

Kildelandsbeskatning af embedded royalties i aftaler mellem uafhængige parter

Withholding taxation of embedded royalties in agreements between unrelated parties

HANS GUSTAV HAVE (20193289) OG JONATHAN HAMMELSVANG TROELSGAARD (20194222)
VEJLEDER: JAKOB BUNDGAARD

Indholdsfortegnelse

Abstract.....	1
Liste over forkortelser.....	3
1 – Introduktion.....	4
1.1 Indledning	4
1.2 Problemformulering.....	5
1.3 Opbygning og afgrænsning.....	5
2 - Metode	5
2.1 Metodevalg	5
2.2 Retskilder	6
2.3 National lovgivning	6
2.4 International lovgivning.....	6
2.5 Fortolkning.....	8
2.6 Komparativ ret	9
3 – Royaltybegrebet	11
3.1 National ret.....	11
3.1.1 Definition af royaltybegrebet	11
3.1.2 Indeholdelse af kildeskat.....	12
3.2 International ret.....	13
3.2.1 Definition af royaltybegrebet i modeloverenskomsten	13
3.2.2 Anvendelsesområdet for modeloverenskomstens artikel 12.....	15
3.2.3 EU's rente-/ royaltydirektiv	20
3.3 Sammenfatning af det nationale og internationale royaltybegreb.....	21
3.4 Embedded royaltybegreb	22
4 - Skatteretlig omkvalifikation	25
4.1 Realitetsgrundsætningen	26
5 – Dansk skattemæssig behandling af embedded royalties	27
5.1 Blandede kontrakter	28
5.1.1 PepsiCo-dommen	29
5.1.2. PepsiCo-dommen i et dansk perspektiv	35
5.1.3 Den spanske drikkevareafgørelse.....	37
5.1.4 Den spanske drikkevareafgørelse i et dansk perspektiv.....	38
5.1.5 Sammenfatning af blandede kontrakter	39
5.2 Af underordnet og stort set ubetydelig karakter.....	40
5.2.1 Skatterådets bindende svar	40
5.2.2 Fortolkning af det bindende svar	41
5.2.3 Hyatt-dommen	42

5.2.4 Hyatt-dommen i et dansk perspektiv.....	44
5.2.5 Sheraton-afgørelsen	46
5.2.6 Sheraton-afgørelsen i et dansk perspektiv.....	47
5.2.7 Sammenfatning af underordnet og stort set ubetydelig karakter.....	48
5.3 Anvendelseskriteriet	48
5.3.1 Eneret	49
5.3.2 Varesalg	50
5.3.3 Sammenfatning af anvendelseskriteriet	51
6 – GAAR-bestemmelse	51
6.1 - Omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3	51
6.1.1 Den australske GAAR-bestemmelse.....	53
6.1.2 Arrangement eller en serie af arrangementer	54
6.1.3 Tilrettelagt med det hovedformål eller et af hovedformålene.....	55
6.1.4 At opnå en skattefordel	58
6.1.5 Som virker mod formålet og hensigten med skatteretten.....	61
6.1.6 Som ikke er reelt under hensyntagen til alle de relevante forhold	63
6.1.7 Sammenfatning af omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3	66
7 – Konklusion.....	66
Bibliografi.....	69

Abstract

This thesis is an analysis of the taxation of embedded royalties in agreements between unrelated parties according to Danish law restricted by Danish double taxation treaties. The term embedded royalties has for the purpose of this thesis been defined as payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use the intangible assets or information covered by section 65 C of the Danish Withholding Tax Act.

To answer the research question the legal dogmatic method has been used to systematically organize and establish legal principles and interpreting legal sources. Comparative analysis has been used to examine how legal systems in other countries have interpreted similar rules, including the OECD Model Tax Convention 2017 article 12 and the commentaries of the Model Tax Convention.

This thesis concluded that in agreements containing both tangible goods or services as well as intangible rights, a reasonable allocation of the consideration should be made for all parts of the agreement, and then each part should undergo the appropriate tax treatment. This means that embedded royalties are taxable according to section 65 C of the Danish Withholding Tax Act. However, there are several exceptions.

Denmark will waive or reduce the royalty withholding tax in accordance with the applicable double taxation agreement. Denmark cannot impose royalty withholding tax on embedded royalties if the applicable double taxation agreement does not allow source taxation. Furthermore, Denmark cannot impose withholding tax in transactions between related entities covered by the EU's Interest and Royalties Directive, because the directive only permits residence-based taxation of royalties.

If an intangible right is only of an ancillary and largely unimportant character compared to a principal part of the agreement, then the consideration for the intangible right must be taxed like the principal part of the agreement.

Some form of control over an intangible asset must be granted before it can be considered as "use of or right to use" in accordance with section 65 C of the Danish Withholding Tax Act. This means that royalty withholding tax cannot be imposed on reselling of finished tangible goods, even if there is a valuable trademark associated with the goods, and the payment therefore can be considered an embedded royalty.

The thesis further investigates whether embedded royalties can be taxed under the Danish General Anti-Avoidance Rule provision in section 3 of the Danish Tax Assessment Act. In case of a transaction where the lack of consideration for an intangible right leads to the lack of the imposition of a royalty withholding tax, when the intangible right is not of an ancillary and largely unimportant character and the criteria of "use" is met, it is assessed that the transaction is an artificial arrangement, which is

made with a principal purpose of obtaining a tax benefit, which is contrary to the purpose and intent of the law and is not real when considering all the relevant circumstances. This thesis concludes that agreements including embedded royalties are thus able to be changed in accordance with the Danish Tax Assessment Act section 3.

Liste over forkortelser

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
Art.	Artikel
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CAI	Cargolux Airlines International
CEAT	Central Economic Administrative Tribunal
CFC	Controlled Financial Company
CMSPL	Concentrate Manufacturing (Singapore) Pte Ltd
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
DJV	Den Juridiske Vejledning
DPT	Diverted Profits Tax
EBA	Exclusive Bottling Agreements
FIS	Fees for included services
GAAR	General Anti-Abuse Rule
HOSA-aftalen	Hotel Operation Services Agreement
ITAT	Income Tax Appellate Tribunal
ITAA	International Tax Agreements Act
KSL	Kildeskatteloven
LL	Ligningsloven
PBS	PepsiCo Beverage Singapore Pty Ltd
PepsiCo	PepsiCo, Inc
SAPL	Schweppes Australia Pty Ltd
SEL	Selskabsskatteloven
SOSA-aftalerne	Strategic Oversight Services Agreements
SVC	Stokely-Van Camp
TA	Taxpayer Alert
TNMM	Transactional Net Margin Method

1 – Introduktion

1.1 Indledning

De seneste årtier har Danmark set en markant stigning i international handel, og det skønnes, at mere end en tredjedel af Danmarks BNP-vækst fra 1992-2018 kan tilskrives øget international handel.¹

Værdien af store internationale brands har også de seneste årtier set en stor stigning.² Denne kombination betyder, at udnyttelse af immaterielle aktiver på tværs af landegrænser har fået stadig større betydning for såvel virksomheder som skattemyndigheder.

Det internationale selskabsskattelandskab er samtidigt blevet mere komplekst i takt med, at lande indfører flere og flere skatteregler. Samtidigt har der aldrig været mere fokus på koordinerede internationale tiltag for at bekæmpe skatteunddragelse bl.a. i organisationer som OECD og EU.³

Skattemyndigheder i flere lande har den seneste tid haft fokus på royaltybeskatningen af ydelser og varesalg, som har en iboende IP-komponent. Udgangspunktet i skatteretlig kvalifikation har ellers hidtil været, at der i ordinære transaktioner ikke skal foretages en udskillelse af immaterielle aktiver, som udnyttes i forbindelse med aftalen. Dette udgangspunkt bliver imidlertid udfordret i flere lande.⁴

Et af de seneste eksempler på denne problemstilling er den australske dom af 30. november 2023 vedrørende PepsiCo, hvor sagens kerne var, hvorvidt to aftaler, mellem uafhængige parter, der ikke indeholdt en royaltybetaling for en licens til anvendelse af immaterielle aktiver, alligevel kunne kilde-landsbeskattes.⁵

I Danmark er der endnu ikke truffet nogle afgørelser, der giver et klart præjudikat for denne problemstilling. Der hersker derfor tvivl om retstillingen i forhold til embedded royalties. Der mangler således klarhed om retstilstanden, da det ikke vides hvordan de danske skattemyndigheder og domstole forholder sig til spørgsmålet om embedded royalties. Dette er problematisk for private virksomheder, der indgår grænseoverskridende aftaler, som involverer immaterielle rettigheder, og som ikke ved, hvordan Danmark skattemæssigt vil behandle netop disse aftaler.

Formålet med denne afhandling er således, i manglen på dansk retspraksis, at forsøge at afklare retstillingen vedrørende beskatning af embedded royalties. Denne afhandling vil derfor undersøge begrebet embedded royalties i en skattemæssig kontekst og samtidigt give et bud på, om der er hjemmel i dansk ret til at beskatte netop embedded royalties.

¹ (Erhvervsstyrelsen, 2018)

² (Haigh, 2021)

³ (PwC, 2022)

⁴ (Bundgaard, Taxo.2024.02, 2024)

⁵ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023)

På baggrund af ovenstående overvejelser er afhandlingen udarbejdet ud fra følgende problemformulering.

1.2 Problemformulering

Hvad er grundlaget for at kildelandsbeskatte embedded royalties i aftaler mellem uafhængige parter efter dansk ret og med de begrænsninger, der følger af danske dobbeltbeskatningsoverenskomster?

1.3 Opbygning og afgrænsning

For at besvare afhandlingens problemformulering, vil definitionen af royaltybegrebet indledningsvist blive fastlagt. Dette gøres med afsæt i kildeskatteloven⁶ og i OECD's modeloverenskomst af 2017⁷. Herefter vil begrebet embedded royalties blive defineret til brug i afhandlingen. International ret vil blive inddraget som fortolkningsbidrag igennem en komparativ analyse.

Det vil derefter blive undersøgt, i hvilket omfang embedded royalties i aftaler mellem uafhængige parter kan beskattes efter dansk ret og med de begrænsninger, som følger af danske dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Til sidst vil det undersøges, hvorvidt embedded royalties kan beskattes efter reglerne i omgåelsesklausulen i ligningsloven § 3⁸.

Afhandlingen begrænses til kun at se på OECD's modeloverenskomst af 2017 og ikke andre typer af dobbeltbeskatningsoverenskomster såsom FN's modeloverenskomst. Det begrundes i, at der ved forhandling af dobbeltbeskatningsoverenskomster tages udgangspunkt i OECD's moldeoverenskomst⁹.

Denne afhandling har ikke til hensigt at undersøge beskatningen af embedded royalties i kontrollerede transaktioner, men derimod i transaktioner mellem uafhængige parter. Dermed vil transfer pricing problemstillinger ikke blive behandlet.

2 - Metode

I dette afsnit vil afhandlingens metodiske grundlag for besvarelse af problemformuleringen fastlægges.

2.1 Metodevalg

Til besvarelse af afhandlingens problemformulering vil den retsdogmatiske metode anvendes. Formålet med den retsdogmatiske metode er at fastlægge retstilstanden. Dette gøres ved at systematisere og

⁶ (Kildeskatteloven, 2023)

⁷ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017)

⁸ (Ligningsloven, 2023)

⁹ (Bolander, Madsen, Laursen, & Langhave, s. 1164)

beskrive de gældende retsregler.¹⁰

2.2 Retskilder

Til besvarelse af problemformuleringen vil der blive anvendt forskellige retskilder. Retskilder er hierarkisk opdelt, hvor de skrevne retskilder vægter højest.¹¹ Dette tages der højde for i afhandlingen. Både skrevne, såvel som uskrevne retskilder vil blive anvendt. Skrevne retskilder udgør love og bekendtgørelser mv., mens de uskrevne retskilder er domspraksis og administrativ praksis mv. Hertil anvendes Den Juridiske Vejledning (herefter DJV).¹² DJV er ikke juridisk bindende for domstolene og Landsskatteretten. Retskildeværdien af DJV svarer til cirkulærer.¹³ DJV har dog stadig en betydelig retskildeværdi, da den giver udtryk for skatteforvaltningens opfattelse af, hvad der er gældende ret. DJV er i udgangspunktet bindende for skatteforvaltningens medarbejdere.¹⁴ Skattestyrelsen kan også udstede bindende svar. En skatteyder kan bruge dette svar til at indstille sig på de skattemæssige konsekvenser af en transaktion. Skatteforvaltningen er i udgangspunktet bundet af svaret i forhold til spørgeren i fem år. Hvis der sker en praksisændring, kan skatteyderen stadig støtte ret på det bindende svar.¹⁵ Afhandlingen er opmærksom på, at et bindende svar kun er udtryk for skatterådets opfattelse, og at det derfor har en begrænset retskildeværdi.

2.3 National lovgivning

Det følger af grundlovens § 43, at ingen skat kan pålægges uden hjemmel. Grundloven er øverst i hierarkiet, og derfor kan en international aftale, som fordeler beskatningsretten til Danmark ikke være udslagsgivende, medmindre der er en intern hjemmel. Dette kaldes også den gyldne regel.¹⁶ Eftersom afhandlingen behandler en problemstilling i grænseoverskridende transaktioner, er det vigtigt at have øje for, om der er intern hjemmel til beskatning, før en dobbeltbeskatningsoverenskomst (herefter DBO) anvendes. De relevante danske love vedrørende dansk beskatningsret er kildeskatteloven (herefter KSL) og selskabsskatteloven¹⁷ (herefter SEL).

2.4 International lovgivning

Ved international skatteret reguleres forholdet mellem de enkelte stater gennem aftaler. Fordeling af beskatningsretten er ofte reguleret gennem DBO'er, som oftest er bilaterale, men de kan også være

¹⁰ (Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 2014, s. 190 og 203)

¹¹ (Bolander, Madsen, Laursen, & Langhave, s. 107)

¹² (Skattestyrelsen, u.d.), Den Juridiske Vejledning 2024-1

¹³ (Bolander, Madsen, Laursen, & Langhave, s. 115)

¹⁴ (Skattestyrelsen, u.d.), Bindende virkning

¹⁵ (Bolander, Madsen, Laursen, & Langhave, s. 93-96)

¹⁶ (Bolander, Madsen, Laursen, & Langhave, s. 1143)

¹⁷ (Selskabsskatteloven, 2022)

multilaterale som DBO-Norden.¹⁸ Formålet med indgåelse af sådanne aftaler er at undgå dobbeltbeskatning af indkomst, formue og gaver, da det ellers ville kunne skade den internationale samhandel.¹⁹

For at en DBO har virkning, skal det være indskrevet i lov. Det er forskelligt fra land til land, hvordan det gøres. I Danmark er det regeringen, der efter grundlovens § 19 har kompetencen til at indgå traktater på Danmarks vegne.²⁰

DBO'er regulerer de situationer, hvor den samme indkomst bliver beskattet i flere lande. Denne situation opstår, når både kildelandet og domicillandet har intern hjemmel til at beskatte. Dobbeltbeskatning undgås herefter ved, at et af landene lempes eller frafalder beskatningsretten.²¹

Som skrevet ovenfor udgør en DBO ikke hjemmel til beskatning i sig selv, da der er krav om intern hjemmel, jf. grundlovens § 43. Det har den betydning, at en DBO ikke kan udvide den nationale beskatningsret, men derimod kun kan begrænse den. Metoden til at løse internationale skatteretlige problemstillinger er derfor først at konstatere, om den nationale hjemmel giver en beskatningsret for derefter at finde den relevante bestemmelse i DBO'en for at afgøre, om der er domicil- og/eller kildelandsbeskatning.²²

Selvom alle DBO'er bliver individuelt forhandlet, anvender Danmark ofte OECD's modeloverenskomst af 2017 (herefter modeloverenskomsten) som udgangspunktet for forhandlingen af DBO'er. Derfor vil de fleste DBO'er følge samme struktur og have lignende indhold som modeloverenskomsten.²³ DBO'erne bliver dog ofte forhandlet og tilpasset, således at de passer til de kontraherende parter interesser.²⁴ Dette er særligt vigtigt i forhold til royaltybetalinger, da udgangspunktet i modeloverenskomstens art. 12 er, at der ikke foreligger kildelandsbeskatning.²⁵ Det er i flere DBO'er alligevel aftalt, at kildelandet har ret til at beskatte en del af royaltybetalingerne.²⁶

OECD har desuden udarbejdet kommentarer til de enkelte bestemmelser i modeloverenskomsten. Disse kommentarer er udarbejdet i samarbejde med medlemslandene, dog uden involvering fra Folketinget. Dette betyder, at kommentarerne har retskildeværdi som anden administrativ regulering, såsom cirkulærer og DJV, og at de derfor ikke er bindende overfor Landsskatteretten og domstolene. Dog har kommentarerne betydning for skatteforvaltningen, da de er fortolkningsbidrag til modeloverenskomsten. Kommentarerne spiller ofte en afgørende rolle i afgørelser og er derfor til trods for, at de

¹⁸ (Bolander, Madsen, Laursen, & Langhave, s. 1162) f. og (Schmidt, Tell, & Weber, s. 23)3

¹⁹ (Michaelsen, Dalgas, & Laursen, 2017, s. 42)

²⁰ (Michaelsen, Dalgas, & Laursen, 2017, s. 63)

²¹ (Skattestyrelsen, u.d.) C.F.8.1.1 Dobbeltbeskatning

²² (Bolander, Madsen, Laursen, & Langhave, s. 1163-1164) og (Michaelsen, Dalgas, & Laursen, 2017, s. 68)

²³ (Bolander, Madsen, Laursen, & Langhave, s. 1164)

²⁴ (Skattestyrelsen, u.d.), C.F.8.1.1 Dobbeltbeskatning

²⁵ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017) art. 12

²⁶ (Skattestyrelsen, u.d.) C.F.8.2.2.12.3 Beskatningsretten til royalties

ikke er bindende for domstolene, stadig et vigtigt fortolkningsbidrag.²⁷

Desuden er BEPS-projektet (Base Erosion and Profit Shifting) oprettet med henblik på at forhindre virksomheder, der opererer i flere lande, i at udnytte landenes forskellige skatteregler. BEPS-projektet udgør en række anbefalinger om implementering af initiativer til bekæmpelse af skatteunddragelse.²⁸

2.5 Fortolkning

Til fortolkning vil den præciserende fortolkningsmetode blive anvendt. Metoden indebærer fastlæggelse af en regels anvendelsesområde inden for en naturlig, sproglig og sædvanlig forståelse af reglen. Den præciserende fortolkning anvendes, da dette er udgangspunktet i dansk ret, da det kræver en særlig begrundelse at udvide eller indskrænke bestemmelsens anvendelsesområde.²⁹

Det forholder sig dog noget anderledes for fortolkning af DBO'er. Det skyldes, at en DBO har karakter af en folkeretlig aftale. En sådan aftale fortolkes ud fra folkeretlige fortolkningsprincipper, som er kodificeret i Wienerkonventionen³⁰. I konventionen sondres der mellem primære og supplerende fortolkningsmidler. Dette er gjort i art. 31 og 32. Hovedvægten skal efter art. 31 tillægges en ordlydsfortolkning, altså en objektiv fortolkning. Ved en sådan fortolkning inddrages den sammenhæng udtrykket indgår i, og desuden skal der tages hensyn til traktatens formål og hensigt. Supplerende fortolkningsmidler omfatter efter art. 32 forarbejderne til traktaten og omstændighederne ved indgåelse af traktaten.³¹ Wienertraktaten er derfor vigtig, når et begreb i en DBO mangler præcisering, således at fortolkning af begrebet sker i overensstemmelse med traktatens fortolkningsmidler.

Modeloverenskomsten indeholder desuden også sin egen fortolkningsbestemmelse i art. 3, stk. 1. Den foreskriver, at *"Medmindre andet fremgår af sammenhængen, har i denne overenskomst følgende udtryk den nedenfor angivne betydning"*.³² Efter artiklens stk. 2 følger det, at såfremt et begreb ikke er defineret i stk. 1, skal det tillægges den betydning, det har i anvendelsesstaten. Dette er dog modificeret, såfremt andet følger af sammenhængen eller er aftalt i medfør af art. 25 - gensidig aftaleprocedure, jf. modeloverenskomstens art. 3, stk. 2.³³ Når fortolkning ikke kan ske efter art. 3 eller 25, skal Wienerkonventionen anvendes.

I afhandlingen anvendes autonom fortolkning. Det vil sige, at modeloverenskomstens og DBO'erne fortolkes uden at inddrage intern ret.³⁴

Som nævnt har OECD udarbejdet kommentarer til modeloverenskomsten, der kan anvendes som et

²⁷ (Skattestyrelsen, u.d.), C.F.8.1.1 Dobbeltbeskatning og (Michaelsen, Dalgas, & Laursen, 2017, s. 78 og 82)

²⁸ (OECD, 2023)

²⁹ (Munk-Hansen, Den Juridiske Løsning, 2017)

³⁰ (Wienerkonventionen)

³¹ (Schmidt, Tell, & Weber, s. 25)

³² (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), art 3

³³ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), art 3

³⁴ (Schmidt, Tell, & Weber, s. 27)

fortolkningsbidrag. Det er vigtigt at iagttage, om afgørelsesmyndighederne anvender statisk eller dynamisk fortolkning, da det har betydning for, hvilke kommentarer der kan anvendes.

Ved statisk fortolkning forstås, at kun kommentarer knyttet til den modeloverenskomst DBO'en er udarbejdet ud fra kan benyttes som fortolkningsbidrag og ikke kommentarer til efterfølgende modeloverenskomster.³⁵

Ved en dynamisk fortolkning vil der være mulighed for at anvende senere versioner af modeloverenskomsten med dertil knyttede kommentarer. Højesteret har før gjort brug af dynamisk fortolkning i TfS 1993, 7., hvor efterfølgende kommentarer blev anvendt i en tvist mellem Danmark og USA om DBO'en indgået i 1948.³⁶ Dommen udgør ikke et grundlag for, at kommentarer fra nyere modeloverenskomster uden videre kan anvendes til at fortolke en ældre overenskomst. Dommen viser derimod, at såfremt fortolkningen kan tillægges høj argumentatorisk værdi, og kommentarerne blot er en præcisering af retstilstanden, kan de alligevel anvendes. Udgangspunktet må dog stadig være, at dobbeltbeskatningsoverenskomsterne er underlagt en statisk fortolkning, og dermed anvendes kommentarer som udgangspunkt kun fra den modeloverenskomst, dobbeltbeskatningsoverenskomsterne er udarbejdet ud fra. Såfremt der er tale om en decideret ændring af en bestemmelse i modeloverenskomsten, vil der formentlig ikke kunne foretages en dynamisk fortolkning.³⁷

I afhandlingen vil modeloverenskomsten af 2017 med dertilhørende kommentarer anvendes til definition af royaltybegrebet i international ret. Dette gøres, da ordlyden i art. 12, stk. 2 ikke har ændret sig væsentligt siden indførslen af den første modeloverenskomst i 1963, og de nyere kommentarer derfor må anses for at udgøre præcisering af allerede gældende ret. Aftaler indgået før og efter 2017 kan derfor fortolkes ud fra de nyeste kommentarer, jf. TfS 1993, 7., såfremt den enkelte DBO's ordlyd ikke afviger væsentligt fra modeloverenskomstens.

2.6 Komparativ ret

Komparativ ret vil blive anvendt som inspirationskilde til forståelse af den gældende danske ret. Komparativ ret er sammenlignede retsvidenskab mellem dansk ret og andre landes ret. Udenlandsk ret kan ikke i sig selv betragtes som en retskilde og har derfor ikke direkte betydning for fortolkningen af dansk ret. Dog kan sammenligning af dansk og udenlandsk ret bruges som inspiration til at forstå anvendelse af retsprincipper i dansk ret.³⁸ Der kan altså laves en de lege ferenda (hvordan retsstillingen bør være) argumentation, hvor den komparative metode også er anvendt til lave forslag til lovreformer.³⁹ Formålet med komparativ ret er at finde frem til, hvordan andre landes nationale regler søger at

³⁵ (Schmidt, Tell, & Weber, s. 27)

³⁶ (Højesterets dom af 18. december 1992, j.nr. I 323/1991., 1992)

³⁷ (Schmidt, Tell, & Weber, s. 26-27)

³⁸ (Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 2014, s. 104-105)

³⁹ (Retskilder og retsteorier, 2017, s. 258)

løse samme juridiske problemstilling.⁴⁰

Komparativ ret kan bl.a. anvendes til at få en dybere forståelse for de problemer, der er i den nationale ret (i anvenderens land), hvor der tages inspiration i, hvordan et lands retsregler anvendes for at komme frem til det korrekte svar på spørgsmålet om, hvad der er gældende ret i anvenderens land.⁴¹

Der findes flere former for komparativ ret, bl.a. den såkaldte länderberichte-metode og den analytiske metode. Ved anvendelse af länderberichte-metoden ses der på retsstillingen i et sammenligneligt land, der oprides i kort form. Metoden anvendes oftest ved forarbejder, men kritiseres for at den fremtræder som overfladisk og ikke giver mulighed for reel sammenholdelse af, hvad der ligger bag den samlede ordning i et andet lands retsforfatning. Den analytiske metode giver mulighed for dybere belysning af færre landes retstilling indenfor et område.⁴² Endvidere findes den funktionelle metode, hvor funktionen og retsprincipperne af den retsregel, der skal underlægges sammenligning, undersøges.⁴³

Den komparative analyse kan være relevant, dersom der findes nationale regler, som kan sammenlignes med andre landes retsregler. Derfor kan det være relevant at anvende den funktionelle metode. Ved anvendelse af den funktionelle metode er der en antagelse om, at domstolene i lande med beslægtet social struktur og økonomi vil komme frem til den samme løsning ved behandling af et retligt problem. Der er altså en formodning om lighed i resultat.⁴⁴

Teorien om at finde frem til, hvad national gældende ret er gennem udenlandsk ret, har været anvendt som selvstændig retsvidenskab siden 1822 med A.S. Ørsted's udgivelse af Haandbogen. Han fremhævede bl.a., at dersom der er ensartethed i lovgivningen, betyder det ensartethed i fortolkningen. I den moderne juridiske litteratur benyttes fremmed ret bl.a. til at lave de lege ferenda, der eksempelvis kan anvendes til at ændre domstolspraksis. Det benyttes dog også til at underbygge beskrivelsen af de lege lata (gældende ret). Udenlandsk ret er dog ikke bindende i Danmark og derfor er sondringen mellem, hvornår der anvendes de lege ferenda og de lege lata svær.⁴⁵

Det er ikke almindeligt, at domstolene anvender fremmed ret, der er af fremmed oprindelse, dvs. ikke baseret på enhedsret (internationale konventioner, uniforme love, modellove og EU-retten). Dog findes der en dom, hvor der muligvis er anvendt fremmed ret af fremmed oprindelse i U 1981.300 HD. Dommen handlede om aftalelovens⁴⁶ § 36. Det fremgik ikke af dommens præmisser, at Højesteret havde anvendt fremmed ret, men af kommentarerne (U 1981 B 298⁴⁷) til dommen havde Mogens

⁴⁰ (Retskilder og retsteorier, 2017, s. 30)

⁴¹ (Retskilder og retsteorier, 2017, s. 257)

⁴² (Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 2014, s. 104-105)

⁴³ (Evald, 2016, s. 178)

⁴⁴ (Evald, 2016, s. 178)

⁴⁵ (Evald, 2016, s. 183)

⁴⁶ (Aftaleloven, 2016)

⁴⁷ (U.f.R. 1981.300. Højesterets dom af 24. marts 1981. Pant - Uskadelig ændring af en ret, fordi den udnyttes chikanøst., 1981)

Munch (Højesteretsdommer) fremhævet fremmed ret⁴⁸, men uden angivelse af den betydning, det har haft på domsafsigelsen.⁴⁹ Det er derfor ikke entydigt, om fremmed ret anvendes direkte til løsning af juridiske problemstillinger, men det kan anvendes som en inspirationskilde til at fastslå, hvad der allerede er gældende ret.

I afhandlingen vil komparativ ret blive anvendt til at finde frem til, hvad der er gældende dansk ret (de lege lata). Det vil blive gjort ved at hente inspiration fra fremmed ret, der har haft problemstillinger om kildelandsbeskatning af ”embedded royalties”. Dette gøres gennem den funktionelle metode om en formodning om lighed i resultat ved lignende retsregler og retsprincipper. Der vil blive anvendt fremmed ret, der er lavet ud fra enhedsret. Dette vil gøres igennem en analyse af, hvordan royaltybestemmelser i DBO'er anvendes i udenlandsk praksis.

3 – Royaltybegrebet

I dette afsnit vil royaltybegrebet blive fastlagt, både i national og international ret. Den skattemæssige behandling af royalties vil herefter blive gennemgået. Afslutningsvist vil embedded royalties blive defineret til brug for besvarelse af problemformuleringen.

3.1 National ret

Som beskrevet i afsnit 2.3 følger det af grundlovens § 43, den gyldne regel, at der ikke kan pålægges en skat uden hjemmel. Derfor skal det først fastlægges, hvad royaltybegrebet indebærer i dansk ret, før problemstillingen om fordeling af beskatningsretten kan behandles.

3.1.1 Definition af royaltybegrebet

Der findes i dansk ret ikke nogen selvstændig hjemmel, der definerer eller regulerer indkomstbeskatning af royaltybetalinger i aftaler, hvor begge parter er skattemæssigt hjemmehørende i Danmark, hvorefter de almindelige regler i statsskattelovens⁵⁰ §§ 4 og 6a finder anvendelse. For personer eller selskaber, som er begrænset skattepligtige til Danmark (KSL § 2 og SEL § 2), finder KSL § 65 C dog anvendelse.⁵¹

Royaltybegrebet er defineret i KSL § 65 C, stk. 4. Det fremgår, at en royalty udgør enhver betaling, *“der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende ethvert patent, varemærke, mønster eller model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller som vederlag for oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer”*.⁵²

Royaltybegrebet omfatter altså vederlag for udnyttelse af immaterielle rettigheder som defineret i

⁴⁸ Schweizisk og fransk ret

⁴⁹ (Evald, 2016, s. 181)

⁵⁰ (Statsskatteloven, 1922)

⁵¹ (Vestergaard-Jensen & Kusk, 2000)

⁵² (Kildeskatteloven, 2023) KSL § 65 C, stk. 4

KSL § 65 C, stk. 4, men ikke for afståelsen af disse.⁵³ Derfor er det vigtigt at sondre mellem en afståelse og en ydelse af en licens.⁵⁴

En afståelse af en licens indebærer en uigenkaldelig handling, hvor rettighedshaveren mister alle sine rettigheder over det pågældende immaterielle aktiv. En licensaftale indebærer derimod en situation, hvor licensgiveren overlader retten til at bruge/udnytte en immateriel rettighed til en eller flere licenstager(e) mod betaling i form af en royalty. Licensgiveren vil altså stadig have ejerskab og dermed fuld rådighed over det immaterielle aktiv udover eventuelle begrænsninger, som følger af licensaftalen. Dette kunne eksempelvis være geografiske begrænsninger.⁵⁵

Beskatningstidspunktet af en royaltybetaling vil være året, hvori denne erlægges, uanset om det er et fast årligt beløb eller en variabel royaltybetaling. Det skyldes, at der er tale om en brugsret og ikke en afståelse. Royaltybetalinger kan dermed sidestilles med leje eller leasingydelser og ikke med et afståelsesvederlag. Der kan ikke ske kapitalisering af licensbetalingen, som ville være tilfældet ved løbende betaling af et afståelsesvederlag. Det gælder også i tilfælde, hvor der er aftalt en minimumsroyalty for den periode, licensydelsen løber over. Beskatning sker dermed i det år, hvor betalingen indtægtsføres. Indtægtsføringen af en engangsbetaling kan være forskellig alt efter, hvad betalingen er for. Beløbet vil ofte ikke skulle indtægtsføres i indtægtsåret, men i stedet fordeles over udnyttelsesperioden, da det følger af de almindelige periodiseringsregler, at et beløb først skal indregnes, når der er erhvervet endeligt ret til betalingen. Udgangspunktet er, at retten til betalingen først forekommer på det tidspunkt, hvor licenstagere har haft adgang til licensens i det enkelte år. Beskatningstidspunktet af royaltybetalinger knyttet til en milepæl vil være året, hvori denne milepæl blev opnået.⁵⁶

3.1.2 Indeholdelse af kildeskat

Royalties beskattes efter KSL § 65 C, stk. 1 med 22 %, når enten personen, der modtager betalingerne, er omfattet af KSL § 2, stk. 1, nr. 8 eller af SEL § 2, stk. 1, litra g. Det gælder både ved løbende og engangsbetaling. Dog gælder denne hovedregel ikke, såfremt en royalty er knyttet til et fast driftssted beliggende her i landet. I det tilfælde skal royaltybetalingen indgå i opgørelsen af det faste driftsstedes overskud, der er omfattet af reglerne i SEL § 2, stk. 1, litra a, jf. SEL § 2, stk. litra g.⁵⁷

Det er den, der betaler for de immaterielle rettigheder omfattet af KSL § 65 C, stk. 4, der skal indeholde det skattepligtige beløb efter KSL § 65 C, stk. 1. Det følger endvidere af KSL § 65 C, stk. 2, at Told- og skatteforvaltningen kan fastsætte regler om, at indeholdelse af kildeskat skal ske med en lavere procentsats, når Danmark og det land, hvori modtageren af royaltybetalingen er hjemmehørende,

⁵³ (Skattestyrelsen, u.d.), C.D.8.10.9 Royalty

⁵⁴ (Vestergaard-Jensen & Kusk, 2000)

⁵⁵ (Vestergaard-Jensen & Kusk, 2000)

⁵⁶ (Vestergaard-Jensen & Kusk, 2000)

⁵⁷ (Skattestyrelsen, u.d.), C.D.8.10.9 Royalty

har indgået en DBO, hvor royalties enten ikke beskattes eller kun kan beskattes med en lavere pro-centsats end de i udgangspunktet 22 %.⁵⁸

Hvis kildeskatten bliver indeholdt med et for lavt beløb, følger det af KSL § 69, at personen, der har indeholdt det for lave beløb, er ansvarlig overfor det offentlige. Det gælder dog ikke, hvis der ikke er udvist forsømmelighed fra personens side efter iagttagelse af lovens bestemmelser.⁵⁹

3.2 International ret

Hvis den modtagende part af en royaltybetaling kan dokumentere at være skattemæssigt hjemmehørende i en anden stat, som Danmark har indgået DBO med, vil Danmark frafalde eller nedsætte indeholdelsen af royaltybeskatningen i overensstemmelse med reglerne i den enkelte DBO. Dette er betinget af, at den modtagende part er skattepligtig af royalties i denne anden stat.⁶⁰

3.2.1 Definition af royaltybegrebet i modeloverenskomsten

Royalties er i modeloverenskomstens art. 12, stk. 2 defineret som:

*”udbetalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende enhver ophavsret til et litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde, herunder spillefilm, samt patent, varemærke, mønster eller model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode af enhver art eller for oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer.”*⁶¹

Forskellen på definitionen af royalties i forhold til den danske definition i KSL § 65 C, stk. 4 er, at ophavsret til et litterært, kunstnerisk og videnskabeligt arbejde er omfattet af bestemmelsen i modeloverenskomstens art. 12, stk. 2. Det betyder, at royaltybegrebet i modeloverenskomstens art. 12, i modsætning til royaltybegrebet i KSL § 65 C, stk. 4, omfatter royalties for brugen af musik, spillefilm, video samt forfatterroyalties.⁶²

Det fremgår af OECD's kommentarer til modeloverenskomsten, at royalties i princippet er udlejning, f.eks. når en patentindehaver tillader en udnyttelse af sit patent mod betaling.⁶³ Det er uden betydning for definitionen af royalties, om rettighederne, som er nævnt i art. 12, stk. 2, er krævet registreret i et offentligt register.⁶⁴ Derudover finder bestemmelsen ikke anvendelse på betalinger, som på trods af at

⁵⁸ (Kildeskatteloven, 2023)

⁵⁹ (Kildeskatteloven, 2023)

⁶⁰ (Skattestyrelsen, u.d.), C.D.8.10.9 Royalty

⁶¹ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017) art. 12, stk. 2

⁶² (Skattestyrelsen, u.d.), C.D.8.10.9 Royalty

⁶³ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 1 til art. 12

⁶⁴ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 8 til art. 12

være betalinger for udnyttelse af en rettighed, foretages til en anden person, end den som ejer rettigheden eller retten til at udnytte den.⁶⁵

Overdragelse af den fulde ejendomsret til et formuegode, som ellers er omfattet af definitionen, er ikke omfattet af royaltybegrebet i modeloverenskomsten, da der ikke gives vederlag for anvendelsen eller retten til at anvende dette formuegode. Der kan dog være situationer, hvor en sondring mellem en reel overdragelse og en udnyttelse af et formuegode er vanskelig. Dette kunne eksempelvis være overdragelse af rettigheder i en tidsbegrænset periode eller inden for et geografisk afgrænset område, når sådanne overdragelser er udformet som et salg. I sådanne situationer skal den nationale lovgivning vedrørende immaterialret og afhændelse af rettigheder inddrages i fortolkningen af aftalen.⁶⁶

Det fremgår yderligere, at begrebet ”betaling”, som anvendes i definitionen, skal forstås meget bredt, og det omfatter enhver forpligtelse til at stille midler til rådighed for en kreditor i overensstemmelse med en indgået kontrakt eller sædvane.⁶⁷

Udgangspunktet i modeloverenskomsten er, at royalties udelukkende beskattes i domicillandet, altså det land hvor royaltyindehaveren har skattemæssigt hjemsted, jf. dennes art. 12, stk. 1. Dette udgangspunkt bliver imidlertid fraveget i en lang række DBO'er, hvor kildelandet, altså der hvor rettigheden bliver udnyttet, har en beskatningsret på en del af royaltybetalingen. Dette er blandt andet tilfældet, i de DBO'er Danmark har indgået med Australien, Kina og Indien, hvor kildelandet henholdsvis kan beskatte 10, 10⁶⁸ og 20 % af bruttobeløbet af royaltybetalingerne, mens resten beskattes i domicillandet.⁶⁹

Det fremgår af modeloverenskomstens art. 12, stk. 3, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, når:

*”Den retmæssige ejer af royalties, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, driver forretningsmæssig virksomhed i den anden kontraherende stat, hvorfra de nævnte royalties hidrører, gennem et dér beliggende fast driftssted, såfremt den rettighed eller ejendomsret, som ligger til grund for de nævnte royalties, har direkte forbindelse med det faste driftssted. I så fald finder bestemmelserne i art. 7 anvendelse.”*⁷⁰

Dette betyder, at royalties, der kan henføres til et fast driftssted, beskattes i kildelandet i modsætning til udgangspunktet i stk. 1, hvor det er domicillandet, der har beskatningsretten. For at en rettighed, som ligger til grund for den pågældende royalty, har direkte forbindelse med det faste driftssted, skal

⁶⁵ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 8.1 til art. 12

⁶⁶ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 8.2 til art. 12

⁶⁷ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 8.3 til art. 12

⁶⁸ I den dansk-kinesiske DBO beskattes royaltybetalinger specifikt for retten til anvendelse af industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr 10 procent af et ”justeret beløb” på 70 procent af bruttobeløbet.

⁶⁹ (Skattestyrelsen, u.d.), C.F.8.2.2.12.3 Beskatningsretten til royalties

⁷⁰ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), art. 12

det økonomiske ejerskab af rettigheden være allokeret til det faste driftssted.⁷¹

Økonomisk ejerskab betyder i denne forbindelse, at det faste driftssted skal have de fordele og risici, som er tilknyttet rettigheden, såsom retten til royalties og retten til afskrivninger og eventuelle værdistigninger eller værdinedgange.⁷²

En rettighed, som har en royaltyindtægt tilknyttet, kan kun overdrages til et fast driftssted, hvis der udøves forretningsmæssig virksomhed fra det faste driftssted, og når rettigheden har en direkte tilknytning til forretningsudøvelsen. Dette er for at undgå eventuel misbrug af reglerne ved at flytte rettigheden til et land med en lav royaltybeskatning. Sådanne transaktioner vil være forhindret af bestemmelserne i modeloverenskomstens art. 29 samt principperne i afsnittet ”Misbrug af overenskomsten” i OECD’s kommentarer til modeloverenskomstens art. 1.⁷³

Det fremgår af modeloverenskomstens art. 12, stk. 4, at:

*”Når en særlig forbindelse mellem den, der betaler, og den retmæssige ejer eller mellem disse og en tredje person har bevirket, at de erlagte royalties i betragtning af den anvendelse, rettighed eller oplysning, for hvilken de erlægges, overstiger det beløb, som ville være blevet aftalt mellem parterne, såfremt den nævnte forbindelse ikke havde foreligget, finder bestemmelserne i denne artikel alene anvendelse på det sidstnævnte beløb. I så fald skal den overskydende del af beløbet kunne beskattes i overensstemmelse med lovgivningen i hver af de kontraherende stater under behørig hensyntagen til de øvrige bestemmelser i denne overenskomst.”*⁷⁴

En ”særlig forbindelse” omfatter i denne sammenhæng, både parter som er beslægtede, men også situationer hvor der er interessesammenfald mellem modtager og yder af royaltybetalingen. Eksempelvis ved en fysisk eller juridisk person, som direkte eller indirekte kontrollerer betaleren igennem ejerskab eller lignende.⁷⁵

I tilfælde af at stk. 4 finder anvendelse, skal royaltybeløbet reguleres til det, som beløbet ville have været fastsat til, hvis ikke den særlige forbindelse forelå. Hvilken indkomstkategori den overskydende del af royaltybetalingen tilhører, bestemmes efter gældende national skattelovgivning, hvis ikke de kontraherende stater har taget stilling til det i den enkelte DBO.⁷⁶

3.2.2 Anvendelsesområdet for modeloverenskomstens artikel 12

I kommentarerne til modeloverenskomsten gives der flere eksempler på anvendelsesområdet for roy-

⁷¹ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 21.1 til art. 12

⁷² (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 21.1 til art. 12

⁷³ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 21 til art. 12

⁷⁴ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), art. 12, stk. 4

⁷⁵ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 23 og 24 til art. 12

⁷⁶ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 22 til art. 12

altybestemmelsen i art. 12. Disse eksempler giver en forståelse for, hvordan OECD anskuer anvendelsen og omfanget af royaltybegrebet.

3.2.2.1 Særligt om knowhow og blandede kontrakter

Udtrykket "royalties" omfatter betaling for industrielle, kommercielle og videnskabelige erfaringer, jf. modeloverenskomstens art. 12, stk. 2. Dette kaldes også knowhow. Knowhow er ikke patenterede oplysninger, som har kommerciel værdi, og som ikke falder under andre kategorier af intellektuel ejendomsret.⁷⁷

For at vurdere hvorvidt der er leveret knowhow, skal aftalen i sin helhed vurderes. Hvis aftalen omtaler betaling for industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer, og hvis aftalen forholder sig til hemmeligholdelse af disse oplysninger, vil det indikere, at der leveres knowhow. Yderligere hvis aftalen ikke forpligter leverandøren til at udføre andet arbejde i betydelig grad, vil aftalen have karakter af en betaling mod levering af knowhow.⁷⁸

Hvis aftalen derimod forpligter leverandøren i høj grad, og leverandøren i henhold til aftalen skal afholde større udgifter til eksempelvis løn, betaling af underleverandører mv., vil dette tale for, at der leveres en ydelse. Aftalen kan også forpligte leverandøren til at udnytte deres egen særlige viden eller ekspertise, men ikke indebære at denne viden eller ekspertise bliver overdraget eller delt. Dette må også anses som en ren ydelse.⁷⁹

Nogle eksempler på betalinger, som ikke skal anses som betaling mod levering af knowhow, men derimod levering af en ydelse, er eksempelvis betalinger for rent teknisk assistance, betalinger for udtalelse afgivet af ingeniører, advokater eller revisorer og betalinger for en liste af potentielle kunder, når denne liste er udarbejdet ud fra offentligt tilgængelig information.⁸⁰

Eksempler på betalinger, som skal anses for betaling mod levering af knowhow, er levering af oplysninger vedrørende computerprogrammering, når der leveres informationer om bagvedliggende ideer og principper om programmet såsom algoritmer, og når informationerne leveres med en betingelse om hemmeligholdelse, og at de er beskyttede forretningshemmeligheder.⁸¹ Yderligere vil levering af en liste over potentielle kunder være knowhow, når listen er fortrolig og udarbejdet af modtageren af betalingen i forbindelse med deres levering af en vare eller ydelse.⁸²

I nogle aftaler indgår der både en levering af en tjenesteydelse eller vare samt en udveksling af knowhow. Disse kontrakter kaldes blandede kontrakter (mixed contracts). Blandede kontrakter kan være

⁷⁷ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 11 til art. 12

⁷⁸ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 11.3 til art. 12

⁷⁹ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 11.3 til art. 12

⁸⁰ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 11.4 til art. 12

⁸¹ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 11.5 til art. 12

⁸² (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 11.4 til art. 12

svære at behandle i praksis, da der skal sondres mellem, hvad der vederlægges for selve ydelsen og for udnyttelsen af knowhow. Dette kan eksempelvis være i franchisekontrakter, hvor der overdrages både knowhow i form af viden og erfaring, men også leveres varer, finansiel assistance og teknisk assistance.⁸³

Hvis enten ydelsen eller overdragelse af knowhow er det klare hovedformål i en blandet kontrakt, og den anden del er af underordnet og stort set ubetydelig karakter, vil den skattemæssige behandling af den dominerende del af kontrakten anvendes på hele kontrakten.⁸⁴

3.2.2.2 Delvis overdragelse af rettigheder

Som tidligere nævnt kan der opstå situationer, hvor det er vanskeligt at sondre mellem en udnyttelse af en immateriel ret og en reel overdragelse. Dette er eksempelvis ved overdragelse af alle rettigheder til et immaterielt aktiv inden for et geografisk afgrænset område eller i en tidsbegrænset periode. Det vil være op til en konkret vurdering i disse tilfælde, hvorvidt betalingen skal anses for en royaltybetaling efter art. 12 eller snarere erhvervsmæssig indkomst efter art. 7. Hvis betalingen er vederlag for en decideret afståelse af et udskilt formuegode, vil der ikke være tale om en royaltybetaling, da vederlaget selvsagt ikke kan være for anvendelsen af rettigheder, hvis rettigheden er blevet overdraget.⁸⁵

Hvis der sker delvis overdragelse af rettigheder, vil betalingen for dette være en royalty i de tilfælde, hvor der ville være tale om overtrædelse af den gældende ophavsretslovgivning, hvis ikke rettigheden var blevet overdraget. Dette kunne eksempelvis være overdragelse af retten til at distribuere og reproducere software.⁸⁶

3.2.2.3 Aftale om ikke at videregive oplysninger

Hvis der i forbindelse med overdragelse af en rettighed eller en oplysning, som er omfattet af definitionen i stk. 2, samtidigt aftales, at overdrageren forpligter sig til ikke at videregive retten eller oplysningerne til andre, er der her tale om en betaling for at sikre sig eneret til oplysningerne eller rettigheden. Denne type betaling anses for en royaltybetaling og falder derfor indenfor anvendelsesområdet af art. 12.⁸⁷

3.2.2.4 Udlejning af industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr

Royaltybetalinger omfattede i tidligere versioner af modeloverenskomsten betaling for anvendelsen eller retten til at anvende industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr, men dette besluttede OECD's Committee on Fiscal Affairs at fjerne fra definitionen i stk. 2. Dette blev gjort for at sikre, at indkomst fra udlejning af industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr udelukkende anses for

⁸³ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 11.6 til art. 12

⁸⁴ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 11.6 til art. 12

⁸⁵ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 8.2 til art. 12

⁸⁶ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 13.1 til art. 12

⁸⁷ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 8.5 til art. 12

fortjeneste ved forretningsmæssig virksomhed, jf. modeloverenskomstens art. 5 og 7.⁸⁸

3.2.2.5 Transponder leasing

I kommentarerne beskrives endvidere den situation, hvor en satellitoperatør og dennes kunder indgår en såkaldt ”transponder leasing”-aftale. En sådan aftale indebærer, at kunden får adgang til anvendelse af en satellits transponderkapacitet til at transmittere over et givent geografisk område. Dette kunne eksempelvis være radio, fjernsyn eller telekommunikation. Det fremgår af kommentarerne, at sådan en aftale ikke indeholder en royaltybetaling, da der ikke erlægges vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende et formuegode eller en oplysning. Det noteres i forhold til de DBO’er, som stadig inkluderer udlejning af industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr, at karakteriseringen af betalingen afhænger af den enkelte aftale. I aftaler hvor udlejeren råder over og betjener satellitten, og lejeren ikke har direkte adgang til den, vil betalingen anses for en betaling for tjenesteydelse og være omfattet af modeloverenskomstens art. 7. I aftaler hvor en satellit lejes ud til en anden person, som disponerer over den og har mulighed for at anvende eller videreudleje den, vil denne betaling kunne anses for en royaltybetaling for udlejning af industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr. Det samme ville gøre sig gældende for leje eller køb af rørledninger eller kabelkapacitet til transmission og elektricitet.⁸⁹

Som skrevet ovenfor gør dette sig kun gældende i aftaler omfattet af DBO’er, som stadigvæk inkluderer udlejning af industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr i deres definition af royalties, men eksemplet kan også anvendes analogt på andre situationer, hvor et formuegode omfattet af ordlyden lejes ud.

3.2.2.6 Roamingaftale

En roamingaftale er, når en telekommunikationsudbyder indgår aftale med en udenlandsk udbyder for at give sine kunder adgang til det udenlandske netværk til brug for at foretage og modtage telefonopkald, sende og modtage data eller få adgang til andre tjenester gennem det udenlandske netværk. I en typisk roamingaftale vil telekommunikationsudbyderen alene overføre opkald til den udenlandske udbyders netværk, men har ingen adgang til at betjene dette netværk. Den udenlandske udbyder vil herefter fakturere telekommunikationsudbyderen.⁹⁰

Roamingaftaler falder uden for definitionen i stk. 2, da der ikke betales for anvendelse af retten til et formuegode eller en oplysning, som er omfattet af definitionen i stk. 2. Aftalen kan eksempelvis ikke anses for at indeholde betaling for oplysninger eller retten til at anvende en hemmelig fremstillingsmåde, da aftalen ikke vil indebære overførsel eller anvendelse af hemmelig teknologi. Dette gælder også de DBO’er, som inkluderer udlejning af industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr, da

⁸⁸ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 9 til art. 12

⁸⁹ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 9.1 til art. 12

⁹⁰ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), Punkt 38 til art. 5

der ikke betales for anvendelsen eller retten til at anvende det fremmede netværk, men derimod for en tjenesteydelse, som udføres af den udenlandske udbyder.⁹¹

3.2.2.7 Spektrumaftaler

I spektrumaftaler giver indehaveren af radiofrekvensspektret en licens til anvendelse af nogle eller alle dele af radiofrekvensspektret mod betaling. Dette gøres med henblik på at transmittere mediestof på angivne frekvensområder. Sådanne aftaler falder udenfor definitionen i stk. 2, også i overenskomster som inkluderer udlejning af industrielt kommercielt eller videnskabeligt udstyr, da der i denne type aftale ikke udlejes noget, som har karakter af at være udstyr.⁹²

3.2.2.8 Lejevederlag for spillefilm

Lejevederlag for spillefilm til både TV eller biograf er omfattet af definitionen i stk. 2, det kan dog aftales bilateralt, at denne type indtægt skal behandles som kommerciel fortjeneste og være omfattet af modeloverenskomstens art. 7 og 9.⁹³

3.2.2.9 Eneret til salg af produkt eller tjenesteydelse

Betalinger, som erlægges for en eksklusiv ret til at sælge et produkt eller udføre en tjenesteydelse indenfor et givent område, er ikke omfattet af definitionen i stk. 2, da der ikke erlægges et vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende et formuegode eller en oplysning. Denne type betaling anses for at være erlagt med det formål at øge salgsindtægter, og vil være omfattet af modeloverenskomstens art. 7.⁹⁴

I kommentarerne til modeloverenskomsten eksemplificeres denne situation med en distributør af tøj, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, der betaler en producent af mærkevareskjorter, som er hjemmehørende i en anden kontraherende stat, for den eksklusive ret til at sælge mærkevareskjorterne i det land, hvor distributøren er hjemmehørende. Betalingen anses i dette eksempel ikke for at være betaling for anvendelsen af navnet eller varemærket, under hvilket skjorterne sælges, men snarere for den eksklusive ret omfattet af modeloverenskomstens art. 7.⁹⁵

3.2.2.10 Udvikling af mønster, modeller eller tegninger

En betaling for udviklingen af et mønster, en model eller en tegning er ikke omfattet af definitionen i stk. 2, da det ikke er en direkte betaling for anvendelsen af et mønster, en model eller en tegning. Betalingen anses her for at være en betaling for en tjenesteydelse, som er omfattet af modeloverenskom-

⁹¹ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 9.2 til art. 12

⁹² (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 9.3 til art. 12

⁹³ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 10 til art. 12

⁹⁴ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 10.1 til art. 12

⁹⁵ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 10.1 til art. 12

stens art. 7. Dette gør sig også gældende, selvom udvikleren forbeholder sig alle rettigheder til det pågældende mønster, model eller tegning.⁹⁶

Hvis betalingen derimod er vederlag for allerede udførte mønstre, modeller eller tegninger, hvor ejeren giver retten til at modificere eller reproducere uden at udføre yderligere arbejde, vil betalingen være vederlag for retten til at anvende det pågældende mønster, model eller tegning, og dermed være omfattet af royaltybestemmelsen i modeloverenskomstens art. 12.⁹⁷

3.2.3 EU's rente-/ royaltydirektiv

Rente-/royaltydirektivet (direktiv 2003/49/EF) blev vedtaget i dansk lov i 2004.⁹⁸ Direktivets formål er at ophæve dobbeltbeskatning af renter og royalties i koncerninternetransaktioner i EU. Dette formål opnås ved at fjerne kildeskatten. Ofte vil direktivet ikke finde selvstændig anvendelse i Danmark, fordi Danmark ofte i deres DBO'er begrænser eller frafalder beskatningsretten ved kildeskatter af renter og royalties. Direktivet har dog stadig relevans, såfremt der i de danske DBO'er er tildelt kildelandet en beskatningsret.⁹⁹ Dette er bl.a. tilfældet i den dansk-italienske DBO, hvorefter der pålægges kildeskat på royaltybetalinger.¹⁰⁰

Royaltydefinitionen følger af rente-/royaltydirektivets art. 2.¹⁰¹ Bestemmelsen minder i det væsentligste om KSL § 65 C, stk. 4 og modeloverenskomstens art. 12. Bestemmelsen omfatter betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende en række immaterielle aktiver og oplysninger. Rente-/royaltydirektivet omfatter udover det, som fremgår af KSL § 65 C, stk. 4, også ophavsret til et litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde.

Det følger af art. 1 i direktivet, at royalties, der betales til et selskab, der er hjemmehørende i en medlemsstat, fra et associeret selskab eller fast driftssted, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, er fritaget for skat i denne anden stat.¹⁰²

En af hovedbetingelserne for anvendelse af direktivet er direktivets art. 3, stk. 1, litra b, hvorefter der skal foreligge en associering mellem selskaberne involveret i transaktionen. Det er et krav, at associeringen har været der i sammenhængende periode på mindst to år og transaktionen skal i øvrigt være inden for denne periode, jf. art. 1, stk. 10. I art. 3, litra b er det fastlagt, hvad der menes med et associeret selskab:

⁹⁶ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 10.2 til art. 12

⁹⁷ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 10.2 til art. 12

⁹⁸ (RÅDETS DIREKTIV 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, 2003)

⁹⁹ (Bundgaard, SU 2009, 61, 2009, s. 1)

¹⁰⁰ (Skattestyrelsen, u.d.), C.F.8.2.2.12.3 Beskatningsretten til royalties

¹⁰¹ (RÅDETS DIREKTIV 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, 2003) art. 2

¹⁰² (Bundgaard, SU 2009, 61, 2009, s. 2)

- ”1. det direkte besidder en andel på mindst 25 pct. af det andet selskabs kapital,*
- 2. det andet selskab direkte besidder en andel på mindst 25 pct. af dets kapital, eller*
- 3. et tredje selskab direkte besidder en andel på mindst 25 pct. af både dets kapital og det andet selskabs kapital.”¹⁰³*

Denne definition er ikke i overensstemmelse med den danske koncerndefinition, hvor definitionen følger af SEL § 31 C, hvorefter en koncern består af et moderselskab, der har bestemmende indflydelse over et eller flere datterselskab(er).¹⁰⁴

Kravet om, at der skal være bestemmende indflydelse, er som hovedreglen opfyldt ved, at mere end halvdelen af stemmerettighederne ejes af et moderselskab. Det kan være tilfældet, at et selskab har bestemmende indflydelse til trods for, at de ejer under 50 % af stemmerettighederne, såfremt selskabet har bestemmende indflydelse over den driftsmæssige og finansielle ledelse – altså reelt bestemmende indflydelse.¹⁰⁵

Denne afhandling undersøger kildelandsbeskatning af embedded royalties i aftaler mellem uafhængige parter. På baggrund af forskellen mellem hvad der udgør et associeret selskab efter rente-/royaltydirektivet, og hvad der udgør et koncernselskab efter dansk ret, kan der altså opstå en situation, hvor en transaktion mellem uafhængige parter efter dansk ret er underlagt reglerne i rente-/royaltydirektivet.

Der kan derfor opstå situationer, hvor en royaltybetaling i en koncernintern transaktion ikke kan pålægges kildeskat efter reglerne om koncerninterne transaktioner i rente-/royaltydirektivet. Skatteforvaltningen vil som følge af skattefritagelse i kildelandet ikke kunne opkræve skat på royaltybetalingen, heller ikke hvis denne betaling udgør en embedded royalty.

3.3 Sammenfatning af det nationale og internationale royaltybegreb

For at der kan være tale om en royaltybetaling, skal der foreligge en betaling for anvendelsen af eller retten til at anvende ethvert patent, varemærke, mønster eller model tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller som vederlag for oplysninger om industrielle kommercielle eller videnskabelige erfaringer, jf. KSL § 65 C, stk. 4. Der kan ikke være tale om en royaltybetaling i tilfælde, hvor en rettighed afstås fuldstændigt. Der kan dog godt være begrænsninger til licensgiverens rettigheder over det immaterielle aktiv, uden at det medfører, at der er tale om en reel overdragelse. Dette kunne eksempelvis være en geografisk begrænsning i licensperioden. Hvorvidt vederlaget er erlagt som en engangsbetaling eller som løbende betalinger er uden betydning for vurderingen af om der foreligger en royaltybetaling.

¹⁰³ (Bundgaard, SU 2009, 61, 2009, s. 4)

¹⁰⁴ (Skattestyrelsen, u.d.) C.D.3.1.2.2 Koncernforbindelse

¹⁰⁵ (Skattestyrelsen, u.d.) C.D.3.1.2.2 Koncernforbindelse

Danmark kan i udgangspunktet kildelandsbeskatte royalties, medmindre denne beskatningsret er indskrænket af en DBO.

Royaltybegrebet i modeloverenskomstens art. 12 svarer i det store hele til det, som findes i KSL § 65 C, stk. 4. Dog omfatter dette også anvendelsen af musik, spillefilm, video samt forfatterroyalties som beskrevet ovenfor. Dette betyder altså, at der kan opstå situationer, hvor et vederlag er omfattet af royaltybegrebet i en DBO, men der mangler intern hjemmel til at kildelandsbeskatte, f.eks. ved royalties som hidrører fra musik.

Kommentarerne til modeloverenskomsten giver et indblik i omfanget af bestemmelsen i art. 12. Det følger af kommentarerne til modeloverenskomsten, at overdragelse af knowhow er omfattet af bestemmelsen, medmindre den pågældende knowhow bliver anvendt som del af en ydelse, som leverandøren udfører. Yderligere fremgår det af kommentarerne, at der i blandede kontrakter skal foretages en rimelig fordeling af vederlaget i forhold til det, der leveres ifølge kontrakten med undtagelse af kontrakter, hvor enten ydelsen eller overdragelse af knowhow er det klare hovedformål med aftalen. I disse aftaler bruges hovedformålets skattemæssige behandling på hele kontrakten.

Kommentarerne opstiller en række konkrete eksempler på, hvad der er omfattet af ordlyden i art. 12, stk. 2, hvor det fremhæves, at der skal være tale om en "anvendelse af eller retten til at anvende" et formuegode eller en oplysning, før royaltybegrebet finder anvendelse. Dette ekskluderer f.eks. betaling for eneret til distribution, betaling for udvikling af mønster, model eller tegning og betaling for anvendelse af satellit- eller lignende netværk.

3.4 Embedded royaltybegreb

Direkte oversat betyder "embedded" indlejret. Det betyder, at embedded royalty, ud fra en sproglig forståelse, er en royalty, der er indlejret i betalingen for noget andet.

Der findes ikke nogen entydig definition af begrebet "embedded royalties", dog bruges begrebet flere steder i den juridiske litteratur. Begrebet er desuden indeholdt i reglerne om CFC-beskatning (Controlled Foreign Company) i SEL § 32, stk. 5, som blev indført med implementering af EU's Anti Tax Avoidance Directive (herefter ATAD).¹⁰⁶ Bestemmelsen blev vedtaget ved lov nr. 1180 af 8. juni 2022. CFC-reglerne gælder kun for selskaber og foreninger, der er moderselskaber for selvstændige skattesubjekter efter SEL § 32, stk. 6, jf. SEL § 32, stk. 1.

Det fremgår af SEL § 32, stk. 5, nr., 3, litra b, at "*Al anden indkomst fra immaterielle aktiver*" skal medregnes til CFC-indkomsten. Denne definition omfatter indkomst fra immaterielle aktiver, som realiseres i forbindelse med afståelse af varer eller tjenesteydelser. Afkastet fra immaterielle aktiver vil

¹⁰⁶ (Bundgaard, Taxo.2021.06, 2021)

ikke altid fremstå som et særskilt royaltyvederlag, da indehaveren af de immaterielle aktiver kan modtage et afkast fra disse på flere forskellige måder.¹⁰⁷

Der gives et eksempel på, hvad ”*Al anden indkomst fra immaterielle aktiver*” omfatter i de almindelige bemærkninger til forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og fondsbeskatningsloven L 89 p. 10-11. Eksemplet går på en sælger af halvfabrikata, hvor køberen har mulighed for at udnytte de immaterielle rettigheder, der er i tilknytning til fremstilling af de færdigproducerede produkter. Betalingen for brugsretten indregnes i salgsprisen for halvfabrikata i stedet for at blive opkrævet som en særskilt royaltybetaling.¹⁰⁸

I de tilfælde, hvor en juridisk person er omfattet af bestemmelsen, skal der ske en fordeling af hvor stor en del af beløbet, der hidrører fra de immaterielle rettigheder, og hvor stor en del der hidrører fra varesalget. Beregningen af dette skal foretages efter almindelige transfer pricing-principper. I praksis vil dette betyde, at hvis indtægten er højere end, hvad et TNMM (Transactional Net Margin Method) benchmark viser, vil den overskydende indtægt være en embedded royalty.¹⁰⁹

Selvom CFC-reglerne kun gør sig gældende for afhængige selskaber, kan reglerne og forarbejderne alligevel bidrage til en forståelse af begrebet embedded royalties, da begrebet ikke er særskilt defineret for uafhængige parter.

Den australske regering og skattemyndighed har begge udtalt sig om, hvordan de anskuer begrebet embedded royalties. Disse udtalelser vil i det følgende blive inddraget som inspiration til at fastlægge et embedded royaltybegreb.

Den australske skattemyndighed offentliggjorde i 2018 en ”Taxpayer Alert” TA 2018/2¹¹⁰, hvori de beskrev, hvordan de anskuede beskatningen af internationale arrangementer, som indeholder mis karakteriserede immaterielle aktiver samt aktiviteter knyttet til det immaterielle aktiv.

I TA 2018/2 beskrives situationen, hvor et australsk selskab indgår en aftale med et udenlandsk selskab, hvori der gives licens til anvendelse af immaterielle rettigheder. Et eksempel på dette kunne være en australsk produktionsvirksomhed, som indgår aftale om at producere, markedsføre og distribuere produkter i Australien. Det udenlandske selskab giver det australske selskab retten til at anvende de relevante varemærker indenfor det australske territorium, men ejerskabet og kontrollen over varemærkerne forbliver i det udenlandske selskab. Yderligere forpligter det australske selskab sig til, i en særskilt aftale, at købe produkterne af et separat udenlandsk selskab.¹¹¹

¹⁰⁷ (Bundgaard, Taxo.2021.06, 2021)

¹⁰⁸ (Skatteudvalget, 2020) og (Bundgaard, Taxo.2021.06, 2021)

¹⁰⁹ (Zahle, 2021)

¹¹⁰ (Australian Taxation Office, 2018)

¹¹¹ (Australian Taxation Office, 2018, s. 2-4)

Den australske skattemyndighed udtrykte bekymring for, at der ikke i praksis bliver indeholdt kilde-skat på royaltybetalinger i konstellationer, som minder om det beskrevne.¹¹²

TA 2018/2 gælder ikke for underordnet anvendelse af immaterielle aktiver. Dermed finder TA 2018/2 ikke anvendelse ved overdragelser af færdigvarer med et varemærke på produktet, der videresælges. Den australske skattemyndighed fremhæver i den forbindelse, at blot fordi aftalen ikke eksplicit indeholder en ret til et immaterielt aktiv, er det ikke nødvendigvis underordnet for aftalen.¹¹³

Den australske skattemyndighed mener således, at aftalens betegnelse er uden betydning for kilde-landsbeskatning af royalties, hvis en del af vederlaget er betaling for anvendelse af eller retten til at anvende et immaterielt aktiv af ikke-underordnet karakter.

Den australske regering udarbejdede i august 2022 et ”consultation paper”, hvor bl.a. begrebet ”embedded royalties” blev defineret i forlængelse af skattemyndighedens TA 2018/2. Ifølge regeringen skal begrebet forstås som den situation, hvor der er indlejret en royaltybetaling i vederlaget for et håndgribeligt aktiv eller en tjenesteydelse med en tilknyttet immateriel rettighed. Det vil sige, at der ikke sker en direkte honorering for anvendelse af den immaterielle rettighed i aftalen. Begrebet dækker desuden også situationer, hvor aftaleparterne ikke anerkender, at en anvendelse eller udnyttelse af immaterielle rettigheder er inkluderet i aftalen.¹¹⁴

International Tax Review har også forsøgt sig med at definere embedded royalties (eller embedded IP). De definerer begrebet som en immateriel ret, der bidrager til værdien af et håndgribeligt eller finansielt aktiv eller en serviceydelse. Værdien af den immaterielle ret opkræves samlet med værdien af aktivet eller ydelsen, dermed er den immaterielle ret indlejret i det øvrige salg. Den embedded royaltybetaling er dermed ikke underlagt en separat beskatning adskilt fra varen eller ydelsen. Dermed sker der altså ikke en udskilning af den immaterielle ret, som ville være tilfældet, hvis der blev givet en IP-licens.¹¹⁵

Da embedded royalties ikke er et begreb, som er defineret i dansk national ret, er ovenstående fortolkningsbidrag blevet inddraget for at fastlægge begrebet til anvendelse i afhandlingen. Der er generel konsensus om, at embedded royalties omhandler den situation, hvor der overdrages et aktiv eller en ydelse med en immateriel rettighed tilknyttet.

For at besvare problemformuleringen defineres embedded royalties i denne afhandling, som ethvert vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver eller oplysninger omfattet af KSL § 65 C, stk. 4, der er indlejret i det samlede vederlag for en vare eller tjenesteydelse.

¹¹² (Australian Taxation Office, 2018, s. 4)

¹¹³ (Australian Taxation Office, 2018, s. 2)

¹¹⁴ (Australian Government - The Treasury, 2022, s. 14)

¹¹⁵ (Vanluydt & Schaffers, n.d.)

I den situation, hvor der foreligger en embedded royalty i en aftale mellem en part med dansk skattemæssig hjemmehør og en part med skattemæssig hjemmehør i et andet land, vil dette selvsagt betyde, at det udenlandske selskab har pligt til at betale dansk kildeskat efter KSL § 65 C, stk. 1. Hvis der foreligger en DBO mellem Danmark og det andet land, vil Danmark frafalde eller nedsætte beskatningen i overensstemmelse med den pågældende DBO som beskrevet ovenfor, jf. KSL § 65 C, stk. 2.

4 - Skatteretlig omkvalifikation

Denne afhandling undersøger grundlaget for beskatning af embedded royalties i aftaler mellem uafhængige parter. Det er derfor nødvendigt at kende til skatteforvaltningens adgang til omkvalifikation.

Såfremt parterne har et modsætningsforhold i deres forhandlingspositioner, er udgangspunktet, at den civilretlige disposition også skatteretligt skal accepteres.¹¹⁶ Det er dog ikke udelukket, at der kan foretages en skatteretlig korrektion. Denne bevisbyrde vil dog være tungere at løfte for skatteforvaltningen, fordi der er en formodning om, at parterne har handlet på markedsmæssige vilkår.¹¹⁷

For at vurdere om der skal foretages en skatteretlig korrektion, skal der ses på det indhold, som der ville være i en fiktiv aftale. Denne fiktive aftale ville være mellem uafhængige parter, der har modstridende økonomiske og skattemæssige interesser.¹¹⁸

Den skatteretlige korrektionsadgang kan anses som at være udledt af grundsætningen om kontraktens relativitet. Denne obligationsretlige relativitetsgrundsætning viser, at aftalers virkning er overfor aftalparterne, men ikke overfor tredjemand. I denne sammenhæng ville statskassen blive anset som tredjemand, der er tvangskreditor.¹¹⁹

Der er ikke en pligt for skatteforvaltningen til at lade parternes civilretlige aftale være styrende for den skatteretlige vurdering. Civilretlig aftalefrihed og aftalegyldighed er derfor ikke det eneste moment i den skatteretlige vurdering.¹²⁰ En aftale skal dog respekteres i tilfælde af, at den kan anses for at være reel, jf. SKM2002.380.LSR¹²¹.

Der skelnes mellem to typer af omkvalifikation. Vilkårskorrektion og dispositionskorrektion.¹²²

Vilkårskorrektion er en korrektion af indholdet i aftalen, men hvor den retlige form accepteres. Dette kræver udtrykkelig lovhjemmel som i ligningslovens (herefter LL) § 2.¹²³

¹¹⁶ (Bundgaard, Skatteret & civilret, 2006, s. 426)

¹¹⁷ (Bundgaard, Skatteret & civilret, 2006, s. 426-427)

¹¹⁸ (Bundgaard, Skatteret & civilret, 2006, s. 427)

¹¹⁹ (Bundgaard, Skatteret & civilret, 2006, s. 427)

¹²⁰ (Bundgaard, Skatteret & civilret, 2006, s. 427-428)

¹²¹ (SKM2002.380.LSR, 2002)

¹²² (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 17)

¹²³ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 17)

Dispositionskorrektion er, hvor der sker en skattemæssig korrektion af den indgåede disposition. Korrektionen kan være, at skatteansættelsen laves ud fra et andet retligt indhold, end der er aftalt mellem parterne. Omkvalifikationen kan bestå i, at der ses bort fra den pågældende aftale. Desuden kan en dispositionskorrektion også indebære, at den samlede indkomst ændres. Dispositionskorrekationer foretages bl.a. på baggrund af realitetsgrundsætningen.¹²⁴

4.1 Realitetsgrundsætningen

Realitetsgrundsætningen (også kaldet substance over form) er en ulovbestemt grundsætning, som tilsiger, at beskatning skal ske på baggrund af den økonomiske realitet og ikke en modstående civilretlig formalitet.¹²⁵

Skatteudnyttelse kan forekomme således, at en civilretlig disposition, som eksempelvis en forkert skattemæssig kvalifikation, kan udnyttes med det formål at opnå skattemæssige fordele.¹²⁶

Realitetsgrundsætningen tilskriver således, at der skal være realitet bag en hævdet civilretlig form.¹²⁷

Grunden til at bruge dette realitetskrav er netop at omgåelse aktualiseres, når almindelig fortolkning er udelukket.¹²⁸

Realitetsgrundsætningen er anvendt i HR2000.II-114/1998, hvor skatteyderen havde købt sig ind i et selskab (KGH) i 1991. KGH bestod af 10 deltagere og en komplementar. KGH købte herefter et Boeing fly til USD 58,5 mio. For at finansiere dette køb indgik selskabet i en kontrakt med en fransk bank. Lånet var optaget på "limited resource-vilkår", som indebærer, at långiver kun kan søge sig fyldestgjort i flyets tilknyttede kontrakter (leasingaftale og forsikring), medmindre der foreligger ond tro, forsæt eller grov uagtsomhed i forhold til misligholdelse af kontraktlige forpligtelser. KGH indgik herefter i en 2-årig leasingkontrakt med Cargolux Airlines International (herefter CAI). CAI forpligtede sig til ubetinget at betale for leasingydelse, der svarede til KGH's lånebeløb. Herudover forpligtede CAI sig også til at vedligeholde flyet og betale forsikring. Yderligere forpligtede CAI sig til at påtage risikoen for flyet, herunder at friholde KGH for ethvert tab og ansvar. Desuden indgik KGH en kontrakt med Airfinance, der indebar en låneaftale og en salgsagenturaftale for en 3-årig periode. Airfinance skulle efter den 3-årige periode anviser en køber til flyet. Prisen skulle som minimum svare til restgælden på lånet.¹²⁹

¹²⁴ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 18-19)

¹²⁵ (Pedersen, 2008)

¹²⁶ (Pedersen, 2008)

¹²⁷ (Pedersen, 2008)

¹²⁸ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 53)

¹²⁹ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 56) og (HR2000.II-114/1998, 2000) (HR2000.II-114/1998, 2000)

Højesteret fandt, at de tosidede aftaler mellem KGH, CAI og Airfinance udgjorde et sammenhængende aftalekompleks, hvor de enkelte aftaler afhang af hinanden. KGH havde reelt ikke nogen retlig eller faktisk råden over flyet. KGH fik qua deres midlertidige og formelle ejerskab adgang til en afskrivningsret. Højesteret fandt, at KGH ikke under omstændighederne kunne anses som at have været medejere af flyet i en skattemæssig henseende.¹³⁰

Dommen viser dermed eksistensen af et "realitetskrav". Dette betyder, at der findes et selvstændigt skatteretligt ejendomsbegreb, som kan afvige fra det civilretlige ejerskab. Dermed kan en aftale fra kendes sin skattemæssige betydning efter en realitetsbedømmelse.¹³¹

Skatteyderen må godt lave en transaktion, som er begrundet i at opnå en skattefordel. Der skal dog foreligge en forretningsmæssig og økonomisk realitet bag de givne dispositioner.¹³²

5 – Dansk skattemæssig behandling af embedded royalties

Afhandlingens formål er at undersøge, grundlaget for at kildelandsbeskatte embedded royalties i aftaler mellem uafhængige parter efter dansk ret med de begrænsninger, der følger af danske DBO'er. I de tidligere afsnit er royaltybegrebet blevet fastlagt, både ifølge intern ret, men også med udgangspunkt i modeloverenskomsten med kommentarer. Derudover er begrebet embedded royalties blevet fastlagt, og skatteforvaltningens adgang til omkvalifikation er blevet undersøgt. I det følgende afsnit vil det undersøges, i hvilket omfang Danmark kan beskatte embedded royalties efter intern ret og efter danske DBO'er.

For at besvare problemformuleringen inddrages relevant praksis. Der findes næsten ingen dansk praksis på dette område, og kildelandsbeskatning af embedded royalties er også kun behandlet i et begrænset omfang internationalt. Der findes dog nyere praksis fra andre lande, som kan danne grundlag for en forståelse af gældende dansk ret ved en komparativ analyse som beskrevet i afsnit 2.6. Den komparative analyse vil blive anvendt til at søge inspiration i, hvordan andre lande anvender lignende retsregler samt fortolker kommentarerne til modeloverenskomsten. Dette gøres for at undersøge, hvad gældende ret er i Danmark.

Det følger af bemærkningerne til lovforslag nr. 207 af 18. februar 1987, at royaltybegrebet i KSL § 65 C foreslås defineret i overensstemmelse med definitionen i OECD's modeloverenskomst art. 12.¹³³

Den danske royaltybestemmelse er altså ved indførelsen blevet defineret i overensstemmelse med royaltybestemmelsen i modeloverenskomsten, og bestemmelsen har ikke ændret sig betydeligt siden indførelsen. Dette betyder, at kommentarerne til modeloverenskomsten kan anvendes som et væsentligt

¹³⁰ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 57)

¹³¹ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 55)

¹³² (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 87)

¹³³ (LFF 1987-02-18 nr. 207, 1987)

fortolkningsbidrag til KSL § 65 C, stk. 4.¹³⁴

Det følger både af KSL § 65 C, stk. 4 og af modeloverenskomstens art. 12, stk. 2, at royaltybegrebet omfatter betalinger af "enhver art", som modtages for de omfattede immaterielle aktiver. Ordlyden af begge bestemmelser synes umiddelbart at lægge op til en bred anvendelse af royaltybegrebet, hvor betalingens fremtræden er af underordnet karakter. Det fremgår yderligere af pkt. 8.3 i kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, stk. 2, at ordet "betaling" har en meget bred anvendelse.

Det fremgår af kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, stk. 2, pkt. 8.2, i forhold til om der er tale om vederlag for afhændelse eller en royaltybetaling, at: *"Hver sag skal afgøres konkret ud fra dens særlige forhold og skal undersøges i lyset af den nationale lovgivning om immaterialret"*.¹³⁵

Denne formulering synes at indikere, at det ikke er aftaleparternes betegnelser, som er afgørende for kvalifikationen af vederlaget, men nærmere sagens særlige forhold og national lovgivning om immaterialret.

Udgangspunktet for skatteretlig kvalifikation har hidtil været, at der i ydelser og varesalg ikke skal foretages en decideret dekomponering af et iboende immaterielt aktiv. Der er dog den seneste tid kommet en række afgørelser, som sætter pres på dette udgangspunkt.¹³⁶

5.1 Blandede kontrakter

Før der kan være tale om embedded royalties, er det et krav, at betalingen skal være vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende et immaterielt aktiv eller oplysning, som er omfattet af KSL § 65 C, stk. 4.

I tilfælde hvor det ikke eksplicit fremgår af aftalegrundlaget, at en betaling ydes som vederlag for anvendelsen af et immaterielle aktiv, kan der dog opstå tvivl om den skattemæssige behandling.

Det fremgår af pkt. 11. 6 i kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, stk. 2, at:

*"Den korrekte fremgangsmåde i forhold til en blandet kontrakt er i princippet på grundlag af de oplysninger, som kontrakten indeholder, eller ved en rimelig fordeling at opdele hele det fastsatte vederlag i overensstemmelse med de forskellige dele af det, der leveres ifølge kontrakten, og derefter at undergive de således fastlagte dele den for disse dele korrekte skattemæssige behandling."*¹³⁷

Kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, pkt. 11.6, synes at indikere, at hvis der i en aftale udnyttes en immateriel rettighed i forbindelse med en ydelse eller et varesalg, at en del af vederlaget

¹³⁴ (Winther-Sørensen, 2000)

¹³⁵ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 8.2 til art. 12

¹³⁶ (Bundgaard, Taxo.2024.02, 2024)

¹³⁷ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), Punkt 11.6 til art. 12

er en royaltybetaling.

Problemstillingen har været behandlet i international retspraksis, som anvendes som et fortolkningsbidrag til, hvorledes Danmark ville kunne beskatte denne situation. Problemstillingen behandles bl.a. i Federal Court of Australia's dom af 30. november 2023 vedrørende PepsiCo.¹³⁸ (herefter PepsiCo-dommen).

5.1.1 PepsiCo-dommen

PepsiCo-dommen omhandler de amerikanske selskaber PepsiCo, Inc. (herefter PepsiCo) og Stokely-Van Camp, Inc (herefter SVC). Begge selskaber indgik omkring den 3. april 2009 en eksklusiv aftapningsaftale – Exclusive Bottling Agreement – (herefter EBA) med Schweppes Australia Pty Ltd (herefter SAPL), som er et australsk selskab ejet af Asahi Breweries.¹³⁹

PepsiCo ejede varemærker, design og øvrige rettigheder relateret til Pepsi og Mountain Dew brandene. SVC ejede brandet Gatorade og rettighederne dertil.¹⁴⁰

Den første aftale (herefter PepsiCo EBA) var en eksklusivaftale vedrørende kulsyreholdige læsedrikke mellem PepsiCo og SAPL.¹⁴¹

Den anden aftale (herefter SVC EBA) var en eksklusivaftale vedrørende ikke-kulsyreholdige drikkevarer imellem SVC og SAPL.¹⁴²

I begge aftaler forpligtede henholdsvis PepsiCo og SVC sig til at sælge koncentrat. Koncentratet blev produceret af Concentrate Manufacturing (Singapore) Pte Ltd, (herefter CMSPL), der efterfølgende leverede det til PepsiCo Beverage Singapore Pty Ltd (herefter PBS), der var beliggende i Australien. PBS var i begge aftaler udnævnt som sælger og stod for levering af koncentratet og faktureringen af SAPL. PBS overførte næsten hele beløbet til CMSPL og beholdt kun en lille margin. SAPL skulle selv blande koncentratet med andre ingredienser i overensstemmelse med opskrifter og specifikationer fra PepsiCo Group for at fremstille det endelige drikkevareprodukt til brug for salg i Australien. Det fremgik yderligere af aftalerne, at SAPL havde retten til at anvende varemærker samt IP til at producere, aftappe, sælge og distribuere produkterne. Ingen af aftalerne indeholdt en eksplicit aftale om betaling af royalty for retten til at udnytte varemærke eller IP.¹⁴³

Sagens parter er illustreret i figuren herunder¹⁴⁴

¹³⁸ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023)

¹³⁹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 4

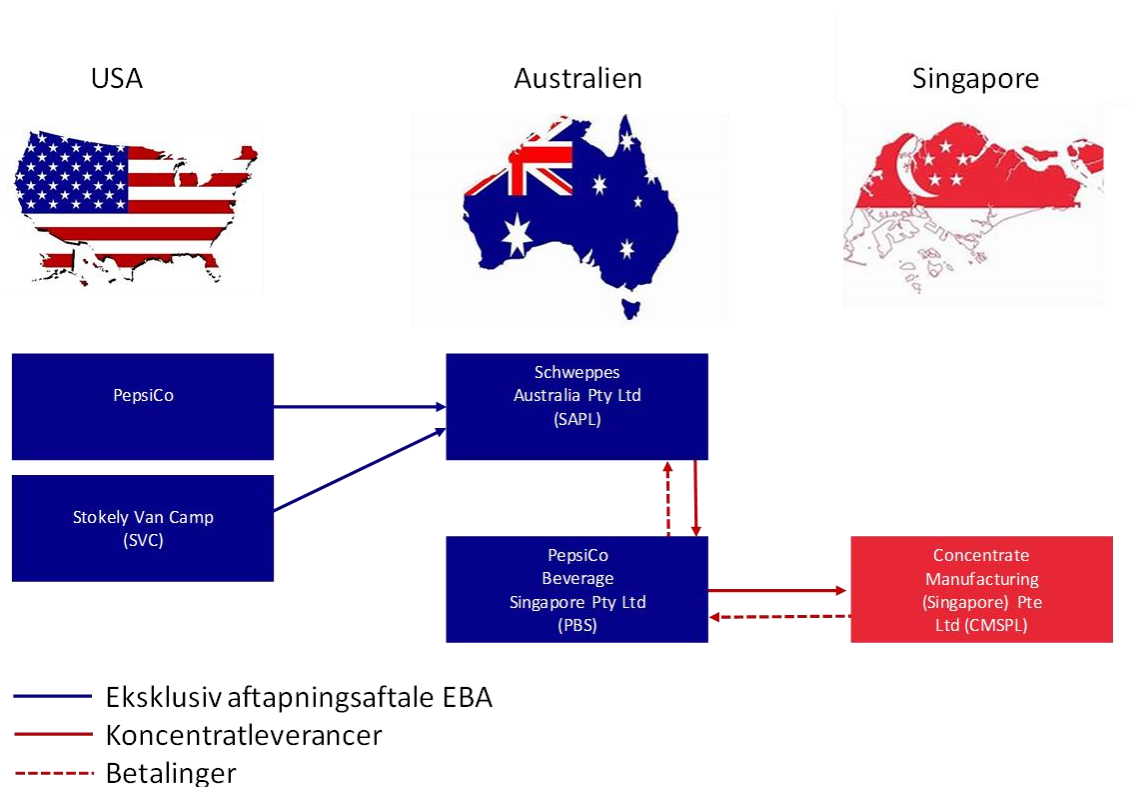
¹⁴⁰ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 3

¹⁴¹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 4

¹⁴² (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 4

¹⁴³ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 5-7

¹⁴⁴ med inspiration fra: (Herbert Smith Freehills, 2024)



I aftalen mellem SVC og SAPL var der eksplicit aftalt en royaltyfri licens til anvendelse af de immaterielle aktiver.¹⁴⁵ I aftalen mellem PepsiCo og SAPL var der ikke eksplicit aftalt en licens til anvendelse af de immaterielle aktiver, men det lægges til grund i dommen, at aftalen indebar en underforstået licens til de immaterielle aktiver, da aftalen om at sælge og distribuere under PepsiCo's varemærke ikke ville kunne fungere uden en licens.¹⁴⁶

PepsiCo havde i deres EBA givet SAPL rettigheder til at aftappe, sælge og distribuere drikkevarer under de relevante varemærker.¹⁴⁷ Efter EBA'en fik SAPL endvidere ret til at anvende PepsiCo's varemærker (og deraf ville anvendelsen af varemærkerne ikke føre til krænkelse af immaterielle rettigheder), dog med de begrænsninger der følger af aftalens øvrige betingelser. Det fulgte af aftalen, at ejeren af varemærket forblev PepsiCo, men at SAPL kunne anvende varemærket og øvrige immaterielle rettigheder indenfor territoriet (Australien) uden at krænke PepsiCo's rettigheder.¹⁴⁸

Det fremgik af aftalen, at SAPL havde ret og pligt til at sælge drikkevarerne i den aftalte indpakning og til en konkurrencedygtig markedspris.¹⁴⁹ Endvidere var det i aftalen givet, hvilke aktiviteter der var tilladt for SAPL. SAPL forpligtede sig i denne forbindelse til at sælge og distribuere drikkevarer un-

¹⁴⁵ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 91

¹⁴⁶ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 57

¹⁴⁷ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 49

¹⁴⁸ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 52

¹⁴⁹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 54

der de relevante varemærker og at undlade at sælge enhver anden drikkevare, som mindede om en coladrik eller indeholdt ordet ”cola” i navnet, enhver anden kulsyreholdig lemon- eller limedrikkevare, som kan forveksles med seven-up eller diet seven-up, og enhver anden kulsyreholdig drik, som kan forveksles med Mountain Dew.¹⁵⁰ Desuden fremgik det, at SAPL kun måtte anvende reklamemateriale udviklet af PepsiCo.¹⁵¹ Om opsigelse af rettighederne var det givet, at såfremt SAPL ikke levede op til EBA’ens vilkår og ikke indenfor en 60-dages periode afhjalp en eventuel misligholdelse, ville det medføre, at PepsiCo kunne ophæve aftalen. Det fremgik, at dagen efter en eventuel opsigelse af aftalen, forpligtede SAPL sig til ikke længere at anvende PepsiCo’s varemærker, navn, symbol mv.¹⁵²

SVC havde i deres EBA med SAPL givet en eksplicit licens til anvendelse af immaterielle rettigheder. Det fremgik af aftalen, at licensen var royaltyfri.¹⁵³ Det fremgik endvidere af aftalen, at SVC fortsat var ejer af de immaterielle rettigheder, og at alt goodwill påløbet fra de immaterielle rettigheder skulle tilfalde SVC. Det var i aftalen præciseret, at SVC var den eneste legale og retmæssige ejer af rettighederne i Australien.¹⁵⁴ Om opsigelse fremgik det, at såfremt en parts manglende opfyldelse af aftalen skyldtes en væsentlig misligholdelse, ville EBA’en kunne opsiges medmindre misligholdelsen kunne afhjælpes indenfor 30 dage. Ved ophævelse af aftalen ville SAPL miste licensen til anvendelse af de immaterielle rettigheder ifølge EBA’en.¹⁵⁵

Dommeren påpegede, at ingen af parterne anførte, at der, i henhold til dommens problemstilling, foreligger nogen relevant forskel mellem den australske royaltybestemmelse i International Tax Agreements Act 1953 (herefter ITAA) s. 6(1) og royaltybestemmelsen i den amerikansk-australske DBO’s art. 12, stk. 4.¹⁵⁶

Enhver australsk skattepligtig er forpligtet til at indeholde kildeskat på royaltybetalinger til en ikke-hjemmehørende fysisk eller juridisk person, jf. ITAA s 128B.¹⁵⁷

Det fremgår af ITAA s 128A, at en royaltybetaling skal anses som betalt af en person til en anden, selv når beløbet ikke direkte betales til den anden person, men overføres til en tredjemand efter anvisning fra den anden person.¹⁵⁸

Dommen behandlede tre problemstillinger vedrørende kildelandsbeskatning af royalties. Den første problemstilling var, om betalingerne fra SAPL efter EBA’erne delvist udgjorde royaltybetalinger efter

¹⁵⁰ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 56

¹⁵¹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 59

¹⁵² (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 60 og 61

¹⁵³ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 91

¹⁵⁴ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 93 og 94

¹⁵⁵ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 99 og 100

¹⁵⁶ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 237

¹⁵⁷ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 228-229

¹⁵⁸ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 227

ITAA s 6 og den amerikansk-australske DBO's art. 12, stk. 4, som er underlagt reglerne om kilde-landsbeskatning efter ITAA s 128B og den amerikansk-australske DBO's art. 12, stk. 2. Den anden problemstilling vedrørte, om PepsiCo og SVC havde retten til betalingen, og den sidste var, om betalingerne skulle anses som at være betalt af SAPL direkte til PepsiCo og SVC.¹⁵⁹

PepsiCo anførte til den første problemstilling, at EBA'erne som SAPL indgik med henholdsvis PepsiCo og SVC kun indeholdt betaling for koncentrat fra SAPL til PBS, og dermed ikke indeholdt betaling for anvendelse af immaterielle aktiver, teknisk, industriel eller kommerciel viden. PepsiCo fremhævede endvidere, at EBA'erne havde til formål at oprette et gensidigt fordelagtigt samarbejde, som også inkluderede ikke-monetære vederlag mellem hinanden. Begge parter forpligtede sig til aktiviteter, der sikrede at øge PepsiCo's goodwill i Australien. Betalingerne fra SAPL til PepsiCo (gennem PBS) udgjorde kun betaling for koncentratet, som SAPL havde forpligtet sig til at købe til allerede specificerede priser. PepsiCo mente at EBA'ernes indhold skulle respekteres.¹⁶⁰

PepsiCo udtalte, at der ikke nødvendigvis sker betaling for værdifulde immaterielle aktiver, blot fordi der gives licens hertil. Endvidere anførte de, at de juridiske betingelser og de kommercielle aspekter af transaktionen skal være genstand for vurderingen af, hvorvidt betalingen er vederlag for et aktiv omfattet af DBO's art. 12, stk. 4.¹⁶¹ Dommeren fastslog, at det er aftalens forretningsmæssige og kommercielle kontekst, der skal tages i betragtning ved vurderingen af, om der foreligger en royalty-betaling¹⁶².

Dommeren anførte, at det direkte følger af ordlyden i ITAA s 6(1), at der foreligger en royalty, dersom betalingerne udgør et vederlag for de relevante aktiver uanset, hvordan betalingerne er beskrevet i parternes aftale. Den amerikansk-australske DBO's art. 12(4) refererer både i paragraf (a) og (b) til "betalinger og kreditter af enhver slags", hvor ITAA s 6(1) refererer til "ethvert beløb betalt eller krediteret uanset beskrivelsen heraf". Dommeren fremhævede i denne forbindelse, at det ikke er afgørende, hvordan parterne beskriver deres betalinger, men at de udgør royaltybetalinger, såfremt betalingerne er vederlag for anvendelse af eksempelvis varemærker.¹⁶³

Dommeren fastslog endvidere, at det af ITAA s 6(1)s og DBO's art. 12(4)'s ordlyd følger, at en betaling kan udgøre vederlag for mere end én ting. Dommeren begrundede dette med, at begge bestemmelser indeholder vendingen "*to the extent to which*".¹⁶⁴

Dommeren mente, at vederlagsbegrebet i DBO's art. 12 skal forstås i en bredere forstand, og ikke

¹⁵⁹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 218-219

¹⁶⁰ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 238

¹⁶¹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 239

¹⁶² (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 240

¹⁶³ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 241

¹⁶⁴ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 242

kun som det fremgår i aftalegrundlaget.¹⁶⁵

Dommeren anførte endvidere, at blot fordi det af aftalen fremgik, at betalingerne udelukkende udgjorde vederlag for koncentratet, var det ikke nødvendigvis tilfældet. Udformningen af kontrakten er ikke afgørende for anvendelse af DBO's art. 12(4) og ITAA s 6(1). Dommeren nævnte i denne forbindelse, at betalingerne var i henhold til EBA'erne, hvorfor EBA'ernes vilkår skulle ses i en forretningsmæssig og kommerciel kontekst i forbindelse med karakterisering af betalingerne.¹⁶⁶

Dommeren mente, at betalingerne i henhold til EBA'erne i nogen grad udgjorde vederlag for anvendelse eller retten til at anvende de relevante varemærker og andre immaterielle rettigheder. Dommeren fremhævede følgende vilkår som værende særligt vigtige for bedømmelsen:¹⁶⁷

- (a) EBA'ernes parter var SAPL og henholdsvis PepsiCo og SVC, der ejede de relevante varemærker og øvrige immaterielle rettigheder. Sælgeren af koncentratet, PBS, var ikke en del af EBA'erne.¹⁶⁸
- (b) EBA'erne indeholdt en licens til anvendelse af de relevante varemærker og øvrige immaterielle rettigheder til SAPL. Licensen var underforstået i PepsiCo EBA'en og direkte en del af SVC EBA'en.¹⁶⁹
- (c) I begge EBA'er var licensen til de relevante varemærker og øvrige immaterielle rettigheder fundamental for aftalen. Dommeren anførte, at SAPL ikke ville være i stand til pakke og sælge drikkevarerne uden licensen til varemærkerne og de øvrige immaterielle rettigheder. Dommeren nævnte endvidere, at uden licensen ville SAPL ikke have indvilget i at betale.¹⁷⁰
- (d) Såfremt SAPL ikke levede op til deres betalingsforpligtelser, kunne det resultere i opsigelse af aftalen, og dermed ville SAPL miste rettighederne til varemærkerne og øvrige rettigheder. Derfor mente dommeren, at det kan udledes, at licensen var direkte forbundet til betalingerne ydet af SAPL.¹⁷¹

Dommeren konkluderede på baggrund af ovenstående, at betalingerne i nogen grad udgjorde vederlag for anvendelse eller retten til at anvende de relevante varemærker og øvrige immaterielle aktiver.¹⁷²

Det blev anført, at der ved salg af koncentratet altid medfulgte en licens til anvendelse af de relevante varemærker. Dommeren fremhævede, at dette var overensstemmende med, at betalingerne fra SAPL

¹⁶⁵ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 243

¹⁶⁶ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 244

¹⁶⁷ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 245

¹⁶⁸ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 245

¹⁶⁹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 245

¹⁷⁰ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 245

¹⁷¹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 245

¹⁷² (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 246

til PepsiCo og SVC i nogen grad udgjorde vederlag for anvendelsen af varemærkerne og øvrige immaterielle rettigheder.¹⁷³

Desuden anførte dommeren også, at Pepsi-brandet er et af de mest værdifulde brands indenfor drikkevarebranchen, men at også Mountain Dew og Gatorade er stærke og værdifulde brands. Dommeren vurderede derfor, at det ville være overraskende, hvis der blev givet licens til disse varemærker uden vederlag herfor. Dette talte derfor også ifølge dommeren for, at betalingerne i nogen grad udgjorde vederlag for varemærkerne og øvrige immaterielle rettigheder.¹⁷⁴

Dommeren mente ikke, at det er afgørende, at SVC EBA'en beskriver licensen som "royaltyfri", da det følger af DBO'ens art. 12, stk. 4 og ITAA s 6(1), at det ikke er afgørende for kvalificeringen af betalingen, hvordan parterne beskriver denne i aftalen.¹⁷⁵

PepsiCo fremhævede, at kommissæren mente, at der er tale om en royaltybetaling blot fordi, der gives licens til anvendelse af værdifulde immaterielle aktiver, samt at kommissæren vælger at overse selve forpligtelsen til at betale og dermed ikke anerkender den grundlæggende aftale.¹⁷⁶

Dommeren anfægtede dette og anførte, at resultatet er baseret på en analyse af EBA'ernes vilkår i en forretningsmæssig og kommerciel kontekst.¹⁷⁷

Dommeren konkluderede dermed, at betalingerne fra SAPL i henhold til EBA'erne i nogen grad udgjorde vederlag for retten til at anvende varemærkerne omfattet af DBO'ens art. 12(4)(a) og (b) og ITAA s 6(1).¹⁷⁸

Den næste problemstilling som dommeren tog stilling til var, hvorvidt betalingerne var indtægter, som PepsiCo eller SVC havde retten til i medfør af ITAA s 128(2B)(a) og DBO'ens art. 12.¹⁷⁹

PepsiCo udtalte, at PBS er en separat juridisk person, og at anse betalinger for at være overført direkte til PepsiCo og SVC er at underkende dette faktum. Til denne bemærkning fastslog dommeren, at han anerkendte, at PBS og PepsiCo er separate juridiske personer, men at dette ikke ændrer på, at PepsiCo var berettiget til betalingerne i medfør af EBA'erne, selvom PBS var udnævnt som sælger.¹⁸⁰

Dommeren anførte, at PepsiCo og SVC var berettiget til at modtage betalingerne af SAPL efter EBA'erne. Dette skyldes, at PepsiCo og SVC var parter i EBA'erne, og at det fulgte af EBA'erne, at SAPL's betalingsforpligtelser var til PepsiCo og SVC. PBS var ikke en del af EBA'erne på trods af, at

¹⁷³ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 247

¹⁷⁴ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 248

¹⁷⁵ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 249

¹⁷⁶ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 239

¹⁷⁷ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 250 og 251

¹⁷⁸ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 252

¹⁷⁹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 253

¹⁸⁰ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 257

de var udnævnt som sælger af koncentratet. På baggrund af den konstruktion fandt dommeren, at den relevante del af betalingen må anses som indtægt modtaget af PepsiCo og SVC.¹⁸¹

Den sidste problemstilling var, hvorvidt de relevante dele af betalingerne kunne henføres til PepsiCo og SVC efter ITAA s 128A(2).¹⁸²

Det følger af ITAA s 128A(2), at royaltybetalinger skal anses for at være betalt af en person til en anden person, selvom den i praksis ikke bliver betalt til denne anden person, når en person behandler betalingen på vegne af denne anden person eller behandler betalingen efter den anden persons anvisning.¹⁸³

Dommeren mente, at betalingerne skulle anses som erlagt til PepsiCo og SVC, selvom betalingerne blev betalt fra SAPL til PBS. Dette begrundede dommeren med, at PepsiCo og SVC havde retten til betalingerne efter EBA'erne, og at PBS blot håndterede betalingerne på vegne af PepsiCo og SVC efter PepsiCo's anvisning. Dermed fandt dommeren, at betalingerne skulle anses som at være betalt direkte af SAPL til PepsiCo og SVC, jf. ITAA s 128A(2).¹⁸⁴

Dommeren konkluderede, at betalingerne fra SAPL til PBS delvist udgjorde royaltybetalinger for anvendelsen af relevante varemærker og andet IP ejet af PepsiCo og SVC, jf. ITAA s. 128B(2B)(a) og den amerikansk-australske DBO's art. 12. Betalingerne blev anset for at være betaling direkte fra SAPL til PepsiCo og SVC, jf. ITAA s. 128A(2). Dommeren fandt herefter, at 5,88 % procent af SAPL's nettoomsætning for salg af de relevante produkter udgjorde en royalty, som SVC og PepsiCo skulle betale 5 % kildeskat af.¹⁸⁵

Dommeren konkluderede yderligere, at hvis ikke betalingerne var blevet anset som royalties, ville disse skulle beskattes efter den australske Diverted Profits Tax-bestemmelse (herefter DPT). Dette havde medført en beskatning på 40 % i stedet for kildeskatten på 5%. Dette vil blive behandlet i afhandlingens afsnit 6.¹⁸⁶

5.1.2. PepsiCo-dommen i et dansk perspektiv

Royaltybestemmelsen i den amerikansk-australske DBO's art. 12 minder i det væsentligste om modeloverenskomstens art. 12, og de omfatter begge betalinger af enhver art for anvendelsen eller retten til at anvende en række immaterielle aktiver, herunder varemærker, som behandles i denne dom. Dommen vurderes derfor at kunne bidrage til fortolkningen af modeloverenskomsten.

¹⁸¹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 255

¹⁸² (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 262

¹⁸³ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 261

¹⁸⁴ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 264-265

¹⁸⁵ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 18

¹⁸⁶ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 466

Den væsentligste forskel i bestemmelsen er, at det følger af stk. 1, at der pålægges kildeskat på royaltybetalinger foretaget fra en, der er hjemmehørende i den ene stat til en, der er hjemmehørende i den anden stat. Af bestemmelsens stk. 2 følger det, at beskatningen ikke må overstige 5 % af bruttobeløbet af royaltybetalingerne.

I SVC EBA'en gives en royaltyfri licens, mens PepsiCo EBA'en ikke indeholder en eksplicit aftale om licens til deres immaterielle rettigheder. Selvom aftalen er mellem uafhængige parter, lægger dommeren til grund, at denne aftale indeholder en indforstået licens til anvendelse af de immaterielle aktiver, da det ellers ikke ville være muligt at sælge og distribuere under PepsiCo's varemærke. Dommeren ser altså her på de reelle omstændigheder i stedet for aftalegrundlaget for at klassificere betalingen.

Som beskrevet i afsnit 4 kan skatteforvaltningen foretage en skattemæssig korrektion, når parterne ikke har modstående skattemæssige interesser. Det forventes, at skatteforvaltningen ligesom de australske skattemyndigheder ville kunne foretage en skattemæssig korrektion, når aftalen ikke stemmer overens med dens reelle indhold og økonomi. Det ville i denne forbindelse også fremstå uhensigtsmæssigt og urimeligt, hvis blot parterne kunne undgå dansk kildeskat ved enten at give en "royaltyfri" licens eller ved ikke at forholde sig eksplicit til de immaterielle aktiver.

Dommeren lagde i PepsiCo-afgørelsen vægt på, at ordlyden i den amerikansk-australske DBO's art. 12 omfatter enhver betaling, som er vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende et immateriel aktiv, uanset hvordan betalingen beskrives i aftalen. Det var derfor uden betydning for royaltybeskatningen, at licensen i PepsiCo EBA'en var angivet som "royaltyfri", og at licensen i SVC EBA'en var underforstået. Aftalerne blev i stedet vurderet ud fra deres kommercielle og forretningsmæssige kontekst, herunder at der normalt ville gives vederlag for udnyttelse af de værdifulde brands ejet af PepsiCo og SVC, og at SAPL i begge aftaler ville miste rettigheden til anvendelsen af de relevante varemærker i tilfælde af væsentlig misligholdelse.

Denne behandling virker umiddelbart overensstemmende med ordlyden i KSL § 65 C, stk. 4 samt modeloverenskomstens art. 12, stk. 2, som begge også omfatter betalinger af enhver art. Det vurderes, at lignende omstændigheder, ville føre til det samme resultat efter dansk ret.

Det fremhæves i dommen, at den amerikansk-australske DBO's art. 12 ordlyd omfatter "betalinger og kreditter af enhver slags", og at dette må betyde, at hvordan betalingen beskrives i aftalen er uden betydning for vurderingen af, om der foreligger en royaltybetaling. "*Betalinger af enhver art*" fremgår, som nævnt i afsnit 5.1, også af ordlyden i KSL § 65 C, stk. 4, og modeloverenskomstens art. 12, stk. 2. Denne fortolkning af ordlyden virker umiddelbart korrekt, særligt med henblik på kommentarerne til modeloverenskomsten, hvor det fremgår af pkt. 8.3, at ordet betaling skal forstås bredt, men også pkt. 11.6, hvor det fremgår, at de enkelte dele af kontrakten skal undergives en korrekt skattemæssig behandling. En aftales betegnelser vurderes ikke at have betydning for vurderingen af, om embedded

royalties skal beskattes.

I dommen blev der også lagt vægt på, at en betaling kan være vederlag for flere aftalekomponenter, da den amerikansk-australske DBO's art. 12 indeholder vendingen *"to the extent to which"*. Hverken royaltybestemmelsen i KSL § 65 C eller modeloverenskomstens art. 12 indeholder en lignende vending. Det fremgår dog, som tidligere beskrevet af kommentaren til modeloverenskomstens art. 12, pkt. 11.6, at der skal foretages en rimelig opdeling af vederlaget. Det vurderes derfor, at det samme ville gøre sig gældende efter dansk ret.

Kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, stk. 2, pkt. 11.6 blev behandlet den 3. oktober 2013 i the Central Economic Administrative Tribunal (herefter CEAT) i Spanien (herefter den spanske drikkevareafgørelse).¹⁸⁷

5.1.3 Den spanske drikkevareafgørelse

X, som er et spansk hjemmehørende selskab, indgik en aftale med ABCD C, som er et amerikansk hjemmehørende selskab, hvor ABCD C tillader X at anvende dets varemærke til at producere, pakke, distribuere og sælge drikkevarer indenfor et afgrænset geografisk område.¹⁸⁸

X indgik i samme periode en aftale med W, som er et schweizisk hjemmehørende selskab, hvor W ligeledes tillod X at anvende dets varemærke til at producere, pakke, distribuere og sælge drikkevarer.¹⁸⁹

I begge aftaler fik X retten til at anvende relevante varemærker, etiketter, designs, indpakning og andre immaterielle aktiver uden at skulle betale en royalty for anvendelsen. Yderligere forpligtede X sig i den første aftale til at anvende bestemte koncentratrater og udelukkende købe dem fra henholdsvis ABCD C, tilknyttede selskaber eller sælgere autoriseret af ABCD C. I den anden aftale forpligtede X sig også til at anvende bestemte koncentratrater og udelukkende købe dem fra W. I begge aftaler havde distributøren retten til at fastsætte pris og vilkår for salget af koncentratraterne.¹⁹⁰

De spanske skattemyndigheder anså, på trods af aftalerne om royaltyfri anvendelse, en del af købesummen for koncentratet som vederlag for anvendelsen af varemærker. Dette medførte en royaltybeskatning for X.¹⁹¹

Betalingen i den første aftale fra X til ABCD C blev overført til et af ABCD C's datterselskaber, som lå i et land, som Spanien ikke havde en DBO med, og som de spanske skattemyndigheder desuden anså som et skattely. Betalingen blev derfor skattepligtig efter de spanske regler om beskatning af

¹⁸⁷ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013)

¹⁸⁸ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 2)

¹⁸⁹ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 2)

¹⁹⁰ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 2)

¹⁹¹ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 2)

ikke-hjemmehørende, jf. TRLIRNR art. 25.¹⁹²

Betalingen i den anden aftale fra X til schweizisk hjemmehørende W var omfattet af den spansk-schweiziske DBO og blev efter dennes art. 12 kildelandsbeskattet i Spanien med 5 %.¹⁹³

Den skattepligtige påklagede afgørelsen og argumenterede for, at aftalen ikke indeholdt en betaling for anvendelsen af et varemærke.¹⁹⁴

CEAT lagde vægt på, at der af aftalen fremgik, at betalingen er en royaltyfri licens for anvendelsen af et varemærke.¹⁹⁵ Yderligere at aftalen skal følges, hvis intentionen med aftalen er klar for de involverede parter, jf. Civil Code art. 1281.¹⁹⁶ CEAT lagde vægt på, at skatteforpligtelser skal afspejle de reelle omstændigheder omkring aftalen, og ikke hvordan aftaleparterne kvalificerer omstændighederne, jf. GLT art. 13. De faktiske omstændigheder skal, uagtet hvad der står i aftalen, altså lægges til grund, når skattemyndigheden skal kvalificere en betaling.¹⁹⁷

CEAT fandt det ikke logisk, at X ikke betalte for brugen af varemærkerne, men derimod betalte en overpris for koncentratet sammenlignet med dets objektive værdi.¹⁹⁸

CEAT fremhævede, på trods af at der er tale om uafhængige parter, at betaling for brugen af immaterielle rettigheder mellem afhængige parter kan indeholdes i den samlede betaling, men at der skal beregnes en armslængde royalty i de tilfælde, hvor der pålægges kildelandsbeskatning på royalties, jf. OECD transfer pricing guidelines daværende pkt. 6.17. Yderligere henviste CEAT til, at der i blandede kontrakter skal foretages en rimelig fordeling af købesummen, jf. pkt. 11.6 i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst art. 12.¹⁹⁹

CEAT anførte, at aftaleparterne var klar over, at aftalen indeholdt både en distributionskontrakt og en varemærkekontrakt, da det af aftalegrundlaget fremgik, at X ikke ville være i stand til at udføre distributionen af drikkevarerne i henhold til aftalen uden autorisation til at anvende varemærket²⁰⁰. CEAT lagde yderligere vægt på, at det af aftalen fremgik, at ABCD C skulle afholde 50 % af reklameudgifterne, og at reklamerne var for brandet og ikke for produktet.²⁰¹

5.1.4 Den spanske drikkevareafgørelse i et dansk perspektiv

¹⁹² (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 2)

¹⁹³ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 2)

¹⁹⁴ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 2)

¹⁹⁵ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 20)

¹⁹⁶ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 20)

¹⁹⁷ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 21)

¹⁹⁸ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 21)

¹⁹⁹ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 23-24)

²⁰⁰ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 24)

²⁰¹ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013, s. 25)

Royaltybestemmelsen i den spansk-schweiziske DBO's art. 12, stk. 3²⁰² er identisk med modeloverenskomstens art. 12, stk. 2.

CEAT lægger vægt på, ligesom i PepsiCo-dommen, at det ville være bemærkelsesværdigt, hvis ikke der blev givet et vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende varemærker. CEAT lægger her til vægt på pkt. 11.6 i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst art. 12, stk. 2 om rimelig fordeling af betalingen, hvorfor der skal foretages en rimelig opdeling af vederlaget i forhold til kontraktens dele, som derefter skal undergives en korrekt skattemæssig behandling.

Det synes også klart at fremgå af pkt. 11.6, at udgangspunktet i blandede kontrakter er, at der skal ske en fordeling af vederlaget i forhold til det, der leveres ifølge kontrakten. At der skal foretages en rimelig fordeling af det fastsatte vederlag i blandede kontrakter, synes også at understøtte en skattemæssig kvalifikation af vederlaget.

Disse betragtninger forventes ligeledes at gøre sig gældende efter dansk ret.

5.1.5 Sammenfatning af blandede kontrakter

Det synes altså at være tilfældet i både PepsiCo-dommen og den spanske drikkevareafgørelse, at aftalebetegnelsen ikke er afgørende for den skattemæssige kvalifikation af betalingerne. I begge afgørelser gives der royaltyfrie licenser til anvendelsen af immaterielle aktiver til brug for forarbejdning og distribution af varer. At aftaleparterne giver en licens til royaltyfri benyttelse af deres immaterielle aktiver, findes i begge afgørelser at være uden betydning for royaltybeskatningen. I begge afgørelser lægges det til grund, at betalingen for de immaterielle aktiver har været indlejret i det samlede vederlag.

Det vurderes også, at der ved anvendelsen af KSL § 65 C og modeloverenskomstens art. 12 skal lægges vægt på den forretningsmæssige og økonomiske kontekst, og ikke blot den betegnelse som aftaleparterne har anvendt, når der skal foretages en skattemæssig kvalifikation, se hertil afsnit 4. Der kan ikke blot sættes en fiktiv lav betaling eller helt undlades at betale for anvendelsen af et immaterielt aktiv for at undgå kildeskat. Desuden kan det lægges til grund, at en betaling kan være for flere aftalekomponenter som følge af kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12 pkt. 11.6, hvorefter en rimelig fordeling skal ske.

Kommentarerne til modeloverenskomstens pkt. 11.6 er det tætteste der er på en betragtning om beskatning af embedded royalties mellem uafhængige parter efter overenskomsterne. Det vurderes, på baggrund af ordlyden af KSL 65 C, stk. 4 og modeloverenskomstens art. 12, stk. 2, som begge omtaler betalinger af "*enhver art*" samt den gennemgæede praksis, at aftaleparternes betegnelser er uden betydning for den skattemæssige kvalifikation af embedded royalties.

²⁰² (Spanien og Schweiz, 1966)

I PepsiCo-dommen og i den spanske drikkevareafgørelse anvendes ”skattefrie licenser” til de relevante immaterielle aktiver. Det vurderes, at selv i de tilfælde hvor parterne ikke forholder sig til en immateriel rettighed i aftalen, at dette heller ikke har indflydelse på beskatningen. Alle dele af en blandet kontrakt skal således, som det fremgår af kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12 pkt. 11.6, underlægges en korrekt skattemæssig behandling, hvor vederlaget fordeles rimeligt på alle aftalens elementer.

Undtagelsen til dette er, hvis en del af kontrakten er af underordnet og stort set ubetydelig karakter.

5.2 Af underordnet og stort set ubetydelig karakter

Som tidligere nævnt fremgår det af kommentarerne til modeoverenskomstens art. 12, stk. 2, pkt. 11.6, at hvis en del af det ydede klart er hovedformålet med kontrakten, og at de andre dele er af underordnet og stort set ubetydelig karakter, kan den skattemæssige behandling af hovedformålet anvendes på hele kontrakten. Dette er undtagelsen til udgangspunktet om rimelig fordeling af vederlaget, som er gennemgået ovenfor.

Dette er blandt andet behandlet i SKM2019.223.SR.²⁰³

5.2.1 Skatterådets bindende svar

Skatterådet har i et bindende svar, SKM2019.223.SR, taget stilling til spørgsmålet, om noget er af underordnet og stort set ubetydelig karakter i en blandet kontrakt.²⁰⁴

Selskabet H, som var hjemmehørende i Danmark, indgik management- og franchiseaftaler med en række hoteller i Tyrkiet.²⁰⁵

Managementaftalerne bestod af assistance og rådgivning i forbindelse med rekruttering, markedsføring, public relations, indkøb, sikkerhedsstandarder, IT og hotelindretning. Hertil fik hotellerne også adgang til koncernens reservationssystem. Hotellerne i Tyrkiet var desuden som følge af aftalen forpligtet til at anvende et af H's brands.²⁰⁶

Franchiseaftalerne bestod i det væsentligste af at give adgang til navn og logo samt adgang til koncernens reservationssystem. Herudover fik franchisetageren markedsføringsrådgivning. Franchiseaftalerne adskilte sig fra managementaftalerne ved, at der kun var et begrænset omfang af assistance og

²⁰³ (Skatterådets bindende svar af 26. marts 2019, j.nr. 18-1807740 - Royalties og tjenesteydelser, dobbeltbeskatning, 2019)

²⁰⁴ (Skatterådets bindende svar af 26. marts 2019, j.nr. 18-1807740 - Royalties og tjenesteydelser, dobbeltbeskatning, 2019)

²⁰⁵ (Skatterådets bindende svar af 26. marts 2019, j.nr. 18-1807740 - Royalties og tjenesteydelser, dobbeltbeskatning, 2019)

²⁰⁶ (Skatterådets bindende svar af 26. marts 2019, j.nr. 18-1807740 - Royalties og tjenesteydelser, dobbeltbeskatning, 2019)

rådgivning.²⁰⁷

Franchiseaftalen bestod af to typer betalinger. Den første betaling var en ”franchise fee”, som indeholdt to elementer. Det ene element var en betaling for drift, vedligeholdelse og videreudvikling af et fælles reservationssystem. Det anden element var betaling for fælles markedsføring, salg, reklame og promovering. Den anden betaling var en ”royalty fee”, som betales af hotelejerne til spørgeren for anvendelsen af en række kendetegn, herunder logoer og varemærker.²⁰⁸

Sagens femte spørgsmål var om de ”franchise fees”, der blev betalt i medfør af franchiseaftalen, skulle karakteriseres som royaltybetalinger efter DBO’ens art. 12.²⁰⁹

Skattestyrelsen vurderede, at hovedformålet med aftalen var at give adgang til anvendelse af navn og logo samt adgang til et fælles reservationssystem. Skattestyrelsen anførte, at betalingerne for anvendelse af spørgers varemærke er omfattet af DBO’ens art. 12. Skattestyrelsen påpegede, at betalinger, der udgør vederlag for flere ydelser, skal brydes op og dermed fordeles i forskellige indkomstkategorier efter kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, pkt. 11.6. Skattestyrelsen fremhævede yderligere, at det ikke er nødvendigt at bryde betalingerne op, såfremt det ene element er helt underordnet i forhold til det øvrige i aftalen efter kommentarerne til modeloverenskomsten art. 12, pkt. 11.6.²¹⁰

Skattestyrelsen vurderede, at ”royalty fees” skulle behandles som en royalty efter DBO’ens art. 12, men at ”franchise fees” skulle anses som vederlag for tjenesteydelser, som skulle behandles som erhvervsindkomst efter DBO’ens art. 7. Skattestyrelsen fandt grundet vederlagsstørrelsen for tjenesteydelserne, at de ikke kunne anses som at være af helt underordnet betydning i forhold til royaltybetalingen, og dermed kunne spørgeren ikke karakterisere hele betalingen som en royaltybetaling. Skatterådet tiltrådte Skattestyrelsens indstilling og begrundelse.²¹¹

5.2.2 Fortolkning af det bindende svar

Aftalerne i det bindende svar var omfattet af den dansk-tyrkiske DBO. Royaltybestemmelsen i den dansk-tyrkiske DBO er art. 12, stk. 3.²¹² Der er enkelte forskelle mellem modeloverenskomstens art.

²⁰⁷ (Skatterådets bindende svar af 26. marts 2019, j.nr. 18-1807740 - Royalties og tjenesteydelser, dobbeltbeskatning, 2019)

²⁰⁸ (Skatterådets bindende svar af 26. marts 2019, j.nr. 18-1807740 - Royalties og tjenesteydelser, dobbeltbeskatning, 2019)

²⁰⁹ (Skatterådets bindende svar af 26. marts 2019, j.nr. 18-1807740 - Royalties og tjenesteydelser, dobbeltbeskatning, 2019)

²¹⁰ (Skatterådets bindende svar af 26. marts 2019, j.nr. 18-1807740 - Royalties og tjenesteydelser, dobbeltbeskatning, 2019)

²¹¹ (Skatterådets bindende svar af 26. marts 2019, j.nr. 18-1807740 - Royalties og tjenesteydelser, dobbeltbeskatning, 2019)

²¹² (Skatterådets bindende svar af 26. marts 2019, j.nr. 18-1807740 - Royalties og tjenesteydelser, dobbeltbeskatning, 2019)

12 og den dansk-tyrkiske DBO's art. 12, herunder at royalties også inkluderer betalinger for anvendelsen af eller retten til at anvende industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr og at kildelandet kan beskattes med op til 10 % – se hertil SU 1993, 322.²¹³

På trods af forskellene er der intet, der indikerer, at der er forskel i selve vurdering af, om en betaling skal anses som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende et immaterielt aktiv.

Skatterådet anvender i denne afgørelse kommentarerne til modeloverenskomsten til at fortolke den dansk-tyrkiske DBO. Ydermere henvises der til lovforslag 207 af 18. februar 1987, hvor det fremgår, at royaltybegrebet i KSL § 65 C, stk. 4, foreslås defineret i overensstemmelse med modeloverenskomstens art. 12. Der henvises endvidere til DJV afsnit C.F.8.2.2.12.1.1, hvor det fremgår, at Danmark som kildeland kun har intern hjemmel til at beskattes de royalties, der fremgår af KSL § 65 C, stk. 4.

Det bindende svar illustrerer, hvordan kommentarerne til modeloverenskomsten anvendes til at tolke danske DBO'er. Afgørelsen viser yderligere, at størrelsen på vederlaget har betydning i vurderingen af, om en komponent kan anses for at være af underordnet og stort set ubetydelig karakter i forhold til en hovedydelse i en blandet kontrakt.

Lignende problemstillinger er behandlet i to indiske afgørelser vedrørende Hyatt og Sheraton.²¹⁴

5.2.3 Hyatt-dommen

The High Court of New Dehli traf den 22. december 2023 afgørelse vedrørende hotelkæden Hyatt.²¹⁵

Hyatt International Southwest Asia Ltd (herefter Hyatt) er et selskab hjemmehørende i de Forenede Arabiske Emirater. Hyatt havde indgået en "Strategic Oversight Services Agreements" (herefter SOSA-aftalerne) med henholdsvis Asian Hotels Limited i Delhi og et hotel i Mumbai. Begge aftaler havde en ordlyd, der i det væsentligste var enslydende.²¹⁶ Hyatt ydede efter SOSA-aftalerne services vedrørende strategisk planlægning og knowhow, der skulle sikre hotellernes udvikling, og at de blev drevet som et effektivt og internationalt full-service hotel.²¹⁷ Hyatt havde ikke angivet nogen royalty-indkomst.²¹⁸ Hyatt begrundede dette med, at betalingen var vederlag for tekniske ydelser, og at der ikke var en bestemmelse i den UAE-indiske DBO, der behandlede beskatningsretten af dette.²¹⁹ De indiske skattemyndigheder var uenige i, at der var tale om vederlag for tekniske ydelser. Skattemyndighederne mente, at der forelå en royaltybetaling, da der var en IP-komponent i aftalen, som skulle

²¹³ (Rasmussen, 1993)

²¹⁴ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023) og (Acit, Circle-3(1)(2), International ... vs Sheraton Overseas Management , 2024)

²¹⁵ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023)

²¹⁶ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 1 og 9

²¹⁷ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 11

²¹⁸ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 13

²¹⁹ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 14

beskattes efter DBO'ens art. 12. IP-komponenten var, at Hyatt gav adgang til deres viden, evner, erfaringer, drift og ledelsesinformation samt dertilhørende teknologier.²²⁰ Hyatt gjorde indvending mod afgørelsen, og udtalte at ydelserne skulle anses som konsulenttydelser.²²¹ Hyatt anførte endvidere, at Skattemyndighedernes behandling var forkert, fordi den byggede på en forkert forudsætning om, at der var betalinger for *"Know-how, skill, experience, commercial information and other intangibles"*.²²²

Det fremgår af ordlyden af SOSA-aftalerne, at Hyatt havde: *"complete control and discretion with respect to all aspects or operations of the hotel"*, og at de var *"totally involved in the maintenance and operation of running hotels even allowing the owner a very minimal role"*. Hyatt anførte, at der var begået en fejl ved udelukkende at se på aftalens ordlyd. Hotelejerne havde samtidigt med, at de indgik i SOSA-aftalerne, indgået en *"Hotel Operation Services Agreement"* (herefter HOSA-aftalen). HOSA-aftalen var indgået med Hyatt India Consultancy Pvt. Ltd. (herefter Hyatt Indien). Hyatt Indien varetog den daglige assistance til ledelsen og gav desuden teknisk assistance til driften af hotellet. Hyatt anførte, at SOSA-aftalerne skulle læses i sammenhæng med HOSA-aftalen, da dette ville vise, at Hyatt ikke varetog den daglige ledelse, administration, finans og øvrige aspekter.²²³ SOSA-aftalerne og HOSA-aftalen havde tidligere været del af en samlet aftale.²²⁴

Dommen bestod af fire spørgsmål, hvor det første spørgsmål omhandler problemstillingen om, hvorvidt en del af betalingerne under SOSA-aftalerne skulle beskattes som royalties.²²⁵ De øvrige spørgsmål er ikke relevante i forhold til afhandlingens problemformulering.

Hyatt argumenterede for, at SOSA-aftalerne gav ejerne tilladelse til at anvende viden og information til hoteldriften, hvorfor dette måtte anses som *"incidental"* (tilfældig) og *"ancillary"* (understøttende) i forhold til de ydede tjenester. Når anvendelse af en immateriel ret kun er *"incidental"* og *"ancillary"*, kan vederlaget ikke anses for at udgøre en royaltybetaling.²²⁶

Dommeren lagde vægt på, at det fulgte af SOSA-aftalernes art. III, sektion 3, at Hyatt skulle give ejeren og andre ansatte deres viden, evner, erfaringer, drifts- og ledelsesmæssig information og associeret teknologi relateret til international og luksuriøs hotelvirksomhed. I SOSA-aftalerne var dette beskrevet som knowhow. Det var dog gjort klart i SOSA-aftalerne, at denne knowhow var givet for at fremme tilsynet og den strategiske planlægning, der skulle leveres til gavn for hotellet.²²⁷

²²⁰ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 16

²²¹ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 19.3

²²² (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 19.3

²²³ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 26

²²⁴ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 45

²²⁵ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 8

²²⁶ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 28

²²⁷ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 62

Dommeren anførte, at det fulgte af SOSA-aftalerne, at de skulle leve op til ”Hyatt Operating Standards”. I den forbindelse ydede Hyatt som følge af SOSA-aftalerne strategisk planlægning for hotellets drift og retningslinjer, således de levede op til disse standarder. Dette indebar, at Hyatt bl.a. skulle formulere og etablere politikker, processer og assistere med rekruttering. Desuden skulle Hyatt stå for branding, marketing og produktudvikling.²²⁸

Dommeren vurderede, at det sammenfattende kunne siges, at Hyatt var forpligtet til at levere en række serviceydelser indenfor området strategisk planlægning og opfyldelse af ”Hyatt Operating Standards” samt at dække alle øvrige aspekter af hoteldriften.²²⁹

Dommeren fremhævede, at det var af materiel betydning, at Hyatt ikke stod for den daglige drift af hotellet. Dette blev gjort af et relateret selskab ved navn Hyatt India efter HOSA-aftalen. Hyatt India var forpligtet til at drifte hotellet jf. de politikker Hyatt havde udarbejdet.²³⁰ Hyatt var forpligtet til at føre opsyn med implementeringen heraf.²³¹

Dommeren anførte, at det var klart, at der ikke var tale om et vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende en proces eller information vedrørende kommerciel eller videnskabelig erfaring. Vederlaget var for de serviceydelser, de leverede efter SOSA-aftalerne.²³²

Dommeren vurderede, at betalingerne heller ikke kunne anses som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende ethvert design, model, proces samt information vedrørende kommerciel og videnskabelig erfaring, som Hyatt havde ydet efter SOSA-aftalerne. Disse immaterielle rettigheder skulle anses som ”incidental” til anvendelsen af de øvrige ydelser, som Hyatt udførte. Dommeren begrundede dette resultat med, at den forpligtelse Hyatt havde påtaget sig om at give adgang til oplysninger, skreven viden, evner og erfaringer var til støtte for de øvrige ydelser Hyatt udførte efter SOSA-aftalerne. Dette blev anset som en ”incidental” anvendelse af de immaterielle rettigheder i forhold til ydelsen, som dermed ikke kunne royaltybeskattes efter den UAE-indiske DBO’s art. 12.²³³

Vederlagene i henhold til SOSA-aftalerne skulle anses som erhvervsindkomst.²³⁴

5.2.4 Hyatt-dommen i et dansk perspektiv

Af den UAE-indiske DBO’s art. 12 fremgår det, at royalties er *“payments of any kind recieved as a consideration for the use of, or the right to use”*.²³⁵ Ordlyden minder om den i modeloverenskomsten og indeholder vendingen om enhver betaling for retten til at anvende bl.a. varemærker kommerciel og

²²⁸ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 49-52

²²⁹ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 53-54

²³⁰ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 59

²³¹ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 60

²³² (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 63

²³³ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 64

²³⁴ (HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , 2023), Præmis 67

²³⁵ (De Forenede Arabiske Emirater og Indien, 2007), art. 12

videnskabelig erfaring, hvorfor dommen kan anvendes som et fortolkningsbidrag til anvendelsen modeloverenskomstens art. 12.

Dommen viser, at når der i forbindelse med levering af tjenesteydelser gøres brug af knowhow mv., som udelukkende stilles til rådighed som en integreret del af tjenesteydelserne, vil en sådan tilrådhedsstillelse af immaterielle aktiver kun være ”incidental” og dermed ikke give anledning til royaltybeskatning i henhold til DBO’erne.²³⁶

Det blev yderligere fremhævet, at de immaterielle aktiver som Hyatt efter aftalen leverede, kun blev leveret for at fremme de ydelser, som blev leveret i henhold til SOSA-aftalerne.

Af kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, pkt. 11.6 fremgår det, som tidligere beskrevet, at der som udgangspunkt skal ske en opdeling af vederlaget i blandede kontrakter, og de enkelte dele af kontrakten skal derefter undergives den korrekte skattemæssige behandling. I denne afgørelse ville dette betyde, at anvendelse af immaterielle aktiver som varemærker og knowhow skulle henføres til royaltyindtægt. Dog følger det også af pkt. 11.6, at hvis en del af det ydede klart er hovedformålet, og de øvrige dele af aftalen må anses for at være af underordnet og stort set ubetydelig karakter, så skal kontrakten ikke adskilles. Dette medfører, at hele vederlaget skal skattemæssigt behandles ligesom hovedformålet med kontrakten.

Som gennemgået i afsnit 3.2.2.1 behandles sondringen mellem levering af knowhow og levering af ydelser i kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, stk. 2, pkt. 11-11.5. Det fremgår, at det i praksis er svært at sondre mellem levering af knowhow og levering af en ydelse, men at det overordnet set skal vurderes, hvorvidt leverandøren har forpligtet sig til at anvende knowhow i forbindelse med ydelsen, eller om der sker en decideret overførsel af særlig viden, dygtighed eller ekspertise. Her til nævnes betalinger for rent teknisk assistance som et eksempel på en ren ydelse, hvor knowhow udnyttes, men ikke overføres.

Betragtningerne i dommen synes derfor at være overensstemmende med opfattelsen, som findes i kommentarerne til modeloverenskomsten, og derfor vurderes det, at en dansk domstol ville kunne komme frem til et lignende resultat.

Dommen bidrager ikke direkte til forståelsen af, hvornår der foreligger embedded royalties, men den giver en forståelse for omfanget af royaltybegrebet. Den giver et indblik i, hvornår anvendelsen af eller retten til at anvende knowhow kan anses for at være ”incidental” i forhold til en leveret tjenesteydelse, og at en sådan brug af immaterielle aktiver ikke giver anledning til royaltybeskatning efter dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.²³⁷

²³⁶ (Bundgaard, Taxo.2024.03, 2024)

²³⁷ (Bundgaard, Taxo.2024.03, 2024)

En lignende problemstilling blev behandlet i den indiske afgørelse af 13. februar 2024 fra Income Tax Appellate Tribunal – Delhi (herefter ITAT) vedrørende Sheraton Inc.²³⁸

5.2.5 Sheraton-afgørelsen

Det amerikanske selskab Sheraton Inc., som er hjemmehørende i USA, havde gennem en årrække ydet diverse marketingsydelser for en række selskaber, der drev hotelvirksomhed og som havde hjemmehør i Indien.²³⁹

I forbindelse med marketingsaftalerne fik de indiske selskaber desuden retten til at anvende Sheratons navn og varemærke. En del af begrundelsen for at gøre varemærket og navnet til en del af aftalen var at promovere Sheraton hotel-varemærket, hvilket var i alle parter interesse, da det var gensidigt fordelagtigt for alle hoteller, der anvendte varemærket globalt.²⁴⁰

Spørgsmålet i sagen var, om de betalinger som Sheraton Inc. modtog, var for levering af ydelser, der skulle betragtes som "Fees for included services" (herefter FIS).²⁴¹ FIS er defineret i indisk lov og i den amerikansk-indiske DBO's art. 12(4) som betaling for services, der er "ancillary" (understøttende) og "subsidiary" (underordnet) til en aftale om anvendelse af eller retten til at anvende en immateriel rettighed.²⁴² FIS behandles skattemæssigt på samme måde som royaltybetalinger, jf. den amerikansk-indiske DBO's art. 12(1) og 12(2).²⁴³ Det skulle derfor i sagen vurderes, om betalingen for levering af ydelser skulle betragtes som FIS, og om hele ydelsen derfor skulle beskattes som en royaltybetaling.

ITAT anførte, at når det skal vurderes, om ydelserne er "ancillary" og "subsidiary" skal der lægges vægt på følgende:

1. om ydelserne letter den effektive anvendelse af den immaterielle ret, som beskrevet i art. 12(3)
2. om sådanne ydelser sædvanligvis ydes som en del af en aftale om retten til at anvende et immaterielt aktiv
3. om betalingen for ydelserne udgør en ubetydelig del af det samlede vederlag
4. om betalingerne for ydelserne og royaltybetalingerne er i en samlet eller separate kontrakter og
5. om ydelsen er stillet rådighed for en beslægtet juridisk person²⁴⁴

ITAT fandt, at selskabernes aftale havde et formål om at skabe en marketingsaftale, der var fordelagtig for alle parter i aftalen. Dommeren vurderede i den forbindelse, at enhver anden del af aftalen

²³⁸ (Acit, Circle-3(1)(2), International ... vs Sheraton Overseas Management , 2024, s. 1)

²³⁹ (Acit, Circle-3(1)(2), International ... vs Sheraton Overseas Management , 2024, s. 2)

²⁴⁰ (Acit, Circle-3(1)(2), International ... vs Sheraton Overseas Management , 2024, s. 9)

²⁴¹ (Acit, Circle-3(1)(2), International ... vs Sheraton Overseas Management , 2024, s. 1)

²⁴² (Acit, Circle-3(1)(2), International ... vs Sheraton Overseas Management , 2024, s. 11)

²⁴³ (USA og Indien), art. 12

²⁴⁴ (Acit, Circle-3(1)(2), International ... vs Sheraton Overseas Management , 2024, s. 12-13)

måtte anses for understøttende og sekundær. Dommeren anførte, at rationalet bag at give hotellerne ret til at anvende Sheratons navn og varemærke ikke kun var, at det hjalp Sheraton med at stille deres marketingsydelser til rådighed, men også at det ville hjælpe dem i deres aftaler med øvrige hoteller i andre lande.²⁴⁵

ITAT påpegede, at de fleste af sagens momenter ikke taler for, at transaktionen kunne anses som en FIS-transaktion. Dette med den begrundelse, at de ydelser Sheraton leverer, ikke gør det nemmere at anvende deres varemærke. Yderligere at Sheraton ikke leverer ydelser, der traditionelt leveres som del af en aftale om anvendelse af et immaterielt aktiv. Endvidere blev det fremhævet, at vederlaget for marketingsydelserne ikke kunne anses som at være ubetydelige, da vederlaget for marketingsydelserne var større end for licensen. Til sidst fandt ITAT heller ikke, at vederlaget skal anses som en samlet betaling for licensen og marketingsydelserne. Betalingerne var ikke under én kontrakt, og kontrakterne var i øvrigt ikke beslægtede. Dermed konkluderede ITAT, at der ikke var tale om en FIS-transaktion.²⁴⁶

ITAT konkluderede dermed, at Sheraton ikke modtager et vederlag under deres marketingsaftale, der kan betragtes som FIS efter DBO'ens art. 12(4)(a) eller 12(4)(b). Derfor skulle vederlagene for ydelserne behandles som erhvervsindkomst og ikke som royalties.²⁴⁷

5.2.6 Sheraton-afgørelsen i et dansk perspektiv

En ydelse, som er ”ancillary” og ”subsidiary” i en aftale om anvendelsen af eller retten til at anvende en immateriel rettighed, vil være underlagt royaltybeskatning efter den amerikansk-indiske DBO's art. 12(2). Dette minder i høj grad om de betragtninger, der fremgår af kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, stk. 2, pkt. 11.6., hvorefter momenterne i denne afgørelse vurderes at kunne anvendes som et fortolkningsbidrag.

Sheraton-afgørelsen behandler ligeledes problemstillingen om blandede kontrakter. I afgørelsen lægges der vægt på, at de marketingsydelser, som Sheraton leverer, ikke betragtes som ”ancillary” og ”subsidiary” i forhold til hovedydelsen om levering af varemærket, hvorfor marketingsydelserne skulle beskattes som erhvervsindkomst. I afgørelsen er der to aftaler, hvorfor det også synes naturligt, at vederlaget skal opdeles, ligesom der som udgangspunkt skal ske en opdeling af vederlaget efter pkt. 11.6 i kommentarerne, medmindre en del af ydelsen er af underordnet og stort set ubetydelig karakter.

Momenterne, som ITAT vurderer, at der skal lægges vægt på, er funktion, om ydelsen sædvanligvis ydes som en del af en aftale, den forholdsmæssige pris, kontraktens udformning, samt om der er tale

²⁴⁵ (Acit, Circle-3(1)(2), International ... vs Sheraton Overseas Management , 2024, s. 9)

²⁴⁶ (Acit, Circle-3(1)(2), International ... vs Sheraton Overseas Management , 2024, s. 12-13 og 21)

²⁴⁷ (Acit, Circle-3(1)(2), International ... vs Sheraton Overseas Management , 2024, s. 21)

om beslægtede juridiske personer. Disse momenter forventes også at kunne tillægges betydning i vurderingen af beskatning af embedded royalties efter KSL § 65 C og modeloverenskomstens art. 12.

5.2.7 Sammenfatning af underordnet og stort set ubetydelig karakter

I forbindelse med vurderingen af om embedded royalties kan beskattes efter dansk ret begrænset af danske DBO'er skal det vurderes, hvad der falder ind under formuleringen "underordnet og stort set ubetydelig karakter", som fremgår af modeloverenskomstens art. 12, pkt. 11.6.²⁴⁸

Ved vurderingen af om anvendelsen af eller retten til at anvende et immaterielt aktiv kan siges at være underordnet og af stort set ubetydelig karakter, har flere faktorer betydning. På baggrund af de foregående afsnit kan det lægges til grund, at størrelsen af vederlaget, samt hvordan det immaterielle aktiv udnyttes i forbindelse med en ydelse og vare, har særlig betydning. Ordlyden "underordnet og stort set ubetydelig karakter," som fremgår af kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, pkt. 11.6, lægger umiddelbart op til en snæver anvendelse.²⁴⁹ Det vurderes dog på baggrund af ovenstående gennemgang, at der i flere sammenhænge kan udnyttes bl.a. knowhow, særligt i forbindelse med en ydelse, uden at dette vil medføre royaltybeskatning efter KSL § 65 C. Dette er overensstemmende med opfattelsen i kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, pkt. 11-11.5, hvor det fremgår, at knowhow i nogle tilfælde kan anvendes i forbindelse med en ydelse, uden at dette konstituerer en royaltybeskatning. Pkt. 11-11.5 omfatter udelukkende knowhow i forbindelse med ydelser, og argumenterne forventes heller ikke at gøre sig gældende ved varesalg. Dette er heller ikke gjort gældende i nogle af afgørelserne vedrørende distribution af drikkevarer.

Det vurderes, at en embedded royaltybetaling ikke kan beskattes i det tilfælde de immaterielle aktiver, er af underordnet og stort set ubetydelig karakter.

Det er nu i analysen blevet fastlagt, at embedded royalties som udgangspunkt skal beskattes, medmindre betalingen er for immaterielle aktiver, som er af underordnet og stort set ubetydelig karakter i forhold til hovedformålet med aftalen. Der mangler dog stadig en nærmere fastlæggelse af, hvad der efter KSL § 65 C, stk. 4 samt modeloverenskomstens art. 12, stk. 2 udgør anvendelse af en immateriel ret-tighed, og dermed hvad omfanget af bestemmelsen er.

5.3 Anvendelseskriteriet

Det fremgår både af ordlyden til KSL § 65 C, stk. 4, samt modeloverenskomstens art. 12, stk. 2, at vederlaget skal være for "anvendelsen af eller retten til at anvende". Det er dog stadig uklart, hvad omfanget af denne ordlyd er. I afsnit 3.2.2 er en række eksempler fra kommentarerne til modeloverenskomsten blevet gennemgået, og de bidrager da også i nogen grad til forståelsen af anvendelseskrite-

²⁴⁸ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 11.6 til art. 12

²⁴⁹ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 11.6 til art. 12

riet. Generelt kan det udledes af eksemplerne, at indehaveren af det immaterielle aktiv, i et vist omfang skal give en ret til at disponere over det immaterielle aktiv. Dette kan bl.a. ses i eksemplet fra afsnit 3.2.2.5 om transponder leasing. Hvis en satellitejer giver en kunde adgang til at anvende en satellits transponderkapacitet til at transmittere over et givent geografisk område, vil betalingen for dette ikke være en royaltybetaling, selv hvis DBO'ens art. 12 inkluderer udlejning af industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr. Det vil dog være en royaltybetaling efter DBO'er, som inkluderer udlejning af industrielt kommercielt eller videnskabeligt udstyr, i det tilfælde hvor satellitten lejes ud til en anden person, som så disponerer over den med mulighed for at anvende den selv eller at leje den ud. Den afgørende forskel på de to eksempler er altså dispositionsretten over aktivet.

Dette synes også understøttet af den gennemgåede praksis. I både PepsiCo-dommen og den spanske drikkevareafgørelse har distributøren retten (og pligten) til at anvende varemærkerne i forbindelse med aftapning, pakning og distribution. I både PepsiCo-afgørelsen og den spanske drikkevareafgørelse lægges der vægt på, at distributøren ikke ville være i stand til at leve op til aftalen uden en autorisation til at anvende varemærket.

5.3.1 Eneret

Der fremgår flere begrænsninger af royaltybeskatningen i kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, stk. 2, som er gennemgået i afsnit 3.2.2, herunder blandt andet mærkevareskjorte-eksemplet i pkt. 10.1 som beskrevet ovenfor i afsnit 3.2.2.9. Mærkevareskjorte-eksemplet illustrerer, at betaling for eneretten til at sælge en vare ikke i sig selv er en royaltybetaling, selv hvis varens mærke er værdifuldt. Det fremgår yderligere af pkt. 10.1, at *”i dette tilfælde betaler distributøren ikke for retten til at anvende navnet eller varemærket, under hvilket skjorterne sælges; han opnår blot eneretten til i den stat, hvori han er hjemmehørende, at sælge skjorter, som han køber af producenten.”*²⁵⁰

I den spanske drikkevareafgørelse finder dommeren, at kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, pkt. 10.1 ikke finder anvendelse på den omhandlende aftale, da der ikke her er tale om, at X får en eksklusiv ret til at sælge et produkt. Der lægges i afgørelsen særligt vægt på, at der er forskel på det produkt, som sælges af X (drikkevarerne), og det produkt som købes af ABCD C og W (koncentratet). I afgørelsen vurderes det, at varemærkerne skal henføres til det færdige produkt (drikkevarerne), og at bestemmelsen ikke finder anvendelse, da X ikke udelukkende distribuerer en vare, men også producerer varen, således at koncentratet bliver til den færdige drikkevare, inden den sælges.²⁵¹

Selvom eneret er direkte undtaget fra royaltybeskatning i kommentarerne til modeloverenskomsten, gør dette sig kun gældende på distributionsaftaler. Situationen dækker således ikke det tilfælde, hvor

²⁵⁰ (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), pkt. 10.1 til art. 12

²⁵¹ (TEAC - Spansk afgørelse, 2013)

en distributør kan disponere over immaterielle aktiver eller rettigheder og anvender dem til en bearbejdning af produktet, som tilfældet er i PepsiCo-dommen og den spanske drikkevareafgørelse.

5.3.2 Varesalg

I teorien kan der godt argumenteres for, at der anvendes eller udnyttes et varemærke i forbindelse med salg af varer, der har værdifulde varemærker tilknyttet. Der kan endvidere argumenteres for, at en distributør får en indforstået ret til at udnytte dette varemærke i forbindelse med videresalg af varen. Dette kan illustreres med nedenstående eksempel.

En købmand, som sælger en lang række produkter, køber bl.a. en dåsecola af mærket Pepsi. Pepsi sælger en færdigproduceret dåsecola direkte til købmanden til en væsentligt højere pris end produktionsprisen, da slutforbrugeren er villig til at give mere for varen, blandt andet på grund af varemærket. Købmanden stiller derefter dåsecolaen på hylden i sin butik, og reklamerer endvidere med den i den ugentlige tilbudsavis. Købmanden sælger herefter dåsecolaen til en kunde. I dette eksempel har købmanden i teorien fået en indforstået licens til at anvende varemærket i forbindelse med videresalg og markedsføring af produktet. Det kan argumenteres for, at en del af betalingen fra købmanden til Pepsi har været for et varemærke som falder indenfor anvendelsesområdet for KSL § 65 C.

Denne konstruktion er endnu ikke set royaltybeskattet i noget land, og de gennemgåede retskilder synes i deres helhed at indikere, at det ikke er hensigten med royaltyreglerne at beskatte denne situation. Den australske skattemyndighed udtalte også i deres TA 2018/2, som tidligere beskrevet, at royaltybeskattningen ikke omfatter den situation, hvor der sælges færdige varer med varemærker på selve varen eller indpakningen. Denne situation anses som en ”incidental” brug af varemærket efter australsk ret ifølge den australske skattemyndighed.

Som tidligere nævnt fremgår det af kommentarerne til modeloverenskomstens art. 12, stk. 2, pkt. 8.2, i forhold til om der er tale om vederlag for afhændelse eller en royaltybetaling, at *”Hver sag skal afgøres konkret ud fra dens særlige forhold og skal undersøges i lyset af den nationale lovgivning om immaterialret”*.²⁵²

Gældende immaterialret virker her som en god indikation på, hvorvidt der i en aftale udnyttes en immateriel rettighed, som skal royaltybeskattes eller ej. Den distributionsmodel, som anvendes i både PepsiCo-dommen og den spanske drikkevareafgørelse, ville udgøre en krænkelse af varemærket, hvis ikke der gives licens til anvendelse af varemærkerne. Derimod ville købmands-eksemplet, på trods af at varemærket bliver anvendt, ikke udgøre en krænkelse af varemærket.

I det tilfælde hvor en vare-distributør køber og videresælger færdige produkter, vurderes det, at der ikke kan foretages kildelandsbeskatning efter KSL § 65 C, stk. 4. Dette gør sig også gældende, selv i

²⁵² (OECD Modeloverenskomst med kommentarer, 2017), punkt 8.2 til art. 12

det tilfælde, hvor distributøren samtidigt får en eneret til at sælge varen indenfor et begrænset område.

5.3.3 Sammenfatning af anvendelseskriteriet

På baggrund af det gennemgåede vurderes det, at der i forbindelse med anvendelsen af eller retten til at anvende en immateriel rettighed skal overdrages en form for dispositionsret over det immaterielle aktiv, før en betaling kan anses for at være en royaltybetaling, og at aftalen dermed indeholder embedded royalties. I PepsiCo-dommen og den spanske dom anvendes de immaterielle aktiver af distributøren som led i selve produktionen af det endelige produkt. Der er således forskel på det produkt, der købes, og det endelige produkt der sælges. Derudover vurderes det, at ren distribution af færdigvarer ikke kan beskattes efter reglerne KSL § 65 C, selv hvis der er et værdifuldt varemærke knyttet til varen. I denne situation vurderes det, at der ikke er den fornødne dispositionsret over det immaterielle aktiv til, at det kan konstituere en ret til *anvendelse* i bestemmelsen forstand.

6 – GAAR-bestemmelse

Dommeren kom i PepsiCo-dommen frem til, at hvis der ikke havde været kildeskat på royalties efter royaltybestemmelserne, så ville den australske DPT-bestemmelse finde anvendelse og arrangementet ville kunne tilsidesættes. På baggrund af lighederne mellem DPT-bestemmelserne og den danske GAAR-bestemmelse (General Anti-Abuse Rule) i LL § 3 er det interessant at undersøge, hvorvidt der efter de danske regler kan drages en lignende konklusion.²⁵³ Dette vil blive undersøgt nærmere i dette afsnit.

6.1 - Omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3

Den generelle omgåelsesklausul udspringer fra EU-retten, nærmere bestemt ATAD.²⁵⁴ Direktivet udgør et koordineret samarbejde om implementering af nogle af anbefalingerne fra BEPS-projektet.

Den 20. december 2018 vedtog Folketinget lovforslag L 28 A, jf. lov nr. 1726 af 27. december 2018, der bl.a. havde til formål at implementere ATAD i dansk ret. Som følge heraf blev de danske værnsregler justeret, og den generelle omgåelsesklausul blev indført. Det er ATAD art. 6, der har dannet grundlag for den nye GAAR-bestemmelse i LL § 3. Den nye LL § 3 har haft virkning siden 1. januar 2019.²⁵⁵

Ændringerne af den danske GAAR-bestemmelse medførte et bredere anvendelsesområde og en parallelitet til moder-/datterselskabsdirektivets GAAR-bestemmelse.²⁵⁶ Det fremgår dog eksplicit af be-

²⁵³ (Bundgaard, Taxo.2024.02, 2024)

²⁵⁴ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 93)

²⁵⁵ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 102)

²⁵⁶ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 102)

mærkningerne til lovforslaget, at ændringerne ikke medfører en anderledes materiel vurdering af misbrug. Dette betyder, at tidligere national praksis stadig kan anvendes som fortolkningsbidrag.²⁵⁷

LL § 3 lyder:

*”Skattepligtige selskaber og foreninger m.v. skal ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og som ikke er reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.”*²⁵⁸

Det kan dermed udledes af ordlyden i LL § 3, at fem kumulative betingelser skal være opfyldt for at bestemmelsen finder anvendelse:

1. Der skal være tale om et arrangement eller en serie af arrangementer,
2. som er tilrettelagt med det hovedformål eller et af hovedformålene om
3. at opnå en skattefordel,
4. som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og
5. som ikke er reelt under hensyntagen til alle relevante forhold²⁵⁹

Omgåelsesklausulen gælder for både fuldt og begrænset skattepligtige selskaber og foreninger, jf. LL § 3, stk. 1. Desuden er udenlandske selskaber, der indgår i international sambeskatning i Danmark, selskaber, der er omfattet af CFC-reglerne og selskaber som er omfattet af aktieavancebeskatningslovens²⁶⁰ (herefter ABL) § 19, ligeledes omfattet. Fysiske personer og dødsboer er derfor i udgangspunktet ikke omfattet af bestemmelsen, men kan blive ramt med afsmittende virkning, hvis de indgår i et arrangement med en omfattet juridisk person. Dermed finder bestemmelsen ikke anvendelse for dispositioner, der alene er imellem fysiske personer. Bestemmelsen finder anvendelse på selskaber, som er begrænset skattepligtige af royaltybetalinger.²⁶¹

I tilfælde af at et arrangement bliver tilsidesat i medfør af LL § 3, skal den skattepligtige indkomst opgøres på baggrund af de faktiske omstændigheder bag arrangementet.

Den 1. maj 2015 blev er den såkaldte Principal Purpose Test indskrevet i LL § 3, stk. 5. LL § 3, stk. 5 foreskriver, at skattepligtige ikke kan drage fordel af DBO'er, hvis et af de væsentligste formål med det arrangement, som medførte fordel, har være at opnå denne fordel. Det gælder dog ikke, såfremt fordel er i overensstemmelse med indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse i

²⁵⁷ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 104)

²⁵⁸ (Ligningsloven, 2023)

²⁵⁹ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Aarup, SU 2017, 228, 2017)

²⁶⁰ (Aktieavancebeskatningsloven, 2021)

²⁶¹ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. s. 109)

DBO'en.²⁶² Ordlyden minder i det væsentligste om omgåelsesklausulen i LL § 3, stk. 1.

Skatteministeren har udtalt, at GAAR-bestemmelsen, skal fortolkes i overensstemmelse med Principal Purpose Test.²⁶³ Derfor vil den følgende afsnit også gælde for vurderingen af omgåelse ved anvendelse af LL § 3, stk. 5.

De fem kumulative betingelser vil herunder blive analyseret og betragtninger fra PepsiCo-dommen vil blive inddraget.

6.1.1 Den australske GAAR-bestemmelse

Den australske GAAR-bestemmelse kaldes også ”diverted profits tax” (herefter DPT). Bestemmelsen regulerer den situation, hvor en eller flere skatteydere qua deres ”scheme” (arrangement) opnår en skattefordel, hvorefter ”schemet” kan tilsidesættes. Bestemmelsen er derfor skabt til samme formål som den danske bestemmelse i LL § 3. Det er derfor ud fra et dansk perspektiv interessant at analysere domstolens konklusioner vedrørende muligheden for at beskatte embedded royalties med en GAAR-bestemmelse. Der henvises til afsnit 5.1.1 for dommens faktum.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Australien og USA fandt ikke anvendelse i relation til denne problemstilling.²⁶⁴

For at DPT-bestemmelsen kan tilsidesætte et ”scheme” anfører dommeren, at følgende skal vurderes:

”(a) whether PepsiCo or SVC (as applicable) obtained a tax benefit in connection with the scheme for the purposes of s 177J(1)(a) of the ITAA 1936; and

(b) whether it would be concluded, having regard to the matters in s 177J(2) of the ITAA 1936, that the person, or one of the persons, who entered into or carried out the scheme or any part of the scheme did so for a principal purpose of, or for more than one principal purpose that includes a purpose of:

(i) enabling the relevant taxpayer (here, PepsiCo or SVC, as applicable) to obtain a tax benefit, or both obtain a tax benefit and to reduce one or more of the relevant taxpayer’s liabilities to tax under a foreign law, in connection with the scheme; or

(ii) enabling the relevant taxpayer and another taxpayer (or other taxpayers) each to obtain a tax benefit, or both to obtain a tax benefit and to reduce one or more of their liabilities to tax under a foreign law, in connection with the scheme.”²⁶⁵

Kriterierne for at tilsidesætte et ”scheme” minder i hovedtræk om kriterierne for tilsidesættelse af et arrangement efter den danske GAAR-bestemmelse i LL § 3. Begge bestemmelser tilskriver, at der

²⁶² (Skattestyrelsen, u.d.), C.D.8.10.9

²⁶³ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 259)

²⁶⁴ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 414

²⁶⁵ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 408

skal være et arrangement eller et "scheme", som har til hovedformål, at der skal opnås en skattefordel. Dommeren henviser desuden til "The 2013 Explanatory Memorandum", hvori det er givet, at der også skal lægges vægt på den økonomiske og kommercielle realitet over dens juridiske form i forbindelse med vurderingen af, om der foreligger et "scheme". Det fremgår endvidere af ITAA 1936 s 177H, at formålet med DPT er, at den australske beskatning reflekterer den økonomiske substans i transaktionerne.²⁶⁶ Dommen vurderes derfor at kunne bidrage til fortolkningen af den danske GAAR-bestemmelse.

6.1.2 Arrangement eller en serie af arrangementer

Den første kumulative betingelse for at tilsidesætte efter LL § 3 er, at der skal være tale om et arrangement eller en serie af arrangementer.

Ordlyden skal forstås i bred forstand. Vendingen omfatter således enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner. Dette er uden hensyntagen til om arrangementet/arrangementerne er retsgyldige eller ej. Endvidere noteres det, at enhver stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomstskabelsen samt arrangementer vedrørende etablering og kvalifikation, er omfattet. Sidst noteres det også, at et arrangement kan bestå af flere trin eller dele, jf. ATAD art. 6, stk. 1, sidste pkt. og LL § 3, stk. 1, 2. pkt. Dette er gjort således, at bestemmelsen kan ramme den del af et arrangement, der ikke er reelt. Desuden er det også fastlagt i administrativ praksis, at omstruktureringer, hjemstedsflytninger, udlodninger mm. også udgør et arrangement, en serie af arrangementer eller en serie af transaktioner. Der er endnu ikke eksempler i dansk praksis på noget, som ikke kan anses som at være et arrangement.²⁶⁷

Transaktioner, hvor der er en embedded royaltybetaling, vurderes derfor at falde indenfor betegnelsen arrangement.

I PepsiCo blev det anført, at "scheme" skal defineres efter ITAA 1936 s 177A, som:

"(a) any agreement, arrangement, understanding, promise or undertaking, whether express or implied and whether or not enforceable, or intended to be enforceable, by legal proceedings; and

*(b) any scheme, plan, proposal, action, course of action or course of conduct."*²⁶⁸

Kommissæren anførte, at PepsiCo indgik i et "scheme", som ifølge kommissæren indebar, at SAPL blev udnævnt som eksklusiv licenstagere og havde den eksklusive ret til at sælge og distribuere PepsiCo-produkter med dertilhørende varemærker for kulsyreholdige drikkevarer. SAPL havde desuden skrevet under på at købe koncentratet til produktion af Pepsi drikkevarer direkte fra PepsiCo eller et af

²⁶⁶ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 422

²⁶⁷ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Aarup, SU 2017, 228, 2017) og (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgængelsesklause, 2021, s. 112-113)

²⁶⁸ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 416

deres datterselskaber, som var udnævnt hertil. Herudover fik SAPL som følge af aftalen ret til nærmere definerede immaterielle rettigheder ejet af PepsiCo til aftapning, salg og distribution af drikkevarerne. SAPL fik endvidere ret til teknisk, industriel eller kommerciel viden i relation til drikkevarerne. Derudover fik SAPL også bistand i forbindelse med anvendelse af sådanne immaterielle aktiver, viden eller information. Intet af det beskrevne blev vederlagt med en royaltybetaling.²⁶⁹

Havde parterne ikke indgået i dette ”scheme”, eller var dette ikke blevet fuldført kunne det ifølge kommissæren forventes, at PepsiCo EBA’en enten ville have indeholdt betaling for alt leveret af PepsiCo ifølge kontrakten, og dermed ikke kun betaling for koncentratet. Eller at EBA’en indeholdt direkte honorering af rettigheder, viden og assistance i form af en royaltybetaling.²⁷⁰

Som konsekvens af aftalen ville det have været fornuftigt at antage, at SAPL enten havde betalt, eller det ville kunne forventes, at der skulle betales en royalty for anvendelse af rettighederne mv. til enten PepsiCo eller et af deres datterselskaber.²⁷¹

Eftersom arrangement efter LL § 3 endnu ikke er negativt afgrænset, vurderes det, at EBA’erne må falde indenfor definitionen af et arrangement. Generelt må alle transaktioner, der indeholder en embedded royaltybetaling anses for at opfylde arrangementskriteriet.

6.1.3 Tilrettelagt med det hovedformål eller et af hovedformålene

Den anden kumulative betingelse er, at der skal være et hovedformål med arrangementet om at opnå en skattefordel.

Der er her tale om en subjektiv vurdering. Det er tilstrækkeligt, hvis blot et af hovedformålene er at opnå en skattefordel.²⁷²

Ordlyden “one of the main purposes”, som både fremgår i PSD GAAR og ATAD GAAR, har været fortolket således i litteraturen, at det eneste eller det overvejende formål med arrangementet var at opnå en skattefordel ved anvendelse af moder-/datterselskabsdirektivet. Denne fortolkning har taget afsæt i den lignende bestemmelse fra fusionsskattedirektivets art. 15, der anvendte formuleringen ”principal objective or one of its principal objectives”. Det er igennem EU-praksis blevet tillagt en restriktiv fortolkning, hvorefter kravet har været, at eneformålet eller det overvejende formål med anvendelse af direktivet skal være opnåelse af en direktivfordel ved transaktionen. PSD GAAR og ATAD GAAR skal fortolkes i overensstemmelse hermed.²⁷³

²⁶⁹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 32

²⁷⁰ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 32

²⁷¹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 32

²⁷² (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 113-114)

²⁷³ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 115)

I manglen på andre fortolkningsbidrag, kan Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning anvendes. Af henstillingen fremgår det af pkt. 4.5, at *“Ved anvendelsen af punkt 4.2 anses et givet formål for at være hovedformålet, hvis andre formål, som arrangementet eller serien af arrangementer tilskrives eller kunne tilskrives, forekommer ubetydelige, alle omstændigheder i sagen taget i betragtning”*.²⁷⁴ Det kan altså udledes heraf, at et formål anses som hovedformål, dersom øvrige formål synes ubetydelige i forhold til sagens omstændigheder.

Det påhviler skatteforvaltningen at bevise, at der er tale om et arrangement, som har til hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel²⁷⁵. Dette krav forekommer dog let at opfylde for skatteforvaltningen.²⁷⁶ Tilstedeværelsen af en skattefordel synes at være nok til, at kriteriet om hovedformål er opfyldt. Det var bl.a. tilfældet i SKM2019.349.SR.²⁷⁷ Skatteyderen ville lave en omstrukturering med det formål at strømline koncernstrukturen. Som følge heraf ville skatteyderen også opnå administrative besparelser. Selvom Skatterådet fandt, at arrangementet var tilrettelagt af velbegrundede kommercielle og økonomiske årsager, fandt de stadig, udelukkende med henvisning til at der forelå en skattebesparelse, at kravet om hovedformål var opfyldt.

Såfremt skatteforvaltningen fastslår, at der foreligger et hovedformål om at opnå en skattefordel, er det op til skatteyderen at bevise, at de er indgået i arrangementet af velbegrundede kommercielle årsager, som afspejler den økonomiske virkelighed.²⁷⁸

I det tilfælde, hvor en aftale indeholder en embedded royaltybetaling, som ikke af parterne anerkendes, vil kriteriet om hovedformål således være opfyldt.

I PepsiCo-dommen behandlede dommeren også spørgsmålet vedrørende, om en af parterne efter ITAA 1936 s 177J(2) havde indgået i dette ”scheme”, hvor et af hovedformålene var at opnå en skattefordel.²⁷⁹

I det konkrete tilfælde ville det afgørende være, om PepsiCo og SVC har haft til hovedformål at opnå en skattefordel igennem deres ”scheme” med SAPL.

I dommens præmisser er det anført, at “principal purpose” skal forstås som værende en lavere tærskel, end hvis kravet var ”sole or dominant purpose”. Det skal derfor fastslås, om et af ”schemets” primære formål er at opnå en skattefordel, hvor der tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder.²⁸⁰ Dommeren anførte yderligere, at et ”scheme” kan indeholde flere hovedformål. Kravet for, at en aftale kan

²⁷⁴ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 115), 4.2 er Kommissionens forslag til en GAAR

²⁷⁵ (Skattestyrelsen, n.d.), C.I.4.1.8 Bevisbyrden

²⁷⁶ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 115)

²⁷⁷ (Skatterådets bindende svar af 25. juni 2019, j.nr. 19-0370634, 2019)

²⁷⁸ (Skattestyrelsen, n.d.), C.I.4.1.8 Bevisbyrden

²⁷⁹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 444

²⁸⁰ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 445

tilsidesættes, er derfor blot, at et af hovedformålene lever op til kravet om skattefordel.²⁸¹ Dette synspunkt synes at være understøttet af ITAA 1936 s 177J(1)(b), der refererer til mere end et hovedformål.²⁸²

I sin afgørelse fastslog dommeren, at et hovedformål foreligger, dersom formålet er fremtrædende, ledende eller primært i parternes ”scheme”.²⁸³

Det fremgår af ITAA 1936 s 177D(2)(a), at *”the manner in which the scheme was entered into or carried out”* har betydning i vurderingen af, om et af hovedformålene er at opnå en skattefordel. PepsiCo fremhævede i dommen, at koncernen har anvendt lignende prisstrukturer siden starten af 1900-tallet, og at strukturen bl.a. er anvendt, fordi den er simpel. Dommeren mente, at disse argumenter skal vægtes. Dog vurderede dommeren også, at argumentet ikke fuldt ud kunne tages til følge, da der ikke foreligger en detaljeret begrundelse for, hvorfor prissætningsstrukturen blev anvendt i EBA’erne. Dommeren mente derfor ikke, at det kunne antages, at skattemæssige hensyn ikke spillede en rolle. Ydermere anførte dommeren, at begrundelsen om en simpel prismodel ikke kunne tages til følge, eftersom EBA’erne viste, at prissætningen indebar en betydelig kompleksitet.²⁸⁴

Dommeren anførte, at hvis de ikke-skattemæssige økonomiske fordele er signifikante i forhold til skattefordelene, er det en indikator for, at formålet med parternes ”scheme” ikke har været at opnå en skattemæssig fordel, jf. ITAA 1936 s 177J(2)(b). Dommeren vurderede, at definitionen af kvantificerbare ikke-skattemæssige økonomiske fordele skal forstås som en fordel, der giver kvantificerbare kommercielle fordele, der hidrører fra parternes ”scheme”. Det kan eksempelvis være ved at generere økonomisk værdi.²⁸⁵ Dommeren sammenligner i den forbindelse parternes ”scheme” med kommissærens første alternativ. Til denne sammenligning anførte dommeren, at der ikke er nogen kvantificerbar ikke-skattemæssig økonomisk fordel, der hidrører fra parternes ”scheme”.²⁸⁶

Dommeren konkluderede, at et af hovedformålene med at indgå eller udføre deres ”scheme” var at opnå en skattefordel. Denne fordel bestod af ikke at skulle betale kildeskat af royaltybeløbet i Australien. Dommeren fandt på trods af aftalegrundlaget, at betalingerne fra SAPL til PepsiCo og SVC, i henhold til EBA’ernes substans, ikke kun udgjorde vederlag for koncentratet, men også betaling for licens til anvendelse af immaterielle aktiver.²⁸⁷

Det vurderes de danske domstole ville komme frem til et lignende resultat. PepsiCo og SVC opnår,

²⁸¹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 445

²⁸² (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 446

²⁸³ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 447

²⁸⁴ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 452

²⁸⁵ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 461

²⁸⁶ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 462

²⁸⁷ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 465

ligesom i SKM2019.349.SR, utvivlsomt en skattefordel, hvorfor kravet om et hovedformål om opnåelse af skattefordel vurderes at være opfyldt.

6.1.4 At opnå en skattefordel

Den tredje kumulative betingelse er, at der skal være opnået en skattefordel.

Skatteministeriet har udtalt, at omgåelsesklausulen kun kan finde anvendelse i situationer, hvor der opnås en skattemæssig fordel i Danmark. Dermed er bestemmelsen afskåret fra at blive anvendt i situationer, hvor et direktiv anvendes til at opnå en fordel i et andet land.²⁸⁸ Det er ikke givet, om en sådan fordel skal opnås efter dansk skatteret, eller om det er muligt at bruge LL § 3 på et selskab hjemmehørende i Danmark, der opnår en fordel gennem sparet kildeskat i et andet land.²⁸⁹ Der er ikke yderligere vejledning i hverken ATAD eller i lovbemærkningerne til LL § 3, hvorfor Kommissionens henstilling igen anvendes som fortolkningsbidrag.²⁹⁰ Det følger henstillingens pkt. 4.7.:

“Når de nationale myndigheder skal afgøre, om et arrangement eller en serie arrangementer har medført en skattefordel som omhandlet i punkt 4.2, bør de sammenligne det beløb, en skatteyder skal betale i skat med reference til de pågældende arrangementer, med det beløb, som den samme skatteyder skulle betale i skat under de samme omstændigheder uden disse arrangementer. I denne forbindelse bør det undersøges, om en eller flere af følgende situationer forekommer:

- a) *Beløb indgår ikke i beskatningsgrundlaget*
- b) *Skatteyderen får fordel af et fradrag*
- c) *Der opstår et skattemæssigt tab*
- d) *Der skal ikke betales kildeskat*
- e) *Udenlandsk skat udlignes.*”²⁹¹

Denne opstilling er ikke udtømmende, da øvrige skattefordele også kan opstå, såsom udskydning af beskatningstidspunktet. En betaling kan også udgøre en skattefordel, når den er fradragsberettiget. Dog kan det ikke i sig selv anses for at være nok til at opfylde kravet om at opnå en skattefordel, hvor dette har været hovedformålet eller et af hovedformålene, hvis der er tale om almindelige erhvervmæssige udgifter. I disse tilfælde vil det oftest være mere fordelagtigt ikke at afholde udgifterne. Af denne grund skal en eventuel sammenligning af det beløb, der er betalt i skat med arrangementet, og hvad der ville være betalt i skat uden arrangementet tage udgangspunkt i, hvordan arrangementet kon-

²⁸⁸ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Aarup, SU 2017, 228, 2017)

²⁸⁹ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 120)

²⁹⁰ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 118)

²⁹¹ (EUROPA-KOMMISSIONEN, 2012)

kret er konstrueret. Eksempelvis skal der ses på, om en eventuel betaling på baggrund af arrangementets konstruktion er mere fordelagtig end den naturlige måde at gennemføre betalingen på.²⁹²

Det skal medføre en konkret økonomisk fordel at indgå i arrangementet for, at kravet kan anses som værende opfyldt. For at fastlægge dette kan der laves et sammenligningsgrundlag, som arrangementet holdes op imod, hvor der ses bort fra skatteundgåelsen – et såkaldt kontrafaktisk benchmark. Dette sammenligningsgrundlag skal vise, hvordan alternativet havde set ud, hvis ikke der var sket skatteundgåelse. Dette ses bl.a. i SKM2021.30.SR²⁹³, hvor Skattestyrelsen sammenlignede en påtænkt fusion med et udenlandsk selskab med, hvilken beskatning der ville ske ved en likvidation.²⁹⁴

Af hidtidig praksis er bl.a. nedsættelse af kildeskatte efter DBO og EU-direktiver samt undgåelse af dansk kildeskat blevet anset for at udgøre en skattefordel.²⁹⁵ Dette har særligt relevans for afhandlingens problemformulering.

I forhold til embedded royalties vil skattefordelen bestå i ikke at betale kildeskat. Kriteriet synes derfor også at være opfyldt i aftaler med embedded royalties.

I PepsiCo-dommen blev problemstillingen om, at PepsiCo havde opnået en skattefordel i medfør af deres ”scheme” med SAPL i medfør af ITAA 1936 s 177J(1)(a) belyst. Skattefordel er defineret i ITAA 1936 s 177C(1)(bc).²⁹⁶ Af bestemmelsen fremgår det, at der er opnået en skattefordel, når skatteyderen ikke er pligtig til at betale kildeskat, som skatteyderen ellers havde været pligtig til, eller det med rimelighed kunne være forventet, at der skulle betales kildeskat, hvis ikke det havde været for parternes ”scheme”.²⁹⁷

De to ”schemes”, som blev fremlagt af kommissæren, var de to aftaler, der var indgået på baggrund af EBA’erne. Den ene var PepsiCo’s aftale med SAPL, og den anden var SVC’s aftale med SAPL. Kommissæren mente hermed, at parterne var indtrådt i et ”scheme” ved indgåelse af EBA’erne, hvor der ikke blev betalt royalty for anvendelsen af de immaterielle aktiver.²⁹⁸

I forhold til behandling af problemstillingen om hvorvidt en skattefordel er opnået, havde kommissæren opstillet to kontrafaktiske alternativer til den måde, hvorpå deres ”scheme” var opbygget. Det første kontrafaktiske alternativ, som blev taget til følge, lød²⁹⁹:

”(a) the relevant EBA would or might reasonably be expected to have expressed the payments

²⁹² (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 118-119)

²⁹³ (Skatterådets bindende svar af 15. december 2020, j.nr. 19-0617644 - Grænseoverskridende fusion med norsk selskab - ligningslovens § 3, 2021)

²⁹⁴ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 120-121)

²⁹⁵ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 120)

²⁹⁶ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 426

²⁹⁷ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 417

²⁹⁸ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 429

²⁹⁹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 434 og 441

*to be made by SAPL to be for all of the property provided by (and promises made by) the PepsiCo Group entities (rather than for concentrate only) ”.*³⁰⁰

Dermed sagde kommissæren, at det med rimelighed kunne forventes, at der skulle have været betalt royalties, hvad enten disse skulle betales direkte til PepsiCo og SVC eller til et andet selskab på vegne af PepsiCo eller SVC.³⁰¹

PepsiCo anførte, at der ikke er tale om et fornuftigt alternativ til aftalen mellem PepsiCo og SAPL, da det ikke repræsenterer den egentlige substans af aftalerne og ikke har de samme kommercielle resultater, hvorfor det ikke bør anvendes.³⁰² Dommeren fandt dog, at det ville være fornuftigt at antage, at den relevante EBA for hver af aftalerne ville have inkluderet en betaling af SAPL for det indhold i aftalen, som PepsiCo og SVC stillede til rådighed. Dermed ville betalingen altså ikke kun være for koncentratet som ellers aftalt. Som følge heraf ville det ifølge dommeren være rimeligt at antage, at PepsiCo og SVC skulle betale kildeskat af royaltybeløbet. Dommeren tog dermed det første kontrafaktiske alternativ til følge.³⁰³ Dommeren vurderede, at alternativet var fornuftigt, som er krævet efter s 177CB(3).³⁰⁴

Dommeren anførte, at der ved vurdering af et ”schemes” substans, skal lægges vægt på dets kommercielle og økonomiske substans i stedet for dens juridiske form. For at et kontrafaktisk alternativ kan antages at være fornuftigt, skal det have samme substans som parternes ”scheme”. Det betyder, at EBA’erne sammenlignes med et kontrafaktisk alternativ, hvor samme beløb indgår, men fordelingen af hvad det er vederlag for ændres.³⁰⁵

Dommeren udtalte, at før et kontrafaktisk alternativ kan anses for at være fornuftigt, skal gennemførelsen af alternativet medføre konsekvenser, som er sammenlignelige med dem, som ”schemet” medførte. Dommeren vurderede, at dette krav er opfyldt i sagen, da den eneste egentlige forskel er, at betalinger anses for at være for hele kontrakten i stedet for udelukkende at være betaling for koncentratet.³⁰⁶

Dommeren anførte, at licenserne til varemærkerne og øvrige immaterielle aktiver var en fundamental del af aftalerne. Hertil noterede dommeren, at uden en licens ville det ikke være muligt for SAPL at pakke og sælge drikkevarerne under de relevante varemærker. Det kontrafaktiske alternativ ville ændre betalingen til at være for hele indholdet af aftalen, som SAPL fik efter EBA’erne.³⁰⁷ Af disse

³⁰⁰ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 430

³⁰¹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 431

³⁰² (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 433

³⁰³ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 434

³⁰⁴ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 435

³⁰⁵ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 436

³⁰⁶ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 437

³⁰⁷ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 440

grunde tog dommeren kommissærens første kontrafaktiske alternativ til følge.³⁰⁸ Dommeren fandt det ikke relevant at undersøge flere kontrafaktiske alternativer.³⁰⁹ Det gjaldt både kommissærens andet alternativ og alternativer forslået af PepsiCo, da PepsiCos forslag stadig er uden en royaltybetaling.³¹⁰

Af ITAA 1936 s 177D(2)(e) fremgår det, at der skal ske en ændring i skatteyderens finansielle position, som resultat af parternes ”scheme”. Her sammenligner dommeren parternes ”scheme” med det første alternativ kommissæren havde opstillet. Dommeren anførte, at begge parternes ”scheme” medfører en finansiell ændring, eftersom de under kommissærens alternativ skulle betale en royalty, hvilket ikke var tilfældet under parternes ”scheme”. Deraf skal parterne betale kildeskat af royaltybetalingen.³¹¹ Derfor har parterne som følge af deres ”scheme” opnået en skattefordel.

Dommeren noterede sig, at PepsiCo havde anført, at SAPL betalte PBS for levering af koncentratet, hvorfor betalingerne indgik i PBS’s skattepligtige indkomst i Australien. Dommeren anførte hertil, at selvom dette var korrekt, skal det forstås i den rette kontekst. PBS havde taget fradrag for køb af koncentratet fra CMSPL, der var af næsten samme størrelse, som den betaling PBS havde modtaget fra SAPL. PBS havde derfor kun betalt skat på en lille del af beløbet. Hertil noteres det, at CMSPL var underlagt 0 % skat på indtægten fra salg af koncentratet.³¹²

I det kontrafaktiske alternativ i PepsiCo-dommen er den eneste ændring, at betalingen rent faktisk henføres til alle dele af aftalen, herunder de immaterielle rettigheder. I SKM2021.30.SR blev skatteundgåelse ved en påtænkt fusion sammenlignet med en likvidation, som ikke nødvendigvis kunne siges at være et realistisk sammenligningsgrundlag for skatteyderen.³¹³ Et kontrafaktisk alternativ hvor klassifikationen af et vederlag ændres i forbindelse med en embedded royaltybetaling virker som et realistisk alternativ, da den kommercielle og økonomiske substans i aftalen ikke ændres. Det vurderes derfor, at de fremhævede betragtninger i PepsiCo-dommen også ville kunne gøres gældende efter dansk ret, og at aftaler med embedded royalties dermed kan siges at opfylde kriteriet om at opnå en skattefordel.

6.1.5 Som virker mod formålet og hensigten med skatteretten

Den fjerde kumulative betingelse er, at arrangementet skal virke mod formålet eller hensigten med skatteretten.

Dette led af bestemmelsen kan forstås som den objektive test i GAAR-bestemmelsen. Ved vurderin-

³⁰⁸ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 441

³⁰⁹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 441-442

³¹⁰ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 442

³¹¹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 457

³¹² (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 456

³¹³ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 120-121)

gen skal det undersøges, om et resultat som følge af arrangementet virker mod indholdet eller formålet med skatteretten. Det er uden betydning, om det kun virker mod indholdet af eller formålet med skatteretten. Der er således kun krav om, at en af de to betingelser er opfyldt. Det er Skatteforvaltningen, der skal foretage den objektive analyse af alle de relevante faktiske forhold og omstændigheder og afgøre, hvorvidt et arrangement eller en serie af arrangementer udgør misbrug.³¹⁴

For at afgøre om et givent resultat strider mod indholdet eller formålet med skatteretten, følger det af bemærkningerne til lovforslaget, at formålet med de enkelte bestemmelser og de overordnede principper reglerne er baseret på skal inddrages.³¹⁵

Skatteministeren har bekræftet, at der med formål og hensigt skal forstås, formålet og hensigten med den konkrete danske bestemmelse, der anvendes. Dette skal gøres ud fra en almindelig juridisk fortolkning, hvor der bl.a. anvendes en formålsfortolkning baseret på forarbejderne til den enkelte bestemmelse.³¹⁶

Hvad angår EU-retsakter, kan formålet med et direktiv fastlægges ud fra direktivets præambel. Det er dog ikke altid, at formålet er så udførligt beskrevet heri.³¹⁷ Det er ikke givet i ATAD om GAAR-bestemmelsen også indebærer situationer, hvor et arrangement strider mod direktivets formål. Det må dog forventes at være tilfældet, eftersom GAAR-bestemmelsen skal implementeres i national ret.³¹⁸ Formålet med ATAD er:

”1. De nuværende politiske prioriteter inden for international beskatning understreger behovet for at sikre, at skatten betales der, hvor overskuddet genereres, og værdien skabes. Det er derfor særdeles vigtigt at genoprette tilliden til retfærdigheden af skattesystemerne og sætte regeringerne i stand til effektivt at udøve deres skattemæssige suverænitet.”³¹⁹

”3. Det er nødvendigt at fastsætte regler for at øge det gennemsnitlige niveau af beskyttelse mod aggressiv skatteplanlægning i det indre marked.”³²⁰

Problemstillingen, om hvad der menes med formål og indhold, er behandlet i SKM2020.39.SR.³²¹ I korte træk omhandler sagen mellemholdingreglen i ABL § 4. ABL § 4's formål er at sikre sig mod, at ejere af porteføljeaktier i selskabsform puljer deres aktier sammen i et selskab, således de kan opnå skattefri aktieavance som følge af ejerkravet. I sagen havde en række familiemedlemmer stiftet et

³¹⁴ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 125)

³¹⁵ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, p. 125)

³¹⁶ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 128)

³¹⁷ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 128)

³¹⁸ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 128)

³¹⁹ (RÅDETS DIREKTIV (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion, 2016), 1

³²⁰ (RÅDETS DIREKTIV (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion, 2016), 3

³²¹ (Skatterådets bindende svar af 19. november 2019, j.nr. 19-0437107 - Fusion - mellemholdingreglen, 2020)

mellemholdingselskab, hvor hver af ejerne havde en andel på 20 % gennem deres respektive holdingselskaber. Mellemholdingselskabet ejede 34,46 % af aktierne i et underliggende holdingselskab, der ejede samtlige aktier i et driftsselskab. Det vil sige, at hver af familiemedlemmerne indirekte ejede 6,892 % af anparterne i det underliggende holdingselskab, hvorfor de ikke ville kunne udlodde skattefri aktieavance til deres holdingselskaber. Familiemedlemmerne ville derfor fusionere børnenes holdingselskaber to og to, således ejerandelen af det underliggende holdingselskab blev henholdsvis 40, 40 og 20 %, hvorefter de ikke ville blive ramt af mellemholdingreglen, da to af parterne så ville have et indirekte ejerskab på 13,78 % i det underliggende holdingselskab. Parterne spurgte Skatterådet om LL § 3 var til hinder for, at de kunne lave denne omstrukturering, da omstruktureringen blev lavet med et formål at undgå beskatning efter ABL § 4. Skattestyrelsen udtalte i denne forbindelse, at til trods for at de objektive betingelser er opfyldt, udgør det ikke i sig selv misbrug af reglerne. Desuden er udgangspunktet i skatteretten, at en skatteyder kan vælge den struktur, der er mest fordelagtig i forhold til forretningsaktiviteterne. Dette udgangspunkt ændres ikke af LL § 3, jf. bilag 1 til L 28A og præamblen til ATAD. Derfor fandt Skattestyrelsen og Skatterådet efterfølgende, at omstruktureringen ikke udgjorde misbrug af skattereglerne, hvorfor LL § 3 ikke kunne anvendes til at omstøde fusionen.³²²

Afgørelsen illustrerer, at en opfyldelse af de objektive kriterier i skattelovgivningen ikke i sig kan udgøre misbrug efter LL § 3, men at der skal være tale om et arrangement, der ikke er reelt.

I forhold til embedded royalties er det klart, at hvis et vederlag ikke indeholder en royaltybetaling for anvendelsen af eller retten til at anvende et immaterielt aktiv strider det imod indholdet af KSL § 65 C eftersom, der ikke opkræves en kildeskat som loven foreskriver. Det vurderes, at skatteforvaltningen ved en sådan transaktion ikke vil have problemer med at komme frem til, at det strider imod indholdet af eller principperne bag den enkelte bestemmelse. Det vurderes dog, at såfremt en immateriel ret-tighed i en aftale om varesalg eller tjenesteydelse er af underordnet betydning og stort set ubetydelig karakter, vil arrangementet ikke stride imod formålet og hensigten med skatteretten, hvorefter betin-gelsen ikke er opfyldt.

6.1.6 Som ikke er reelt under hensyntagen til alle de relevante forhold

Den sidste kumulative betingelse er, at der skal tages hensyn til alle relevante faktiske forhold og om-stændigheder ved vurderingen af, om arrangementet er reelt.

Det fremgår af LL § 3 stk. 2, at arrangementer betragtes som ikke-reelle, når de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

Det fremgår af ATAD's præambel præmis 11, at en skatteyder må vælge den *"mest fordelagtige struktur til sin forretningsaktivitet."* Desuden indeholder ATAD's art. 6 et krav om *"den økonomiske*

³²² (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklausul, 2021, s. 133-134)

virkelig”, dette begreb er dog ikke defineret i EU-retten.³²³

I lovbemærkningerne er det givet, at skatteminimering ikke kan anses som værende en velbegrundet kommerciel årsag. Derfor vil en domstol eller Skatteforvaltningen ikke komme frem til, at der er tale om et kommercielt velbegrundet arrangement, dersom det ikke kan begrundes i andet end opnåelse af denne skattefordel, og dermed vil arrangementet eller serien heraf blive tilsidesat i medfør af LL § 3. Et sådan forhold ville altså højst sandsynligt ikke blive anset for at være reelt.³²⁴

Da der ikke er mange fortolkningsbidrag at hente vedrørende realitetskravet, og hvornår der er tale om, at skatteyderen tilrettelægger sig med formål om at opnå en skattefordel, og misbruger skatteretten, kan Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning igen anvendes som fortolkningsbidrag. Af henstillingens pkt. 4.4 følger:

“4.4. I punkt 4.2 forstås ved »kunstig« som karakteristik af et arrangement eller en serie arrangementer: som er uden reelt forretningsmæssigt indhold. Når de nationale myndigheder skal afgøre, om arrangementer eller serier af arrangementer er kunstige, bør de overveje, om der er tale om en eller flere af følgende situationer:

- a) Den juridiske karakter af de enkelte trin, som arrangementet består af, er uden sammenhæng med den juridiske substans i arrangementet som helhed.*
- b) Arrangementet eller serien af arrangementer udføres på en måde, som ville være usædvanlig i en forretningspraksis, der kan anses for fornuftig.*
- c) Arrangementet eller serien af arrangementer omfatter elementer, der udligner eller ophæver hinanden.*
- d) Der gennemføres cirkeltransaktioner.*
- e) Arrangementet eller serien af arrangementer resulterer i en betydelig skattelettelse, men dette afspejles ikke i den forretningsrisiko, som skatteyderen indgår, eller i skatteyderens likviditetsstrømme.*
- f) Det forventede overskud før skat er ubetydeligt i forhold til størrelsen af den forventede skattefordel.”³²⁵*

Disse bidrag kan hjælpe med at forstå, hvad der ligger bag GAAR-bestemmelsen, som Kommissionen har udformet. Det kan blive svært for skatteforvaltningen at vurdere, hvorvidt et arrangement er kommercielt velbegrundet. Af hidtidig praksis følger det, at skatteyderen skal opnå en kommerciel fordel,

³²³ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 135-137) og (RÅDETS DIREKTIV (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion, 2016) Præambelens præmis 11 og art. 6

³²⁴ (Den generelle udtalelse i høringsskema til L 28, 2017, s. 2) og (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 138)

³²⁵ (EUROPA-KOMMISSIONEN, 2012)

dersom der også opnås en skattemæssig fordel.³²⁶

I SKM2017.333.SR havde en skatteyder påstået, at han flyttede sine to holdingselskaber til Luxembourg på grund af lavere administrative omkostninger, altså den kommercielle årsag for flytningen.³²⁷ Skatterådet fandt dog ikke, at der var driftsrelaterede fordele ved flytningen og fandt desuden ikke, at skatteyderens transaktioner var kommercielt velbegrundede, da skatteyderen ikke i tilstrækkelig grad kunne redegøre for udgiftsbesparelserne. Arrangementet blev derfor tilsidesat.³²⁸ Afgørelsen giver dog ikke klarhed over, hvad der nærmere skal til, for at en transaktion er kommercielt velbegrundet og afspejler den økonomiske virkelighed.³²⁹

Det kan dermed udledes, at for at et arrangement eller en serie af arrangementer kan anses for kommercielt velbegrundet, skal der kunne fremlægges dokumentation for, at der opnås specifikke driftsrelaterede fordele. Hermed menes der eksempelvis besparelser eller specificerede investeringsplaner. Desuden lader det til, at det også har relevans om der hidtidig har været en signifikant tilknytning. Hvis der ikke kan dokumenteres en driftsrelateret fordel sammen med skattefordelen, har det i hidtidig praksis vist sig, at et sådant arrangement vil blive anset som værende ikke reelt.

Der findes ikke yderligere bidrag til fortolkningen af realitetskravet, men ordlyden indikerer, at der er tale om en substance over form-lignende betragtning, som beskrevet i afsnit 4.1.³³⁰

Hvis en licens til værdifulde varemærker gives royaltyfrit som led i en større aftale, ligesom tilfældet i PepsiCo-dommen og den spanske drikkevareafgørelse, vil dette klart også forventes at kunne anses som ikke at være reelt efter LL § 3.

Dommeren i PepsiCo-afgørelsen anførte således også, at der er forskel på formen og substansen i EBA'erne. Dette begrundes dommeren med, at der i formen af EBA'erne ikke er inkluderet en betaling for licens til anvendelse af varemærker og andre immaterielle rettigheder. Hvorimod substansen af betalingerne fra SAPL udgjorde både betaling for koncentratet, men også for licensen til anvendelse af varemærker og de immaterielle rettigheder. Dommeren anfører endvidere, at varemærkerne licenseret under EBA'erne er blandt de mest værdifulde på det globale drikkevaremarked, og derfor var betalingen ikke blot for koncentratet.³³¹

Selv i tilfælde hvor en licens er underforstået vil en manglende honorering af en immateriel rettighed vurderes at kunne anses for ikke at være reelt medmindre værdien af den immaterielle rettighed er af

³²⁶ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 140-141)

³²⁷ (Skatterådets bindende svar af 28 marts 2017, j.nr. 16-1666325, 2017)

³²⁸ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 141)

³²⁹ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Tell, Den skatteretlige omgåelsesklause, 2021, s. 141 og 146)

³³⁰ (Bundgaard, Kjærsgaard, & Aarup, SU 2017, 228, 2017)

³³¹ (PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490, 2023), Præmis 453

underordnet og stort set ubetydelig karakter. Der foreligger ikke umiddelbart nogle kommercielle hensyn, der synes at kunne begrunde en manglende vederlæggelse af en værdifuld immateriel rettighed.

6.1.7 Sammenfatning af omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3

Dette afsnit har haft til formål at undersøge, hvorvidt embedded royalties kan beskattes efter reglerne i omgåelsesklausulen i LL § 3. Skattepligtige selskaber og foreninger, skal ved indkomstopgørelsen se bort fra arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod hensigten med skatteretten, og som ikke er reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, jf. LL § 3, stk. 1.

Arrangementer er endnu ikke negativt afgrænset, og ordlyden skal forstås i bred forstand, hvorefter alle transaktioner, der indeholder en embedded royaltybetaling må anses for at opfylde arrangementskriteriet. Hovedformålskriteriet synes efter gældende praksis at omfatte ethvert arrangement, der fører til en skattebesparelse. Dette må således også anses for at være opfyldt i transaktioner, der indeholder en embedded royaltybetaling. Kriteriet om at opnå en skattefordel omfatter bl.a., arrangementer som medfører, at kildeskat ikke betales. I vurderingen af, om der opnås en skattefordel, skal arrangementet sammenlignes med et kontrafaktisk alternativ, hvor der ses bort fra skatteundgåelsen. I forhold til embedded royalties, vurderes det, at et rimeligt kontrafaktiske alternativ ville være en situation, hvor vederlaget klassificeres som betaling for de immaterielle rettigheder. Dette krav må således være opfyldt, hvis aftalen fører til en manglende kildelandsbeskatning. Det er et krav, at arrangementet skal virke mod formålet og hensigten med skatteretten. Hvis en immateriel rettighed omfattes af KSL § 65 C, stk. 4 ikke vederlægges direkte og denne ikke er af underordnet og stort set ubetydelig karakter, vurderes det, at det virker mod formålet og hensigten med reglerne i KSL § 65 C. Det sidste kriterie er, at arrangementet ikke er reelt under hensyntagen til alle relevante forhold. Før et arrangement kan siges at være reelt, skal dette være kommercielt og økonomisk begrundet, jf. LL § 3, stk. 2. I aftaler som indeholder immaterielle rettigheder, som ikke er af underordnet og stort set ubetydelig karakter, vurderes det, at der ikke foreligger nogle hensyn, der synes at begrunde en manglende vederlæggelse af den immaterielle rettighed.

Det vurderes på baggrund af ovenstående gennemgang, at en aftale, som indeholder embedded royalties, som ikke er vederlag for immaterielle rettigheder af underordnet og stort set ubetydelig karakter, opfylder alle kravene i LL § 3, stk. 1, og derfor ville kunne tilsidesættes.

7 – Konklusion

Denne afhandling har haft til formål at undersøge grundlaget for at kildelandsbeskatte embedded royalties i aftaler mellem uafhængige parter efter dansk ret og med de begrænsninger, der følger af danske dobbeltbeskatningsoverenskomster.

I afhandlingen er embedded royalties blevet defineret som ethvert vederlag for anvendelsen af eller

retten til at anvende immaterielle aktiver eller oplysninger omfattet af kildeskattelovens § 65 C, stk. 4, der er indlejret i det samlede vederlag for en vare eller tjenesteydelse.

Det vurderes, at der i aftaler, som indeholder både en vare eller en tjenesteydelse såvel som en immateriel rettighed, skal foretages en rimelig opdeling af vederlaget i forhold til alle dele af aftalen, og derefter skal delene undergives den korrekte skattemæssige behandling. Aftalens udformning har ikke nogen indvirkning på skatteforvaltningens adgang til omkvalifikation af aftaler mellem uafhængige parter, der indeholder embedded royalties. Dette betyder, at embedded royalties er skattepligtige efter kildeskattelovens § 65 C, stk. 1. Der er dog en række undtagelser til dette udgangspunkt.

Danmark vil frafalde eller nedsætte indeholdelsen af royaltybeskatningen i overensstemmelse med reglerne i den enkelte dobbeltbeskatningsoverenskomst. Danmark kan ikke kildelandsbeskatte embedded royalties, såfremt den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke indeholder en ret for kildelandet til at beskatte royalties. Yderligere kan Danmark ikke kildelandsbeskatte embedded royalties i aftaler mellem associerede selskaber omfattet af EU's rente-/royaltydirektiv, da beskatningsretten udelukkende tildeles domicillandet.

Hvis en immateriel rettighed er af underordnet og stort set ubetydelig karakter i forhold til en anden del af en kontrakt, skal vederlaget for den immaterielle rettighed beskattes ligesom hovedformålet. Til vurderingen af om en immateriel rettighed er af underordnet og af stort set ubetydelig karakter, er det særligt den relative størrelse af vederlaget samt måden hvorpå et immaterielt aktiv udnyttes, der har betydning for beskatningen. Det vurderes, at knowhow i nogle tilfælde kan stilles til rådighed og udnyttes som en integreret del af en ydelse, uden at dette medfører royaltybeskatning efter kildeskattelovens § 65 C, stk. 1.

Det vurderes, at der skal gives en form for dispositionsret over et immaterielt aktiv, før det kan udgøre anvendelse efter kildeskattelovens § 65 C, stk. 4. Dette betyder, at der ikke kan foretages royaltybeskatning i rene varesalg, selv hvis der er et værdifuldt varemærke tilknyttet varen, og at betalingen dermed kan siges at være en embedded royaltybetaling.

Afhandlingen har yderligere undersøgt, hvorvidt en aftale med embedded royalties kan tilsidesættes efter reglerne i omgåelsesklausulen i ligningslovens § 3.

I tilfælde hvor embedded royalties fører til manglende kildelandsbeskatning, opfylder anvendelseskriteriet og ikke kan anses for at være af underordnet og stort set ubetydelig karakter, vurderes det at være et arrangement, som er tilrettelagt med et hovedformål om at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og som ikke er reelt under hensyntagen til alle de relevante forhold. Aftaler med embedded royalties vurderes dermed at kunne omkvalificeres efter reglerne i ligningslovens § 3.

Dette konkluderes, fordi begrebet arrangement endnu ikke er blevet negativt afgrænset i praksis, fordi

hovedformålkravet i praksis er opfyldt ved tilstedeværelsen af en skattefordel, fordi at der igennem arrangementet opnås en skattefordel ved undgåelse af kildeskat, fordi manglende betaling af kildeskat virker mod formålet og hensigten med kildeskattelovens § 65 C, og fordi en forkert kvalificering af embedded royalties vurderes ikke at være tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed, og dermed må anses som værende ikke reelt under hensyntagen til alle de relevante forhold.

Bibliografi

- (2017). Skatteministeriet. Hentet fra <https://www.eu.dk/samling/20181/lovforslag/L28/bilag/1/1948054.pdf>
- Acit, Circle-3(1)(2), International ... vs Sheraton Overseas Management (Income Tax Appellate Tribunal - Delhi 13. februar 2024). Hentet fra <https://indiankanoon.org/doc/44515619/>
- Aftaleloven. (2016). Justitsministeriet. Hentet fra <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000905933?tab=karnov#LBKG2016193>
- Aktieavancebeskatningsloven. (2021). Skatteministeriet. doi:<https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000936723?tab=karnov>
- Australian Government - The Treasury. (august 2022). Hentet fra <https://treasury.gov.au/sites/default/files/2022-08/c2022-297736-cp.pdf>
- Australian Taxation Office. (20. november 2018). Hentet fra <https://www.ato.gov.au/law/view/pdf/tpa/ta2018-002.pdf>
- Bolander, J., Madsen, L., Laursen, A. N., & Langhave, I. (u.d.). *Lærebog om indkomstskat*.
- Bundgaard, J. (2006). *Skatteret & civilret*. København: Forlaget Thomson A/S.
- Bundgaard, J. (2009). Rente-/royaltydirektivet i national kontekst. *Skat Udland*. Hentet fra <https://corit-advisory.com/wp-content/uploads/2011/12/rente-royalty.pdf>
- Bundgaard, J. (juni 2021). Embedded royalties – en ny skat på udenlandske IP-rettigheder. *TAXO*. doi:<https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000879294>
- Bundgaard, J. (marts 2024). Hyatt-dommen – lidt mere om afgrænsningen af royalties i den internationale skatteret. Hentet fra <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000956508>
- Bundgaard, J. (februar 2024). PepsiCo-dommen – begyndelsen på en global bølge af kildelandsbeskatning af embedded royalties? *Taxo*. Hentet fra <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000938843>
- Bundgaard, J., Kjærsgaard, L. F., & Tell, M. (2021). *Den skatteretlige omgåelsesklausul*. København: Ex Tuto Publishing A/S.
- Bundgaard, J., Kjærsgaard, L. F., & Aarup, L. B. (2017). Første afgørelse om den danske generelle omgåelsesklausul – en vidtgående, men nok ikke overraskende fortolkning af bestemmelsen. *Skat Udland*. Hentet fra <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000781646>
- De Forenede Arabiske Emirater og Indien. (28. november 2007). *TaxSutra*. Hentet fra <https://www.taxsutra.com/sites/taxsutra.com/files/dtaa/UAE%20DTAA.pdf>
- Erhvervsstyrelsen. (Februar 2018). Hentet fra <https://copenhageneconomics.com/wp-content/uploads/2021/12/copenhagen-economics-2018-betydning-af-international-handel-for-oekonomi-og-beskaeftigelse-i-danmark.pdf>
- EUROPA-KOMMISSIONEN. (6. december 2012). *EUR-lex*. Hentet fra <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012H0772>
- Evald, J. (2016). *Juridisk Teori, Metode og Videnskab* (2. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Haigh, R. (5. oktober 2021). *Brand Finance*. Hentet fra <https://brandfinance.com/insights/how-the-brand-value-landscape-has-changed-in-the-last-15-years>

Herbert Smith Freehills. (14. februar 2024). Hentet fra <https://hsfnnotes.com/taxaustralia/2024/02/14/decision-alert-federal-court-finds-pepsico-liaable-for-royalty-withholding-tax-and-potential-diverted-profits-tax/>

HYATT INTERNATIONAL-SOUTHWEST ASIA LTD. , ITA Nos. 216/2020 and Other Connected Matters (The High Court of Delhi 22. december 2023). Hentet fra https://www.livelaw.in/pdf_upload/hyatt-international-513917.pdf

Højesterets dom af 13. december 2000, j.nr. 114.1998, HR2000.II-114/1998 (Højesteret 2000). Hentet fra https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000130472#HR2000_II_114_1998_1

Højesterets dom af 18. december 1992, j.nr. I 323/1991., U.1993.143H (Højesteret 18. december 1992).

Kildeskatteloven. (2023). Skatteministeriet. Hentet fra <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000936817?tab=karnov>

LFF 1987-02-18 nr. 207. (1987). Skatteministeriet. Hentet fra https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000264366?tab=preparatory_work

Ligningsloven. (2023). Skatteministeriet. Hentet fra <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000957276?tab=karnov>

Michaelsen, A., Dalgas, A. S., & Laursen, A. N. (2017). *International skatteret* (4. udg.). Aarhus: Karnov Group Denmark A/S.

Munk-Hansen, C. (2014). *Retsvidenskabsteori*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Munk-Hansen, C. (2017). *Den Juridiske Løsning*. København: Jurist- og Økonomforbundet.

OECD. (2023). *OECD*. Hentet fra OECD.com: <https://www.oecd.org/tax/beps/>

OECD Modeloverenskomst med kommentarer. (2017). OECD. Hentet fra <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000834575>

Pedersen, J. (2008). Om den skatteretlige realitetsgrundsætning og grundlovens § 43, de europæiske menneskerettigheder samt EU-rettens retsgarantier for borgerne. Hentet fra https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000379046?dq=Substance%20over%20form#UB20080197-01_20110423114630_1

PepsiCo, Inc v Commissioner of Taxation [2023] FCA 1490 (Federal Court of Australia 30. november 2023). Hentet fra chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.taxsutra.com/sites/default/files/sftp/40__WHT_on_embedded_royalties_FC_Australia.pdf

PwC. (november 2022). Hentet fra <https://www.pwc.com/us/en/services/governance-insights-center/pwc-overseeing-taxes-in-a-dynamic-world.pdf>

Rasmussen, M. (1993). SU 1993, 332 - Ny dobbeltbeskatningsoverenskomst med Tyrkiet - Ny dobbeltbeskatningsoverenskomst med Tyrkiet. *SKAT Udland* . doi:https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000635372#MI_SU_1993_332

Retskilder og retsteorier (5. udg.). (2017). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

RÅDETS DIREKTIV (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion. (16. juli 2016). Rådet for Den Europæiske Union. Hentet fra <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L1164>

- RÅDETS DIREKTIV 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater. (3. juni 2003). Rådet for Den Europæiske Union. Hentet fra <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=celex%3A32003L0049>
- Schmidt, P. K., Tell, M., & Weber, K. D. (u.d.). *Internatinal skatteret i et dansk perspektiv* (2. udg.). Hans Reitzels Forlag.
- Selsskabsskatteoven. (2022). Skatteministeriet. Hentet fra <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000936755?tab=karnov>
- Skatterådets bindende svar af 15. december 2020, j.nr. 19-0617644 - Grænseoverskridende fusion med norsk selskab - ligningslovens § 3, SKM2021.30.SR (Skatterådet 2021).
- Skatterådets bindende svar af 19. november 2019, j.nr. 19-0437107 - Fusion - mellemholdingreglen, SKM2020.39.SR (Skatterådet 2020).
- Skatterådets bindende svar af 25. juni 2019, j.nr. 19-0370634, SKM2019.349.SR - Udlodning til tysk moderselskab kunne ske uden kildeskat (Skatterådet 2019).
- Skatterådets bindende svar af 26. marts 2019, j.nr. 18-1807740 - Royalties og tjenesteydelser, dobbeltbeskatning, SKM2019.223.SR (Skatterådet 26. marts 2019). Hentet fra https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000837282#SKATR2019_18_1807740_20190423081210_5
- Skatterådets bindende svar af 26. marts 2019, j.nr. 18-1807740 - Royalties og tjenesteydelser, dobbeltbeskatning, SKM2019.223.SR (Skatterådet 2019).
- Skatterådets bindende svar af 28 marts 2017, j.nr. 16-1666325, SKM2017.333.SR (Skatterådet 28. marts 2017). Hentet fra <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000763375>
- Skattestyrelsen. (u.d.). *Skat.dk*. Hentet fra Den Juridiske Vejledning: <https://info.skat.dk/data.aspx?oid=2060670>
- Skatteudvalget. (11.. november 2020). *FT.dk*. Hentet fra Folketinget: https://www.ft.dk/samling/20201/lovforslag/l89/20201_l89_som_fremsat.htm
- SKM2002.380.LSR (Landsskatteretten 2002). Hentet fra <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000249635>
- Spanien og Schweiz. (1966). Hentet fra <https://internationaltaxtreaty.com/download/Spain/DTC/Spain-Switzerland-DTC-Apr-1966.pdf>
- Statsskatteoven. (1922). Hentet fra <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000735568?tab=karnov#L1922149>
- TEAC - Spansk afgørelse (The Central Economic-Administrative Tribunal 3. oktober 2013). Hentet fra <https://tpcases.com/wp-content/uploads/Spain-TEAC-3-October-2013-ENG.htm>
- U.f.R. 1981.300. Højesterets dom af 24. marts 1981. Pant - Uskadelig ændring af en ret, fordi den udnyttedes chikanøst., U.1981B.298 (Højesteret 24. marts 1981). doi:<https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000273205#UB19810298-01>
- USA og Indien. (u.d.). *IRS*. Hentet fra <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/india.pdf>
- Vanluydt, F., & Schaffers, A. (u.d.). *ITR*. Hentet fra ITR: <https://www.internationaltaxreview.com/article/2a68ve4lbu67xsa1ayc5c/embedded-ip>

- Vestergaard-Jensen, J., & Kusk, A. (2000). Den skattemæssige behandling af royaltybetalinger ved licensgivning af immaterialrettigheder. *Tidsskrift for skatter og afgifter*. Hentet fra Karnov: https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000549359#MI_TFS_2000_649
- Wienerkonventionen. (u.d.). Hentet fra <https://www.retsinformation.dk/eli/ltc/1980/34>
- Winther-Sørensen, N. (2000). OECD-modellens betydning ved fortolkning af intern dansk ret. *Skat Udland*. Hentet fra https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000549430#MI_SU_2000_3
- Zahle, S. S. (28. juni 2021). *Deloitte*. Hentet fra <https://www2.deloitte.com/dk/da/pages/tax/articles/nye-regler-om-cfc-beskatning-vedtaget.html>