Derfor vil det være nærliggende at kaste et blik på BPM. Nedenfor er figur 4.1b, som viser en funktions dekomponering til flere processer og aktiviteter.



Figur 4.1b, Dekomponering af funktioner.

Som eksempel kan man tage indkøbsfunktionen i et multinationalt selskab. I denne funktion findes flere forskellige processer, som overordnet får funktionen til at fungere. Dermed er det reelt ikke selve funktionen, som udfører arbejdet, men processerne. I disse processer foregår en række aktiviteter. Ofte vil rækkefølgen på processerne være logisk opbygget. Hammer 2008 har opstillet en model, process management cycle. Opstilles denne model for en funktion, såsom

indkøb, vil det multinationale selskab skabe et overblik fra start til slut over de processer og underliggende aktiviteter som foregår i selve funktionen (Hammer, 2008). Det er netop hvad figur 4.1b viser. I selve aktiviteterne kan der yderligere forekomme yderligere underliggende processer. Selve styringen af en funktion foregår med udgangspunkt i de underliggende aktiviteter og processer. Jf. Hammer, 2008 er det vigtigt at pointere, at de processer som foregår ikke statiske, men hele tiden under udvikling, dynamiske. Derfor er det vigtigt at være opmærksom på at definere klart hvilke aktiviteter og processer, der foregår. De behøver ikke nødvendigvis være positive. En eksisterende proces er bedre end ingen processer (Hammer, 2008). Det kan opsummeres at værdikæden viser virksomhedens funktioner. I disse funktioner findes de aktiviteter og processer som styrer funktionerne. Derfor bør fokus i højere grad være på disse, end på selve funktionerne. Især dette område er interessant set i lyset af transfer pricing. Der kan være stor forskel på at have fokus på funktioner kontra processer.

4.2 Aktiver

Et aktiv kan defineres som: ”*Ressourcer, der er under virksomhedens kontrol som et resultat af tidligere begivenheder, og hvorfra fremtidige økonomiske fordele forventes at tilflyde virksomheden*” (Elling, 2008, s. 208). Som det ses bliver der i denne definition ikke skelnet mellem immaterielle, materielle og finansielle aktiver. Der er heller ikke forskel på om aktiverne er købt udefra eller hvorvidt aktiverne er oparbejdet internt i det multinationale selskab, som f.eks. brandværdi (Elling, 2008). I denne definition er det vigtigt at hæfte sig ved et par begreber. Aktivet skal være under det multinationale selskabs kontrol og det skal bidrage med en fremtidig økonomisk fordel. Under multinationale selskabers kontrol eller disposition lægger sig op af, at der er mange aktiver i samfundet. Disse bidrager til det multinationale selskabs indtjeningsevne uden at de er til deres disposition. Et eksempel herpå kan være samfundets infrastruktur. Det er altså kun under det aspekt at det multinationale selskab har kontrollen over ressourcen, at det karakteriseres som et aktiv. Her er det vigtigt at understrege, at det ikke har noget at gøre med den juridiske ejendomsrets definition. Det er ikke nødvendigt at den juridiske enhed ejer ressourcen for at det kan betegnes som et aktiv. En maskine kan godt være leaset af en tredjepart, men stadig karakteriseres som et aktiv for den juridiske enhed. Som tidligere nævnt skal aktivet bidrage med en fremtidig økonomisk fordel, eller en forventelig fremtidig økonomisk fordel.

Dette betyder at ressourcen skal have en værdi i den fremtidige drift af den juridiske enhed. Hvorvidt ressourcen bidrager med produktionsbesparelser eller et forøget indtjeningspotentiale er for så vidt ligegyldigt. De bidrager begge til den fremtidige indtjening og kan derfor defineres som et aktiv. Et aktiv er altså værdiskabende for virksomheden, og det er derfor lige meget om det er en maskine, dygtige medarbejdere eller oparbejdet brandværdi, så længe det skaber værdi for det multinationale selskab, karakteriseres det som et aktiv.

Da der i dette speciale bliver arbejdet med det multinationale perspektiv er det også relevant at kigge på hvordan de internationale regnskabsstandarder definerer et aktiv. IFRS (International Financial Reporting Standards) og IASB (International Accounting Standards Board) definerer et aktiv som:

“An asset is a resource controlled by the enterprise as a result of past events and from which future economic benefits are expected to flow to the enterprise” (www.IFRS.com, 2012).

Som det ses på den definition afviger den overhovedet ikke fra den danske definition. Fokus er stadig ikke ejerskab, men kontrol over aktivet. Det skal bidrage med fremtidig økonomiske fordele og det er underordnet hvorledes aktivet er tilvejebragt. Det kan være købt udefra eller oparbejdet internt.

FASB (Financial Accounting Standards Board), som er den amerikanske version af IFRS, definerer aktiver lidt anderledes:

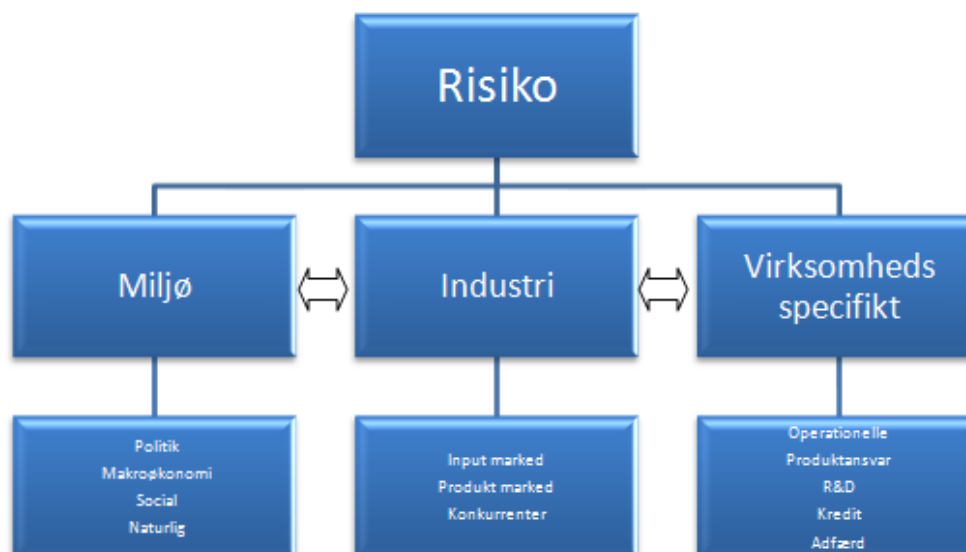
“Assets are probable future economic benefits obtained or controlled by a particular entity as a result of past transactions or events” (www.FASB.com, 2012).

Disse tre definitioner ligner hinanden på rigtig mange områder. De omhandler alle kontrol af aktivet som resultat af tidligere begivenheder. De taler alle om en hvis grad af forventelighed, ”expected”, ”probable”, og omtaler at fremtidig økonomisk fordel er af stor betydning. Hvis man går i detaljerne kan det dog ses at FASB’s definition faktisk afviger en smule fra de to andre. IFRS og SKAT nævner ressourcer mens FASB kigger på økonomiske fordele.

4.3 Risiko

Hvis man skal forsøge at definere hvad risiko og usikkerhed er, er der mange forhold man skal forholde sig til. Risiko kan opstå mange forskellige steder, og være udledt af forskellige faktorer. Dette kan være både internt, men også eksternt i forhold til selve det multinationale selskab. Ydermere kan man tale om at usikkerhed og risiko kan være skabt gennem mikroøkonomi eller makroøkonomi. Det vil sige at man enten kigger på de enkelte dele, som kan være et specifikt multinationalt selskab eller i højere grad ser på det fra en samfundsmæssig vinkel. I multinationale selskaber sker forskellig behandling af risiko.

I Miller, 1992 kritiseres meget litteratur for ikke at se risiko i et bredere perspektiv, men i højere grad se isoleret på den enkelte risiko. Derudover menes der at strategisk management mangler en klar definition af hvad risiko er. Som skrevet ovenfor er det relativt tydeligt at risiko kan være komplekst og i høj grad contingency baseret. Derfor har Miller 1992 opstillet et framework, for at lave en tydeligere definition af risiko og usikkerhed. Udgangspunktet er en tredelt model. Denne indeholder spørgsmålet om hvordan usikkerhed og risiko opfattes. De tre muligheder er, generelt miljø, industri eller virksomhedsspecifikt (Miller, 1992). Grafisk er Millers bud på risici vist nedenfor i figur 4.3.



Figur 4.3, Risiko, Miller 1992.

Miljømæssige risici er typisk forårsaget fra politisk side. Dette kan være reformer, handelsbarrierer eller priskontrol. For en virksomhed vil det på nationalt niveau sandsynligvis være relativt overskueligt. Arbejder man derimod internationalt, er der pludselige mange flere miljømæssige forhold at tage hensyn til. Udover politiske risici, kan der også være tale om sociale usikkerheder, som kan være den generelle overbevisning i samfundet, dets værdier eller attitude.

Industriel risiko definerer Miller 1992 ud fra tre forskellige hovedusikkerheder. Den første er inputtet i markedet. Det betyder usikkerheden om indkøb af rette mængde og kvalitet. Den næste usikkerhed er produktmarkedet. Her handler det om ændringer i industriens output. Den sidste er konkurrence usikkerhed. Her er fokus på rivalisering mellem konkurrenter, samt nye udbydere på markedet.

Den sidste del af Millers, (1992) model er virksomhedsspecifikke risici. Her fokuseres på operationelle områder i det multinationale selskab. Dette kan være arbejdskraften, som er ansat i det multinationale selskab. Det kan også være produktionsusikkerhed, f.eks. ved fejl i produktionsudstyret. Derudover kan usikkerhederne relatere sig til områder såsom ansvar. Med dette menes de negative effekter associeret ved brug af det multinationale selskabs produkter. Der kan også være tale om usikkerheden mellem hvad R&D afdelingen udvikler og hvad der ender som det endelige produkt.

Hvordan virksomheder reagerer i forhold til risici og usikkerheder ser Miller, 1992 ud fra to perspektiver, enten finansiel eller strategisk. Finansiell risiko håndteres ofte gennem forsikringer eller futures kontrakter, med eksempelvis leverandører. Indenfor strategisk risiko er fokus på, undgåelse, kontrol, samarbejde, efterligning eller fleksibilitet. Undgåelse kan ske i eksempelvis forhold til politisk risiko. Her kan multinationale selskaber lobbye. Efterligning handler blot om at efterligne en konkurrents strategi. Fleksibilitet handler for det multinationale selskab om at kunne tilpasse sig miljøet, hvad enten der er tale om geografi eller produktspecifikke ting (Miller, 1992).

Overordnet skal de tre dele i frameworket, generelt miljø, industri og firmaspecifikt risici ses i sammenhæng. Det vil sige et multidimensionalt framework. Ofte vil en risiko i en af delene

påvirke de andre dele. Det samme kan sige med strategisk og finansiel risiko. Derfor bør usikkerheder og risici aldrig behandles isoleret (Miller, 1992).

4.4 Armslængdeprincippet

Udgangspunktet for armslængdeprincippet er, at hvis der er en transaktion mellem to uafhængige selskaber, vil prisen samt vilkårene herfor, blive fastlagt af markeds kræfterne. Når to juridiske enheder indgår i en transaktion, vil deres indbyrdes priser og vilkår ikke være bestemt af markedet, men i højere grad af deres fælles interesser i det multinationale selskab.

Armslængdeprincippet betyder dermed, at før end transaktionen mellem to juridiske enheder er sket på armslængdevilkår, skal pris og vilkår svare til det, som to uafhængige selskaber ville have aftalt.

Armslængdeprincippet bygger dermed på forudsætningen om, at der til en hver økonomisk transaktion findes en sammenlignelig transaktion, af tilsvarende karakter, mellem uafhængige parter. Kun på denne måde kan man bestemme, hvorledes transaktionen ville være foretaget på markedsbestemte vilkår, og dermed hvorledes den interne transaktion skal være sket. Graden af sammenlignelighed af transaktionerne er altså af meget stor betydning

5.0 Beskrivelse af kapitel 9

Det følgende afsnit giver læseren et indblik hvad kapitel 9 i OECD's transfer pricing guidelines indeholder. Overordnet har kapitlet fokus på omstruktureringer i multinationale selskaber. I det nedenstående afsnit, er det valgt at fokusere på hvad der er essentielt for kapitel 9, set i lyset af hvad der anvendes i senere afsnit. Afsnittet er bygget op med en struktur som følger opbygningen af OECD kapitel 9. Dette er for at gøre det overskueligt for læseren, samt give et link til den senere diskussion.

5.1 Særlige hensyn til risici

Risiko er ofte en kritisk faktor i forhold til en omstrukturering i et multinationalt selskab. Ofte ses at en øget risiko ligeledes medfører mulighed for en øget profit. Omvendt vil en mindsket risiko ofte medføre et mindre udsving i profitten. Den er dermed mere stabil. Omstruktureringer handler ofte om at den lokale drift bliver omstruktureret til lav risiko drift. Dermed bliver risikoen re-allokeret til en anden juridisk enhed i det multinationale selskab, hvor profitten ligeledes bliver flyttet til. Derfor er det vigtigt for skattemyndigheder at være opmærksomme på at disse omstruktureringer og post-omstruktureringer foregår i henhold til armslængdeprincippet (OECD, 9.10, s. 239).

Behandlingen af risikospørgsmålet tager udgangspunkt i de kontraktlige vilkår, som er indgået mellem de to parter. Denne kontrakt bør vise hvordan risikoen er fordelt mellem de to parter. Dermed haves et udgangspunkt for at vurdere, hvilken part der bør bære risikoen i transaktionen. OECD anbefaler at multinationale selskaber nedskriver deres beslutninger om re-allokering af markante risici før en transaktion. Dermed vil det være lettere at foretage en vurdering af profitpotentialet. Hvis ikke der forefindes nogle kontraktlige forhold, som kan afgøre hvor risikoen ligger, anbefales det fra OECD at vurderingen foretages ud fra generel adfærd og økonomiske principper, som mellem uafhængige enheder. Selvom der findes kontraktlige forhold, har en skattemyndighed altid ret til at udfordre re-allokeringen af risiko, hvis den ikke er konsistent med den økonomiske substans af transaktionen. OECD anbefaler derfor at se på flere forhold end blot de kontraktlige. Disse forhold behandles i det efterfølgende (OECD, 2010, 9.12, s. 240).

Som det første findes de kontraktlige forhold. Her vil parterne i et kontraktligt forhold sandsynligvis forsøge at holde hinanden op på disse forhold. I forhold hvor kontraktlige forhold misligholdes fra en eller flere parter, er der behov for yderligere analyse af re-allokeringen af risikoen. Igen har skattemyndigheder mulighed for at udfordre transaktioner, som falder udenfor de kontraktlige forhold (OECD, 2010, 9.11, s. 239-240).

Det næste spørgsmål er om hvorvidt re-allokeringen af risikoen i en kontrolleret transaktion er i henhold til armslængdeprincippet. Hvis der forefindes en tidligere lignende transaktion foretaget mellem to uafhængige juridiske enheder, er transaktionen at betragte i overensstemmelse med

armslængdeprincippet. Generelt vil søgningen efter sammenlignelige data ikke foretages isoleret, men mere overordnet i forhold til den samlede sammenlignelighedsanalyse af transaktionen, hvor risikoen indgår. De sammenlignelige data bør anvendes til at vurdere konsistensen i forhold til armslængdeprincippet i den kontrollerede transaktion, som inkluderer risikoen i selve transaktionen (OECD, 2010, 9.14, s. 241-242).

Der findes situationer, hvor der ikke findes sammenlignelige data, til vurdering af transaktionen. Selvom der ikke forefindes eksempler, betyder det ikke, at transaktionen ikke kan være gældende i forhold til armslængdeprincippet. I sådanne tilfælde er det nødvendigt at vurdere, om en lignende transaktion ville finde sted mellem to uafhængige parter. Denne vurdering vil altid blive subjektiv. Derfor ønskes nogle guidelines for hvordan denne vurdering foretages, blandt andet for at undgå usikkerheden og risikoen ved dobbelt beskatning. Et element, der kan afhjælpe i vurderingen, er at undersøge hvem, der har den relative kontrol over risikoen i selve transaktionen. Derudover kan det undersøges om en uafhængig part er villig til at påtage sig risikoen, og om denne har økonomiske kapacitet til at bære risikoen. De to ovennævnte forhold er ikke altid nok til at vurdere situationer. En re-allokering af risiko, vil ikke nødvendigvis være foretaget af uafhængige parter. Derfor bør det vurderes i forhold til hver enkelt case eller situation (OECD, 2010, 9.20, s. 242). Skattemyndigheder har ret til udfordre transaktioner i henhold til armslængdeprincippet i situationer, hvor der ikke er sammenhæng mellem risiko og kontrol. Med dette menes at hvis en risiko er re-allokeret til en part, som har mindre kontrol over risikoen end den anden part (OECD, 2010, 9.22, s. 243).

I forlængelse af ovenstående er det vigtigt med en forståelse af ordet kontrol. I den sammenhæng skal kontrol forstås som evnen til at foretage beslutninger om at påtage sig risikoen, samt beslutninger om og hvordan risikoen håndteres, enten internt eller af eksterne parter. Derfor bør multinationale selskaber have ansatte til at varetage disse beslutninger. Hvis et multinationalt selskab hyrer en ekstern part til at varetage risikoen på eksempelvis dag til dag basis, er der ikke tale om transfer af risikoen (OECD, 2010, 9.26, s. 244).

Et andet element i forhold til vurderingen af om en re-allokering af en risiko ville være indgået af to uafhængige parter, er om risikobæreren har den finansielle kapacitet til at bære risikoen, når den er overført. Hvis en part får overført eller re-allokeret en risiko, som den ikke har finansiell kapacitet til at bære, kan der opstå tvivl om hvorvidt transaktionen er i henhold til

armslængdeprincippet. I sådanne tilfælde kan det betyde at risikoen i stedet stadig bør bæres af parten der som udgangspunkt afgav risikoen. Der kan også være tale om en tredjepart som påtager sig risikoen (OECD, 2010, 9.30, s. 245). Den finansielle kapacitet til at bære risikoen er ikke nødvendigvis ment som at bære de fulde konsekvenser af risikoen. Der kan være tale om partens kapacitet til at beskytte sig selv i forhold til konsekvenser af en risiko. Som f.eks. ved at tegne en forsikring til at dække risikoen (OECD, 2010, 9.32, s. 246).

Vurderingen af hvorvidt en re-allokering af risiko er indenfor armslængdeprincippet, skal ses i forhold til om der findes lignende sammenlignelige transaktioner internt eller eksternt. Såfremt dette er tilfældet, vil skattemyndigheder ikke have grundlag for at udfordre transaktionen.

5.1.1 Konsekvenser ved re-allokering af risici

Der findes flere forhold, som spiller ind når der re-allokeres risici mellem to juridiske enheder. Hvis en re-allokering er i henhold til armslængdeprincippet, betyder det at den bærende part afholder omkostninger ved at kontrollere risikoen. Enten internt i den juridiske enhed eller af eksterne udbydere. Der kan også være tale om at mindske risikoen (OECD, 2010, 9.39, s. 248), eller at bære omkostningerne ved en eventuel realisering af risikoen. En tredje konsekvens er at den bærende juridiske enhed bliver kompenseret for en forøgelse i det forventede afkast (OECD s. 249).

Re-allokering blandt associerede juridiske enheder kan lede til både positive og negative konsekvenser for afgiver og modtager af en risiko. Her kan det både være et tab, som skifter ejer, men også en profit, som ligger hos en anden part (OECD, 2010, 9.40, s. 249). I den forbindelse er det vigtigt at vurdere om risikoen er økonomisk signifikant. Dette kan vurderes ud fra om risikoen bærer et eventuelt profitpotentiale. Derudover ses der på hvorvidt re-allokeringen af risikoen kan forklare et signifikant stigende profitpotentiale. Der kan også være tale om hvor forudsigelig risikoen er, samt muligheden for at mindske den. En risiko som vurderes til at være økonomisk insignifikant, vil ikke kunne forklare et betydeligt beløb eller mindskelse i den juridiske enheds profitpotentiale. Ifølge armslængdeprincippet forventes det ikke at en økonomisk insignifikant risiko re-allokeres, eller i hvert fald kompenseres for re-allokeringen (OECD, 2010, 9.41, s. 249). Regnskabstal er ofte et godt grundlag for at kunne vurdere en risiko. Dog findes der også typer af risiko, som ikke kan findes i multinationale

selskabers interne regnskaber. Her er der blandt andet tale om markedsrisiko (OECD, 2010, 9.43, s. 249).

I forhold til omstruktureringer tales om anvendelse af transfer pricing metoder til at mindske risikoen. Dette kan ske ved anvendelse af metoder som cost plus eller TNMM, hvor den ene part er garanteret en minimumprofit. I en re-allokering af risiko er det vigtigt at vurdere kompensationen til den afgivende part. Anvendelsen af pricing metoden, kan være med til at skabe et miljø med lav risiko. Omvendt behøver pricing metoden ikke altid at være afgørende i forhold til risikoen. Anvendelsen af transfer pricing metoder til at teste priser, marginer eller profit fra en transaktion, bør ske ud fra den mest hensigtsmæssige metode i den pågældende situation. Den bør være konsistent i forhold til re-allokeringen af risikoen, og indenfor armslængdeprincippet, fordi risiko er en vigtig del af en funktionel analyse af en transaktion (OECD, 2010, 9.46, s. 250).

OECD anbefaler multinationale selskaber at opstille, monitorere og revurdere det multinationale selskabs transfer pricing. Her bør ses på størrelsen af transaktioner, kompleksiteten, niveauet af risikoen og om det foregår i et stabilt eller ustabil miljø. Det kan være bekosteligt for et multinationalt selskab at lave vurderinger af transaktioner, om hvorvidt de er i henhold til armslængdeprincippet. Det forventes at en eventuel analyse er afhængig af væsentligheden af risikoen og om den har et betydeligt profitpotentiale (OECD, 2010, 9.47, s. 251).

5.2 Armslængdekompensation for selve omstruktureringen

En omstrukturering kan involvere transfer af noget af værdi på tværs af landegrænser. Der kan også være tale om nedlæggelse eller genforhandling af nuværende kontrakter.

5.2.1 Forståelse af selve omstruktureringen

Vurderingen af om en omstrukturering er i henhold til armslængdeprincippet tager sit udgangspunkt i en sammenlignelighedsanalyse. Der fokuseres på de udførte funktioner, aktiver eller risici påtaget af en af parterne. Derudover ses på de kontraktlige forhold, økonomiske omstændigheder og det multinationale selskabs strategi (OECD, 2010, 9.50, s. 252). Når der forefindes ukontrollerede transaktioner, som er sammenlignelige med den i selve transaktionen,

vil sammenlignelighedsanalysen også indeholde en vurdering af realibiliteten. Der findes dog tilfælde hvor der ikke findes sammenlignelige data. Dette betyder ikke nødvendigvis at transaktionen ikke er i henhold til armslængdeprincippet. Der vurderes det om uafhængige parter ville have indgået en aftale på lignende vilkår (OECD, 2010, 9.52, s. 253).

En omstrukturering kan finde sted i forskellige former. Som udgangspunkt involverer den to eller flere parter. Selve indholdet kan være vidt forskelligt. Omstruktureringer bliver mere komplicerede når de indeholder funktioner, aktiver eller risici. For at fastlægge kompensationen i forhold til omstruktureringen, er det vigtigt at identificere de tre ovenstående faktorer. Vurderingen bør typisk ske både før og efter omstruktureringen (OECD, 2010, 9.53, s. 253). Derudover bør der vurderes i forhold til rettigheder og pligter, som opstår i forhold til omstruktureringen.

Når der foretages en omstrukturering, sker det ud fra forskellige præmisser. De deltagende personer i OECD's konsultation omkring udarbejdelsen af kapitel 9 kommer med forskellige argumenter for hvorfor omstruktureringer finder sted. I den forbindelse er der vigtigt at nævne synergier. Synergier kan opstå som en del af omstruktureringen. Der kan være tale om multinationale selskaber, som ønsker at udnytte de synergier, som opstår gennem en omstrukturering. Derfor anbefales det at dokumentere disse synergier, ikke i forhold til skattemæssige spørgsmål, men i højere grad for at underbygge beslutningsprocessen omkring selve omstruktureringen (OECD, 2010, 9.57, s. 254). Selvom en omstrukturering er motiveret af nogle synergier, betyder det ikke nødvendigvis en forøgelse af det multinationale selskabs profit. Synergier behøver ikke nødvendigvis altid have en positiv effekt. Det kan også lede til øgede omkostninger (OECD, 2010, 9.58, s. 255).

Når man taler om armslængdeprincippet skelnes der mellem om der findes sammenlignelige data, i forhold til transaktionen. Uafhængige enheder vil som udgangspunkt kun indgå i transaktionen, hvis ikke der findes andre mere attraktive alternativer. Med andre ord, vil de ikke stå i en situation, hvor de er dårligere stillet end tidligere. Der findes dog andre muligheder. Disse bør overvejes i sammenlignelighedsanalysen. I den sammenhæng har skattemyndigheder mulighed for at evaluere de enkelte transaktioner, der foretages. Hvis der findes alternativer, som ikke er økonomiske irrationelle, bør skattemyndigheder ikke fastsætte transfer prisen. Der findes også tilfælde, hvor en juridisk enhed har flere muligheder, som er mere attraktive end forholdene

i selve omstruktureringen. I sådanne tilfælde, ville en uafhængig part muligvis ikke have accepteret de forhold, som er gældende for omstruktureringen (OECD, 2010, 9.61, s. 255). Modsat findes der også situationer hvor en juridisk enhed ikke har andre muligheder, end at acceptere vilkårene i omstruktureringen ifølge armslængdeprincippet. Der kan i disse tilfælde være tale om et kontraktligt forhold, hvor et udløb eller opsigelse af en kontrakt finder sted. Årsagen dertil kan være flere (OECD, 2010, 9.62, s. 256).

Armslængdeprincippet kræver en evaluering af forholdene, som er udformet eller pålagt mellem associerede juridiske enheder. Dette bør gøres på et niveau for hver enkelt juridisk enhed. Selvom et multinationalt selskab omstrukturerer af kommercielle årsager, som for at optimere synergi effekten, er det ikke ensbetydende med at det er i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Her skal de enkelte juridiske enheder analyseres hver for sig før at transaktionen kan siges at være i overensstemmelse med armslængdeprincippet (OECD, 2010, 9.63, s. 256). I forhold til andre realistiske muligheder, er det fra OECD's side ikke hensigten at multinationale selskaber skal lave en udtømmende analyse af andre muligheder. Intentionen er at skabe en indikation af om der findes andre muligheder, som bør overvejes i analysen af omstruktureringen (OECD, 2010, 9.64, s. 256).

5.2.2 Re-allokering af profitpotentiale

En uafhængig enhed modtager ikke nødvendigvis kompensation, når der sker en ændring i forretningsvilkårene, i forhold til potentiel eller forventet fremtidigt profit.

Armslængdeprincippet kræver ikke kompensation for et fald i den forventede fremtidige profit. Når armslængdeprincippet anvendes i forhold til omstruktureringer, er spørgsmålet om der er flyttet noget af værdi, hvor der sker en opsigelse eller markant ændring i de eksisterende forhold. Derudover vurderes det, hvorvidt der mellem uafhængige parter ville ske en form for kompensation (OECD, 2010, 9.65, s. 257).

I guidelines i kapitel 9, skal profitpotentiale forstås som ”forventet fremtidig profit”. I nogle tilfælde kan det omfatte tab. Begrebet profitpotentiale er ofte brugt i sammenhæng med værdiansættelsesprocessen, i forbindelse med en kompensation i henhold til armslængdeprincippet. Der kan være tale om både transfer af immaterielle aktiver eller en on-going concern funktion. I andre tilfælde kan det også være en nedlukning eller genforhandling af eksisterende forhold. I forhold til omstruktureringer bør profitpotentiale ikke tolkes som profit

eller tab, som opstår pre-omstruktureringen, og dermed fortsætter uendeligt. Hvis en juridisk enhed på tidspunktet for omstruktureringen ikke ejer nogen former for rettigheder eller andre aktiver, bør det heller ikke have nogen form for profitpotentiale. Derfor bør den juridiske enhed heller ikke kompenseres. I forhold til at vurdere om det har været i henhold til armslængdeprincippet, er det essentielt at forstå selve omstruktureringen og de forandringer der er foregået. Herunder også hvordan de har påvirket den funktionelle analyse af parterne. Derudover hvad fordelene ved omstruktureringen har været, og om der forefindes andre realistiske muligheder (OECD, 2010, 9.68, s. 257).

Omstruktureringer omfatter ofte forandringer i den juridiske enheds risikoprofil. Risiko kan opstå i forbindelse med en transfer af noget af værdi (OECD, 2010, 9.71, s. 258).

5.2.3 Overdragelse af noget af værdi

Dette afsnit fokuserer på diskussionen omkring transfers som opstår i en omstrukturering. Her tænkes specielt på materielle aktiver, immaterielle aktiver og on-going concern aktiviteter.

5.2.3.1 Materielle aktiver

Overordnet betyder et transfer af et materielt aktiv ikke at der opstår nogen former for transfer pricing problemer. Dog ses det ofte at varebeholdninger, som flyttes i forbindelse med en omstrukturering kan give nogle tvivlsspørgsmål (OECD, 2010, 9.75, s. 260). Selve spørgsmålene opstår i forhold til hvornår aktivet skal vurderes. Sker det på baggrund af råvarer eller færdigvarer? En mulighed er at fastlægge armslængdeprisen for råvaren og det færdige produkt. Dermed søges mod at findes sammenlignelige data. En anden mulighed er at fastlægge transferprisen ud fra det færdige produkt, fratrukket en armslængdekompensation for marketing- og distributionsfunktionernes arbejde. En tredje mulighed er at tage udgangspunkt i produktionsomkostningerne, for derefter at tilføje en armslængde mark up. Dette for at godtgøre produktionen for sin udførte funktion. Valget af transfer pricing metode sker i forhold til hvilken part i transaktionen, der er mindst kompleks. Dermed menes at den kan evalueres med stor sikkerhed i resultat, herunder både funktioner udført, forbrugte aktiver, påtaget risiko osv. (OECD, 2010, 9.78, s.261-262).

5.2.3.2 Immaterielle aktiver

Transfer af immaterielle aktiver giver ofte problemer i flere henseender. Både identificeringen af det flyttede aktiv og værdiansættelsen kan være en besværlig proces. Identificeringen kan være svær, da der i nogle tilfælde ikke er nogen form for registrering omkring det immaterielle aktiv. Immaterielle aktiver bør som udgangspunkt indeholde rettigheder, såsom patenter, trademarks, designs, modeller osv. Der kan også være tale om kundelister, distributionskanaler mm. En vigtig del af analysen af en omstrukturering er at identificere de immaterielle aktiver, der er flyttet. Derudover bør det vurderes hvorvidt uafhængige parter ville betale kompensation for aktivet og om det er i henhold til armslængdeprincippet (OECD, 2010, 9.80, s. 262).

Flytning af immaterielle aktiver i forhold til armslængdeprincippet tager udgangspunkt i både afgiver og modtager af aktivet. I den forbindelse vurderes flere forhold, såsom beløb, varighed og risiko i forhold til fordele (OECD, 2010, 9.81, s. 262).

I forbindelse med en omstrukturering sker det til tider at et immaterielt aktiv, som normalt findes lokalt, bliver flyttet til et centralt sted for det multinationale selskab, eksempelvis i et andet land. Selvom aktivet er flyttet, kan den lokale juridiske enhed stadig anvende det. Dette sker typisk under kontraktlige forhold. Årsagen til en centralisering af immaterielle aktiver er mange. Eksempelvis kan et multinational selskab gennem flere opkøb over en årrække, besidde flere forskellige immaterielle aktiver spredt udover flere lande. Det kan derfor være fordelagtigt at centralisere disse værdier i det multinationale selskab.

Armslængde princippet kræver en evaluering af forholdene mellem de to associerede juridiske enheder, hver for sig. Selvom multinationale selskaber foretager centraliseringer ud fra et ”best business” perspektiv, svares der ikke på om hvorvidt bortskaffelsen er i henhold til armslængdeprincippet i forhold til afgiver og modtager (OECD, 2010, 9.84, s. 263). I forlængelse af dette ses det i flere tilfælde at en lokal juridisk enhed mister sit immaterielle aktiv grundet en centralisering. Efterfølgende anvender den lokale juridiske enhed stadig aktivet på en kontrakt. Denne bør være i henhold til vilkår, som uafhængige parter ville indgå. Vurderingen bør tage udgangspunkt i de udførte funktioner, forbrugt aktiv og risiko, i forhold til det immaterielle aktiv. Derudover kan det være på tale at aftale kontraktlige forhold omkring afgiverens fremtidige brug af det immaterielle aktiv (OECD, 2010, 9.86, s. 264).

5.2.3.3 Immaterielle aktiver som på transfer tidspunkt ikke har nogen værdi

Det kan forekomme, i forbindelse med omstruktureringer, at immaterielle aktiver ikke har nogen registreret værdi. Problemet opstår når der er et betydeligt hul mellem niveauet af forventet fremtidig profit på tidspunktet for værdiansættelsen til den aktuelle profit opstår på grund af modtagerens udnyttelse af aktivet (OECD, 2010, 9.88, s. 265). Værdiansættelsen af det immaterielle aktiv på tidspunktet for flytningen, giver nogle problemer i forhold til hvordan det sker i henhold til armslængdeprincippet. Derfor bør det vurderes både af skattemyndigheder og multinationale selskaber i forhold til hvordan uafhængige enheder ville acceptere forholdene. Derudover bør det konstateres hvordan værdiansættelsen har udviklet sig. Dermed menes om der fra den første vurdering sker en ændring i profitpotentiale, som kan betyde en genforhandling af transaktionen. I disse tilfælde har skattemyndigheder mulighed for at udfordre de kendte forhold (OECD, 2010, 9.88, s. 265).

5.2.3.4 Lokale immaterielle aktiver

I tilfælde hvor der findes lokale immaterielle aktiver, som flyttes og efterfølgende stadig udnyttes af den lokale juridiske enhed opstår nogle tvivlsspørgsmål. Især når en fuldt funktionsdygtig juridisk enhed konverteres til en juridisk enhed med begrænset risiko eller begrænses i forhold til immaterielle aktiver. Derudover bør der i den forbindelse undersøges, hvorvidt der forekommer immaterielle aktiver, som den juridiske enhed bør kompenseres for, i forbindelse med omstruktureringen, i henhold til armslængdeprincippet (OECD, 2010, 9.90, s. 266).

5.2.3.4 Kontraktlige rettigheder

Kontraktlige rettigheder kan være værdifulde immaterielle aktiver. Hvis disse flyttes, bør de vurderes både ud fra afgiver og modtager. Skattemyndigheder har indenfor kontraktlige rettigheder udtrykt bekymring omkring flere forhold. Eksempelvis når en juridisk enhed opgiver eller opsiger sin kontrakt med en kunde. Efterfølgende laves en ny kontrakt med kunden, dog af en anden juridisk enhed. Denne juridiske enhed er også en del af det overordnede multinationale selskab. Det vil sige at rettigheden eller kundekontrakten reelt er flyttet fra en enhed til en anden. I sådanne tilfælde bør det vurderes ud fra armslængdeprincippet i henhold til begge juridiske enheder (OECD, 2010, 9.91, s. 266).

5.2.3.5 Værdiansættelse af transfer af aktivet

Omstruktureringer indeholder til tider transfer af et on-going concern aktiv. Med dette menes et aktiv, som har evnen til at udføre en funktion og bære en eventuel risiko. Derudover findes nogle underliggende aktiver, såsom materielle og immaterielle aktiver. Eksempelvis R&D og produktion. Selve værdiansættelsen bør derfor indeholde alt af værdi. Vurderingen bør ske i henhold til armslængdeprincippet. Bestemmelsen af selve kompensationen bør ikke nødvendigvis ske på baggrund af de enkelte elementer hver for sig. I visse tilfælde kan der være tale om at en samlet vurdering, vil give det mest pålidelige resultat (OECD, 2010, 9.93, s. 267).

5.2.3.6 Tabsgivende aktiviteter

Ikke alle omstruktureringer sker i forhold til at juridiske enheder mister funktioner, aktiver eller risici, og i den forbindelse mister fremtidig profit. I nogle tilfælde er der i højere grad tale om at juridiske enheder oplever at blive befriet fra tabsgivende aktiviteter. Spørgsmålet er her om hvorvidt en modtager skal kompenseres af afgiveren, i forbindelse med overtagelse af et tabsgivende aktiv. Her bør der vurderes om uafhængige parter ville have indgået samme aftale (OECD, 2010, 9.96, s. 268).

Omvendt er der også situationer, hvor der er fordele eller synergier i at opretholde en tabsgivende aktivitet. I den forbindelse bør det vurderes, om den juridiske enhed skal kompenseres for at opretholde denne tabsgivende aktivitet (OECD, 2010, 9.98, s. 269).

5.2.3.7 Outsourcing

Outsourcing sker typisk i forhold til juridiske enheder, som selv producerer et eller andet. I den forbindelse kan den juridiske enhed vælge at outsource produktionen til en anden associeret juridisk enhed, med eksempelvis lavere produktionsomkostninger. Uafhængige enheder foretager disse outsourcinger, hvorfor der ikke nødvendigvis behøver at finde en kompensation sted (OECD, 2010, 9.99, s. 269).

5.2.4 Ændring af kontraktuelle forhold

Når eksisterende kontraktuelle forhold bliver ændret eller ligefrem opsagt, kan det have flere forskellige konsekvenser. Der kan opstå forskellige typer af omkostninger, eller ændringer i profitpotentialer. I omstruktureringer hvor eksisterende kontraktlige forhold bliver genforhandlet, kan det ændre på risikoprofilen hos de forskellige parter. Der kan være tale om en fuldt

funktionsdygtig enhed, som gennem omstruktureringen bliver omdannet til en produktion på kontrakt. I sådanne situationer opstår spørgsmålet hvorvidt uafhængige parter ville indgå en aftale under lignende vilkår, med en eventuel kompensation (OECD, 2010, 9.100, s. 269).

Genforhandling af eksisterende forhold, kan i nogle tilfælde medføre en transfer af rettigheder eller aktiver. Formålet med følgende er at identificere typen af kompensation, som kan betales i forbindelse med de tab der forekommer gennem omstruktureringer. Enten gennem forskudsbetaling eller minimering af omkostninger osv. (OECD, 2010, 9.102, s. 270). I henhold til armslængdeprincippet, er det vigtigt at identificere alle forhold omkring omstruktureringen. De forskellige forhold vil blive gennemgået i de nedenstående afsnit.

5.2.4.1 Er ændringer i kontraktuelle forhold nedskrevet?

Når et nedskrevet forhold er opsagt, ikke fornyet eller genforhandlet, og skal være genstand for analyse, bør der ses på alle forhold fra begge parter. Findes der klausuler eller garantier i forhold til eksempelvis ovenstående scenarier. Typisk vil parterne holde hinanden op på de kontraktlige forhold. Behandlingen af de kontraktlige forhold er ikke nødvendigvis nok i forhold til en transfer pricing perspektiv. Det hele kommer an på om de samme vilkår ville have gjort sig gældende ved en transaktion med uafhængige parter (OECD, 2010, 9.106, s. 271).

5.2.4.2 Er ændringerne i henhold til armslængdeprincippet?

Mellem uafhængige parter findes der kontraktlige forhold som er opsagt, ikke fornyet eller væsentligt ændret, uden nogen form for kompensation. Disse forhold bør nødvendigvis ikke være forhold, som uafhængige parter ville indgå. Derfor opstår spørgsmålet om, der er tale om kontraktlige forhold i henhold til armslængdeprincippet. Hvor der findes sammenlignelige data, i henhold til ovenstående, er transaktionen i henhold til armslængdeprincippet. Hvis der ikke findes sammenlignelige data bør det vurderes ud fra rettigheder og aktiver på tidspunktet for opsigelsen eller genforhandlingen (OECD, 2010, 9.106, s. 272). Når man undersøger om kontrakten er i henhold til armslængdeprincippet, bør der vurderes både på kompensation af transaktionen, som er genstand for de kontraktlige vilkår, og de finansielle vilkår. De kontraktlige vilkår for en opsigelsesklausul kan være et vigtigt element i en funktionel analyse af transaktionen. Dette i særdeleshed når der tales om risiko for parterne. Herunder også om der skal foretages en armslængdekompensation (OECD, 2010, 9.107, s. 272).

I nogle tilfælde sker det, at der ikke findes andre muligheder, som er mere attraktive end de nuværende. I andre tilfælde sker det, at der på basis af undersøgelsen af indholdet af de kontraktlige forhold viser sig, at en implicit længerevarende kontrakt skulle være implementeret hvor den nedlukkede part har ret til en form for kompensation (OECD, 2010, 9.108, s. 272).

Et tilfælde som fortjener særlig opmærksomhed, da det kan påvirke kontraktens termer såfremt den var afsluttet mellem uafhængige parter, er situationen hvor den nu opsagte kontrakt krævede at en af parterne skulle lave en betydelig investering for hvilket et armlængdeudbytte vil være forventeligt såfremt kontrakten bibeholdt for en udvidet tidsperiode. Dette skaber en finansiel risiko. Graden af risiko er afhængig af om investeringen er meget specialiseret eller den kan anvendes af andre juridiske enheder (OECD, 2010, 9.109, s. 272).

Normalt vurderes det ud fra armlængdeprincippet i ovenstående situationer. Findes der ikke sammenlignelige data, vurderes det om uafhængige parter ville have indgået samme re-allokering. I forhold til armlængdeprincippet ville en part, som har foretaget investeringer muligvis ikke være villig til at garantere for en risiko, som er kontrolleret af en anden part. Derfor findes der forskellige måder at håndtere risikoen på, i forhold til forhandlingerne. Der kan laves en erstatningsklausul, i tilfælde af en tidlig opsigelse før kontraktudløb. Eller der kan laves en aftale om at overføre risikoen til en given pris (OECD, 2010, 9.110, s. 273). Risikoen kan også inkorporeres i selve de kontraktlige forhold, i forhold til kompensationen. Risikoen kan også blot deles mellem de to parter (OECD, 2010, 9.112, s. 274).

5.2.4.3 Er godtgørelse rettigheder dækket af loven?

I vurderingen af hvorvidt de kontraktlige forhold i henhold til en nedlukning eller ikke fornyelse er i henhold til armlængdeprincippet kan lovgivningen være behjælpelig. Der kan være regler om godtgørelses af rettigheder, vilkår for opsigelser mm. Dog kommer sager sjældent for retten, da der er tale om associerede juridiske enheder (OECD, 2010, 9.114, s. 274).

5.2.4.4 Vil en uafhængig tredje part indgå kontraktlige forhold på samme vilkår?

En analyse af forholdene omkring opsigelse eller betydeligt genforhandlede vilkår bør der ses både fra afgiver og modtager. I forhold til modtageren er det vigtigt at vurdere både armlængdekompensationen og hvilken part der skal bære den. Det er ikke muligt at give et overordnet svar, men bør derimod baseres på den enkelte sag og også rettigheder og aktiver hos

parterne i forhold til det økonomiske rationale for opsigelsen. Derudover vurderes det hvem der forventes at drage fordel af nedlukningen (OECD, 2010, 9.116, s. 275).

5.3 Kompensation for kontrollerede transaktioner for post-omstruktureringer

5.3.1 Ingen forskel i brug af armlængde princippet

Armlængdeprincippet og disse guidelines skal ikke fremstå forskellige hvad enten der tale om en post omstruktureret transaktion eller en transaktion foretaget fra begyndelsen.

Sammenlignelige situationer bør behandles på samme måde. Valget af transfer pricing metode bør ske på grundlag af sammenlignelighedsanalyser. Dette inkluderer også en funktionel analyse og vurdering af kontraktlige forhold af og imellem begge parter. I sammenhæng med sammenlignelighedsanalysen af et forhold, kan der opstå situationer hvor de forhold som er struktureret på forhånd, må ændres. Disse faktuelle forskelle påvirker ikke anvendelsen af armlængdeprincippet, men i højere grad sammenlignelighedsanalysen (OECD, 2010, 9.126, s. 277).

5.3.2 Faktuelle forskelle på resultatet mellem omstrukturerede og strukturerede

Når forholdet mellem juridiske forbundne enheder ændres kan der opstå faktuelle forskelle fra den egentlige startposition til den forberedte startposition. Det er ikke unormalt, at der gennem forløbet sker ændringer. Selvfølgelig er dette afhængig af tid og kompleksiteten af omstruktureringen (OECD, 2010, 9.127, s. 278).

5.3.3 Udvælgelse og brug af transfer pricing metoder for post omstrukturerede kontrollerede transaktioner

Valget af ovenstående bør ske ud fra sammenlignelighedsanalysen af selve transaktionen. I den forbindelse er det vigtigt at forstå de funktioner, aktiver og risici, som er involveret i post-omstruktureringen, samt hvilken part der udfører dem. Derfor kræver det ofte en dybere analyse af de enkelte juridiske enheder. I post omstruktureringen bør der fokuseres på identifikationen af immaterielle aktiver og betydelige risici, som kan stå tilbage efter omstruktureringen. I denne sammenhæng om hvorvidt re-allokeringen er i henhold til armlængdeprincippet. Derudover kan der opstå nogle udfordringer i at finde sammenlignelige data hvor omstruktureringen indeholder

en business model som ikke findes blandt uafhængige parter (OECD, 2010, 9.134, s. 280). I visse tilfælde sker det at sammenlignelige data er objekt for en justering, hvis der findes forskelle i vurderingen, i forhold til de forskellige tidspunkter. Det er her man skelner mellem kontrollerede og ukontrollerede transaktioner. CUP metoden kan være anvendelig i forbindelse med vurdering af, hvorvidt det er i henhold til armslængdeprincippet (OECD, 2010, 9.136, s. 281). Selvom der ikke findes sammenlignelige data, betyder det ikke at transaktionen ikke er i henhold til armslængdeprincippet. Dog er det nødvendigt at finde rimelige data til sammenligning. Derfor bør valget af transfer pricing metode være konsistent med den kontrollerede transaktion, som blev vurderet i den funktionelle analyse (OECD, 2010, 9.138, s. 282).

5.3.4 Forholdet mellem kompensation for omstrukturering og post-omstrukturingsgodtgørelse

I nogle tilfælde opstår der behov for at foretage en armslængdekompensation for post-omstruktureringen. Dette kan ske på flere måder, der kan f.eks. være tale om en forskudsbetaling, eller en løbende betaling eksempelvis i form af lavere priser (OECD, 2010, 9.140, s. 282). I praksis kan det være svært at opstille og styre disse aftaler. Mens skatteyderen har frie hænder i forhold til at betale på forskud eller over tid, ønsker skattemyndigheder at vide hvordan post-omstruktureringen var påvirket af selve omstruktureringen. Især i tilfælde hvor skattemyndigheder ønsker at se på helheden i forholdet. Dette samtidigt med at de bliver præsenteret for en separat evaluering af armslængdekompensationen for selve omstruktureringen og post omstruktureringen (OECD, 2010, 9.141, s. 283).

5.3.5 Sammenligning af før og efter omstruktureringssituationer

I forbindelse med ovenstående er det relevant at sammenligne profit før og efter omstruktureringen. Med andre ord, en sammenligning af den kontrollerede og ukontrollerede transaktion. Ifølge artikel 9 i OECD's skattemodel skal der foretages sammenligninger med ukontrollerede transaktioner. Derfor er sammenligning mellem to kontrollerede transaktioner irrelevante i forhold til armslængdeprincippet. Derfor anbefales det ikke, at de anvendes som redskab til justering hos skattemyndigheden, eller af skatteyder til at støtte deres transfer pricing politik (OECD, 2010, 9.143, s. 283). Et andet spørgsmål, er problematikken omkring værdiansættelsen af alle funktioner, aktiver og risici, som opstår gennem den omstrukturerede

juridiske enhed. In mente er det ikke altid funktioner, aktiver eller risici, der bliver flyttet. Til trods for dette, kan pre- og post-sammenligninger være med til at give en bedre forståelse af omstruktureringen. Dermed gøres det også lettere at vurdere, om transferen er i henhold til armslængdeprincippet. Det kan også belyse eventuelle andre realistiske muligheder (OECD, 2010, 9.145, s. 284).

5.3.6 Locations savings

Områdebesparelser kan forekomme når et multinationalt selskab re-allokerer sine juridiske enheder. Der kan være tale om eksempelvis besparelse på lønninger, bygninger osv. Hvis der findes markante områdebesparelser i forbindelse med en omstrukturering, opstår spørgsmålet om, hvordan besparelsen skal deles mellem parterne. Svaret er umiddelbart, at det skal gøres på en måde, som uafhængige parter ville have gjort det. Forholdene er dog typisk præget af funktionerne, aktiverne, risikoen fra begge parter, samt deres forhandlingsstyrke (OECD, 2010, 9.149, s. 285).

5.4 Anerkendelse af de faktiske gennemførte transaktioner

Et godt udgangspunkt for en transfer pricing analyse er at identificere og karakterisere de kontrollerede transaktioner. Multinationale selskaber er som udgangspunkt frie til at organisere deres virksomhed, efter hvad der er bedst for virksomheden. Skattemyndighederne har ikke ret til at diktere, hvordan et multinationalt selskab skal bygges op. Dog har skattemyndigheder ret til, at bestemme de skattemæssige konsekvenser af hvordan det multinationale selskab strukturerer sig (OECD, 2010, 9.163, s. 290).

5.4.1 Kontraktens rolle

Kapitel 9 indeholder en beskrivelse af anvendelsen af armslængdeprincippet i forhold til kontrollerede transaktioner. Der tages udgangspunkt i den aktuelle transaktion. Her bør de kontraktuelle forhold spille en væsentlig rolle. I henhold til kapitel 9, kan skattemyndigheder korrigere profitten fra en transaktion. Dette hvis den ikke ville finde sted mellem to uafhængige parter. Det er ikke kun på det profitmæssige, at skattemyndigheder har mulighed for at udfordre

et kontraktligt forhold. Det kan også være kontraktlige forhold, som ikke er konsistente i forhold til den økonomiske substans af transaktionen (OECD, 2010, 9.165, s. 291).

Omkring risiko startes der med at definere hvordan risikoen er delt mellem to parter. En re-allokering vil blive respekteret, såfremt den er konsistent med det økonomiske indhold af transferen (OECD, 2010, 9.165, s. 291).

5.4.2 Underkendelse, kun i exceptionelle tilfælde

I langt de fleste tilfælde godkendes de multinationale selskabers transaktioner. Det er kun i ganske få tilfælde at de kontrollerede transaktioner underkendes og derfor re-karakteriseres. I langt de fleste tilfælde er det forventet at armslængdeprincippet kan tilfredsstille vurderingen af armslængdeprissættelsen, for et forhold, som faktisk udføres eller struktureres (OECD, 2010, 9.168, s. 292).

5.4.3 Økonomisk substans

Den økonomiske substans vurderes ud fra alle forhold omkring transaktionen. Herunder funktioner udført, aktiver forbrugt og påtaget risiko (OECD, 9.170, s. 293).

5.4.4 Ville uafhængige selskaber være gået med på samme vilkår?

Det sker i tilfælde at de forhold som er indgået mellem afhængige parter adskiller sig fra forhold indgået af uafhængige parter. Skattemyndigheder bør ikke blande sig i hvordan det multinationale selskab strukturerer sig. Derfor bør det med varsomhed og kun i særtilfælde lede til en underkendelse af en transaktion (OECD, 9.171, s. 293). Sammenlignelige data kan vise at uafhængige enheder ville indgå lignende forhold.

5.4.5 Armslængde prissætning

Under lovgivning hindres skattemyndigheder i at bestemme en passende transfer pris. Hvis en passende transfer pris er valgt, uanset om lignende forhold findes blandt uafhængige parter, vil denne transfer ikke blive udfordret jf. paragraf 1.65 (OECD, 2010, 9.180, s. 296).

5.4.6 Relevans af skatteformål

En skattemotiveret omstrukturering er ikke i sig selv i strid med armslængdeprincippet og tilstedeværelsen af et skattemotiv for omstruktureringen leder ikke til at skattemyndighederne

automatisk at underkende transaktionen. Hvis funktioner, aktiver eller risici flyttes kan det være kommercielt rationelt for det multinationale selskab, set i et skattemæssigt perspektiv (OECD, 2010, 9.182, s. 296).

5.4.7 Konsekvenser af underkendelser under paragraf 1.64 – 1.69

Der findes forskellige konsekvenser i forbindelse med underkendelse af transaktioner. Under første vilkår hvor det økonomiske indhold af transaktionen adskiller sig fra sin form, har skattemyndigheder mulighed for at se bort fra parternes vurdering af transaktionen, og revurdere den.

Den anden omstændighed er underkendelse af et salg. Mens transaktionen bør respekteres som en transfer, vil det ikke være passende at skattemyndigheden udformer kravene for transferen i sin helhed.

Under begge omstændigheder vil kapitel 9 tillade en justering af forholdene som parterne har indgået. Dette i henhold til den økonomiske og kommercielle virkelighed i forhold til parterne, under armslængdeprincippet. I disse tilfælde kan skattemyndigheder vurdere hvad der er den underliggende virkelighed bag de kontraktlige forhold under armslængdeprincippet.

Paragraf 1.68 giver nogle guidelines til at hvordan man kan vurdere alternativt strukturerede transaktioner mellem uafhængige parter. Dette for at vurdere om de opfylder armslængdeprincippet. Disse guidelines indikerer at skattemyndigheder vil søge mod alternativer til ikke anerkendte transaktioner, som læner sig op af fakta i den givne case (OECD, 2010, 9.186, s. 297)

6.0 Diskussion af Kapitel 9

I dette afsnit vil problematikkerne i Kapitel 9 - Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring blive diskuteret. Fokus vil være konceptuelle diskussioner med Kapitel 9 som omdrejningspunkt. Dette betyder at punkterne i Kapitel 9 ikke vil blive gennemgået slavisk, men tage udgangspunkt i overskrifterne. Opbygningen af dette kapitel vil følge den opbygning OECD

har brugt i udførelsen af Kapitel 9, dette er gjort for at skabe et bedre overblik og fordi vi mener at kapitlet er meget logisk opbygget.

Dette afsnit skal hjælpe til at belyse de mangler og svagheder, som Kapitel 9 frembringer. Intentionen med dette afsnit er at komme i dybden med forskellige problemstillinger og belyse dem så nuanceret som muligt. Relevant teori inddrages i diskussionen for at give et bredere akademisk fundament.

6.1 Særlige hensyn til risici

En af de store problematikker i OECD's kapitel 9 om Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring handler om risiko. I samtlige kommentarer til OECD's udkast af kapitel 9 blev der frembragt kritik af OECD's måde at behandle risiko på. Risiko ses som en kritisk faktor i forbindelse med en omstrukturering i et multinationalt selskab. Den juridiske enhed eller det multinationale selskab skal kompenseres i forhold til armslængdeprincippet, hvis den påtager sig en højere risiko efter omstruktureringen. Visse spørgsmål rejser sig dog i den forbindelse, for OECD skelner ikke mellem de forskellige typer af risici og behandler dem alle over en kam. Denne problematik vil blive diskuteret som det første i dette kapitel. Derudover er OECD blevet kritiseret meget i de forskellige kommentarer til deres udkast af kapitel 9. Dette primært angående deres meget subjektive definitioner af "financial capacity to assume the risk" og ordet "control". Altså har den juridiske enhed, som overtager risikoen eller risiciene efter omstruktureringen egentlig den finansielle kapacitet til at godtgøre for de overtagne risici, såfremt de skulle komme til udbetaling og hvordan definerer man kontrol over risiciene. Disse spørgsmål og problematikker vil blive behandlet i henholdsvis afsnit to og tre i dette afsnit.

6.1.1 Forskellige former for risici

Behandlingen af risiko tager udgangspunkt i de kontraktlige vilkår, som er indgået mellem to eller flere parter. Her bør kontrakten afspejle hvordan risiciene er fordelt mellem parterne. Derved kan det vurderes hvilken part, der bærer risiciene i transaktionen. Men problemet er at OECD ikke differentierer mellem de forskellige typer af risiko, der eksisterer. OECD tager dog højde for, at der både eksisterer makroøkonomiske og mikroøkonomiske typer af risiko. De systematiske og usystematiske risici er de risici som ingen af parterne har kontrol over. De er de

risici, der lægger sig til det makroøkonomiske miljø i enten det enkelte land eller hele verden, som det senest er set i den nuværende finanskriser. Disse risici kan f.eks. være økonomiske vilkår, valuta og aktiemarked vilkår, politisk miljø, sociale mønstre og trends, konkurrence og tilgængeligheden af råvarer og medarbejdere. De systematiske risici omfatter de risici, som man ikke kan forudse eller beskytte sig mod, men blot planlægge efter hvad der skal ske hvis situationen ændrer sig. De usystematiske risici er de risici som er meget markeds, lande eller produkt bestemt. Disse risici kan i og for sig godt undgås ved at diversificere deres portefølje, så det multinationale selskab ikke er meget udsat overfor enkelte ændringer i det makroøkonomiske miljø. Dette kan gøres ved at diversificere deres produktportefølje, eller udvide til andre markeder. I denne sammenhæng anser OECD dog ikke re-allokeringen af disse risici som medbestemmende faktorer i forhold til den indgåede transfer pris. Derfor skal de ikke tages op til overvejelse når de multinationale selskaber tester om de overholder armslængdeprincippet. Det er selvfølgelig risici som det multinationale selskab skal tage højde for, men da det ikke er en risiko, som nogen af parterne har kontrol over kan dette aspekt ikke tages med i vurderingen af om armslængdeprincippet er overholdt.

De mikroøkonomiske risici er dem som de multinationale selskaber kan kontrollere, og de lægger sig derfor til den operationelle del. Altså de risici som de multinationale selskaber står overfor i deres daglige ageren. Disse risici er af forskellig karakter og de økonomiske følger svinger meget fra multinationalt selskab til multinationalt selskab. De typiske risici som multinationale selskaber skal overveje, er re-allokering af; lager risiko, operationel risiko, markedsrisiko, forsyningsrisiko, produkt opstarts risiko, reklamationsrisiko, kreditrisiko, R&D risiko og valutarisiko, i forbindelse med omstruktureringer (Bakker, 2009, s. 18).

Problemet med risici er at der er to parametre i spil. Sandsynligheden for at risikoen materialiserer sig og indvirkningen af hændelsen når den sker, både økonomisk og renommémæssigt. Vurderingen af disse sandsynligheder og indvirkningerne er meget subjektive og på grund af dette vil kompensationen til det multinationale selskab også kunne variere meget. Dette er i og for sig ikke stort problem, da der ikke er nogen bestemt beregningsnøgle, til at finde en perfekt transfer pris. Prisen ligger i stedet i et interval hvor uafhængige tredjeparter også vil have indgået aftalen på samme vilkår. Miller (1992) siger at man ikke kan anskue risiko som et isoleret tilfælde, men nærmere som et tredimensionelt billede, hvor de forskellige mikro og

makroøkonomiske risici influerer hinanden. Derfor kan der stilles spørgsmål ved hvorvidt det overhovedet kan lade sig gøre at behandle en særskilt risiko og kompensere for den, uden at overveje hvordan det vil have indvirkning på resten af de tilstedeværende risici. Det er fint at OECD ikke mener at der er grund til at skelne mellem de forskellige risici. I deres guideline lægger de alligevel op til at økonomiske insignifikante risici ikke skal medtages og derfor ikke skal kompenseres for. Så rejser spørgsmålet sig omkring hvornår er en risiko økonomisk insignifikant og hvordan værdiansættes den? Hvordan kan risiko gradbøjes på den måde, og hvor ligger grænsen for hvornår en juridisk enhed skal kompenseres for det?

Som det står i OECD's kapitel 9 lægger de op til, at de respektive skattemyndigheders skal vurdere hvornår en risiko er økonomisk signifikant nok til at skulle kompenseres for. Den manglende klarhed i afsnittet omkring risiko, kan lede til uhensigtsmæssige sammenstød mellem skattemyndigheder og multinationale selskaber på grund af den subjektive natur risici er. Den manglende differentieren mellem de mange typer risici giver problemer, da der alt andet lige må være forskellige måder at anskue de forskellige typer risici på. Multinationale selskaber har ikke mange chancer for at vurdere hvor vidt de overholder reglerne når guidelinen på området er så vagt formuleret. En meget mere fast og håndgribelig vejledning havde været at foretrække, både for skattemyndigheder og de multinationale selskaber. Dette ville give de multinationale selskaber nogle klare retningslinjer for hvordan de overholder kravene uden at komme i skattemyndighedernes søgelys. Skattemyndighederne vil have meget lettere ved at strømline deres efterforskningsproces. Klare retningslinjer ville fjerne store dele af den subjektive vurdering, der på nuværende tidspunkt lægges op til.

6.1.2 Kontrol

Dette afsnit omhandler en diskussion af ordet kontrol, i forbindelse med risiko. Kapitel 9 lægger meget vægt på, om juridiske enheder har kontrol over den risiko den påtager sig, som følge af en omstrukturering og om kompensationen står mål med den risiko. Kontrol er ifølge kapitel 9 en helt central del, i forhold til at afgøre, om de re-allokerede risici følger armslængdeprincippet. Dette skal i særdeleshed ses i sammenhæng med kompensation. En juridisk enhed skal som udgangspunkt kompenseres efter hvor store risici den påtager sig. Derfor er det vigtigt at klargøre retningslinjerne for hvad kontrol egentlig er i denne kontekst.

Dette afsnit vil udelukkende omhandle definitionen af kontrol og de komplikationer dette måtte medføre. I kapitel 9 definerer OECD kontrol som:

In the context of paragraph 1.49, “control” should be understood, as the capacity to make decisions to take on the risk (decision to put the capital at risk) and decisions on whether and how to manage the risk, internally or using an external provider. This would require the company to have people – employees or directors – who have the authority to, and effectively do, perform these control functions. Thus, when one party bears a risk, the fact that it hires another party to administer and monitor the risk on a day-to-day basis is not sufficient to transfer the risk to that other party. (OECD, 2010, 9.23, s. 243).

Det vil altså sige, at kontrol defineres som, at tage en beslutning om at risikere kapital og hvordan den risiko skal håndteres. Definitionen siger også at den juridiske enhed skal have autoriteten til at kontrollere disse funktioner effektivt.

Problemet er dog at mange multinationale selskaber centraliserer deres risikostyring (risk management). Det vil sige at det multinationale selskab egentlig udliciterer styringen til en tredjepart, som kompenseres i forhold til armslængdeprincippet, for deres arbejde. Dette betyder at det multinationale selskab overlader den daglige kontrol af risiko til en juridisk enhed, der har ekspertise på området. Det multinationale selskab har selvfølgelig mulighed for at opsigte aftalen og selv påtage sig risikostyringen. Dette ville, efter definitionen, dog ikke være nok til at påtage sig kontrollen af risikoen. For definitionen af kontrol går skridtet videre og siger at det multinationale selskab selv skal have en hvis ekspertise på området. De skal selv have folk, som er fagkyndige i at vurdere og styre risikoen. Dette er problematisk da multinationale selskaber netop har centraliseret risikostyringen for at undgå at have en ekspert siddende i hver eneste juridisk enhed. Den nuværende definition lægger sig meget op ad risikostyringen, i stedet for den reelle risiko. Den reelle risiko, er antagelsen om risiko og kontraktlige forpligtelser af risiko, som er defineret gennem interne driftsaftaler og kontraktmæssige risici, og ikke kun risikostyringen. Forvaltningen af risici skal nærmere ses som en udført service end en antaget risiko. Det er altså diskutabelt hvor vidt det er kontrollen over risikostyringen, eller de økonomiske konsekvenser risikoen kan medføre såfremt den materialiserer sig, der henvises til.

Kapitel 9 fokuserer i vores optik for meget på styringen og de aspekter, der ligger i det. Hvis de retningslinjer kapitlet udstikker følges, ville det kræve en særskilt person ansat til risikostyring i hver enkelt juridisk enhed. En centralisering af risikostyringen vil derfor være en overflødig disciplin. Kapitlet burde efter vores overbevisning fokusere mere på den påtagede risiko. Altså den risiko den juridiske enhed har påtaget sig igennem kontraktlige forpligtelser eller interne driftsaftaler. Det handler altså i mindre grad omkring risikostyringen, men mere om de kontraktlige forhold der gør sig gældende. Det er disse aftaler skattemyndighederne skal være mere opmærksomme på. Det er her de skal tage stilling til om compensationen er i henhold til armslængdeprincippet og ikke hvorvidt den påtagede risiko bliver ”kontrolleret” fra anden side.

6.1.3 Finansiell kapacitet til at påtage sig risikoen

Denne del af diskussionen omhandler hvorvidt den juridiske enhed, som modtager den re-allokerede risiko egentlig har den finansielle kapacitet til at bære risikoen. Altså om den juridiske enhed har den finansielle kapacitet til at bære risikoen, såfremt den skulle materialiseres sig i f.eks. et erstatningskrav. Kapitel 9 karakteriserer den finansielle kapacitet til at bære risikoen som en relevant, men ikke afgørende faktor, i forbindelse med om transaktionen er i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

Faktoren finansielle kapacitet betyder ikke at den juridiske enhed, der oprindeligt har ansvaret for risikoen, ikke kan overføre risikoen. Det betyder dog at den juridiske enhed, som modtager risikoen også skal have den nødvendige kapital til at bære risikoen, såfremt den skulle materialisere sig. Samtidig siger Kapitel 9 også, at bare fordi en af parterne i transaktionen har et højt niveau af kapital, betyder det ikke i sig selv, at denne part skal bære risikoen.

Hvordan karakteriseres den nødvendige kapital så? Kapitel 9 klarlægger ikke dette yderligere end, “...*the risk-bearer has, at the time when risk is allocated to it, the financial capacity to assume (i.e. to take on) the risk.*” (OECD, 2010, 9.29, s. 245). Dette betyder at den juridiske enhed skal have den nødvendige kapital til at dække tab eller omkostninger, såfremt risikoen materialiseres. OECD guidelinen siger også at de omkostninger, som den juridiske enhed skal have kapacitet til at dække, er de omkostninger som kommer af forudsigelige risici (anticipated).

Denne karakterisering har forskellige implikationer. Her er det først relevant om den juridiske enhed havde den finansielle kapacitet til at bære risikoen, på det tidspunkt hvor risikoen blev re-

allokeret til den. Altså på det tidspunkt transaktionen blev gennemført. Det er derfor lige meget om den juridiske enhed har den finansielle kapacitet til at bære risikoen på et senere tidspunkt, f.eks. når den materialiserer sig (Bullen, 2011).

Den anden problematik er at det kun er de forventede omkostninger, som er relevante i vurderingen. Den bygger altså på ingen måde på de egentlige omkostninger, såfremt risikoen skulle materialiserer sig. Det er derfor lige meget om den juridiske enhed kan dække de egentlige omkostninger i forbindelse med materialisering af risikoen. Så længe det ved transaktionens gennemførelse blev vurderet, at den juridiske enhed kunne dække de eventuelle tab (Bullen, 2011). Denne tilgang er dog helt på linje med armslængdeprincippet, da ingen af de to juridiske enheder kunne vide hvilke omkostninger, der egentlig ville materialiserer sig i forbindelse med overdragelse af risikoen. Aftalen vil derfor bygge på et estimat.

Det tredje element, der ligger implicit i OECD's formulering, er at skattemyndighederne på den baggrund må danne sig en mening om, hvilke omkostninger som kan forventes at materialiserer sig, på det tidspunkt transaktionen blev gennemført (Bullen, 2011). Det betyder at yderligere omkostninger forbundet med transaktionen som kan ske ud fra et worst-case scenarie. Dette skal altså ikke medtages i vurderingen af kompensationen, samt hvor vidt det er sket i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

Det er selvfølgelig klart at en juridisk enhed skal være i stand til at stå til regnskab for de risici den påtager sig og en vurdering fra skattemyndighederne er derfor på sin plads. Men det er mere end sandsynligt at den juridiske enhed påtager sig flere risici end den enkelte transaktion eller overdragelse. Hvad så med den samlede risiko den udsætter sig for? Skal den juridiske enhed også have finansiell kapacitet til at dække den aggregerede risiko? Dette spørgsmål er meget relevant og dets implikationer vidt rækkende. Det giver logisk set mening at juridiske enheder skal være i stand til at dække de omkostninger, som er forbundet med de risici, de udsætter sig selv for. Men de bliver behandlet som isolerede tilfælde i stedet for som en pakke af risici. Derfor er faktoren finansiell kapacitet måske ikke den mest sigende faktor. Dette ville kræve en vurdering af de risici, den juridiske enhed bærer inden den indgåede transaktion, og om de derefter har ekstra kapacitet nok til at dække den ekstra påtagede risiko (Bullen, 2011). Problemerne ved dette er mange, og det er nok også derfor OECD ikke går mere i dybden med det. For efter vores mening er der ikke mange juridiske enheder, hvis nogen overhovedet, som

har finansiell kapacitet nok til at dække alle deres påtagede risici, såfremt et worst-case scenarie skulle materialisere sig.

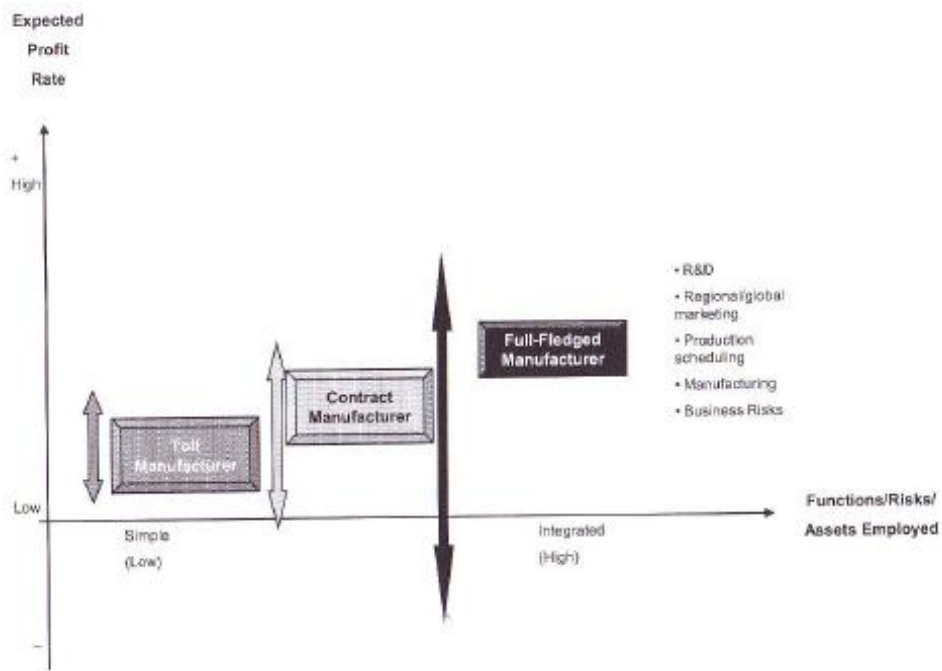
6.2 Armslængdekompensation for selve omstruktureringen

Gennem de senere år, hvor flere og flere omstruktureringer har fundet sted, opstår der forskellige spørgsmål, til diskussion. Omstruktureringerne giver forskellige resultater. Eksempelvis kan en omstrukturering af en fuldt funktionsdygtig enhed, som bliver omstruktureret til en juridisk enhed med lav risiko, eller ligefrem omformet til en kommission producent. Kompensationen som udmåles findes gennem flere forskellige aspekter. Her tages der udgangspunkt i både funktioner, aktiver og risici, som bliver flyttet. Grundlæggende vil omstruktureringen betyde en ændring i den juridiske enheds opbygning. Her kan være tale om at omstruktureringen betyder at der opstår juridiske enheder, som kan være fuldt funktionsdygtige producenter, kontrakt producenter eller en producent, som betaler eller modtager en kompensation for at producere. Jo flere funktioner, aktiver og risici, som er involveret i selve omstruktureringen, jo mere kompliceret bliver den (OECD, 2010, 9.53, s. 253). Der er ikke altid blot tale om en transfer mellem to juridiske enheder. Der kan være flere involveret, hvorfor kompleksiteten øges. Ydermere øges kompleksiteten hvis flere end en af de juridiske enheder ejer funktioner, aktiver eller risici, som er en del af omstruktureringen.

Udgangspunktet for at vurdere en armslængde kompensation for en omstrukturering, er en sammenlignelighedsanalyse. Derudover fokuseres på udførte funktioner, aktiver anvendt og påtaget risiko. Som det næste vurderes kontraktlige vilkår, økonomisk substans og forretningsstrategien. Sluttelig vurderes eventuelle sammenlignelige ukontrollerede forhold (OECD, 2010, 9.50, s. 252). Ovenstående er hvad der er lagt op til fra OECD's side. Som det ses, kan det være en stor byrde for multinationale selskaber, at skulle foretage ovenstående. Modsat kan man dog vurdere at et multinationalt selskab, som har styr på hvordan funktioner, aktiver og risici, burde den ikke have problemer med at gennemføre ovenstående proces. En strømlignet proces omkring vurderingen af omstruktureringen er som udgangspunkt godt. Det gør det nemt for de multinationale selskaber, at arbejde på tværs af landegrænser. Selvom overordnet guidelines er fine, giver det også nogle implikationer. Alle multinationale selskaber er som udgangspunkt unikke. Derfor vil en vurdering af en omstrukturering i et multinationalt selskab,

sandsynligvis ikke ligne en omstrukturering i et andet multinationalt selskab. Man kan dog tale om at der indenfor en branche, sandsynligvis vil være sammenlignelige forhold. Derudover kan man diskutere størrelsen af en omstrukturering. Selvom det er nævnt, at processen omkring omstruktureringer kan være omkostningstung, behøver det ikke nødvendigvis være sådan. I flere tilfælde kan der også være tale om mindre omstruktureringer, som klares relativt simpelt. Ydermere er det næppe en daglig proces at foretage omstruktureringer i multinationale selskaber. I hvert fald ikke større af slagsen.

Fra OECD's side lægges der op til, at foretage sammenlignelighedsanalyse før og efter transaktionen eller omstruktureringen. Her er fokus på funktioner, aktiver og risici (OECD, 2010, 9.53, s. 253). Bakker (2009) mener at ovenstående bør ses i sammenhæng, for at forstå hvordan det multinationale selskabs business model hænger sammen. Forståelsen af det multinationale selskabs business model er afgørende for at forstå rationale bag omstruktureringen. Fra OECD's side ses det måske ikke så tydeligt, at man i forbindelse med en omstrukturering bør have fokus på det multinationale selskabs business model. Nedenfor ses figur 6.2, som jf. Bakker viser de tre typer indenfor produktion. De tre typer er, fuldt funktionsdygtig producent (full fledged manufacturer), kontrakt producent (contract manufacturer) og ”afgifts producent” (toll manufacturer). De tre typer kan dog også være service eller distribution.



Figur 6.2 – Forventet profit vs. Påtaget risiko. Kilde: Bakker 2009 s. 20

Grundlæggende læner de tre typer sig op ad hinanden. De foretager alle flere af de samme typer af funktioner, ejer aktiver eller påtager sig risiko. Dog ses der en klar sammenhæng mellem forventet profit og funktioner, aktiver og risiko.

Som det ses af figuren, har en fuldt funktionsdygtig producent mulighed for at opnå mest mulig profit. Samtidigt med den øgede mulighed for profit oplever denne juridiske enhed sandsynligvis at måtte påtage sig en større risiko. En fuldt funktionsdygtig enhed varetager ofte alle funktioner i forbindelse med processen, i forhold til udarbejdelse af den færdige service eller produkt. Af figuren ses det at, de andre typer, kontrakt producent og ”afgifts” producenten falder i forventet profit. Samtidigt falder andelen af ejede aktiver, funktioner udført eller påtaget risiko.

Ovenstående figur viser grundlæggende forholdende, når der er tale om producenter. I multinationale selskaber er det ikke blot de producerende led i værdikæden som bør have fokus. Der kan også være tale om distributionsleddet. Her kunne det være en juridisk enhed, som selv står for alt distribution. Denne juridiske enhed kan varetages af en agent, som betales via kommission. Profitten for agenten bliver selvfølgelig lavere. Årsagen dertil er at denne foretager færre funktioner, besidder typisk ingen aktiver, og påtager sig en marginal risiko, i forhold til den juridiske enhed, som har givet eller omstruktureret opgaven dertil. I forhold til vurderingen af

omstruktureringen, kan ovenstående model være et godt værktøj i den forbindelse. Det kan give det multinationale selskab et før og efter billede, som viser hvordan eksempelvis en omstrukturering af et aktiv, flytter både profitpotentiale, risiko og funktioner. Dog er det sandsynligvis på et meget overordnet plan. Som det ses af beskrivelsen af funktioner, aktiver og risici, ligger der meget under disse overordnede begreber. Men for overblikket kan det være nyttigt.

Fokus fra OECD er som nævnt aktiver, funktioner og risici, i forbindelse med vurdering af en omstrukturering. Disse tre er kort ridset op nedenfor. Derudover er fokuseret på nogle problematikker, omkring disse. Det er forsøgt skrevet kort, da flere af emnerne går igen både før og senere.

6.2.1 Aktiv

I forbindelse med en omstrukturering, hvor eksempelvis en fuldt funktionsdygtig producent omstruktureres, således at dele eller hele produktionen flyttes til andetsteds, vil der formentligt flyttes nogle aktiver. Disse kan være både materielle, men også immaterielle. Grundet en omstrukturering, som udgangspunkt kan antages at være unik, kan det i omstruktureringen være svært at foretage en præcis vurdering af hvilken form for kompensation, som skal ydes til den afgivende part. Er der tale om simple produktionsmaterialer, vil de sandsynligvis være lette at værdiansætte. Der vil sandsynligvis kunne findes sammenlignelige ukontrollerede priser, så som markedspriser for materialer. Problematikken øges ydermere, hvis det ikke er klart defineret hvilket forhold, der findes mellem den afgivende og modtagende part. Modtager modtageren kun en lille del af aktiverne fra afgiveren eller slet ingen? Overordnet er det dog simpelt at vurdere hvor aktivet befinder sig, i forhold til de to juridiske enheder. Det forstået i forhold til materielle aktiver, da disse er håndgribelige.

I OECD's kapitel 9 for omstruktureringer findes ingen klar definition af hvad et aktiv er. Helt overordnet kan det skabe nogle implikationer i forbindelse med omstruktureringen. Hvis det antages at lokale skattemyndigheder vælger at følge OECD's guidelines i forbindelse med omstruktureringer, opstår der på dette område en gråzone, hvor de lokale skattemyndigheder selv skal tolke hvad et aktiv er. Som nævnt i definitionen af aktiver i afsnit 4.2, ses det at der fra international side findes forskellige definitioner af aktiver. Dog læner disse definitioner sig op ad hinanden. Ønsket fra OECD om at skabe guidelines, som kan strømlines og anvendes på tværs af

landegrænser, giver derfor vurderingen af aktiver nogle spørgsmål, som sandsynligvis kunne fjernes ved en klare definition.

6.2.2 Funktion

I forbindelse med omstruktureringen er det ikke blot aktiver der flyttes. Der kan også være tale om hele funktioner. Værdiansættelsen kan være en smule diffus. I hvert fald hvis man tager udgangspunkt i OECD's guidelines i forbindelse med omstruktureringer. I disse findes der ingen klar definition på hvad en funktion er. Funktioner består af en række processer. I disse processer foretages og revurderes løbende en række aktiviteter (Figur 4.1b). At der ikke findes en konkret definition i guidelines på hvad en funktion er, har stor betydning i forhold til den senere værdiansættelse af hvad der er omstruktureret. En funktion bør ses i et bredere perspektiv, så som en værdikæde for det multinationale selskab. Det kan i hvert fald hjælpe det multinationale selskab til at skabe en bedre forståelse af hvordan den hænger sammen, samt hvilke funktioner, processer og aktiviteter der udføres. Det kan give et andet billede, end hvis man blot ser på den overordnede funktion.

6.2.3 Risiko

Risiko er et vidt begreb. I OECD's guidelines skelnes der ikke mellem hvilke typer af risiko der findes. De vigtige elementer er her i højere grad om hvorvidt den juridiske enhed har økonomisk kapacitet til at bære risikoen. Derudover vurderes det også hvilken part i en omstrukturering, som rent faktisk bærer selve risikoen. Risiko er et vigtigt element når man taler om kompensation for en omstrukturering. Som det ses af figur 6.2, skifter risikoen i forhold til hvilken type producent der er tale om.

6.2.4 Forventet profit vs. påtaget risiko

For at vende tilbage til figur 6.2, opstår der nogle interessante problemstillinger. Fra OECD's side er der ikke lavet en figur, som vist. Dog anvender OECD begreberne toll manufacturer og full fledged manufacturer. Her er det interessant at spørge sig selv om, hvad der egentlig ligger bag disse begreber? Hvornår går en juridisk enhed fra at være det ene til det andet? Det er ikke muligt at klassificere juridiske enheder med så overordnede begreber. Det er nødvendigt at analysere den juridiske enhed nærmere, for at kunne lave en retvisende vurdering. Derudover vil man sandsynligvis opleve en mere flydende overgang, end hvad både Bakker og OECD lægger op til. En juridisk enhed går næppe fra den ene dag at være full fledged manufacturer, til den

næste dag at være contract manufacturerer. Med andre ord, er det en flydende proces, som kan foregå over en længere periode.

Overordnet set, ser det ud til at begreberne på dette område mangler en klar definition. Hvorvidt der er muligt at lavere en mere klar definition er svært at svare på. Man kan måske i højere grad tale for at udvide antallet af begreber. I forhold til at lave en retvisende vurdering, vil en skarpere begrebsinddeling være at foretrække. Dog vil det samtidigt øge kompleksiteten i forhold til at der opstår flere muligheder.

Et andet interessant punkt, set i forhold til figur 6.2, er den forventede profit, set i forhold til risiko. Det interessante er her at se på hvordan risiko profilen ændrer sig i forhold til den forventede profit. Som det ses af figuren kan en full fledged manufacturer opnå et underskud. Det samme gør sig gældende ved contract manufacturerer. Hos toll manufactureren er det ikke muligt at opnå underskud. Det interessante er i denne sammenhæng, at selvom en toll manufacturer har påtaget en minimal risiko, kan den ikke opnå underskud. Det må antages at uanset hvor lav en risiko en toll manufacturer påtager sig, er det muligt at opnå et underskud, i hvert fald i teorien. Selvfølgelig er risikoen minimal, set i forhold til en full fledged manufacturer. Dog bør den rent teoretisk være til stede. Dette er igen med til skabe diskussion omkring hvorledes inddelingen af begreberne er korrekt.

6.2.5 Forståelse af årsag til omstruktureringen

Årsagen til omstruktureringer er mange. Man kan grundlæggende ikke diskutere, om en årsag er rigtig eller forkert. Der findes ikke noget objektivt svar på, hvorfor en omstrukturering foretages. Udgangspunktet er typisk et multinationalt selskabs forretningsplan. Alle multinationale selskaber må antages at være unikke. Derfor må man ofte i sammenhæng af en omstrukturering have en grundlæggende forståelse for, hvorfor et multinationalt selskab agerer som den gør. Der kan være forskel på hvordan "normal" forretningsgang foregår fra branche til branche.

Overordnet er omstruktureringer meget contingency baseret. Derfor kan det diskuteres hvorvidt OECD's guideline på området er anvendelig. Der vil sandsynligvis opstå mange situationer hvor multinationale selskaber, som ønsker at forholde sig til OECD's guidelines, ikke har mulighed for at finde det ønskede svar. Her må det multinationale selskab i høj grad selv tolke. Ydermere

kommer de lokale skattemyndigheder ind i billedet. Hvis ikke skattemyndighederne har grundlæggende forståelse for årsagen til omstruktureringen, kan det være svært for denne i en tvivlssituation at afgøre om omstruktureringen og en eventuel kompensation er foretaget i henhold til armslængdeprincippet. Dog er det de multinationale selskaber, som har bevis byrden i tvivls tilfælde. Derfor lægger eksempelvis SKAT i Danmark og OECD op til at de multinationale selskaber er grundige i deres vurderinger i forbindelse med omstruktureringer, som indeholder aktiver, funktioner eller risiko. Et bedre samarbejde mellem begge parter, kan føre til en mere effektiv proces. Dermed vil man i højere grad få forståelsen af, hvorfor parterne agerer, som de gør. Som tidligere nævnt, vil et multinationalt selskab altid agere i forhold til hvad der er bedst for virksomheden. Hvad enten der er tale om en nedgangsperiode, eller en periode med opsving i markedet og økonomien.

6.2.6 Synergier

I forlængelse af forståelsen for selve omstruktureringen er synergi eller synergier et interessant område. Synergier opstår mellem to eller flere juridiske enheder. Dermed opstår der forhold, som en eller flere af parterne kan drive fordel af. Synergier er interessante i forbindelse med omstruktureringer på flere områder. Når man foretager en omstrukturering er man som multinationalt selskab nød til at være opmærksom de synergier, som er opstået og lever mellem juridiske enheder.

Fra OECD's side anbefaler man at multinationale selskaber i forbindelse med omstruktureringer at nedskrive inden processen går gang, hvilke synergier der er til stede. Det har til hensigt at gøre beslutningsprocessen lettere, i forbindelse med beslutningen om at foretage selve omstruktureringen. Fra OECD's side er der ikke lagt op til at vurderinger af synergier anvendes i skatteøjemed. Her kan det ligeledes konstateres at en synergi næppe er lettere at værdiansætte. Hvis det er muligt at værdiansætte en synergi, opstår der blot et nyt spørgsmål, i form af hvem af parterne der reelt ejer eller har kontrol over synergien? Og kan man i det hele taget eje en synergi? Der er mange spørgsmål, som må forblive ubesvaret, når man taler om synergier. Derfor virker det fornuftigt, at man fra OECD's side har lagt op til at vurderingen af synergier anvendes som et værktøj i forbindelse med beslutning om at foretage en omstrukturering.

Synergier kan have forskellige roller. I nogle tilfælde ses det, at multinationale selskaber fastholder tabsgivende juridiske enheder, i stedet for at lade dem lukke eller omstrukturere.

Netop derfor er det interessant for et multinationalt selskab at lave en vurdering af de synergier der forefindes. Dog kan det tilføjes at den diffuse værdiansættelse af netop synergier, kan gøre det svært for de multinationale selskaber reelt at vurdere, om den tabsgivende juridiske enhed bidrager med så meget positiv synergi, at det bør fortsætte sit arbejde.

Overordnet ser det ud til at OECD's spænder meget bredt, når det handler om synergier. OECD har som tidligere nævnt mange interessenter, både skattemyndigheder og multinationale selskaber mm. Fra skattemyndighedernes synspunkt, kan det være interessant at synergier værdiansættes i forbindelse med en omstrukturering. Generelt skal man ikke undervurdere værdien af synergier, hvorfor der på netop dette område, kan befinde sig større værdier. Der kan dog argumenteres for at hvis en juridisk enhed, som bidrager med meget synergi til selve det multinationale selskab, omstruktureres eller helt nedlægges, vil synergien forsvinde. Ofte er synergi noget unikt, hvorfor det kan forsvinde helt, eller opstå i en anden form, i forbindelse med en omstrukturering.

6.2.7 Andre realistiske muligheder tilgængelige

Når man taler om omstruktureringer og skal foretage en vurdering af selve omstruktureringen, kommer OECD som tidligere nævnt med forskellige guidelines til hvordan denne vurdering bør foretages. Et af områderne er hvor den juridiske enhed, som bliver omstruktureret skal vurdere hvorvidt der findes andre realistiske muligheder, end at indgå i omstruktureringen. Objektivt set vil det ofte findes muligheder, som i højere grad vil gavne den juridiske enhed. Dog forholder det sig ofte sådan, at omstruktureringer foretages med udgangspunkt i hvad der er bedst for det samlede multinationale selskab. Dermed kan det betyde en lukning af en juridisk enhed, eller en nedskæring. Selvom der forefindes andre realistiske muligheder for den juridiske enhed, vil den næppe på noget tidspunkt have mulighed for at indgå disse, kontra hvad det multinationale selskab vælger i deres omstrukturering. Derudover vil en juridisk enhed næppe have incitament til at direkte modarbejde det multinationale selskab, og vælge en anden mulighed end omstruktureringen. Derfor kan man grundlæggende være undrende overfor, at man i OECD's guidelines for omstruktureringer reelt vælger at medtage dette perspektiv. Rent teoretisk giver det mening, at den juridiske enhed vælger hvad der er bedst for denne. Samtidigt vil det multinationale selskab ligeledes vælge hvad der er bedst for dem. Dermed er det uundgåeligt at der vil opstå nogle problemstillinger i forhold til hvad guideline tilskynder. Man kan dog

konstatere, at det ofte vil være det multinationale selskab, der har det afgørende ord i forbindelse med en omstrukturering. Derfor bør selve diskussionen omkring ovenstående reelt ikke finde sted. Man bør i højere grad fokusere på at foretage den rette værdiansættelse af den kompensation, som eventuel skal finde sted, når den juridiske enhed mister sine funktioner, aktiver eller risici.

6.2.8 Re-allokering af profitpotentiale

Når der foretages en omstrukturering kan der opstå situationer, hvor en juridisk enhed, hvad enten den er, afgiver eller modtager kommer til at opnå et profitpotentiale. Det kan være en nyoprettet juridisk enhed i et land, som har til hensigt at sælge det multinationale selskabs produkter. Grundlæggende kan man konstatere, at der er en klar sammenhæng mellem profitpotentiale og risiko. Ofte vil en øgede risiko også medføre en øget profitpotentiale. Selve profitpotentialet kan flyttes, samtidigt med at risikoen forbliver andetsteds. Som i det før nævnte eksempel, kan en nyoprettet juridisk enhed muligvis arbejde uden nogen form for risiko. Hvis den juridiske enheds funktion blot er at sælge produktet. Dermed ment, at de ikke ligger inde med nogen form for lagerbeholdning, som kan skabe en eventuel risiko.

Det er ikke altid der er tale om re-allokering af et profitpotentiale. Der kan også være tale om et tab, som bliver re-allokeret til en anden juridisk enhed, i forbindelse med en omstrukturering. I dette tilfælde kan der være tale om en juridisk enhed i et multinationalt selskab, som budgetterer med et tab over de kommende år. Her kan der være incitament fra det multinationale selskabs side til at lukke den juridiske enhed ned, eller re-allokere den til en andre dele af det multinationale selskab, hvor den eventuelt måske kan genere profit. Ofte i sammenhæng med en re-allokering af tabsgivende aktiviteter/enheder både her og nu, samt på sigt er der tale om en allokering af en funktion, aktiv eller en risiko. Omstruktureringen har betydning for både den afgivende og modtagende part. Selve kompensationen kan i dette tilfælde blive en smule tvetydig. Der kan argumenteres for at modtageren af en tabsgivende funktion, aktiv eller risiko skal kompenseres for at modtage denne. På den anden side kan der argumenteres for, at den juridiske enhed, som afgiver sin funktion, aktiv eller risiko, skal modtage en kompensation. Diskussionen om hvorvidt et tabsgivende aktiv, funktion eller risiko skal medføre en kompensation er kompleks. I stort set alle tilfælde, vil der være tale om at den juridiske enhed gør hvad der er bedst for det multinationale selskab, og ikke skelner til den enkelte juridiske

enheds ve og vel. Dette selvom at OECD's guidelines på området tilsigter, at juridiske enheder i en omstrukturering bør fremstå som selvstændige enheder.

6.2.9 Kan funktioner flyttes?

Ovenstående spørgsmål er meget relevant at stille sig selv, når man taler om omstruktureringer. Som tidligere beskrevet er OECD's beskrivelse af funktioner måske en smule uklar, hvor der gives anledning til meget tolkning. Denne tolkning giver yderligere anledning til at spørge sig selv, om man reelt kan flytte en funktion i forbindelse med en omstrukturering? Overordnet kan man argumentere for at når en funktion "flyttes", bliver den reelt blot lukket ned et sted, og opstartet andetsteds. Rent logisk er der ifølge OECD's vage formulering af en funktion tale om en flytning. Ser man nærmere på definitionen af en funktion jf. Miller 1992, kan indholdet af funktionen være med til at skabe et mere nuanceret billede af, om der er tale om en flytning eller ej. Jf. Miller 1992 indeholder en funktion nogle processor. I disse processor udføres en række aktiviteter. Hvis man tager udgangspunkt i denne definition af en funktion, vil det være svært at flytte hele funktionen i forbindelse med en omstrukturering. Indholdet af en funktion gør det besværligt at flytte funktionen. I mange tilfælde vil der være tale om, at underliggende processer og aktiviteter lukkes ned et sted og opstartes et andet sted. Ofte vil der ikke være tale om, at akkurat de samme funktioner, processor og aktiviteter udføres et andet sted. Der kan være tale om at blot dele af en funktion flyttes. Derfor kan man igen spørge sig selv, om der er tale om en transfer af en funktion? I højere grad er der måske tale om flytning af en proces eller en aktivitet. Derfor kan man argumentere for, at man i forbindelse med omstruktureringer af funktioner i højere grad bør have fokus på de underliggende dele, som reelt skaber funktionen.

I forbindelse med vurderingen af hvordan en armslængdekompensation for en omstrukturert funktion udformes, er der mange forhold der spiller ind. Når der fra OECD's side ikke er nogen klar definition på en funktion, efterlader det meget til fortolkning. Her er det op til både det multinationale selskab og de lokale skattemyndigheder at vurdere størrelsen på kompensationen. Det vil som udgangspunkt være utopi at forestille sig, at man i vurderingen kan finde sammenlignelige ukontrollerede transaktioner af samme art. En simpel funktion kan være opbygget af mange processor og aktiviteter. Derfor bliver det hurtigt meget komplekst at foretage en retvisende vurdering. Derfor bør man måske i højere grad have fokus på selve indholdet af funktionerne, i stedet for den overordnede funktion. Det vil uden tvivl give et bedre

og mere nuanceret billede i vurderingen af kompensationen. Omvendt vil det også øge tidsforbruget og anvendte ressourcer fra det multinationale selskabs side.

6.2.10 Vurdering af den juridiske enhed eller det hele multinationale selskab

I OECD's guidelines for omstruktureringer tages der udgangspunkt i at de juridiske enheder i de multinationale selskaber, anses som selvstændige juridiske enheder. Dette er af fundamental betydning, for det betyder at de samlede synergieffekter og den hele multinationale selskab bedste ikke kan komme med i vurderingen. Dette kan give nogle implikationer i selve vurderingen i forbindelse med omstruktureringen. Der er stor forskel på om man tager udgangspunkt i en enkelt juridisk enhed eller det samlede multinationale selskab.

Grundlæggende er en juridisk enhed en del af et større multinationalt selskab. Derfor vil det multinationale selskabs bedste også mange gange kolliderer med den juridiske enheds bedste. F.eks. hvis en funktion nedlægges eller centraliseres. Det giver nogle problematikker, da den enkelte juridiske enhed forventes at varetage egne interesser og maksimere deres eget profitpotentiale. Dette kan virke selvmodsigende, da en juridisk enhed, der arbejder efter egne interesser, kan skabe en konflikt, med hele det multinationale selskabs samlede interesser. I kapitel 9 behandles de juridiske enheder som selvstændige enheder, men OECD har dog taget højde for problematikken. Juridiske enheder i gruppe regi har ikke den samme struktur og dynamik som ses på det uafhængige marked. Gruppedynamikken i det multinationale selskab fundamentalt forskellig fra uafhængige parter og den enkelte juridiske enheds profitmaksimering er derfor ikke altid målet ved en omstrukturering. Den juridiske enhed kan risikere at skulle afgive noget profitpotentiale for fællesskabets bedste. Dette ville normalvis være utopi i en uafhængig enhed og derfor være i strid med armslængdeprincippet. I kapitel 9 er der taget højde for dette. Så længe at beslutningen, for omstruktureringen på gruppeniveau, er "commercial rational", har det multinationale selskab lov til at strukturere sig, som det bedst passer sig. Derfor kan enkelte enheder godt opgive profitpotentiale, så længe kompensationen er i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

6.2.11 One sided vs. Two sided

Ovenstående overskrift refererer til et emne, som mange har belyst i kommentarerne til OECD's udkast af kapitel 9. Fra OECD's side var der lagt op til at tage en two-sided tilgang til vurderingen i forbindelse med omstruktureringer. Med dette menes at begge parter i

omstruktureringen er genstand for en vurdering, som eksempelvis kan anvendes til bestemmelse af kompensationen. Flere af kritik punkterne mod anvendelsen af denne metode, lyder blandt andet på at det er tidskrævende, og blot endnu en byrde, som pålægges de multinationale selskaber. Derudover kommer flere med synspunkter i forhold til, at two-sided analyse stort set kun har sin relevans i forbindelse med anvendelse af profitsplit metoden. Denne metode bruges dog sjældent. Rationalet fra kommentarerne er at, i langt de fleste tilfælde vil en one-sided analyse være fyldestgørende. I få tilfælde hvor en two-sided analyse bliver nødvendig, kan den anvendes.

Hvis man ser på funktioner, aktiver og risiko, er der stor forskel på hvorvidt det er nødvendigt med en two-sided analyse. En transaktion, som indeholder aktiver, vil som udgangspunkt være relativ simpel at prisvurdere. Dette med udgangspunkt i, at der findes sammenlignelige forhold mellem uafhængige enheder. Hvis man kigger på risiko, kan det være relevant at vurdere, hvorvidt den modtagende part i en transaktion rent faktisk har den rette kapacitet til at modtage og bære denne risiko. I sådanne tilfælde kunne en two-sided analyse være relevant. Dog må det stærkt forventes at et multinationalt selskab ikke flytter en risiko til en juridisk enhed, som ikke har kapacitet til at bære denne. Dette ville i hvert fald være unormal praksis indenfor styring af virksomhed.

6.2.12 Det ufuldkomne marked

I teorien giver det mening at inkludere både køber og sælgers perspektiv når et immaterielt aktiv og dets profitpotentiale skal værdiansættes. Det er i hvert fald helt i tråd med armslængdeprincippet. Dette perspektiv forudsætter dog at situationen afspejler en markedstransaktion. Problemet rejser sig i ugenomsigtige og ufuldkomne markedsvilkår, som de fleste markeder er. Et af de fremtrædende karakteristika ved forhandlinger mellem uafhængige tredjeparter i et ufuldkomment marked er informationsasymmetri mellem køber og sælger. Normalvis vil parterne ikke have information om den andens forventninger til profitpotentiale. Skattemyndighederne har mulighed for at forfølge et dokumentationskrav, hvor de afhængige parter skal dokumentere deres forventninger til profit ved en omstrukturering. Dette vil dog være en fejltagtig implementering af armslængdeprincippet. Tilgangen til dette perspektiv med at anskue transaktionen fra begge sider burde indeholde en refleksion af den omtalte informationsasymmetri.

6.2.13 Transfer af noget af værdi

Denne diskussion vil fortrinsvis omhandle 3-4 overordnede punkter. De punkter er; immaterielle aktiver, skattemyndighedernes rolle i værdiansættelse, og Exit Charge (double taxation). Disse 3-4 punkter er dem, som vi finder kritisk i forbindelse med dette afsnit.

6.2.14 Immaterielle Aktiver

Inden dette punkt i diskussionen bliver uddybet for meget skal det noteres at OECD har anerkendt mange svagheder omhandlende disse immaterielle aktiver. Den nuværende praksis på området er ikke omfattende nok og leder i for mange henseender til tvivlsspørgsmål. Dette er ikke gavn for hverken det multinationale selskab eller skattemyndighed. Derfor har OECD selv imødekommet kritikken. Kritikken kom især i kølvandet efter udgivelsen af Kapitel 9 om business restructurings. De immaterielle aktiver er et af de mest udfordrende emner indenfor transfer pricing, både fra et teoretisk og praktisk perspektiv. Især værdiansættelsen og den tilsvarende kompensation af disse aktiver, fører til mange og omkostningsfulde uoverensstemmelser mellem skattemyndigheder og multinationale selskaber. I lyset af dette har OECD nedsat et udvalg, som har startet et projekt, hvis eneste formål er fokus på immaterielle aktiver. Dette projekt er omtalt som Transfer Pricing Aspects of Intangibles. Denne diskussion skal ses i lyset af dette.

Området omkring de immaterielle aktiver har mange problematikker og svagheder, også flere end der vil blive diskuteret i dette afsnit. Det er derfor kun de mest fremtrædende punkter, der vil blive trukket frem i denne diskussion. Der vil dog påpeges, hvorfor netop dette kræver yderligere behandling eller opmærksomhed fra såvel OECD, men også fra skattemyndighederne og de multinationale selskabers side.

6.2.15 Brugen af ”hindsight”

En af de store kritikområder omhandlende immaterielle aktiver, er brugen af bagklogskab (hindsight). Dette omhandler i særdeleshed immaterielle aktiver, som på transaktionstidspunktet ikke havde en nævneværdig værdi. I OECD's kapitel 9 står der:

“Difficulties can arise in the context of business restructuring where an intangible is disposed of at a point in time when it does not yet have an established value (e.g. pre-exploitation), especially where there is a significant gap between the level of expected future profits that was

taken into account in the valuation made at the time of the sale transaction and the actual profits derived by the transferee from the exploitation of the intangibles thus acquired” (OECD, 2010, 9.87, s. 264-265)

Såfremt der er et uudnyttet potentiale, som bliver handlet, skal den forventede fremtidige profit godtgøres. Denne kompensation skal overgå til den juridiske enhed, som giver afkald på deres rettigheder, hvad enten det måtte være et patent eller en anden form for intellektuel kapital. Dette er givet og i fuld overensstemmelse med armslængdeprincippet. Men hvordan værdisættes et uudnyttet potentiale? Og kan en fremtidig kompensation komme på tale? OECD lægger op til at skattemyndighederne kan bruge ”hindsight” til at genforhandle den indgåede transferpris, efter udnyttelsen af det immaterielle aktiv er forgået.

“.....main question is to determine whether the valuation was sufficiently uncertain at the outset that the parties at arm’s length would have required a price adjustment mechanism, or whether the change in value was so fundamental a development that it would have led to a renegotiation of the transaction. Where this is the case, the tax administration would be justified in determining the arm’s length price for the transfer of the intangible on the basis of the adjustment clause or re-negotiation that would be provided at arm’s length in a comparable uncontrolled transaction.” (OECD, 2010, 9.88, s. 265)

Denne ordlyd giver skattemyndighederne meget frie hænder såfremt, et immaterielt aktiv viser sig at indeholde større værdi end først antaget. Dette vil i praksis betyde at skattemyndighederne kan efterkræve kompensation for det profitpotentiale, der viste sig at være til stede, i stedet for kun at opkræve kompensation for den værdi det immaterielle aktiv havde på transaktionstidspunktet. Dette virker ikke kun i strid med armslængdeprincippet, men også OECD’s egne retningslinjer, som tydeligt stipulerer at profitpotentiale ikke er et aktiv i sig selv. Det er dog stort set det, som bliver gjort til i denne henseende. Først kompenseres for det immaterielle aktiv og i ”hindsight” efterkompenseres der så for det profitpotentiale, der åbenbart lå i det immaterielle aktiv. Skattemyndighederne har selvfølgelig ret og pligt til at analysere transaktionen, såfremt det immaterielle aktiv fremstår med et større potentiale, end først antaget. I et sådant tilfælde skal det selvfølgelig undersøges hvor vidt der er handlet i ond tro, og har derfor undervurderet potentialet med vilje. I et sådant tilfælde skal en kompensation tilfalde den juridiske der solgte deres rettigheder. Men det er ikke fair fra skattemyndighedernes side at

ændre på de kontraktuelle vilkår og compensationen, udelukkende på baggrund af at det immaterielle aktiv havde et større potentiale end først antaget. Denne tolkning går udenfor armslængdeprincippet og vil i teorien betyde, at det multinationale selskab skulle have haft ”perfect information” omkring fremtidsudsigterne. Dette er ikke muligt for nogen multinationale selskaber at have, heller ikke blandt uafhængige tredjeparter.

Kapitel 9 forklarer, at det er tvivlsomt hvorvidt værdiansættelsen af et immaterielt aktiv, med stor usikkerhed omkring potentialet, behøver en senere priskorrektion. I passagen står der at eksistensen af usikkerhed alene, ikke er nok til at kræve en priskorrektion. OECD burde have gjort det tydeligere, at usikkerhed ved gennemførelse af transaktionen ikke er tilstrækkeligt bevis på at korrigere prisen på et senere tidspunkt. Det vil her være fornuftigt at lade det være op til skattemyndighederne at bevise, at armslængdeprincippet i den forbindelse ikke er overholdt og en priskorrektion er på sin plads.

6.2.16 Lokale immaterielle aktiver

Diskussionen om lokale immaterielle aktiver i Kapitel 9 viser en skævhed til fordel for betalingen af compensation. Kapitlet siger, at hvis de lokale immaterielle aktiver eksisterer og overføres til en udenlandsk afhængig part, så skal overførslen aflønnes efter armslængdeprincippet. Kapitel 9 ignorerer dermed forudgående og grundlæggende spørgsmål om, hvorvidt de lokale immaterielle aktiver eksisterer, samt hvilken af parterne de immaterielle aktiver skulle re-allokeres til. Det er acceptabelt for de juridiske enheder, at strukturere fordelingen af immaterielle aktiver på en aftalt og selvstændig måde. Således at, f.eks. et lokalt marketings immateriel aktiv besiddes af en udenlandsk juridisk enhed, som har finansieret og kontrol over dette immaterielle aktiv.

Et eksempel kan være at omstruktureringen indebærer en overførsel af alle den juridiske enheds rettigheder. Dette er for at anvende og udnytte alle immaterielle aktiver. Herunder patenter, knowhow, firmanavne, varemærker og alle andre marketing immaterielle aktiver, relateret til visse aktiviteter, men ikke den juridiske titel. I dette tilfælde er det juridiske ejerskab af disse immaterielle aktiver stadig hos den overdragende juridiske enhed. Disse aktiver kan forblive i det multinationale selskabs regnskab, da den fremstår som juridiske ejer. Det økonomiske ejerskab og retten til at udnytte disse aktiver er imidlertid overført (såfremt compensationen for at modtage de eksklusive rettigheder til at anvende og udnytte disse aktiver, er på linje med

armslængdeprincippet).

Derudover findes en problematik omkring eksistensen af de lokale immaterielle aktiver. Vi mener ikke at det faktum at lokale immaterielle aktiver eksisterer, nødvendigvis betyder at de ville blive kompenseret for i en armslængdetransaktion. De immaterielle aktiver har måske ikke nogen værdi. Eller også kan deres værdi afspejles i en anden transaktion, for eksempel i salget af goodwill. Desuden er det ikke sikkert, selv hvis de lokale immaterielle aktiver eksisterer, at de ejes af lokale juridiske enheder. Skattemyndighederne er ikke berettiget til at kræve erstatning, når uafhængige parter ikke heller ikke ville have udbetalt en kompensation.

6.2.17 Ændring i kontraktuelle forhold

Når multinationale selskaber foretager omstruktureringer, sker det at der foretages ændringer i nuværende kontraktuelle forhold. Dette kan være opsigelse, eller ændringer af forskellig grad i de kontraktlige forhold. I den forbindelse anbefaler OECD's kapitel 9, at foretage vurderinger i forhold til hvorvidt de ændrede kontraktlige forhold kræver en form for kompensation, til en eller flere af de implicerede juridiske enheder. Jf. OECD's guidelines i kapitel 9, er der opstillet nogle punkter, som skal afhjælpe identificeringen af, om der skal betales en form for kompensation i henhold til armslængdeprincippet. Disse indeholder blandt andet, om hvorvidt der formelt er nedskrevet forhold, som berettiger til kompensation (OECD, 2010, 9.103, s. 270).

Som udgangspunkt må det forventes at et multinationalt selskab foretager ændringer i kontraktlige forhold, set ud fra hvad der er bedst for dem selv. I OECD's guidelines i kapitel 9 lægges der ikke optil, at der altid skal forefindes en form for kompensation. Hvis blot ændringen i de kontraktlige forhold er i henhold til armslængdeprincippet, kan transaktionen godkendes. I nogle tilfælde kan lovgivningen være behjælpelig til at vurdere om ændringen i de kontraktlige forhold kræver en kompensation, i henhold til armslængdeprincippet.

6.2.18 Stigende dokumentationskrav

Som det ses af ovenstående, kan en ændring af kontraktlige forhold betyde en forøgelse af kravene til dokumentation for de multinationale selskaber. Netop dette bliver påpeget fra flere sider i kommentarerne til udkastet, i forbindelse med udarbejdelsen af kapitel 9. Det er ikke blot på det ovennævnte område, at der kræves øget dokumentation. Der kan også være tale om

årsagen til omstruktureringen, undersøgelse af andre realistiske muligheder, funktionel analyse både før og efter omstrukturering osv.

Den øgede dokumentationsbyrde kan diskuteres i flere henseender. I en omstrukturering findes der forskellige parter. Der findes typisk en afgiver og en modtager af det omstrukturerede. Derudover findes de lokale skattemyndigheder, som også har noget at skulle have sagt. Set fra det multinationale selskabs side, er der både argumenter for og imod en øget dokumentationspligt. En forøgelse vil for det multinationale selskab sandsynligvis betyde, at den får et bedre overblik over omstruktureringen. I den sammenhæng kan man dog reflektere over om den krævede dokumentation er anvendelig for det multinationale selskab. Fra OECD's side lægges der optil at man arbejder i manges interesser. Derfor kan det muligvis være en smule svært præcist at se hvem den øgede dokumentation skal gavne. Det kan selvfølgelig altid argumenteres for at, jo mere information, jo bedre. Man kan måske forestille sig omstændigheder hvor multinationale selskaber dropper at foretage omstruktureringer, grundet en krævende dokumentationspligt. For multinationale selskaber vil en øget dokumentation sandsynligvis kræve både økonomi og ressourcer i form af ansatte, som skal udføre arbejdet. Som udgangspunkt er det ikke sikkert at multinationale selskabers overordnede fokus er på transfer pricing. Derfor kan mange multinationale selskaber stå i situationer, hvor de reelt ikke har de rette kompetencer og/eller kapacitet til at efterkomme dokumentationskravene.

Man kan dermed sige at OECD's arbejde med kapitel 9 deler vandene i forhold til dokumentationspligten. På den ene side vil arbejdet med guidelines rent logisk medføre en form for dokumentation, netop for at vurdere omstruktureringen. Det interessante i den forbindelse er at finde ud af hvor smertegrænsen går. Som det ses af kommentarerne, mener mange at kapitel 9 i sin nuværende form indeholder for mange krav til dokumentation.

OECD arbejder på tværs af landegrænser og har mange interesser i forskellige lande. Derfor må man antage at netop dokumentationen kan være et vigtigt værktøj i en vurdering af en omstrukturering, som finder sted på tværs af landegrænser. Her vil en strømligning, som OECD forsøger at indføre med kapitel 9 betyde at der er en fælles forståelse på tværs af landegrænser. Dermed kan det til trods for et øget dokumentationskrav muligvis være til gavn for de multinationale selskaber. Hvis ikke der fandtes fælles guidelines eller retningslinjer, ville de multinationale selskaber skulle tage stilling til flere regelsæt end blot et. Dette er selvfølgelig

med udgangspunkt i at de enkelte lande vælger at indarbejde og anvende OECD's guideline på området.

Den anden side af dokumentationsbyrden er den lokale skattemyndig. Overordnet set har denne instans utrolig meget magt. Det er skattemyndighederne, som udstikker regler for hvad multinationale selskaber skal gøre i forbindelse med en omstrukturering. I den sammenhæng kan der være stor forskel på, hvordan de enkelte skattemyndigheder fra land til land vælger at anvende OECD's guideline. Herunder også hvor meget der fokuseres på kravene til de multinationale selskaber. Som udgangspunkt vil en skattemyndighed med stor sandsynlighed gerne have så meget information og dokumentation som muligt. Dette betyder at myndigheden har mulighed for at lave korrekte vurderinger, samt undgå at skattemyndighedens land bliver snydt i forbindelse med en omstrukturering. For skattemyndigheden er det en hårfin balance. Med dette menes at man på den ene side arbejder i sit lands interesse. Modsat er man nød til at være åbne i forhold til de multinationale selskaber, for ikke at skræmme dem ud af landet. Et land hvor skattemyndighederne har høje dokumentationskrav versus et land med mindre, kan have afgørende betydning for hvor et multinationalt selskab vælger at placere sin omstrukturering.

Hvis man ser på OECD's krav i forhold til dokumentation, er den relativ fleksibel. Med dette menes, at der i højere grad lægges op til, at den lokale skattemyndighed vælger at tolke hvordan de ønsker at udforme deres krav, i forhold til dokumentation. Der er altid fordele og ulemper ved fleksible versus stringente regelkrav. Flexibiliteten gør det ofte lettere for et multinationalt selskab at udarbejde dokumentationen, i forhold til hvordan det lettest gøres for selskabet. Omvendt vil mere stringente regler gøre det lettere at foretage sammenligninger. Fordi multinationale selskaber er unikke, kan det være svært at argumentere for hvilket type af dokumentation der er bedst. Dog kan det konstateres at konsensus på tværs af landegrænser, klart er at foretrække. Dette især i forhold til omstruktureringer. I sammenhæng med dette kan den forskelligartede dokumentation føre til dobbeltbeskatning hos multinationale selskaber. Derfor kan man i den forbindelse tale for ensartede regler, på tværs af landegrænser. Derudover kan en øget dokumentation være med til at mindske risikoen, i forhold til eksempelvis skatterevision hos de multinationale selskaber. I den forbindelse kan man vurdere om, hvorvidt en større indsats i forbindelse med dokumentationen, kan opvejes at omkostningerne ved en skatterevision.

Et interessant perspektiv i forbindelse med en øget dokumentation, er at der reelt ikke findes nogen facitliste for kravene. Derfor vil der altid skulle finde en subjektiv vurdering sted, set i forhold til opretholdelse af kravene. Dermed kan man også spørge sig selv, om en øget dokumentation skaber bedre vilkår for sammenlignelighed? Når der ikke er nogen facitliste at tage udgangspunkt i?

En mulighed i forbindelse med de mange problematikker eller problemstillinger, ville være et bredere samarbejde mellem de multinationale selskaber og skattemyndigheder. Dermed ikke sagt at der på nuværende tidspunkt ikke er et fungerende samarbejde, men der findes muligheder i udvide samarbejdet. Dette vil sandsynligvis øge forståelsen for hvorfor skattemyndigheder kræver informationer som de gør. På den modsatte side vil skattemyndighederne muligvis få en bredere forståelse for hvorfor de multinationale selskaber føler at kravene til dokumentation er meget høje. Med udgangspunkt i OECD's kapitel 9, må antages at den dokumentation, som påkræves, rent faktisk bliver anvendt i forbindelsen med vurderingen af, eksempelvis en omstrukturering.

6.2.19 Hvem har bevisbyrden?

I forlængelse af ovenstående diskussion omkring øgede dokumentationskrav, er det nærliggende at kigge nærmere på bevisbyrden. Hvis man ser på OECD's kapitel 9 omhandlende omstruktureringer i multinationale selskaber ses det, at der ikke er nogen klar indikation af hvor bevisbyrden ligger. Udgangspunktet er armslængdeprincippet. Med dette menes at hvis en transaktion eller omstrukturering er henhold til armslængde princippet, kan den lokale skattemyndighed ikke udfordre transaktionen. Som udgangspunkt tilsigter OECD ikke at vurderinger af transaktioner skal komme dertil, hvor der kræves en bevisbyrde. Jf. OECD kapitel 9 (OECD, 2010, 9.168, s. 292) bruges følgende udtryk om sager, som kommer dertil, hvor en bevisbyrde kræves: "Exceptionel", "rare" eller "unusual". Derudover står der specifikt at langt de fleste transaktioner eller omstruktureringer forventes at være i henhold til armslængdeprincippet (OECD, 2010, 9.168, s. 292). For det andet ses det af de generelle transfer pricing guidelines, at det forklares hvor bevisbyrden ligger. Her ses det at i situationer, hvor en transaktion ikke er indenfor armslængde princippet, er det skattemyndigheden, som skal bevise at transaktionen ikke er i henhold til armslængdeprincippet (OECD, 2010, 1.45-1.48, s. 46). I sammenhæng med at bevisbyrden ligger hos den lokale skattemyndighed, kan det diskuteres,

hvorvidt det er sandt. Selvom en skattemyndighed bærer bevisbyrden, har den altid mulighed for at bede det multinationale selskab om dokumentation for dens dispositioner.

Det er dog stadig et fåtal af transaktioner der bliver udfordret af skattemyndighederne. I og med at transfer pricing bliver anset som en compliance orienteret disciplin er det sjældent at transaktionerne ikke er i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Med dette ment i forhold til situationer, hvor de multinationale selskaber er i god tro. Det er selvfølgelig klart at der findes transaktioner eller omstruktureringer, som fra det multinationale selskabs side bevidst er foretaget ulovligt.

I den sammenhæng kan man opstille flere forskellige scenarier. Det ene er i sammenhæng med dokumentationspligten. Det andet er i forhold til hvis der foretages justering af en foretaget omstrukturering. I forbindelse med dokumentationspligten, er det selve det multinationale selskab, som har bevisbyrden. Det er op til denne at dokumentere hvad skattemyndighederne kræver, for at kunne vurdere om transaktionen, eller omstruktureringen er i henhold til armslængdeprincippet. Man kan dog diskutere om der er reelt tale om en bevisbyrde, da kravene ofte er formelt nedskrevet, i form af en lovgivning.

6.3 Kompensation for kontrollerede transaktioner for post-omstruktureringer

6.3.1 Pre og post vurderinger

Fra OECD's side er der lagt op til at de to begreber business restructuring og structuring skal behandles ens. Med dette menes, at de tolkes ud fra armslængde princippet. Dette skal ses i lyset af at virksomheder, som eksempelvis er nye på et marked, skal vurderes på samme vis, som eksisterende udbydere på markedet. Dermed tages udgangspunkt i at en strukturering og en omstrukturering behandles ens (OECD, 2010, 9.123, s. 277).

I forlængelse af ovenstående kan man stille sig selv spørgsmålet, om det er fair at vurdere en strukturering på lige fod med en omstrukturering? Som OECD selv lægger op til, er der tale om to forskellige scenarier. Grundlæggende kan det antages at OECD's udgangspunkt er fair. Der tages udgangspunkt i samme guideline og retningslinjer, i form af armslængdeprincippet. I den sammenhæng kan det diskuteres relevansen af at inddrage begrebet struktureringer, da kapitel 9

tager udgangspunkt i omstruktureringer. Det giver mening at omstruktureringer og multinationale selskaber der var sat op på samme måde fra bunden skal behandles ens. Det vil være konkurrenceforvridende at behandle dem forskelligt.

Mere interessant er det kigge nærmere på ændringer fra pre struktureringen til post struktureringen. Det interessante i denne sammenhæng er sammenligneligheden, i forhold til armslængdeprincippet. I situationer hvor der kræves en sammenligning af selve omstruktureringen og en efterfølgende sammenligning, opstår problemer i forhold til sammenligningen. Hvis armslængdeprincippet skal anvendes, kan de to kontrollerede transaktioner ikke sammenlignes. De skal sammenlignes med ukontrollerede transaktioner mellem uafhængige parter. Det interessante i denne problemstilling er at, post-omstruktureringer ofte laves for at lave en slags revurdering af den netop gennemførte omstrukturering. Set ud fra et almindeligt virksomhedsperspektiv vil man logisk tænke, at det er naturligt at lave en sammenligning mellem selve omstruktureringen og post-omstruktureringen, da de disse netop har en høj grad af sammenhæng. Der kan være tale om en ændring i profit, som kræver en ændret form for kompensation. På modsatte side, kan man dog objektivt argumentere for at armslængdeprincippet vil være anvendeligt. I forhold til det konkurrencemæssige perspektiv vil en sammenligning med uafhængige transaktioner antages at være mest korrekt. Dette kan sammenholdes med skattemyndighedernes syn på en sammenligning. Det vil sandsynligvis gøre det mere gennemskueligt at anskue det ud fra armslængdeprincippet. Ydermere vil det skattemæssige perspektiv hjælpe lokale myndigheder i forhold til at undgå at profit flyttes ud af et land.

Et andet spørgsmål i forhold til vurderingen af pre- og post-omstruktureringer, er værdiansættelsen af funktioner, aktiver og risici. Når der foretages en omstrukturering, vil der uden tvivl foretages en transfer af en eller flere funktioner, aktiver eller risici. I nogle tilfælde kan førnævnte gå tabt eller med andre ord forsvinde. I sammenhæng med dette giver det mening, at foretage en post omstrukturering. Set fra både de multinationale selskaber og skattemyndigheders synspunkt, kan det give værdifuld information. For skattemyndigheden giver det et overblik over hvor det multinationale selskabs funktioner, aktiver og risici findes. Dermed har skattemyndighederne et bedre grundlag, for at vurdere de skattemæssige forhold omkring det multinationale selskab. Set fra det multinationale selskabs side kan det skabe et

overblik, efter en omstrukturering. I den forbindelse kan det vurderes om der reelt kan forekomme overraskelser for det multinationale selskab, i forhold til resultatet. Som udgangspunkt bør der ikke komme overraskelser. I så fald kan man tale om at det multinationale selskab ikke har foretaget sin omstrukturering nøje nok. Som tidligere nævnt, vil både en pre- og post-vurdering af en omstrukturering utvivlsomt give en øget dokumentation for det multinationale selskab. I den sammenhæng kan der argumenteres for at, hvis en pre-omstrukturering var lavet korrekt, var det ikke nødvendigt med en post-vurdering. Dermed er det grundlæggende det multinationale selskabs ansvar at foretage omstrukturen korrekt, i henhold til armslængdeprincippet. Dog findes der eksempler hvor multinationale selskaber har foretaget omstrukturen, som kræver en post-vurdering. Selvom man planlægger en omstrukturering, og værdiansætter både funktioner, aktiver og risici, som er involveret, kan der ske ændringer. Disse kan ske løbende gennem omstrukturen, eller at selve resultatet ender anderledes end først antaget. Dette strider måske en smule imod, hvad der tidligere er skrevet i dette afsnit. Eksempelvis kan der opstå eller bortfalde nogle synergier, som har en betydning for, hvor værdifulde eller effektive funktioner, aktiver eller risici er. Selvom multinationale selskaber ikke bør få overraskelser gennem en omstrukturering, er det alligevel ikke usandsynligt at de rent faktisk opstår. Der er dog forskel på størrelsen af dem, hvorfor de muligvis ikke altid har den store betydning, som eksempelvis kan munde ud i en post-vurdering af omstrukturen.

6.3.2 Locations savings

Overordnet er locations savings på papiret en relativ simpel proces. Problemerne eller hvad man vil kalde dem, opstår efterfølgende. Disse problemer opstår, når en omstrukturering med locations savings er for øje, skal vurderes på sine funktioner, aktiver eller risici. Har locations savings flyttet noget af dette? Hvis Ja, kræver det en vurdering af hvem der ejer hvad. Den vil sige, at man er nød til at foretage en vurdering af både den juridiske enhed, som lukkes eller ændres grundet locations savings, samt den nye juridiske enhed, som overtager funktion, aktiver eller risiko. Eksempelvis omkostninger forbundet med locations savings, hvem skal betale disse? Jf. OECD skal vurderingen tages i forhold til hvad uafhængige parter ville have indgået af aftaler. Dermed siges det ikke præcist hvem der skal bære omkostningerne. I den sammenhæng er det relevant at inddrage funktioner, aktiver og risiko, for at kunne lave en fair vurdering, af hvem der bærer omkostningerne. Problematikken i at lave en vurdering, kan være i forhold til hvordan man vægter eksempelvis funktioner, aktiver eller risici mod hinanden. Der bør være en

sammenhæng. Dette kan eksempelvis ses ved at en nyoprettet juridisk enhed, som er opstået gennem locations savings. Denne juridiske enhed modtager nogle aktiver, som giver enheden en øget risiko. Her kan argumenteres for, at den nye juridiske enhed bør kompenseres for at påtage sig disse aktiver og risici.

Når multinationale selskaber foretager locations savings, er det ikke kun ovenstående, som giver problemer. I sammenhæng kan der opstå nogle skattemæssige problemer. I dette tilfælde kan det være dobbeltbeskatning. Dette skyldes primært, hvis det multinationale selskab ikke har klarlagt præcist hvem, hvad og hvor i forhold til funktioner, aktiver og risici. Med ovenstående in mente, kan man der næppe være tvivl om, hvorvidt de multinationale selskaber tilsigter at gøre tingene rigtigt, i forhold til lokal lovgivning eller guidelines fra OECD. Overordnet om locations savings, må det antages at multinationale selskaber altid vil gøre hvad der er bedst for dem selv.

6.3.3 Exitbeskatning

I forlængelse af diskussionen omkring dobbeltbeskatning, har OECD selv fokus på begrebet exitbeskatning. Dette bliver behandlet for sig i det følgende afsnit.

Exitbeskatning er et forholdsvis nyt fænomen, som flere og flere I-lande benytter i langt højere grad end tidligere. Dette skal ses på baggrund af, at produktionen i flere og flere tilfælde flyttes ud af I-landene for at spare. Dette medfører et fald i den respektive skattemyndigheds indtjening. Dette har medført at I-landene mere aggressivt forfølger mulighederne, for at indkræve en exitbeskatning. Altså en beskatning for at re-allokere en juridisk enhed eller i de fleste tilfælde produktionen ud af landet.

Mange I-lande forsøger at beskatte de bosiddende selskabsskattepligtige juridiske enheder på deres kapitalgevinster, i forbindelse med deres aktiver. I normale indenlandske situationer, vil sådanne kursgevinster normalt blive beskattet, når de realiseres. Altså når aktiverne sælges eller på anden måde afhændes (www.OECD.org, 2012). Men hvis enkelte skatteydere flytter til et andet land, før de sælger deres aktiver, vil det oprindelige hjemland risikere, at miste retten til at beskatte kapitalgevinster, der er påløbet disse aktiver. Tilsvarende, hvis et multinationalt selskab overfører sit hovedsæde til et andet land eller overfører de enkelte aktiver til en filial i et andet land (eller omvendt). Dermed risikerer det oprindelige hjemland (delvise) tab af retten til at beskatte gevinster, der er blevet optjent, mens det multinationale selskab var hjemmehørende på

hjemmelandets område (www.OECD.org, 2012). Mange lande (især I-lande) har forsøgt at løse dette problem ved at beskatte sådanne påløbne, men endnu urealiserede kursgevinster. Dette på tidspunktet hvor overdragelsen af skatteyderens bopæl eller overdragelsen af de enkelte aktiver til et andet land finder sted (www.OECD.org, 2012).

Den Europæiske Domstol har allerede fastslået, at umiddelbar beskatning af skjulte kapitalgevinster på aktiver, der overføres til en anden medlemsstat, strider mod princippet om etableringsfrihed (The Freedom of Establishment) (www.OECD.org, 2012). Faktisk vil skatteyderne blive diskrimineret, ved at være genstand for umiddelbar beskatning i deres hjemland på kapitalgevinster endnu ikke realiseret. Hvis ikke en sådan beskatning finder sted i tilsvarende indenlandske situationer. Domstolen har også udtalt, at medlemsstaterne ikke kan lægge en uforholdsmæssig stor byrde på skatteyderne, som ved at pålægge bankgarantier eller pligt til at udpege en repræsentant, der vil sikre betaling af afgifter, når aktivet realiseres i det nye hjemland.

Men EU-retten forhindrer ikke en medlemsstat i, at vurdere mængden af den indkomst, som den ønsker at bevare sin beskatning over. Dette forudsætter dog at dette ikke giver anledning til en umiddelbar skat, og der ikke er yderligere betingelser knyttet til en sådan udsættelse, og såfremt der tages hensyn til en eventuel reduktion, i værdien af aktiverne efter overdragelsen.

Medlemsstaterne bør derfor sørge for en ubetinget henstand, med opkrævning af den skyldige afgift, indtil profittens faktiske realisering (www.OECD.org, 2012).

Dette medfører en del problemer. Først er der spørgsmålet om det overhovedet er i overensstemmelse med armslængdeprincippet? Vil uafhængige juridiske enheder have kompenseret deres leverandør, såfremt de fandt en anden og billigere leverandør i udlandet? Derudover skaber det nogle uoverensstemmelser mellem de forskellige lande, da forskellige skatteregler kan medføre en dobbelt beskatning. Enten fordi den ene skattemyndighed underkender exitbeskatningen eller fordi de to involverede skattemyndigheder værdiansætter overdragelserne helt forskelligt. Dette kan også medføre en såkaldt non-beskatning, hvilket i bund og grund er lige så u hensigtsmæssigt. Kritikken omhandlende exit beskatning er stor. Kritikkerne mener at den skaber uhensigtsmæssige skattebarrierer og på ingen måde er fremmende for konkurrenceevnen eller den økonomiske vækst. Desværre bearbejder kapitel 9 ikke denne problematik dybdegående nok. Exit beskatning bliver berørt en smule under afsnittet

omhandlende location savings. Dette er på ingen måde dybdegående nok, til at kunne klarlægge reglerne på området.

En af bekymringerne omkring exitbeskatning er, at det ikke kun er de aktiver der overdrages som beskattes, men også funktioner, risici, fremtidig profitpotentiale og ikke mindst location savings. Multinationale selskaber burde have retten til at bestemme hvordan deres risici og funktioner skal fordeles indenfor selskabet. Så længe at overdragelserne er i overensstemmelse med armslængdeprincippet, uden at skattemyndighederne kan udfordre dette. Denne nye og mere aggressive tolkning overskrider den normale brug af armslængdeprincippet, og derfor i strid med, de gældende transfer pricing regler.

Skattemyndighederne har ifølge kritikerne en tendens til at analysere exitbeskatning, som at den lokale juridiske enhed har en ret til at bevare den fremtidige profit. Dette uden at tage notits af de andre muligheder, den anden part i transaktionen har til rådighed. Dette syn, sammenkoblet med en villighed til at hævde kontraktuelle forhold på linje med dem, har ledt til inkonsistente meldinger fra forskellige skattemyndigheder. Dette gør det svært for de multinationale selskaber, at imødekomme disse modstridende forventninger og dette kan i sidste ende lede til dobbelt beskatning.

OECD's kapitel 9 går desværre ikke nok i dybden, med så vigtig en del af den nuværende beskatning. Det burde de efter vores mening gøre i senere udgivelser. En exitbeskatning kan skævvride konkurrencen og diskriminere multinationale selskaber i bestemte lande. Hvor vidt det også er i strid med OECD's egne ord, vil vi ikke komme videre ind på her.

“This chapter starts from the premise that the arm’s length principle and these Guidelines do not and should not apply differently to restructurings or post-restructuring transactions than to transactions that were structured as such from the beginning.” (OECD, 2010, 9.9, s. 237)

Det er klart at skattemyndigheder så vidt muligt vil forsvare deres indtjeningsgrundlag. Men hvor vidt en aggressiv tilgang til exitbeskatning er gavnligt for landet, kan kun tiden vise. En ting er sikkert, og det er at exitbeskatningen gør det sværere for multinationale selskaber, at omstrukturere og omstille sig til det skiftende økonomiske klima, i en globaliseret verden. Denne beskatning af en ikke eksisterende indkomst, kan være en uoverkommelig forhindring for en forretningsmæssig omstrukturering, som normalvis ville være gennemført. Reglerne på området

er for subjektive og for varierende fra land til land, hvilket gør det næsten umuligt for de multinationale selskaber at imødekomme alle kravene på området. Dette er hverken til de multinationale selskabers eller skattemyndighedernes gavn. En strømning på området vil skabe meget større klarhed og vil kunne rette op på den skævvridning af konkurrencedygtigheden fra land til land.

6.4 Anerkendelse af de faktiske gennemførte transaktioner

Dette kapitel vil omhandle muligheden for skattemyndighederne til at underkende en transaktion og de problematikker, som fremkommer i den forbindelse.

OECD har i udformningen af kapitel 9 taget udgangspunkt i de samme paragrafer omkring non-recognition, som ellers gør sig gældende i deres Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Dette betyder at OECD anerkender, at multinationale selskaber har lov til at strukturere sig som de vil uden mulighed for indblanding af de lokale skattemyndigheder. Dette er en meget vigtig pointe i den kommende diskussion, og vil blive trukket frem igen senere. Der er dog to situationer, hvor skattemyndighederne har mulighed for at underkende de gennemførte transaktioner. Altså hvor skattemyndighederne ikke kun kan justere transfer prisen, men faktisk annullere transaktionen og erklære den er ulovlig. Disse to situationer er:

“The first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form. In such a case the tax administration may disregard the parties’ characterisation of the transaction and re-characterise it in accordance with its substance.” (OECD, 2010, 1.65, s. 51)

Den anden er:

The second circumstance arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price. (OECD, 2010, 1.65, s. 52)

Under disse to omstændigheder har skattemyndighederne mulighed for, at underkende transaktionen og re-karakteriserer den efter gældende lovgivning. Den første situation hvor den økonomiske substans, af den gennemførte transaktion afviger fra dens egentlige karakter giver sig selv. Det multinationale selskab kan ikke på den ene side sige, at den f.eks. har overført valutarisiciene til en enkelt juridisk enhed, mens den samtidig korrigerer transfer prisen på produktet efter valutakursen. Her giver det helt klart mening, at kunne underkende transaktionen og flytte risiciene tilbage til deres oprindelige udgangspunkt.

Den anden situation befinder sig i forlængelse af armslængdeprincippet, hvor uafhængige juridiske enheder ikke ville indgå i transaktionen, under samme vilkår. I denne situation ligger fokus i høj grad på fortolkningen af ”commercial rational manner”. Kapitel 9 forklarer i nogen grad betydningen af denne term og kommer også frem til, at såfremt der findes pålideligt data på at lignende transaktioner eksisterer mellem uafhængige parter kan skattemyndighederne ikke re-karakterisere transaktionen. Dette giver god mening, da det netop opfylder armslængdeprincippet. Problematikken kommer først i den situation, hvor der ikke er tilgængeligt data til at godtgøre for, at uafhængige parter ville have indgået i transaktionen under de samme vilkår. I en sådan situation åbner OECD’s kapitel 9 op for at skattemyndighederne kan vælge at underkende transaktionen og re-karakterisere den. Problemet er her at multinationale selskaber, i sagens natur, ikke opfører sig som to uafhængige parter. De forhold som eksisterer mellem uafhængige parter, eksisterer i realiteten ikke mellem medlemmer af samme koncern. F.eks. vil visse funktioner blive udført fra centralt hold i stedet for at have den samme funktion i hver enkelt juridisk enhed. Derfor kan en struktur sagtens være holdbar og acceptabel i en koncernsituation, men ville aldrig i realiteten kunne eksistere udenfor denne koncernsituation, i dens individuelle dele. Dette gør det i særdeleshed svært at finde uafhængige parter, som ville have indgået på samme vilkår, da strukturen af den juridiske enhed ikke kan sammenlignes og transaktionen ikke kan gennemføres på samme vilkår.

I kapitel 9 står der dog også, at et manglende sammenligningsgrundlag ikke alene kan godtgøre for en re-karakterisering af transaktionen. I den forbindelse ligger OECD også vægt på at multinationale selskaber, fungerer og strukturerer sig anderledes end uafhængige parter. OECD

lægger derfor også vægt på ”other options realistically available”, hvor den enkelte juridiske enhed skal have analyseret de muligheder de ellers havde. Denne analyse virker en smule subjektiv. Selvfølgelig vil en uafhængig juridisk enhed indgå i den transaktion, som giver dem den største profit. Men hvordan skal denne analyse foregå? Har koncern afhængige juridiske enheder andre realistiske muligheder? Hvordan bliver analysen evalueret? Og vil det ikke altid være nemt for skattemyndighederne at være bagkloge? Hvor vidtrækkende skal analysen være? Denne standard virker til at være meget svær, at arbejde med. For det første er kravene meget udefinerbare og kræver øjensynligt at de multinationale selskaber overvejer og dokumentere en række forskellige alternativer, til den omstrukturerede transaktion. For det andet introducerer standarden en betragtelig subjektivitet ved granskningen af armslængde forholdene. I stedet for at granske den egentlig indgåede transaktion, ville skattemyndighederne have ret til at overveje hvilke andre muligheder, som uafhængige parter måske ville have overvejet. Hele denne tankegang er i direkte strid med hvad der ellers er udgangspunktet for kapitel 9, nemlig at multinationale selskaber kan organisere og strukturere deres juridiske enheder og operationer som de vil.

Efter vores overbevisning burde skattemyndighederne kun have mulighed for at underkende de indgåede transaktioner, såfremt det er i misbrugstilfælde. Multinationale selskaber har ret til at omstrukturere for at spare skat og det acceptere OECD også. Derfor er det kritisabelt, at der på denne måde er åbnet op for, at kunne underkende og re-karakterisere langt flere transaktioner, end hvad der virker som den oprindelige tankegang.

6.5 Skattemyndighedernes aggressivitet

Dette afsnit omhandler en diskussion omkring skattemyndighedernes tilgang til transfer pricing reglerne, samt hvorvidt en meget aggressiv tilgang til transfer pricing spørgsmål er en fordel for myndighederne.

6.5.1 Skattemyndighedernes indflydelse på skatteklimaet

I forbindelse med transfer pricing er det vigtigt ikke kun at kigge på detaljerne i OECD's guideline, men også mulighederne for de enkelte lande. OECD's guideline overlader meget til fortolkning. Den er meget subjektiv og kan tolkes vidt forskelligt fra land til land. Dette

overlader et forholdsvist stort spillerum til de enkelte lande hvorvidt de vil tolke reglerne meget strengt og derved føre en meget aggressiv tilgang eller meget let og føre en mere konservativ tilgang til de multinationale selskaber. Dette er i og for sig ikke kun på Business Restructuring området, men ligeså meget indenfor transfer pricing generelt. Denne diskussion vil dog som udgangspunkt kun omhandle Business Restructuring, men også de overvejelser skattemyndighederne skal gøre sig på et mere overordnet niveau.

Den enkelte lands tolkning af guidelinen er med til at fastsætte skatteklimaet i det enkelte land. Der er selvfølgelig elementer, som ikke er til fortolkning. Den subjektive natur af denne guideline, gør at forskellige fortolkninger kan fremkomme, fra land til land. Det er disse fortolkninger, der vil blive bearbejdet igennem denne diskussion. Der er både fordele og ulemper ved begge tilgange. Såfremt et land vælger at føre en meget aggressiv tilgang til transfer pricing, vil det betyde en forhøjet gevinst på den korte bane. Spørgsmålet er dog om de multinationale selskaber vælger, at benytte dette land yderligere i det lange løb? Omvendt vil en meget konservativ tilgang til transfer pricing spørgsmålet betyde tabte indtægter for skattemyndighederne, og i sidste ende samfundet. Så det er en svær balancegang for skattemyndighederne. På den ene side skal landet være så attraktivt for de multinationale selskaber, at de har lyst til at operere ud fra dette land. På den anden side har de et ansvar overfor samfundet til at få de multinationale selskaber til at bidrage til den videre udvikling af samfundet.

6.5.2 En svær balancegang

Myndighederne har et ansvar overfor samfundet og de multinationale selskaber har et ansvar overfor deres aktionærer. Hvorvidt disse to modsatrettede tilgange kan forenes, er nok tvivlsomt. Det er for så vidt heller ikke det, som er essensen. Det interessante spørgsmål er om de multinationale selskaber og myndighederne kan finde et ligevægtspunkt, hvor alle er tilfredse? Det optimale ville jo være, hvis både skattemyndigheder og de multinationale selskaber fandt et fælles ståsted. Her optimeres både profitten for det multinationale selskab og skattemyndighederne følte, at det multinationale selskabs bidrag til samfundet var tilfredsstillende. Det er det der skaber et godt skatteklima, samt gør at de multinationale selskaber har lyst til at udvide deres operation i det land. Det vil skabe grobund for det multinationale selskab og i sidste ende komme både selskabet, skattemyndighederne og ikke

mindst samfundet til gavn. Men det er en svær balancegang. For de multinationale selskaber kigger altid efter alternative profitoptimerende løsninger, og skattemyndighederne bliver nød til at indkassere, når de kan og ikke forvente en stigende indkomst senere.

Helt utopi er det dog ikke. Skattemyndighederne bestemmer selv hvor attraktivt landet skal være for udenlandske investeringer. Dette kan f.eks. gøres gennem transfer pricing. Der er selvfølgelig visse forhold, der ikke kan justeres på af andre, end den lovgivende instans. Men også her er der mulighed for fortolkning og en vis grad af subjektivitet. En meget aggressiv tilgang til transfer pricing, vil forøge profitten for skattemyndighederne på kort sigt. Det kan dog også lede til flere retssager, og kan ende med at være en bekostelig affære for både de multinationale selskaber og skattemyndigheder. Udover den maksimerede profit på kort sigt, vil det på længere sigt være med til at afskrække multinationale selskaber, for at enten komme ind på markedet eller udvide deres operationer på markedet. Dette er noget som de enkelte lande bør overveje, også gerne helt oppe på politisk plan. Der er selvfølgelig forskel på hvor aggressive de enkelte lande kan tillade sig at være. Der er markeder, som er så store, at multinationale selskaber ikke kan tillade sig at se efter hvor aggressive skattemyndighederne er. Det kan dog betyde at de multinationale selskaber stadig holder størstedelen af operationerne ude af landet og kun investere det absolutte minimum, for at få det til at fungere.

Et godt skatteklime vil altså være at foretrække. Et respektfuldt samarbejde mellem de multinationale selskaber og skattemyndigheder ville være optimalt. De to modsatrettede interessenter bliver nød til at indse, at et samarbejde er vejen frem. Det er muligt at tilfredsstille begge parter og opretholde et skatteklime, der både er til gavn for skattemyndighederne og de multinationale selskaber. Et klime hvor både samfundet og de multinationale selskaber kan vokse og drage gavn af hinanden. Men det er en svær balancegang, ingen tvivl om det. Mere vil have mere, sådan er det både for skattemyndighederne og de multinationale selskaber. Begge parter har et ansvar at leve op til, og det er derfor nødvendigt at begge parter kigger langsigtet, i stedet for kun at have øje for den hurtige profit. Beslutningen ligger heller ikke alene hos skattemyndighederne. Det skal være en politisk beslutning, ellers kan de multinationale selskaber blive forskelligt behandlet, alt efter hvem der behandler deres sag. Dette er ikke gavn for hverken de multinationale selskaber eller skattemyndigheder. Det skal foregå meget objektivt og stringent, for at ingen føler sig forskelsbehandlet.

6.6 Samfundsmæssige konsekvenser ved transfer pricing og omstruktureringer

Udgangspunktet for dette speciale har været kapitel 9, OECD's guidelines for omstruktureringer i multinationale selskaber. I den forbindelse er der nogle forhold, som OECD ikke behandler. Dog findes de relevante for det samlede speciale, hvorfor det er en del af diskussionen. Der er tale om de samfundsmæssige forhold, som spiller ind, i forbindelse med omstruktureringer.

Når multinationale selskaber foretager omstruktureringer, har det ikke blot betydning for selve selskabet. Samfundet omkring det multinationale selskab kan også blive påvirket. Dette i flere forskellige retninger. I OECD's guidelines står der intet omkring de samfundsmæssige konsekvenser. Det har ikke været fokus fra OECD's side at behandle denne del, til trods for at de overordnet set har relativ stor betydning i en omstrukturering. I den sammenhæng kan det diskuteres hvorvidt det ville være relevant at inddrage disse forhold. Der kan altid argumenteres for at det samfundsmæssige har sin berettigelse. Dog er der ofte tale om lokale forhold, som kan være svære at lave overordnede retningslinjer eller guidelines for. Derudover har man i forvejen Corporate Social Responsibility (CSR), som i mange tilfælde dækker samfundsmæssige perspektiver.

I sammenhæng med omstruktureringer er det derfor interessant at kigge på CSR. CSR er stadig et relativt nyt begreb, som sandsynligvis blot får mere fokus de kommende år. Allerede i dag omhandler CSR mange forskellige områder, som ikke blot er slave- og eller børnearbejde, menneskerettigheder og miljømæssige hensyn osv. Kendetegnet ved CSR er, at man søger mod initiativer fra virksomhedens side, som går længere end blot hvad der er pålagt jf. lovgivningen. Det er dog vigtigt at pointere, at CSR ikke dækker området omkring transfer pricing. Derfor findes der reelt ikke retningslinjer eller guidelines på området, som fortæller hvordan en virksomhed bør agere, i forhold til samfundet, når der er tale om en omstrukturering. Dette er med til at gøre området både interessant og problematisk at diskutere.

Som udgangspunkt må det antages at en virksomhed altid vil handle i forhold til hvad der er bedst for virksomheden. Milton Friedman, en anerkendt amerikansk økonom er kendt for at have sagt følgende ord: ”The *business of business is business*”. Med disse ord menes at virksomheders opgave er, at skabe vækst og arbejdspladser. Igennem disse to elementer mener han at

virksomheden på sin måde betaler sin ”gæld” til samfundet. Ovenstående ord er muligvis en smule firkantet opstillet. Til trods for dette kan man stadig argumentere for at de multinationale selskaber, gennem sit daglige arbejde yder hvad der kan forventes til samfundet.

Når der foretages en omstrukturering, har det uomtvisteligt en påvirkning på samfundet. Den har muligvis betydning for arbejdspladser. Ydermere det at et multinationalt selskab er repræsenteret i et lokalsamfund, kan skabe nogle synergier. Dette kan ses i form af eksempelvis underleverandører, eller blot tiltrækning af andre virksomheder. For selve det multinationale selskab betyder en omstrukturering, at den ønsker at strømline eller forbedre selskabets performance. Dette kan ske på mange forskellige måder og områder. Diskussionen omkring dette opstår om, hvorvidt det multinationale selskab har et ansvar i forhold til det samfund, som sandsynligvis vil lide under en omstrukturering. På den ene side vil et lokalsamfund argumentere for, at der bør ske en kompensation. Dette ses allerede på nogle områder i forhold til armslængdeprincippet. Dog er der her kun tale om selve den omstrukturerede juridiske enhed. Dermed tages der ikke hensyn til eksempelvis leverandører eller andre grupper af virksomheder eller mennesker, som bliver berørt. For at gøre diskussionen endnu mere mudret, kan man spørge sig selv; hvilken form for kompensation skal ydes? Vi har allerede gennem kapitel 9 i OECD’s guidelines for omstruktureringer set, at man i mange tilfælde har svært ved at finde sammenlignelige data, i forbindelse med fastsættelsen af en armslængdekompensation. Derfor vil der i den samfundsmæssige sammenhæng blive endnu sværere, at kunne finde en passende kompensation. Der vil sandsynligvis ikke være mulighed for, at finde lignende omstruktureringer, som kan anvendes i forbindelse med sammenligning.

Derudover kan der også være stor forskel på, hvor en omstrukturering foretages rent geografisk, set i forhold til et samfundsmæssigt perspektiv. Med dette menes at en omstrukturering, som betyder en nedlukning af en juridisk enhed, sandsynligvis vil have større betydning for det lokale samfund, hvis den finder sted i et udkantsområde kontra i eller i nærheden af storbyen.

Overordnet set vil det selvfølgelig muligvis være samme antal personer eller virksomheder, som det går ud over, hvad enten det er i et udkantsområde eller i en større by. Derfor menes der at eksempelvis fyrede medarbejdere ville have større chance for, at finde andet arbejde i et større byområde kontra udkantsområde. Dette er selvfølgelig en påstand, som bør vurderes i forhold til mange variabler. Der kan være tale om erhverv, som findes i større antal i det geografiske

område, hvorfor en omstrukturering, som betyder nedlukning ikke har større betydning for lokalsamfundet. Ovenstående er selvfølgelig baseret på antagelser og tænkning. Dog skaber det grundlag for at være opmærksom på, om den geografiske placering af omstruktureringen har nogen form for betydning. Det må antages at det er en vurdering, som bør laves ud fra hver enkelt situation.

Et andet perspektiv i forhold til de samfundsmæssige konsekvenser af omstruktureringer og transfer pricing er skattedelen. Denne er behandlet mere dybdegående i afsnittet omhandlende tax aggressiveness. Det interessante er her de værdier, som et samfund kan gå glip af. Ikke blot her og nu, i form af skattebetalinger med også på længere sigt. Der kan i den forbindelse være tale om flytninger af rettigheder eller eksempelvis immaterielle aktiver, som bærer en væsentlig økonomisk fordel på længere sigt.

I forlængelse af diskussionen omkring om de multinationale selskabers ansvar, i forhold til de samfundsmæssige konsekvenser springer et spørgsmål frem. Hvem skal fastsætte eller håndhæve hvad multinationale selskaber eventuelt skal kompensere for, som konsekvens af samfundsmæssige relationer eller virkninger? I forhold til OECD's guidelines omkring omstrukturering, er det op til det multinationale selskab, samt den lokale skattemyndighed at foretage en vurdering af hvorvidt en kompensation i forbindelse med en omstrukturering er i henhold til armslængdeprincippet. I forhold til de samfundsmæssige konsekvenser, findes der ingen guidelines eller retningslinjer. Dette kan være med til at gøre vurderingen meget besværlig. Det multinationale selskab vil muligvis føle sig nødsaget til, at foretage en eller anden form for kompensation. Hvis modtageren ikke er tilfreds med denne, hvem eller hvad skal så vurdere om kompensationen er passende? Da der ikke findes nogen retningslinjer, eller guidelines kan det multinationale selskab gøre stort set som det passer denne, eller hvad der er bedst for selskabet. Sat på spidsen kan de multinationale selskab blot vælge at undlade at tage stilling til de samfundsmæssige konsekvenser, af en omstrukturering. Om det bør være skattemyndigheder eller domstole, som skal være den sidste instans, i forhold til at foretage en passende vurdering, er svært at svare på. Som udgangspunkt er de samfundsmæssige konsekvenser ikke noget der direkte vedrører de lokale skattemyndigheder. Det bør i hvert fald ikke ses i samme sammenhæng, som ved anvendelse af armslængdeprincippet.

Der kan dog være nogle følgevirkninger for det multinationale selskab, som betyder at den i samfundet måske mister status. Derfor er det en hårfin afvejning af om, og hvor meget man bør tage hensyn til samfundsmæssige konsekvenser ved omstruktureringer eller transfer pricing. I nogle tilfælde, kan det for det multinationale selskab betale sig på længere sigt, at være opmærksom på og kompensere for de samfundsmæssige konsekvenser en omstrukturering bærer med sig.

7.0 Konklusion

Motiverne for omstruktureringer kan være mange, men fælles for dem alle er at de forventeligt vil skabe en bedre struktur for det multinationale selskab. Motiverne er af forretningsmæssig karakter. Det kan være for at optimere synergier, optimere forretningsgange, centralisere styringen eller for at være hurtigere i stand til at reagere på det internationale marked.

Skatteunddragelse er selvfølgelig også et motiv for en omstrukturering, men undersøgelser viser at det er i ganske få tilfælde at det er hovedmotivet for en omstrukturering (Cravens, 1997).

Langt de fleste multinationale selskaber omstrukturerer i dag af forskellige strategiske årsager.

At transfer pricing er kommet for at blive er uundgåeligt. Undersøgelser viser at 60 % af alle handler, på det globale marked, foregår mellem internt forbundne enheder. Regler og regulativer på området er en nødvendighed. Med den øgede globalisering bliver omstruktureringer også mere og mere almindeligt. Hvad enten det er en strategisk omstrukturering eller en nødvendighed efter opkøb af en virksomhed. Derfor var OECD's kapitel 9 for Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings en kærkommen guideline. Ikke kun for skattemyndighederne, men i lige så høj grad de multinationale selskaber. Denne guideline danner grundlaget for omstruktureringer indenfor OECD's medlemslande. Det er disse standarder, som de multinationale selskaber skal rette sig efter. Denne guideline der danner en rettesnor for medlemslandenes skatteret.

Med udgangspunkt i dette, har vi følt at et kritisk syn på denne guideline var nødvendigt. Vi har gennem specialet kigget nærmere på hvor problemer i kapitlet kunne opstå, samt hvilke implikationer disse kunne medføre. Den resterende del af konklusionen vil opsummere de vigtigste punkter i diskussion og dets implikationer for både skattemyndigheder og multinationale selskaber.

En stor del af kapitel 9 omhandler en diskussion og analyse af begrebet risiko. Problemet heri er at det ikke rigtigt bliver defineret. Risiko er et komplekst begreb, som besidder mange implikationer. For det første findes der mange forskellige former for risiko, både makroøkonomiske og mikroøkonomiske, systematiske og usystematiske. Fælles for alle typer risici er at de har evnen til at influere det multinationale selskab. Nogle af risiciene er karakteriseret ved at de er udenfor virksomhedens kontrol, mens andre kan undgås ved f.eks. at diversificere produktporteføljen eller sprede sig geografisk. Kapitel 9 behandler alle forskellige

former for risici ens. Eneste undtagelse er at risici udenfor det multinationale selskabs kontrol, som ikke skal medtages.

Dette leder naturligt videre til diskussionen omhandlende kontrol. Når en risiko re-allokeres, skal den være under den juridiske enheds kontrol. Dette burde give sig selv. Når risici flyttes og den juridiske enhed modtager kompensation for at modtage risikoen, skal de selvfølgelig også have kontrol over den. Men kapitel 9 går skridtet videre, den juridiske enhed skal have folk med ekspertise på området til at administrere risikoen. Risikostyringen kan altså ikke ske fra centralt hold, som det ellers er normen i de fleste multinationale selskaber. Den juridiske enhed må gerne udlicitere risikostyringen, men de skal stadig have lokal ekspertise til at monitorere, hvorvidt risikoen bliver administreret på korrekt vis. Problematikken er her at OECD's kapitel 9 drejer kontrol over risikoen til at være et spørgsmål om risikostyring, som for det meste bliver opfattet som en serviceorienteret disciplin. Her burde OECD være tilfredse, så længe risikoens økonomiske følger stadig ligger på den juridiske enhed, såfremt de skulle materialiseres sig.

Her kan diskussionen om økonomisk kapacitet til at bære risikoen tage sit udgangspunkt. Kapitel 9 kigger på hvorvidt den juridiske enhed, som overtager risikoen har den finansielle kapacitet til at bære risikoen, såfremt den skulle materialiseres sig. Denne test er med til at påvise den egentlige placering af risikoen, samt hvorvidt transaktionen er foregået i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Såfremt den juridiske enhed ikke har den finansielle kapacitet til at bære risikoen, skal den i det mindste gøre noget aktivt for at beskytte sig mod den, som f.eks. køb af forsikring. Det giver logisk mening, at den juridiske enhed skal være i stand til at påtage sig de finansielle følger en risiko eventuel måtte medføre. Problematikken heri ligger dog i den aggregerede risiko. Det er højest utænkeligt, at en juridisk enhed kun har én påtaget risiko. Skal den juridiske enhed så have den finansielle kapacitet til at dække alle risiciene, såfremt de skulle materialisere sig på samme tid? Kapitel 9 bruger en stor del af diskussionen omkring risikoen i forhold til den finansielle kapacitet, til at bære risikoen. Men ikke på noget tidspunkt bliver den aggregerede risiko omtalt. Det vil give logisk mening hvis en juridisk enhed skulle have den finansielle kapacitet til at dække alle sine risici, i tilfælde af et worst case scenarie. Praktisk virker det dog som en umulig opgave. Vi er af den overbevisning at meget få, hvis nogle juridiske enheder har den nødvendige kapital til at dække et worst case scenarie. Dette er nok

også en af grundene til at den aggregerede risiko ikke er en del af risikodiskussionen i kapitel 9, men det er en interessant diskussion.

Det næste emne, der vil blive taget op, er diskussionen omkring forskellige typer af udbydere. Hvad enten det er en service, produktion eller distributørunderbydere. OECD har en klar opdeling af disse udbydere, de deler dem op i full fledged, contract og toll. Disse opdelinger er så karakteriseret efter hvilke former for risici, de juridiske enheder påtager sig. Ved f.eks. en toll manufacturer er de påtagede risici minimale og den juridiske enhed kan derfor forvente et forholdsvis stabilt afkast, uden påvirkning af hvordan det øvrige marked klarer sig. Omvendt påtager en full fledged manufacturer sig en høj risiko og afkastet skal derfor også være tilsvarende højere for at opveje den øgede risiko. Dette giver logisk mening og er også i overensstemmelse med armslængdeprincippet. En uafhængig tredjepart vil selvfølgelig også have afkastet til at afspejle den risiko de påtager sig. Spørgsmålet er dog om man kan lave så skarp en opdeling? Hvordan afviger en toll-udbyder fra en contract-udbyder? Svaret ligger selvfølgelig i den risiko de forskellige udbydere påtager sig. Vi ser det dog ikke som så skarp en opdeling. Vi mener at der er et utal af muligheder og at OECD's model er for snæver. Det ligger lidt for meget op af en bokstankegang, i stedet for at være i tråd med virksomhedernes dynamiske virkelighed. Det virker til at OECD har inddraget nogle teoretiske begreber uden at tilpasse dem en praktisk værdi. For det første er ingen af de forskellige typer defineret. Dette gør det umuligt at gennemskue, hvornår en toll-udbyder overgår til at være contract-udbyder og omvendt. Ved en omstrukturering vil forskellige risici blive flyttet rundt og den strukturelle opbygning af det multinationale selskab vil blive ændret. Men hvor går grænsen? Hvilken type risiko skal flyttes, for at den juridiske enhed nu kan kalde sig contract-manufacturer? Det er smart at bringe nogle teoretiske begreber ind på den her måde. Det er med til at skabe et hurtigt overblik og de fleste juridiske enheder vil også kunne karakteriseres som det ene eller det andet. Men der er en gråzone som OECD burde være opmærksom på. De multinationale selskaber karakteriserer ikke nødvendigvis deres juridiske enheder efter den ene eller anden standard. De udformer dem efter hvad, der giver mest mening for hele organisationen.

Det næste interessante punkt er synergier. Kapitel 9 lægger ikke op til at synergier skal behandles særskilt og det vil da også være svært at værdiansætte en synergieffekt. Derefter vil det om muligt være endnu sværere at allokere synergieffekten til nogen bestemt juridisk enhed. OECD

anerkender dog at synergieffekter kan være et kommercielt rationale til en omstrukturering. Vi tror det er klogt af OECD at holde sig ude af diskussionen omkring synergieffekt, da det er så komplekst et begreb at det vil skabe mere forvirring end gavn. Set fra skattemyndighedernes side kunne det måske være relevant at værdiansætte og allokere synergieffekter, da de alt andet lige er med til at skabe værdi, og derfor jo egentlig underlagt skattelovgivningen. I den forbindelse vil det dog være umuligt i praksis at både værdiansætte og allokere i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Ingen multinationale selskaber er struktureret ens og ingen skaber de samme synergieffekter. Med alt dette in mente virker det som en klog disposition af OECD, blot at anerkende disse effekter og deres kommercielle rationale.

Det næste punkt omhandler den juridiske enheds alternative muligheder. Det kan virke en smule selvmodsigende, at en juridisk enhed som er en del af et multinationalt selskab skal overveje hvilke andre muligheder der er tilgængelige. Men det er en naturlig konsekvens af, at de bliver anset som selvstændige juridiske enheder. Dette betyder at den juridiske enhed skal agere i egne interesser. Altså efter hvad der er bedst for dem. Denne formulering kan godt give nogle problematikker, da de i sagens natur ikke er selvstændige enheder, men en del af en større organisation. Dette betyder i nogle tilfælde, at den juridiske enheds egne interesser kan være i konflikt med det multinationale selskabs interesse. Det skal dog ikke anses sådan, at skattemyndighederne kan re-karakterisere transaktionen såfremt den juridiske enhed ikke har indgået den bedste aftale. Såfremt transaktionen er kommerciel rationel, kan skattemyndighederne kun justere transfer prisen eller compensationen, så den lever op til hvad den juridiske enhed kunne have fået på det frie marked. Dette er en logisk løsning, da man hele tiden skal huske på, at de juridiske enheder er en del af et multinationalt selskab. Derfor kan de af princip ikke altid handle ud fra egne interesser. Derfor er det kun naturligt at OECD laver denne skildring og anerkender transaktionen, men i visse tilfælde korrigerer prisen.

Nu skal der diskuteres om hvorvidt en funktion egentlig kan flytte. Problematikken kommer sig i særdeleshed af at OECD ikke har defineret begrebet funktion. Hvis de havde gjort det, ville mange diskussioner og problematikker være undgået. Det helt konceptuelle spørgsmål er hvorvidt en funktion egentlig flyttes, eller om den bare lukkes ned og genopstår i anden form et andet sted. Det er lidt en filosofisk diskussion, for selvfølgelig kan man godt flytte f.eks. produktionen til et andet land. Men spørgsmålet er så bare om det er nøjagtig de samme

processer og aktiviteter, som stadig skaber funktionen? Vi har valgt at definere vores forståelse af en funktion, sammen med de andre værdiskabende begreber. Dette er gjort ud fra den overbevisning, at det ville lette forståelsen for vores brug af begreberne. Dette kunne OECD med fordel også have gjort. En sådan begrebsafklaring havde i hvert fald været med til at komme på forkant med mange problematikker. I vores optik er det meget tvivlsomt, hvorvidt en funktion egentlig flyttes. Det virker meget mere sandsynligt, at en funktion bliver nedlagt og en anden opstår. Det vil være underligt hvis funktionen stadig vil bestå af de samme processer og aktiviteter. Så kan diskussionen køres endnu længere ud og diskutere hvorvidt en kompensation så skal betales, når der reelt set ikke sker en transfer. Da det hele er meget hypotetisk, synes vi ikke det giver mening at køre den helt derud. Vi synes bare det er en interessant observation og noget som meget nemt kunne være undgået gennem en begrebsafklaring.

Næste punkt lægger sig op af hvordan transaktionen skal anskues. Skal transaktionen anskues fra både modtager og afgivers syn, eller hvad giver mest mening. Rent logisk giver det mening at en transaktion skal anskues fra begge sider, da det giver den bedste information og det bedste overblik. Det er da også det kapitel 9 lægger op til. Spørgsmålet er så om det er helt fair? I vores optik kan denne anskuelse i hvert fald godt være i strid med armslængdeprincippet. En transaktion mellem uafhængige parter er ikke mulig at anskue fra begge sider. Det vil i hvert fald overflødiggøre enhver forhandlingssituation. Det OECD lægger op til, er at anskue transaktionen i lyset af perfekt information. Dette er i sagens natur aldrig muligt mellem uafhængige parter. Derudover er det at pålægge de juridiske enheder en ekstra dokumentationsbyrde, som vil gøre transaktionen mere omkostningstung. Hvis en transaktion skal ses fra begge sider, i forbindelse med en omstrukturering er det en nødvendighed ikke kun at tage forbehold for den informationsasymmetri, der ville være på det frie marked, men også de juridiske enheders forhandlingsstyrke. Godt nok er de en del af samme multinationale selskab, men der vil stadig være forskel i forhandlingsstyrken. Dette skal der tages højde for, når størrelsen af kompensationen skal fastsættes. Logisk virker det som en fin ide at anskue transaktionen fra begge sider, men i praksis kan det være en omkostningstung proces, som måske er i strid med armslængdeprincippet.

Den næste spændende diskussion der springer i øjnene, er diskussionen omkring immaterielle aktiver. Det er et emne, som er blevet diskuteret meget i de forskellige kommentarer til udkastet

til kapitel 9. OECD er herefter kommet frem til at retningslinjerne omhandlende immaterielle aktiver er for mangelfulde og har derfor nedsat en kommission, med fokus på dette emne. Dette afholder dog ikke os fra at diskutere emnet, ud fra de nuværende retningslinjer. OECD lægger i kapitel 9 op til at skattemyndighederne har mulighed for at bruge ”hindsight” i deres vurdering af et aktivs værdi. Dette er især når værdien, af det immaterielle aktiv, var meget svært at vurdere ved tidspunktet for transaktionen. I et sådan tilfælde vil det altså være muligt for skattemyndighederne at gå tilbage og ændre transfer prisen når det immaterielle aktivs potentiale er blevet udnyttet. Dette frembringer dog visse problematikker. For det første virker det usandsynligt at en uafhængig tredjepart ville have krav på en ekstra kompensation. Derved vil brugen af ”hindsight” være i strid med armslængdeprincippet. Der kan dog forekomme aftaler mellem uafhængige parter, hvor de vil blive kompenseret i forbindelse med at det immaterielle aktiv bliver udnyttet. Så igen bliver det en subjektiv vurdering af den gennemførte transaktion, som ligger til grund for compensationens størrelse. For det andet skriver OECD selv i deres retningslinjer at et profitpotentiale alene ikke kan give anledning til beskatning. Derfor kan det virke underligt at brugen af ”hindsight” kan anvendes til at kompensere for et immaterielt aktiv, som på transaktionstidspunktet ikke havde nogen signifikant værdi. Dette virker også selvmodsigende. I det hele taget virker brugen af ”hindsight” som en underlig tankegang. For hvor lang tid skal det multinationale selskab have haft ejerskab over det immaterielle aktiv inden brugen af ”hindsight” bortfalder? Er der en grænse? Det er farligt at åbne op for brugen af ”hindsight”. Der er ingen tvivl om at immaterielle aktiver er svære at værdiansætte, men det her virker ikke som den rette vej at gå. Dette åbner op for, at skattemyndighederne har mulighed for, at revurdere alle transaktioner indeholdende immaterielle aktiver efter en årrække. Dette vil have vidtrækkende konsekvenser for de multinationale selskaber, og vil pålægge dem endnu en omkostningstung dokumentationsproces.

Denne omkostningstunge dokumentationsproces leder naturligt videre til diskussionen omkring kapitel 9’s dokumentationsbyrde. De multinationale selskaber bliver i kapitel 9 pålagt at dokumentere utroligt mange ting. Faktisk indeholder kapitel 9 ikke mindre end 12 forskellige krav til dokumentationsprocessen. Nogen af dem har vi været inde over, som f.eks. skal de dokumentere de juridiske enheders ”andre realistiske tilgængelige muligheder” og forretningsgrundene til omstruktureringen. Der er ingen tvivl om at de mange dokumenter gør det nemmere for skattemyndighederne at vurdere omstruktureringen. Alle de 12 forskellige krav

giver sådan set mening rent logisk. Men det virker ikke til at OECD har overvejet hvor omkostningstung en så omfattende dokumentationsproces er. Vi er overbevist om at der burde ligge en mere subjektiv vurdering til grund for dokumentationskravene. Det er bestemt ikke alle af disse dokumentationer, som er lige relevante for alle multinationale selskaber. Her skal man selvfølgelig huske på, at kapitel 9 kun er overordnede retningslinjer. Derfor kan man på nationalt plan se en variation på dokumentationskravene, og OECD kan selvfølgelig ikke lægge op til en subjektiv vurdering af dokumentationskravene. De skal fremsætte nogle objektive retningslinjer og overlade det resterende arbejde til de nationale skattemyndigheder.

I hele processen omkring omstruktureringer og transfer pricing er det interessant at snakke om bevisbyrden. Hvem har egentlig bevisbyrden, såfremt en transaktion udfordres? Det forholder sig sådan at skattemyndighederne har ret til at udfordre transfer prisen på en transaktion, såfremt de mener at den ikke er indgået i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Spørgsmålet omkring hvem, der har bevisbyrden er lidt tvetydig. Som udgangspunkt er det skattemyndighederne, som har bevisbyrden. De kan dog til hver en tid kræve dokumentation fra det multinationale selskab, som så skal fremvise hvordan de er kommet frem til transfer prisen. Det vil sige at det faktisk er op til det multinationale selskab, at bevise at transfer prisen og transaktionen er gennemgået i henhold til armslængdeprincippet. En mangelfuld dokumentation kan få skattemyndighederne til at udfordre transaktionen eller dens vilkår. Dermed er det igen op til de multinationale selskaber at dokumentere rationale bag transaktionen og dens vilkår. Så hele den proces er lidt tvetydig.

Omkring pre- og post vurdering lægger OECD's kapitel 9 op til at omstruktureringer og struktureringer skal behandles ens. Det interessant her er, hvorfor OECD overhovedet har inddraget struktureringer. Dette fordi kapitel 9, overordnet omhandler omstruktureringer. Den eneste logiske forklaring, kan findes i at der ikke bør ske en forskelsbehandling, i forhold en omstruktureret enhed, kontra en nyopstartet.

Selve vurderingen af pre- og postvurderinger giver nogle spørgsmål. Jf. armslængdeprincippet må man ikke sammenligne pre- og postvurderingen. Dette fordi den er sammenlignelig, i forhold til uafhængige parter. Derfor skal pre- og post vurdering foretages individuelt hver for sig, i forhold til uafhængige parter. Logisk tænkt bør sammenligningen foregå mellem selve omstruktureringen (pre) og postvurderingen. Der kan være tale om en ændring i profitten, som

kræver en postvurdering. I et konkurrencemæssigt perspektiv, vil det dog være hensigtsmæssigt, at sammenligne med uafhængige ukontrollerede transaktioner.

I forhold til værdiansættelsen i forbindelse med en omstrukturering, kan pre- og post vurderinger være værdifulde. Dette selvom det giver en øget dokumentation for de multinationale selskaber. Når en juridisk enhed omstruktureres, vil der opstå en ændring i både den afgivende enhed. Men også den modtagende. I sådanne situationer, kan det være svært at vurdere helt nøjagtigt hvilke konsekvenser det medfører. Derfor kan post vurderinger være værdifulde, i forbindelse med at vurdere, om der er sket markante ændringer i forhold til værdiansættelsen, som er pre vurderet. Derudover kan der være nogle synergier, som efterfølgende bør tages hensyn til. Hvad enten det er af positiv eller negativ karakter.

Et nyt emne som kapitel 9 desværre ikke beskæftiger sig så meget med, er diskussionen omkring exitbeskatning. Exitbeskatning er en skat, der lægges på multinationale selskaber når de flytter juridiske enheder ud af den nationale skattemyndigheds jurisdiktion. Det er altså en skat, der pålægges for at omstrukturere multinationale selskaber. Det er der en del problematikker i. For det første er der stor forskel fra land til land, hvordan de håndhæver exitbeskatning. Det er ikke engang alle lande, som arbejder med begrebet. For det andet virker det til at være i strid med kapitel 9, som siger at der ikke skal være forskel på, hvordan omstrukturerede multinationale selskaber og multinationale selskaber, der oprindeligt var struktureret på den vis beskattes. Denne exitbeskatning virker til at skævvride konkurrencen, eftersom den ikke behandler multinationale selskaber ens. Det største problem fremkommer ved en exitbeskatning, hvor det nye land underkender det tidligere lands exitbeskatning. Problemet kan også fremkomme ved at de to skattemyndigheder værdiansætter på forskelligt vis. Dette kan føre til både dobbeltbeskatning og non-beskatning, hvilket i begge henseender er meget u hensigtsmæssigt.

Den næste diskussion omhandler ”non-recognition” eller på dansk, skattemyndighedernes mulighed for at underkende den gennemførte transaktion. Det er altså her at skattemyndighederne har mulighed for at re-karakterisere transaktionerne. Der er to paragraffer som gør sig gældende i den forbindelse. Den ene omhandler den økonomiske substans i transaktionen. Hvis den økonomiske substans ikke er i overensstemmelse med det, der i virkeligheden foregår mellem de juridiske enheder, kan skattemyndighederne re-karakterisere transaktionen. Denne paragraf leder ikke til nogen problemer, da de juridiske enheder

selvfølgelig skal overholde de vilkår, som transaktionen er indgået under. Den anden paragraf leder til nogle problematikker. Den omhandler hvorvidt uafhængige parter ville have indgået kontrakten på de samme vilkår. Denne paragraf giver i og for sig også mening. I henhold til armslængdeprincippet skal internt forbundne juridiske enheder opføre sig på samme måde, som uafhængige parter. Problemet er dog sammenligningsgrundlaget for kapitel 9 åbner op for, at skattemyndighederne kan udfordre transaktionerne, såfremt der ikke findes sammenlignelige data. Dette er problematisk, for som i alle andre sammenhænge er det meget svært, at finde sammenlignelige data. Dette er på grund af at et hvert multinationalt selskab er unikt og at internt forbundne juridiske enheder i sagens natur er struktureret forskelligt fra uafhængige parter. Disse strukturelle forskelle gør at det er umuligt at finde et troværdigt sammenligningsgrundlag. Såfremt det er tilfældet kan skattemyndighederne udfordre transaktionen og i yderste fald re-karakterisere den. Dette er lidt selvmodsigende, set ud fra at kapitel 9 klart udtrykker at multinationale selskaber har lov til at strukturere sig som de vil. Det er kun en korrektion af transfer prisen, der kan komme på tale. Det kan være svært for multinationale selskaber, at bevise at deres omstrukturering er i strid med armslængdeprincippet og derfor synes vi at formuleringerne i kapitel 9 er for åbne. I vores optik burde skattemyndighederne anerkende transaktionerne, så længe det ikke er direkte misbrugstilfælde.

Denne diskussion leder naturligt hen på en diskussion omkring skattemyndighedernes aggressivitet og det medfølgende skatteklima. Skattemyndighederne er med til at bestemme skatteklimaet i det enkelte land. Det er dem, der bestemmer hvor aggressivt reglerne skal tolkes. Den manglende begrebsafklaring i kapitel 9, gør at rigtigt mange begreber kan fortolkes. Dette giver skattemyndighederne rig mulighed for, enten at tilegne sig en meget aggressiv eller konservativ tilgang. Skattemyndighederne har et ansvar overfor samfundet, og har til opgave at indkassere den rette mængde skat. De multinationale selskaber har et ansvar overfor deres aktionærer. Det er to meget modsatrettede interessent grupper, som skal finde fælles fodslag for, at skabe et godt skatteklima. Det kunne være optimalt, hvis de multinationale selskaber og skattemyndighederne kunne finde et ligevægtpunkt. Et punkt hvor de multinationale selskaber var tilfredse med skattemyndighedernes ageren, samt hvor skattemyndighederne var tilfredse med selskabernes bidrag til samfundet. Dette ville skabe et godt skatteklima og ville sandsynligvis være med til at trække flere investeringer til landet i fremtiden. Dette kan være en mulighed. Kapitel 9 overlader så meget til fortolkning, at de nationale skattemyndigheder,

faktisk har mulighed for at være med til at bestemme skatteklimaet. I den forbindelse er det vigtigt at både multinationale selskaber og skattemyndigheder ser det som en langsigtet løsning. En løsning som kan gavne dem begge på sigt.

De samfundsmæssige konsekvenser behandler OECD's kapitel 9 ikke. Dette til trods for at OECD har mange interessenter. Det interessante på dette område er hvorvidt multinationale selskaber skal kompensere for en omstrukturering, set ud fra et samfundsperspektiv.

Diskussionen vil sandsynligvis være endeløs, da der findes mange holdninger på området. I sammenhæng kan man dog for det multinationale selskabs side vurderes, hvilket eftermæle eller ry de ønsker sig. Dette i forhold til eksempelvis et lokaleområde, som har mistet arbejdspladser, grundet en omstrukturering. Milton Friedman har med sine ord: "*the business of business is business*" sagt, at det multinationale selskab gennem sit virke i et land dermed har bidraget til vækst og arbejdspladser. Dermed bør den ikke yderligere kompensere samfundet i forbindelse med en omstrukturering.

Corporate Social Responsibility (CSR) indeholder på nuværende tidspunkt ingen aspekter omhandlende transfer pricing. Derfor kan det være svært at drage nogle paralleller. Det kan dog argumenteres for at CSR kan anvendes i forbindelse med vurderingen af, om der bør ske en kompensation, i forbindelse med samfundsmæssige konsekvenser af en omstrukturering.

Ikke nok med spørgsmålet om hvorvidt der bør foretages en kompensation, kan størrelsen også diskuteres. Ydermere kan der tales om den skal have monetær form eller foregå anderledes. Området er meget subjektivt. Derfor har OECD sandsynligvis ikke valgt at behandle emnet. Dette har vi stor forståelse for. Der kan være stor forskel fra land til land, i forhold til hvad der er kutyme i sådanne situationer.

Overordnet set mener vi at OECD med fordel kunne have kommet rigtig mange problematikker i forkøbet med en begrebsafklaring. Der er alt for mange essentielle begreber og formuleringer, som ikke er defineret og det skaber uklarhed på området. Disse retningslinjer åbner op for mange forskellige fortolkninger, som må anses at skabe konflikter mellem skattemyndigheder og multinationale selskaber. Det paradoksale er dog at det samtidig er disse manglende definitioner, som skaber muligheder for skattemyndighederne og de multinationale selskaber. Det er

skattemyndighedernes fortolkning af disse begreber, som kan være med til at skabe et aggressivt eller konservativt skatteklima. Det er op til den enkelte skattemyndighed at fortolke på begreberne og derved hvor attraktivt deres hjemmemarked er for de multinationale selskaber. Det er altså kapitlets svagheder der gør det stærkt. Diskussionen omkring CSR og transfer pricing er uhyre interessant. Der ligger mange muligheder deri, men endnu flere problemer. Tankegangen er nem at følge, men de praktiske implikationer er enorme.

Vi ser med glæde på at OECD har fokus på problematikkerne omkring de immaterielle aktiver. Lige præcis dette emner kan give store problemer, især i forbindelse med værdiansættelsen. Det er derfor glædeligt, at en guideline på området er på vej. Derudover synes vi at et større fokus på exitbeskatning kunne være ønskværdigt. Det er et forholdsvist nyt område, som fokus vil være fremadrettet. Derfor være godt hvis OECD tog stilling til det.

8.0 Perspektivering

Dette speciale har taget udgangspunkt i kapitel 9 af OECD's guideline; Transfer Pricing Guideline for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Dette kapitel tager fat på transfer pricing problematikker ved multinationale selskabers omstruktureringer. Specialet har herved taget fat på en guideline, som ikke er blevet diskuteret meget indenfor de akademiske kredse endnu. Vi håber at være med til at sætte fokus på kapitlet og dets implikationer for både skattemyndigheder og multinationale selskaber. Dette speciale skal anses som indledning til en større og mere detaljeret diskussion omkring kapitel 9 og dets implikationer. Vi har med fuldt overlæg valgt ikke at gå i dybden med hver enkelt paragraf, for netop at få denne overordnede konceptuelle diskussion i gang. Vi håber med dette bidrag at være med til at åbne diskussionen inden for dette felt. Vi anser det som en nødvendighed, at dette kapitel bliver gransket nærmere og yderligere forskning på området er påkrævet.

Vi mener at multinationale selskaber, der står overfor en omstrukturering, bør overveje at indlede et samarbejde med skattemyndighederne. Reglerne på området er fyldt med fortolknings spørgsmål og de multinationale selskaber vil derfor komme tvivlsspørgsmål i forkøbet, gennem et udvidet samarbejde. En omstrukturering af et multinationalt selskab

involverer per definition flere skattemyndigheder. Her mener vi at et samarbejde med en aggressiv skattemyndighed vil være at foretrække for de multinationale selskaber. Denne tankegang går på at mindre kompetente eller aggressive skattemyndigheder vil have svært ved at udfordre transaktioner, lavet i samarbejde med en aggressiv skattemyndighed. Vi er af den overbevisning at kapitel 9 vil blive behandlet meget subjektivt fra skattemyndighed til skattemyndighed. Det vil derfor gavne de multinationale selskaber, at indlede et samarbejde i den indledende fase for omstruktureringen. Jo tidligere skattemyndighederne bliver involveret, jo færre komplikationer og konflikter vil opstå undervejs i omstruktureringen og efter. Dette er selvfølgelig under det forbehold, at de forskellige skattemyndigheder tolker kapitlet ens.

9.0 Litteraturliste

Artikler og bøger

Bang, K.E., Frølich, H., Hassing, J., Poulsen, M., Størup, G., (2010), Virksomhedsøkonomi A 1, *Systime A/S*, kap. 5,1.

Becker, J., Rosemann, M., Uthmann, C.V., (2000), Guidelines of business process modeling, *Computer science*, vol. 18, s. 35-36.

Behn, R. D., (2003), Why measure performance? Different purpose require different measures, *Public administration review*, vol. 63, no. 5., s. 8-13.

Bullen, A., (2011), Arm's Length Transaction Structures - Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing, *IBFD*, s. 485-490

Cravens, K., (1997), Examining the role of transfer pricing as a strategy for multinational firms, *Internationale business review*, vol. 6, no. 2

Elling, J. O., (2008), Finansiell Rapportering – Teori og regulering, *Gjellerup 1. udgave*, kapitel 6

Kaplan, S., Garrick, J.B., (1980), On the quantitative definition of risk, *Risk analysis*, vol. 1, no. 1, s. 1-2.

Miller, K. D., (1992), A framework for integrated risk management in international business, *Journal of international business studies*, vol. 23, no. 2, s. 311-331.

Porter, M.E., (1985), Competitive advantage creating and sustaining superior performance, *The free press*, s. 33-50.

Taufen, S., (1995), Transfer pricing affects catches and sales prices, *The AIFMA leader*, s. 1.

OECD (2010), Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations, *OECD*, s. 51-52, 235-301

Owens, J., (2009), OECD Conference: Transfer pricing and treaties in changing world, *Paris*, s. 1-4.

Hjemmesider

www.fasb.com

www.ifrs.com

<http://www.highbeam.com/doc/1G1-7322170.html> - White paper

http://www.oecd.org/document/34/0,3746,en_2649_33753_1915490_1_1_1_1,00.html