

Intern overdragelse af immaterielle aktiver

Kandidatspeciale

Aalborg Universitet

Cand. Merc. Aud.

Jakob Malling Larsen - 20220256

Maria Reyes Muhlig - 20193245

Dato: 03.06-2024

Antal anslag: 197.948

Vejleder: Anders Larsen

Titelblad

Titel	Intern overdragelse af et immaterielle aktiv
Engelsk titel	Internal transfer of an intangible assets
Udarbejdet af (studienummer)	Jakob Malling Larsen (20220256) Maria Reyes Muhlig (20193245)
Vejleder	Anders Larsen
Fag	Kandidatspeciale
ECTS Point	30 ECTS
Uddannelse	Revision, Cand. Merc. Aud.
Uddannelsessted	Aalborg Universitet
Anslag:	197.948
Afleveringsdato:	03.06-2024

Underskrift:

Jakob Malling Larsen

Jakob Malling Larsen

Maria Reyes Muhlig

Maria Reyes Muhlig

Abstract

The purpose of this master's thesis is to examine the consensus between the Danish Tax Assessment Act Section (LL § 2) and the United States Internal Revenue Code Section 482 (IRC § 482) regarding the internal transfer of intangible assets between related companies. Economic globalization has significantly impacted world trade, as evidenced by the increasing number of intercompany transactions, which now constitute 60% of global trade. This development necessitated the establishment of an effective and standardized framework for economic transactions.

The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) has played a crucial role in promoting global standards through guidelines, decisions, and principles since 1961. A significant OECD standard is the Model Tax Convention, which originated from 1963 Double Taxation Agreement (DTA), which serves as a basis for negotiating tax treaties among member countries and has been regularly updated, with the latest version in 2017. The OECD's Transfer Pricing Guidelines (TPG) are noteworthy, providing guidance on applying Article 9 of the Model Tax Convention, which mandates that intercompany transactions adhere to the arm's length principle.

Denmark implemented transfer pricing regulations in 1960, aligning its tax laws with OECD standards in 1998. Section 2 of the Danish Tax Assessment Act enables price adjustments based on the arm's length principle. Likewise, the United States, an OECD member since 1961, integrated this principle into its law through IRC § 482, empowering the Internal Revenue Service to adjust income and expenses for proper income allocation among related parties.

The thesis examines whether there is a consensus between American and Danish law regarding the valuation of intangible assets, focusing on the arm's length principle as defined by the OECD. It was found both countries agree on the principle, although the terminology varies. Both legal systems apply the arm's length principle and allow for price adjustments if it is not adhered to. The OECD's broad definition of High Value intangibles (HTVI) and the economic substance of the arm's length principle are central to the discussion. Implementing updates in OECD into national laws, such as the Danish Tax Assessment Act, can address some of the challenges. The question of whether OECD TPG can still be considered an interpretative aid to LL § 2 is also relevant in this context.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1	1
1. Indledning	1
2. Problemformulering.....	2
3. Metode	3
3.1 Juridisk metode	3
3.2 Empirimetode.....	4
3.3 Kildekritik.....	5
4. Afgrænsning	6
Kapitel 2	8
5. Armslængdeprincippet	9
5.1 Armslængdeprincippet i LL § 2	9
5.1.1 Retsfølgen af LL § 2	10
5.1.1.1 Primær korrektion	10
5.1.1.2 Sekundær Korrektion.....	12
5.1.1.3 Betalingskorrektion	13
5.1.1.4 Afgrænsningsproblematik.....	13
5.1.1.5 Armslængdepris.....	14
5.1.2 Armslængdetest	15
5.1.3 Koncernforbundne selskaber.....	16
5.1.4 Retssubjekterne for LL §2.....	20
5.2 Armslængdeprincippet ifølge OECD	23
5.3 Sammenfatning	30
6. Immaterielle aktiver.....	30
6.1 Definition på immaterielle aktiver ifølge OECD.....	31
6.2 Immaterielle aktiver i dansk skatteret	33
6.2.1 Historisk udvikling af Goodwill.....	34
6.2.2 Skatteretlig definition samt behandling af goodwill.....	36
6.2.3 Skatteretlig definition samt behandling af knowhow	37
6.3 Afgrænsningsproblematikken mellem immaterielle aktiver.....	39
6.4 TSS-cirkulære goodwillcirkulæret.....	40
6.5 Overdragelse	41

6.6 Sammenfatning	43
7. Dokumentation og oplysningspligt.....	45
7.1 Bevisbyrden	46
7.2 Sanktioner.....	48
8. Værdiansættelse.....	49
8.1 Sammenligningsanalyse	50
8.2 Funktionsanalyse.....	54
8.2.1 Funktioner	55
8.2.2 Risici	55
8.2.3 Aktiver.....	57
8.3 Værdiansættelsesmetoder	58
8.3.1 Metodevalget	59
8.3.2 Omkostningsbaseret værdiansættelsesmodel	60
8.3.2.1 Kostplusmetoden (CP-metoden)	60
8.3.3 Markedsbaserede værdiansættelsesmodel.....	61
8.3.3.1 Den frie markedsprismetode (CUP)	61
8.3.3.2 Resale Price Method (RPM)	63
8.3.3.3 Den transaktionsbaserede nettoavancemetode (TNMM)	63
8.3.4 Indkomstbaserede værdiansættelsesmodel.....	64
8.3.4.1 Profit Split Metoden	65
8.3.4.2 Indkomstmetoden	66
8.4 Værdiansættelse af immaterielle aktiver i retspraksis.....	70
Kapitel 3	74
9. Overdragelse fra DK til USA.....	75
9.1 Lovgrundlag i USA	75
9.1.1 Retskilde i USA.....	76
9.1.2 Armslængdeprincip.....	77
9.1.3 Definition af kontrollerede transaktioner	78
9.1.4.1 Retsfølgen i IRC section 482	79
9.2 Undgåelse af dobbeltbeskatning	81
9.3 Amerikansk definition af immaterielle aktiver	83
9.4 Dokumentation og oplysningspligt	85

9.4.1 Bevisbyrde.....	86
9.4.2 Sanktioner	86
9.5 Værdiansættelse	87
9.5.1 Sammenlignelighedsanalyse	87
9.5.2 Funktionsanalyse	88
9.5.3 Værdiansættelsesmetoder.....	89
9.5.3.1 Akkvisitionsprismetoden	89
9.5.3.2 Markedskapitaliseringsmetoden.....	90
Kapitel 4	91
10. Konklusion	92
11. Litteraturliste	96
11.1 Artikler.....	96
11.2 Bøger	96
11.3 Hjemmesider	97
11.4 Afgørelser.....	98
11.4.1 Danmark	98
11.4.2 USA.....	100
11.5 Lovgivning.....	100
11.5.1 Lovforslag	100
11.6 Rapporter	101
11.7 Øvrige	102
12. Bilag.....	103
Bilag 1	103
Bilag 2	103

Begrebsdefinitioner

APA	Advance Pricing Arrangement
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CWI	Commensurate with Income
DEMPE	Development, Enhancement, Maintenance, Protection, Exploitation
HTVI	Hard to value intangibles
IRC	Internal Revenue Code
IRS	Internal Revenue Service
LL	Ligningsloven
MAP	Mutual Agreement Procedure
MNK	Multinationale koncerner
OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development
SEL	Selskabsloven
SKL	Skattekontrolloven
Treas. Reg.	Treasury Regulations
TP	Transfer pricing
TPG	Transfer Pricing Guidelines
KBL	Kulbrinteskatteloven
WACC	Weighted Average Cost of Capital

Kapitel 1

Indledning & Metode

Dette kapitel indleder specialet ved at introducere problemstillingen og den anvendte metode til at analysere den. Kapitlet indeholder en indledning, problemformulering, metode og afgrænsning.



1. Indledning

Den økonomiske globalisering er en proces, der har påvirket verdenshandelen i høj grad, hvilket blandt andet ses ud fra den stigende samhandel på tværs af landegrænser.¹ En væsentlig indikation for denne udvikling er, at transaktioner mellem koncernforbundne selskaber udgør 60 pct. af verdenshandlen.² Denne udvikling har krævet etablering af effektive og ensartede standarder for at lette økonomiske transaktioner.

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) er en international organisation, der har siden 1961 spillet en afgørende rolle i at fremme globale standarder, der letter samhandel, økonomiske transaktioner og international arbejdsdeling. De globale standarder er ikke juridisk bindende for de tiltrædende lande, men er udarbejdet i form af guidelines, beslutninger og principper.³ En af de globale standarder OECD har udarbejdet, er deres modeloverenskomst, der udspringer af en tidligere DBO fra 1963. Denne har til formål at være forhandlingsgrundlag for indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem OECD-medlemslandene. Modeloverenskomsten er løbende opdateret, hvoraf den seneste er fra 2017. Til modeloverenskomsten er der tilknyttede kommentarer, som indeholder de forskellige medlemslandes fælles forståelse heraf. En af de mest anvendte rapporter er organisationens transfer pricing vejledning benævnt OECD Transfer Pricing Guidelines (TPG eller OECD TPG). Formålet med denne er at vejlede brugere af organisationens modeloverenskomst, artikel 9, der foreskriver, at koncernforbundne selskaber skal handle under samme vilkår som uafhængige parter, det såkaldte armslængdeprincip.

I Danmark blev indførelsen af love, der regulerer transfer pricing sager, vedtaget i 1960. I 1998 blev den danske skattelovgivning harmoniseret med OECD's nye regler.⁴ En af de nye bestemmelser var blandt andet ligningsloven (LL) § 2, som har hjemmel til priskorrektion efter armslængdeprincippet.⁵ USA har siden 1961 været et OECD-medlemsland⁶, hvor de efterfølgende har fortolket OECD's armslængdeprincippet i amerikansk lov, som findes i Internal Revenue Code (IRC) § 482. IRC § 482

¹ Anders O. Hansen & Peter Andersen (2008), Transfer pricing i praksis, 1. udgave, side 15.

² Jens Wittendorff (2022), Transfer Pricing, 4. udgave, s. 29.

³ Udenrigsministeriet, OECD's mission og historie.

⁴ Jens Wittendorff (2022), Transfer Pricing, 4. udgave, s. 28.

⁵ Jens Wittendorff (2022), Transfer Pricing, 4. udgave, s. 28.

⁶ OECD, List of OECD Member countries.

er en bestemmelse i den amerikanske skattelovgivning, der giver Internal Revenue Service beføjelser til at foretage justeringer af indkomst, udgifter hos en skatteyder, hvis det er nødvendigt for at afspejle en passende fordeling af indkomst mellem interesseforbundne parter.

Ifølge en undersøgelse fra GIFT (Global Intangible Finance Tracker) viser, at størstedelen af verdens koncerner har immaterielle aktiver, som udgør en betydelig del af deres egenkapitalen, og i mange tilfælde udgør disse aktiver 90 pct. af den samlede værdiansættelse. Novo Nordisk ligger som nr. 29 på ranglisten med 98 pct.⁷ Yderligere viser en undersøgelse fra 2016, at 25% af de adspurgte mente, at immaterielle aktiver var væsentlige ved skatteplanlægning.⁸

I OECD TPG er der nævnt en definition af immaterielle aktiver samt, hvordan selskaber bør foretage en værdiansættelse af disse og hvordan hele processen bør eksekveres af medlemslandenes skattemyndigheder. Det er som nævnt, blot vejledninger, hvorfor lande har deres egne nationale love. Det er bemærkelsesværdigt at erindre, at skattemyndighederne i alt har foretaget nettoforhøjelser af selskabets skattepligtige indkomster for ca. 120 mia. DKK siden 2010.⁹ I nogle af årene skyldes de store forhøjelse beløb, at der blev afsluttet særligt mange sager om enkelte afståelser af meget værdifulde immaterielle aktiver.¹⁰

2. Problemformulering

Specialet har til formål at analysere, hvorvidt OECD TPG påvirker den skattemæssige værdiansættelse af immaterielle aktiver i forbindelse med kontrollerede transaktioner mellem Danmark og USA.

På baggrund af dette er der henledt til følgende problemformulering:

Hvordan er der konsensus mellem ligningslovens § 2 og Internal Revenue Code § 482 ved intern overdragelse af immaterielle aktiver mellem koncernforbundne selskaber.

⁷ BrandFinance (2022), GIFT 2022.

⁸ BrandFinance (2016), GIFT 2016.

⁹ Skattestyrelsen, (2023), Selskabers skattebetaling - Dataudveksling til kontrol af internationale koncerner.

¹⁰ SKAT (2018), Transfer pricing - redegørelse 2017.

Den ovenstående problemformulering besvares ved at analysere, hvilke retningslinjer OECD's modeloverenskomst artikel 9 foreskriver ved kontrollerede transaktioner mellem koncernforbundne selskaber. Dermed undersøges definitionen på armslængdeprincippet, samt de værdiansættelsesmetoder, som OECD anser som bedst egnet til transaktioner med immaterielle aktiver.

Baseret på analysen sammenlignes der med ligningslovens § 2 og den danske definition af immaterielle aktiver ifølge afskrivningslovens § 40 stk. 1-5. I dansk lov er det afgørende at overholde dokumentations- og oplysningspligten ved overdragelse af kontrollerede transaktioner, jf. SKL §§ 38, og 39, samt i hvilket omfang OECD TPG følges i disse analyser.

Ligeledes undersøges der, i hvilket omfang den amerikanske lovbestemmelse Internal Revenue Code § 482 følger OECD's retningslinjer. Dette inkluderer en analyse af, hvordan processen for værdiansættelse af immaterielle aktiver er i USA og hvilke retningslinjer, der skal følges ifølge deres nationale love. Slutlig vil der udarbejdes en sammenfatning af henholdsvis LL § 2 og IRC § 482.

3. Metode

Dette afsnit dækker de juridiske og metodiske tilgange, der anvendes for at besvare specialets problemformulering. Det inkluderer en beskrivelse af den juridiske metode, den empiriske metode samt kildekritik.

3.1 Juridisk metode

Anvendelsen af juridisk metode i forbindelse med dette speciale om intern overdragelse af et immaterielt aktiv har afgørende betydning, idet kompleksiteten og de juridiske aspekter, der er involveret i dette område, kræver en metodisk tilgang. Ved udarbejdelsen af dette speciale blev der truffet en bevidst beslutning om at benytte en juridisk tilgang, da der primært fokuseres på de skattemæssige lovbestemmelser, der opstår i forbindelse med en intern overdragelse af et immaterielt aktiv.

Lovbestemmelserne, der omhandler transfer pricing i de danske skatteregler, amerikanske skatteregler og OECD's internationale retningslinjer, er komplekse. Ved at anvende juridisk metode, kan man effektivt navigere i kompleksiteten. Dette sikrer en korrekt fortolkning og anvendelse af

relevant lovgivning i forbindelse med transfer pricing. Det er essentielt, da det bidrager til at afdække grundlaget for argumentation og analytisk tilgang, når det gælder fastlæggelsen af gældende ret i et konkret tilfælde.¹¹ Det er særligt vigtigt for at undgå skattemæssige konsekvenser, der kan opstå ved manglende forståelse af transfer pricing.

Juridisk metode bidrager også til at identificere og analysere relevante retskilder, såsom dansk lovgivning, domspraksis og internationale retningslinjer. Ved forståelsen af disse retskilder kan man opnå en dybere forståelse af den gældende ret og dens indflydelse på transfer pricing. Dette er særligt relevant for specialets analyse, da retskilder som ligningsloven, skattekontrolloven, og Internal Revenue Codes udgør vigtige retningslinjer inden for specialets emneområde.

Der er derudover i specialet benyttet en retsdogmatisk tilgang, som angiver, hvordan gældende ret forstås og anvendes. Den retsdogmatiske tilgang, også kendt som “*de lege lata*”, der beskriver og analyserer den eksisterende retstilstand i Danmark i dag.¹²

3.2 Empirimetode

Der er valgt at anvende kvalitativ metode med det formål at opnå en dybere forståelse og sikre en høj validitet i specialet. Kvalitativ metode kan også bidrage til at generere en teori ved at opdage mønstre, tendenser og sammenhænge. Kvalitative metoder er eksplorative, hvilket typisk anvendes i projekter inden for samfundsvidenskaben, hvor undersøgeren ikke har en særlig forudgående indsigt i undersøgelsesfeltet.¹³ Undersøgeren har teoretisk og erfaringsmæssigt forståelser af, hvad der forventes at blive fundet i specialet, men metoden er åben for nye og overraskende informationer.¹⁴

Derudover er der lagt vægt på sekundær empiri i form af bøger, rapporter og dokumenter. Sekundære dokumenter er som hovedregel lettere analyseobjekter, som f.eks. love og vedtægter.¹⁵ Den anvendte empiri danner grundlag for den efterfølgende analyse.

¹¹ Dorte Høilund (2022), Retssikkerhed og juridisk metode, 4. udgave.

¹² Hansen, Lone. L., & Werlauff, Erik (2016), *Den juridiske metode - en introduktion*, 2. udgave, s. 247.

¹³ Thomas Harboe (2018), *Metode og projektskrivning - en introduktion*, 3. udgave, s 77.

¹⁴ Thomas Harboe (2018), *Metode og projektskrivning - en introduktion*, 3. udgave, s 78.

¹⁵ Thomas Harboe (2018), *Metode og projektskrivning - en introduktion*, 3. udgave, s 146.

Der vil yderligere i specialet blive anvendt en deduktiv metode. Metoden indebærer, at specialet vil tage udgangspunkt i en teoretisk tilgang til at opbygge strukturen. Dette vil afspejles i analysen, hvori faktorerne af teorien fremgår. Teorien kommer til at bygge fundament på dansk lovgivning, SKAT, amerikansk lov og OECD's retningslinjer for transfer pricing.

3.3 Kildekritik

I specialet er der valgt at anvende sekundære kilder. Formålet er at evaluere kildernes pålidelighed, validitet og relevans i forhold til specialets problemstilling.

Specialet har blandt andet gjort brug af bogen "*Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret*", som er skrevet af Jens Wittendorff i 2009. Jens Wittendorff er en forfatter, partner, adjungeret professor i EY og på Aarhus Universitet. Hans bøger anses derfor for at have høj validitet, trods at bogen er fra 2009. Det er taget højde for, at det er en ældre bog, og at teorien kan have ændret sig siden. Bogens synspunkter er derfor sammenstillet med dansk lovgivning og OECD's nye transfer pricing guidelines fra 2022.

Derudover er der blevet benyttet en række rapporter, artikler og guidelines fra OECD. OECD's formål er at etablere globale standarder, der letter samhandel, økonomiske transaktioner og internationale arbejdsdeling.¹⁶ Organisationen har 38 medlemslande og samarbejder med over 100, som arbejder sammen for at udvikle løsninger inden for økonomi og specielt inden for transfer pricing. Det skal bemærkes, at når OECD giver udtryk for noget, så er det ikke ensbetydende, at det er lovgivningen, som Danmark skal følge, men blot vejledning, som kan påvirke dansk lov indirekte. Der er derfor lagt vægt på at fortolke deres vejledninger, samt hvordan dansk lovgivning har valgt at referere til OECD og skabe deres egen lovgivning med indflydelse fra OECD.

Der er yderligere i specialet langt fokus på gældende ret fra Danmark. Der er analyseret på teori ved at sammenligne skattesager. Specialet har afholdt sig kritisk over for disse skattesager, da sagerne ikke indeholder alle informationer for at afholde nogen form for anonymisering. Derudover har specialet brugt nogen af SKAT's vejledninger. SKAT forvalter lovgivning angående transfer pricing.

¹⁶ Udenrigsministeriet, OECD's mission og historie.

Det er derfor at forholde sig kildekritisk, da det blot forvalter, men den rette ret lov står i den danske lovgivning og der kan derved opstå menneskelige fejl, når de videreformidler lovgivning i form af vejledninger til borgere og virksomheder.

Specialet har taget højde for at opretholde sig kritisk til øvrige sekundære kilder. I specialet er der valgt at kigge på relevante kilder med øje for pålidelighed og validitet. Specialet er derfor ikke påvirket af andres vejledninger og holdninger, men derimod egne refleksioner af de relevante pålidelige sekundære kilder.

4. Afgrænsning

I specialet er der valgt at fokusere på, hvilke områder interne koncerner skal være opmærksomme på ved overdragelse af immaterielle aktiver. Der er derfor kun valgt at kigge på juridiske personer. Fokusområdet være, hvordan armslængdeprincippet defineres i henholdsvis dansk, og amerikansk lovgivning samt OECD's retningslinjer. Der er valgt at sammenligne med amerikansk lovgivning, da det er Danmarks største samhandelspartner. I denne sammenhæng tages der udgangspunkt i immaterielle aktiver, da det er komplekse og vanskelige at værdiansætte.

I dette speciale tages der udelukkende udgangspunkt i modeloverenskomsten artikel 9 samt de kapitler i OECD TPG, der er relevante for armslængdeprincippet, immaterielle aktiver og værdiansættelsesmetoderne. Definitionen af armslængdeprincippet fra OECD TPG sammenholdes med LL § 2 og IRC § 482. Ligeledes analyseres definitionen på immaterielle aktiver i AL § 40 stk. 1-5, og IRC § 482 suppleret med IRC § 197. Ved kontrollerede transaktioner af immaterielle aktiver mellem koncernforbundne selskaber, kræver det en værdiansættelse af aktivet. Der findes forskellige værdiansættelsesmetoder, hvor der i specialet er valgt at analysere, hvilke værdiansættelsesmetoder der findes i OECD' TPG og sammenligne med værdiansættelsesmetoder i dansk og amerikansk lovgivning. I forbindelse med værdiansættelsesmetoderne fokuseres der udelukkende på den skatteretlige del.

I henseende til den nævnte problematik der nævnes i indledningen, om de korrektioner af høje beløb, som skattemyndighederne har foretaget. Er det vigtigt, at koncernforbundne selskaber har deres dokumentation- og oplysningspligt i fyldestgørende stand. Vi har i denne forbindelse valgt at

undersøge lovbestemmelserne i skattekontrollovens §§ 38, og 39 samt Treas reg. § 1.6662-6. Derudover undersøger vi, hvad der fremgår i OECD TPG om dokumentations- og oplysningspligten. Derefter sammenholdes dette med de to øvrige lovbestemmelser.

Endvidere undersøger vi, hvilke fremgangsmåder der findes, for undgåelse af dobbeltbeskatning. Herunder undersøger vi, hvordan DBO-aftalen mellem USA og Danmark forhindrer dobbeltbeskatningen ved kontrollerede transaktioner. Der er overordnet set 30 artikler i DBO-aftalen med USA, men fokus vil være på artikel 25, som angår fremgangsmåden ved indgåelse af gensidige aftaler. Derudover analyserer vi på Mutual Agreement Procedure (MAP) og Advanced Pricing Agreements (APA) og, hvordan proceduren for disse er i henholdsvis Danmark og USA.

Kapitel 2

Armslængdeprincippet, immaterielle aktiver, dokumentation og værdiansættelse

Dette kapitel omfatter analysen af LL § 2 og OECD's definition af armslængdeprincippet, samt deres definitioner af immaterielle aktiver. Derudover undersøges værdiansættelsesmetoderne.

Formålet med dette kapitel er at undersøge, hvordan koncernforbundne selskaber skal udføre korrekt værdiansættelse, når de udfører intern overdragelse af immaterielle aktiver samt at se om dansk lovgivning følger OECD.

5. Armslængdeprincippet

En central del af dansk skatteret, der er relevant i forhold til armslængdeprincippet, omfatter LL § 2. Denne bliver derfor nøjere undersøgt i nedenstående afsnit, hvor der ønskes at finde svar på, hvordan dansk lovgivning fortolker armslængdeprincippet samt, hvordan der gennem loven er skabt hjemmel for at foretage priskorrektion. For at danne en dybere forståelse for dette bliver der samtidig også analyseret på bestemmelsens definition af *koncernforbundne selskaber*. Armslængdeprincippet i LL § 2 benytter sig af OECD TPG og de tilhørende vejledninger, som fortolkningsbidrag.

5.1 Armslængdeprincippet i LL § 2

I dansk ret er der ikke lovfæstet en direkte regel, der inddrager ordlyden, armslængde- regel eller princip. Dermed findes der ikke en direkte *armslængderegulering*, dog kan der argumenteres for at LL § 2, som blev vedtaget i 1998, er den centrale armslængderegulering i dansk ret. Denne blev indført som følge af dommen TfS 1998, 199 H. Baggrunden for dette var, at skatteministeren fandt det påkrævet at skabe klar hjemmel til priskorrektion, da der i den førnævnte sag blev givet afslag på at foretage rentefiksering. I bemærkningerne til loven er det angivet, at skatteloven §§ 4-6 hidtil indeholdt hjemmel til korrektion i overensstemmelse med de grundlæggende OECD-principper for transfer pricing. Efter dommen TfS 1998, 199 H blev det dog klart, at der var behov for en lovfæstelse af det almindeligt anerkendte princip. Denne blev erstattet af LL § 2. Dette medførte iagttagelsen af armslængdeprincippet, ved skatteansættelsen af den skattepligtige indkomst for transaktioner mellem interesseforbundne parter.¹⁷

Det er væsentligt at erindre, at der i bemærkningerne til loven er anført:

“Det er et internationalt anerkendt princip, at interesseforbundne parter skal handle på armslængdevilkår. OECD har udsendt retningslinier om, hvilke principper og fremgangsmåder, som internationalt kan anerkendes ved ligningen i transfer pricing. Disse retningslinjer er baseret på armslængdeprincippet. Samtlige OECD- lande, herunder Danmark, har tilsluttet sig disse

¹⁷ Jens Wittendorff (2022), Transfer Pricing, 4. udgave, s. 74.

retningslinjer... Lovforslaget sikrer således materielle regler svarende til dem, der var forudsat ved folketingets vedtagelse af loven.”¹⁸

Det kan heraf udledes, at der med sikkerhed er tale om, at LL § 2, hviler på et armslængdeprincip og at Danmark har tilsluttet sig OECD TPG. Det bemærkes dog, at der ingen steder i bemærkningerne er nævnt, at LL § 2 skal fortolkes i overensstemmelse med OECD modeloverenskomst eller OECD TPG. Dette kan skyldes, at der foreligger en implicit fortolkning af dette, da der refereres til de grundlæggende principper for transfer pricing og eftersom, at LL § 2 og den dagældende SEL §12 er identisk - SEL §12 var baseret på OECD modeloverenskomst artikel 9, stk. 1. Siden er OECD TPG indarbejdet i cirkulære nr. 84 af 15 maj 1998. Efterfølgende har skattemyndighederne også bekræftet, at LL § 2 er i konform med artikel 9, stk. 1, og TPG.¹⁹ Endvidere er det observeret at der i forarbejderne i lov nr. 408 af 1. juni 2005 er lagt til grund, at LL § 2 er baseret på armslængdeprincippet, og at armslængde testen skal foretages i overensstemmelse med OECD TPG.

5.1.1 Retsfølgen af LL § 2

5.1.1.1 Primær korrektion

På baggrund af den viden om af LL § 2 indeholder et armslængdeprincip og er udarbejdet på baggrund af OECD TPG, bliver der i nedenstående afsnit analyseret nærmere på dette.

Ordlyden i LL § 2 stk. 1, er følgende:

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

Begrebet *armslængde* er som nævnt ikke indført direkte i bestemmelsen. I stedet er der indsat begreberne *priser og vilkår*. Det er også væsentligt at erindre, at LL § 2 hviler på et armslængdeprincip, som indeholder en *allokeringsnorm*. Denne *allokeringsnorm* er internationalt

¹⁸ Jf. de almindelige bemærkninger til L 84 af 25. februar 1998.

¹⁹ Juridisk vejledning, 2016-1, C.D.11.2.1.1, punkt 2 i dokumentationsvejledningen fra 2022.

anerkendt både i intern lovgivning og dobbeltbeskatningsoverenskomster, som ved ordlyden har en betydning for at der kan foretages korrektioner, såfremt at der ikke bliver handlet på lige fod med gældende markedsvilkår og priser. LL § 2 indeholder dermed ikke en beskrivelse af retsfølgen af, at armslængdeprincippet ikke er iagttaget. Dog fortolkes det på grundlag af lovens ordlyd, at retsfølgen utvivlsomt kan bestå i en priskorrektion, hvor armslængdeprincippet anvendes som allokeringsnorm.

Dette kan ses ud fra lovens forarbejder, hvor følgende er anført:

“Praksis for korrektioner i låneforhold vil blive berørt af lovforslaget...”²⁰

Det udledes heraf, at LL § 2 stk. 1, indeholder et armslængdeprincip, der tillader bestemmelsen at foretage korrektioner, såfremt skatteyder har købt eller solgt en vare til en over- eller underpris. LL § 2 indeholder ikke en beskrivelse af retsfølgen, hvis armslængdeprincippet ikke er iagttaget, men utvivlsomt en *priskorrektion*, hvor den faktiske pris erstattes af en armslængdepris.²¹ En priskorrektion har virkning for aftaler parter, forudsat at de er omfattet af LL § 2. Ifølge LL § 2 stk. 1, er der kun hjemmel for at en korrektion kan foretages, såfremt skatteydere direkte er parter i den kontrollerede transaktion, og der er tale om udveksling af real- og pengeydelse. Det betyder, at aktionærer, som afslutter en kontrolleret transaktion, ikke er omfattet på samme måde af LL § 2 stk. 1, da der ikke er tale om udveksling af real- pengeydelse.²² Her kan nævnes MOGAS-sagen, hvor landsretten fastslog, at et datterselskabs modydelse ikke kan bestå i udbytte.²³

Hermed kan det udledes, at LL § 2 stk. 1, har hjemmel for en *primær korrektion*, som tillader at skattemyndighederne at foretage korrektioner efter denne bestemmelse. Den primære korrektion vil medføre en indkomstforhøjelse. Såfremt der foretages en primær korrektion, skal der tilsvarende ske en betalingskorrektion hos den anden part. Denne betegnes som *korresponderende korrektion*. Når koncerner handler mellem hinanden, er det nærliggende, at de udveksler varer og tjenesteydelser og modregner disse af likviditetsmæssige hensyn. Det skal forstås således, at den primære korrektion er den ene del af armslængdekorrektionen, hvor den ene part i transaktionen bliver korrigeret i sin

²⁰ Jf. de almindelige bemærkninger til L 101 af 2. juni 1998.

²¹ Jens Wittendorff (2022), Transfer Pricing, 4. udgave, s. 128.

²² Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 129.

²³ SKM 2022.195 ØLR - Transfer pricing – kontrollerede transaktioner, dokumentation, hjemvisning.

skattepligtige indkomst eller anskaffelsessum mv. Dette sker for at korrigere skatteyderens skattepligtige indkomst, så den svarer til den skattepligtige indkomst, som vil være opnået, hvis transaktionen overholdt armslængdevilkårene. Hos modparten skal der tilsvarende foretages en modsatrettet korrektion, som indebærer en indkomstnedsættelse, og betegnes “korresponderende korrektion”.²⁴

5.1.1.2 Sekundær Korrektion

Efter en primær- og en korresponderende korrektion er foretaget, er der skattemæssigt korrigeret, således at transaktionen er i overensstemmelse med armslængdevilkårene. Der kan dermed argumenteres for, at der regnskabsmæssigt ikke er korrigeret, og den ene part vil således stadig have opnået en økonomisk fordel. Den ene part vil dermed stadig være begunstiget. Dertil udføres en “sekundær korrektion”, som skal sikre beskatningen af det formuegode, den ene part har modtaget.

LL § 2 regulerer dog ikke sekundære korrektioner. Sekundære korrektioner omhandler de transaktioner, der vedrører formuer, overførsler, som sidestilles med tilskud eller udbytte, der er overdraget fra et selskab til et andet selskab. Et eksempel på dette kan være, at et dansk moderselskab sælger en vare med underpris til deres datterselskab. I sådan en situation ville det i dansk skatteret behandles som et tilskud til datterselskabet. I forarbejderne til LL § 2 er det anført, at kontrollerede transaktioner, der medfører en sekundær korrektion, skal behandles efter skattelovgivningens almindelige regler, herunder som gave, tilskud, udbytte eller løn.²⁵

I de tilfælde, hvor der foretages en sekundær korrektion, kan en skattepligtig undgå korrektion jf. LL § 2, stk. 5, som giver hjemmel til at foretage betalingskorrektioner. Dette kan lade sig gøre, hvis skatteyderen forpligter sig til at betale i overensstemmelse med armslængde -priser og vilkår. Hermed kan skatteyder gøre brug af “betalingskorrektion”. Betingelsen for at anvende denne er at der foretages en korrektion i overensstemmelse med LL § 2, stk. 1

²⁴ Jens Wittendorff (2016), Transfer pricing, udgave 1, s. 109

²⁵ Jf. de almindelige bemærkninger til lovfæstelsen af armslængdeprincippet og bemærkningerne til §1 i L 101 (1997/98).

5.1.1.3 Betalingskorrektur

En betalingskorrektur refererer til en justering foretaget af skattemyndighederne for at rette op på fejlagtige eller undervurderede skattebetalinger, som kan skyldes urealistiske kontrollerede transaktioner. Dette kan forekomme, hvis skatteyder har opnået en skattemæssig nedsættelse og dermed er blevet begunstiget. Der kan som tidligere nævnt opstå situationer hvor f.eks. en aktionær og et direkte ejet selskab har foretaget en transaktion, som begunstiger aktionæren. I sådanne tilfælde er der ikke tale om en betalingskorrektur, men der kan derimod være tale om skattefri aktie udbytte, der skal behandles efter ABL § 4. Dette gennemgås ikke yderligere, da det ligger uden for specialets fokus.

5.1.1.4 Afgrænsningsproblematik

Der kan opstå konflikter i spørgsmål om afgrænsning mellem priskorrektur og korrektur af rette indkomstmodtager, da dette til tider kan være slørede.²⁶ Dette kan perspektiveres til sagen TfS 2015, 624 V/SKM 2015.396, hvor en tredjemand leverede vinduer og døre til ægtefællen af en anpartshaver. Det fremgik af fakturaen, at det var betalt af selskabet. Byretten fastslog, at der ikke forelå spørgsmål om kontrolleret transaktion, da handlen var gennemført mellem uafhængige parter. Det blev fastlagt, at der derimod var tale om et tilfælde, der skulle afgøres efter princippet om rette omkostningsbærer.

LL § 2 indeholder dermed ikke hjemmel til korrektur efter princippet om rette indkomstmodtager.²⁷ Princippet om rette indkomstmodtager omhandler således, når der er spørgsmål om, hvilke skattesubjekter der skal medregnes en given indkomst, mens armslængdeprincippet behandler spørgsmål om størrelsen af indkomsten.

LL § 2 indeholder ikke hjemmel til dispositionskorrektur. Dispositionskorrektur vedrører spørgsmål om, hvorvidt en gennemført transaktion kan tilsidesættes eller omkvalificeres, hvorimod armslængdeprincippet angår prisen for transaktionen. Dispositionskorrektur er ifølge OECD's modeloverenskomst præjudiciel i forhold til en priskorrektur, da en priskorrektur med hjemmel i LL § 2 kun kan vurderes, hvis der er tale om en retlig kvalifikation. Dette fremgår af udtalelse af

²⁶ Jens Wittendorff (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 316.

²⁷ SKM 2015.717 HR - Omgørelse og betalingskorrektur - rette indkomstmodtager og SKM 2015.370 ØLR - Betalingskorrektur - rette omkostningsbærer.

højesteretten i TfS 2012, 151 H/SKM 2012.92. Skatteministeriet har siden da, udtalt at præmisserne i forhold til armslængdeprincippet kun omtaler vilkårskorrektion ²⁸, hvilket også er i overensstemmelse med højesterets praksis i flere andre lande.

En priskorrektion kan med andre ord kun foretages i forhold til transaktionen, sådan som den er anerkendt skatteretligt, der kan dermed ikke opstå regelkonflikt mellem LL § 2 og dispositionskorrektionerne.

5.1.1.5 Armslængdepris

Når det gælder at finde den rette armslængdepris, skal det bemærkes at armslængdeprincippet er baseret på et markeds ideal om perfekt konkurrence, hvor der kun findes én armslængdepris, og metoderne medfører samme resultat.²⁹ I praksis er det som regel ikke opfyldt, hvorfor der findes flere armslængdepriser.³⁰ Derved opstår armslængdeintervallet, som er et interval, der beregnes ud fra de forskellige transaktioner, der har ens grad af sammenlignelighed. En stor spredning i resultaterne af referencetransaktionerne, kan betyde at de har en lav grad af sammenlignelighed, hvilket medfører at de ikke anses som værende pålidelige referencetransaktioner. Derimod kan et stort udsving af profit eller underskud fra referencetransaktionerne, ikke udelukkes af et interval, såfremt sammenlignelighedskravet er opfyldt. På SKAT's hjemmeside fremgår det at virksomheder skal foretage en sammenlignelighedsanalyse, hvilket bliver gennemgået nærmere under afsnit 8.1 Sammenligningsanalyse.

Armslængdeintervallet har til formål at angive en spændvidden i priserne af markedstransaktionerne. Anvendelsen af intervallet foregår således, at hvis en kontrolleret transaktion befinder sig inden for intervallet, kan der ikke foretages korrektion.³¹ Det er ikke alle OECD lande der følger denne retspraksis. I amerikansk skatteret var der i IRC § 482 ikke fastsat regler om armslængdeintervaller. Det nævnes dog i IRC § 482 bestemmelser fra 1994, at anvendelsen af armslængdeintervaller

²⁸ Jf. skatteministeriets procedure i TfS 2015.930 H/SKM 2015.717 HR - Omgørelse og betalingskorrektion - rette indkomstmodtager.

²⁹ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s 316.

³⁰ Jf. punkt 3.55 i OECD TPG (2022-versionen).

³¹ Jf. punkt 3.60 i OECD TPG (2022-versionen).

afhænger af sammenligneligheden og pålideligheden af referencetransaktionerne.³² Dette gennemgås nærmere i afsnit 9.1.3 Definition af kontrollerede transaktioner. OECD's vejledning nævner heller ikke, at der skal ske en korrektion, i tilfælde af at resultatet falder udenfor intervallet.³³

OECD nævner også i deres TPG, at hvis armslængdeprincippet ikke kan iagttages i den kontrollerede transaktion, kan der ske en korrektion, hvorved resultatet justeres inden for intervallet. Det er ikke en specifik værdi transaktionen skal ramme, men det skal være indenfor intervallet og overholde en grad af sammenlignelighed, der er passende til den specifikke type transaktion. Der kan være forskellige punkter af reference transaktioner indenfor intervallet, hvilket betyder at der kan være flere armslængdepriser. Det er forskelligt fra land til land, hvad en korrektion vil godkendes til.

I LL § 2 og den øvrige skattelovgivning er der, som tidligere nævnt, ikke fastsat nogle regler om armslængdeintervaller. Der findes dog i dokumentationsvejledningen et afsnit med indhold om armslængdeintervaller, der som udgangspunkt er konforme med OECD TPG, men i dansk retspraksis er der ikke taget stilling til anvendelsen af armslængde intervaller, i egentlige transfer pricing sager.³⁴

5.1.2 Armslængdetest

Armslængdeprincippet er transaktionsbaseret, forstået på den måde, at der skal ske en form for transaktion mellem to parter. LL § 2 finder anvendelse på handelsmæssige og økonomiske transaktioner. Dette udtryk er ikke defineret i loven, men det kan ses ud fra forarbejderne, at LL § 2 anvendes på alle forbindelser mellem parterne, såsom levering af tjenesteydelser, låneforhold, overførsel af aktiver og immaterielle aktiver, der stilles til rådighed.³⁵ Bestemmelsen omfatter dermed alle ydelser af indkomstskabende karakter. Udtrykket handelsmæssige eller økonomiske transaktioner er således en betegnelse for de gennemførte transaktioner, der gælder for udførelse af en armslængdetest efter LL § 2.³⁶

³² Jens Wittendorff (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 603.

³³ Jf. punkt 3.61 i OECD TPG (2022-versionen).

³⁴ Jens Wittendorff (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 617.

³⁵ Jf. bemærkningerne til § 1 i L 101 af 2. juni 1998 og TfS 2012.151 H/SKM 2012.92 HR.

³⁶ Jens Wittendorff (2016), Transfer pricing, 1. udgave, s 78.

Udførelsen af en armslængdetest er individuel og betyder at de kontrollerede transaktioner gennemgås separat hver for sig. Der kan dog opstå situationer, der kræver en samlet armslængdetest. Omvendt kan det være i tilfælde, hvor en kombineret transaktion skal dekomponeres for at foretage en separat armslængdetest af de enkelte delelementer. I LL § 2 er der ikke fastsat regler om at udføre en samlet armslængde test. Dog er det blevet set, at der er truffet afgørelser, hvor en samlet armslængdetest er accepteret. Dette er blandt andet set i retspraksis i dommen TfS 1988, 292 H, hvor skattemyndighederne havde foretaget en samlet armslængdetest af de forskellige produkter og sammenlignet med andre danske olieselskabers bruttomargin. Datterselskabet var uenig i skattemyndighedernes skøn. Deres forklaring lød på, at den skønsmæssige bruttomargin var fastsat til 15 pct. hvorimod selskabet mente, at deres produktmix var anderledes end de selskaber der var sammenlignet med, hvilket gav en bruttomargin på 14,6 pct. Højesterets flertal afviste for korrektion. Endvidere blev der i TfS 2002, 825 LSR brugt en samlet armslængdetest. I denne blev det også fastholdt at foretage en samlet armslængdetest på trods af at filialens transaktioner var afsluttet med forskellige koncernselskaber.³⁷ Det kan heraf udledes, at en armslængdetest består i en prøvelse af, om prisen i en kontrolleret transaktion iagttager armslængdeprincippet.³⁸

5.1.3 Koncernforbundne selskaber

Når der skal træffes afgørelser eller vurderinger af, hvorvidt selskaberne overholder armslængdevilkår, er det udelukkende de *kontrollerede transaktioner*, der er fokuset. Kontrollerede transaktioner er de transaktioner, der bliver gennemført mellem to interesseforbundne parter, hvilket defineres i loven, som *forbundne foretager* (koncernforbundne selskaber) ifølge LL § 2.

Det kan observeres at der i LL § 2 er anført følgende:

“... skal ved opgørelsen af den skatte- eller udlodningspligtige indkomst anvende priser og vilkår for handelsmæssige eller økonomiske transaktioner med ovennævnte parter i nr. 1-6 (kontrollerede transaktioner)...”

De omhandlede kontrollerede transaktioner omfatter dermed alle former for handelsmæssige og økonomiske forbindelser mellem koncernforbundne selskaber, fx tjenesteydelser, långivning, overførsel og immaterielle aktiver, der stilles til rådighed mv.

³⁷ Jens Wittendorff (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 525.

³⁸ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 38.

Dette omfatter også selskaber der handler eller udveksler ydelser på tværs af landegrænser, eller der stiftes datterselskaber, filialer, salgskontorer og produktioner m.v. Disse handler er kontrollerede transaktioner, som i mange tilfælde er komplekse at estimere en korrekt værdi af. Det viser sig i retspraksis ifølge dommen SKM 2023.8 HR, hvor to søsterselskaber i henholdsvis Danmark og Dubai udvekslede serviceydelser ved at bidrage med juridisk rådgivning. Selskabet i Dubai var leverandør og selskabet i Danmark skulle dermed betale et *management fee*. SKAT afgjorde, at der forelå kontrollerede transaktioner, der ikke iagttog armslængdeprincippet. SKAT måtte derfor udøve et skøn over de *kontrollerede transaktioner*. SKAT fik medhold i den metode, de havde anvendt for beregningen af de *kontrollerede transaktioner*. De to selskaber anførte ikke noget forhold, der godtgjorde tilsidesættelse af skattemyndighedernes skøn.³⁹

Det er vigtigt at erindre, og fremhæve, at kontrollerede transaktioner udelukkende finder sted, hvis der er tale om koncernforbundne selskaber. Begrebet koncernforbundne selskaber foreligger såfremt der er to enheder der er forbundet med hinanden. I dansk ret bliver koncernforbundne selskaber defineret i LL §2 ud fra begrebet *bestemmende indflydelse*. Dette kan betragtes ud fra bestemmelsen i LL § 2, stk. 2, hvor følgende er anført:

“... forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 pct. af stemmerne... “.

I en afgørelse i landsskatteretten fra 2005, blev det bestemt at et tal på lige præcis 50 pct. ikke er tilstrækkeligt til at sige at der er bestemmende indflydelse.⁴⁰ Der skal derfor sondres mellem om der er direkte eller indirekte bestemmende indflydelse. Derudover fremgår det af LL § 2 stk. 2

“... Tilsvarende medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem selskabsdeltageren har en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse... ”.

Det betyder dermed, at begrebet *fælles bestemmende indflydelse* er indført i loven. Det afgørende der vurderes ud fra ejerandelen, stemmerettigheder og beføjelser til at træffe beslutninger angående de økonomiske og driftsmæssige bedrifter. Dette analyseres yderligere nedenstående.

³⁹ SKM 2023.8.HR - Skattemyndighederne var berettiget til at udøve et skøn over kontrollerede transaktioner mellem to søsterselskab og skønnet skulle ikke tilsidesættes.

⁴⁰ SKM 2005.442LSR - Rentefiksering af tilgodehavende mellem selskab og dets datterselskab.

Bestemmende indflydelse foreligger ifølge bestemmelsen kun hvis der er tale om, at et skattesubjekt er indehaver af *mere* end 50 pct. af ejerandelen eller rådighed over stemmerettighederne. Dette kan være, hvis det er en fysisk eller juridisk enhed.

Der kan dermed foreligge direkte eller indirekte bestemmende indflydelse. I bilag 1 er der et eksempel på, hvordan skattemyndighederne udfører beregningen i deres vurdering af, hvorvidt der foreligger bestemmende indflydelse. Det kan ses ud fra eksemplet, at der foreligger bestemmende indflydelse, når moderselskabet ejer mere end 50 pct. i det første datterselskab, og dermed ejer de indirekte mere end 50 pct. igennem ejerandelen i det første datterselskab. Eftersom de ejer mere end 50 pct. i det første datterselskab bliver deres særskilt ejerandel samt den procentandel de ejer igennem det første datterselskab lagt oveni, hvilket tilsammen giver 55 pct.

Derudover kan der som tidligere nævnt aftales *fælles bestemmende indflydelse* mellem selskabsdeltagerne. Begrebet er indsat ved L 2006 308, heri fremgår det at bestemmelsen ikke skal medføre at selskabsdeltagerne indbyrdes er koncernforbundne, men udelukkende, at selskabsdeltagerne anses for at have bestemmende indflydelse i det fællesejede selskab såvel direkte som indirekte. Uanset om selskabsdeltagerne indskyder et mellemliggende holdingselskab og ejer sin andel gennem det, ville de dermed fortsat anses for at have *fælles bestemmende indflydelse*.

Bestemmelsen finder dermed anvendelse på såvel kapitalfonde som mellem holdingselskaber. Der skal foretages en konkret vurdering af, om der foreligger aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. I denne vurdering skal følgende forhold indgås:

1. Om aftalen medfører, at der er råderet over flertallet af stemmerettigheder
2. Udnævnelse eller afsættelse af et flertal af medlemmerne i selskabets øverste ledelsesorgan eller bestemmende indflydelse over selskabets driftsmæssige og finansielle ledelse.

Det er typisk for selskabsdeltagere såsom kapitalfonde, med fælles investering, som vil aftale *fælles bestemmende indflydelse*. De deltagende kapitalfonde vil således i forbindelse med den fælles investering aftale fælles retningslinjer på en række områder, fx i form af en aktionæroverenskomst. En aktionæroverenskomst er ikke alene tilstrækkelig til at fastslå, at der er indgået en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Nogle aktionæroverenskomster, kan f.eks. indeholde bestemmelser om forkøbsret ved salg og begrænsninger i pantsætningsadgangen.

Begrebet *fælles bestemmende* nævnes i LL § 2, stk. 3 med følgende ordlyd:

“Ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, hvor samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse, eller hvor der er fælles ledelse”.

Hvorledes begrebet *samme kreds* af selskabsdeltagere skal forstås, bliver ikke nærmere defineret i hverken loven eller motiverne. Der ses heller ikke at foreligge OECD-begreber eller tilsvarende ledetråde til hjælp af fortolkningen hertil. Til trods for den manglende fortolkning eller vejledningen på definitionen af begrebet, kan der ikke være tvivl om, hvad der tilsigtes med *krede*, da det ikke er antallet der er det afgørende, men nærmere det afgørende er:⁴¹

1. Om nogen af bestemmende indflydelse over både A og B
2. Om denne eller disse “nogen” er selskabsdeltagere i både A og B og
3. om denne eller disse “nogen er identiske, dvs. er den eller de samme i både A og B

Ifølge Werlauff er det afgørende at de ovenstående betingelser er opfyldt, for at der kan træffes beslutning om, at A og B er horisontalt koncernforbundet i kraft af LL § 2, stk. 3. Der bliver analyseret nærmere om, hvilke retssubjekter loven omfatter i afsnit 5.1.4 Retssubjekterne for LL §2.

I bilag 2, er der et eksempel på to koncernforbundne selskaber, *selskab A og C der fælles ejer virksomhed A/S*. I henhold til LL § 2 stk. 1 nr. 3 er der ikke en koncernforbindelse, da der blot er tale om to selskabsdeltagere, der fælles ejer *virksomheden A/S* med *fælles ledelse*, og begge besidder *lige præcis* 50 pct. af ejerandelen. Det betragtes ud fra eksemplet, at begge selskabsdeltagere (*Selskab A og B*) ejer 100% hver deres eget holdingselskab, som det fælles ejet *virksomheden A/S*, ikke er en del af.

I byretten jf. SKM 2017 599 fandtes der ikke, at fem anpartshavere med henvisning til bl.a. en anpartshaveroverenskomst havde godtgjort, at der forelå en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Anpartshavernes transaktioner med deres selskab var derfor ikke omfattet af LL §2, med adgang til betalingskorrektur efter § 2, stk. 5. Retten lå til begrundelse, at deres kontrakt ikke havde karakter af, at de fem havde aftalt udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Retten henviste dermed til at anpartshaveroverenskomsten fulgte en standardkontrakt, der ikke begrænsede de anpartshavers indflydelse eller overlod denne til en anden. Tværtimod bevarede

⁴¹ Werlauff, Erik (2011), Bestemmende indflydelse og “fælles bestemmende indflydelse.”.

anpartshaverne i henhold til aftalen på en række områder blokerende rettigheder. Det kan heraf udledes at selskabsdeltagere der har fælles investeringer og fælles bestemmende indflydelse med en ligelig pct. ejerandel bør lægge væsentligt fokus på ejeraftalen, som de indbyrdes indgår i. Grundet at det tydeligt skal fremgå at de alle har den udøvende bestemmende indflydelse, som medfører kontrol over selskabet, for at få medhold overfor myndighederne om, at der foreligger fælles bestemmende indflydelse.

5.1.4 Retssubjekterne for LL §2

I LL § 2, stk. 1, nr. 1.-6 bliver der defineret seks kategorier, som er de lovbestemte interessefællesskaber. Disse er anført med følgende ordlyd:

“Skattepligtige,

- 1) hvorover fysiske eller juridiske personer udøver en bestemmende indflydelse,*
- 2) der udøver en bestemmende indflydelse over juridiske personer,*
- 3) der er koncernforbundet med en juridisk person,*
- 4) der har et fast driftssted beliggende i udlandet,*
- 5) der er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med et fast driftssted i Danmark, eller*
- 6) der er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med kulbrintetilknyttet virksomhed omfattet af kulbrinteskattelovens § 21, stk. 1 eller 43,”*

Det er indres, at det subjektive anvendelsesområde for LL § 2 summarisk beskrives som *skattepligtig*. Det fremgår af lovens forarbejder, at bestemmelsen omfatter fysiske personer, selskaber, fonde, dødsboer, faste driftsteder m.v.

Det er udelukkende dispositioner mellem skattesubjekter indenfor disse interessefællesskaber, som loven kan anvendes på. Lovens opbygning kan illustreres med et eksempel på en transaktion mellem et moder- og datterselskab, således at moderselskabet vil være omfattet af LL § stk. 1 nr. 2 og datterselskabet af LL § 2, stk. 1, nr. 1. Strukturen mellem selskaberne kan være direkte/indirekte, og vertikal/horisontal. Der kan være forskellige årsager til dannelsen af interessefællesskabet, herunder ejerskab til aktiekapital, rådighed over stemmerettigheder eller fælles ledelse. LL § 2 anvendes også på skattesubjekter med fast driftssted inden for landets grænser såvel som over grænser, eller der er

omfattet af KBL § 21, stk. 1 eller stk. 4. Der skal altid foretages en individuel vurdering af, hvorvidt parter er interesseforbundne, såfremt der ønskes at foretages en korrektion efter LL § 2. Det der er gældende for om en kontrolleret transaktion kan korrigeres efter LL § 2 er om parterne i den involverede transaktion er interesseforbundne på det tidspunkt, hvor der indgås en juridisk bindende aftale.

Det er observeret at lovens centrale begreber er *bestemmende indflydelse*, der nævnes i nr. 1 og 2 samt *koncernforbundne selskaber*, der står skrevet i nr. 3. og juridiske personer som fremgår i alle kategorier på nær nr. 4. Til fast driftssted som nævnes i nr. 4 og 5 stilles der ikke krav til en bestemt ejerandel. Eksempelvis kan der være et udenlandsk selskab, der deltager med 1 pct. i et interessentskab, der har et fast driftssted i Danmark. I sådan et tilfælde ville transaktionerne mellem det udenlandske selskab og interessentskabet være omfattet af LL § 2. Hvorvidt der er tale om et selskab har kulbrintetilknyttet virksomhed, skal dog afgøres, som nr. 6 angiver, efter kulbrinteskatteloven.

I dette speciale analyseres de specifikke begreber ikke yderligere andet, end at der forsøges at indhente en overordnet forståelse for de generelle retssubjekter, som bestemmelsen omfatter. Begrebet *bestemmende indflydelse* er dog analyseret i ovenstående afsnit 5.1.3 Koncernforbundne selskaber. For at danne en god forståelse for lovbestemmelsens anvendelsesområde, bliver begrebet *koncernforbundne selskaber* kort beskrevet, da det er transaktioner mellem disse der fokuseres om i dette speciale.

Det afgørende for om selskaberne er koncernforbundne kan ske på følgende to måder. Selskabet kan have *samme kreds*, hvilket også er nævnt i ovenstående afsnit 5.1.3 Koncernforbundne selskaber, hvor selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse i begge selskaber, jf. LL § 2, stk. 3, 1 led. Her er det afgørende om aktionærkredsen direkte eller indirekte ejer *mere* end 50 pct. af aktiekapitalen eller *råder* over *mere* end 50 pct. af stemmerne i begge selskaber. Den anden måde er, at der kan opstå *fælles ledelse*, som også nævnes i LL § 2 stk. 2 nr. 2.

Loven definerer som nævnt seks interessefællesskaber. De bliver gennemgået herunder enkeltvis.

LL § 2, stk. 1, nr. 1 gælder for de kontrollerede transaktioner mellem skattepligtige og fysiske/juridiske personer, der udøver en bestemmende indflydelse over skattepligtige. Det kan f.eks. være en hovedaktionær der ejer 55 pct. af aktierne i et selskab, men den skattepligtige kan ikke være

andet end et selskab eller forening, da der pr. definition ikke kan udøves bestemmende indflydelse over en fysisk person, fond eller dødsbo. Der kan være tale om et fuldt eller begrænset skattepligtigt selskab med fast driftssted i Danmark. Eksempelvis, hvis der er et tysk moderselskab som har et tysk datterselskab med fast driftssted i Danmark.⁴²

LL § 2 stk. 1 nr. 2 gælder for kontrollerede transaktioner mellem skattepligtige og juridiske personer, hvorover den skattepligtige udøver bestemmende indflydelse. Skattepligtige kan være en juridisk eller fysisk person, som er fuldt skattepligtig eller begrænset skattepligtig med fast driftssted. Her gælder også, at den *juridiske* person kun kan være et selskab eller forening. Det kan også være en transaktion mellem et datter- og moderselskab, men hvor moderselskabet har et fast driftssted i Danmark.⁴³

LL § 2, stk. 1 nr. 3 omfatter de dispositioner, som der gennemføres mellem skattepligtige og juridiske personer, der har et koncernforhold med skattepligtig. Her gælder det igen, at skattepligtige kan være fuldt eller begrænset skattepligtig med fast driftssted. Bestemmelsen omfatter juridiske enheder, som har en direkte eller indirekte bestemmende indflydelse.

LL § 2 stk. 1 nr. 4 omfatter kontrollerede transaktioner mellem skattepligtige og deres faste driftssteder i udlandet. Skattepligtige kan være juridisk eller fysisk person, her vil der normalvis være tale om fuld skattepligtig, men hvis der er tale om et fast driftssted efter SEL § 2 A ville skattepligtig være begrænset.

LL § 2 stk. 1 nr. 5 omfatter skattepligtig, som har et fast driftssted i Danmark. Det betyder de kontrollerede transaktioner der foretages mellem en udenlandsk skattepligtige, der kan være en fysisk eller juridisk person i udlandet og deres faste driftssted, der er hjemmehørende i Danmark. Med andre ord, betyder det, at hvis der er en fysisk/juridiske person, som deltager i et dansk eller udenlandsk personselskab, som har fast driftssted i Danmark, vil den enkelte selskabsdeltager have et fast driftssted i Danmark.

⁴² Jens Wittendorff (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 334.

⁴³ Jens Wittendorff (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 335.

LL § 2 stk. 1 nr. 6 finder anvendelse på udenlandske fysiske/juridiske personer, som kun er skattepligtige til Danmark efter KBL § 21, stk. 1 eller 4. Bestemmelsen omfatter dermed udenlandske fysiske og juridiske personer, som er skattepligtige til Danmark efter KBL § 3, uden at være omfattet af KSL §§ 1 eller 2, SEL §§ 1 og 2 eller FBL § 1. Disse paragraffer bliver ikke nærmere analyseret, da de ligger uden for specialets fokusområde. Begrebet interessefællesskabet er ikke defineret i loven, denne bestemmelse adskiller sig derfor fra LL § 2 stk. 1. nr. 1) -5). I LL § 2 stk. 1. nr. 6 bliver der ikke direkte bestemt, hvilke personer bestemmelsen skal finde anvendelse på. Der findes heller ikke noget konkret i bemærkningerne til loven. I betænkningen blev udtrykket *fast driftssted* dog indsat direkte ved lovens ordlyd, hvorfor det antages at LL § 2 stk. 1 nr. 6 finder anvendelse på transaktioner mellem kulbrinte skattepligtige og personer omfattet af LL § 2 stk. 1, nr. 1) -5).⁴⁴

5.2 Armslængdeprincippet ifølge OECD

I forbindelse med transfer pricing spiller OECD en central rolle i udvikling af retningslinjerne herom. De har senest videreudviklet deres tidligere version af TPG fra 2017 til en ny udgave i 2022 omkring "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations". Retningslinjerne fastlægger principperne for, hvordan priserne skal fastsættes i internationale transaktioner mellem interne virksomheder for at sikre, at de er i overensstemmelse med armslængdeprincippet. De danske regler fortolkes, som nævnt i ovenstående afsnit på baggrund af OECD's Model Tax Convention i artikel 9 § 1, der har følgende ordlyd:

*"[Where] conditions are made or imposed between the two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly."*⁴⁵

Det udledes ud fra ovenstående citat, at det forventes at koncernforbundne selskaber handler indbyrdes med hinanden, som var de uafhængige. I tilfælde af, at en af virksomhederne ikke har handlet, som var de uafhængige, vil deres overskud blive beskattet i overensstemmelse hermed.

⁴⁴ Jens Wittendorff (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 341.

⁴⁵ Jf. punkt 1.6 i OECD TPG (2022-versionen).

Når uafhængige virksomheder indgår i handel med hinanden, er vilkårene normalt bestemt af markedskræfterne, men når tilknyttede virksomheder handler med hinanden, påvirkes de muligvis ikke direkte af de samme eksterne markedskræfter.⁴⁶ Selvom koncernforbundne selskaber typisk forsøger at efterligne de generelle markedskræfter, kan det give en indikation om, at de koncernforbundne selskaber forsøger at opnå en fordel for dem selv.

Det betyder ikke at skattemyndigheder automatisk bør antage, at koncernforbundne selskaber forsøger at manipulere deres overskud. Der kan være mange udfordringer ved at fastlægge en nøjagtigt markedspris, afhængigt af det marked, der opereres på eller den markedsstrategi, der anvendes.⁴⁷ Det er samtidig vigtigt at huske på, at behovet for justeringer for armslængdebetingelserne kan opstå uanset de kontraktmæssige forpligtelser, som parterne har indgået om, at betale en bestemt pris eller hensigt om at minimere skatten.⁴⁸ Armslængdeprincippet påvirker ikke eksisterende ikke-skattemæssige kontraktlige forpligtelser mellem interne virksomheder. Således forbliver de oprindelige forpligtelser uændret, som virksomhederne har indgået med hinanden af andre årsager end skat.⁴⁹ OECD understreger derfor, at overvejelser vedrørende transfer pricing ikke skal forveksles med overvejelser om skattesvindel.⁵⁰

Dette kan føre til, at skattemyndighederne har urealistiske forventninger i forhold til tilgængeligheden af data i forbindelse med anvendelsen af armslængdeprincippet. Skattemyndighederne kan have en opfattelse af, at der altid er tilstrækkeligt med information om "frie markedspriser" på varer og tjenesteydelser, som kan bruges til allokeringen af overskud mellem tilknyttede selskaber i en koncern. Dette er sjældent tilfældet i praksis. OECD understreger i deres Transfer Pricing Guidelines, at anvendelsen af armslængdeprincippet kræver god dømmekraft og sund fornuft hos skatteyderne

⁴⁶ Jf. punkt 1.2 i OECD TPG (2022-versionen).

⁴⁷ Jf. punkt 1.2 i OECD TPG (2022-versionen).

⁴⁸ SKM 2023.135 LSR - Transfer pricing - skønsmæssig forhøjelse af skattepligtig indkomst - koncernintern overdragelse af immaterielle aktiver.

⁴⁹ Jf. punkt 1.2 i OECD TPG (2022-versionen).

⁵⁰ Jf. punkt 1.2 i OECD TPG (2022-versionen).

og skattemyndighederne.⁵¹ Det er set tidligere, at skattemyndighederne har været nødsaget til at lave en ny skøn, da den forrige var skæv og urimelig.⁵²

Derudover kommenterer OECD også på, at hvis transfer pricing ikke afspejler markedskræfterne og armslængdeprincippet, kan der opstå skattemæssige forpligtelser for de koncernforbundne selskaber samt en fordrejning af skatteindtægterne for værtslandene. Derfor er OECD-medlemslandene blevet enige om, at overskuddet for koncernforbundne selskaber kan justeres efter behov for at rette op på disse skattemæssige forpligtelser og indtægter, således at armslængdeprincippet overholdes. Medlemslandene anser, at en passende justering opnås ved at etablere betingelserne for koncernforbundne selskaber, så de svarer til forventningerne mellem uafhængige virksomheder i sammenlignende transaktioner under lignende forhold.⁵³

OECD påpeger også andre faktorer udover skattemæssige overvejelser, der kan forvrænge betingelserne for koncernforbundne relationer. For eksempel kan nogle virksomheder opleve konflikter med deres regering, hvilket kan resultere i pres fra regeringen vedrørende told, valuta- eller prisreguleringer.⁵⁴ I SKM 2021.70.5 ØLR ses der, at der opstår konsekvenser på grund af en række valutarestriktioner i Venezuela, hvor selskaberne blev erklæret frifundet for beskatningen.⁵⁵ Derudover nævner OECD, at forvrængninger af transfer pricing også kan skyldes cash flow betingelser der eksisterer for virksomheder inden for en MNK-gruppe (multinational koncern). En multinational koncern, der er børsnoteret, kan se sig tvunget til at demonstrere høj profitabilitet på det givne moderselskabs niveau, især hvis rapporteringen til aktionærene ikke er foretaget på konsolideret grundlag.⁵⁶ Disse faktorer kan alle have indflydelse på transferpriserne og mængden af overskud, der tilfalder koncernforbundne selskaber inden for en MNK-gruppe.⁵⁷

⁵¹ Anders O. Hansen & Peter Andersen (2008), Transfer pricing i praksis, 1. udgave, side 21.

⁵² SKM 2022.195 ØLR - Transfer pricing – kontrollerede transaktioner – transfer pricing dokumentation – hjemvisning.

⁵³ Jf. punkt 1.3 i OECD TPG (2022-versionen).

⁵⁴ Jf. punkt 1.4 i OECD TPG (2022-versionen).

⁵⁵ SKM 2021.705 ØRL - Rentefiksering – valutarestriktioner – ekstraordinært udbytte.

⁵⁶ Jf. punkt 1.4 i OECD TPG (2022-versionen).

⁵⁷ Jf. punkt 1.4 i OECD TPG (2022-versionen).

Som tidligere nævnt bør det ikke antages, at koncernforbundne selskaber uundgåeligt afviger fra markedspriserne, som det åbne marked vil kræve. MNK-grupper kan ofte forhandle med hinanden på en måde, som om de var uafhængige af hinanden. Virksomheder reagerer på økonomiske situationer, der opstår som følge af ændringer i markedsvilkårene, både i relation til tredjeparter og koncernforbundne selskaber. Ifølge OECD bør skattemyndigheder derfor tage disse overvejelser med i deres tankegang for at forbedre allokeringen af deres ressourcer ved undersøgelser af transfer pricing. Det skal dog bemærkes, at forholdet mellem tilknyttede virksomheder nogle gange kan påvirke resultatet af forhandlingerne, derfor er det ikke tilstrækkeligt at have beviser for hård forhandling alene for at fastslå, at transaktionerne er på armslængdevilkår.⁵⁸

Umiddelbart anses armslængdeprincippet som en oplagt løsning til, hvordan man skal allokere det samlede overskud i en værdikæde inden for en multinational koncern, på trods af at princippet kan være udfordrende at anvende på grund af den omfattende mængde data.⁵⁹ Ifølge OECD er der flere grunde til at medlemslande har vedtaget armslængdeprincippet. Et af hovedårsagerne til dette er, at armslængdeprincippet sikrer en bred lighed i skattebehandling af MNK-grupper og uafhængige virksomheder.⁶⁰

Ifølge OECD TPG, punkt 1.9, har armslængdeprincippet vist sig at fungere effektivt i de fleste tilfælde. For eksempel er der mange tilfælde, hvor det har været let at finde en armslængdepris for køb og salg af varer. Eftersom, at lignende transaktioner er blevet udført af sammenlignelige uafhængige virksomheder under samme omstændigheder.⁶¹ Der har dog også været betydelige tilfælde, hvor det har været vanskeligt at anvende armslængdeprincippet, især i tilfælde hvor MNK-grupper beskæftiger sig med unikke immaterielle aktiver eller levering af meget specialiserede tjenesteydelser.⁶² I sagen SKM 2020.30 LSR henvises der til en uenighed i en værdiansættelse af et immateriel aktiv mellem en dansk filial og SKAT. Landsskatteretten accepterede SKATS's oprindelige værdiansættelse som udgangspunkt, men krævede en justering i overensstemmelse med

⁵⁸ Jf. punkt 1.5 i OECD TPG (2022-versionen).

⁵⁹ Anders O. Hansen & Peter Andersen (2008), Transfer pricing i praksis, 1. udgave, side 21.

⁶⁰ Jf. punkt 1.8 i OECD TPG (2022-versionen).

⁶¹ Jf. punkt 1.9 i OECD TPG (2022-versionen).

⁶² Jf. punkt 1.9 i OECD TPG (2022-versionen).

de reviderede forudsætninger.⁶³ For at imødekomme fremtidige uenigheder, som denne sag, har OECD udviklet vejledninger til, hvordan lande kan værdiansætte immaterielle aktiver. Dette vil blive uddybet senere i afsnit 8.3 Værdiansættelsesmetoder.

Det er nævnt i OECD TPG-punkt 1.10, at det nuværende armslængdeprincip ikke tager hensyn til de indbyrdes aftaler såsom stordriftsfordele, der normalvis ikke indgås mellem to uafhængige parter. Dette har blandt andet åbnet op for overvejelser om nye mulige alternativer for armslængdeprincippet. En alternativ metode til armslængdeprincippet er kaldt "*global formulary apportionment*". Denne alternative metode hævdes af dens fortalere at give større administrative bekvemmelighed og sikkerhed for skatteydere.⁶⁴ Fortalerne argumenterer også for, at deres alternative metode er mere i overensstemmelse med den økonomiske virkelighed. OECD-medlemslandene accepterer ikke disse påstandene og anser ikke den *globale formulary apportionment* som et realistisk alternativ til armslængdeprincippet.⁶⁵

I denne sammenhæng bør det erindres, at OECD har foretaget ajourføring af deres TPG i 2010 og 2016. I denne forbindelse er der i 2015 indført BEPS projektet (Base Erosion and Profit Shifting), som er et projekt, der indeholder en handleplan, for at bekæmpe selskabsskat undgåelse og aggressiv skatteplanlægning, hvor actions 8.-10 omhandler transfer pricing.⁶⁶ I denne vejledning, er der givet en ny fortolkning på armslængdeprincippet, som har ændret betydningen af armslængdeprincippet. Den tidligere definition af armslængdeprincippet anses som en ren prisbaseret norm. Den nye definition af armslængdeprincippet indeholder nu et priselement og et økonomisk substanselement.

OECD har med 2017 udgaven specificeret udtrykket *handlemåde*, til at der nu skal inkorporeres en økonomisk substanstest. Det betyder at den *faktiske handlemåde* - nu ifølge vejledningen - skal vurderes ud fra en faktiske kontrol og finansielle kapacitet af, hvem der bør bære risikoen.

Jens Wittendorff illustrerer problemstillingen med den nye armslængdeprincippet med flg. eksempel:

⁶³ SKM 2020.30 LSR - Transfer pricing – Forhøjelse af skattepligtig indkomst – Kompensation i forbindelse med opsigelse af royaltyaftale – Overdragelse af immaterielle aktiver.

⁶⁴ Jf. punkt 1.9 i OECD TPG (2022-versionen).

⁶⁵ Jf. punkt 1.19 i OECD TPG (2022-versionen).

⁶⁶ OECD, Action 8-10 Transfer Pricing

*"Finansiell kapacitet til at bære en risiko, kræver at et selskab har adgang til den finansiering, der er nødvendig for at påtage sig eller afslutte risikoen, at det betaler for risikobegrænsning og at det bærer de økonomiske konsekvenser, hvis risikoen materialiseres. Prøvelse af et selskabs finansielle kapacitet skal foretages ud fra en antagelse om, at selskabet er uafhængigt af koncernen (stand alone). ... Hvis en kontraktuel risikotager ikke kontrollerer en given risiko, eller ikke har finansiell kapacitet til at bære den, skal risikoen ifølge OECD reallokeres til det koncernselskab, der opfylder disse kriterier (faktuel risikoallokering). Hvis flere selskaber opfylder kriterierne, skal risikoen allokere til det selskab, eller gruppe af selskaber, der har størst kontrol over risikoen. Hvis ingen af selskaberne undtagelsesvis opfylder betingelserne, skal der foretages en vurdering af, om der er behov for en dispositionskorrektur. En reallokering af en risiko har betydning for både prisen i den løbende samhandel og for en allokering af gevinst /tab ved en materialisering af risikoen. Ifølge det traditionelle armslængdeprincip skal et selskab, derimod blot anses for at udføre en tjenesteydelse, uden at det overtager risikoen. Aflønningen af et sådant selskab vil derfor være væsentlig forskellig efter det nye og det traditionelle armslængdeprincip."*⁶⁷

Det kan heraf udledes, at OECD's nye fortolkning er i strid med nuværende armslængdeprincip. Der kan dermed rejses spørgsmål, om hvorvidt OECD TPG fortsat kan anses som fortolkningsbidrag til LL § 2.

Det er væsentligt at erindre, at hovedformålet i modeloverenskomstens artikel 9, er at beskytte forbundne foretagere mod international dobbeltbeskatning og derudover at definere armslængdeprincippet, hvilket kan ses i nedenstående oversættelse.

Oversat til dansk har artiklen 9 følgende ordlyd:

"Stk. 1. I tilfælde hvor

a) et foretagende i en af de kontraherende stater direkte eller indirekte deltager i ledelsen, kontrollen eller finansieringen af et foretagende i den anden kontraherende stat, eller

b) samme personer direkte eller indirekte deltager i ledelsen, kontrollen eller finansieringen af såvel et foretagende i den ene af de kontraherende stater som et foretagende i den anden kontraherende

⁶⁷ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s 254-255.

stat, og der i nogle af disse tilfælde mellem de to foretagender er aftalt eller fastsat vilkår vedrørende deres kommercielle eller finansielle forbindelser, som afviger fra de vilkår, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender, kan enhver fortjeneste, som, hvis disse vilkår ikke havde foreligget, ville være tilfaldet et af disse foretagender, medregnes til dette foretagendes fortjeneste og beskattes i overensstemmelse hermed."

*stk.2. I tilfælde, hvor en kontraherende stat til fortjeneste for et foretagende i denne stat medregner - og i overensstemmelse hermed beskatter - fortjeneste, som et foretagende i den anden kontraherende stat er blevet beskattet af i denne anden stat, og de således medregnede fortjenester er fortjenester, som ville være tilfaldet foretagendet i den førstnævnte stat, hvis vilkårene mellem de to foretagender havde været de samme, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender, skal denne anden stat foretage en dertil svarende regulering af det skattebeløb, som er beregnet af disse fortjenester. Ved reguleringen skal der tages hensyn til de øvrige bestemmelser i denne aftale, og de kontraherende staters kompetente myndigheder skal om nødvendigt rådføre sig med hinanden."*⁶⁸

Med ovenstående formulering i stk. 1 a) og b) giver OECD en officiel definition på, hvad der forstås ved forbundne foretagender. Denne definition er mht. "kontrolkravet" bredere end den danske definition af *bestemmende indflydelse* i LL § 2. Armslængdeprincippet defineres yderligere med følgende ordlyd:

"... og der i nogle af disse tilfælde mellem de to foretagender er aftalt eller fastsat vilkår vedrørende deres kommercielle eller finansielle forbindelser, som afviger fra de vilkår, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender..."

I stk. 2 findes en bestemmelse der forpligter "det andet land" til at foretage reguleringer, såfremt der sker en regulering i overensstemmelse med artikel 9, stk. 1, i modeloverenskomsten - dog kun hvis det andet land er enig i at reguleringen følger armslængdeprincippet. Dette skal forhindre dobbeltbeskatning for de forbundne foretagender.

⁶⁸ Retsinformation (2003), Transfer pricing; Dokumentationspligt, 2. De internationale transfer pricing-regler og forholdet til dansk ret, STV nr. 20018 af 01/01/2003.

5.3 Sammenfatning

Begrebet “armslængdeprincippet” gennemgås i OECD’s artikel 9, og er brugt i forarbejdningerne til LL § 2. I artikel 9, stk. 1 fremgår det at bestemmelsen er i overensstemmelse med OECD TPG. Det fremgår i afsnittet at OECD TPG blev indarbejdet i cirkulære nr. 84 af 15 maj 1998 og det fremgår også i forarbejderne til lov nr. 408 af 1. juni 2005 at LL § 2 er baseret på armslængdeprincippet, og at armslængdetesten skal foretages i overensstemmelse med OECD TPG. Det udledes heraf, at bestemmelsen implicit hviler på et armslængdeprincip, hvilket også er nævnt i afsnittet 5.1 Armslængdeprincippet i LL § 2. OECD’s vejledninger er løbende ajourførte både i 2010 og 2016. Den nyeste vejledning er en 2022-version.

Der stilles spørgsmålstegn til troværdigheden af den udarbejdet af armslængdeprincippet i dansk skatteret, da der ikke er taget stilling til betydningen af den forløbende ajourføring af OECD TPG. Der kan rejses tvivl om, hvorvidt OECD TPG kan tillægges samme betydning for fortolkningen af LL § 2, som den udgave der forelå i 1998.

Den nuværende retspraksis på området er i dansk lovgivning tvivlsom, da det kan betyde at der ikke bliver udført korrektioner der udføres i overensstemmelse med OECD’s ajourførte TPG.

LL§ 2 indeholder en priskorrektion ift. armslængdeprincippet, forstået således at der kun kan foretages en priskorrektion såfremt den kontrollerede transaktion er handlet med en overpris eller underpris. Er det tilfældet, så skal den kontrollerede transaktion justeres til en pris, der svarer til de gældende markedspriser og som beregnes i overensstemmelse med armslængdetesten.

Det betyder at eftersom OECD’s definition er bredere, kan andre lande således have en anderledes definition af, hvad der forstås ved koncernforbundne selskaber. Dermed kan danske koncerner blive mødt med udenlandske transfer pricing-reguleringer, som ikke falder ind under de danske regler.

6. Immaterielle aktiver

Den mest udfordrende type af disposition at værdiansætte er immaterielle aktiver. Der findes to måder hvorpå en overdragelse af immaterielle aktiver kan ske. Der findes både delvis og hel overdragelse. Det ene tilfælde opstår i forbindelse med en hel overdragelse af det immaterielle aktiv og den anden

ved udnyttelse af aktivet.⁶⁹ Det er derfor relevant at undersøge definitionen af begrebet *immaterielle aktiver*. For at danne en bedre forståelse af, hvordan disse typer aktiver skal behandles og værdiansættes korrekt bliver der i nedenstående afsnit analyseret på definitionen af begrebet med udgangspunkt i OECD's regler efterfulgt af den danske lov.

6.1 Definition på immaterielle aktiver ifølge OECD

Der findes forskel på, hvordan immaterielle aktiver bliver defineret. OECD er kommet med en offentliggørelse af deres bud på, hvorledes immaterielle aktiver bør defineres. Forinden BEPS-projektet, var definitionen på immaterielle aktiver mere bred og uklar, hvilket også var et af målene for *action point 8*, at præcisere denne definition.

OECD's definition på *immaterielle aktiver* har følgende ordlyd:

*“The word “intangible” is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances.”*⁷⁰

Den ovenstående definition på *immaterielle aktiver* er fra TPG version- 2016 og gælder fortsat hos OECD. Der har som nævnt været udfordringer med den forrige definition af immaterielle aktiver, hvor det kan ses i TPG kapitel 6, at en for bred eller smal definition kan give anledning til misforståelser af, hvorledes et aktiv overholder egenskaber til at karakteriseres som et immaterielt aktiv. En alt for snæver definition af immaterielle aktiver i de forskellige nationale lovbestemmelser, kan medføre en uenighed mellem skatteyder og myndighederne om, det pågældende aktiv falder indenfor rammerne for at karakteriseres som et immaterielt aktiv. En anden ulempe ved en for snæver definition er, at uafhængige virksomheder ikke overfører den korrekte betaling. På den anden side kan en for bred definition føre til uenighed mellem skatteydere og myndigheder om, hvorvidt en

⁶⁹ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 383.

⁷⁰ Jf. punkt 6.6 i OECD TPG (2022-versionen).

overdraget aktiv i en kontrolleret transaktion mellem tilknyttede virksomheder bør medføre en betaling selvom der normalt ikke ville være ret til betaling mellem uafhængige parter.⁷¹

OECD definerer ikke *immaterielle aktiver* som værende af fysisk eller finansiell substans, men som et aktiv, der kan ejes eller kontrolleres. Immaterielle aktiver har et kommercielt formål, hvis brug eller overførsel bliver kompenseret i en transaktion mellem uafhængige parter, under sammenlignelige omstændigheder. Armslængdeprincippetets retningslinjer, som er gennemgået i *afsnit 5.2* Armslængdeprincippet ifølge OECD, gælder stadig for transaktioner, der involverer immaterielle aktiver. Det kræver en analyse af de kontrollerede transaktioner, som foretages mellem koncernforbundne selskaber, hvor de kommercielle eller finansielle relationer imellem disse belyses. Ligeledes skal de relevante økonomiske omstændigheder også inddrages, for at afgrænse den faktiske transaktion med præcision.⁷²

I diskussioner om transfer pricing-sager har OECD observeret en tendens til at klassificere immaterielle aktiver i forskellige kategorier. Der bliver anvendt to begreber: *Trade intangibles* og *marketing intangibles*.⁷³ *Trade intangibles* opstår typisk gennem forskning og udvikling og indebærer ofte risici og omkostninger. Det er for eksempel patenter, knowhow, mønstre, modeller og software. På den anden side af trenden opstår *marketing intangibles* gennem markedsføring og kan omfatte varemærker, kundelister, distributionskanaler, unikke navne, symboler og billeder, som har markedsføringsmæssig værdi i forhold til produktets salg.⁷⁴

Derudover har OECD introduceret et nyt begreb HTVI (*hard to value intangibles*). Dette begreb dækker over immaterielle aktiver, der på tidspunktet for deres overdragelse ikke har pålidelige sammenlignelige data og hvor prognosen for fremtidige indtægter er meget usikre. Dette gør det meget vanskeligt at forudsige, hvor stor succes det endelige afkast af det immaterielle aktiv vil få.⁷⁵

⁷¹ Jf. punkt 6.5 i OECD TPG (2022-versionen).

⁷² Jf. punkt 6.6 i OECD TPG (2022-versionen).

⁷³ Jf. punkt 6.16 i OECD TPG (2022-versionen).

⁷⁴ Anders O. Hansen & Peter Andersen (2008), Transfer pricing i praksis, 1. udgave, side 99.

⁷⁵ Jf. punkt 6.189 i OECD TPG (2022-versionen).

OECD har oplistet en liste af de egenskaber, som et HTVI ville besidde, og kan karakteriseres ud fra:⁷⁶

- Det immaterielle aktiv skal kun delvist være udviklet på tidspunktet for overdragelsen.
- Det immaterielle aktiv anses først for at blive udnyttet kommercielt flere år efter transaktionen.
- Derudover kan det ske at et immaterielt aktiv ikke falder inden for definitionen af HTVI, men er integreret i udviklingen eller forbedringen af andre immaterielle aktiver, som falder inden for definitionen.
- Hvor der er høj usikkerhed med de fremtidige økonomiske fordele, fordi der ikke findes tidligere resultatet at sammenligne med
- Et HTVI som er blevet overdraget internt i en koncern mod en engangsbetaling
- Det immaterielle aktiv har været del i CCA (cost contribution arrangement) eller lignende

Denne type af immaterielle aktiver påvirkes af, om der foreligger information nok, det vil sige, at der ikke må være informationsasymmetri mellem en koncern og skattemyndighederne. Grundet skattemyndighedernes mangel på kendskab under deres vurdering og kontrol af, hvad der har lagt til grund ved værdiansættelsen.⁷⁷

6.2 Immaterielle aktiver i dansk skatteret

Det centrale regelgrundlag for beskatning af immaterielle aktiver er reglerne om skattemæssige afskrivninger. Hjemlen til disse afskrivninger findes i AL § 40, stk. 1-5. Hvad angår overdragelsen af disse aktiver mellem koncernforbundne selskaber beskattes disse i dansk ret efter SL §§ 4-6 og LL § 2, hvor det er bestemt at kontrollerede transaktioner skal være indgået på armslængdevilkår. Når der kigges på definitionen af immaterielle aktiver, er der observeret, at OECD's definition af immaterielle aktiver er meget brede og bliver ikke begrænset af den juridiske og økonomiske definition. I den danske lovgivning er det som sagt AL § 40, der fastlægger betingelserne for de skattemæssige afskrivninger, der foretages når et immaterielt aktiv overdrages.⁷⁸ Bestemmelsen indeholder samtidig

⁷⁶ Jf. punkt 6.190 i OECD TPG (2022-versionen).

⁷⁷ Jf. punkt 6.186 i OECD TPG (2022-versionen).

⁷⁸ Juridisk Vejledning afsnit C.D.11.6.1 - Hvad anses for et immaterielt aktiv i OECD's Transfer Pricing Guidelines.

også den danske lovgivnings definition af immaterielle aktiver. Denne anses for at være dækket af definitionen i OECD TPG.

Begrebet immaterielle aktiver opdeles i to dele, herunder *goodwill*, der er omfattet af AL § 40 stk. 1, og *andre immaterielle aktiver*, der er omfattet af AL § 40 stk. 2. AL § 40 stk. 2 indeholder ikke en udtømmende angivelse af, hvad der menes med *andre immaterielle aktiver*, hvilket følger af loven, hvori det er angivet med følgende ordlyd:

“... Ved erhvervelsen af andre immaterielle aktiver såsom særlig fremstillingsmetode eller lignende (*knowhow*), patentret, forfatter- og kunstnerret og ret til mønster eller varemærke eller ved erhvervelse af retten ifølge en udbytte-, forpagtnings- eller lejekontrakt...”

Eftersom bestemmelsen ikke indeholder en udtømmende opregning af, hvilke immaterielle aktiver der er omfattet af bestemmelsen, kan det konstateres, at AL § 40, har et bredt anvendelsesområde.⁷⁹ For at få dannet en dybere indsigt i, hvordan bestemmelsen definerer *immaterielle aktiver*, er det relevant at undersøge baggrunden og den historiske udvikling af begreberne. Der nævnes forskellige typer *immaterielle aktiver* i bestemmelsen, herunder *goodwill*, som bliver undersøgt nærmere. Dernæst begrebet *knowhow*, da dette også er et omfattende begreb.

6.2.1 Historisk udvikling af Goodwill

Beskatning af goodwill trådte i kraft med vedtagelsen af Lov nr. 458 af 22. december 1939, som var en lov der blev indført for “*midlertidigt at ændre reglerne om påligning og opkrævning af indkomst- og formueskat til staten*”. Siden da er loven ændret flere gange både i 1961, hvor det blev bestemt at indføre afståelsesavance for goodwill og andre tidsbestemte rettigheder. Det fremgår i henhold til lovens cirkulære, at bestemmelsen om beskatning af goodwill udelukkende omfatter afhændelse eller overdragelse af goodwill.⁸⁰ Loven hjemlede retten til afskrivning af anskaffelsessummen, men denne ret var udelukkende berettiget, såfremt overdragelsen gav et afkast. Perioden for afskrivningen var 5 år og afskrivningsretten var gældende for halvdelen af det ydede vederlag. Senere i 1958 blev der vedtaget en lov om særlig indkomstskat. Denne lov medførte fuld afskrivningsret for erhververen af

⁷⁹ Juridisk Vejledning afsnit C.D.11.6.1 - Hvad anses for et immaterielt aktiv i OECD's Transfer Pricing Guidelines.

⁸⁰ Eriksen, Claus Hedegaard (2007), Immaterielle aktiver: En skatteretlig oversigt, s. 14.

goodwill eller tidsbegrænsede rettigheder over en periode på 10 år, samt afskrivningsprocent på 15%. Loven medførte at der måtte ske fuld inddragelse med en proportional beskatning på 30%.⁸¹

I 1976 skete der igen en ændring, der medførte lempelse af beskatningen vedtaget ved lov nr. 326 af 10. juni 1976. Der blev med denne lov åbnet for at trække fradrag fra ejerperioden. I 1982 skete der en radikal ændring, da Lov nr. 248 af 9. juni 1982 blev indført. Loven ophævede beskatningen af fortjeneste og tab ved afståelse af goodwill, samt adgangen til at foretage skattemæssige afskrivninger på anskaffelsessummen. Baggrunden for ophævelse af goodwill-beskatningen var funderet i ønsket om at gøre det lettere at foretage generationsskiftet. Det var tidligere beskatningen af goodwill, som gav en stor likviditetsmæssig belastning, der i nogle tilfælde udelukkede muligheden for at foretage et generationsskifte.⁸² Lovændringen medførte betydelige afgrænsningsvanskeligheder mellem goodwill og de øvrige immaterielle aktiver, som stadig skulle indregnes i den skattepligtige indkomst. Årsagen til dette var, at erhverver satte goodwillværdien til et maksimalt højt niveau med det formål at maksimere den skattefri gevinst ved senere afståelse. Dermed blev skattepligten genindført for goodwill den 25. juni 1993 ved Lov nr. 428. Afskrivningsretten tillod at foretage lineære afskrivninger på anskaffelsessummen over 10 år. I bemærkningerne til lovforslaget fremgår det, at det overordnede formål med loven var at skabe en ensartede skattemæssige behandling af immaterielle aktiver. Dette blev gjort således, at sondringen mellem goodwill og de øvrige immaterielle aktiver ikke længere skulle have en væsentlig betydning.⁸³

I 1998 blev der ved lov nr. 433, bestemt at bestemmelserne om afskrivning på goodwill og andre immaterielle aktiver skulle overføres fra ligningslovens § 16 F, jf. § 16 E til afskrivningsloven. Der skete ikke andre væsentlige ændringer udover at afskrivningsmetoden blev ændret fra pro anno-afskrivning til fuld afskrivning i anskaffelsesåret og ingen i afståelsesåret. Dermed blev det gjort gældende for aktiver erhvervet før 01-01-1998, at disse kun kan afskrives med op til 10 pct. årligt, jf. § 60, stk. 1. Goodwill kan kun afskrives, hvis den har været afskrivningsberettiget efter de hidtidige regler i ligningslovens § 16 F, jf. § 60, stk. 2. De i bestemmelsen hjemlede afskrivninger er ubundne.

⁸¹ Eriksen, Claus Hedegaard (2007), Immaterielle aktiver: En skatteretlig oversigt, s. 18.

⁸² Jf. Bemærkninger til lovforslag L 296.

⁸³ Eriksen, Claus Hedegaard (2007), Immaterielle aktiver: en skatteretlig oversigt, s. 24.

6.2.2 Skatteretlig definition samt behandling af goodwill

Den skattemæssige behandling af goodwill er reguleret af AL § 40, men bestemmelsen indeholder ingen definition af goodwill. Derudover fremgår det i TfS 1992, 537 DEP, at tre dommere henviste til begrebet *goodwill*, som har været anvendt skattemæssigt siden 1939 og er knyttet til afståelse af kundekreds, forretningsforbindelser og lignende. I den omtalte sag, var der ingen identificerbar kundekreds i en selvstændig forstand, dermed afgjorde skattemyndighederne, at der ikke forelå goodwill ved virksomhedsoverdragelsen. Det skatteretlige goodwill-begreb er anderledes end det regnskabsmæssige begreb. Ifølge den regnskabsmæssige definition af goodwill i ÅRL § 122 stk. 2 og 3 repræsenterer goodwill den merpris, som køber er villig til at betale i forhold til de bogførte værdier for en given virksomhed. I den skatteretlige retspraksis forsøges der at operere med en konkret definition for goodwill, som er erhvervsvirksomhedens kundekreds. Derudover fremgår det af den skatteretlige litteratur, at goodwill ikke kan overdrages separat, som de øvrige immaterielle aktiver, da goodwill er uadskilleligt forbundet med virksomheden.⁸⁴ Der skal dermed ske en reel overdragelse af virksomheden, enten i sin helhed eller delvist, herunder det aktiv, som anses for at udgøre goodwill.⁸⁵ Dette kommer til udtryk i blandt andet afgørelsen fra 2002, TfS 2002.288 H. Her er der tale om et svensk moderselskab og dets datterselskab, som overtager et dansk selskab. Moderselskabet betalte for den goodwill, der var knyttet i forbindelse med overdragelsen af datterselskabet, hvor det danske datterselskab overtog produktionen i selskabet. Udover den omtalte goodwill modtog moderselskabet også andre immaterielle aktiver såsom varemærker og patenter. Skattemyndighederne ændrede herefter indkomstopgørelsen for det danske datterselskab således, at selskabet blev skattepligtig for den del moderselskabet, havde betalt af goodwill. Skattemyndighedernes begrundelse heraf var den manglende betaling for goodwill, som ansås for at være et skattepligtigt tilskud fra moderselskabet til datterselskabet. Skattemyndighederne udtalte, at goodwill ikke skal udskilles, som et særskilt aktiv fra produktionen. Datterselskabet, der overtog produktionsdelen fra det danske datterselskab, gjorde gældende, at selskabet ikke havde modtaget værdierne svarende til det vedlagte beløb for goodwill. Eftersom det svenske moderselskab skulle få disse tilført, og derfor var det moderselskabet der afholdt disse udgifter. I højesteretsdommen var alle dommere enige i at goodwill ikke kan overdrages, som et særskilt aktiv løsrevet fra den virksomhed, hvortil det tilhører. Dommeren anførte dog, at den værdi moderselskabet havde betalt for goodwill

⁸⁴ Pedersen, Jan, et al. *Skatteretten 1*, 9. udgave, s. 637 og Eriksen, Claus Hedegaard (2007), *Immaterielle aktiver: en skatteretlig oversigt*, s. 24.

⁸⁵ Bolander, Jane, et al. *Lærebog om indkomstskat*. 19. udgave, s. 647.

ikke kun omfattede goodwill relateret til kundekreds, forretningsforbindelser eller lignende. De mente derfor at datterselskabet ikke burde indkomstbeskattes af hele værdiens størrelse. Dette synspunkt blev ikke støttet af de øvrige dommere, og datterselskabet blev skattepligtig heraf. Afgørelsen illustrerer at goodwill ikke kan overdrages som et særskilt aktiv.

Et andet eksempel, hvor goodwill bliver overdraget, findes i afgørelsen SKM 2005.148 ØL. I denne afgørelse havde et revisionsselskab overdraget en klientliste til en revisionsvirksomhed, mod et vederlag svarende til 15 pct. af brutto indtægterne fra de overtagne klienter i 7 år efter overdragelsen. Sagen handlede om, hvorvidt der var tale om overdragelse af goodwill, og om vederlaget i form af den løbende ydelse skulle kapitaliseres på overdragelsestidspunktet. Landsretten fandt, at der forelå goodwill og at der i den daværende ligningslov § 16 E, stk. 7, jf. stk. 6 var hjemmel til beskatte kapitalværdien af den løbende ydelse, som udgjorde vederlaget for den afståede goodwill. Denne sag belyser, hvordan goodwill kan overdrages, så længe det udelukkende indeholder en kundeliste eller forretningsforbindelser, som overdrages mod et vederlag. Det skal i øvrigt bemærkes, at skats vejledende værdiansættelse af goodwill er af vejledende karakter. Selskaberne kan kun anvende det i praksis, såfremt de anvender den historiske indtjening til værdiansættelsen og har et stabilt indtjeningsgrundlag uden udsving.

6.2.3 Skatteretlig definition samt behandling af knowhow

Knowhow-begrebet er ligesom goodwill-begrebet et ikke-lovbestemt immaterielt aktiv, derfor kan det i forhold til kvalifikationerne være vanskeligt at frembringe korrekt information i henset til registreringskravet mv. I AL § 40 stk. 2 nævnes knowhow med følgende ordlyd:

“... andre immaterielle aktiver såsom særlig fremstillingsmetode eller lignende (knowhow)...”

Nærværende afsnit gennemgår den skattemæssige behandling af begrebet knowhow, særligt *fremstillingsmetoder og lignende*. Det fremgår af loven at en skatteyder, der afholder udgifter til køb af immaterielle aktiver, såsom knowhow, patentret, forfatte- og kunstnerrettigheder, mønstret, varemærkerettigheder eller retten ifølge en udbytte-, forpagtnings-, eller lejekontrakt, kan erhververen af disse fra og med det indkomstår hvor aftale om overdragelse er fundet sted, afskrive på anskaffelsessummen i sin skattepligtig indkomst.

I afgørelsen, TfS 1989, 482 LSR, blev det skatteretlige knowhow-begreb diskuteret i forbindelse med en virksomheds salg af kundemasse, kundelister, aktiver og lignende. Virksomheden overdrog disse aktiver og besad også viden om sat kontakter til udenlandske produktionscentre og forretningsforbindelser. Landsskatteretten udtalte, at knowhow-begrebet, ud over at omfattende viden om fremstillingsmetoder mv., også kan omfatte en virksomheds viden om salgsprocessen. Retten fandt imidlertid senere, at den omtalte viden ikke kunne betragtes som knowhow, da den ikke kunne karakteriseres som en særlig viden, der naturligt falder ind under knowhow-begrebet. Landsskatteretten konkluderede i stedet, at det samlede vederlag for overdragelsen skulle betragtes som betaling for goodwill. Afgørelsen understreger således, at det afgørende kriterium for, om der er tale om knowhow, er, om den overdragne viden er særlig.

I skatteretlige kilder, er der ikke en fastlæggelse af knowhow-begrebet,⁸⁶ udover at det fremgår i AL § 40 stk. 2 *særlige fremstillingsmetode eller lignende*. Der kan dermed ikke fastlægges en klar skatteretlig definition af knowhow-begrebet. Den skatteretlige begrebsanvendelse må derfor tage afsæt i den civilretlige begrebsafklaring, ud fra tidligere domme afgørelser, som beskriver knowhow som værende en samlebetegnelse for forskellige arter viden, sagkyndighed eller særlig viden. Det følger af AL § 40 stk. 2, at erhververen kan afskrives på anskaffelsessummen for “... *andre immaterielle aktiver såsom særlig fremstillingsmetode eller lignende (knowhow), patentret, forfatter- og kunstnerret og ret til mønster eller varemærke eller ved erhvervelse af retten ifølge en udbytte-, forpagtnings- eller lejekontrakt...*” med indtil en 1/7 årligt i sin skattepligtige indkomst eller en straksafskrivning af udgiften efter AL § 41, stk. 1. Der kan forekomme tvister i hvorvidt et immaterielt aktiv er omfattet af knowhow-begrebet eller patent. Dette skyldes, at der er en uens afskrivningsadgang, hvilket kan skabe incitamenter til at forsøge at omkvalificere immaterielle aktiver, til aktiver, der er omfattet af de mere fordelagtige beskatningsregler. I denne sammenhæng er straksafskrivning af knowhow et tydeligt eksempel. For at danne et bedre indblik i netop denne afgrænsningsproblematik mellem de immaterielle aktiver, bliver der nedenfor foretaget en mere indgående analyse af dette.

⁸⁶ Eriksen, Claus Hedegaard (2007), Immaterielle aktiver: en skatteretlig oversigt, s. 72.

6.3 Afgrænsningsproblematikken mellem immaterielle aktiver

Ovenstående afsnit illustrerer, hvordan goodwill og knowhow ikke har en konkret skatteretlig definition. Derfor er det vanskeligt at foretage kvalifikationen af disse former for immaterielle aktiver. Det betyder at, når der er et immaterielt aktiv, der kategoriseres under en specifik kategori, skal der være en tydelig afgrænsning. Denne afgrænsning kan føre til en problematik mellem knowhow og goodwill og de øvrige immaterielle aktiver såsom: *Patenter, varemærker, ophavsrettigheder, mønster og design*.

Årsagen til dette er, som der også blev nævnt i forrige afsnit, at der forefindes forskellige regler for afskrivning på knowhow og patentrettigheder ift. de øvrige immaterielle aktiver. Der er for erhververen af knowhow og patentrettigheder ret til at fradrage erhvervelse udgifterne herfor fuldt ud i det indkomstår hvori udgifterne er afholdt jf. AL § 41, stk. 1. Denne mulighed eksisterer, som anført ikke for de øvrige immaterielle aktiver, hvor anskaffelsessummen afskrives med indtil 1/7 årligt, jf. AL § 40, stk. 1 og 2. Denne væsentlig forskel i afskrivningsreglernes behandling af henholdsvis knowhow og patentrettigheder sammenholdt med de øvrige immaterielle aktiver. Det kan som nævnt have en påvirkning på, hvorledes de immaterielle aktiver bliver kvalificeret ved overdragelsen. Der skal holdes for øje, at straksafskrivning på knowhow og patenter medfører en likviditetsmæssig fordel for erhververen. Dette skaber incitament til at omklassificere immaterielle aktiver til andre kategorier, der nyder godt af mere fordelagtige skattefordele, herunder AL § 41, stk. 1. Det fremgår heraf, at grænsen mellem knowhow og goodwill kan være uklar, da vurderingen af, hvorvidt den tilknyttede viden er særlig, baseres på skøn.

Derudover er goodwill-begrebet ikke entydigt defineret, eftersom det fremgår af ovenstående, at det følger af retspraksis og retslitteraturen, at goodwill ikke kan overdrages som et selvstændigt aktiv. Hertil henvises der til, at goodwill er uløseligt knyttet til virksomheden. På den anden side er det erindret, at der mellem uafhængige parter kan være tilfælde, hvor kundelister mv. overdrages mod et vederlag, hvorfor goodwill i denne sammenhæng udgør et selvstændigt overdrageligt aktiv.⁸⁷ Begrundelsen for, hvorfor goodwill ikke kan overdrages som en selvstændig aktivpost i modsætning til de andre immaterielle aktiver, er uklar. Den differentiering, der findes i den skatteretlige behandling af de immaterielle aktiver, menes at bidrage til at fremme skatteplanlægning, især når det kommer til

⁸⁷ SKM 2005.148 ØL - Salg af goodwill - revisionsvirksomhed - løbende ydelse.

de ikke-lovbestemte immaterielle aktiver såsom goodwill og knowhow. Dette strider imod formålet med lovgivningen, som sigter mod at sikre en ensartet skattemæssig behandling.

Beregningsmodellen kan ikke bruges i alle omstændigheder, da brancher og markeder er forskellige. Prisen som der værdiansættes ud fra skal afspejle, hvad der ville være opnået med en uafhængig tredjemand. Det betyder at armslængdeprincippet skal overholdes. Det er typisk set i finansieringsselskaber, at der er nogle omstændigheder, som medfører, at beregningsmodellen skal tilpasses.⁸⁸

6.4 TSS-cirkulære goodwillcirkulæret

TSS-Cirkulære nr. 10 af 28. marts 2000 indeholder en standardiseret beregning af goodwill. Denne omtales som *beregningsmodellen*. Beregningsmodellen anfører, at der ved beregningen tages udgangspunkt i virksomhedens historiske regnskab, således at de regnskabsmæssige resultater for de seneste 3 indkomstår forud for overdragelsen benyttes. Såfremt virksomheden ikke følger årsregnskabsloven, er det i stedet virksomhedens skattepligtige indkomst for de seneste 3 indkomstår. Ligeledes benyttes de finansielle indtægter/udgifter og der fratrækkes et beløb der udtrykker tendensen for indtjening.

Der var fundet fejl i cirkulæret, hvilket medførte at der d. 6 september 2017 er offentliggjort et styresignal om genoptagelse.⁸⁹ Denne er der blevet korrigeret for, og TTSS-cirkulæret 2000-10 er nu genoptrykt i sin korrekte og oprindelige form. Selskaberne kan støtte sig i beregningsmodellen og den vejledende anvisning, men det er ikke et krav at værdien bliver godkendt af skattestyrelsen, eftersom denne kun er vejledende for handelsværdien.⁹⁰

⁸⁸ SKM 2003.474 LR - Goodwill - finansielle virksomheder - koncernintern overdragelse.

⁸⁹ SKM 2017.538 SKAT - Genoptagelse som følge af fejl i offentliggørelsen af TSS-cirkulære 2000-10 om Ligningsrådets vejledende anvisning om værdiansættelse af goodwill - styresignal.

⁹⁰ Retsinformation, Cirkulære om vejledende anvisning om værdiansættelse af goodwill.

6.5 Overdragelse

I forhenværende afsnit 6. Immaterielle aktiver bliver det indledningsvist nævnt, hvorledes immaterielle aktiver er relevante herunder to situationer, enten ved overdragelse eller ved udnyttelse i forbindelse med en løbende samhandel.

En udfordring ved immaterielle aktiver er, at det kan være vanskeligt at fastslå, om der reelt har været en overdragelse, da én persons brug ikke nødvendigvis udelukker en andens brug.⁹¹ Det betyder, at det er muligt for en virksomhed at fortsætte med at bruge et immaterielt aktiv, selvom det er blevet overdraget, og samtidig bliver udnyttet af en anden virksomhed. Dette er blandt andet set i norsk ret, hvor der førhen er fundet ud af, at en virksomhed fortsat anvendte værdifulde licensrettigheder og andre immaterielle aktiver, på trods af at virksomheden havde afstået disse aktiver.⁹²

I dansk ret anses en overdragelse af goodwill først for at have fundet sted, når følgende tre betingelser er opfyldt:⁹³

1. Der skal være tale om en reel overdragelse af virksomheden (hel eller delvis), herunder det formuegode, der betragtes som goodwill.
2. Der skal være påført den oprindelige indehaver et tab som følge af mistet goodwill
3. Virksomhedens indtjening skal begrunde eksistensen af goodwill.

Et eksempel herpå, kan illustreres ud fra tilfældet, hvor to koncernselskaber havde aftalt, at det ene selskab skulle opbevare olie, mens det andet selskab videresolgte det. Tidligere havde det andet selskab udført begge parter arbejde selv. I forbindelse med hele processen var det meningen at der skulle betales goodwill. Ifølge skattemyndigheder var der ikke blevet overdraget goodwill eller andre former for immaterielle aktiver, da der ikke blev overdraget kunder eller forretningsforbindelser. Afgørelsen lød på, at der ikke var sket en overdragelse af goodwill, men nærmere et tjenesteydelsesforhold. Hvis der derimod havde været en overdragelse af medarbejdere og andre

⁹¹ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 428.

⁹² Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 428.

⁹³ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 429.

kunder end overdrageren selv, ville afgørelsen have været, at der var sket en overdragelse af goodwill.⁹⁴

Rettigheder til immaterielle aktiviteter kan overdrages enten som ejendomsret eller brugsret. Ved ejendomsret overdrages alle rettigheder tilknyttet det immaterielle aktiv, mens en brugsret indebærer begrænsede rettigheder.⁹⁵ Disse begrænsede rettigheder kan være et snævert område og det kan f.eks. være en tidsbegrænset afståelse af en filmrettighed, hvilket tillader løbende overdragelse af licensen og brug af aktivet.⁹⁶

OECD påpeger, at der findes to forskellige problemstillinger, som koncerner bør være bekendte med ved overdragelse af immaterielle aktiver. Den første problemstilling henviser til, at nogle gange er visse immaterielle aktiver mere værdifulde i kombination med andre immaterielle aktiver end, hvis de betragtes separat. Her kan medicinalsekskabet Novo Nordisk illustreres som eksempel. Novo Nordisk besidder flere immaterielle aktiver, blandt andet deres varemærke, know-how, en række patenter samt rettigheder på salg af deres medicin. Novo Nordisk er en international medicinalproducent og har et funderet produktions- og salgsnetværk, dermed kan de kombinere deres immaterielle aktiver, hvilket tilføre en større værdi. Dette skal forstås således, at alene Novo Nordisk varemærke ikke har en høj værdi, men i samspil med deres patenter, licenser og brugsrettigheder til salg og markedsføring, er det med til at øge varemærkets værdi. I sådanne tilfælde vil det være mest pålideligt at anvende en samlet armslængde test. Dog kan konsekvensen være, at det ikke vil være muligt at anvende den frie markedsprismetode, idet den ikke tager højde for synergien.⁹⁷ Den anden problemstilling, der kan opstå ved overdragelse af immaterielle aktiver, er at disse kan være tilknyttet på sådan en måde, at de ikke kan adskilles. Dette nævner OECD også i deres TPG 2022, hvor det fremgår, at uafhængige parter, grundet deres indbyrdes relation i de immaterielle aktiver, fravælger at overdrage immaterielle aktiver samlet. Dette kan kræve en samlet værdiansættelse af samtlige overdragne immaterielle aktiver, hvilket kan medføre en lavere værdi af nogle aktiver. Eksempel herpå kan nævnes Coca-Colas varemærke, da denne ikke ville have samme værdi, hvis opskriften

⁹⁴ SKM 2006.455 VLR - Overdragelse af funktion - koncernforbundne selskaber - afskrivning goodwill - indtjeningsrettighed.

⁹⁵ Jf. punkt 6.88 i OECD TPG (2022-versionen).

⁹⁶ SKM 2003.586 SR - Filmrettigheder - driftsudgifter.

⁹⁷ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 435.

ikke var en del af overdragelsen. I sådanne tilfælde er det mere pålideligt at udføre en separat armslængdetest af de enkelte aktiver. Det er derfor vigtigt at identificere alle immaterielle aktiver, der overdrages i en kontrolleret transaktion.

Når koncerner overdrager flere immaterielle aktiver mellem hinanden, skal de tage højde for, hvorvidt der skal beregnes en synergieffekt i prisfastsættelsen af de immaterielle aktiver. Dette medfører en forøgelse af værdien af de enkelte immaterielle aktiver.

Ved overdragelse af immaterielle aktiver sker der i et omfang en afståelse, hvad enten denne er hel eller delvis afhænger af hvilken type overdragelse der sker, som netop gennemgås. Det skatteretlige afståelsesbegreb definerer, hvornår og i hvilke situationer der skal opgøres kapitalgevinst eller kapitaltab til den skattepligtig indkomst. Overordnet set definerer skatteretlige afståelsesbegrebet overdragelsen af et aktivitets rettigheder, fra et skattesubjekt til et andet retssubjekt.⁹⁸ Heraf udledes det at immaterielle aktiver anses for at være afstået når råderetten til denne overgår til andet retssubjekt. Det fremgår af AL § 40 stk. 6, at beskattningen af immaterielle aktiver træder i kraft fra det tidspunkt, hvor det immaterielle aktiv bliver afhændet eller bortgivet. Hertil kan der stilles spørgsmålstejn til, hvornår det endelig salg sker, da dette ikke fremgår af bestemmelsen. Dette fremgår af ligningsvejledningen, hvor der står at de skattemæssige konsekvenser træder i kraft fra det år, hvor der er indgået en bindende aftale. Det betyder at afskrivningsretten også indtræder fra det tidspunkt. Det er ligegyldigt om, køber overtager på et senere tidspunkt. Afståelsestidspunktet er gældende fra den dato, hvor der underskrives kontrakt. Dette understøttes yderligere af AL § 40 stk. 1 og 2.

6.6 Sammenfatning

Definitionen på immaterielle aktiver er ikke ensartede i alle nationale love, hvilket spiller en væsentlig betydning i nogle henseender, da den skattemæssige behandling ikke er ens for alle typer immaterielle aktiver.

OECD har offentliggjort deres bud på, hvorledes immaterielle aktiver bør defineres, hvilket har skabt en mere præcis og anvendelig definition sammenlignet med tidligere, bredere og uklare definitioner. Den nuværende definition af OECD beskriver immaterielle aktiver som ikke-fysiske eller finansielle

⁹⁸ Pedersen, Jan mfl. (2021), Skatteretten 1, 9. udgave, s. 415

og som aktiver, der kan ejes eller kontrolleres med et kommercielt formål. Derudover beskrives de som aktiver, der skal betales for at udnyttes eller overføres. OECD understreger, at når der sker transaktioner af immaterielle aktiver mellem uafhængige parter, er det svært at finde referencetransaktioner.

Denne præcisering har til formål at reducere risikoen for misforståelser og uenigheder mellem skatteydere og myndigheder ved at afgrænse, hvad der karakteriseres som et immaterielt aktiv. Derudover har OECD introduceret kategorier, såsom *trade intangibles* og *marketing intangibles* samt det nye begreb *HTVI*, som dækker over immaterielle aktiver med stor usikkerhed omkring fremtidige indtægter. Samlet set har OECD's retningslinjer bidraget til en mere ensartet og gennemskuelig behandling af immaterielle aktiver i forbindelse med transfer pricing, hvilket har styrket armslængdeprincippet anvendelse og sikret mere retfærdige økonomiske transaktioner mellem koncernforbundne selskaber.

Den danske definition af immaterielle aktiver findes i AL § 40, hvor begrebet deles op i to dele, herunder *goodwill*, der er omfattet af AL § 40 stk. 1, og *andre immaterielle aktiver*, der er omfattet af AL § 40 stk. 2. Denne indeholder dog ikke en udtømmende angivelse af, hvad andre immaterielle aktiver omfatter. Der er derfor analyseret disse, hvor der er fundet frem til, at det især er *goodwill* og *knowhow*, da disse to begreber er et ikke-lovbestemt immaterielle aktiv. Det kan derfor være vanskeligt at frembringe den korrekte information henset til registreringskravet mv. Det er som nævnt ikke altid nemt at klassificere det immaterielle aktiv under den korrekte kategori, men derudover kan der også forekomme tvister. Dette kan især opstå ved knowhow, da det kan være svært for selskaber at dokumentere, at der er tale om *særlig* viden, der er opfundet. Patenter har en meget sammenlignelig karakter, med know-how. Der er en uens afskrivningsadgang, da udgifterne til knowhow f.eks. kan straksafskrives, hvilket kan skabe incitament til at omkvalificere immaterielle aktiver, til aktiver der er omfattet af mere fordelagtige beskatningsregler.

7. Dokumentation og oplysningspligt

Dokumentationskravet har siden 1998 været lovfæstet i den tidligere skattekontrollovs § 3b. Der blev i 2002 skrevet en dokumentationsvejledning udgivet af skatteforvaltningen, med formålet om, at denne skulle fungere som en vejledning til udarbejdelsen af TP-dokumentationen. Det fremgår i forordningen til vejledningen, at det ikke er muligt at skematisere en specifik formkrav til, hvorledes selskaberne skal udfylde denne, da selskabernes interne afregningspriser sker individuelt. Denne blev dog erstattet af TP-bekendtgørelse i 2006, hvori der er angivet et minimumskrav til dokumentationen, som Skattestyrelsen kræver fra de skattepligtige.

Det fremgår af loven, at skattepligtige, der defineres som værende *koncernforbundne selskaber* jf. LL § 2 kan overdrage dispositioner mellem hinanden, som kaldes for kontrollerede transaktioner. *Kontrollerede transaktioner* opstår dermed udelukkende, når der findes et interesseforhold jf. afsnit 5.1.3 Koncernforbundne selskaber.

Såfremt der foreligger koncernforbindelse, er det dermed alle dispositioner der overdrages mellem disse, som kategoriseres for værende kontrollerede transaktioner. Dermed er disse underlagt oplysnings- og dokumentationspligten, der fremgår af loven i bestemmelsen SKL § 38 med følgende ordlyd:

“Skattepligtige skal i oplysningsskemaet give told- og skatteforvaltningen oplysninger om art og omfang af handelsmæssige eller økonomiske transaktioner, når der er tale om kontrollerede transaktioner.”

Dette betyder, at koncernforbundne, der overdrager interne aktiver mellem hinanden, skal udfylde et oplysningsskema, hvori de angiver omfanget af den pågældende transaktion. Det fremgår i SKL § 39, at skattepligtige, der er underlagt SKL § 38 og SKL § 40 skal udfylde dokumentation af transaktionen, som de har angivet i oplysningsskemaet. Det fremgår i SKL § 39, at den skattepligtige skal udarbejde en dokumentation for, hvorledes priser og vilkår for kontrollerede transaktioner er fastsat. Dokumentationen er det materiale, som skatteforvaltningen tager udgangspunkt i ved udarbejdelse af skatteansættelsen for den skattepligtige. Dermed er det væsentligt, at selskaberne udarbejder materialet i så korrekt og detaljeret omfang. Det er set i flere domme afgørelser at skatteforvaltningen grundet mangel på dokumentation må foretage et skøn, hvor skatteyder kan se sig opkrævet et højere

beløb af skatten. Dette var blandt andet tilfældet i afgørelsen SKM 2019.136 HR, hvor højesteret anførte, at dokumentationen var så væsentlig mangelfuld, at skattemyndighederne ikke havde tilstrækkeligt grundlag for at vurdere, hvorvidt armslængdeprincippet var overholdt.

7.1 Bevisbyrden

I transfer pricing eksisterer der to forskellige tilgange til regler og praksis angående fordelingen af bevisbyrden.⁹⁹ I nogle lande ligger ansvaret primært hos skatteyderen, men i størstedelen af EU-landene ligger bevisbyrden hos skattemyndighederne.

Når selskaber ikke udarbejder tilstrækkelig dokumentation for TP, og tilbageholder oplysninger eller dokumenter er mangelfulde, kan det have en negativ indvirkning. Dette kan betyde, at myndighederne ikke kan udføre en korrekt vurdering af, hvorvidt transaktionerne overholder armslængdeprincippet.¹⁰⁰ Dermed svækkes skattemyndighedernes bevisbyrde, idet det bliver svært for skattemyndighederne at opnå tilstrækkelig dokumentation fra virksomheden. Selvom dette kan svække skattemyndighedernes bevisbyrde, skal de stadig dokumentere, at transaktionen ikke er blevet gennemført på armslængdevilkår.

I både LL § 2 og SKL § 39 er der ikke fastsat nogen særlige bevisregler. SKL §§ 38 og 39 pålægger skatteyder krav om oplysningspligt og dokumentationspligt, men der defineres ikke specifikke beviskrav. Såfremt en virksomhed ikke udarbejder dokumentation i overensstemmelse med SKL § 46, har SKAT beføjelse til at fastsætte den skattepligtige indkomst for de kontrollerede transaktioner skønsmæssigt. Generelt påhviler det skatteyderne at bevise faktum vedrørende de kontrollerede transaktioner.¹⁰¹ Bevis for faktum refererer til oplysninger eller dokumentation, der kan etableres under en retssag for at klarlægge, hvad der konkret skete i en given situation. Det er skatteydernes måde at imødekomme de påstande, der fremsættes af anklageren i en sag.¹⁰² Derfor er det afgørende for virksomheden at overholde dokumentationspligten i SKL § 39.

⁹⁹ Anders O. Hansen & Peter Andersen (2008), Transfer pricing i praksis, 1. udgave, side 63.

¹⁰⁰ Jf. RPL § 344, stk. 2.

¹⁰¹ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 79.

¹⁰² SKM 2005.5 HR - Lejefiksering af sommerhus - hovedanpartshaver.

I henhold til LL § 2 er bevisbyrden for retsfaktum primært placeret hos skattemyndighederne.¹⁰³ Der skal derfor bl.a. føres bevis for, at prisen for en kontrolleret transaktion afviger fra armslængdeprisen. Derudover skal det også bevises at skatteyderne er omfattet af de lovbestemte interesseløsskaber i LL § 2, som gennemgås i afsnit 5.1.4 Retssubjekterne for LL §2.

I dansk ret er der ikke et generelt krav om, at der skal foreligge skriftlige aftaler for kontrollerede transaktioner. Dog er aftaler mellem selskaber kun bindende, hvis de senere kan dokumenteres.¹⁰⁴ Skattemyndighederne er forpligtet til at fremlægge tilstrækkelige beviser for at påvise, at en kontrolleret transaktion afviger fra armslængdeprincippet. Skattemyndigheder skal også påvise, at skatteyderen er omfattet af det lovbestemte interesseløsskab i henholdsvis til LL § 2. Dermed er det skattemyndighederne, der bærer bevisbyrden, og skal modbevise et faktum i retten. Eftersom skattemyndighedernes ret til at udøve skøn i henhold til SKL § 49, er bevisbyrden for armslængdeprincippet midlertidigt placeret hos skatteyderen.

Armslængdeprincippet indeholder ikke specifikke regler om bevisbyrden. I 2017 introducerede OECD en regel omkring bevisbyrden for immaterielle aktiver, som er vanskelige at værdiansætte (HTVI).¹⁰⁵ For at anvende denne regel kræves det, at den enten implementeres i den interne lovgivning eller at en tilsvarende regel allerede er indeholdt i den interne lovgivning. Den nye bevisbyrde for immaterielle aktiver skal anvendes i tilfælde, hvor den kontrollerede transaktion mangler pålidelige referencepunkter. Dette kan være tilfældet, hvis prognosen for fremtidige afkast af det immaterielle aktiv er svag eller andre forudsætninger for værdiansættelse på transaktionstidspunktet, er usikre.¹⁰⁶ Dette kan for eksempel gælde for immaterielle aktiver, hvor det pågældende forskningsprojekt først forventes at generere afkast flere år efter overdragelsen. Det kan dermed vanskeliggøre det at finde pålidelige referencepunkter. Det skal dog bemærkes, at den nye bevisbyrderregel endnu ikke er blevet implementeret i dansk ret.¹⁰⁷

¹⁰³ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 80.

¹⁰⁴ SKM 2023.316 ØRL- Transfer pricing – TP-dokumentation var ikke fyldestgørende – ikke grundlag for at tilsidesætte SKATs skøn – Udbytteskat og hæftelse.

¹⁰⁵ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 489.

¹⁰⁶ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 490.

¹⁰⁷ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 491.

7.2 Sanktioner

Manglende overholdelse af dokumentationspligten i henhold til SKL § 39 kan resultere i forskellige sanktioner, herunder skønsmæssig ansættelse, tvangsbøder eller bødestraf. Såfremt en skatteyderes dokumentation vurderes for at være udarbejdet for sent eller lider af væsentlige mangler, har skattemyndighederne beføjelse til at foretage en skønsmæssig ansættelse af den skattepligtige indkomst. Disse er vedrørende de kontrollerede transaktioner, som er i overensstemmelse med LL § 2.

Dokumentationen anses kun for rettidig, hvis den er udarbejdet og indsendt i overensstemmelse med bestemmelserne i SKL § 39, stk. 3, hvilket skal ske senest 60 dage efter fristen for indsendelse af oplysningsskemaet. Det skal bemærkes, at skattemyndighederne ikke kan foretage skønsmæssige ansættelse baseret på uenighed om anvendelse af armslængdeprincippet.¹⁰⁸ Desuden kan skatteydere pålægges tvangsbøder, hvis der ikke indgives rettidige og tilstrækkelig dokumentation.¹⁰⁹ Tvangsbøder kan pålægges, hvis skatteyderen ikke efterkommer en anmodning om at indsende dokumentation og kan beløbe sig til mindst 1.000 kr. dagligt, og gældende for syv dage om ugen. Der skal dog gives en varsling på mindst 14 kalenderdage, før tvangsbøder pålægges.¹¹⁰ Disse bøder kan undgås, hvis skatteyderen overholder den oprindelige anmodning.

Yderligere kan der udstedes bødestraf til skatteydere, der forsætligt eller groft uagtsomt undlader at indsende tilstrækkelig dokumentation i henhold til SKL § 39. Bødestraffen fastsættes som et fast beløb på 250.000 kr. med et tillæg af et variabelt beløb svarende til 10 pct. af en indkomstforhøjelse.¹¹¹ Hvis skatteyderen efterfølgende retter op på den mangelfulde dokumentation, kan bøden nedsættes til 125.000 kr. Et tidligere tilfælde illustrerer dette, hvor et selskab blev tiltalt for groft uagtsomt eller forsætligt at undlade at indsende tilstrækkelig dokumentation i flere år. Det medførte, at SKAT ikke var i stand til at udføre en fyldestgørende kontrol. Udgangspunktet var en bøde på 125.000 kr. pr. indkomstår. Retten fandt ikke, at der skulle ske en fuldstændig bodekumulation, da selskabet havde samarbejdet og bidraget til at fremskaffe oplysninger til SKAT. Selskabet rettede op på situationen

¹⁰⁸ SKM 2020.303 HR - Fradrag for driftsomkostninger – statsskattelovens § 6, litra a – royaltybetalinger – koncernforbundne selskaber (dissens).

¹⁰⁹ Jf. SKL § 72.

¹¹⁰ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 665.

¹¹¹ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 666.

efterfølgende, selvom de dog stadig blev dømt til en bøde på 250.000 kr. af byretten for groft uagtsom adfærd.¹¹²

Bevisbyrden ligger hos Skattemyndigheden, som tidligere nævnt i ovenstående afsnit 7.1 Bevisbyrden. Sanktioner som skattepligtige risikerer at blive tildelt kan undgås ved at udføre en korrekt værdiansættelse over deres immaterielle aktiver og en tilstrækkelig dokumentation. Det er ikke altid en ukompliceret opgave at udføre, da det som nævnt i ovenstående afsnit 6.2 er vanskeligt at klassificere de immaterielle aktiver i de respektive klassifikationer. Afgrænsningsproblematikken mellem panteret og goodwill, er et eksempel heraf. Det er derfor interessant for specialet at undersøge, hvilke værdiansættelsesmetoder der forefindes, som selskaber kan gøre brug af i forbindelse med værdiansættelse af immaterielle aktiver. I nedenstående afsnit analyseres der herom.

8. Værdiansættelse

Specialet undersøger værdiansættelsen af immaterielle aktiver, hvorfor det som indledningsvis nævnt er metoderne for disse aktiver, der fokuseres omkring. Øvrige værdiansættelsesmetoder for behandling af andre aktiver gennemgås kort, for at danne et overordnet indblik.

Værdiansættelsesmetoderne i forbindelse med immaterielle aktiver i transfer pricing, har udviklet sig over tid i tre faser. Først kom den frie markedsprismetode, som var fastsat i de amerikanske regler fra 1968 og blev senere implementeret i OECD regler fra 1979. OECD's regler fra 1995 anerkendte profitmetoderne, men havde ikke nogen vejledninger til, hvordan de skulle anvendes og svag relation til immaterielle aktiver. Det tog en årrække før der i amerikansk ret blev fastsat nye indkomstmetoder. Derudover udviklede USA andre metoder, der i dag karakteriseres som markedsmetoderne. Som nævnt indledningsvis udsendte de danske skattemyndigheder i 2009 en vejledning om værdiansættelse, der blandt andet beskriver indkomstmetoden. Derudover fastsatte OECD detaljerede regler om indkomstmetoden igen i 2017.¹¹³ Ifølge OECD TPG er der fem anbefalede metoder, som kan være anvendelige til værdiansættelse af en eller flere kontrollerede transaktioner, med

¹¹² SKM 2017.216 BR - Groft uagtsomt.

¹¹³ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 442.

immaterielle aktiver.¹¹⁴ De fem metoder består af CP-metoden, CUP-metoden, RPM-metoden, TNMM-metoden og PS-metoden, som uddybes senere i specialet.

Sammenligneligheds- og funktionsanalysen kan anvendes for at simplificere de relevante metoder. Såfremt der foreligger sammenlignelige transaktioner med pålidelige data, anvendes de metoder, der frembringer det mest pålidelige resultat. Dette stemmer overens med armslængdeprincippet, da det vurderer, hvad en sammenlignelig uafhængig part under samme gældende forudsætning ville indgå i en aftale. Der kan dog være udfordringer, ved at finde sammenlignelige transaktioner når det gælder immaterielle aktiver, da det oftest er unikke former for aktiver, herunder betegnes disse som værende HVTI.

8.1 Sammenligningsanalyse

Hovedformålet ved at udføre en armslængdetest, er at teste, om kontrollerede transaktioner er udført i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Det er på baggrund heraf at en sammenligning af reference transaktioner er nødvendigt, hvilket også er nævnt i afsnit 5.1.1 Retsfølgen af LL § 2. Denne sammenligning af referencetransaktionerne gennemgås via en sammenlignelighedsanalyse. Det er vigtigt, at sammenlignelighedsanalysen omfatter alle faktorer relateret til de immaterielle aktiver, der potentielt kan påvirke afkastpotentialet. OECD har identificeret flere eksempler på sådanne faktorer, herunder med følgende ordlyd:¹¹⁵

“Om retten er simpel eller eksklusiv, omfang og løbetid for en retlig beskyttelse, den geografiske udstrækning af retten, den økonomiske levetid af aktivet, udviklingsstadiet af det immaterielle aktiv og retten til ajourføringer og til at anvende det immaterielle aktiv, som platform for videre udvikling af nye immaterielle aktiver.”

Disse fremgår af OECD TPG-afsnit D.2, men denne liste er ikke udtømmende. De forskellige faktorer er kort oplyst i nedenstående punkter:

¹¹⁴ Jf. punkt 6.136 i OECD TPG (2022-versionen).

¹¹⁵ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 440.

Eksklusivitet

Når en sammenlignelig referencetransaktion skal vurderes, er det en væsentlig faktor, at afgøre, hvorvidt et immaterielt aktiv er eksklusivt eller ikke eksklusivt. Såfremt der er en eksklusiv rettighed, kan indehaveren opnå store markedsræssige fordele, der medfører stor magt og indflydelse.¹¹⁶

Levetid

Levetiden for mange immaterielle aktiver har en begrænset brugstid. Selve brugstiden kan påvirkes af karakteren og varigheden af den juridiske beskyttelse. Brugstiden kan også være begrænset af den teknologiske udvikling i en branche, samt udviklingen af nye og potentielt forbedrede produkter.¹¹⁷

Udviklingsstadie

Immaterielle aktiver kan befinde sig i forskellige udviklingsstadier, hvilket er en væsentlig faktor der skal overvejes sammen med sandsynligheden for kommerciel succes. I nogle industrier, såsom medicinalindustrien, er denne faktor af stor betydning, da det kræver statslig godkendelse. Eksempelvis kan patenter på kemiske produkter overføres i kontrollerede transaktioner, længe før yderligere forskning, udvikling og test viser, at produktet udgør en sikker og effektiv behandling af en bestemt medicinsk tilstand. Et immaterielt aktiv, som er etableret på et kommercielt marked, vil være mere værdifulde end tilsvarende immaterielle aktiver, som ikke er etableret.¹¹⁸

Rettighed til forbedring, revision og opdatering

Rettigheden for videreudvikling kan have en afgørende betydning for udviklingsstadiet, da dens udløb kan medføre en kort levetid. Rettigheden for forbedring og videreudvikling er derfor afgørende for at bevare markedsandele, konkurrenceevne og dermed sikre fremtidig indtjening. Denne faktor skal vurderes særligt, når der overdrages med formål om at videreudvikle på et aktiv.¹¹⁹

Omfang og varighed af juridisk beskyttelse

Omfanget og varigheden, der er relevante for bestemte overdragelser, kan være vigtige at overveje ved sammenligneligheden. Den juridiske beskyttelse kan forhindre konkurrenter i at træde ind på et

¹¹⁶ Jf. punkt 6.118 i OECD TPG (2022-versionen).

¹¹⁷ Jf. punkt 6.121 i OECD TPG (2022-versionen).

¹¹⁸ Jf. punkt 6.123 & 6.124 i OECD TPG (2022-versionen).

¹¹⁹ Jf. punkt 6.125 i OECD TPG (2022-versionen).

specifikt marked. Især for immaterielle aktiver med begrænset levetid kan den juridiske beskyttelse være afgørende, da varigheden af det immaterielle aktiv kan påvirke parternes forventning til fremtidige afkast ved udnyttelse af det aktiv. Eksempelvis vil to ellers sammenlignelige patenter ikke have tilsvarende værdi, hvis det ene udløber efter et år, mens det andet først udløber efter ti år.¹²⁰

Forventede om fremtidige fordele

Hver af de ovenstående sammenlignelighedsovervejelser kan påvirke det forventede afkast. Det vil under alle omstændigheder påvirke værdien af det immaterielle aktiv og dermed også sammenlignelighedsanalysen. I tilfælde af, at der ikke kan foretages pålidelige justeringer, vil analysen ikke kunne bruges som grundlag for en referencetransaktion.¹²¹

Sammenlignelighed af risiko ved overdragelse eller rettigheder af immaterielle aktiver

Formålet med sammenlignelighedsanalysen er at vurdere, i hvor høj grad risikoen for det forventede fremtidige afkast realiseres. Dette indebærer følgende risici, som skal tages i betragtning: Risiko forbundet med videreudvikling, omkostninger hertil, risiko for nederlag, risiko for forældelse, konkurrenternes rettigheder.¹²²

Generelt overdrages immaterielle aktiver med det formål at blive udnyttet af køberen som led i produktionen af varer eller tjenesteydelser. Derved bliver immaterielle aktiver betragtet som brugsværdi frem for bytteværdi. Ved en sammenligningsanalyse er det afgørende at fokusere på det potentielle afkast der kan opnås ved det immaterielle aktiv for både sælgeren og køberen.¹²³ Ifølge OECD er det ikke muligt at sammenligne to immaterielle aktiver, hvis de skal anvendes i produkter med henholdsvis en høj og lav margin. Immaterielle aktiver med markant forskellige afkastpotentialer er heller ikke sammenlignelige. Sammenligningsanalysen kan både tage højde for historisk og forventet afkast af produkter, der inkorporerer immaterielle aktiver. Den frie markedsprismetode kan have størst betydning i sammenligningsanalysen.

¹²⁰ Jf. punkt 6.119 i OECD TPG (2022-versionen).

¹²¹ Jf. punkt 6.127 i OECD TPG (2022-versionen).

¹²² Jf. punkt 6.128 i OECD TPG (2022-versionen).

¹²³ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 438.

Forskellen mellem immaterielle aktiver justeres, hvis det muliggør en sammenligning. Det kan derved give et upålideligt resultat ifølge OECD, hvis den nødvendige justering udgør en betydelig del af det immaterielle aktivs samlede værdi.

En armslængdetest kan anvende både interne og eksterne transaktioner som referencer.¹²⁴ OECD påpeger, at databaser med uafhængige licensaftaler ikke altid indeholder tilstrækkeligt detaljerede oplysninger til at være grundlag for sammenlignelighedstest. For unikke og værdifulde immaterielle aktiver kan det derfor være nødvendigt at fravælge den frie markedsprismetode, medmindre der findes interne transaktioner som referencer. Til gengæld er det mere sandsynligt, at databaserne kan give pålidelige resultater for mindre værdifulde immaterielle aktiver.

Når virksomheder skal udfylde deres dokumentationspligt, skal de gennemgå nogle punkter, som SKAT henviser til. De følgende punkter er hentet fra OECD TPG, hvor SKAT henviser til punkt 3.4 og 3.5, hvor det er anført at hver af virksomhedens kontrollerede transaktioner skal indeholde en analytisk gennemgang af følgende ni punkter og underpunkter.¹²⁵ De anbefalede punkter er følgende:

1. Fastlæggelse af den periode analysen dækker
2. Overordnet beskrivelse af konkurrencemæssige-, økonomiske-, offentlige regulerede- og branchemæssige omstændigheder
3. Beskrivelse af den kontrollerede transaktioner med udgangspunkt i de fem sammenlignelighedsfaktorer
 - a. Kontraktvilkår
 - b. En funktions- og risikoanalyse (funktioner, aktiver og risici)
 - c. Produktets egenskaber
 - d. Økonomiske og markedsmæssige omstændigheder
 - e. Forretningsstrategier
4. Undersøgelse af om der er afhængige interne sammenlignelige transaktioner
5. Undersøgelse af om de er uafhængige eksterne sammenlignelige transaktioner
6. Valg af transfer pricing-metode og eventuel Profit Level Indicator (PLI)
7. Udvælgelse af (de mest) sammenlignelige uafhængige transaktioner (herunder brug af databaseundersøgelser)

¹²⁴ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 441.

¹²⁵ Juridisk Vejledning afsnit C.D.11.5 - Sammenlignelighedsanalyse.

8. Sammenlignelighed Justeringer
9. Tolkning og anvendelse af data til at fastlægge armslængdepriser og -vilkår

Sammenlignelighedsanalysen kan variere fra sag til sag, hvordan den bliver brugt. I visse tilfælde bliver analysen nævnt gentagne gange, mens den i andre sager slet ikke nævnes.¹²⁶ Sagerne ender hurtigt med at blive berettiget til at ansætte virksomheders skattepligtige indkomst skønsmæssigt, når virksomhedernes dokumentation ikke indeholder sammenlignelighedsanalyser.¹²⁷

8.2 Funktionsanalyse

Det er vigtigt for sammenligneligheden at analysere detaljerede funktioner, der udføres af parterne i en *kontrolleret transaktion*. Heraf opstår vigtigheden i at gennemføre en funktionsanalyse. Funktionsanalysen er et afgørende værktøj til at beskrive og analysere de specifikke funktioner, risici og aktiver for enhver juridisk enhed i en koncern. Funktionsanalysen tager udgangspunkt i hvilke funktioner, risici og aktiver som hvert medlem i en koncern har påtaget sig ved DEMEPE-funktioner (development, enhancement, maintenance, protection og exploitation).

Disse elementer udgør kernen i enhedernes funktionalitet og spiller en central rolle i armslængdetesten. Markedsprisen i en uafhængig transaktion afspejler de værdiskabende bidrag fra parterne, der kommer i form af deres funktioner, risici og aktiver. Udover funktionsanalysen findes også risikoanalysen. Denne undersøger hvilke risici koncernen har påtaget sig i forbindelse med transaktionen, hvilket bliver beskrevet senere i afsnittet. Ved hjælp af funktions- og risikoanalysen undersøges der for, hvad de koncernforbundne selskaber faktisk udfører, samt deres reelle bidrag i forhold til den kontrollerede transaktion.

OECD TPG fokuserer især på risiciene, selvom de ikke altid vejer tungest blandt de øvrige faktorer, kræver det dog ekstra opmærksomhed at analysere risici forbundet med risikofyldte aktiviteter.¹²⁸

¹²⁶ Jf. SKM 2019.207 LSR, SKM 2019.486 HR, SKM 2020.387 LSR, SKM 2023.135 LSR.

¹²⁷ SKM 2023.628 ØLR - Transfer Pricing – TP-dokumentation var ikke fyldestgørende – ikke handlet på armslængdevilkår – ikke grundlag for at tilsidesætte SKATs skøn.

¹²⁸ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 241-242.

8.2.1 Funktioner

Når der analyseres på, hvilke funktionerne der indebæres i en *kontrolleret transaktion*, er det følgende aktiviteter der skal undersøges “... *forskning og udvikling, produktdesign og -udvikling, produktion, montage, emballering, indkøb, markedsføring, salg, distribution, transport, lagring, finansiering, administration og ledelse*”.¹²⁹

OECD har i sin seneste fortolkning af armslængdeprincippet inkluderet *beslutningstagning* som en af de centrale funktioner, der skal undersøges. De argumenterer for, at beslutninger vedrørende, hvilke selskaber der træffer koncernens strategi og risici, har afgørende betydning. Det kommer af, hvis en koncern fordeler beslutningstagningen til de forskellige selskaber, kan der som følge heraf opstå en indbyrdes afhængighed mellem disse selskaber. Effektiviteten af værdikæden afhænger derfor af en præcis koordination af aktiviteterne. Derfor er det essentielt at identificere, hvilke enheder der har ansvaret for sådanne nøglebeslutninger.¹³⁰

8.2.2 Risici

En økonomisk risiko kan defineres som sandsynligheden for, at det faktiske afkast af en investering afviger fra det forventede afkast.¹³¹ OECD har identificeret en længere liste over forskellige kategorier af risici, herunder strategiske risici eller markedsrisici, infrastruktur- eller driftsrisici, økonomiske risici, transaktionsrisici og tilfældige risici.

En grundig risikoanalyse er afgørende for at fastlægge priser og vilkår for transaktioner mellem tilknyttede parter. Risiciene, som parterne påtager sig i forbindelse med transaktionen, skal identificeres og vurderes, da de kan påvirke prissætningen og risikofordelingen mellem parterne. Derudover er det relevant at vurdere, om transaktionerne involverer samme niveau af risici, når potentielle sammenlignelige transaktioner identificeres.¹³²

I SKAT’S vejledning C.D11.3.1.2.2. om hvordan risikoanalysen skal udarbejdes, bliver der refereret til OECD’s vejledning. Der nævnes også heri, at de seks risikoanalyser kan findes i TPG. Det er derfor

¹²⁹ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 242.

¹³⁰ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 242.

¹³¹ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 245.

¹³² Juridisk Vejledning afsnit C.D.11.3.1.2.2 - Risikoanalyse.

væsentligt at forstå, hvorledes disse skal forstås, hvor SKATS refereres til TPG 1.60 afsnittet. Det er valgt i specialet at analysere, hvordan disse skal gennemføres, da det har en væsentlig betydning i processen for værdiansættelsen af immaterielle aktiver. Den seks trinanalyse består af følgende punkter:

Trin 1: Identificering af økonomisk væsentlige risici

I forbindelse med identificering af økonomiske risici findes der forskellige typer af risici. Selve listen er ikke udtømmende, men blot en oversigt over relevante økonomiske risici, som kan påvirke prisfastsættelsen af en kontrolleret transaktion. De fem typer af risici fremgår herunder.¹³³

- Strategiske risici eller markedsrisici
- Infrastruktur eller operationelle risici
- Økonomiske risici
- Transaktionsrisici
- Skades og ulykkesrisici

Trin 2: Kontraktlig påtagelse af risiko

I dette trin skal koncernen vurdere deres skriftlige kontrakt, hvoraf det bør fremgå parternes tilsigtede påtagelse af risiko. Denne type af kontrakter er betegnet som *ex ante aftaler*, der indeholder, hvordan selve risikohåndteringen, der er forbundet med den gældende kontrollerede transaktion, skal udføres. Rettigheder og forpligtelser, der følger med i denne proces, fremgår også heri.¹³⁴

I TPG 1.78 står der, at når resultatet af en risiko er kendt, betragtes den ikke længere som en risiko. Det betyder, at en risiko kun anses for at eksistere, når dens udfald er ukendt. Styring og kontrol af risici er afgørende faktorer for at vurdere, hvilken part der bærer risikoen, og hvilken prisfastsættelsesmetode der er mest passende.

¹³³ C.D.11.3.1.2.2.1 Trin 1: Identificering af økonomisk væsentlige risici med præcision

¹³⁴ Jf. punkt 1.78 i OECD TPG (2022-versionen).

Trin 3: Analyse af parternes funktioner i forhold til risiko

Det er vigtigt at fastlægge, hvordan parterne håndterer og påtager sig de specifikke økonomiske væsentlige risici. Især er det den part, der har kontrol over risikoen, og udfører funktioner vedrørende risikominimering, der typisk har den finansielle kapacitet til at bære resultatet af risikoen.

Trin 4: Tolkning af oplysninger fra trin 1-3

Det skal i dette trin vurderes, om den kontraktlige påtagelse af risiko er i overensstemmelse med parternes adfærd. Hertil skal der udføres en undersøgelse af, hvorvidt parterne overholder kontraktbetingelserne mv. Det skal analyseres, om den part, der ifølge kontrakten har ansvaret for risikoen, også har kontrol over denne risiko og den finansielle kapacitet til at håndtere eventuelle negative konsekvenser af risikoen.

Trin 5: Allokering af risici

Såfremt den part, som ifølge kontrakten bærer risikoen, ikke samtidig kontrollerer risikoen og ikke har den finansielle kapacitet til at bære eventuelle negative resultater ved realiseringen af risikoen. Medføre at vejledningen til risikoallokering skal tages i brug.

Trin 6: Prisfastsættelse af den fastlagte transaktion

Den faktiske transaktion, sådan som den er blevet fastlagt gennem analysen af de økonomiske omstændigheder, relationen mellem parterne, parternes faktisk adfærd, udførte funktioner, anvendte aktiver og kontrol over risiko, skal herefter prisfastsættes under hensyntagen placeringen af risikoen.¹³⁵

8.2.3 Aktiver

Ifølge OECD TPG skal en funktionsanalyse også identificere de aktiver, som parterne i koncerninterne transaktioner anvender. Disse aktiver spiller en central rolle i at vurdere sammenligneligheden i en kontrolleret transaktion, især med hensyn til kapitalens rolle og forventede afkast. Når der investeres en betydelig kapital, forventes der normalt også større afkast. Disse krav kan dog variere afhængigt af aktivtypen og dens karakteristika. Eksempler på sådanne aktiver

¹³⁵ Juridisk Vejledning afsnit C.D.11.3.1.2.2 - Risikoanalyse.

omfatter driftsmidler, fast ejendom, immaterielle aktiver samt karakteristika som alder og beliggenhed.¹³⁶

Ved hjælp af en funktionsanalyse er det vigtigt at kunne evaluere, hvordan immaterielle aktiver bidrager til værdiskabelse i virksomheden. Dette kræver en dybdegående forståelse af, hvordan disse aktiver genererer indtægter og hvordan de samlet set kan påvirke virksomhedens overordnede præstationer.

8.3 Værdiansættelsesmetoder

I nærværende afsnit gennemgås de forskellige værdiansættelsesmetoder, og der foretages en analyse, af hvordan disse anvendes ved værdiansættelse af immaterielle aktiver.

Vurdering af immaterielle aktivers værdi er en uundgåelig proces, da virksomheder er forpligtede til at indarbejde værdien af deres aktiver i rapporter, såsom finansiering- og finansiell rapportering. Når det drejer sig om denne type rapportering, måles immaterielle aktiver til dagsværdien ved hjælp af enten markeds-, omkostnings- eller indkomstmetoden.¹³⁷ Generelt skal der skelnes mellem tre overordnede kategorier, hvorefter hver metode kan klassificeres efter en eller flere af disse:

1. En omkostningsbaseret værdiansættelsesmodel fastlægger værdien af et aktiv ved at tage udgangspunkt i enten historiske omkostninger forbundet med aktivets opbygning eller de forventede omkostninger, der ville være nødvendige for at generere et tilsvarende aktiv.
2. En markedsbaseret værdiansættelsesmodel fastsætter værdien af et aktiv ud fra sammenlignelige uafhængige transaktioner.
3. En indkomstbaseret værdiansættelsesmodel bestemmer værdien af et aktiv ved at tage udgangspunkt i den fremtidige indkomst, som værdiansættelsesobjektet forventes at generere.

¹³⁶ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 261.

¹³⁷ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 441.

Den mest almindelige tilgang er at anvende en indkomstbaseret værdiansættelsesmodel, eftersom det er nemmere at finde pålidelige data hertil. Dette gælder ikke for hverken den markedsbaseret- eller den omkostningsbaseret værdiansættelsesmodel, da data til at anvende disse ikke altid er sammenligning for immaterielle aktiver.¹³⁸ En nærmere beskrivelse af de enkelte værdiansættelsesmodeller bliver analyseret i de nedenstående afsnit.

8.3.1 Metodevalget

Den korrekte metode vil føre til, at kontrollerede transaktioner afsluttes på et marked med perfekt konkurrence. Der er ikke nødvendigvis kun én metode, der er passende i alle situationer, og der er heller ikke et krav om at anvende flere metoder. Det er samtidig ikke påkrævet at dokumentere, at andre metoder ikke er pålidelige. I de fleste tilfælde vil det dog være muligt at udpege en specifik metode, der bedst kan estimere en armslængdepris.

Ifølge OECD skal den bedste metode (*best method rule*) anvendes, men det er også acceptabelt at anvende flere metoder samtidig, hvilket OECD betegner som *multiple method approach*.¹³⁹ I forbindelse med værdiansættelse af immaterielle aktiver er det vigtigt at tage følgende faktorer i betragtning: Klassifikationen af det immaterielle aktiv, som nævnt i afsnit 6.2, vanskelighederne ved at finde reference transaktioner og vanskelighederne ved at anvende visse metoder.

Det er tidligere nævnt, at funktionsanalysen er et vigtigt redskab ved værdiansættelse af immaterielle aktiver jf. afsnit 8.2. Det er ikke udelukkende funktionerne, risici, og aktiverne der er nødvendige at analysere, men der bør i forbindelse med analysen inddrages øvrige forhold som markeds karakteristika, forretningsstrategier og koncernsynergier. Disse faktorer kan have en betydelig indvirkning på værdiansættelsen af immaterielle aktiver og skal derfor nøje vurderes i forbindelse med den valgte værdiansættelsesmetode. Ved at tage højde for disse faktorer kan man sikre en mere præcis og retfærdig vurdering af immaterielle aktivers armslængdeværdi i koncernforbundne transaktioner. Blandt de bedste metoder til værdiansættelse af immaterielle aktiver betragtes *den frie markedsprismetode, profit split-metoden og indkomstmetoden*.¹⁴⁰ I senere afsnit 8.4

¹³⁸ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 441.

¹³⁹ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 442.

¹⁴⁰ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 443.

Værdiansættelse af immaterielle aktiver i retspraksis, gennemgås en domsafgørelse for at illustrere, hvordan indkomstmetoden fremtræder i dansk skatteret, da denne anses for at være den mest anvendte til værdiansættelse af immaterielle aktiver.

OECD's retningslinjer fra 2022 understreger vigtigheden af sammenlignelighedskravet, hvor der advares mod blindt at stole på databaserne og anerkender udfordringerne ved at finde sammenlignelige referencetransaktioner.¹⁴¹ Dette vanskeliggør anvendelsen af den frie markedsprismetode i praksis, hvilket ofte resulterer i hyppigere anvendelse af indkomstmetoderne. Det er dog værd at bemærke, at retspraksis stadig vægter den frie markedsprismetode betydeligt.

8.3.2 Omkostningsbaseret værdiansættelsesmodel

Transfer pricing metoder, som er baseret på omkostninger ved udviklingen af immaterielle aktiver, burde som udgangspunkt undgås. Det er meget sjældent, at der er en korrelation mellem omkostningerne ved at udvikle et immaterielt aktiv og deres værdi, når de engang er blevet udviklet.¹⁴² OECD fremhæver, at en omkostningsbaseret værdiansættelsesmodel i visse tilfælde kan være nyttig. Dette kan være tilfældet, hvis det immaterielle aktiv udelukkende anvendes til interne forretningsaktiviteter, hvor det immaterielle aktiv ikke er unikt eller værdifuldt.¹⁴³

8.3.2.1 Kostplusmetoden (CP-metoden)

Selve anvendelsen af kost-plus-metoden frarådes, som nævnt i forrige afsnit, men i sjældne tilfælde kan den anvendes. Metoden tager udgangspunkt i omkostningerne, som en leverandør af varer eller serviceydelser pådrager sig i en kontrolleret transaktion, som leveres til en tilknyttet køber. Derefter tilføjes en passende mark-up, som er et procenttillæg, der lægges til omkostningerne. Omkostningerne og denne mark-up udgør til sammen armslængdeprisen for en koncernintern transaktion.¹⁴⁴ I forbindelse med immaterielle aktiver kan det f.eks. være et internt software system. Værdiansættelsen heraf vil typisk baseres på omkostningerne ved at reproducere eller erstatte de immaterielle aktiver.

¹⁴¹ Jf. punkt 6.138 i OECD TPG (2022-versionen).

¹⁴² Jf. punkt 6.142 i OECD TPG (2022-versionen).

¹⁴³ Jf. punkt 6.143 i OECD TPG (2022-versionen).

¹⁴⁴ Jf. punkt 2.45 i OECD TPG (2022-versionen).

Herved kan det blandt andet ses, at det konkrete aktiv ikke er unikt eller særligt værdifuldt, hvis det blot kan erstattes eller reproduceres.¹⁴⁵

8.3.3 Markedsbaserede værdiansættelsesmodel

Den markedsbaserede værdiansættelsesmodel vurderer værdien, der fastsættes på baggrund af sammenlignelige transaktioner. Overordnet set skal der skelnes mellem to tilgange. Den direkte prissammenligningstilgang, hvori den absolutte pris for sammenlignelige transaktioner anvendes til at fastsætte prisen. Denne tilgang er som udgangspunkt kun anvendelig, hvis det er det samme selskab eller aktiv, der overdrages. Den anden tilgang er den relative prissammenligningstilgang. Ved denne tilgang anvendes regnskabsmæssige nøgletal i forhold til markedsværdien for sammenlignelige selskaber.¹⁴⁶

8.3.3.1 Den frie markedsprismetode (CUP)

Den frie markedsprismetode sammenligner prisen i en kontrolleret transaktion med prisen i en referencetransaktion under samme omstændigheder. I denne metode beregnes armslængdeprisen ikke direkte, men fastlægges ved direkte sammenligning af priserne. Sammenlignelighedsanalysen er derfor et utroligt vigtigt værktøj ved anvendelse af CUP-metoden. OECD angiver, at hvis der findes en direkte sammenlignelig transaktion, vil denne metode have forrang for alle andre værdiansættelsesmetoder.¹⁴⁷ Den uafhængige transaktion er sammenlignelig med den kontrollerede transaktion, når en af de to nedenstående betingelser er opfyldt:¹⁴⁸

1. Når forskelle mellem transaktionerne ikke har væsentlig indflydelse på prisen, eller
2. Når det er muligt at justere for forskelle og derved gøre transaktionerne sammenlignelige.

Metodens fundament bygger på antagelsen om, at markedets udbud og efterspørgsel skaber en specifik markedspris. Derved dannes der en naturlig pris, når produktmarkedet er i en langsigtet ligevægtssituation.

¹⁴⁵ Jf. punkt 6.143 i OECD TPG (2022-versionen).

¹⁴⁶ Juridisk Vejledning afsnit C.J.5.1.2 - Markedsbaseret værdiansættelsesmodel.

¹⁴⁷ Jf. punkt 2.15 i OECD TPG (2022-versionen).

¹⁴⁸ Juridisk Vejledning afsnit C.D.11.4.1.1 - CUP-metoden (Comparable Uncontrolled Price Method).

Findes produktet derimod i en uperfekt konkurrencesituation, kan samme produkt handles til forskellige priser, og forskellige produkter kan handles til samme pris.¹⁴⁹ CUP-metoden kan også anvendes til at dokumentere prisen i referencetransaktioner indirekte. Dette opnås ved at sammenligne prisfastsættelsesmetoden i kontrollerede og uafhængige transaktioner.

I relation til immaterielle aktiver kan den frie markedsprismetode anvendes til at fastsætte armslængdeværdien af ejendomsretten og brugsretten, såfremt der eksisterer sammenlignelige referencetransaktioner. Det er nævnt tidligere, at det dog er vanskeligt at benytte denne metode, da der ofte er begrænsede referencetransaktioner tilgængelige. Metoden kan være relevant i tilfælde, hvor et selskab erhverver et immaterielt aktiv fra en uafhængig part og derefter vælger at videresælge det til et koncernforbundet selskab.

Trods OECD's advarsel mod brugen af databaser til at finde referencetransaktioner, anvendes metoden stadig hyppigt.¹⁵⁰ Det ses i en sag, at selskabet havde anvendt denne metode til værdiansættelse af royaltysatsen. Sagens omhandler et dansk datterselskab, som havde udgifter til betaling af royalties til moderselskabet, for at bruge moderselskabets varemærker og knowhow. Her angik sagen, om hvorvidt disse udgifter var fradragsberettigede og om royaltysatsen var på armslængdevilkår. Højesteret fandt royaltybetalinger for at have karakter af fradragsberettigede driftsomkostninger. Det blev ikke godtgjort, at en royaltysats på 2 % ikke afspejlede markedsvilkårene. Metoden blev accepteret i denne sag, på trods af at Skatteministeriet fandt, at omstændighederne for uafhængige parter var markant forskellige fra det danske datterselskab, på grund af geografiske markedsforskelle. Højesteret fandt heller ikke, at selskabets dokumentation var mangelfuld, hvilket betød, at skattemyndighedernes skøn over selskabets indkomst ikke kunne opretholdes.¹⁵¹

CUP-metoden prioriteres højest blandt de forskellige metoder, så længe der kan identificeres en præcist sammenlignelig referencetransaktion. Dette understreger det tidligere nævnte faktum om, at

¹⁴⁹ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 581.

¹⁵⁰ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 444.

¹⁵¹ SKM2020.303.HR - Fradrag for driftsomkostninger – statsskattelovens § 6, litra a – royaltybetalinger – koncernforbundne selskaber (dissens).

det kan være udfordrende at finde tilstrækkeligt sammenlignelige referencetransaktioner, især i forbindelse med immaterielle aktiver.

8.3.3.2 Resale Price Method (RPM)

Resale Price Method anvendes, hvor der er sket et koncerninternt køb, som videresælges til et uafhængigt selskab. Denne pris fratrækkes en bruttoavance, som findes ved sammenlignelig reference transaktioner med en uafhængig distributør med tilsvarende risici og funktioner, samt en lignende vare.¹⁵² Den kontrollerede transaktion er sammenlignelig med den ikke kontrollerede, hvis en af disse to betingelser er opfyldt.¹⁵³

1. Når forskellen mellem transaktionerne ikke har væsentlig indflydelse på avancen, eller
2. Når det er muligt at justere for forskellene og derved gøre transaktionerne sammenlignelige.

Dette er en metode, som kun kan anvendes, hvis der sker et videresalg og kan derfor ikke anvendes ved immaterielle aktiver.

8.3.3.3 Den transaktionsbaserede nettoavancemetode (TNMM)

Den transaktionsbaserede nettoavancemetode kan bruges til at værdiansætte et immaterielt aktiv uanset, om det overdrages til eje eller brug, og uanset om aktivets bruges som del af senere transaktioner mellem parterne. Det er en metode, hvor armslængdetesten sker ved at sammenligne nettoresultatet i en kontrolleret transaktion og en referencetransaktion. Selve sammenligningen gøres ved hjælp af nøgletal, som er baseret på nettoresultatet.¹⁵⁴ Disse nøgletal betegnes som profit level indicators (PLI). Ved anvendelsen af TNMM bestemmes prisen for den kontrollerede transaktion ved at sammenholde nøgletallet for den kontrollerede transaktion med nøgletallet for de sammenlignelige uafhængige transaktioner.

Metoden kan anvendes til at værdiansætte brugsrettigheder, da der skal være aftalt en løbende årlig betaling. Der vil derfor i praksis fastsættes et residual beløb på det immaterielle aktiv, som opgøres som erhververens overskud før betalingen fratrukket et afkast for erhververens rutinemæssige bidrag til den kontrollerede transaktion. Denne metode kan ikke anvendes, hvis de immaterielle aktiver er

¹⁵² Jf. punkt 2.28 i OECD TPG (2022-versionen).

¹⁵³ Juridisk Vejledning afsnit C.D.11.4.1.2 - RPM (Resale Price Method).

¹⁵⁴ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 613.

selvudviklede eller erhvervet fra tredjemand og hvis de er unikke og værdifulde. Det gør det umuligt at finde sammenlignelige uafhængige selskaber der gør brug af samme immaterielle aktiver. Metoden kan heller ikke anvendes, hvis erhververen har tænkt sig at benytte aktivet som platform for udvikling af nye immaterielle aktiver, da en udviklingsaktivitet ikke anses for at være af rutinemæssig karakter.¹⁵⁵ Metoden kan derimod godt anvendes, hvis de immaterielle aktiver er unikke og værdifulde, men er erhvervet i en kontrolleret transaktion, som er subjekt for armslængdetesten.

Denne metode er hyppigt brugt i dansk ret. SKM 2018.173.LSR handlede om kontrollerede transaktioner mellem et dansk og et koncernforbundet produktionsselskab. Landsskatteretten fandt, at SKAT havde ret i deres udtalelse om, at selskabets metode til prisfastsættelsen, som var fremsendt i transfer pricing dokumentation, indeholdt store usikkerheder. Yderligere fandt landsskatteretten, at SKATs metode og opgørelse af indtjening i H2 er i overensstemmelse med armslængdeprincippet og SKATs afgørelse stadfæstes.¹⁵⁶

En sag som minder om forrige er SKM 2018.62 LSR. Sagen omhandlede transaktioner mellem et dansk og koncernforbundne udenlandske salgsselskaber. I denne sag fandt landsskatteretten, at SKAT var berettiget til at foretage en skønsmæssig ansættelse, idet der var mangel på sammenlignelighedsanalysen i selskabets transfer pricing dokumentation. SKAT valgte at gøre brug af TNMM-metoden, da de mente at det var den mest anvendelige metode i denne situation. Det fandt landsskatteretten korrekt, da der ikke var tilstrækkelig information om de udenlandske salgsselskaber. Grunden til dette var, at størstedelen af den fremlagte opgørelse af salg selskabernes indtjening omhandlede salg af varer, som ikke var købt af det danske selskab.¹⁵⁷

8.3.4 Indkomstbaserede værdiansættelsesmodel

Den indkomstbaserede værdiansættelsesmodel fastsætter værdien med udgangspunkt i den fremtidige indkomst, som det aktiver forventes at generere. Værdien af en virksomhed eller aktiv kan opgøres som nutidsværdi af det fremtidige cash flow. Nutidsværdien findes ved at tilbagediskontere det

¹⁵⁵ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 453.

¹⁵⁶ SKM 2018.173 LSR - Transfer Pricing – Kontrollerede transaktioner mellem et dansk selskab og et koncernforbundet produktionsselskab.

¹⁵⁷ SKM 2018.62 LSR - Transfer pricing korrektion.

fremtidige cash flow til værdiansættelsesdatoen. OECD udelukker ikke andre metoder, som ikke indgår i deres egen vejledning.

8.3.4.1 Profit Split Metoden

Profit Split Metoden er en allokeringsmetode, der identificerer det relevante overskud, der skal fordeles mellem tilknyttede selskaber fra en kontrolleret transaktion og derefter fordeler overskuddet mellem de tilknyttede selskaber. Fordelingen skal foregå i overensstemmelse med armslængdeprincippet.¹⁵⁸

En af styrkerne ved at bruge Profit Split Metoden er, at den kan tilbyde en løsning til at allokere forskellige parter bidrag af unikke og værdifulde immaterielle aktiver i transaktionen. I tilfælde af, at flere parter bidrager i forbindelse med det immaterielle aktiv, kan uafhængige parter effektivt prisfastsætte transaktionen i forhold til deres respektive bidrag, hvilket gør en tosidet metode mere passende. Derudover har unikke og værdifulde immaterielle aktiver ikke pålidelige sammenlignelige informationer, der kan bruges til at prisfastsætte transaktionen pålideligt gennem andre metoder. Fordelingen af overskuddet under Profit Split Metoden baseres på de bidrag, som de tilknyttede virksomheder har ydet, samt en henvisning til deres funktionsanalyse. Denne skal påvise at der mindst er én part der har haft en væsentlig økonomisk risiko.¹⁵⁹

Denne metode kan anvendes, uanset om aktiver overdrages til eje eller brug og uanset om det videre hen bliver anvendt som et led i en efterfølgende samhandel. Metoden indebærer afkastet fra produktion/salg af produkter, som er baseret på det immaterielle aktiv og fra en videreoverdragelse af aktivet.¹⁶⁰

Der findes flere forskellige tilgange til anvendelse af Profit Split Metoden afhængigt af de kontrollerede transaktioner og den tilgængelige information. For at fordele det relevante overskud fra de kontrollerede transaktioner på en økonomisk pålidelig basis for at nærme sig resultaterne, som vil

¹⁵⁸ Jf. punkt C.1 i OECD' Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method.

¹⁵⁹ Jf. punkt 2.119 i OECD' Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method.

¹⁶⁰ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 457.

have været opnået under tilsvarende uafhængige omstændigheder, er der to metoder. Dette kan gøres ved en bidragsanalyse eller en residualanalyse.¹⁶¹

Bidragsanalysen bruges ved at fordele det totale overskud, der skabes af de koncernforbundne selskaber i de kontrollerede transaktioner, til de enkelte selskaber alt efter, hvad de har bidraget med til at skabe overskuddet. I selve fordelingen skal det tages i betragtning, hvordan de uafhængige selskaber vil have fordelt overskuddet og skal bedst muligt baseres på data fra transaktionerne mellem uafhængige parter.¹⁶²

Residualmetoden er mest pålidelig, hvis bidragene fra parterne kan værdiansættes ved hjælp af ensidig metode og sammenlignes ved brug af sammenlignelige transaktioner. En residualanalyse opdeles i to hovedkategorier. Den første kategori omfatter bidrag, der kan relateres til en sammenlignelig referencetransaktion. Det er rutinebidrag, som for eksempel produktion eller markedsføring. Den anden kategori omhandler unikke og værdifulde bidrag, som allokeres efter det resterende beløb når bidraget er fratrasket.¹⁶³ Typisk vil det resterende overskud mellem parterne, være baseret på den relative værdi af, parternes bidrag i forhold til hvem der har påtaget sig de vigtige DEMPE-funktioner.

8.3.4.2 Indkomstmetoden

Indkomstmetoden vurderer værdien af et immaterielt aktiv som nutidsværdien af de forventede fremtidige afkast, forbundet med aktivets udnyttelse.¹⁶⁴ Indkomstmetoden kommer i mange forskellige versioner, som blandt andet omfatter Incremental income-metoden, Excess income-metoden, Relief-from-royalty-metoden og DCF-metoden mm. Der er ikke en decideret korrekt version. Det er blot vigtigt, at metoderne under omstændigheder kan anvendes til at frembringe armslængderesultater.

1. Incremental income-metoden, som vurderer værdien som nutidsværdi af forskellen mellem virksomhedens afkast og uden det immaterielle aktiv.

¹⁶¹ Jf. punkt C.3.1 i OECD' Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method.

¹⁶² Jf. punkt C.3.1.1 i OECD' Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method.

¹⁶³ Jf. punkt C.3.1.2 i OECD' Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method.

¹⁶⁴ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 441.

2. Excess earnings-metoden, som vurderer værdien som nutidsværdien af virksomhedens resterende afkast efter at have aflønnet andre produktionsfaktorer (contributory assets).
3. Relief-from-royalty-metoden estimerer værdien for det immaterielle aktiv baseret på forventede fremtidige royaltybetalinger, som selskabet skulle betale for ved brugen af aktivet.
4. DCF-metoden anvender de diskonterede pengestrømme fra en virksomhed eller aktiv på baggrund af en tilbagediskontering af værdien af de forventede frie pengestrømme, som kan henføres til det pågældende værdiansættelsessubjekt.

Disse metoder giver et grundlag for at estimere den økonomiske værdi af immaterielle aktiver, hvilket er afgørende for korrekt finansiel rapportering og strategisk beslutningstagning.

Indkomstmetoden er en metode, som er baseret på det forventede fremtidige afkast af et immaterielt aktiv. Dette kan være en vanskelig metode at benytte sig af, da der er mange prognoser for fremtiden, der kan være forbundet med stor usikkerhed. Der er derfor med metoden forbundet en dokumentation, som skal omfatte oplysninger om relevante forudsætninger, kriterierne for valg af parametre for værdiansættelsen, rimelighed af forudsætningerne og parametrene. De danske skattemyndigheder anbefaler også en følsomhedsanalyse, der kan vise alternative udsving i værdien ved ændringer af relevante forudsætning og parametre.¹⁶⁵ Der er besluttet ikke fastsat regler omkring denne dokumentation, men det er blot noget OECD mener skatteyder bør følge.

Wittendorf illustrerer metoden med den såkaldte *Ferring-sagen*, hvor et selskab solgte sine immaterielle aktiver til et udenlandsk koncernselskab. Både det danske og udenlandske selskab gjorde brug af Incremental income-metoden og begge blev enige om prognoserne og forudsætningerne. Der var dog en stor forskel på skatteyderens og skattemyndighedernes beregnede værdi af det immaterielle aktiver. Skatteyderen beregnede værdien til 162 millioner kroner og skattemyndighederne vurderede dem til 1028 millioner kroner og krævede yderligere 259 millioner kroner i renter plus renter i skattebetaling.¹⁶⁶ Den store forskel skyldes forskellige diskonteringsrenter ved værdiansættelsen. Derudover skyldes differencen også de anvendte betaværdier

¹⁶⁵ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 467.

¹⁶⁶ Frost, T, (2023) Medicinalfirma døjer med skattesag fra 2004 - har nu kostet over 600 mio. kr.

Det er derfor yderst vigtigt at forsøge at ramme så præcist som muligt med prognoserne og forudsætninger, ellers kan det give anledning til syn og skøn. OECD har derfor givet en vejledning til disse faktorer, som er vigtige at have i mente ved brug af denne metode. De følgende faktorer, som indgår i metoden, er blandt andet finansielle prognoser, vækstrater, diskonteringer, økonomisk levetid og terminalværdi og skatter.¹⁶⁷

Finansielle prognoser

Det er yderst vigtigt, at både skatteyderne og skattemyndighederne undersøger omhyggeligt de finansielle prognoser, da de er afgørende for både fremtidige indtægter og udgifter. Det kan dog være meget vanskeligt at værdiansætte, da nøjagtigheden er betinget af udvikling på markedet, hvilket både er ukendt og ukendeligt på tidspunktet for værdiansættelsen, og da prognoserne er spekulative.¹⁶⁸ Pålideligheden af en værdiansættelse af et immaterielt aktiv er derfor baseret på forskellige værdiansættelsesteknikker. Selve prognosen skal være baseret på viden og erfaring, hvilket gør det svært for skattemyndighederne at vurdere pålideligheden. Prognosen foretages uden brug af bagklogskab (ex ante). Det betyder, at skattemyndighederne ikke kan bruge ex post, altså oplysninger om det der rent faktisk skete, som grundlag for værdiansættelsen.¹⁶⁹

Vækstrater og terminalværdi

Et vigtigt element at undersøge er selve vækstraterne. Ofte er de fremtidige pengestrømme baseret på de nuværende pengestrømme samt hjælp fra den forventede vækste.¹⁷⁰ OECD påpeger at det vil være usædvanligt, at afkastet af et produkt vokser med en stabil vækste over en længere periode. Selskaberne skal derfor være forsigtige med at acceptere simple vækstrater, som ikke er fastlagt baseret på baggrund af enten erfaring med lignende produkter og markeder. Der forventes, at der vil anvendes en pålidelig værdiansættelsesteknik baseret på sandsynlige mønstre af indtægts- og udgiftsvækst baseret på branchen og virksomhedens erfaring med lignende produkter.¹⁷¹

¹⁶⁷ Jf. punkt 6.162 i OECD TPG (2022-versionen).

¹⁶⁸ Jf. punkt 6.163 i OECD TPG (2022-versionen).

¹⁶⁹ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 470.

¹⁷⁰ Jf. punkt 6.169 i OECD TPG (2022-versionen).

¹⁷¹ Jf. punkt 6.169 i OECD TPG (2022-versionen).

Diskonteringer

En diskonteringsrente anvendes til at omdanne den fremtidige afkast til nutidsværdi, hvilket er en afgørende faktor, som kunne ses i eksemplet om *Ferring-sagen*. Diskonteringsrenten tager højde for tidsværdien, samt risikoen ved den fremtidige afkast.¹⁷² Selv de mindste variationer af de valgte diskonteringsrenter kan have store betydninger i beregninger af immaterielle aktiver. Selve renten skal derfor foretages på baggrund af omstændighederne i de enkelte sager. Der er ikke decideret én måling for diskonteringsrenten, som er passende for alle transfer pricing formål. Renten kan opgøres som WACC ved en investering i det immaterielle aktiv. I nogle tilfælde kan immaterielle aktiver, som stadig er under udvikling være blandt de mest risikofyldte komponenter i et selskab. Det skal derfor anerkendes, at nogle virksomheder har mere risiko end andre og nogens fremtidige indkomst er mere volatile end andre. Derfor skal diskonteringsrenten afspejles i risikoniveauet for den samlede virksomhed, og den forventede volatilitet af de forskellige pengestrømme, i hver enkelt sag.

Det er tidligere nævnt, at den store difference i skatteydere og skattemyndigheder i *Ferring-sagen* blandt andet skyldes diskonteringsrenten. Skattemyndighederne anvendte en rente på henholdsvis 14,6 pct. og skatteyderen benyttede sig af en rente på 19,6 pct. Denne forskel repræsenterede 80 pct. af difference på ca. 700 mio. kr., mellem deres værdiansættelser.¹⁷³ I 2007 havde skatteyderen yderligere tillagt sig en risikopræmie på 5 pct. da deres relevante produkt ikke længere var patentbeskyttet og derved var blevet udsat for større konkurrence. Skattemyndighederne var ikke enige i det og havde ikke ændret renten fra 2007, da selskabet havde været ude og foretage større investeringer end deres konkurrenter. Retten endte med at acceptere skattemyndighedernes udtalelse om, at der ikke var behov for risikopræmie.¹⁷⁴

Økonomisk levetid

Den økonomiske levetid skal fastlægges på baggrund af alle relevante fakta og omstændigheder. Levetiden kan have stor betydning for resultatet af indkomstmetoden. Selve levetiden kan være vanskelig at fastlægge. Levetiden kan være væsentligt kortere end først antaget, da teknologien indenfor mange brancher og områder udvikler sig eksponentielt. Derudover kan det også påvirkes af karakteren og varigheden af de juridiske beskyttelser.

¹⁷² Jf. punkt 6.170 i OECD TPG (2022-versionen).

¹⁷³ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 478.

¹⁷⁴ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 478.

Der har tidligere været uenigheder om økonomisk levetid når det kommer til immaterielle aktiver. I SKM 2020.387 LSR blev et dansk selskab omdannet fra salgsselskab til kommissær på vegne af et koncernforbundet selskab. I den forbindelse var der nogle kundekontrakter som skulle værdiansættes. Skattemyndighederne mente, at indkomstmetoden skulle værdiansættes på baggrund af en terminalperiode med et evigtvarende cash flow. Retten fandt ikke at SKATs antagelse om evigtvarende cash flow var korrekt. Dette skyldes, at koncernen opererede i softwarebranchen, som er meget præget af teknologiske udviklinger og derfor var der høj risiko for at der vil komme nye produkter på markedet, som kunne erstatte deres eksisterende produkter.¹⁷⁵

Skatter

Når der er tale om immaterielle aktiver i forbindelse med transfer pricing, opfordrer armslængdeprincippet, at priserne beregnes på en før-skat-basis, da markedspriserne er på en før-skat-basis. Det er lidt atypisk, da der normalt vil foretages en værdiansættelse på baggrund af pengestrømme på en efter-skat-basis, da resultaterne normalt ligger til grund for investeringsbeslutninger.¹⁷⁶

8.4 Værdiansættelse af immaterielle aktiver i retspraksis

Ud fra ovenstående udledes det, at den rette metode, at vælge afhænger af, hvordan virksomheden opfatter aktivet. Her ses det oftest, at der kan forekomme en uoverensstemmelse på værdiansættelsen af det immaterielle aktiv. Der bliver i nedenstående afsnit gennemgået afgørelsen SKM 2023.135 LSR, for at belyse, hvordan en eventuel uenighed i værdiansættelsen af et immaterielt aktiv kan forekomme fra skattestyrelsens side.

Værdiansættelsen i den omtalte dom angik immaterielle aktiver, hvor der var tale marketing rettigheder til et produkt og rettigheder til et andet produkt. Disse blev overdraget fra et dansk selskab til dets udenlandsk moderselskab. Selskabet værdisatte det immaterielle aktiv efter beregningsmodellen i *goodwillcirkulæret*. Der opstod uenighed fra selskabets side, da SKAT foretog en skønsmæssig korrektion af avancen, som selskabet havde angivet i deres oplysningsskema.

¹⁷⁵ SKM 2020.387 LSR - Transfer pricing.

¹⁷⁶ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 479.

Dermed blev der afholdt syn, hvor skønsmændene anvendte DCF-modellen. Landsskatteretten var enig i skønsmændenes værdiansættelse efter DCF-modellen, dog var der to af landsskatterettens retsmedlemmer (mindretallet), der tog forbehold for omsætningsvækst- budgetperioden. Det fandtes ikke at være realistiske budgetter, der var brugt, da der ifølge skønsmændene var for høje forventninger til omsætningsvæksten efter overdragelse af de immaterielle aktiver. Skønsmændene mente derfor, at der burde foretages visse skønsmæssige nedjusteringer af nogle af tallene ud fra de konkrete omstændigheder. Dette stemmer overens med, OECD's bemærkninger som også nævnt i ovenstående afsnit 8.3.4.2, hvor de anbefaler at selskaber er påpasselig med at acceptere simple vækstrater, og som det ses i denne dommerafgørelse ville skønsmændene nedjustere disse.

Skønsmændene henviste til at en køber ville med henvisning til selskabets Datamonitor-rapporten argumentere for at selskabet anvendte for høje forecasts. Derudover gjorde skønsmændene opmærksom på, at en køber også kan fremføre, at interne bottom-up budgetter har en indbygget risiko (der er altid risiko ved udarbejdelse af budgetter) for at blive forhøjet, eftersom der findes egne interesser i de forskellige afdelinger såsom: Salgsafdelingen forecaster for højt et salg, produktionen for lave omkostninger og R&D forecaster for hurtige resultater.

Det blev herefter bestemt at selskabets egne budgetter skulle bruges til omsætningsvæksten for budgetperioden, som skulle udarbejdes forud for overdragelsen. Her blev der henvist til TPG 2017 pkt. 6.163 og 6.164 samt SKM 2020.30 LSR, da det var i overensstemmelse med proceduren. Mindretallet fik ikke medhold i deres argument om, at en køber kunne påvise Datamonitor-rapporten, da denne byggede på et fejlagtigt grundlag og en række generelle udokumenterede antagelser. Dermed kunne rapporten ikke anvendes til at nedjustere selskabets egne budgetter.

Det var mindretallets opfattelse, at omsætningsvæksten til fastsættelsen af royalty-grundlaget for budgetperioden skulle beregnes i overensstemmelse med selskabets egne budgetter. Mindretallet mente, at denne skulle udarbejdes forud for overdragelsen og således ikke på baggrund af de af skønsmændenes nedjusterede rater for omsætningsvækst.

Skønsmændene fastsatte royaltybetalingerne til et andet beløb, da selskabet ikke havde betalt for disse fra overdragelsestidspunktet. Landsskatteretten fastslog, at DCF-modellen skulle benyttes til værdiansættelsen af de immaterielle aktiver, hvor den fulde værdi af købers skatteaktiv blev tillagt til værdien af de immaterielle aktiver. Dette blev gennemført med henvisning til OECD TPG pkt. 6.178

vedrørende skattemæssige konsekvenser hos køber og sælger samt SKM 2020.30 LSR. Det ses ud fra afgørelsen, at DCF-modellen i dette tilfælde anses som den korrekte beregningsmetode, derudover henvises der til OECD TPG ved den endelige afgørelse. Det kan heraf udledes, at OECD har en afgørende effekt i vurderingen af, hvorvidt værdiansættelsen skal foregå.

Det skal tages i betragtning at den skatteretlige værdiansættelse af immaterielle aktiver såvel som materielle aktiver, skal som udgangspunkt foretages svarende til den gældende markedsværdi. Markedsværdien repræsenterer værdien af det pågældende aktiv, når der handles på det åbne marked under lignende omstændigheder og vilkår.¹⁷⁷

Det betyder, at den reel måling af et immaterielt aktiv skal foretages i overensstemmelse med armslængdevilkår. Prisen skal dermed være tilsvarende, hvad en uafhængig tredjemand ville være villig til at betale for overdragelsen af det pågældende aktiv.

I skattemæssige sammenhænge er der størst fokus på transaktioner mellem interesseforbundne parter. Årsagen til dette er, at der er sammenfaldende interesser mellem disse og de søger dermed at opnå det mest fordelagtige resultat af deres værdiansættelse. Der vil nødvendigvis ikke altid opstå overensstemmelse med den værdi to interesseforbundne parter handler med, kontra værdien i fri handel mellem to uafhængige parter. Dette anses dog ikke at gælde ubetinget. Der kan nemlig være tilfælde, hvor uafhængige køber og sælger kan have en sammenfaldende interesse i at tilrettelægge transaktionen, således at de opnår den mest skattemæssige gunstige løsning.

Værdiansættelsen af immaterielle aktiver er grundet deres uhåndgribelige karakter, forbundet med usikkerhed. Det er derfor udfordrende at vurdere og angive en korrekt værdi. Der kan derved opstå skattemæssige uoverensstemmelser vedrørende værdiansættelsen af immaterielle aktiver. Dette kan imødegås ved at der til skattemyndighederne ansøges om at få et bindende svar, der enten godkender eller afviser den påtænkte værdiansættelse. Det er væsentligt at erindre, at de danske skattemyndigheder har afgivet et beskedent antal bindende svar, hvad angår værdiansættelsen af goodwill, i modsætning til værdiansættelsen af de øvrige immaterielle aktiver.¹⁷⁸ Det illustreres i domsafgørelsen fra ovenstående afsnit, at skønsmændene vælger DCF-modellen ved den

¹⁷⁷ Eriksen, Claus Hedegaard (2007), Immaterielle aktiver: en skatteretlig oversigt, s. 202.

¹⁷⁸ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave.

skønsmæssige beregning til værdiansættelse af de immaterielle aktiver. Det ses i flere domme afgørelser, at skattemyndighederne anvender OECD TPG blandt andet i sagerne SKM 2021.166 DEP, hvor landsskatteretten henviser til TPG 2010 pkt. 1.65. I en anden afgørelse, SKM 2019.207 LSR, henviser landsskatteretten igen til OECD TPG fra 2017 pkt. 6.27 og 6.95. Det ses at skattestyrelsen gør brug af DCF-metoden i flere sager, hvor et skøn er nødvendigt. Dette stemmer overens med OECD TPG, da der ved DCF-metoden anvendes tidligere pengestrømme opgørelser forbundet med aktivet.

Kapitel 3

Lovgrundlag i USA, definition af immaterielle aktiver, dokumentation og værdiansættelse i USA

Dette kapitel omfatter analysen af amerikansk ret. Formålet med dette kapitel er at undersøge, hvordan et amerikansk selskab skal udføre korrekt værdiansættelse, når de udfører intern overdragelse af immaterielle aktiver.

9. Overdragelse fra DK til USA

I nedenstående afsnit bliver der overordnet gennemgået, hvordan skattereglerne for transfer pricing gælder i USA. Det er hovedformålet at analysere hvilke regler der gælder for interesseforbundne parter, og hvordan amerikansk lov regulerer værdiansættelsen af immaterielle aktiver ved kontrollerede transaktioner.

9.1 Lovgrundlag i USA

I amerikansk ret er loven vedrørende transfer pricing reguleret af IRC § 482. Det fremgår af bestemmelsen, at der er tre krav, der skal være opfyldt for at denne kan anvendes. Disse tre krav står med følgende ordlyd:

”... two or more organizations, trades or business...”

Dette betyder, at der kræves to eller flere parter. Herefter nævnes, hvilke retssubjekter der er omfattet:

”...Organization includes an organization of any kind, whether a sole proprietorship, a partnership, a trust, an estate, an association, or a corporation...”

Disse defineres som enhver organisation, enkeltmandsvirksomhed, interessentselskab, kapitalselskab, trust eller forening. Det faste driftssted eller indregistreringsstat er uden betydning for, hvorvidt skattemyndighederne kan anvende IRC § 482.¹⁷⁹ Den sidste forudsætning for anvendelse af IRC § 482 er, at skattemyndigheden skal træffe afgørelse om, at en korrektion er nødvendig for at forhindre *”base erosion”* og sikre en korrekt allokering af indkomsten. *Base erosion* udspringer fra BEPS-projektet (base erosion and profit shifting), der er et samarbejde mellem OECD’s medlemslande. Dette har til formål at forhindre at overskud fra en multinational koncern allokeres til at lavt beskattet jurisdiktion udelukkende af skattemæssige årsager, i stedet for den stat, hvor de økonomiske aktiviteter, der genererede indtægten, faktisk fandt sted. Dette vil undgå *”base erosion”*, hvor *”base”* referer til den stat, hvor en part i en MNK er skattemæssigt hjemmehørende. I IRC § 482 er der en norm, der kaldes CWI-normen. Denne står for *“Commensurate with Income”* og har princippet, om at værdiansættelsen af immaterielle aktiver skal stemme overens med det økonomiske afkast, de generer. Dette minder om tilgangen til profit split-metoden. Der blev foretaget en ny

¹⁷⁹ Jf. Treas. Reg. 1-482-1(i)(1).

skattereform i 2017 under titlen *jobs and tax cuts act*. Formålet for denne var i henseende til de immaterielle aktiver at tiltrække amerikanske MNK'er til at beholde deres immaterielle aktiver indenfor landets grænser i USA. Den første ændring af væsentlig karakter var nedsættelsen af selskabsskatten fra 34 pct. til 21 pct.¹⁸⁰ Det skal bemærkes, at flere amerikanske stater har en "net income tax", der varierer mellem 0-12 pct. Dermed bliver den effektive skatterate ved en middeldkalkulation 27 pct.¹⁸¹

Der blev implementeret en ny definition på immaterielle aktiver, som nu omfatter "*goodwill, going concern og workforce in place*". Begrebet "*workforce in place*", blev inddraget af Internal Revenue Service, som er de amerikanske skattemyndigheder. Årsagen hertil var, at der i VERITAS sagen blev diskuteret, hvorvidt værdiansættelsen af den "lump-sum buy-in" (engangsbetaling) betaling, som VERITAS Ireland skulle betale, var tilstrækkeligt begrundet.¹⁸² Lovændringen har herved medført et paradigmeskifte, hvorefter goodwill, workforce in place og going concern kan bidrage til værdiansættelsen, da disse nu er defineret som et immaterielt aktiv i forbindelse med anvendelse af IRC § 482.¹⁸³

9.1.1 Retskilde i USA

I USA er retssystemet baseret på *common law*. Det betyder, at retspraksis er mere gældende end lovgivning ved afgørelser på domssager. Retssystemet er delt op i primære og sekundære ret, der betegnes som "*primary authority*" og omfatter forfatninger, lovgivning, traktater, retspraksis, og administrative forskrifter. En primær retskilde kan i nogle tilfælde være bindende, "*binding authority*", eller "*persuasive authority*" afhængigt af dens karakter og indhold. Sekundære retskilder har derimod ikke bindende virkning, og omfatter retsvidenskabelige fremstillinger og interne regler i administrationen.

IRC § 7805(a) indeholder hjemmel til, at finansministeren, "*secretary of the treasury*", kan udstede regler og "*regulations*". Dette er bestemt for at lette administrationen af loven. Treasury regulation

¹⁸⁰ Dansk Industri, (2019), *Selskabsskatten under stigende pres*

¹⁸¹ KMPG, corporate tax rates table.

¹⁸² 133 T.C. No. 14 -VERITAS SOFTWARE CORPORATION & SUBSIDIARIES, SYMANTEC CORPORATION, Petitioner v. COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent - 2009. s. 32-33.

¹⁸³ Jf. IRC § 936(B)(3)(h).

(treas. reg.) giver den officielle fortolkning af IRC af USA's finansministerium og giver vejledning til skattepligtige om, hvordan man overholder IRC's krav.¹⁸⁴ Den primære hensigt med IRC § 482 er at sikre, at transaktioner mellem relaterede parter udføres på armslængdevilkår.¹⁸⁵

Der skelnes mellem ”*interpretive regulations*”, som udstedes i henhold til IRC § 7805 (a), og normgivende regulativer, ”*legislative regulations*”, som udstedes med direkte hjemmel i materiel ret.¹⁸⁶ Fortolkende regulativer ”*interpretative regulations*” er bindende for skattemyndighederne, men ikke for domstolene og skatteyderne. Retskilderne ligner dermed cirkulærer. Da de udgør bindende retsregler for de amerikanske skattemyndigheder, er det således disse, der danner grundlag for den skatteretlige vurdering, som skattemyndighederne foretager. Derudover bliver der foretaget domstolskontrol med de udstedte ”*interpretive regulations*”, for at sikre, at disse er i fortolkningsmæssig overensstemmelse med den udstedte lovgivning.¹⁸⁷ Skattemyndighederne har udtalt, at IRC § 482 regulation er i konform med OECD TPG ”*the treasury and IRS consider section 482 and the regulations to be wholly consistent with treaty obligations and the OECD Transfer Pricing Guidelines.*”¹⁸⁸

9.1.2 Armslængdeprincip

I henhold til IRC § 482 i den amerikanske skattelovgivning (IRC), har Internal Revenue Service tilladelse til at foretage justeringer i allokeringen af indkomst, fradrag og tilladelser mellem selskaber, der ejes eller kontrolleres direkte eller indirekte af de samme interessenter. Disse justeringer er nødvendige for at forhindre skatteunddragelser blandt selskaber.¹⁸⁹

I amerikansk skatteret følger man også armslængdeprincippet. Ifølge amerikansk treasury regulation opfylder en kontrolleret transaktion armslængdeprincippet, hvis resultatet af transaktionen er i overensstemmelse med resultaterne. Disse resultater skal afspejle tilsvarende resultater, som to uafhængige parter havde opnået, under samme omstændigheder.¹⁹⁰ Hverken den nationale lovgivning

¹⁸⁴ IRS, Tax code, regulations, and official guidance.

¹⁸⁵ 26 U.S. Code § 482 - Allocation of income and deductions among taxpayers.

¹⁸⁶ Jens Wittendorff, (2008) Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 56.

¹⁸⁷ Jens Wittendorff, (2008) Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave s. 58.

¹⁸⁸ Taxnotes, *IRS Addresses Transfer Pricing, Commensurate With Income Standard*

¹⁸⁹ 26 U.S. Code § 482 - Allocation of income and deductions among taxpayers.

¹⁹⁰ Jf. Treas. Reg. § 1.482-1(b).

eller deres regulativer nævner ikke OECD i deres lovgivning, men deres transfer pricing regler er i overensstemmelse med OECD TPG.¹⁹¹

9.1.3 Definition af kontrollerede transaktioner

IRC section 482 finder anvendelse på transaktioner mellem skatteydere, som er

“...owned or controlled directly or indirectly by the same interest...”

Loven indeholder ingen nærmere kriterier til vurdering af, om der foreligger et interessefællesskab mellem to skatteydere. Det nævnes i treas. reg. at en kontrolleret skatteyder er to eller flere skatteyder, som ejes *direkte* eller *indirekte* af de samme interessenter og omfatter, at skatteyderen ejer og kontrollerer de andre skatteydere.¹⁹² Selve kontrollen kan være enten direkte eller indirekte, uanset om den er juridisk bindende eller ej, og uanset hvordan den udøves. Dette kan også opstå, når to eller flere skatteydere handler sammen eller har et fælles mål eller formål.¹⁹³

Der vurderes udelukkende ud fra den faktiske handlemåde. Det betyder med andre at bestemmelsen er baseret på de facto-kontrol (“*reality of control*”). Det afgørende kriterium for, om der foreligger kontrol, vurderes ud fra om en skatteyder faktisk har mulighed for at bestemme prisen i en transaktion. Der foreligger kontrol fra tidspunktet, hvor en aftale herom er indgået, og ikke først når denne udøves.

Der findes kontrollerede transaktioner i amerikansk lov i to tilfælde. Enten som de transaktioner, der sker mellem koncernforbundne selskaber, hvor den ene part har mere end 50 pct. af stemmerettighederne eller aktierne i det andet selskab.¹⁹⁴

Et andet tilfælde hvor der kan afgøres at være tale om *kontrollerede transaktioner*, mellem selskaber som ikke har “*common control*” er hvis der er “*act in concert*”, hvilket betyder at de har samme formål om indkomstallokering. I sagen DHL Corp. v. Commissioner afgjorde domstolen, at der forelå kontrol, selvom der på transaktionstidspunktet ikke var direkte ejerskab (*common control*). Dette var fordi, at investorerne og ejerne havde samme formål om indkomstallokering.

¹⁹¹ OECD (2022), OECD Transfer Pricing Country Profile United States.

¹⁹² Jf. Treas. Reg. § 1.482-1 (h)(i)(5).

¹⁹³ Jf. Treas. Reg. § 1.482-1(h)(i)(4).

¹⁹⁴ 26 U.S. Code § 1563 - Definitions and special rules.

9.1.4.1 Retsfølgen i IRC section 482

Nedenstående afsnit gennemgår, hvordan retsfølgen beskrives i IRC Section 482. Disse er delt op i en primær og sekundær korrektion.

9.1.4.1.1 Primær korrektion

Det fremgår, at der er hjemmel i IRC section 482 til at foretage primære korrektioner. Dette er angivet med følgende ordlyd:

“...the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations...”

Det betyder at Internal Revenue Service har tilladelse til at foretage justeringer i allokeringen af indkomst, fradrag m.m. Det bliver yderligere uddybet i § 1.482-1, hvor det fremgår at:

*“The district director may make allocations between or among the members of a controlled group if a controlled taxpayer has not reported its true taxable income. In such case, the district director may allocate income, deductions, credits, allowances, basis, or any other item or element affecting taxable income (referred to as allocations). The appropriate allocation may take the form of an increase or decrease in any relevant amount.”*¹⁹⁵

Korrektionen af indkomsten omfatter enhver situation, hvor den skattepligtige indkomst, helt eller delvist, for en kontrolleret skatteyder, enten ved uagtsomhed eller forsætligt, er anderledes end den ville have været, hvis selskabet havde handlet på armslængdevilkår med en uafhængig skatteyder.¹⁹⁶ En primær korrektion betyder, at der kan foretages en indkomstforhøjelse. Dette sker enten ved en fiksering eller beskæring.¹⁹⁷ Målet for en korrektion er ikke at ændre metoden, som skatteyderen har anvendt til prisfastsættelsen. Målet med en korrektion er udelukkende resultaterne af de kontrollerede transaktioner.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Jf. Treas. Reg. § 1.482-1(a)(2).

¹⁹⁶ Jf. Treas. Reg. § 1.482-1(f)(1).

¹⁹⁷ Jens Wittendorff (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 101.

¹⁹⁸ Jf. Treas. Reg. § 1.482-1(f)(2)(v).

En primær korrektion er ikke betinget af, at skatteyder overtræder armslængdeprincippet eller om der foreligger skatteundragelsesmotiv.¹⁹⁹ Der kan også foretages en primær korrektion i henhold til IRC section 482, selvom indkomsten fra transaktionen ikke er realiseret på det pågældende tidspunkt.

Dette kan ske, hvis to forbundne parter handler til en underpris, som ikke overholder armslængdeprisen. Såfremt den anden part efterfølgende videresælger aktivet til en tredjemand, forhindrer det ikke skattemyndighederne i at spore aktivet tilbage og foretage en korrektion. Denne korrektion er med henblik på at korrigere den underprisen, der blev handlet til i første omgang.²⁰⁰

IRC section 482, hviler på et princip om omfordeling af indkomst. Det betyder, at hvis der sker en primær korrektion (indkomstforhøjelse) hos den ene skatteyder, skal der ske en korresponderende korrektion hos den anden skatteyder. Begrebsmæssigt betyder en korresponderende korrektion "*correlative allocations*" en indkomst nedsættelse.²⁰¹ Det fremgår også af IRC § 482 regulation, at skatteyder har retskrav på en korresponderende korrektion, når der foretages en primær korrektion hos den anden part. Skattemyndigheder er dog ikke forpligtet til at foretage en korresponderende korrektion, når det er udenlandske skattemyndigheder, der har foretaget den primære korrektion.²⁰²

9.1.4.2 Sekundære korrektioner

I de tilfælde, hvor der er foretaget en primær korrektion jf. IRC § 482, vil dette medføre en uoverensstemmelse mellem det skattemæssige- og driftsøkonomiske resultat. En sekundær korrektion vil derfor skulle foretages af skattemyndighederne således at den økonomiske fordel som er overført til modparten kan behandles skattemæssigt. Denne form for korrektion kaldes en "conforming adjustment". Dette gælder, uanset om en primær korrektion er påbegyndt fra skattemyndighedernes eller skatteydernes side.

Ifølge Revenue Procedure 99-32 har skatteyderne mulighed for at undgå en sekundær korrektion. Dette forudsætter, at en række betingelser i Revenue Procedure 99-32 er opfyldt. Skatteyderne kan dermed behandle den økonomiske fordel, de har opnået ved transaktionen, som en rentebærende

¹⁹⁹ Jf. Treas. Reg. § 1.482-1(f)(2)(v).

²⁰⁰ Jf. Treas. Reg. § 1.482-1(f)(ii)(a).

²⁰¹ Jf. Treas. Reg. § 1.482-1(g)(2)(i).

²⁰² Jens Wittendorff (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 102.

fordring eller gæld til det andet selskab “account treatment”. Såfremt modparten foretrækker at behandle beløbet, som gæld eller fordring, skal dette beløb forrentes med en armslængde rente fra begyndelsen af det indkomstår, der følger korrektionen og frem til betalingen effektueres.²⁰³ Der kan gives følgende eksempel. Der er foretaget en indkomstforhøjelse af et amerikansk datterselskab, fordi det har betalt en overpris til et udenlandsk moderselskab. Der bliver derfor foretaget en primær korrektion, som svarer til den overpris, der er betalt. Det beløb der korrigeres for ved den primære korrektion behandles som en rentebærende gæld fra moderselskabet til datterselskabet. Herved undgås det at beløbet behandles som maskeret udbytte.

9.2 Undgåelse af dobbeltbeskatning

Når to forbundne selskaber handler på tværs af landegrænser, kan dobbeltbeskatning opstå. Dobbeltbeskatning vedrørende transfer pricing opstår, når en skattemyndighed i et af kontraherende lande vurderer, at et forbundet selskab ikke har handlet i overensstemmelse med armslængdeprincippet og derfor forhøjer den skattepligtiges indkomst. Såfremt en udenlandsk skattemyndighed foretager en primær korrektion vedrørende en kontrolleret transaktion, kan den skattepligtige anmode den kompetente myndighed i Skattestyrelsen i Danmark om at foretage tilsvarende regulering i Danmark. Dette kan ske inden for de almindelige ligningsfrister eller en særlig frist i henhold til SFL § 27, stk.1, nr. 4.²⁰⁴ Denne særlige frist har følgende ordlyd:

*“... Uanset fristerne i § 26 kan en ansættelse af indkomst- eller ejendomsværdiskat foretages eller ændres efter anmodning fra den skattepligtige eller efter told- og skatteforvaltningens bestemmelse, hvis: ... En udenlandsk skattemyndighed har truffet en afgørelse, der har betydning for beskatningen af den skattepligtige. Det er en betingelse, at den danske skattemyndighed anerkender afgørelsen...”*²⁰⁵

I tilfælde af korrektioner initieret af de danske skattemyndigheder pålægges de udenlandske skattemyndigheder at foretage en tilsvarende regulering i overensstemmelse med deres egne nationale regler.

²⁰³ Jf. § 4.01 i Revenue procedure 99-32

²⁰⁴ Juridisk Vejledning afsnit C.D.11.15.1 - Hvad forstås ved transfer pricing-dobbeltbeskatning?

²⁰⁵ Jf. SFL § 27, stk. 1 & SFL § 27, stk. 1, nr. 4.

For at undgå dobbeltbeskatning, kan virksomheder anmode SKAT om at nedsætte deres skattepligtige indkomst, som følge af en forhøjelse af transfer pricing fra et udenlandsk forbundet selskab. Ved sådanne anmodninger om genoptagelse skal SKAT vurdere, om der foreligger dokumentation for den udenlandske forhøjelse og samtidig foretage en armslængdevurdering af denne forhøjelse. Såfremt, at skattemyndighederne er enige i den udenlandske indkomstforhøjelse, kan SKAT nedsætte den danske virksomheds skattepligtige indkomst. Er der derimod en uenighed med den udenlandske regulering, kan SKAT ikke foretage en tilsvarende nedsættelse, men kan give vejledning om muligheden for at få dobbeltbeskatning ophævet gennem brug af MAP.²⁰⁶

En MAP-procedure er en proces, som selskaberne kan gøre brug af, hvis der kan opstå transfer pricing-dobbeltbeskatning. Selskaberne kan således bede skattemyndigheder i de lande, hvor de forbundne parter har hjemmel om at ophæve dette ved MAP.

Danmark har en DBO-aftale med USA. Denne aftale følger som udgangspunkt OECD's modeloverenskomst fra 2017, men der er få steder, hvor artiklen afviger fra OECD's modeloverenskomst, herunder artikel 25. Denne afvigelse kan ses således, at der i OECD's modeloverenskomst, artikel 25 § 1, fremgår, at sagen skal fremlægges inden for tre år fra den første underretning om forhandlingen, der resulterer i beskatning.²⁰⁷ Det erindres at dette afviger i artikel 25 i DBO-aftalen med USA, hvilket er anført med følgende ordlyd således:²⁰⁸

“Aftalen indeholder ikke nogen tidsfrist for skattemynderen til at indbringe sagen for de kompetente myndigheder. Hvis der søges opnået en gensidig aftale mellem de to stater, skal de nationale lignings- og opkrævningsprocedurer stilles i bero under forløbet af forhandlingerne.”

Selve anmodningen om MAP kan kun indgives til den kompetente myndighed i bopælslandet eller det land, hvor skattemynder er statsborger.

²⁰⁶ Juridisk Vejledning afsnit C.D.11.15.2.1 - Genoptagelse af skatteansættelsen.

²⁰⁷ OECD, Articles of the model convention with respect to taxes on income and on capital.

²⁰⁸ Juridisk Vejledning afsnit C.F.9.2.20.5.2 USA - Gennemgang af DBO'en.

Derudover er det muligt at gøre brug af APA. APA relaterer sig til situationer, hvor en MNK på forhånd ønsker at undgå primære korrektioner fra skattemyndighederne i de pågældende lande, hvor koncernselskaberne er hjemmehørende. En APA er en forhånds aftale mellem flere landes skattemyndigheder om de specifikke koncerninterne afregningspriser og vilkår.²⁰⁹ Således undgår koncernforbundne selskaber at støde ind i primære korrektioner fra skattemyndighederne i de pågældende lande, hvor koncernselskabet er hjemmehørende. Denne aftale kan indgås bilateralt (mellem to lande) eller multilateralt (mellem flere lande). Selve aftalen fastlægger en række kriterier og princippet for at de interne afregningspriser ved en koncern handel mellem koncerninterne selskaber følger armslængdeprincippet efter artikel 9. En APA-aftale indgås efter principperne i artikel 25 om gensidig aftaleprocedure (MAP).

Amerikanske myndigheder oprettede i 2012 Advance Pricing and Mutual Agreement Program (APMA). Denne er en myndighed, som har til formål at løse transfer pricing sager og vejlede koncerner om APA-indhold og krav til opfyldelse af disse. APA mindsker "compliance issues", og skaber som beskrevet større sikkerhed for at undgå primær korrektion. APA kan udelukkende indgås, når koncernen kender de fremtidige afregningspriser og vilkår. Koncerner kan dermed ikke indgå en APA-aftale, såfremt det omhandler immaterielle aktiver med ukendte udviklingsaftaler.²¹⁰ Eftersom immaterielle aktiver, for det meste er unikke og værdifulde, er det ikke sandsynligt at APA-aftaler kan godkendes i langt de fleste tilfælde.

9.3 Amerikansk definition af immaterielle aktiver

I den amerikanske skatteret findes der to typer immaterielle aktiver: "*high-profit-intangibles*" og "*normal-profit-intangibles*". Immaterielle aktiver med et rutineafkast skal kun allokere et markedsafkast efter profit-metoden. Der skal derfor sondres mellem, om aktivet er high- eller normal profit intangibles. Dette blev vedtaget ved Tax Act af 1986, hvor CWI-princippet også blev indført. Årsagen bag dette var, at Kongressen rejste følgende problemstilling:

"The problems have been particularly acute in the case of transfers of high-profit potential intangibles. Taxpayers may have transferred such intangibles to foreign related corporations or to possessions corporations at an early stage, for a relatively low royalty, and taken the position that it

²⁰⁹ Benjamin Hagelberg (2020), Kompendium i Transfer pricing i multinationale koncerner, 1. udgave, s. 124.

²¹⁰ Jf. Rev. Proc 2015-41, sec. 2(2).

was not possible at the time of the transfer to predict the subsequent success of the product. Even in the case of proven high-profit intangible, taxpayers frequently have taken the position that intercompany may appropriately be set on the bases of industry norms for transfers of much led profitable items.”²¹¹

Det kan heraf udledes, at Kongressen udtrykker samme problemstilling, som OECD nævner i deres TPG under HTVI. I begge tilfælde er det hovedsageligt bekymringen, at selskaber kan fastsætte lave royalty-rater og bruge dette som argument for, at de på transaktionstidspunktet ikke kunne forudse, hvor meget det immaterielle aktiv ville generere. Dette førte til indførelsen af CWI-princippet med følgende ordlyd:²¹²

“Congress believed that payments made on transfer of intangible to related foreign corporation or possessions corporation should be commensurate with the income attributable to the intangible.”

Dette betyder, at immaterielle aktiver skal værdiansættes ud fra, hvor meget de forventer at generere i afkast. Immaterielle aktiver defineres i amerikansk lov ud fra IRC § 1.482. 4 (b).

IRC § 1.482-4(b) har følgende ordlyd:

- 1) *“Patents, inventions, formulae, processes, designs, patterns, or know-how;*
- 2) *Copyrights and literary, musical, or artistic compositions;*
- 3) *Trademarks, trade names, or brand names;*
- 4) *Franchises, licenses, or contracts;*
- 5) *Methods, programs, systems, procedures, campaigns, surveys, studies, forecasts, estimates, customer lists, or technical data; and*
- 6) *Other similar items. For purposes of section 482, an item is considered similar to those listed in paragraph (b)(1) through (5) of this section if it derives its value not from its”*

Afskrivningsloven i USA findes i IRC § 197. I denne bliver de immaterielle aktiver opdelt i to overordnede kategorier, herunder *goodwill, going concern, workforce in place, operative systems, patenter, licenser, trademarks og konkurrenceklausuler*.²¹³

²¹¹ General explanation of the tax reform act of 1986 s. 1014

²¹² General explanation of the tax reform act of 1986 s. 1015

²¹³ 26 U.S. Code § 197(1)(d)(A-F) - Amortization of goodwill and certain other intangibles.

Kundebaserede immaterielle aktiver defineres for at være marked sammensætningen, markedsandelen, og alle øvrige kundeforhold, der kan give et afkast.²¹⁴

Definitionen af immaterielle aktiver i IRC § 482 og IRC § 197 har tidligere givet anledning til tvister i retspraksis, hvilket kan ses ud fra domsafgørelsen i VERITAS og AMAZON, hvor det via dommen VERITAS blev vedtaget at opdatere begrebet immaterielle aktiver. Dette gjorde IRS ved at inddrage “*work in place*”. Ændringen fremgår i forarbejderne til “*jobs and tax cuts act*”, hvor det angives, at ændringen skyldes udfordringerne i forhold til fortolkningen af goodwill-begrebet.

9.4 Dokumentation og oplysningspligt

Dokumentation er opfyldt, hvis skatteyderen kan bevise, at der er tilstrækkelig information til rådighed for at fastslå, at skatteyderen har gjort brug af den korrekte metode, som anses som *the best method rule*. Den såkaldte metode skal give den mest pålidelige måling i forhold til armslængdeprincippet. Denne dokumentation skal sendes til skattevæsenet inden for 30 dage efter anmodning og senest ved indsendelse af skatteregnskabet for det pågældende år.²¹⁵ De påkrævede dokumenter kan opdeles i to kategorier: *Principal document* og *background documents*.

Principal document skal være nøjagtig og fuldstændigt beskrive den grundlæggende transfer pricing analyse, som skatteyderen har foretaget sig. Dokumentet skal indeholde en oversigt over skatteydernes økonomiske og juridiske forhold, der påvirker prisen på aktiver eller tjenester. Derudover skal der forekomme en beskrivelse af den valgte metode og en begrundelse for valget samt en redegørelse for andre metoder og årsagen til, at de blev fravalgt. Endvidere skal dokumentet indeholde en beskrivelse af de kontrollerede transaktioner og eventuelle sammenlignelige transaktioner. Til sidst skal der gives en sammenfatning af eventuelle relevante data, som der er opstået i mellemtiden.²¹⁶

Alle antagelser, konklusioner og punkter i *principal documents* er baseret på *background documents*. Det er ikke nødvendigvis alle dokumenter, som er relevante i forbindelse med armslængdeprincippet. Disse dokumenter behøves ikke at blive fremlagt for skattevæsenet ved anmodning om *principal*

²¹⁴ 26 U.S. Code § 197(2)(a)(i-iii) - Amortization of goodwill and certain other intangibles.

²¹⁵ Jf. Treas. Reg. § 1.6662-6(d)(iii)(A).

²¹⁶ Jf. Treas. Reg. § 1.6662-6(d)(iii)(B).

documents, men hvis skattevæsenet anmoder om *background documents*, skal de fremsendes til skattevæsenet inden for 30 dage efter anmodning.²¹⁷

9.4.1 Bevisbyrde

I amerikansk skatteret gælder en formodning om, at skattemyndighederne er korrekte "*presumption of correctness*". Dette fører til en regel om omvendt bevisbyrde, hvor bevisbyrden skifter til skatteyderen, såfremt de kan fremlægge troværdigt bevis.²¹⁸ Det står i IRC § 7491 at, hvis skatteyderen i en retssag kan fremlægge troværdigt bevis, vedrørende enhver problemstilling relevant for at fastslå deres skatte ansvar, skal skattemyndighederne bære bevisbyrden. I sager om transfer pricing opdeles skatteyderens bevisbyrde i to dele.

I den første del skal skatteyder bevise, at skattemyndighedernes korrektion var vilkårlig, uforudsigelig eller urimelig jf. IRC § 482. I tilfælde af, at det ikke kan bevises, går skatteyderen videre til det andet bevis. Det andet bevis skal vise, at de kontrollerede transaktioner har overholdt armslængdeprincippet, eller at armslængdeprisen er en anden pris end det beløb, som skattemyndighederne fastholder.²¹⁹

9.4.2 Sanktioner

Sanktioner i amerikansk skatteret reguleres af IRC § 1.6662-6, som omhandler transaktioner mellem personer beskrevet i sektion IRC § 482. Generelt pålægges der en straf for enhver underbetaling, der kan henføres til betydelige værdiansættelsesfejl. Straffen udgør et ekstra tillæg på 20 procent af det beløb, som skatteyderen skylder i skat på baggrund af betydelige værdiansættelsesfejl.

En betydelig værdiansættelsesfejl defineres som prisen for enhver aktiv eller tjeneste, der angives på selvangivelse, der er 200 procent eller mere (eller 50 eller mindre) af det beløb, der er fastsat i henhold til afsnit IRC section 482, som den korrekte pris.²²⁰ I tilfælde af, at selskaber begår grove værdiansættelsesfejl, forhøjes straffen til 40 procent.²²¹ En grov værdiansættelsesfejl opstår, hvis

²¹⁷ Jf. Treas. Reg. § 1.6662-6(d)(iii)(C).

²¹⁸ 26 U.S. Code § 7491 - Burden of proof.

²¹⁹ Jens Wittendorff (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 89.

²²⁰ Jf. Treas. Reg. § 1.6662-6(b)(1).

²²¹ Jf. Treas. Reg. § 1.6662-6(a).

enhver transaktion mellem koncernens interne selskaber indeholder 400 procent eller mere (eller 25 procent eller mindre) af det beløb, der er fastsat i, som den korrekte pris på selvangivelsen.²²²

9.5 Værdiansættelse

Ifølge § 482 regulations skal værdiansættelsen af tjenesteydelser ske ud fra begge parter synsvinkel. Værdiansættelsen i amerikansk ret følger langt hen ad vejen OECD TPG. De amerikanske transfer pricing regler lægger stor vægt på at udføre sammenlignelighedsanalyser i overensstemmelse med TPG. Derudover anvender de også værdiansættelsesmetoder, såsom CUP-metoden, RPM, Cost Plus, TNMM, Profit Split og andre metoder.

Ud over disse metoder anvendes der også andre tilgange, såsom *market cap method* og *acquisition price methods*.

9.5.1 Sammenlignelighedsanalyse

De amerikanske transfer pricing regler understreger betydningen af en sammenlignelighedsanalyse i overensstemmelse med OECD TPG.²²³ Uanset om en kontrolleret transaktion følger armslængdeprincippet, vil transaktion blive evalueret ved at sammenligne resultatet af den transaktion med resultater opnået af ukontrollerede transaktioner, der deltager i sammenlignelige transaktioner under sammenlignelige omstændigheder.²²⁴

Ved sammenligningen skal der tages højde for transaktioner og omstændigheder, der kan påvirke prisen. Sammenlignelige omstændigheder defineres ud fra forskellige faktorer til at vurdere graden af sammenlignelighed, såsom kontraktuelle rettigheder, levetiden, udviklingsstadiet, eksklusivitet jf. afsnit 8.1 Sammenligningsanalyse. Derudover skal alle faktorer som bliver beskrevet i § 1.482-1(d)(3) vurderes, herunder funktionsanalyse og kontraktvilkår.

For at sammenligne et immaterielt aktiv, der er involveret i en ukontrolleret transaktion med et immaterielt aktiv, der har været involveret i en kontrolleret transaktion, skal begge immaterielle

²²² Jf. Treas. Reg. § 1.6662-6(b)(2).

²²³ OECD (2022), *OECD Transfer Pricing Country Profile United States*, pkt. 7.

²²⁴ Jf. Treas. Reg. § 1.482-1(d)(1).

aktiver være brugt i forbindelse med lignede produkter eller processer inden for samme industri eller marked²²⁵ og har lignede profitpotentiale. Profitpotentialet for et immaterielt aktiv måles ved at beregne nutidsværdien af de fordele, der skal realiseres gennem brugen eller overførslen af det immaterielle aktiv.²²⁶

Afhængigt af hvilken værdiansættelsesmetoden, der vælges, vil sammenligneligheden have forskellig betydning. For eksempel, ved anvendelse af CUP-metoden, hvor der kræves sammenligning af produkter, vil sammenligneligheden have en stor betydning. På den anden side, hvis TNMM anvendes til at udføre en benchmark analyse eller PSM til allokering af rutineafkast, skal valget af metode foretages i overensstemmelse med *the best method rule*.

Ifølge IRC § 428 regulations og OECD guidelines kan armslængdetesten baseres på både interne og eksterne referencetransaktioner. Den interne referencetransaktion, er mellem den testede skatteyder og en uafhængig skatteyder. Den eksterne referencetransaktion er den transaktion som indgås mellem uafhængige parter.²²⁷

Der findes en sammenligneligheds norm i IRC §482 regulations, ifølge denne kan der både anvendes præcist og upræcist sammenlignelige referencetransaktioner. Dette tillader at selskaber har et bredt valg, hvilket er nødvendigt, da der ved immaterielle aktiver sjældent er nemt at finde sammenlignelig reference transaktioner.²²⁸

9.5.2 Funktionsanalyse

For at fastlægge graden af sammenlignelighed mellem kontrollerede og ukontrollerede transaktioner er det nødvendigt at foretage en sammenligning af de funktioner, der udføres og de tilknyttede ressourcer, der anvendes i hver transaktion.²²⁹ Disse funktioner minder meget om dem, som allerede er beskrevet i afsnit 8.2 Funktionsanalyse.

²²⁵ Jf. Treas. Reg. § 1.482-4(c)(2)(iii)(b)(i).

²²⁶ Jf. Treas. Reg. § 1.482-4(c)(2)(iii)(b)(ii).

²²⁷ Jens Wittendorff (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 557.

²²⁸ Jens Wittendorff (2009), Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret, 1. udgave, s. 554.

²²⁹ Jf. Treas. Reg. § 1.482-1(d)(3)(i).

Derudover kræver det også en sammenligning af de betydelige risici, der kan påvirke priserne, betalingerne eller det overskud, der vil blive opnået.²³⁰ Dette inkluderer risici såsom *market risk, risk associated with research and development, financial risks, credit and collection risks, product liability and general business risks*. De risici er de samme, som angivet i OECD TPG og vil derfor ikke blive uddybet yderligere.

Sammenligningen af funktioner og risici mellem de kontrollerede og ukontrollerede transaktioner er afgørende for at fastslå, om transaktionerne er sammenlignelige, og dermed hvorvidt de kan bruges som grundlag for at fastlægge en armslængdepris.

9.5.3 Værdiansættelsesmetoder

Det er nævnt i afsnit 9.5, at amerikanerne anvender de samme værdiansættelsesmetoder, som OECD vejleder de mange forskellige lande til. Udover de metoder, som er gennemgået i afsnit 8.3, benytter de også andre metoder, som OECD ikke har nævnt, såsom akkvisitionsprismetoden og markedskapitaliseringsmetoden.²³¹

Ifølge deres regulations i IRC section 482, skal den metode anvendes, som giver den mest pålidelige måling af armslængderesultatet (*best method rule*). *The best method rule*, angiver at der ikke er en prioritet af metoder og ingen metode vil uundgåeligt blive betragtet som mere pålidelig end andre.²³²

Den tilgang sikrer, at skatteyderne har fleksibilitet til at vælge den metode, der bedst afspejler de specifikke forhold i deres transaktioner og dermed opnår den mest retfærdige og nøjagtige prisfastsættelse i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

9.5.3.1 Akkvisitionsprismetoden

Akkvisitionsprismetoden anvender armslængdetesten ved at sammenligne med en referencetransaktion, der indebærer tidligere køb af en virksomhed eller dens dele i en uafhængig transaktion. Formålet er at identificere den del af købsprisen, der relaterer sig til immaterielle aktiver.

²³⁰ Jf. Treas. Reg. § 1.482-1(d)(3)(iii)(A).

²³¹ OECD (2022), *OECD Transfer Pricing Country Profile United States*.

²³² Jf. Treas. Reg. § 1.482-1(c)(1).

Dette opnås ved at beregne armslængdeprisen for de immaterielle aktiver ved at tage købsprisen for virksomheden, tilføje værdien af eventuelle overtagede gældsforpligtelser og fratrække armslængdeværdien af andre aktiver og aktiviteter.²³³ Såfremt værdiansættelsen af andre aktiver er udfordrende, kan dette reducere pålideligheden af metoden.

Metoden er mest pålidelig, når alle unikke og værdifulde aspekter er inkluderet i den kontrollerede transaktion. Såfremt de immaterielle aktiver ikke er unikke og værdifulde, kan metoden kombineres med indkomstmetoden for at vurdere andre aktiver, der ikke overdrages.

9.5.3.2 Markedskapitaliseringsmetoden

Markedskapitaliseringsmetoden blev fremmet af de amerikanske skattemyndigheder i slutningen af 1990'erne som svar på den ekstreme stigning i børskurserne. Denne metode blev brugt som et modtræk mod skatteyderes anvendelse af den frie markedsprismetode.²³⁴

Metoden involverer anvendelsen af armslængdetesten på et immaterielt aktiv ved at bruge en referencetransaktion, der består af børsværdien af ejerskabet.²³⁵ Prisen for det immaterielle aktiv bestemmes som børsværdien tillagt værdien af gældsforpligtelser og fratrasket værdien af andre aktiver og aktiviteter. Børsværdien beregnes over en periode på 60 dage for at reducere virkningen af børsværdiens volatilitet.²³⁶

Metoden er kun pålidelig, hvis alle aktiver er unikke og værdifulde. Pålideligheden kan mindskes, hvis der er andre aktiver, der er vanskelige at værdiansætte. På samme måde som tidligere nævnt, kan indkomstmetoden kombineres med denne metode.

²³³ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 448.

²³⁴ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 451.

²³⁵ Jens Wittendorff (2022), Transfer pricing, 4. udgave, s. 451.

²³⁶ Jf. Treas. Req. § 1.482-7(g)(6)(iii).

Kapitel 4

Konklusion

Dette kapitel indeholder konklusionen af specialet. Kapitlet formål er at diskutere og sammenholde specialets centrale elementer samt at besvare problemstillingen i konklusionen.



10. Konklusion

Specialet har gennemgået de forskellige elementer, der indgår i processen ved intern overdragelse af immaterielle aktiver mellem multinationale koncerner (MNK'er) i henholdsvis Danmark og USA. Hovedformålet var at undersøge, om der er konsensus mellem dansk og amerikansk lovgivning ved værdiansættelsen af immaterielle aktiver, særligt i relation til implementeringen af OECD Transfer Pricing Guidelines (TPG).

Konsensus om armslængdeprincippet

Analysen viser, at både Danmark og USA anvender armslængdeprincippet i deres lovgivning – hhv. LL § 2 og IRC § 482 – selvom det ikke er nævnt direkte i den danske lovtekst. I dansk lovgivning er armslængdeprincippet ikke nævnt direkte, men det fremgår af lovens forarbejder, at der henvises til brugen af OECD TPG som fortolkningsbidrag. I IRC § 482 er armslængdeprincippet nævnt direkte i lovbestemmelsen, og CWI-normen (Commensurate with Income) er indført som en del af armslængdeprincippet. Denne forskel i ordlyden mellem LL § 2 og IRC § 482 har mindre betydning i praksis, da begge love anvender de samme grundlæggende principper og fører til lignende resultater i retspraksis.

I praksis giver begge love anledning til, at der foretages en armslængdetest. Såfremt denne test ikke overholdes, er der hjemmel i begge love til at foretage en korrektion. Dette understreger, at der findes en grundlæggende konsensus mellem de to landes anvendelse af armslængdeprincippet, på trods af forskelle i ordlyd og detaljer i lovgivningen.

Definition af immaterielle aktiver

Begrebet immaterielle aktiver er også blevet analyseret og sammenholdt med OECD's definition. I både dansk og amerikansk lovgivning findes brede definitioner af immaterielle aktiver, hvor fokus især ligger på goodwill. I Danmark er definitionen og betingelserne for skattemæssige afskrivninger og overdragelse fastlagt i AL § 40 stk. 1-5, mens den amerikanske lovgivning indeholder disse bestemmelser i IRC § 197.

Der er dog forskelle i håndteringen af goodwill-transaktioner, som er illustreret af eksemplerne fra dansk og amerikansk retspraksis. I Danmark kræver overdragelse af goodwill ifølge ligningsvejledningen en reel overdragelse af virksomheden enten helt eller delvist, og goodwill kan

ikke overdrages særskilt. Dette ses dog i retspraksis at kunne lade sig gøre, som det fremgår af landsrettens godkendelse i SKM 2005.148 ØL, hvor en kundeliste blev overdraget fra et revisionsselskab til et andet. I USA har den omtalte VERITAS-sag medført en ændring i loven, hvorefter "*work in place*" blev indført, hvilket nu tillader overdragelse af goodwill uden tilknytning til et specifikt fysisk aktiv.

Værdiansættelse af immaterielle aktiver

Ved værdiansættelsen af immaterielle aktiver anbefaler OECD den indkomstbaserede metode, da disse aktiver ofte er unikke og værdifulde, hvilket gør det vanskeligt at finde sammenlignelige referencer. Både Danmark og USA anvender de forskellige metoder, der er beskrevet i OECD TPG, herunder CP-, CUP-, RPM-, TNMM- og PSM-metoderne. USA anvender to yderligere metoder: akkvisitionsprismetoden og markeds kapitaliseringsmetoden. På trods af den grundlæggende enighed om brugen af disse metoder, kan der opstå tvister mellem landenes skattemyndigheder.

En sådan tvist opstår f.eks. ved anvendelsen af relief from royalty-metoden, som i SKAT's vejledning angives at skulle ske uden forbehold, mens den amerikanske retspraksis tager forbehold ved anvendelsen af metoden, da værdien af ejerskabet ikke medregnes. Denne forskel kan give anledning til MAP-sager (Mutual Agreement Procedure) ved tvister om værdiansættelsen. Grunden til, at denne forskel kan give anledning til MAP-sager, er, at de to lande kan ende med at vurdere værdien af det samme immaterielle aktiv forskelligt. Såfremt Danmark og USA anvender forskellige principper til at vurdere værdien af ejerskabet, kan det føre til dobbeltbeskatning. Dette skaber usikkerhed og uoverensstemmelse for multinationale selskaber, som forsøger at overholde begge landes skattelove. For at løse sådanne tvister og undgå dobbeltbeskatning kan de involverede parter anmode om en MAP-procedure, hvor de kompetente myndigheder fra begge lande forsøger at nå til en enighed om den korrekte værdiansættelse og fordeling af beskatningen.

Udfordringer og tvister

En anden udfordring kan opstå ved brug af de markedsbaserede metoder, som CUP-metoden. Dette skyldes, at der ikke altid findes sammenlignelige referencetransaktioner. Mangel på sammenlignelige referencetransaktioner, kan føre til uenighed fra skattemyndighedernes side, hvor konsekvensen kan blive genberegning og dermed korrektioner af transaktionen. TNMM/CP-

metoden kan ligeledes være indviklet at anvende, da det kan være uforudsigeligt at finde korrekte sammenligningsgrundlag.

Ved brug af de indkomstbaserede værdiansættelsesmetoder er det udfordrende at finde korrekte sammenligningsgrundlag, hvilket kan øge sandsynligheden for korrektioner. Årsagen kan være tvister om beregningsgrundlaget, herunder finansielle prognoser, vækstrater, diskontering, økonomisk levetid og skatter. PSM-metoden kræver data om alle parternes bidrag og værdikæde, hvilket indebærer en omfattende funktionsanalyse for at beregne allokeringen. Forældelse kan også være en faktor, der giver anledning til korrektion.

Betydningen af prognoser og OECD's opdateringer

Pålideligheden af værdiansættelsen af immaterielle aktiver afhænger af de anvendte værdiansættelsesteknikker og den specifikke metode, der vælges som den mest passende. Prognoser skal udføres på baggrund af viden og erfaring, hvilket gør det svært for skattemyndighederne at vurdere pålideligheden. Immaterielle aktiver er ofte karakteriseret som unikke, hvilket gør det særligt udfordrende for skattemyndighederne at benytte ex ante-analyser (bagklogskab) effektivt. Når der er tale om immaterielle aktiver under kategorien HTVI (High Value Intangibles), konkluderes det, at skattemyndigheder ikke kan bruge ex post-analyser, da de skal anvende faktuelle oplysninger som grundlag for værdiansættelsen.

OECD's brede definition af HTVI kan medføre, at flere immaterielle aktiver i fremtiden klassificeres under denne kategori. Det er blandt andet observeret, at OECD's ajourføring af deres TPG i 2016 medførte en ændring af definitionen på armslængdeprincippet. Der er nu kommet ny vejledning til, hvordan armslængdetesten bør foretages korrekt. Ifølge OECD er armslængdeprincippet ikke en ren prisbaseret norm, men indeholder både et priselement og et økonomisk substansselement.

Nationale implementeringer og internationale overenskomster

OECD's modeloverenskomst er, som nævnt i indledningen, ikke bindende. Det kan derfor argumenteres for, hvorvidt dansk ret bør opdateres på lige fod med ajourføringen af OECD TPG. Det konkluderes, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten (DBO) mellem Danmark og USA fra OECD TPG langt hen ad vejen er i overensstemmelse, da der kun er få steder i artikler der afviger. For eksempel afviger artikel 25 i DBO-aftalen mellem Danmark og USA fra OECD's artikel 25, da der ifølge DBO-

aftalen ikke er nogen tidsfrist for, hvornår skatteyderen skal indbringe sagen for de kompetente myndigheder.

Konklusion og fremtidige anbefalinger

På baggrund af ovenstående konkluderes det, at der er en grundlæggende konsensus mellem dansk og amerikansk lovgivning vedrørende armslængdeprincippet og værdiansættelsen af immaterielle aktiver. Begge lande har implementeret OECD TPG i deres nationale lovgivning og anvender tilsvarende metoder for at sikre, at transaktioner mellem forbundne selskaber afspejler markedsvilkårene.

11. Litteraturliste

11.1 Artikler

Eriksen, Claus Hedegaard, *Immaterielle aktiver: En skatteretlig oversigt*, Ugeskrift for Skat, nr. 22, 2008

Frost, Tom, *Medicinalfirma døjer med skattesag fra 2004 - har nu kostet over 600 mio. kr.*, Børsen, 2023, tilgået 17/04 på:

<https://borsen-dk.zorac.aub.aau.dk/nyheder/virksomheder/ferrings-skattesag-vil-ikke-do-har-kostet-over-halv-mia>

Kragballe, Søren, *Forbes: Danmark er blandt de bedste lande at drive forretning i*, Finans, 2017, tilgået den 25/01 på: <https://finans.dk/erhverv/ECE10137527/forbes-danmark-er-blandt-de-bedste-lande-at-drive-forretning-i/>

Werlauff, Erik, *Bestemmende indflydelse og "fælles bestemmende indflydelse."* *SR Skat*, Vol. 23(1), s. 24–32, 2011 <https://vbn.aau.dk/da/publications/bestemmende-indflydelse-og-f%C3%A6lles-bestemmende-indflydelse-om-kont>

SR- Skat, ÅRG. 23, nr. 1. 2011

<https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000488969#SR20110024>

11.2 Bøger

Bolander, Jane, et al. *Lærebog om indkomstskat*. 19. udgave., Djøf, 2023.

Hagelberg, Benjamin, *Kompendium i Transfer pricing i multinationale i koncern*, 1. udgave, kompendieforlaget, 2020

Hansen, Lone. L., & Werlauff, Erik, *Den juridiske metode - en introduktion*, 2. udgave, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2016

Hansen, Anders, O., & Andersen, Peter, *Transfer Pricing I Praxis*, 1. udgave, Magnus Informatik A/S, 2008

Harboe, Thomas, *Metode og projektskrivning - en introduktion*, 3. udgave, Samfundslitteratur, 2018

Høilund, Dorte, *Retssikkerhed og juridisk metode*, 4. udgave, Hans Reitzels Forlag, 2022

Pedersen, Jan, Kerzel, Malene & Eriksen, Claus. E, *Skatteretten I*, 9. udgave, Karnov Group, 2021.

Wittendorff, Jens, *Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret*, 1. udgave, Thomson Reuters, 2009

Wittendorff, Jens, *Transfer Pricing*, 1. udgave, Karnov Group, 2016

Wittendorff, Jens, *Transfer Pricing*, 4. udgave, Karnov Group, 2022

11.3 Hjemmesider

KPMG, Corporate tax rates table, Tilgået 04/05 på:

<https://kpmg.com/dk/en/home/insights/2016/11/tax-rates-online/corporate-tax-rates-table.html>

IRS, *Tax code, regulations, and official guidance*, Internal Revenue Service, 2023, Tilgået 05/05 på:

<https://www.irs.gov/privacy-disclosure/tax-code-regulations-and-official-guidance>

Udenrigsministeriet, *OECD's mission og historie*, Tilgået 10/05 på: <https://oecd.um.dk/info-om-oecd/generelt>

OECD, *Action 8-10 Transfer Pricing*, Tilgået 03/05 på: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/actions8-10/>

OECD, *List of OECD Member countries - Ratification of the Convention on the OECD*, <https://www.oecd.org/about/document/ratification-oecd-convention.htm>

11.4 Afgørelser

11.4.1 Danmark

TfS 2012.151 H.

TfS 2015.930 H.

SKM 2003.474 LR - Goodwill - finansielle virksomheder - koncernintern overdragelse

SKM 2003.586 SR - Filmrettigheder - driftsudgifter.

SKM 2005.148 ØL - Salg af goodwill - revisionsvirksomhed - løbende ydelse.

SKM 2005.442 LSR - Rentefiksering af tilgodehavende mellem selskab og dets datterselskab.

SKM 2005.5 HR - Lejefiksering af sommerhus - hovedanpartshaver.

SKM 2006.455 VLR - Overdragelse af funktion - koncernforbundne selskaber - afskrivning goodwill - indtjeningsrettighed.

SKM2012.92.HR - Transfer Pricing - den forlængede ligningsfrist - kontrollerede transaktioner.

SKM 2015.370.ØLR - Betalingskorrektur - rette omkostningsbærer.

SKM 2015.717.HR - Omgørelse og betalingskorrektur - rette indkomstmodtager.

SKM 2017.216 BR - Groft uagtsomt.

SKM 2017.538 SKAT - Genoptagelse som følge af fejl i offentliggørelsen af TSS-cirkulære 2000-10 om Ligningsrådets vejledende anvisning om værdiansættelse af goodwill - styresignal.

SKM 2018.173 LSR - Transfer Pricing – Kontrollerede transaktioner mellem et dansk selskab og et koncernforbundet produktionsselskab.

SKM 2018.62 LSR - Transfer pricing korrektion.

SKM 2019.136.HR - Transfer Pricing - transfer pricing-dokumentation – rettidig - markedsføringsaktiviteter.

SKM 2019.207 LSR - Transfer pricing – Overdragelse af immaterielle aktiver.

SKM 2019.486 HR - Markedsprisen for licenser ved eksternt salg skulle anvendes koncerninternt uden korrektion.

SKM 2020.30.LSR - Transfer pricing – Forhøjelse af skattepligtig indkomst – Kompensation i forbindelse med opsigelse af royaltyaftale – Overdragelse af immaterielle aktiver.

SKM 2020.303.HR - Fradrag for driftsomkostninger – statsskattelovens § 6, litra a – royaltybetalinger – koncernforbundne selskaber (dissens).

SKM 2020.387 LSR - Transfer pricing.

SKM 2021.705 ØLR - Rentefiksering – valutarestriktioner – ekstraordinært udbytte.

SKM 2022.195.ØLR - Transfer pricing – kontrollerede transaktioner – transfer pricing dokumentation – hjemvisning.

SKM2023.8.HR - Skattemyndighederne var berettiget til at udøve et skøn over kontrollerede transaktioner mellem to søsterselskab og skønnet skulle ikke tilsidesættes.

SKM 2023.135 LSR - Transfer pricing - skønsmæssig forhøjelse af skattepligtig indkomst - koncernintern overdragelse af immaterielle aktiver.

SKM 2023.316.ØRL - Transfer pricing – TP-dokumentation var ikke fyldestgørende – ikke grundlag for at tilsidesætte SKATs skøn – Udbytteskat og hæftelse.

SKM2023.628.ØLR - Transfer Pricing – TP-dokumentation var ikke fyldestgørende – ikke handlet på armslængdevilkår – ikke grundlag for at tilsidesætte SKATs skøn.

11.4.2 USA

133 T.C. No. 14 VERITAS SOFTWARE CORPORATION & Subsidiaries, Symantec Corporation (Successor in Interest to Veritas Software Corporation & Subsidiaries), Petitioner v.

COMMISSIONER OF INTERNAL REVENUE, Respondent, 2009

<https://casetext.com/case/veritas-software-corp-v-commr-of-internal-revenue>

Charles Town, Incorporated, Petitioner, v. Commissioner of Internal Revenue, Respondent, 372

F.2d 415 (4th Cir. 1967) <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/372/415/215343/>

11.5 Lovgivning

26 U.S. Code § 197 - Amortization of goodwill and certain other intangibles

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/197>

26 U.S. Code § 482 - Allocation of income and deductions among taxpayers

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/482>

26 U.S. Code § 1563 - Definitions and special rules

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/1563>

26 U.S. Code § 7491 - Burden of proof <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/7491>

11.5.1 Lovforslag

L 84 1997 Forslag til lov om ændring af skattekontrolloven

L 84 1998 Forslag til lov om ændring af skattekontrolloven og skattestyrelsesloven.

L 101 1998 Forslag til love om ændring af ligningsloven, selskabsskatteloven og skattekontrolloven

11.6 Rapportør

BrandFinance (2016), *GIFT 2016*,

https://static.brandirectory.com/reports/gift_report_2016_for_print.pdf

BrandFinance (2022), *GIFT 2022*, <https://static.brandirectory.com/reports/brand-finance-gift-2022-full-report.pdf>

OECD (2017), *Articles of the model convention with respect to taxes on income and on capital*,
<https://www.oecd.org/ctp/treaties/articles-model-tax-convention-2017.pdf>

OECD (2018), *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method*
<https://www.oecd.org/tax/beps/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-beps-action-10.pdf>

OECD (2022), *OECD Transfer Pricing Country Profile United States*,
<https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profile-united-states.pdf>

OECD (2022), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*

SKAT, 2018; *Transfer pricing - redegørelse 2017* <https://sktst.dk/media/hcaisv1b/1936715.pdf>

Skattestyrelsen, 2020; *Selskabers skattebetaling - Kontrol og vejledning over for store selskaber*
<https://sktst.dk/publikationer/selskabernes-skattebetaling-kontrol-og-vejledning-over-for-store-selskaber>

Skattestyrelsen, 2023; *Selskabers skattebetaling - Dataudveksling til kontrol af internationale koncerner*
<https://www.ft.dk/samling/2022/almde/SAU/bilag/193/2731534.pdf>

11.7 Øvrige

Danmarks Statistik, (2022), *Hvor stor er dansk eksport og hvem er vores samhandelspartnere?*
<https://www.dst.dk/Site/Dst/Udgivelser/nyt/GetAnalyse.aspx?cid=50312>

Dansk Industri, (2019), *Selskabsskatten under stigende pres*
<https://www.danskindustri.dk/globalassets/dokumenter-analyser-publikationer-mv/analyser/di-analyse/2019/5/selskabsskatten-under-stigende-pres.pdf/Download>

General explanation of the tax reform act of 1986 (H.R 3838, 99th congress; Public Law 99-514), Joint committee on taxation. <https://wcginc.com/BlueBook1986.pdf>

Internal Revenue Service, *Revenue Procedure 99-32*,
https://www.irs.gov/pub/int_practice_units/ISI9422_09_08.pdf

Internal Revenue Service, *Rev. Proc. 2015-41*
<https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-15-41.pdf>

Retsinformation (2003), *Transfer pricing; Dokumentationspligt, 2. De internationale transfer pricing-regler og forholdet til dansk ret*, STV nr. 20018 af 01/01/2003
<https://www.retsinformation.dk/eli/retsinfo/2003/20018>

Retsinformation, (2000), *Cirkulære om vejledende anvisning om værdiansættelse af goodwill*,
<https://www.retsinformation.dk/eli/mt/2000/44>

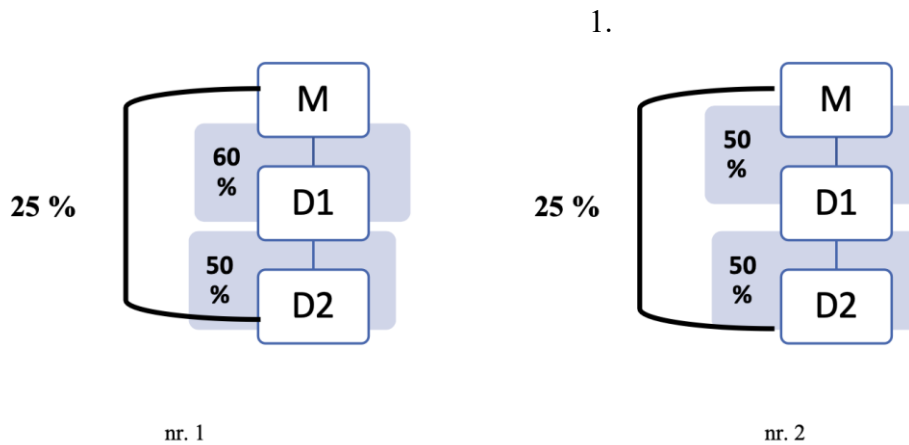
Skat.dk - Den juridiske vejledning 2024-1 - C.D.11.2.1.1 Armslængdeprincippet og Transfer Pricing Guidelines

Taxnotes (2007), *IRS Addresses Transfer Pricing, Commensurate With Income Standard*,
<https://www.taxnotes.com/research/federal/irs-private-rulings/generic-legal-advice/irs-addresses-transfer-pricing-commensurate-with-income-standard/1fd8y>

12. Bilag

Bilag 1

1. M opnår kontrol (både af direkte og indirekte) over D2 (55%)
2. M opnår ikke kontrol over D2 (50%)



Bilag 2

