

Transfer pricing og industrielle immaterielle aktiver

af HELLE MUFF HØJBJERG JENSEN

I specialet undersøges transfer pricing problematikken i relation til industrielle immaterielle aktiver i international skatteret.

Indledningsvist ses der nærmere på betydningen af at operere med forskellige ejerskabsbegreber, idet nogle lande anvender et juridisk begreb, mens andre anvender et økonomisk. Dermed kan flere selskaber beliggende i forskellige lande anses for at være ejer af det samme immaterielle aktiv, hvilket kan resultere i dobbeltbeskatning, når aktivet overdrages. Det foreslås, at der udarbejdes en international standard til fastlæggelse af ejerskabet.

Den største udfordring i relation til transfer pricing er værdiansættelsen. De hermed forbundne problemer belyses med udgangspunkt i artikel 9 i OECD's Modeloverenskomst samt de hertil hørende kommentarer og retningslinjer. Herefter skal koncernforbundne selskaber handle i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Princippet medfører imidlertid en række praktiske problemer, da der typisk ikke eksisterer et sammenligningsgrundlag for immaterielle aktiver, som pr. definition er unikke.

Der foretages såvel en analyse af de værdiansættelsesmetoder, som OECD anbefaler, som en gennemgang af henholdsvis dansk og amerikansk ret. Sidstnævnte anvender commensurate with income princippet, som konkluderes at være i strid med armslængdeprincippet.

Afslutningsvist gennemgås forskellige alternativer. Det konkluderes, at der ikke findes én generelt anvendelig metode, men at advance pricing agreements, armslængdeintervaller og nyttetests kan anbefales, når forudsætningerne i det konkrete tilfælde er til stede.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. INDLEDNING	3
2. PROBLEMSTILLING	3
2.1. PROBLEMFORMULERING	4
2.2. AFGRÆNSNING AF EMNET	4
2.3. METODE	5
3. IMMATERIELLE AKTIVER	5
3.1. DET CIVILRETTLIGE IMMATERIALRETSBEGREB	5
3.2. ANDRE IMMATERIELLE AKTIVER	6
3.2.1. Knowhow	6
3.2.2. Goodwill	6
3.2.3. Private kontraktrettigheder	7
3.3. DANSK SKATTERET	7
3.4. INTERNATIONAL SKATTERET	7
3.5. INDUSTRIELLE IMMATERIELLE AKTIVER	8
4. EJENDOMSRET OG OVERDRAGELSE	8
4.1. EJERSKAB	8

4.1.1. Økonomisk ejerskab	9
4.1.2. Juridisk ejerskab	9
4.1.3. Et internationalt ejendomsretsbegreb?	10
4.2. EJERSTRUKTURER	10
4.2.1. Flere ejere.....	10
4.3. OVERDRAGELSESFORMER.....	11
5. VÆRDIANSÆTTELSE AF IMMATERIELLE AKTIVER	12
5.1. ARMSLÆNGDEPRINCIPPET	13
5.2. SAMMENLIGNELIGHEDSTEST	14
5.2.1. Genstandens karakteristika og egenskaber.....	14
5.2.2. Funktionsanalyse	14
5.2.3. Kontraktvilkårene.....	15
5.2.4. De økonomiske omstændigheder.....	15
5.2.5. Forretningsstrategier	16
5.3. OECD'S ANBEFALINGER.....	16
5.3.1. Den fri markedsprismetode (CUP-metoden).....	16
5.3.2. Videresalgspismetoden	17
5.3.3. Kostpris plus avancemetoden.....	17
5.3.4. Profit split metoden	18
5.3.5. Den transaktionsbestemte nettoavancemetode.....	18
5.3.6. Vurdering	19
5.4. KOMBINEREDE TRANSAKTIONER OG PAKKEAFTALER	19
5.5. VÆRDIANSÆTTELSE I PRAKSIS	20
5.5.1. Danmark.....	20
5.5.2. USA.....	23
5.5.3. Sammenligning og vurdering	24
5.6. ALTERNATIVER.....	25
5.6.1. Advance Pricing Agreements.....	26
5.6.2. Safe Harbours	28
5.6.3. Armslængdeintervaller.....	28
5.6.4. Set-offs.....	29
5.6.5. Nyttetest	31
5.6.6. Vejledende beregningsregel.....	32
5.6.7. Vurdering	32
6. KONKLUSION	33
7. PERSPEKTIVERING	33
LITTERATURLISTE	34
FORKORTELSER	36

1. INDLEDNING

Den 7. april 2009 bragte Jyllandsposten en artikel om IT-giganten Intel, der menes at have snydt skattevæsenet for 2,5 mia. kr. Ifølge beskyldningerne har Intel solgt produktrettigheder og know-how til et koncernforbundet selskab til en alt for lav pris. En skattemæssig korrektion i overensstemmelse med påstandene vil medføre, at selskabets indkomst skal forhøjes med 8 mia. kr., hvilket svarer til den nævnte skatteregning på 2,5 mia. kr.

Transfer pricing i relation til immaterielle aktiver er et højaktuelt emne, som kan angå svimlende høje beløb, da immaterielle aktiver udgør en stadig stigende værdimæssig andel af selskabernes aktiver. Det hænger sammen med, at mange lande er gået fra traditionel industrivirksomhed til i højere grad at basere erhverv på viden og information, hvilket har medført, at en stadig større del af mange virksomheders omsætning baseres på immaterielle aktiver som eksempelvis varemærker, patenter og knowhow. Desuden opererer mange virksomheder i dag verden over. De, der tidligere opererede på forskellige markeder, er nu blevet konkurrenter, hvilket giver kunderne mulighed for at stille stadig større krav til udviklingen af nye og bedre produkter.

Den stigende globalisering har således medført en stigning i antallet af multinationale koncerner, som har selskaber i mange forskellige lande, og som samtidig har et incitament til at generere overskuddet hen til det eller de lande, som er underlagt den laveste beskatning. Dermed kan en koncern gennem international skatteplanlægning placere grundlaget for sin indkomst – de immaterielle aktiver – i lavskattelande.

2. PROBLEMSTILLING

For at undgå skattetænkning har mange lande indført transfer pricing regler, hvorefter overdragelser mellem interesseforbundne parter, herunder mellem internationalt koncernforbundne selskaber, skal fastsættes til den såkaldte armslængdeværdi. Reglerne gælder i relation til alle former for aktiver, men problemstillingen antager en særlig karakter, når det drejer sig om immaterielle aktiver. Der er ofte tale om yderst specialiserede aktiver – det gælder navnlig for patenter – og der findes derfor kun sjældent sammenlignelige aktiver og transaktioner. Aktivernes særlige karakter kan endvidere bevirke, at der slet ikke er et marked for dem.¹

Ligeledes kan det være svært at afgøre, hvilket selskab, der er ejer af et givet immaterielt aktiv. Forestiller man sig eksempelvis et varemærke, som er opstået gennem brug i flere af koncernens selskaber, kan det være svært at fastslå, om ejerskabet tilkommer ét selskab, eller om der eventuelt er tale om et sameje.

Når det immaterielle aktiv er et patent, kan værdiansættelsen være særligt vanskelig, da patenter ofte overdrages, før man kender deres indkomspotentiale. Det er for eksempel tilfældet i medicinalindustrien, hvor forskning og udvikling af præparater typisk er udlagt til et selvstændigt selskab. Der tages patent på samtlige frembringelser, hvorefter de overdrages til et andet selskab, men på dette tidlige tidspunkt ved man endnu ikke hvilket (hvis overhovedet nogen) af de overdragede patenter, der på sigt bliver noget værd. Når det efterfølgende har vist sig, at et patent er noget værd, kan det licenseres til den oprindelige ejer eller andre koncernforbundne selskaber, som herved opnår høje fradrag.²

Også knowhow er meget svært at værdiansætte. På den ene side består overdragelsen i at gøre modtageren bekendt med sin viden, mens det på den anden siden kan være svært for en potentiel

¹ Der findes ikke etablerede markeder for handel med immaterielle aktiver. Den danske Patent- & Varemærkestyrelse har dog taget initiativ til oprettelse af en slags patent-markedsplads på hjemmesiden www.ip-marketplace.dk.

² Jf. SU 2007,292. Konstruktionen kaldes ”roundtrip transactions”.

erhverver at vurdere, hvor meget en information, som han ikke kan få adgang til inden overdragelsen, er værd.

Transaktioner mellem koncernforbundne selskaber er tit grænseoverskridende, og eftersom de forskellige landes skatteregler ikke er harmoniseret, er det nødvendigt med et internationalt regelsæt. Det findes i OECD's Modeloverenskomst med kommentarer og Transfer Pricing Guidelines, som anbefaler forskellige værdiansættelsesmetoder.

Transfer pricing er imidlertid ikke kun problematisk for skattemyndighederne, men også for de involverede selskaber, idet de fleste lande på den ene side stiller betydelige oplysnings- og dokumentationskrav, mens det på den anden side ikke fremgår tilstrækkeligt klart og tydeligt, hvordan selskaberne undgår, at skattemyndighederne foretager en korrektion af den fastsatte pris. Trods tilstedeværelsen af utallige metoder frembyder værdiansættelsen betydelige problemer i praksis. Det er derfor interessant at se nærmere på, hvordan disse problemer søges løst, samt på armslængdeprincippet indhold, de af OECD anbefalede metoder samt eventuelle alternative fremgangsmåder.

2.1. Problemformulering

Formålet er at beskrive og analysere de eksisterende internationale standarder, som OECD har opstillet, om transfer pricing i relation til immaterielle aktiver. Specialet vil primært koncentrere sig om de problemer, der er forbundet med multinationale koncerner.

Inden selve værdiansættelsesproblematikken behandles, ses der nærmere på det skatteretlige immaterialretsbegreb, som ikke nødvendigvis svarer til det privatretlige. Der tages udgangspunkt i det danske civilretlige begreb, som vil blive sammenholdt med OECD's definition. Specialet vil i forlængelse heraf blive afgrænset til at omfatte de immaterielle aktiver, som må anses for at volde de største problemer i relation til international transfer pricing.

Der er en vis usikkerhed forbundet med ejendomsretsbegrebet, da nogle lande anvender et juridisk ejendomsretsbegreb, mens andre lande anvender regler om økonomisk ejerskab. Spørgsmålet er, om den forskellige definition giver anledning til praktiske problemer. Man kunne for eksempel forestille sig en konflikt i et tilfælde, hvor to landes skattemyndigheder – som følge af, at de anvender forskellige standarder – hver især mener, at en koncerns aktiver er ejet af det selskab, som er beliggende i deres land. I forlængelse af dette spørgsmål behandles forskellige ejerstrukturer og overdragelsesformer.

Herefter vil der blive set nærmere på værdiansættelsen, som giver anledning til store problemer i praksis. Af samme grund er hovedvægten lagt på denne problematik. De værdiansættelsesmetoder, som OECD anbefaler, vil blive gennemgået som led i en undersøgelse af, i hvilket omfang de er anvendelige på immaterielle aktiver.

I forlængelse heraf vil det blive undersøgt, om der findes et eller flere alternativer, samt om der bør indføres regler om anvendelse af en bestemt værdiansættelsesmetode eller fremgangsmåde ved overdragelse af immaterielle aktiver.

2.2. Afgrænsning af emnet

Koncerninterne overdragelser frembyder en lang række spørgsmål og problemer for multinationale selskaber. Af pladsmæssige årsager er det imidlertid fundet nødvendigt at se bort fra en række spørgsmål, som ellers også er relevante i transfer pricing sammenhænge.

Transfer pricing reglen i artikel 9 OECD MC finder anvendelse på *associated enterprises*. Begrebet er ikke klart defineret, og det fortolkes ikke ens i alle lande.³ Det falder imidlertid udenfor formålet med specialet at se nærmere på den definitions-mæssige afgrænsning mellem koncernforbundne og uafhængige selskaber.

³ I dansk ret findes transfer pricing reglerne i LL § 2 og SKL § 3 b, og herefter er det afgørende kriterium ”bestemmen- de indflydelse”.

For at myndighederne kan vurdere, om parterne har handlet på armslængdevilkår, har mange lande fastsat regler, der pålægger selskaberne en særlig oplysnings- og dokumentationspligt.⁴ Der er i teorien stillet spørgsmålstejn ved reglernes udformning, ligesom det har været diskuteret, om der reelt gælder en omvendt bevisbyrde-regel.⁵ De formelle krav, herunder bevisbyrdespørgsmålet, vil ikke blive behandlet her.

Der opstår særlige problemer, når ét lands skattemyndigheder foretager en vilkårskorrektur i form af en ændret værdiansættelse. En gennemgang og analyse af regler og praksis om dobbeltbeskatningsoverenskomster, korrektur og lempelse falder ligeledes udenfor specialets formål.⁶

2.3. Metode

Idet formålet er at analysere gældende ret vedrørende transfer pricing i relation til immaterielle aktiver, vil tilgangen primært være en traditionel retsdogmatisk metode.

Specialet vil dreje sig om retsstillingen for multinationale koncerner, og der vil blive taget udgangspunkt i OECD's Modeloverenskomst og Transfer Pricing Guidelines. Retskildeværdien af disse retningslinjer er ikke af bindende karakter for de deltagende lande, da der alene er tale om anbefalinger, men de tjener som væsentlige fortolkningsdata til indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.⁷

Da USA har været et foregangsland på transfer pricing området, vil der blive foretaget en sammenligning mellem OECD's anbefalinger og de amerikanske regler. I det omfang det findes relevant, vil danske afgørelser blive inddraget.

Afslutningsvist foretages en vurdering af, hvorvidt gældende ret er tilfredsstillende. Hvis det er muligt på baggrund af de udvalgte problemstillinger, vil der i forlængelse heraf blive taget stilling til, om der bør foretages ændringer eller præciseringer af de gældende regler.

3. IMMATERIELLE AKTIVER

3.1. Det civilretlige immaterialretsbegreb

Den traditionelle immaterialret omhandler retsbeskyttede rettigheder som patentret, varemærkeret, designret, brugsmodelet og ophavsret.⁸ Disse rettigheder har nogle fællestræk. Karakteristisk er, at de ikke knytter sig til et bestemt fysisk aktiv, men at de ved brug kan materialisere sig i et fysisk aktiv. De immaterielle rettigheder er ligeledes kendetegnet ved at være resultatet af en præstation eller arbejdsydelse fra opdragsgivers side.

Aktivernes immaterielle karakter indebærer, at der kan disponeres over dem af flere personer og til flere forskellige formål på én gang.⁹ Eksempelvis kan et patent licenseres til flere forskellige personer, og retten til en ophavsret kan "opsplittes", så eksempelvis filmrettighederne overdrages til én person, mens retten til bogudgivelse overdrages til en anden.

Et andet fælles kendetegn er, at rettighederne er reguleret ved lov. Beskyttelsen opnås typisk ved registrering, men for varemærker gælder det særlige, at det for at opnå beskyttelse er tilstrækkeligt, at varemærket benyttes erhvervsmæssigt.

⁴ Jf. RR 8 | 2005.34.

⁵ Jf. SPO 2001.114, SPO 2005.391 og SR-Skat 2006.418.

⁶ Se eksempelvis artiklen *Vilkårskorrektur og omgørelse* i SR-Skat 2003.43, samt Vinther & Werlauff, s. 210 f.

⁷ Jf. Pedersen 1998, s. 28 og 173 ff., For dansk rets vedkommende henvises der til OECD Guidelines i lovforarbejderne, jf. Lovforslag nr. 101 af 2. juni 1998, hvorved armslængdeprincippet i LL § 2 blev lovfæstet, og Lovforslag nr. 84 af 14. oktober 1997 om SKL § 3 b. Desuden findes adskillige henvisninger i vejledninger, som er udarbejdet af SKAT. De er ikke direkte bindende for skatteyderne, men blot udtryk for SKAT's opfattelse af gældende ret.

⁸ Jf. *Immaterialret*, side 19.

⁹ Jf. *Immaterialret*, side 19 f. og SU 2004,82.

Disse aktiver er omfattet af såvel det nationale som det internationale skatteretlige immaterialretsbegreb, uanset om den immaterielle rettighed er registreret eller ej.¹⁰

3.2. Andre immaterielle aktiver

En afgrænsning til de lovbestemte rettigheder er imidlertid ikke tilstrækkeligt i en skattemæssig sammenhæng – der findes andre immaterielle aktiver, som ligeledes kan overføres mod vederlag, hvilket særligt gælder knowhow, goodwill og private kontraktrettigheder.

3.2.1. Knowhow

OECD angiver følgende definition af knowhow:¹¹

”Know-how is all the undivulged technical information, whether capable of being patented or not, that is necessary for the industrial reproduction of a product or process, directly and under the same conditions; in as much as it is derived from experience, know-how represents what a manufacturer cannot know from mere examination of the product and mere knowledge of the progress of technique”.

Knowhow er med andre ord information eller viden i form af praktiske færdigheder og erfaringer, som sætter én i stand til at producere en given vare eller ydelse, eller som assisterer eller forbedrer en kommerciel aktivitet.¹² Det er en særlig teknisk eller kommerciel viden, som en fagmand ikke besidder alene i kraft af sin almindelige uddannelse.

I modsætning til ovennævnte lovbestemte enerettigheder kan knowhow ikke registreres, hvilket formentlig hænger sammen med, at det er et meget ukonkret begreb, og at knowhow ikke har samme behov for beskyttelse, idet uretmæssig udnyttelse ikke kan ske uden besidderens medvirken.

I lighed med de traditionelle immaterielle rettigheder kan knowhow have en værdi og være genstand for overdragelse. Overdragelse af information, som en medarbejder har opnået i kraft af sin erfaring, er ikke umiddelbart tilgængelig for andre, og det kan derfor være svært at identificere aktivet og dermed afgøre, om der sammen med overdragelsen af et patent til et koncernforbundet selskab tillige er sket overdragelse af knowhow. Ved omplacering af medarbejdere i en koncern vil det derimod ofte kunne konstateres, at der er sket en overdragelse af knowhow.¹³

Knowhow er tit relateret til produktionsrettigheder, så i forbindelse med overdragelse af et patent kan det være nødvendigt at overdrage knowhow. Da den danske Patentlov kræver en så tydelig beskrivelse af opfindelsen, at en fagmand på grundlag heraf kan udnytte den, vil knowhow ofte bestå i den mest effektive kommercielle udnyttelse.¹⁴

3.2.2. Goodwill

Ved goodwill forstås først og fremmest den kundekreds og de forretningsforbindelser mv., der er knyttet til en virksomhed.¹⁵ Goodwill er på linje med enerettighederne et ikke-fysisk aktiv, men det adskiller sig fra disse rettigheder ved at knytte sig til et fysisk aktiv. Overdragelse af goodwill kan

¹⁰ Jf. LV 2009-1 E.I.4.2.1. som omhandler AFL § 40, og Guidelines, pkt. 6.2.

¹¹ Jf. pkt. 11 i kommentaren til artikel 12 (§ 2) OECD MC.

¹² Jf. Koktvedgaard, side 215.

¹³ En aftale om, at det ene selskab skal levere en tjenesteydelse til det andet, indebærer derimod ikke overdragelse af knowhow, jf. *Transfer pricing i praksis*, s. 163 f. Om den nærmere afgrænsning mellem knowhow og tjenesteydelser, se pkt. 11.3 i kommentaren til artikel 12 (§ 2) OECD MC.

¹⁴ Jf. *Markedsret – Del 2*, side 372.

¹⁵ Jf. LV 2009 E.I.4.1.1.

således ikke ske uafhængigt af den virksomhed, som det knytter sig til.¹⁶ Det ændrer imidlertid ikke på, at goodwill er et selvstændigt immaterielt aktiv, som værdiansættes særskilt.

Regnskabsmæssigt er goodwill udtryk for en virksomheds merværdi ud over værdien af de bogførte aktiver.¹⁷ Dermed indgår virksomhedens geografiske placering også som en parameter ved værdiansættelsen. Goodwill som følge af beliggenhed er dog ikke omfattet af den skatteretlige goodwilldefinition.¹⁸

3.2.3. *Private kontraktrettigheder*

Også retten ifølge en forpagtnings- eller lejekontrakt, hvor ejeren af et formuegode mod vederlag overdrager brugs- og udnyttelsesretten til formuegodet til en anden, er omfattet af det almindelige skatteretlige immaterialretsbegreb. Her gælder det særlige, at aktiverne kommer til eksistens i kraft af en aftale mellem to parter, og som følge af den almindelige aftalefrihed kan parterne frit bestemme aftalens indhold. I skattemæssig henseende er aftalefriheden dog ikke helt så stor, idet skattemyndighederne kan korrigere vederlagets størrelse, hvis det ikke stemmer overens med armslængdeprincippet.

3.3. **Dansk skatteret**

AFL § 40 opregner de vigtigste eksempler på immaterielle aktiver, som er goodwill, særlig fremstillingsmetode eller lignende (knowhow), patentret, ret til mønstre, varemærker, forfatter og kunstnerret, ret i henhold til en udbyttekontrakt, og ret i henhold til en forpagtnings- eller lejeaftale. Der er ikke tale om en udtømmende opregning – også andre immaterielle aktiver er omfattet.¹⁹ Eksempelvis havde en skatteyder i TfS 1999.574 V i forbindelse med salg af et billedarkiv ligeledes overdraget sin ret til at kræve betaling for udnyttelsen af arkivet. Denne ret kunne sidestilles med de i LL § 16 E, stk. 1, nr. 2 (nu: AFL § 40, stk. 2) nævnte eksempler. Et andet eksempel findes i TfS 2005.149 LSR, hvor retten til at vælge repræsentanter og suppleanter til et repræsentantskab ikke kunne sidestilles med de i AFL § 40, stk. 2 nævnte eksempler. Her forudsatte Landsskatteretten med sin formulering, at bestemmelsen ikke er udtømmende.

Det skatteretlige immaterialretsbegreb omfatter altså ikke kun de rettighedstyper, der behandles i immaterialretten, og som traditionelt er koncentreret om de lovbestemte enerettigheder. Begrebet omfatter samtlige immaterielle rettigheder og aktiver, der er givet særlige skatteregler om, så den skatteretlige definition er bredere end den civilretlige.²⁰

Negativt afgrænset kan immaterielle aktiver defineres som ikke-fysiske eller ikke-finansielle aktiver.²¹

3.4. **International skatteret**

OECD definerer immaterielle rettigheder som retten til at bruge industrielle aktiver som patenter, varemærker, forretningsnavne, designs eller modeller.²² Desuden er litterære og kunstneriske rettigheder, intellektuelle rettigheder som knowhow og erhvervshemmeligheder omfattet.

¹⁶ Se TfS 2007. 462 H, hvor en overdragelse af goodwill blev anset for at være maskeret udlodning med henvisning til, at der ikke med skattemæssig virkning kan ske salg af goodwill adskilt fra den øvrige virksomhed.

¹⁷ I mangel af andre holdepunkter for værdiansættelsen anvendes de vejledende beregningsregler i TSS-cirk. 2000-10. Såvel begrebet som værdiansættelsen af goodwill er nærmere behandlet i *Lærebog om indkomstskat*, side 588 ff.

¹⁸ Jf. *Immaterielret – indhold, værdiansættelse og skat*, side 374 ff.

¹⁹ Det fremgår forudsætningsvist af bestemmelsens ordlyd. Jf. endvidere *Lærebog om indkomstskat*, side 583.

²⁰ Jf. Eriksen, side 32, og *Skatteretten 1*, side 634. Dog findes der særlige regler, som indeholder et indsnævret immaterialretsbegreb, eksempelvis KSL § 65 C, stk. 4 vedrørende royaltibeskatning.

²¹ Jf. Eriksen, side 31 ff. og *Lærebog om indkomstskat*, side 583 ff.

²² Jf. Guidelines, pkt. 6.2, hvor der sondres mellem produktionsaktiver og marketingaktiver. Se herom i RR 11 | 2004.40.

Der sondres mellem produktionsaktiver, som bl.a. omfatter patenter og knowhow af betydning for produktionen, og marketing aktiver, som eksempelvis omfatter varemærker og -navne. Derimod er hverken goodwill eller private kontraktrettigheder såsom rettigheder ifølge udbytte-, forpagtnings- og lejekontrakter omfattet af immaterialretsbegrebet.

3.5. Industrielle immaterielle aktiver

Begrebet immaterielle aktiver spænder således vidt, og de enkelte rettighedstyper overlapper i et vist omfang hinanden. At omfanget af aktiver er forskelligt alt efter hvilket lovgrundlag og hvilken skattemæssig disposition, der er genstand for behandling, er ikke særlig hensigtsmæssigt.²³

Det, der i denne sammenhæng er interessant at belyse, angår de immaterielle aktiver, som et selskab selv har udviklet, som det kan have en interesse i at overdrage til et hermed koncernforbundet selskab, og som kan være svære at værdiansætte. Disse forhold gør sig særligt gældende for patenter, varemærker og knowhow, som samlet kaldes industrielle immaterielle aktiver.²⁴ De følgende problemstillinger koncentrerer derfor om disse aktiver.

4. EJENDOMSRET OG OVERDRAGELSE

Det er ikke altid helt ligetil at fastslå hvilket af flere koncernforbundne selskaber, der ejer et givet aktiv. Forestiller man sig eksempelvis en multinational koncern, som har skabt sig et varemærke gennem brug i flere forskellige selskaber, kan det være svært at afgøre hvilket selskab, der har ejendomsretten. Hvis flere selskaber har medvirket til at skabe varemærket, kan det overvejes, om varemærket ejes i sameje. I så fald skal ejerskabet fordeles på de involverede selskaber. Det kan også være, at varemærket først er blevet oparbejdet i ét selskab og derefter overdraget.

Tilsvarende kan den 'modsatte' problemstilling foreligge; at en påstået overdragelse til et lavskattelands ikke anerkendes af skattemyndighederne. Denne problematik forelå i UfR 1989.1064 H²⁵, hvor en dansk hovedaktionær havde overført licensrettigheder vedrørende sit danske selskabs oversøiske interesser til et schweizisk selskab, som ligeledes ejedes af hovedaktionæren. Der var ikke ansat personale i det schweiziske selskab, og den eneste erhvervs-mæssige aktivitet, der foregik, var den blotte indtægtserhvervelse i form af royaltybetalingerne. Ifølge Højesteret var der ikke sket en sådan tilknytning af licensrettighederne til det faste driftssted i Schweiz, at indtjeningsstedet var flyttet ud af Danmark, og beløbene skulle derfor beskattes her. En lignende sag forelå i TfS 1984.176 LSR, hvor et dansk selskab havde betalt royalties til sin hovedaktionærs selskab på Jersey. Ifølge Landsskatteretten var der tale om betaling for fiktive ydelser, da der ikke havde været en reel forretningsmæssig forbindelse mellem de to selskaber.

I det følgende vil der blive set nærmere på nogle forskellige ejerskabsbegreber, ejerstrukturer og overdragelsestyper.

4.1. Ejerskab

I transfer pricing sammenhænge sondres der mellem juridisk og økonomisk ejerskab til immaterielle aktiver. Det juridiske begreb svarer til det almindelige civilretlige ejerskab, mens det økonomiske ejerskab tilkommer den person, der har afholdt omkostningerne til skabelsen af den immaterielle rettighed.

²³ Jf. Eriksen, side 36.

²⁴ Jf. *Skatteretten 1*, side 537 og *Lærebog om indkomstskat*, side 594. De industrielle aktiver er omfattet af såvel de danske som de internationale regler, så afgrænsningen medfører yderligere, at unødvendig begrebsforvirring undgås.

²⁵ Dommen er omtalt i SpO 1991.100, og Pedersen 1998, side 233. Afgørelsen kritiseres i TfS 1989.604.

Idet nogle lande anvender det juridiske ejerskab, mens andre tillægger det økonomiske ejerskab afgørende betydning, kan ejendomsretten til et aktiv anses for at være placeret i forskellige lande alt efter hvilket lands ret, der konsulteres. Da vurderingen foretages i alle de involverede lande, er det vigtigt for en koncern at være opmærksom på, om de immaterielle aktiver anses for at være placeret i flere lande på én gang.

4.1.1. Økonomisk ejerskab

Et eksempel på dette ejendomsretsbegreb, som er baseret på en økonomisk standard, findes i amerikansk ret, hvor der opereres med en regel om *developer-assister* i relation til ulovbestemte immaterielle aktiver.²⁶ Hvis ejendomsretten ikke er fastlagt i medfør af lov eller aftale, tilkommer aktivet i skatteretlig henseende som udgangspunkt den, der har afholdt de største udviklingsomkostninger.²⁷ Øvrige selskaber, som har afholdt omkostninger ved skabelsen eller udviklingen af aktivet, kaldes *assisters*. De opnår ikke medejendomsret til aktivet, men har krav på en armslængdekompensation for deres indsats.

Det økonomiske ejerskab kan give anledning til tvivl i tilfælde, hvor flere selskaber har afholdt udviklingsomkostninger. Problemet kan opstå i forbindelse med kontraktforskning, som er udtryk for, at et selskab i henhold til en aftale udfører forsknings- og udviklingsaktiviteter på vegne af et andet selskab.²⁸ Hvis det ikke kan afgøres hvilket land, der har afholdt den største del af udviklingsomkostningerne, lægges der ved vurderingen vægt på 1) den geografiske placering af aktiverne, 2) evnen for det enkelte selskab til selv at gennemføre udviklingsaktiviteten, og 3) den kontrol, som det enkelte selskab har over udviklingsaktiviteten.

4.1.2. Juridisk ejerskab

I dansk ret anvendes derimod et juridisk ejendomsretsbegreb, og ejendomsretten antages normalt at tilkomme den civilretlige indehaver.²⁹ Det er bl.a. tilfældet for lovbestemte rettigheder som varemærker og patenter, som typisk er stiftet ved registrering, og ejendomsretten vil derfor sjældent give anledning til tvivl. Hvis registreringen foretages i et andet land end det, som aktivet hidtil har været tilknyttet, kan der være grund til at overveje, om der er sket en hel eller delvis overdragelse.³⁰ Det vil medføre, at det overdragende selskab skal kompenseres i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

Problemerne opstår oftere i relation til ikke-lovbestemte immaterielle aktiver. Det gælder eksempelvis for knowhow, som er meget svært identificerbart, og derfor lettere kan overdrages i det skjulte uden nogen form for dokumentation.

I relation til immaterielle aktiver, som er udviklet som led i en omkostningsfordelingsaftale³¹, må et økonomisk ejendomsretsbegreb i princippet anerkendes. Det skyldes, at alle deltagere har ret til at anvende de immaterielle aktiver som forudsat i aftalen uden betaling til den deltager, som har den civilretlige ejendomsret.³²

²⁶ Jf. Treas. Reg. § 1.482-4(f)(3) samt SU 2003,53 og RR 11 | 2004.40. Det økonomiske ejendomsretsbegreb anvendes også i Belgien, Tyskland og i en vis udstrækning i Italien, jf. bemærkningerne til § 9 i Lovforslag nr. 103 af 2. juni 1998.

²⁷ Jf. Dam, side 679.

²⁸ Jf. SU 2003,53.

²⁹ LV 2009-3 E.C.1.1.2. om Afskrivningslovens ejerbegreb i relation til immaterielle aktiver. Det civilretlige ejendomsretsbegreb anvendes også i relation til LL § 2, jf. SU 2007,292.

³⁰ Det behøver dog ikke at være tilfældet, da et selskab beliggende i ét land sagtens kan søge beskyttelse i andre lande.

³¹ Herved forstås en aftale mellem flere selskaber om for fælles regning og risiko at udvikle, producere eller investere i aktiver, tjenesteydelser eller rettigheder.

³² Jf. SU 2007,292.

4.1.3. *Et internationalt ejendomsretsbebeg?*

OECD definerer ikke et egentligt ejendomsretsbebeg. Organisationen har dog taget stilling til spørgsmålet om kompensation eller medejendomsret, når et selskab, som ikke ejer varemærker eller forretningsnavne, udfører marketing aktiviteter.³³

I relation til transfer pricing er det problematisk, at OECD ikke foreslår et ejendomsretsbebeg, som er anvendeligt i international sammenhæng. Som situationen er i dag, risikerer multinationale selskaber, at deres immaterielle aktiver anses for at være ejet af flere selskaber, hvilket kan medføre nogle meget uheldige skattemæssige konsekvenser i form af dobbeltbeskatning.

Det skal derfor foreslås, at der udarbejdes en international standard for ejerskabet. Det kan i første omgang overvejes, om det juridiske eller det økonomiske bebeg bør anvendes. Ved anvendelse af det juridiske ejendomsretsbebeg som international standard risikerer man at fremprovokere nogle konstruktioner, hvor det formelle ejerskab ikke er i overensstemmelse med det reelle. Sådan spekulation undgås ved anvendelse af det økonomiske ejerskabsbebeg, som tager nøje hensyn til udviklingen af aktivet og de udgifter, der er forbundet hermed. Omvendt skaber dette ejendomsretsbebeg problemer i relation til at kortlægge de enkelte selskabers udgifter for at fastslå, hvilket selskab der ejer aktivet. Disse besværligheder må man dog acceptere, hvis det skal undgås, at selskaberne spekulerer i placeringen af aktiverne.

Løsningen afhænger dermed af en afvejning mellem koncerninteresserne på den ene side og hensynet til korrekt skattemæssig behandling på den anden.

4.2. **Ejerstrukturer**

Koncerner kan struktureres på mange forskellige måder, og de enkelte aktiver kan ejes af en eller flere personer. Immaterielle aktiver kan eksempelvis indskydes i hvert deres selskab, så de kan overdrages ”på aktier” i stedet for en almindelig aktivoverdragelse. En fordel herved kan være, at aktieoverdragelsen undergives aktiebeskatning i stedet for sædvanlig avancebeskatning. Denne ejerstruktur betyder ligeledes, at selskaberne kan foretage forskellige omstruktureringer, eksempelvis spaltning eller aktieombytning, som i dansk skatteret kan foretages skattefrit, hvis de nærmere betingelser herfor er opfyldt jf. FUL §§ 15 a og 15 b og ABL §§ 36 og 36 a. I det hele taget har den måde, koncernen strukturerer ejerskabet på, en væsentlig betydning for de skattemæssige konsekvenser.³⁴

4.2.1. *Flere ejere*

Når et selskab fungerer som licens- eller kontraktproducent, kan det i kraft af sin reklame- og marketingindsats bidrage til at udvikle og vedligeholde værdien af immaterielle produktionsaktiver, som ejes af andre selskaber. Spørgsmålet er, om det udviklende selskab herved opnår en medejendomsret til aktivet, eller om det har krav på vederlag for sin indsats.

I dansk ret vil det være de almindelige kriterier for fastlæggelsen af ejendomsretten til immaterielle aktiver, der vil være afgørende for, om der etableres en medejendomsret. Eftersom den danske skatteret anvender det civilretlige ejendomsretsbebeg, vil der normalt ikke blive etableret en medejendomsret til *eksisterende* immaterielle aktiver. Et eksempel på denne retstilstand ses i TfS 2003.363 V, hvor et tysk selskab ikke havde krav på at oppebære en andel af afkastet af goodwill, selvom det havde bidraget til udviklingen heraf.

Med hensyn til patenter kan ejendomsretten tilkomme flere i forening, hvis en opfindelse er gjort i samarbejde mellem flere selskaber. Hvis en licenstag har udviklet en ny teknologi ud fra

³³ Jf. pkt. 6.36-6.39 i kommentarerne til OECD MC, og herom i RR 11 | 2004.40 og RR 12 | 2004.26.

³⁴ Der kan indgås omkostningsfordelingsaftaler eller aftaler om forskning og udvikling på kontrakt i et selvstændigt selskab, jf. SU 1996,348. Se også *Transfer pricing i praksis*, side 157 ff. om klassiske ejerstrukturer, og *Skatteretten 1*, side 657 ff. om immaterielle aktiver og skatteplanlægning.

det licenserede patent, og licensaftalen ikke regulerer spørgsmålet, vil ejendomsretten normalt tilkomme licenstagere. Det betyder også, at hvis licensgiver udtager patent på teknologien, sidestilles det skattemæssigt med en afståelse af opfinderretten.

Når et selskab enten er licenstagere, eller af andre grunde har afholdt udgifter til bevarelse eller udvikling af det pågældende immaterielle aktiv, må det på grundlag af de nærmere omstændigheder afgøres, 1) om selskabet opnår en medejendomsret til det immaterielle aktiv, 2) om selskabet kan anses for at levere en særskilt tjenesteydelse til det koncernforbundne selskab, som er indehaver af det immaterielle aktiv, eller 3) om betalingen for den aktivitet, som bidrager til værdien af det immaterielle aktiv, skal anses for at være indarbejdet i prisen for den kontrollerede transaktion.³⁵

4.3. Overdragelsesformer

De skattemæssige konsekvenser af en overdragelse afhænger af, om ejendomsretten eller blot en brugsret til aktivet overdrages. Ved salg af et aktiv foretages sædvanligvis avancebeskatning, mens det ved overdragelse af en brugsret er hele overdragessummen, der beskattes. Det er derfor væsentligt at fastslå, om der er sket en egentlig afhændelse af aktivet, eller om det blot er en brugs-/udnyttelsesret, der er blevet overdraget.

Hvis der er indgået en licensaftale, vil der typisk være aftalt en løbende ydelse. Der er dog ikke noget til hinder for, at parterne aftaler, at vederlaget skal erlægges som et engangsbeløb, hvilket – afhængig af de nærmere aftalte vilkår – ikke i sig selv omkvalificerer transaktionen til at være en afståelse. Aftales det yderligere, at udnyttelsesretten skal være gældende på ubestemt tid, kan der reelt være tale om afståelse af det pågældende immaterielle aktiv – det må afgøres ud fra de konkrete omstændigheder i det enkelte tilfælde.

Spørgsmålet var aktuelt i TfS 2004.76 H, som angik overdragelse af filmrettigheder.³⁶ Der var indgået tre kontrakter, hvoraf to var tidsbegrænsede til henholdsvis 3 og 4 år, mens den sidste kontrakt ikke var tidsbegrænset. Vederlaget var et engangsbeløb, som skulle betales ved underskrivelse af aftalen. Såvel landsskatteretten som Østre Landsret fandt, at alle tre aftaler udgjorde en afståelse i afskrivningslovens forstand. Derimod fandt Højesteret, at der var tale om en delvis overdragelse.

Afgørelsen må mht. de to aftaler af henholdsvis 3 og 4 års varighed anses for at være i overensstemmelse med den sædvanlige forståelse af afståelsesbegrebet, der kun omfatter overdragelser, som definitivt og endeligt overfører tinglige rettigheder over et aktiv.³⁷ Allerede pga. tidsbegrænsningen var det ikke tilfældet i de to kontrakter. Den tredje aftale var derimod tidsbegrænset, men den indebar ifølge Højesteret ikke en overdragelse af ejendomsretten, idet kontrakten alene omfattede retten til 16 mm fremvisning. Overdragelse af en tidsbegrænset brugsret er dermed ikke nødvendigvis en overdragelse af ejendomsretten til aktivet som sådan. I sagen kunne indehaveren således have overdraget rettigheder til andre former for fremvisning til en anden licenstagere.

En delvis overdragelse mod betaling af royalties vil naturligvis ikke blive accepteret, hvis der er tale om omgåelse. Da de lovbestemte immaterielle rettigheder typisk beskyttes gennem registrering, hvorefter beskyttelsen gælder for et nærmere bestemt åremål, kunne man forestille sig en aftale mellem to koncernforbundne selskaber om en tidsbegrænset overdragelse af et aktiv, hvor kontrakten i realiteten angår hele beskyttelsesperioden. I så fald er der reelt sket en overdragelse af ejendomsretten, idet der ved kontraktens udløb ikke længere eksisterer en beskyttet rettighed. Der er dermed ikke forskel på en overdragelse af ejendomsretten til aktivet og den aftalte licenskontrakt.

³⁵ Jf. SU 2007,292. Det er vanskeligt at vurdere i hvor høj grad, udgifterne har bidraget til aktivernes værdi. Det er et spørgsmål, som hører til værdiansættelsesproblematikken.

³⁶ I denne sammenhæng (licensaftaler) har det ikke betydning, at der var tale om ophavsrettigheder, og ikke industrielle immaterielle aktiver. Dommen er kommenteret i RR 2004.30 SM, og i *Immaterialret – indhold, værdiansættelse og skat*, side 370 f.

³⁷ Jf. *Skatteretten 1*, side 415.

En licensaftale kan indeholde en eksklusiv eller en simpel udnyttelsesret.³⁸ En eksklusiv udnyttelsesret forpligter licensgiver til hverken selv at udnytte retten eller indgå aftale med andre licens-tagere, hvorimod en simpel udnyttelsesret ikke pålægger licensgiver sådanne begrænsninger. Alt efter de nærmere omstændigheder kan en aftale om en eksklusiv udnyttelsesret omkvalificeres til en overdragelse af ejendomsretten.

Det er således ikke altid helt enkelt at afgøre hvilket selskab, der har ejendomsretten til et aktiv, og om ejendomsretten eller blot en brugsret er blevet overdraget. For immaterielle aktiver, som pr. definition er u håndgribelige, er det særligt vanskeligt at konstatere placeringen. Problematikken kompliceres yderligere, når der tilmed indgås aftaler om *R & D cost sharing*, *roundtrip transactions* eller *cost contribution arrangements*.³⁹

5. VÆRDIANSÆTTELSE AF IMMATERIELLE AKTIVER

Det største problem i relation til koncerninterne overdragelser af immaterielle aktiver opstår i forbindelse med værdiansættelsen, hvilket skyldes, at koncernforbundne selskaber har en fælles interesse i (samlet set) at opnå så lav en beskatning som muligt, og de har dermed et incitament til at fastsætte aktivernes pris derefter. Derimod er en prisfastsættelse i forbindelse med en overdragelse mellem uafhængige parter pr. definition udtryk for markedsprisen.

Værdiansættelsen kompliceres yderligere af, at forskellige uafhængige parter ikke nødvendigvis vil nå frem til den samme pris. Der findes med andre ord ikke én eksakt pris, hvilket skyldes, at et aktivs værdi ikke kun afhænger af dets indhold og kvalitet, men også af hvor nyttigt og eftertragtet aktivet er for den potentielle erhverver, særligt i sammenligning med andre aktiver.⁴⁰ Et aktiv kan således have forskellig værdi i forskellige relationer, hvilket afhænger af de nærmere konkrete omstændigheder.

Der kan sondres mellem et aktivs subjektive og dets objektive værdi.⁴¹ Den subjektive værdi er den værdi, som aktivet konkret har for den berørte skatteyder, mens den objektive værdi er udtryk for den almindelige og generelle omsætningsværdi. Det kan vel diskuteres, om der findes en objektiv værdi, når værdien ikke kun afhænger af objektivt observerbare kriterier.⁴² Derfor kan det være nødvendigt at lade en udenforstående og dermed uafhængig person vurdere aktivet, når en objektiv værdi skal fastsættes.⁴³

At et aktiv har en subjektiv værdi, gælder ikke mindst for immaterielle aktiver, som normalt kun har værdi for personer, der kan udnytte dem. Er der eksempelvis tale om et patent, har det typisk ikke værdi for privatpersoner, hvorimod det kan have høj værdi for virksomheder, som producerer varer på baggrund af patentet. Tilsvarende kan aktivet have en værdi for virksomhedens konkurrenter.⁴⁴ Denne værdi kan vurderes ud fra forskellige perspektiver; man kan eksempelvis se på den merindtjening, som konkurrenten ville have haft, hvis det pågældende aktiv ikke eksisterede, eller

³⁸ Jf. Eriksen, side 175.

³⁹ Se herom i OECD Guidelines, Kapitel VIII, *Armstrongdeprincippet & Transfer Pricing*, side 179 ff., SU 2003,51, SU 2003,53 og SU 2007,292. Det falder udenfor formålet med specialet at gennemgå begreberne nærmere her.

⁴⁰ Jf. Andriessen, side 11.

⁴¹ Jf. J. Pedersen i *Festskrift til Ole Bjørn*, s. 417.

⁴² Jf. Andriessen, side 12.

⁴³ Det sker kun sjældent i praksis, jf. OECD Rapport (2006), hvor der står følgende: "A recent survey of European firms reveals that only 12 % of respondents had employed a third party to conduct a patent valuation, despite the view that third parties may be in a better position to conduct a more authoritative, objective assessment that draws upon a broader set of experiences (DLA, 2004)".

⁴⁴ Hvis der er flere konkurrenter, er det heller ikke sikkert, at aktivet har samme værdi for dem.

man kan se på, hvad konkurrenten kunne have tjent, hvis denne ejede aktivet. De to måder at anskue værdien på, giver ikke nødvendigvis det samme resultat.

Ved værdiansættelsen skal interesseforbundne parter i henhold til den internationale skatteret anvende armslængdeprincippet, som findes i artikel 9, § 1 OECD MC.

5.1. Armslængdeprincippet

”OECD member countries consider that an appropriate adjustment is achieved by establishing the conditions of the commercial and financial relations that they would expect to find between independent enterprises in similar transactions under similar circumstances.”⁴⁵

Armslængdeprincippet fastslår altså, at prisen skal fastsættes til det beløb, som uafhængige parter ville være nået frem til under tilsvarende omstændigheder. Princippet gælder i forhold til alle aktiver og for alle overdragelsesformer (salg og licens). Omend det umiddelbart lyder simpelt, giver princippet anledning til store problemer i praksis, særligt når det omhandlede aktiv er immaterielt.

Kravet om at finde frem til et aktivs armslængdeværdi forudsætter, at det kan fastslås, hvordan uafhængige parter ville have handlet under tilsvarende omstændigheder. Det afgørende er altså, at der ikke foreligger en unormal forretningsdisposition. Det betyder dog ikke, at overdragelsen i alle tilfælde skal ske til markedsprisen, idet usædvanlige forretningsvilkår kan være udtryk for en normal forretningsdisposition i den konkrete sammenhæng.⁴⁶ Det er med andre ord ikke afgørende, om der foreligger usædvanlige vilkår objektivt set, men om vilkårene alene er betinget af interessefællesskabet.

Den sammenligning, der er lagt op til, er problematisk, da der ofte ikke findes en sammenlignelig overdragelse mellem uafhængige parter. Ligningen skal således ske på et hypotetisk grundlag, hvor de faktiske forhold erstattes af det, der formodes at ville have været tilfældet, hvis der var tale om uafhængige parter.⁴⁷ Af samme grund bør selskaberne særligt se på den nytte, som det modtagende selskab har af aktivet i sammenligning med andre realistiske alternativer, samt på øvrige faktorer, som er særligt relevante for immaterielle aktiver.⁴⁸ Det drejer sig bl.a. om licenstagers mulighed for at sublicensere eller videreudvikle aktivet.

Som nævnt, er armslængdeprisen ikke et entydigt og indiskutabelt beløb, som kan lægges til grund i enhver henseende, da det at værdiansætte et aktiv ikke er en eksakt videnskab. To analytikere vil derfor sjældent komme frem til den samme værdi. Værdiansættelsen har derimod til hensigt at fremkomme med et rimeligt og sagligt begrundet niveau for et aktivs markedsværdi, men der vil være tale om et skøn, baseret på forskellige relevante kriterier.⁴⁹

Et andet problem ved anvendelsen af armslængdeprincippet knytter sig til selve overdragelsens karakter. Immaterielle aktiver overdrages typisk på baggrund af driftsøkonomiske overvejelser om, hvor det bedst kan betale sig at have det pågældende aktiv placeret. Interesseforbundne parter kan derfor have anledning til at foretage nogle transaktioner, som ikke forekommer mellem uafhængige virksomheder. Af samme grund har interne overdragelser af immaterielle aktiver ofte en anden karakter end overdragelser mellem uafhængige parter.⁵⁰ Koncernen er typisk ikke interesseret i at sæl-

⁴⁵ Jf. Guidelines, pkt. 1.3.

⁴⁶ Jf. Nielsen, side 198. Se også Pedersen 1989, side 322 og *Skatteretten 2*, side 436.

⁴⁷ Jf. Pedersen 1989, side 322.

⁴⁸ Jf. Guidelines, pkt. 6.20.

⁴⁹ Det kommer også til udtryk i OECD's egen formulering: *”... the actual determination of the arm's length price necessarily requires exercising good judgment.”*, jf. Guidelines, pkt. 1.45.

⁵⁰ Et eksempel herpå findes i TfS 1998.396 H, hvor det for Højesteret var afgørende, hvilken værdi nogle gældsbreve måtte antages at have for den revisor, som havde fået gældsbrevene i forbindelse med udtrædelse af et interessentskab. Der blev afholdt syn og skøn for Højesteret, som lagde vægt på, at de konkrete omstændigheder gjorde, at gældsbrevene

ge det immaterielle aktiv til en uafhængig part, men er alene interesseret i at indgå aftale om tidsbegrænsede brugsrettigheder.⁵¹ Det anerkendes da også af OECD, at armslængdeprincippet er svært at anvende, når det er tilfældet, fordi der i så fald er ringe (eller intet) bevis for hvilke vilkår, uafhængige parter ville have aftalt.⁵²

Anvendelse af armslængdeprincippet er endvidere problematisk set i et bredere samfundsmæssigt perspektiv, da der er betydelige fordele forbundet med stordriftsvirksomhed, som medfører lavere omkostninger og dermed større konkurrencedygtighed og lavere priser. I de tilfælde hvor selskaberne overholder armslængdeprincippet og de gældende oplysnings- og dokumentationskrav, kan den økonomiske byrde, der er forbundet med overholdelse af kravene, eliminere eller i hvert fald begrænse stordriftsfordelene.

Omvendt må det erkendes, at det interessefællesskab, der eksisterer mellem koncernforbundne selskaber, giver mulighed for at foretage skattemæssigt u hensigtsmæssige dispositioner. Det er derfor nødvendigt med en effektiv retlig regulering af koncerninterne overdragelser.

5.2. Sammenlignelighedstest

Når armslængdeprincippet anvendes, skal der foretages en sammenligning af vilkårene mellem de koncernforbundne selskaber og uafhængige parter. Det forudsætter imidlertid, at der eksisterer et sammenligningsgrundlag, som er identisk, eller som kan justeres for forskellene. Til brug for vurderingen har OECD opstillet et sammenlignelighedstest, som dog giver nogle særlige problemer i praksis, når det overdragede aktiv er immaterielt. Testet indeholder følgende elementer:⁵³

1. Genstandens karakteristika og egenskaber,
2. Funktionsanalyse,
3. Kontraktvilkårene,
4. De økonomiske omstændigheder såsom markedsvilkår mv., og
5. Parternes forretningsstrategier.

I det følgende gennemgås de problemer, der kan være forbundet med sammenlignelighedstestet, når overdragelsen angår et immaterielt aktiv.

5.2.1. Genstandens karakteristika og egenskaber

Ifølge OECD bør der ved værdiansættelsen af immaterielle aktiver ses på transaktionsformen (licens eller salg), aktivtypen (patent, varemærke eller knowhow), beskyttelsens varighed og grad, samt den forventede nytte (de økonomiske fordele) ved brug af aktivet.

Som påpeget tidligere, er det et problem, at immaterielle aktiver ofte er så forskellige, at det kan være vanskeligt at vurdere hvilke kvantitative justeringer, der er nødvendige og tilstrækkelige. Det er desuden muligt, at forskellene peger i hver deres retning i forhold til justeringen. OECD anfører da også, at det særligt er aktivets nytte, der skal tages i betragtning ved vurderingen af et immaterielt aktiv.⁵⁴

5.2.2. Funktionsanalyse

Sammenligningen baseres på en funktionsanalyse, som søger at identificere og sammenligne aktiviteter, ansvar og risici fordelt mellem de afhængige selskaber. Et selskab, som bærer en særlig stor

ikke var bestemt til eller egnet til omsætning på et almindeligt marked for omsætning af gældsbreve. En værdiansættelse, der byggede på erfaring fra det almindelige kapitalmarked var således af begrænset betydning, da det ville være særdeles vanskeligt at sælge gældsbrevene til udenforstående.

⁵¹ Jf. *Skatteretten 2*, s. 440.

⁵² Jf. Guidelines, pkt. 1.10.

⁵³ Jf. Guidelines, pkt. 1.17-1.35. Se også pkt. 6.20-6.22 om særlige forhold for immaterielle aktiver, samt SU 1996,348, LV 2009-1, S.I.2.7.1. og *Transfer pricing i praksis*, side 126.

⁵⁴ Jf. Guidelines, pkt. 6.15.

risiko i forbindelse med forskning og udvikling af patenterbare opfindelser, kan derfor fastsætte en højere pris, end et selskab, der ikke bærer en særlig stor risiko.⁵⁵ Hvis det er aftalt, at et af selskaberne skal stå for udviklingsdelen, og at opfindelserne efterfølgende skal anvendes i de øvrige selskaber, bærer det udviklende selskab en høj risiko, hvilket parterne skal tage i betragtning ved værdiansættelsen.

I relation til varemærker, der overdrages på licens, afhænger den royaltyafgift, som licenstagere skal betale, til dels af en vurdering af de to selskabers forskellige funktioner. Til en vis grad afhænger værdien af ejerens ry for kvalitet i produktion og udførelse af services, og af hvor godt dette rygte fastholdes. Værdien afhænger dog også af hvor effektivt, varemærket promoveres i de markeder, hvor det bliver brugt. I visse tilfælde kan værdien for licensgiver således øges som resultat af licenstagernes indsats og udnyttelse.⁵⁶ Den licenstagere, som har afholdt sådanne markedsføringsomkostninger, må kompenseres for sit bidrag til at beskytte, vedligeholde og udvikle rettighederne.⁵⁷ Der kan således være god grund til, at royaltyafgiften er fastsat lavere, end en umiddelbar vurdering giver grundlag for.

5.2.3. Kontraktvilkårene

Ovennævnte fordeling af ansvar, risici og fordele mellem aftaleparterne fremgår normalt af en kontrakt. Koncernforbundne selskaber har dog ikke nødvendigvis divergerende interesser, som normalt sikrer, at parterne holder hinanden op på de aftalte kontraktvilkår, og det er derfor vigtigt at undersøge, om virkeligheden stemmer overens med kontraktvilkårene.

Hvis der ikke er indgået koncerninterne aftaler, fastlægges vilkårene så vidt muligt ud fra parternes faktiske handlemåde og almindelige økonomiske principper.

5.2.4. De økonomiske omstændigheder

Et aktiv kan have forskellige armslængdepriser på forskellige markeder. Det er derfor vigtigt, at markederne for henholdsvis den kontrollerede og den uafhængige transaktion er sammenlignelige, og at eventuelle forskelle ikke har en effekt på prisen, eller at der i forbindelse med sammenligningen kan korrigeres herfor.⁵⁸

Hvis de to transaktioner ikke er foretaget på det samme marked, kan det være overordentligt svært at fastslå, om markederne er tilstrækkeligt ens, da mange forskellige faktorer har betydning for sammenligneligheden. Ved vurderingen må der lægges vægt på den geografiske beliggenhed, markedets størrelse, graden af konkurrence, om der findes substitutionsvarer, niveauet for udbud og efterspørgsel for hele markedet og for særlige regioner, købekraft, statsregulering af markedet, omkostningsniveauet for jord, arbejdskraft og kapital, transportomkostninger, markedsniveauet, tidspunkt for transaktionerne osv. Disse faktorer kan meget vel trække i forskellige retninger, og det kan derfor være meget vanskeligt at afgøre hvilke justeringer, der er passende, før en sammenligning kan foretages.

For immaterielle aktiver findes der sjældent et definerbart marked. Det hænger sammen med, at det ofte er vanskeligt at vurdere aktivernes indkomstpotentiale på overdragelsestidspunktet, og at koncernen derfor ikke er interesseret i at sælge sine immaterielle aktiver til uafhængige personer. At klarlægge de økonomiske omstændigheder og justere dem, så de svarer til omstændighederne for en uafhængig overdragelse, kan således være meget svært.

⁵⁵ Jf. Guidelines, pkt. 1.23.

⁵⁶ Jf. Guidelines, pkt. 6.9.

⁵⁷ Jf. *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, side 188.

⁵⁸ Jf. Guidelines, pkt. 1.30.

5.2.5. *Forretningsstrategier*

Målet med at tage højde for virksomhedernes forretningsstrategier er at klarlægge, i hvilket omfang forskellige faktorer, som eksempelvis offensiv markedsføring eller udvidelse af en virksomhed, har betydning for prisen og vilkårene. Særligt placeringen af koncernens immaterielle aktiver kan være et vigtigt led i forretningsstrategien.

Eksempelvis kan koncernen have placeret al forskning og udvikling af patenterbare opfindelser i ét selskab. Ved prisfastsættelsen af aktiverne eller brugsrettighederne hertil skal det tages i betragtning, at forretningsstrategien medfører, at det pågældende selskab bærer alle omkostninger og den fulde risiko i forbindelse med forskningen, hvilket som tidligere nævnt kan berettige til, at prisen er højere end i en uafhængig transaktion, hvor risikofordelingen ser anderledes ud.

Selvom forretningsstrategien har betydning for prisfastsættelsen, er det meget svært at afgøre graden heraf i praksis. Som i eksemplet kan det tænkes, at forretningsstrategien medfører, at der kan kræves en højere pris i en given transaktion, men da en forretningsstrategi ikke kan kvantificeres tilstrækkeligt, er det meget svært at afgøre, hvor meget højere prisen må være.

Selv hvis det er muligt at vurdere, om et aktiv er mere værd end et andet, er det yderst vanskeligt at kvantificere denne forskel og dermed foretage en nogenlunde præcis værdiansættelse.

5.3. **OECD's anbefalinger**

Generelt anbefaler OECD følgende 5 transfer pricing metoder, når aktiver overdrages mellem koncernforbundne selskaber:⁵⁹

- 1) Den fri markedsprismetode
- 2) Videresalgsprismetoden
- 3) Kostpris plus avancemetoden
- 4) Avancefordelingsmetoden
- 5) Den transaktionsbestemte nettoavancemetode

Man sonder normalt mellem transaktionsbaserede metoder og øvrige metoder.⁶⁰ Fælles kendetegn for de transaktionsbaserede metoder er forudsætningen om, at der findes et sammenligningsgrundlag i form af en sammenlignelig transaktion mellem uafhængige parter. Af ovennævnte er de tre første metoder transaktionsbaserede.

Overordnet set anbefales de samme metoder i relation til immaterielle aktiver som til værdiansættelse af andre aktiver, men anbefalingerne suppleres af nogle særlige betragtninger for immaterielle aktiver.⁶¹

Hvilken metode, man bør avende, afhænger af de konkrete omstændigheder, herunder det foreliggende sammenligningsgrundlag. Normalt vil det være tilstrækkeligt at vælge én metode, men i tilfælde, hvor det ikke kan antages at være tilstrækkeligt, bør skattemyndighederne efter OECD's opfattelse være fleksible og tillade anvendelse af flere metoder i forening.⁶²

I det følgende vil de enkelte metoder og problemerne ved deres anvendelse blive gennemgået.

5.3.1. *Den fri markedsprismetode (CUP-metoden)*

⁵⁹ Jf. Guidelines, Kapitel II og III. Metoderne er bl.a. gennemgået i *Transfer pricing i praksis*, side 105 ff. og i *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, side 147 ff.

⁶⁰ I OECD Rapport (2006) sondres der mellem kvalitative og kvantitative metoder. Førstnævnte anvendes primært til virksomheders interne ledelse og styring.

⁶¹ Jf. Guidelines, Kapitel VI.

⁶² Jf. Guidelines, pkt. 1.69.

Ved anvendelse af CUP-metoden foretages en sammenligning af prisen i den kontrollerede transaktion med prisen i en sammenlignelig ukontrolleret transaktion, foretaget under sammenlignelige omstændigheder. Generelt er dette den foretrukne metode ved aktivoverdragelser.⁶³

Metoden kan anvendes, hvis selskabet har overdraget det samme aktiv til en uafhængig part, eksempelvis hvis et immaterielt aktiv licenseres til flere forskellige personer. Det sker dog kun i undtagelsestilfælde, idet man typisk ønsker at bevare ejerskabet (og kendskabet) til de immaterielle aktiver indenfor koncernen, når det forventes, at aktivet har et indkomspotentiale.

Metoden kan også anvendes, hvis et tilsvarende aktiv er blevet overdraget mellem andre uafhængige parter. I så fald må det undersøges, om værdien af aktiverne i de to transaktioner er den samme, eller om aktivernes karakteristika, markedet eller andre forhold er så forskellige, at der skal justeres herfor. Justeringen kan dog være vanskelig, da kvalitative forskelle er svære at kvantificere.

Hertil kommer, at markedsprisen ikke nødvendigvis er den samme for uafhængige personer som for interesseforbundne parter. Vælger selskabet således at sælge aktivet til en uafhængig part, vil aftalen tage højde for aktivets potentiale, hvilket kan medføre en højere pris. Samme forhold gør sig ikke gældende for koncerninterne overdragelser, da overdrageren som følge af interessefællesskabet ikke har samme interesse i at sikre sig betaling for indkomspotentialet. Ikke desto mindre er kravet, at koncernforbundne selskaber skal handle på objektive markedsvilkår.

5.3.2. Viderealgprismetoden

Viderealgprismetoden finder anvendelse, når den koncerninterne overdragelse er sket, inden aktivet er blevet viderealg eller sublicenseres til en uafhængig person.⁶⁴ Også ved viderealg af varer, som indeholder immaterielle rettigheder, kan metoden anvendes.

Udgangspunktet tages i den pris, som koncernen har fået for aktivet ved overdragelse til en uafhængig part. Herfra trækkes en passende bruttoavance, og det tilbageværende beløb er så udtryk for armslængdeprisen.⁶⁵

Metoden lægger vægt på de funktioner og risici, som parterne tager ved overdragelsen, og den er designet til anvendelse på salgsvirksomheders overdragelse af materielle aktiver, primært varer. Da et salg af det immaterielle aktiv har en helt anden karakter i interne henholdsvis eksterne relationer, er der tale om forskellige økonomiske omstændigheder, og metoden er derfor sjældent anvendelig ved videreoverdragelse af immaterielle aktiver.

I praksis er metoden derimod anvendelig, når et aktiv sublicenseres til uafhængige personer.⁶⁶ Her kan den pris, der tilbydes den uafhængige licenstag, sammenlignes med prisen i den kontrollerede transaktion.

5.3.3. Kostpris plus avancementetoden

Denne metode kan anvendes, hvis et selskab har købt det immaterielle aktiv af en uafhængig person, hvorefter det viderealg til et koncernforbundet selskab. Ligesom ved anvendelse af viderealgprismetoden sammenlignes de to transaktioner. Der skal herved tages højde for tidsforskellen og de ændringer eller den udvikling, som aktivet i mellemtiden er undergået.

Metoden kan for så vidt også bruges, når det overdragende selskab selv har udviklet det immaterielle aktiv. I så fald tages der udgangspunkt i udviklingsomkostningerne. I disse tilfælde kan metoden dog give et billede, som ikke er retvisende, idet udviklingsomkostningerne og det immaterielle aktivs værdi ikke nødvendigvis har nogen sammenhæng. Et varemærke kan i princippet være tegnet på 5 minutter, men som følge af brug, markedsføringsindsats mv. er det blevet et kendetegn for de

⁶³ Jf. Guidelines, pkt. 2.7.

⁶⁴ Jf. Guidelines, pkt. 6.23.

⁶⁵ Jf. Dokumentationsvejledningen, Bilag 4, pkt. 2.

⁶⁶ Jf. Guidelines, pkt. 6.23.

pågældende varer. I det tilfælde er der ikke en sammenhæng mellem udviklingsomkostningerne og varemærkets værdi. Metoden vil muligvis give et mere retvisende billede, hvis det immaterielle aktiv er et patent, men også i de tilfælde må det holdes for øje, at der ikke nødvendigvis er en sammenhæng.

Af samme grund er metoden da også ifølge den danske dokumentationsvejledning⁶⁷ mindre velegnet ved værdifulde immaterielle aktiver. Dette udsagn bør ikke begrænses til værdifulde aktiver, da det altid vil være sådan, at værdien ikke uden videre er givet ud fra de omkostninger, der er forbundet med udvikling heraf. Forskellen på metodens resultat og den reelle armslængdepris er naturligvis større, hvis der er tale om særligt værdifulde aktiver, men hvis man ikke med en vis grad af sikkerhed har fundet frem til armslængdeværdien, bør metoden ikke anvendes, uanset om aktivet er mere eller mindre værdifuldt.

5.3.4. Profit split metoden

Hvis flere selskaber bidrager til en kontrolleret transaktion med værdifulde immaterielle aktiver, kan profit split metoden være anvendelig.⁶⁸ Metoden bør dog kun anvendes som en sidste udvej, når det ikke er muligt at finde sammenlignelige data til at anvende en af de øvrige metoder. I relation til immaterielle aktiver er metoden relevant, når flere selskaber sammen har udviklet et aktiv. Det kan eksempelvis være et varemærke, som er skabt og udviklet gennem brug i flere forskellige selskaber, eller et patent, som er blevet udviklet i et kontraktforskningsprojekt med flere deltagende selskaber.

Først skal indtjeningen og dermed nettooverskuddet identificeres. Herefter deles profitten mellem de deltagende selskaber. Fordelingen skal ske på baggrund af et velbegrunder økonomisk fundament, ud fra hvilket det kan vurderes, hvad uafhængige samvirkende personer ville være nået frem til. I lighed med anvendelse af videresalgsmetoden foretages en funktionsanalyse, og målet er at finde frem til parternes relative andel af værdien på baggrund af deres bidrag ved at sammenligne med tilgængelige og troværdige eksterne markedsdata. Disse markedsdata kan eksempelvis være procentvise fordelinger, som er observeret blandt uafhængige virksomheder i et sammenligneligt joint venture. I den forbindelse må også vilkårene og arbejdsfordelingen tages i betragtning. Profit split metoden kan altså anvendes, når der er tvivl om ejerforholdene i relation til de immaterielle aktiver, som selskaberne har udviklet i samarbejde.

Det må holdes for øje, at parterne ikke på tidspunktet for aftalens indgåelse vidste, hvor stor den endelige profit ville blive.⁶⁹ Afgørende bliver således, hvad uafhængige parter ville have forventet på aftaletidspunktet, og ikke hvor stort overskuddet faktisk bliver.

5.3.5. Den transaktionsbestemte nettoavancemetode

Denne metode tager udgangspunkt i det opnåede nettooverskud sat i forhold til en relevant basis, som eksempelvis omsætning, omkostninger eller aktiver.⁷⁰ Denne nettooverskudsgrad sammenlignes med nettooverskuddet i en sammenlignelig kontrolleret transaktion. Ideelt set skal sammenligningen – som ved CUP- og videresalgsmetoden – ske med selskabets egen overdragelse til en uafhængig part. Hvor en sådan ikke foreligger, må der sammenlignes med den nettoavance, som et uafhængigt selskab ville have opnået.

Metoden nævnes i de generelle anbefalinger om værdiansættelse i OECD Guidelines, men ikke i forbindelse med immaterielle aktiver. Den kan da heller ikke umiddelbart anvendes i disse situationer, da det immaterielle aktivs værdi ikke nødvendigvis kan fastsættes på grundlag af en sådan ba-

⁶⁷ Jf. Dokumentationsvejledningen, Bilag 4, pkt. 3.3.

⁶⁸ Jf. Guidelines, pkt. 3.5-3.25 og SU 2007,292. OECD giver ikke en udtømmende beskrivelse af de måder, hvorpå profit split metoden kan anvendes, Det afhænger af de konkrete omstændigheder og den tilgængelige information.

⁶⁹ Jf. Guidelines, pkt. 3.12.

⁷⁰ Jf. Guidelines, pkt. 3.26-3.48.

sis. Metoden er derimod blevet brugt i praksis i forhold til royaltybetalinger, når det har været muligt at identificere og værdiansætte en afgrænset funktionalitet.⁷¹

5.3.6. *Vurdering*

OECD anbefaler som nævnt ikke generelt én metode i relation til immaterielle aktiver, idet metodevalget bør afhænge af metodernes relative troværdighed, og af den kvalitet, som den tilgrundliggende information har. Derfor kan ingen af ovennævnte metoder anvendes som generel standard, hvilket umiddelbart gør værdiansættelsesprocessen fleksibel for selskaberne, som selv kan vurdere hvilken metode, der er bedst egnet.

Blandt de nævnte metoder er primært CUP-metoden, den transaktionsbaserede nettoavancemetode og profit split metoden anvendelige i praksis. Videresalgsprismetoden kan dog tænkes anvendt, hvis aktivet sublicenseres til en uafhængig person.

Når et selskab overdrager varer under et varemærke, kan CUP-metoden anvendes, idet der sammenlignes med transaktioner af tilsvarende varer, der ikke bærer det pågældende varemærke. Som fremhævet af OECD⁷², er det dog vigtigt at være opmærksom på, om varerne reelt handles i det samme marked, hvilket ikke nødvendigvis er tilfældet, hvis varemærket har en meget dominerende markedsposition. Hvis potentielle købere ikke betragter varerne som substituerende, er der tale om forskellige markeder.

Et problem, som opstår i relation til de transaktionsbaserede metoder og den transaktionsbaserede nettoavance metode, er, at der ikke altid findes et sammenligningsgrundlag. I så fald kan profit split metoden muligvis anvendes, men denne metode tager udgangspunkt i de omkostninger, der er medgået til udvikling af aktivet. Omkostningerne har ikke nødvendigvis nogen sammenhæng med indkomspotentialet og aktivets værdi, og metoden giver derfor ikke nødvendigvis et realistisk billede af armslængdeprisen.

En mulighed er at anvende flere metoder og herefter anlægge en gennemsnitsbetragtning. Dermed opnås en højere grad af sikkerhed i værdiansættelsen. Omvendt er det en ret ressourcekrævende proces, og fremgangsmåden løser ikke problemerne med anvendelse af metoderne, da det under alle omstændigheder er en forudsætning, at der er et sammenligningsgrundlag.

Uklarhederne omkring værdiansættelsen skaber en vis usikkerhed, idet selskaber, som reelt har forsøgt at handle i overensstemmelse med armslængdeprincippet, risikerer, at den fastsatte pris alligevel korrigeres af skattemyndighederne.⁷³ Det kan medføre en ændret skatteansættelse og dermed en ubehagelig overraskelse i form af en ekstra skatteregning.

5.4. **Kombinerede transaktioner og pakkeaftaler**

Værdiansættelsen skal som udgangspunkt ske for de enkelte immaterielle aktiver hver for sig, men OECD anerkender, at der er tilfælde, hvor transaktioner er så tæt forbundne (successive), at det ikke kan lade sig gøre, hvilket kan være tilfældet for overdragelse af brugsretten til immaterielle aktiver.⁷⁴ Eksempelvis kan knowhow være tæt knyttet til et patent, og ved en samlet overdragelse af de to aktiver, kan det være svært at vurdere, hvor grænsen mellem en almindelig vejledning til anvendelse af patentet og knowhow går. Tilsvarende kan det være svært at adskille knowhow fra en tjenesteydelse. Et eksempel på en tæt sammenhæng mellem aktiverne findes i TfS 2001.729 Ø, hvor en aftalt betaling for knowhow, som bl.a. skulle effektueres ved levering af teknisk bistand, i sin hel-

⁷¹ Jf. *Transfer pricing i praksis*, side 164 om anvendelse af et benchmark. Se også Dokumentationsvejledningen, Bilag 4, pkt. 5.3.

⁷² Jf. Guidelines, pkt. 6.25.

⁷³ Skattemyndighederne skal dog tage udgangspunkt i den transfer pricing metode, som skatteyderen har anvendt ved prisfastsættelsen, jf. Guidelines, pkt. 4.9. og *Transfer pricing i praksis*, side 107.

⁷⁴ Jf. Guidelines, pkt. 1.42 og 6.18.

hed blev behandlet som knowhow, idet den tekniske bistand ifølge Østre Landsret måtte betragtes som en tillægsforpligtelse.

Det accepteres ligeledes, at selskaberne fastsætter en samlet pris for varer og det immaterielle aktiv, så der ikke også skal betales en royaltyafgift.⁷⁵ Det kan være relevant, hvor der sker en overdragelse af varer under et varemærke.

Hvis der er indgået en pakkeaftale, hvorved flere aktiver overdrages samlet, kan det være svært at vurdere den samlede pakke, og i så fald må de enkelte elementer udskilles og vurderes i overensstemmelse med armslængdeprincippet.⁷⁶ Overdrages således patenter, knowhow og varemærker samlet, skal det opgøres, hvor stor en del af købesummen, der relaterer sig til hvert enkelt aktiv. Alligevel bør skattemyndighederne ifølge OECD efterfølgende overveje, om den samlede pris er på armslængdevilkår. Det kan da også være helt legalt at have aftalt en lavere (samlet) pris ved overdragelse af flere aktiver, hvis bare rabatten er i overensstemmelse med, hvad uafhængige parter ville have aftalt i en tilsvarende situation.⁷⁷

Ved kombinerede transaktioner og pakkeaftaler kompliceres værdiansættelsen således yderligere, idet aktiverne som udgangspunkt skal kunne adskilles og værdiansættes separat. Som i alle andre tilfælde er det overvejende kriterium, at parterne handler i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Hermed gives imidlertid ikke meget vejledning til koncernselskaberne i de tilfælde, hvor der ikke findes en sammenlignelig transaktion.

5.5. Værdiansættelse i praksis

I det følgende vil der blive set nærmere på dansk henholdsvis amerikansk ret og praksis. Begge lande følger i vidt omfang OECD's retningslinjer, men med hensyn til den amerikanske retstilstand gør nogle særlige forhold sig gældende. USA har i øvrigt været et foregangsland på transfer pricing området, og det er derfor relevant at se på, om der findes nogle metoder eller fremgangsmåder, som OECD (og Danmark) bør overveje at tage til sig.

5.5.1. Danmark

I forarbejderne til lov nr. 432 af 26. juni 1998, som indførte transfer pricing reglen i LL § 2, anføres det, at det er et internationalt anerkendt princip, at parterne skal handle på armslængdevilkår, og at Danmark har tilsluttet sig OECD Guidelines. Det fremgår da også af praksis, at OECD's kommentarer tillægges stor betydning, jf. TfS 1993.7 H, hvor der udtrykkeligt henvises hertil.

De danske regler tager således udgangspunkt i OECD's metoder og retningslinjer. Der er dog ikke noget til hinder for at anvende en metode, som ikke er anbefalet af OECD, hvis den kan bruges til at finde frem til armslængdeprisen. Det væsentlige er resultatet, ikke metoden.

Alle aktiver, der har en værdi, kan være genstand for beskatning. I TfS 2001.965 LSR blev en vederlagsfri mælkekvote således anset for skattepligtig efter SL § 4, uanset en påstand om, at den ikke var noget værd. Det var således blevet påberåbt, at eftersom kvoten ikke kunne sælges tidligere end 5 år fra tildelingstidspunktet, var der tale om et immaterielt aktiv uden realisationsværdi, og det kunne derfor ikke værdiansættes. Ifølge landsskatteretten kunne mælkekvoten dog prisfastsættes efter Kvotebørsen.

Afgørende for værdiansættelsestidspunktet er selskabernes aftale, forudsat at den er i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Hvis uafhængige parter ville have fastsat et royaltyafgiftsbe-

⁷⁵ Jf. Guidelines, pkt. 6.17, hvor det dog nævnes, at et opdeling kan være nødvendig i lande, som opererer med indeholdesskat for royaltybetalinger.

⁷⁶ Jf. Guidelines, pkt. 1.43.

⁷⁷ Fremgangsmåden bør ligeledes anvendes, når aktiverne skal behandles forskelligt i national skattemæssig sammenhæng, jf. Guidelines, pkt. 1.44.

løb, som skal betales månedsvi i løbet af de næste 5 år, er det armlængdeprisen. At koncernforbundne selskaber skal handle i overensstemmelse med, hvordan uafhængige parter måtte forventes at handle i samme situation, betyder netop ikke, at den endelige prisfastsættelse absolut skal ske på aftaletidspunktet. Hvis uafhængige parter ville have indgået aftale om en slags trappe-klausul, hvor royaltysafgiften stiger løbende, eller om genoptagelse af aftaleforhandlingerne efter et år, er en tilsvarende aftale mellem koncernforbundne selskaber naturligvis på armlængdevilkår.

Beskatningspligten indtræder på retserhvervelsestidspunktet. Det gælder, uanset om beløbet rent faktisk betales, jf. TfS 1990.214 H, hvor Højesteret afgjorde, at et moderselskab skulle beskattes af en licensafgift, som det havde ret til at oppebære, uanset at datterselskab ikke havde betalt pga. økonomiske vanskeligheder. Spørgsmålet om, hvornår et selskab har erhvervet ret til en betaling, var til prøvelse i TfS 2001.729 Ø, hvor en licensgiver havde erhvervet endelig ret til betaling for knowhow på betalingstidspunktet i 1993, uanset at der i tilknytning til overførslen skulle ydes teknisk bistand, som først blev tilendebragt i 1995. Her blev aftalen ligeledes lagt til grund, og retserhvervelsestidspunktet var derfor det faktiske betalingstidspunkt.

Til illustration af den i praksis anvendte fremgangsmåde kan der ses nærmere på et internationalt anerkendt revisionselskab⁷⁸, som anvender 3 forskellige metoder ved værdiansættelsen af immaterielle aktiver:

1. Omkostningsmetoden
2. Markedsmetoden
3. Indkomstmetoden

Omkostningsmetoden er baseret på de historiske omkostninger, der er medgået til at udvikle aktivet. I praksis kan det dog være svært at finde frem til disse omkostninger. Er der eksempelvis tale om et varemærke, der er blevet promoveret gennem mange år, er det svært at opgøre omkostningerne. Desuden er det generelt problematisk at vurdere et immaterielt aktivs værdi på baggrund af de omkostninger, man har haft ved at skabe og udvikle det, da aktivets værdi ikke nødvendigvis kan vurderes på baggrund af omkostningerne til dets udvikling, markedsføring mv.

Ved anvendelse af markedsmetoden foretages en sammenligning med den relative pris, som et tilsvarende aktiv på markedet er blevet solgt til. Metoden er transaktionsbaseret, og i lighed med OECD's metoder lider markedsmetoden af den svaghed, at det kan være svært at finde et tilstrækkeligt godt sammenligningsgrundlag.

Indkomstmetoden, som også kaldes nutidsmetoden, er udtryk for, at foretages en tilbagediskontering af de forventede fremtidige royaltysbetalinger. Denne metode findes i flere forskellige varianter, eksempelvis IPScore, The Interbrand Approach, som specifikt er rettet mod varemærker, og merindtjeningsmetoden.⁷⁹

Som i andre sagstyper kan der i en retssag, der drejer sig om vurdering af immaterielle aktiver, være behov for at inddrage sagkyndige personer. Dommeren besidder ikke i kraft af sin juridiske uddannelse og erfaring denne særlige sagkundskab, og hvis der findes kutymere mv. i den pågældende branche er der god grund til at konsultere personer, der kender til disse. Et eksempel på udmeldelse af syn og skøn findes i TfS 2006.634 Ø, hvor et moderselskab havde betalt en royaltysafgift på 6 % af den samlede omsætning til sit datterselskab for retten til at producere, markedsføre og forhandle datterselskabets produktsegment. Moderselskabet havde endvidere betalt et *management-fee* på yderlige-

⁷⁸ Price WaterHouse Coopers, <http://www.pwc.com/extweb/pwcpublishings.nsf/docid/5dfe29b17f2a465980256b0500548c2b>. Metoderne svarer til de kvantitative metoder, som anbefales i OECD Rapport (2006), og som omtales i SU 2004,83.

⁷⁹ Jf. SU 2004,83. Indkomstmetoderne anvendes ofte, når en varemærkerettighed er blevet krænket, og opdragsgiveren har krav på erstatning.

re 6 % for retten til at gøre ubegrænset brug af alle datterselskabets ledelsesressourcer indenfor produktion, administration, markedsføring og salg. Under Landsskatterettens behandling blev der udmålt syn og skøn, hvilket imidlertid ikke blev lagt til grund ved Landsskatterettens afgørelse. Derimod lagde Østre Landsret syns- og skønserklæringen til grund. Der blev lagt vægt på, at erklæringerne ikke anfægtede rimeligheden af de beløb, der var afregnet i henhold til aftalen, og at beløbsstørrelserne ikke afveg fra, hvad uafhængige parter kunne forventes at aftale. Værdiansættelsen blev således nærmere foretaget ud fra et skøn end med udgangspunkt i egentlige beregningsmodeller.

En afgørelse, som ligeledes peger i retning af, at der snarere foretages et skøn end en beregning findes i TfS 1990.298 LSR, hvor et dansk datterselskab havde betalt en royalty på 4 % af sin omsætning til et udenlandsk moderselskab. Til gengæld herfor skulle datterselskabet modtage diverse ydelser fra koncernen, herunder navnlig licenser, tegninger, oplysninger om forbedringer og nærmere angivne enerettigheder vedrørende selskabets hovedprodukt. Skattemyndighederne i Danmark ville ikke anerkende royaltybeløbet. Landsskatteretten fandt, at det afgørende måtte være, om de omhandlede royalties stod i rimeligt forhold til værdien af modydelserne. Retten fandt det godtgjort, at de erlagte royaltybeløb havde været modsvaret af ydelser fra koncernen, og man fandt det ikke sandsynliggjort, at selskabet havde været underlagt vilkår, der afveg fra dem, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender. Der var derfor ikke tilstrækkeligt grundlag for at nægte selskabet fradrag for de omhandlede royalties.

Det fremgår, at armslængdeprincippet anvendes i praksis, og at der foretages en driftsøkonomisk vurdering af royaltybetalingerne. Herved er det afgørende, dels om der er en driftsmæssig begrundelse for værdiansættelsen, dels om der er en sammenhæng mellem royaltyudgifterne og de immaterielle aktiver.⁸⁰

TfS 2002.825 LSR drejede sig om et dansk selskabs fradrag for royaltybetalinger. Det danske selskab, som ikke havde foretaget selvstændige forsknings- og udviklingsaktiviteter, havde bl.a. betalt royaltyafgift til B Corp., som ejede samtlige koncernens immaterielle aktiver. Modydelsen var retten til at bruge koncernens varemærker og til at anvende nuværende og fremtidige danske patenter, mønstre mv. I 1988 blev der indgået en ny aftale, hvorefter royaltybetalingen steg fra 5 % til 7 % af salgsprisen af det danske selskabs koncerneksterne salg. Tilsvarende aftaler var indgået med koncernens øvrige selskaber. Told- og Skattestyrelsen foretog en funktionsanalyse og konstaterede, at en uafhængig part næppe ville have betalt for både forskning og udvikling af et produkt samt for brugsrettigheden til det samme produkt uden at få en ejerandel i det. Landsskatteretten henviste til TfS 1990,298, hvorefter det afgørende for fradragsretten var, om royaltybetalingerne stod i et rimeligt forhold til værdien af modydelserne. Retten fandt dette tilstrækkeligt godtgjort, og royaltyafgiften havde således været forretningsmæssigt begrundet. Det blev endvidere fundet sandsynliggjort, at filialen ikke havde været underlagt vilkår, der afveg fra vilkår, som uafhængige parter ville have aftalt. Ved vurderingen blev der bl.a. lagt vægt på, at der med indgåelse af de nye aftaler i 1988, blev stillet yderligere ydelser til rådighed, og at disse måtte antages at have haft en nytteværdi for det modtagende selskab. Der kunne ikke stilles krav om, at selskabet skulle sandsynliggøre en konkret nytteværdi af de enkelte ydelser. Der blev også lagt vægt på, at hvis der havde været tale om en uafhængig part, skulle selskabet også have betalt for de omkostninger, der havde været ved forbedringer af produktionsapparatet og udvikling af nye produkter.

Det ses, at OECD Guidelines anvendes i Danmark. Det gælder ikke kun i forbindelse med tvister for Landsskatteretten og domstolene, men også i det omtalte revisionselskabs praksis, som tager udgangspunkt i de kvantitative metoder, som OECD anbefaler i sin rapport fra 2006.

⁸⁰ Jf. Pedersen 1998, side 234.

Domstolene tager udgangspunkt i, dels om der er ydet en modydelse, og dels hvad uafhængige parter kunne forventes at aftale. OECD's metoder er ikke nævnt i afgørelserne, hvilket hænger sammen med, at det er skattemyndighederne, der har bevisbyrden for, at den fastsatte pris ikke er i overensstemmelse med armslængdeprincippet. For domstolene er der reelt tale om en skønmæssig vurdering af, om skattemyndighedernes korrektion er berettiget. I TfS 2006.634 Ø blev der således udmålt syn og skøn, hvilket blev lagt til grund af Østre Landsret. Ved royaltybetalinger foretages en vurdering af, om modydelse har haft en nytteværdi for det modtagende selskab, jf. TfS 2002.825 LSR, hvilket er i overensstemmelse med OECD's anbefalinger.⁸¹

5.5.2. USA⁸²

Den generelle amerikanske transfer pricing regel, som gælder ved overførsel af alle former for aktiver, findes i Interval Revenue Code, Section 482 samt i de dertil hørende Treasury Regulations § 1.482. Formålet med reglerne er at sikre en korrekt fordeling af indkomsten i en kontrolleret transaktion, og armslængdeprincippet gælder også her.

Desuden findes der en særlig regel, som kun gælder for immaterielle aktiver, jf. Sec. 482, sidste punktum. Denne bestemmelse er indsat med henblik på at forhindre overførsel af immaterielle aktiver til lavskattelande til en lav pris uden hensyntagen til dets fremtidige indtjening, jf. Treas. Reg. § 1.482-4(f).⁸³

Transfer pricing reglen i Sec. 482 bygger på, at det kan være svært at finde frem til identiske eller lignende transaktioner, og en vurdering af en kontrolleret transaktion skal derfor foretages ved brug af en prisfastsættelsesmetode efter princippet *best method rule*. Denne regel indebærer, at parterne skal foretage en analyse under alle metoder for at fastlægge hvilken metode, der giver det bedste resultat.⁸⁴ Da der ikke gælder en almen anvendelig prioritering af metoderne, må skatteyderen principielt foretage en analyse og vurdering af alle anerkendte transfer pricing metoder for at sikre sig den mest pålidelige bedømmelse. Der skal i den forbindelse lægges vægt på to kriterier: 1) i hvilken grad den kontrollerede transaktion kan sammenlignes med en ukontrolleret transaktion, og 2) kvaliteten af det materiale og de formodninger, der anvendes ved sammenligningen.⁸⁵

I overensstemmelse med OECD's anbefalinger anvendes den transaktionsbaserede CUP metode, hvorimod videresalgsmetoden og kostpris plus avance-metoden ikke kan anvendes ved overdragelse af immaterielle aktiver.⁸⁶ Også profitbaserede metoder, som kaldes *Comparable Profit Split* metoden og *Residual Profit Split* metoden, kan bruges.⁸⁷ Ligeledes kan uspecificerede metoder anvendes, hvis de opfylder kravene til sammenlignelighed og pålidelighed.⁸⁸

Da det anerkendes, at armslængdeprisen ikke er én bestemt værdi, accepteres en pris, hvis den falder indenfor for et passende interval af priser, som kan findes ved sammenligning med flere sammenlignelige transaktioner eller selskaber, jf. Treas. Reg. 1.482-1(e).⁸⁹ Hvis prisen falder uden-

⁸¹ Jf. Guidelines, pkt. 6.15.

⁸² Formålet med dette afsnit er at se på de principper, som anvendes i relation til transfer pricing i USA. Intentionen er således ikke at give en detaljeret beskrivelse af de i øvrigt komplicerede regler.

⁸³ Jf. Dam, side 675 ff.

⁸⁴ Jf. Reilly, side 544 og *Transfer pricing i praksis*, side 107. En sådan regel gælder ikke ifølge OECD, som i pkt. 4.9. i sine retningslinjer netop fremhæver, at skattemyndighederne ved ligningen skal tage udgangspunkt i den transfer pricing metode, som den pågældende skatteyder har valgt.

⁸⁵ Jf. Dam, side 621 f.

⁸⁶ Jf. Treas. Reg. § 1.482-4(c)(2), jf. § 1.482-4(a)(1) og Dam, side 673.

⁸⁷ Jf. Treas. Reg. § 1.482-5, jf. § 1.482-4(a)(2) og Treas. Reg. § 1.482-6, jf. § 1.482(a)(3). Metoderne svarer stort set til OECD-metoderne; Profit Split metoden og den Transaktionsbestemte Nettoavancemetode, jf. Gam, side 105 f., og Reilly, side 549.

⁸⁸ Jf. Treas. Reg. § 1.482-4(d), jf. § 1.482-4(a)(4).

⁸⁹ Se særligt Treas. Reg. § 1.482-1(e)(2)(iii) om fremgangsmåden ved fastsættelse af et interval.

for dette interval, kan myndighederne som udgangspunkt fastsætte overdragelsesprisen på baggrund af en enkelt sammenligning, eller – ved anvendelse af et interval – til et hvilket som helst beløb i intervallet, jf. Treas. Reg. 1-482-1(e)(3-4).⁹⁰ Det samme er tilfældet, hvis der findes flere pålidelige metoder, og der på grundlag heraf opstår et interval.

Sædvanligvis er kontrakttidspunktet afgørende for, om en (langtids-)kontrakt vedrørende overdragelse af en brugsret mod betaling af royalties opfylder armslængdeprincippet.⁹¹ Det er tilfældet, hvis parterne ikke på aftaletidspunkt måtte forudse fremtidige ændringer, uanset om udviklingen har medført, at de aktuelle priser ikke er udtryk for armslængdevilkår. Som nævnt gælder en undtagelse hertil for immaterielle aktiver, jf. sec. 482, sidste punktum, som hjemler mulighed for, at armslængdeprøven foretages på omsætningstidspunktet.

Denne adgang til at regulere langtidskontrakter kaldes *the commensurate with income principle*. Herefter kan de amerikanske skattemyndigheder foretage et såkaldt *second look* og herved foretage periodiske reguleringer af den oprindelige pris aftale.⁹² Princippet indebærer, at når et immaterielt aktiv er overført for en periode på mere end ét år, skal de årlige betalinger korrigeres for at sikre, at de står i et rimeligt forhold til de indkomster, som kan henføres til det immaterielle aktiv.⁹³ Skattemyndighederne kan således korrigere prisen fra år til år, uanset om uafhængige parter ville have indgåede samme aftale under tilsvarende omstændigheder. På den måde sikres det, at markedsprisen på retserhvervelsestidspunktet lægges til grund. Reglen er dog ikke undtagelsesfri. Eksempelvis gælder den ikke, hvis aktivet samtidig er overført til en uafhængig part under samme betingelser, eller hvis CUP metoden ligger til grund for prisfastsættelsen.⁹⁴

Efter aftalens udløb anvender skattemyndighederne et interval, hvorefter der kan ske korrektioner, hvis den totale profit, som selskabet har tjent, ikke er mindre end 80 % eller mere end 120 % af det beløb, selskabet forventede at tjene, da aftalen blev indgået.

Hvis brugsretten til en immateriel rettighed overdrages mod et engangsbeløb, skal beløbet stå i rimeligt forhold til den indkomst, der hidrører fra den immaterielle rettighed. Beløbet betragtes som en forudbetaling af royalties, og kravet er opfyldt, når en hermed ligestillet royalty for det pågældende indkomstår svarer til en armslængderoyalty. Erhververens forventede salg skal tages i betragtning, ligesom der skal tages højde for en passende rabat for det tidlige betalingstidspunkt. Men også i disse tilfælde kan skattemyndighederne foretage periodiske korrektioner af den skattemæssige indkomst.

Overdrages derimod ejendomsretten til aktivet, fastsættes prisen naturligvis endeligt på overdragelsestidspunktet uden mulighed for korrektion i de følgende år.

5.5.3. *Sammenligning og vurdering*

Som det ses er der såvel en del ligheder som forskelle mellem de to landes retstilstande. Generelt er de amerikanske regler mere konkrete, hvilket er en fordel for skattemyndighederne. For selskaberne er det derimod mere problematisk, idet de i nogle tilfælde reelt stilles ringere end uafhængige parter.

⁹⁰ Hvis skatteyderen kan føre bevis for, at den fastsatte pris ligger indenfor intervallet, kan prisen dog ikke korrigeres.

⁹¹ Det kan også tænkes, at to eller flere parter indgår en omkostningsfordelingsaftale ud fra de fordele, de hver især forventer at opnå ved den efterfølgende udnyttelse. Aftalen kan kun ændres af skattemyndighederne, hvis den ikke med rimelighed svarer til de forventede fordele, jf. Treas. Reg. § 1.482-7.

⁹² Jf. Treas. Reg. § 1.482-4(a).

⁹³ Jf. Treas. Reg. § 1.482-4(f)(2)(i).

⁹⁴ Undtagelserne findes i Treas. Reg. § 1-482-4(f)(2)(ii)(A-E). Skattemyndighederne kan herefter ikke foretage årlige vurderinger i følgende tilfælde; (A-B) hvis den frie markedspris metode anvendes, (C) hvis prisen fastsættes på baggrund af en anden metode end den frie markedspris-metode, (D) hvis der foreligger ekstraordinære omstændigheder, eller (E) hvis 5-års reglen er opfyldt.

For det første anvendes *best method rule* i USA. Denne regel er udtryk for, at de koncernforbundne selskaber ikke kan nøjes med at foretage en enkelt analyse, men må foretage en vurdering af, hvilken metode, der i det konkrete tilfælde fører frem til det mest pålidelige resultat. Fordelen herved er, at der opnås en højere grad af sikkerhed for, at armslængdeprincippet overholdes. Samtidig påføres et amerikansk selskab dog en større byrde end andre, idet det ikke er tilstrækkeligt at foretage én analyse.

For det andet gælder det særlige *commensurate with income* princip ved overdragelse af immaterielle aktiver. Formålet med denne regel er at sikre, at parterne ikke handler til en pris, som ikke er i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Der kan dog stilles spørgsmålstegn ved, om reglen sikrer, at værdiansættelsen er i overensstemmelse med det, uafhængige parter ville have aftalt under tilsvarende omstændigheder. I tilfælde hvor uafhængige parter ville have indgået en længerevarende aftale og i den forbindelse have fastsat et royaltobeløb, som skulle gælde i hele kontraktens løbetid, er en korrektion ikke i overensstemmelse med armslængdeprincippet.⁹⁵ Den mulighed, som myndighederne har for at korrigere prisen efterfølgende, kan i disse tilfælde medføre, at koncernforbundne parter reelt stilles dårligere end uafhængige parter.

Den amerikanske regel er da heller ikke i overensstemmelse med OECD's anbefalinger, hvorefter skattemyndighederne netop ikke kan foretage et *second look*. Herefter er det – helt i tråd med armslængdeprincippet – afgørende, om uafhængige parter ville have aftalt et tilsvarende vederlag. Hvis det immaterielle aktiv viser sig at være meget mere henholdsvis meget mindre værd i perioden for kontraktens løbetid, medfører de to regelsæt forskellige resultater, selvom målet i begge tilfælde er at finde frem til armslængdeværdien. Forskellen ligger i, om værdiansættelsen skal ske på overdragelsestidspunktet, eller om den skal ske løbende.

Trods denne modstrid anvendes princippet muligvis i ekstraordinære situationer, jf. Jens Wittendorff i SU 2007,292, hvor der henvises til UfR 2002.1224 H. I denne sag overdrog en komponist i 1923 ophavsretten til de værker, han måtte komponere i årene 1923 til 1925, til musikforlaget M. I løbet af kontraktperioden komponerede han titelmelodien Tango Jalousie, som han udgav på et forlag, som han selv og en anden interessent havde oprettet. Som følge af misligholdelsen af den oprindelige aftale med M, blev aftalen revideret, hvorefter indtægterne skulle fordeles på en nærmere angiven måde. Den af parterne forudsatte værdi af rettigheden viste sig ikke at holde stik. Ifølge Højesteret havde parterne ved aftalen bevidst disponeret over en gevinstchance, og at denne blev realiseret kunne ikke i sig selv bevirke, at aftalen var ugyldig. Ved en så langvarig aftale var det dog en betingelse, at det aftalte vederlag var sædvanligt, medmindre der konkret fandtes en rimelig begrundelse for en fravigelse, og denne var kendelig for parterne. Betingelsen blev ikke anset for at være opfyldt, og den del af aftalen, der regulerede prisfastsættelsen, blev derfor erklæret ugyldig i medfør af AFTL § 36.

Det kan vel diskuteres, om man anvendte et *commensurate with income* princip. I virkeligheden drejede sagen sig ikke om de skattemæssige aspekter, men om rimeligheden af den aftalte pris i relation til aftaleretten. Der var således ikke tale om en (direkte) skatteretlig bedømmelse, selvom den ændrede overdragelsespris naturligvis blev afgørende for den efterfølgende beskatning. Efter min vurdering kan afgørelsen derfor ikke umiddelbart tages til indtægt for, at man i dansk ret anvender et princip svarende til den amerikanske regel i ekstraordinære situationer.

5.6. Alternativer

Som nævnt anbefaler OECD ikke en særlig model, som kan anvendes ved overdragelse af immaterielle aktiver, og de generelle modeller tager ikke hensyn til aktivernes særlige beskaffenhed og

⁹⁵ Jakob Bundgaard og Jens Wittendorff mener derimod ikke, at resultatet adskiller sig markant fra Guidelines, jf. *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, side 191 f., og Henrik Dam foreslår, at der i dansk ret indføres regler svarende til den amerikanske "second look" regel, jf. Dam, side 791

unikke karakter. Det er derfor relevant at se på, om der findes en alternativ model, som kan anvendes, eller om en særlig fremgangsmåde kan løse nogle af problemerne.

For selskaberne er det afgørende at eliminere risikoen for at fastsætte prisen for højt eller for lavt i forhold til armslængdeprisen. Forskellige alternative fremgangsmåder kan derfor overvejes. Parterne kan for eksempel indgå kortvarige (successive) aftaler, indsætte en prisreguleringsklausul eller aftale en genforhandlingsret. Der bør dog være plads til, at også afhængige parter kan indgå risikobetonede handler, hvor det måske efterfølgende viser sig, at den ene part havde gjort en god handel, mens den anden havde gjort det modsatte.

Der er i teorien opstillet mange forskellige modeller til værdiansættelse af aktiver. Nogle er opstillet som økonomiske budgetstyringsmål⁹⁶, mens andre forsøger at fastsætte den regnskabsmæssige eller skattemæssige værdi. I det følgende behandles nogle udvalgte modeller, som enten anvendes eller kunne tænkes anvendt i transfer pricing sammenhænge.

5.6.1. *Advance Pricing Agreements*

En *advance pricing agreement* (APA) er en bindende forhåndsbesked, som fastsætter eller godkender principper for beregning af koncerninterne afregningspriser for en fremtidig periode.⁹⁷ Godkendelsen gives i form af en aftale, der indgås mellem en koncern og skattemyndighederne.⁹⁸ Den kan udvides til også at gælde for koncernselskaber i andre lande og disse landes skattemyndigheder.⁹⁹ Hvis aftalen kun omfatter nogle af selskaberne i koncernen, kan den ikke nødvendigvis anvendes på de øvrige.

Normalt indgås en APA bilateralt eller multilateralt, idet den aftales mellem virksomheden og skattemyndighederne fra mindst to lande. Selskaberne deltager således aktivt i forbindelse med præsentation af sagen, hvilket særligt fra koncernens perspektiv kan ses som en fordel.¹⁰⁰ En APA er mest relevant i relation til strategisk vigtige eller komplicerede transaktioner, hvilket ofte er tilfældet, når det drejer sig om immaterielle aktiver.¹⁰¹ Fremgangsmåden sikrer, at den aftalte og anvendte fremgangsmåde i det ene land ikke tilsidesættes i det andet, og herved undgås dobbeltbeskatning.

Der er mange fordele ved en APA, men da det som bekendt er svært at spå om den fremtidige udvikling, er der vanskeligheder forbundet med at fastsætte de nærmere vilkår og betingelser samt godkende de principper, som selskaberne skal anvende. APA anvendes i relation til metodevalg og måden, hvorpå den pågældende metode vil blive anvendt. Ved at bruge kritiske forudsætninger og intervaller kan forudsigelsernes pålidelighed øges. Pålideligheden afhænger af de konkrete omstændigheder i hver enkelt sag. Ifølge OECD skal man passe på med at blive for specifik, da man så kommer til at spå om fremtiden.

⁹⁶ Det gælder eksempelvis for den kvalitative metode, IPscore, som er en indkomstbaseret økonomimodel, der beregner nutidsværdien af den likviditetsstrøm, som en patenteret teknologi forventes at generere set over en 10-årig beregningshorisont eller den forventede produktlevetid, jf. SU 2004,83. Se også om kvalitative metoder i OECD Rapport (2006).

⁹⁷ Jf. Guidelines, pkt. 4.124 – 4.166 samt Annex 3. I Danmark er hverken skatteyderen eller skattemyndighederne forpligtet til at anvende den aftalte metode for tidligere indkomstår, men det kan aftales, jf. SU 1999,298. I USA kan en APA gives med tilbagevirkende kraft, jf. *Transfer pricing i praksis*, side 235 f. Se endvidere bemærkningerne til Lovforslag nr. 84 af 14. november 1997, Gam, side 113, Pedersen 1998, side 109 ff. og 304 ff., Nilausen, side 175 ff., *International Transfer Pricing Journal*, Volume 15, Nr. 6, 2008, p. 251 ff. og *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, side 243.

⁹⁸ Der findes ikke særlige regler i dansk skattelovgivning, hvorefter interesseforbundne parter kan indgå aftale med skattemyndighederne om priser og vilkår for en eller flere transaktioner, som endnu ikke er foretaget, jf. Dam, side 589, og *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, side 243.

⁹⁹ OECD anbefaler anvendelse af bilaterale eller multilaterale APAs frem for unilaterale, bl.a. med henvisning til, at unilaterale aftaler ikke sikrer, at dobbeltbeskatning undgås.

¹⁰⁰ I modsætning til en ”mutual agreement procedure”, jf. Guidelines, pkt. 4.135.

¹⁰¹ Jf. *Transfer pricing i praksis*, side 236.

Indgåelse af en sådan aftale kan være et godt middel til at imødegå en skattemæssig konflikt om værdiansættelsen af immaterielle aktiver.¹⁰² Aftalen kan omfatte enkelte transaktionstyper, og der er fordele ved at anvende en APA, når en koncern har behov for at overdrage flere ensartede aktiver over en længere periode. Industrielle immaterielle aktiver er som samlet begreb næppe tilstrækkelig ensartede til, at de umiddelbart vil kunne indgå i én APA. Det må afgøres i det konkrete tilfælde.

Overdragelsen af immaterielle aktiver angår ofte enkeltstående transaktioner, og det er i så fald typisk for ressourcetrævede at indgå en APA. Det gælder særligt for varemærker og knowhow. I dansk ret er det i disse tilfælde snarere relevant at anmode skattemyndighederne om et bindende svar om de skattemæssige konsekvenser, jf. SFL § 21.

Derimod kan det være relevant for koncernselskaber, der forsker og udvikler forskellige produkter, som de tager patent på. Fremgangsmåden kunne således tænkes at være interessant, når der er tale om en medicinalkoncern, hvor et af selskaberne udvikler medicinalprodukter. Sådanne selskaber vil typisk udvikle mange produkter og tage patent på dem alle sammen. Herefter ønsker man måske at overdrage dem til et koncernforbundet selskab. Da indkomspotentialet imidlertid ikke kendes på overdragelsestidspunktet, er det meget vanskeligt at fastslå deres værdi. Netop derfor kan det være en idé at indgå en APA.

På længere sigt er koncernen sikret mod tids- og omkostningskrævende transfer pricing sager, idet eventuelle tvivlsspørgsmål afgøres ved den forudgående ansøgning, ligesom bilaterale og multilaterale aftaler udelukker risikoen for dobbeltbeskatning. Desuden opnås en høj grad af sikkerhed for selskaberne, som herefter kender deres fremtidige skattemæssige situation.¹⁰³ Det betyder dog ikke, at koncernen kan være sikker på, at skattemyndighederne ikke korrigerer skatteansættelsen, idet selskaberne kan pålægges at bevise, at de har handlet i god tro i forhold til vilkår og betingelser i den pågældende APA, at de anvendte data er korrekte osv.¹⁰⁴ Desuden kan aftalen revideres, hvis afgørende forudsætninger ændres. Det er derfor vigtigt, at aftalen er fleksibel, så den til enhver tid reflekterer armslængdevilkårene tilfredsstillende.¹⁰⁵

Eftersom myndighederne anmodes om at give en generel tilladelse til anvendelse af de foreslåede principper, er det muligt, at selskaberne undergives et nærmere studie, når der indgives ansøgning om en APA, end de ville være blevet i forbindelse med en efterfølgende undersøgelse.¹⁰⁶ I de tilfælde, hvor forhandlingerne ikke ender med en APA, er der den risiko, at skattemyndighederne misbruger de informationer, de har fået om koncernen.¹⁰⁷ Skattemyndighederne bør derfor sikre fortrolighed mht. erhvervshemmeligheder og andre følsomme oplysninger.¹⁰⁸

Omvendt er det for skattemyndighederne en fordel, at de får indsigt i multinationale koncernforbundne selskabers transaktioner. De industrielle data, som myndighederne får adgang til, kan bidrage til, at de kan yde bedre service til andre skatteydere i lignende situationer.¹⁰⁹

Da processen kan være både dyr og tidskrævende, er anvendelsen af APA primært en mulighed for større internationale koncerner.¹¹⁰ For koncernen, som alene opnår en principgodkendelse, er der

¹⁰² Jf. SU 2007,292, hvor det også nævnes, at de danske skattemyndigheder kun har indgået et mindre antal bindende forhåndsbeskeder, men til gengæld har afgivet et stort antal bindende forhåndsbeskeder om værdiansættelsen af goodwill.

¹⁰³ Jf. Guidelines, pkt. 4.143.

¹⁰⁴ Jf. Guidelines, pkt. 4.156.

¹⁰⁵ Jf. Guidelines, pkt. 4.150.

¹⁰⁶ Jf. Guidelines, pkt. 4.155.

¹⁰⁷ Jf. Guidelines, pkt. 4.157.

¹⁰⁸ For selskaberne er det under alle omstændigheder problematisk, at de skal give følsomme oplysninger til skattemyndighederne, jf. nærmere Pedersen 1998, side 112.

¹⁰⁹ Jf. Guidelines, pkt. 4.147.

¹¹⁰ Jf. Guidelines, pkt. 4.164. OECD tilskynder i øvrigt til en ensartet praksis i de lande, som anvender APA, jf. Guidelines, pkt. 4.161.

betydelige ressourcer forbundet hermed. Har man derimod først opnået en APA skal der ikke fremskaffes dokumentation og oplysninger ved hver enkelt transaktion. For myndighederne er APA ligeledes ressourcekrævende, hvilket kan begrænse det antal ansøgninger, som myndigheden kan behandle.

5.6.2. *Safe Harbours*

Det kan ligeledes overvejes at indføre *safe harbours*, hvilket er en betegnelse for, at der ved lov fastsættes et interval for armslængdeprisen.¹¹¹ Målene med denne metode er, at forsimple fastsættelsen af armslængdebetingelserne for kontrollerede transaktioner, at give sikkerhed for, at den fastsatte pris vil blive accepteret af skattemyndighederne, og at lette skattemyndighedernes byrde med undersøgelser.

Hvis skatteyderens pris falder indenfor et interval, som er fastsat ved lov eller anden bindende retsregel, vil skattemyndighederne ikke kunne foretage en korrektion. Metoden findes i visse lande, herunder Australien, som anvender *safe harbours* for avancetillægget, når man anvender den modificerede kostpris plus avancemetode for serviceydelser.¹¹² Ifølge reglen accepteres et avancetillæg, der falder indenfor et interval mellem 5 % og 10 % (7½ % +/- 2½ %). Anvendes et andet avancetillæg, skal skatteyderen bevise, at det er på armslængdevilkår. Den australske regel angår dog kun serviceydelser.

En fordel ved reglen er, at den tillader en større fleksibilitet, særligt på områder, hvor der ikke findes sammenlignelige priser, hvilket jo netop er tilfældet for immaterielle aktiver. Ved at tillade skatteyderne at fastsætte prisen indenfor et sådant interval, spares tid og ressourcer for såvel skatteydere som skattemyndighederne, idet der vil opstå færre efterfølgende tvister og retssager.

Hertil kommer den sikkerhed, der ligger i, at skatteyderne kan følge et sæt relativt simple regler, hvorefter overdragelsesprisen automatisk vil blive accepteret af skattemyndighederne. Det giver en sikkerhed i både økonomisk og juridisk henseende, når selskaberne kan vide sig sikre på, at deres værdiansættelse ikke korrigeres på et senere tidspunkt.

Der er dog også problemer forbundet med at anvende *safe harbours*. For det første ændrer metoden ikke på, at aktiverne skal værdiansættes, og den udprægede forskellighed gør det vanskeligt at fastsætte et interval, hvori alle immaterielle aktiver falder. En opdeling i de enkelte immaterielle kategorier (patenter, varemærker mv.) eller på grundlag af virksomhedernes størrelse og omsætning er ikke anbefalelsesværdig, da aktiverne netop er karakteriseret ved deres store indbyrdes forskellighed, og da udgifterne til en opfindelse eller et design ikke nødvendigvis hænger sammen med dets indtjeningssevne og værdi. Fastsættelse af *safe harbours* vil således ikke altid være i overensstemmelse med armslængdeprincippet.¹¹³

5.6.3. *Armslængdeintervaller*

I lighed med den netop omtalte metode angår denne metode et fastsat interval, men i modsætning til *safe harbours*, som drejer sig om et lovbestemt interval, beregnes armslængdeintervallet på grundlag af et sammenligningsgrundlag, eventuelt en databaseundersøgelse¹¹⁴.

OECD anerkender anvendelse af et interval af resultater, når man ikke kan finde frem til en specifik pris.¹¹⁵ Det er tilfældet, når flere sammenlignelige transaktioner fører til forskellige resultater.

¹¹¹ *Safe harbours* behandles i Guidelines, pkt. 4.94 – 4.123. Se herom Pedersen 1998, side 271-272, og *Transfer pricing i praksis*, side 138.

¹¹² Jf. *Transfer pricing i praksis*, s. 138.

¹¹³ OECD anbefaler da heller ikke metoden, jf. Guidelines, pkt. 4.105.

¹¹⁴ Se om de praktiske problemer, der er forbundet med databaseundersøgelser i SU 2003,55.

¹¹⁵ Jf. Guidelines, pkt. 1.45-1.48, samt *Transfer pricing i praksis*, side 129 ff. Tilsvarende anføres det i den danske ligningsvejledning, at transfer pricing ikke er en eksakt videnskab, og at sammenligningen derfor kan føre til fastsættelse

Hvis to eller flere metoder er anvendelige, kan der opstå intervaller for hver metode, og i så fald kan man ved vurderingen se på, om intervallerne overlapper hinanden. Der anbefales ikke en generel regel om eksempelvis at anvende middelværdien, hvilket skyldes, at den endelige konklusion afhænger af metodernes og de foreliggende datas relative pålidelighed.¹¹⁶

Ved fastsættelse af intervallet må en række forhold tages i betragtning, herunder *at* forskellige uafhængige parter vil aftale sig frem til forskellige priser i sammenlignelige situationer, *at* der er forskelle i regnskabsstandarder og -praksis, hvilket er af betydning, hvor nøgletal anvendes, og *at* anvendelsen af armslængdeprincippet kun fører til en tilnærmelse af markedsbetingelserne.¹¹⁷

En overdragelsespris, der ligger indenfor armslængdeintervallet, skal ikke korrigeres.¹¹⁸ Hvis det derimod viser sig, at værdiansættelsen falder udenfor intervallet, skal skatteyderen gives mulighed for at argumentere for, at prisen er i overensstemmelse med armslængdeprincippet, inden der eventuelt foretages en korrektion. OECD nævner, at i det omfang, der kan sondres mellem værdierne i et interval, skal der korrigeres til den værdi, som bedst afspejler de konkrete fakta og omstændigheder. Hvis denne værdi ikke kan fastsættes, opfylder en hvilket som helst værdi i intervallet i princippet armslængdeprincippet, men i nogle lande er udgangspunktet, at der korrigeres til medianen.¹¹⁹

Armslængdeintervallet kan kun anvendes i de tilfælde, hvor man ikke kan finde den eksakte armslængdepris. Det kan derfor virke lidt besynderligt, at man efterfølgende skal vælge den pris, som bedst afspejler armslængdeprisen. Det ved man jo netop ikke. Kommentarer hænger dog sammen med, at der kan være forskellige forhold, der spiller ind på prisen, og når værdiansættelsen omhandler immaterielle aktiver, skal der typisk justeres for én eller flere forskelle i den sammenlignelige transaktion. I disse situationer er det meningsfuldt at vurdere, om nogle forhold må antages at have en større indflydelse på prisen end andre, og om armslængdeværdien dermed ligger i den ene eller den anden ende af intervallet.

Armslængdeintervallet er relevant, når der foreligger flere sammenlignelige transaktioner. Et af problemerne ved værdiansættelse af immaterielle aktiver er imidlertid, at der sjældent findes bare én sammenlignelig transaktion mellem uafhængige parter. Men hvor der findes sammenlignelige transaktioner, kan fremgangsmåden være relevant. Netop fordi immaterielle aktiver er karakteriseret ved at være unikke, og derfor svære at sammenligne med andre aktiver, er det en stor fordel, at værdiansættelsesmetoden er så fleksibel. Den tillader således, at der ved den endelige vurdering foretages et skøn ud fra de foreliggende relevante data og omstændigheder.

Armslængdeintervallet er således en god metode til at værdiansætte immaterielle aktiver i de (få) tilfælde, hvor der kan findes flere sammenlignelige uafhængige transaktioner.

5.6.4. *Set-offs*

Et *set-off* er udtryk for, at den ene part i en overdragelse tildeles en økonomisk fordel (typisk i form af en lavere pris), som modsvares af en tilsvarende økonomisk fordel for den anden part.¹²⁰ Det er for eksempel tilfældet, når ejeren af et immaterielt aktiv lader sig vederlægge for en brugsret gennem forhøjede salgspriser til koncernselskaberne. Tilsvarende kan det være nærliggende at afvikle

af et armslængdeinterval, jf. LV 2009-1, S.I.7.2.1. I samme forbindelse nævnes det, at hvis en pris falder udenfor intervallet, bør korrektionen ske til det punkt, der bedst reflekterer transaktionens betingelser.

¹¹⁶ Jf. Guidelines, pkt. 1.46.

¹¹⁷ Jf. *Transfer pricing i praksis*, side 129, hvor det også nævnes, at et afkortet interval kan anvendes, hvis kravene til sammenlignelighed ikke er opfyldte.

¹¹⁸ Jf. Guidelines, pkt. 1.48.

¹¹⁹ Jf. *Transfer pricing i praksis*, side 131.

¹²⁰ Jf. Guidelines, punkt 1.60-164. Se også Pedersen 1998, side 269, og *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, side 143 f.

et mellemværende ved modregning, så der kun betales en eventuel difference mellem aktivernes værdi, eksempelvis hvis A overdrager knowhow til B, mens B modsat overdrager et patent til A.

Aftaler om modregning kan variere i størrelse og kompleksitet. Der kan være tale om en simpel aftale angående to transaktioner mellem to parter, eller der kan være tale om et længerevarende løbende mellemværende, eventuelt mellem flere parter. Mens førstnævnte aftale også kan tænkes indgået mellem uafhængige parter, vil det sjældent være tilfældet med sidstnævnte, medmindre der på forhånd er indgået en helt klar aftale om overdragelsernes indhold og beløbenes størrelse.

Det anerkendes af OECD, at et aftalt *set-off* kan forhindre eller reducere transfer pricing forhøjelser såvel nationalt som internationalt. Der opstilles ikke udførlige kriterier for anerkendelse af *set-offs*, men det fastslås, at armslængdeprincippet under alle omstændigheder skal være opfyldt. For at vurdere om det er tilfældet, kan det være nødvendigt at se på transaktionerne hver for sig, hvilket er i overensstemmelse med de generelle udtalelser, hvorefter den skattepligtige fortjeneste sædvanligvis skal opgøres separat for hvert enkelt aktiv.¹²¹ Ifølge OECD bør skattemyndighederne anerkende modregninger, som på forhånd har været aftalt mellem koncernselskaber, mens det står dem frit for at anerkende modregninger, som først gøres gældende i forbindelse med en efterfølgende transfer pricing undersøgelse.

I dansk ret anerkendes modregninger, når de sker i henhold til en aftale, fast praksis eller lignende.¹²² Det er derimod uden betydning, om transaktionerne er foretaget mellem de samme to parter, jf. TfS 1992.395 H, hvor et dansk selskab havde fratrukket udgifter til knowhow og licensrettigheder.¹²³ Ifølge anklagemyndigheden var fradragene fiktive, og selskabet blev tiltalt for groft skattesvig. Østre Landsret fandt derimod, at selskabet havde modtaget ydelser, der svarede til udgifterne. Selvom det ikke kunne fastslås, om ydelserne var kommet fra det selskab, som havde modtaget betalingen, blev fradragene anerkendt.

De amerikanske regler indeholder i Treas. Reg. § 1.482-1(g)(4) ligeledes en anerkendelse af *set-offs*. Reglen omhandler de tilfælde, hvor skattemyndighederne korrigerer en disposition, fordi den ikke er i overensstemmelse med armslængdevilkårene. Den tager derimod ikke stilling til aftalte modregninger. Efter de amerikanske regler er *set-offs* kun tilladte i forholdet mellem to parter, og det er en forudsætning, at den påtænkte modregning ikke ændrer på indkomstens eller fradragets karakter, hvis det har betydning for den amerikanske beskatningsform. Betingelserne for at anvende reglen er, 1) at det er fastslået, at den transaktion, der ligger til grund for modregningen, ikke er på armslængdevilkår, men at skatteyderen nu har fundet frem til de korrekte armslængdevilkår, 2) at samtlige korrektioner som følge af modregningen dokumenteres, og 3) at skattemyndighederne informeres herom senest 30 dage efter, at skatteyderen har fået meddelelse om den påtænkte korrektion. Det kræves yderligere, at de dispositioner, som ønskes modregnet, vedrører samme indkomstår.

Anvendelse af *set-offs* giver en vis mulighed for at sløre omstændighederne, og der er ikke grund til at tillade anvendelse heraf i videre omfang end det, der følger af armslængdeprincippet. Et aftalt *set-off* bør på den baggrund alene anvendes i det omfang, uafhængige parter ville have aftalt noget tilsvarende. Her opstår dog et særligt problem, idet uafhængige parter motivation til at indgå en modregningsaftale typisk vil fokusere på forskelsværdien, hvorimod selve værdiansættelsen af aktiverne ikke har helt samme betydning. Det skyldes, at så længe forskelsværdien holdes konstant, har begge parter en interesse i at fastsætte lave overdragelsespriser, som reducerer fortjenesten og dermed beskatningen. Man kan således forstille sig, at også uafhængige parter kan have et incitament til at fastsætte en lavere pris på aktiverne i modregningssituationer.

Opstår muligheden derimod i forbindelse med en efterfølgende korrektion, ses der ikke grund til ikke at tillade anvendelse af modregning som en praktisk foranstaltning.

¹²¹ Jf. Guidelines, pkt. 1.42 og 1.63.

¹²² Jf. *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, side 144, og *Skatteretten 2*, side 441.

¹²³ Jf. Pedersen 1998, side 269, og *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, side 145.

5.6.5. Nyttetest

Værdiansættelsen kan – og bør ifølge OECD – tage udgangspunkt i hvilken grad et selskab har haft en rimelig nytte af brugen af koncernens immaterielle aktiver, og om betalingen for denne nytte er i overensstemmelse med armslængdevilkårene.¹²⁴ Nyttetestet er anvendelig ved overdragelse til brug mod betaling af en royalty, og i den forbindelse er det naturligtvis først og fremmest en betingelse, at selskabet til gengæld for royaltybetalingen modtager en modydelse. Aktivets nytteværdi er således relevant, når det er det undersøgte selskab, der modtager det immaterielle aktiv.¹²⁵

Metoden vil primært kunne anvendes, når der er tale om et veletableret aktiv, hvis fremtidige indkomspotentiale kan vurderes med en rimelig grad af sikkerhed. Hvis der er meget stor usikkerhed omkring aktivets fremtidige indkomspotentiale, bør man derimod være varsom med at fastsætte en skønsmæssig nytteværdi.¹²⁶

Nyttetestet, som også bruges ved værdiansættelse af serviceydelser¹²⁷, kan tænkes anvendt ved overdragelse af brugsretten til et patent. Det forudsætter dog, at patentets indkomspotentiale er kendt på forhånd, så der kan foretages beregninger af nytteværdien. Hvis det ikke er tilfældet, kan royaltybeløbet eventuelt aftales fastsat for en kortere tidsmæssig periode, hvorefter parterne må genforhandle kontraktvilkårene. Om det er aktuelt, afhænger naturligtvis af, hvad uafhængige parter ville have gjort under tilsvarende omstændigheder.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at der også mellem uafhængige parter indgås aftaler, som på et senere tidspunkt viser sig at være ugunstige for den ene part. Medmindre det pågældende land anvender *commensurate with income* princippet, bør en værdiansættelse ikke korrigeres, hvis den svarer til, hvad uafhængige parter ville have aftalt, selvom det efterfølgende viser sig, at den reelle værdi ikke svarer til den fastsatte pris.

Metoden er særlig anvendelig, hvor koncernen har centraliseret nogle aktiviteter, som er fælles for alle selskaberne. Det kunne være ejerskabet til alle koncernens varemærker, der samles i moderselskabet. Metoden anvendes også på omkostningsfordelingsaftaler, hvor den enkeltes andel af den samlede forventede nytteværdi, skal svare til den pågældendes andel af bidragene.¹²⁸

Landsskatteretten har flere gange taget stilling til danske selskabers royaltyforpligtelser, og i den forbindelse anlagt en nyttebetragtning, hvorefter det afgørende for anerkendelse af royaltyfradraget var, om selskabet havde modtaget en modydelse af tilsvarende værdi. Et eksempel findes i LSRM 1983,90, hvor Landsskatteretten vurderede, at det danske selskabs royaltyudgifter havde været rimeligt modsvaret af fordelene ved at modtage nogle standardprogrammer. Også i TfS 1990.298 anerkendte Landsskatteretten fradrag for en royaltyafgift på 4 % af selskabets omsætning, der var blevet betalt til et udenlandsk selskab som vederlag for licensrettigheder, tegninger, enerettigheder mv. Det afgørende var, at de foretagne betalinger stod i rimeligt forhold til værdien af de oppebårne modydelser. Desuden har Højesteret fastslået, at det ikke er afgørende, om den konkrete immaterielle ydelse er præsteret af det selskab, der har modtaget betalingen, når bare ydelsen må anses som præsteret af et selskab indenfor koncernen, jf. TfS 1992.395 H.¹²⁹

¹²⁴ Jf. *Skatteretten* 3, side 352. Se også SU 2004,85, hvor det nævnes, at fokus bør rettes mod aktivets potentielle indtjeningsmuligheder, når der sker salg af et immaterielt aktiv, og at en alternativ metode i mangel af bedre kan være omkostningerne relateret til udviklingen af det givne immaterielle aktiv plus en fair mark-up. Sidstnævnte er dog ikke nødvendigvis udtryk for armslængdeværdien, da der ikke nødvendigvis er sammenhæng mellem forsknings- eller udviklingsomkostninger og aktivets værdi.

¹²⁵ Jf. *Immaterielret – indhold, værdiansættelse og skat*, side 398.

¹²⁶ Metoden kan dog give en relevant vurdering af, om værdiansættelsen er nogenlunde rigtig, eller om der bør påbegyndes en undersøgelse, jf. *Skatteretten* 3, side 352.

¹²⁷ Jf. *Guidelines*, Kapitel VII, og *Transfer pricing i praksis*, side 148.

¹²⁸ Jf. *Transfer pricing i praksis*, side 181.

¹²⁹ Se om samme sag i relation til set-offs i afsnit 5.6.4.

I Tfs 2002.825 LSR, som er omtalt ovenfor i afsnit 5.5.1. udtalte Landsskatteretten, at det på det foreliggende grundlag fandtes sandsynliggjort, at royaltybetalingerne havde stået i et rimeligt forhold til værdien af modydelse, og royaltyafgiften var derfor forretningsmæssigt begrundet. Der blev bl.a. lagt vægt på, at der med indgåelse af de nye aftaler, blev stillet yderligere ydelser til rådighed, og at disse måtte antages at have haft en nytteværdi for det modtagende selskab. Der kunne derimod ikke stilles krav om, at selskabet skulle sandsynliggøre en konkret nytteværdi af de enkelte ydelser. I denne sag blev der således lagt vægt på, at aktiverne havde haft en vis nytteværdi, mens man ikke gik ind i en konkret beregning heraf.

I dansk ret anvendes nytteværdien således som en indikation for, om parterne har handlet på armslængdevilkår, hvorimod testet ikke anvendes i relation til den konkrete værdiansættelse.

5.6.6. Vejledende beregningsregel

Det kan overvejes, om der kan og bør indføres en generel vejledende beregningsregel til brug for værdiansættelsen af immaterielle aktiver.

I dansk ret eksisterer i forvejen en værdiberegningsregel for goodwill, hvor man – i tilfælde af at handelsværdien ikke kan fastsættes ud fra et skøn ved hensyntagen til de konkret foreliggende omstændigheder – må anvende Ligningsvejledningens vejledende beregningsregel.¹³⁰ Der gælder dog det særlige for goodwill, at selvom det er et selvstændigt aktiv, hænger det uløseligt sammen med en virksomhed. Det giver derfor god mening at beregne dets værdi på grundlag af virksomhedens øvrige aktiver.

En tilsvarende regel kan ikke anvendes på immaterielle aktiver, som har en helt anden karakter, og som ikke nødvendigvis har en værdimæssig sammenhæng med virksomhedens øvrige aktiver. Der er ikke et marked for disse aktiver på samme måde som for goodwill. Immaterielle aktivers indkomspotentiale kan variere betydeligt, og værdien er uafhængig af udviklingsomkostningerne. Heller ikke indtjeningssevnen kan bruges som reference, medmindre potentialet kendes allerede på overdragelsestidspunktet.

Grundet disse specielle karakteristika vil en beregningsregel sætte prisen i alt for faste rammer, hvilket medfører en risiko for betydelige fejlvurderinger.

5.6.7. Vurdering

Det optimale ville naturligvis være, hvis man kunne fastsætte nogle enkle og simple retningslinjer, som kan bruges ved overdragelse af et hvilket som helst immaterielt aktiv, men som det fremgår af ovennævnte er det ikke praktisk muligt. Derimod kan nogle af metoderne bruges under særlige omstændigheder.

Grundet de store usikkerheder, der er forbundet med værdiansættelsen, kan det være nærliggende at anvende aktivets senere nytteværdi med tilbagevirkende kraft til aftaletidspunktet. I så fald er der imidlertid tale om en fremgangsmåde, som reelt svarer til den amerikanske *commensurate with income* princip, hvilket ikke er i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Derimod er nyttetestet en god fremgangsmåde, hvis omstændighederne tillader en forudgående vurdering af aktivets nytte, som kan lægges til grund på aftaletidspunktet.

Også armslængdeintervallet er en god fremgangsmåde, hvis flere metoder er anvendelige, eller hvis der findes flere sammenlignelige transaktioner.

Herudover må anvendelse af *advance pricing agreements* fremhæves. Ved at fastsætte en pris i samarbejde med de involverede landes myndigheder undgås usikkerheden, og koncernen behøver ikke at frygte for en overraskende skatteregning som følge af en senere korrektion. For immaterielle aktiver har denne fremgangsmåde et ret begrænset anvendelsesområde. Den vil dog være anvende-

¹³⁰ LV 2009-1 E.I.4.1.2.1.

lig, hvor en koncern har udlagt forskning og udvikling af patenterbare produkter til ét selskab, hvilket eksempelvis er tilfældet i medicinalindustrien og for IT-virksomheder.

6. KONKLUSION

På internationalt plan eksisterer en række forskellige problemer med transfer pricing i relation til immaterielle aktiver. Det skyldes grundlæggende, at forskellige landes retssystemer anvender forskellige begrebsdefinitioner og skatteprocenter, hvilket kan give interesseforbundne parter et incitament til at udnytte reglerne ved at flytte indkomstgenererende aktiviteter til lavskattelande. Det gælder særligt for industrielle immaterielle aktiver, så specialet blev afgrænset til at omhandle disse.

At få fastslået hvilket selskab, der har ejendomsretten til aktivet, er ikke altid helt ligetil, idet aktivernes immaterielle karakter gør det svært for skattemyndighederne at holde styr på, hvor de reelt befinder sig, og om der er sket en overdragelse. Nogle lande opererer med et juridisk ejendomsretsbegreb, mens andre opererer med et økonomisk, hvorfor der er en risiko for, at en koncerns immaterielle aktiver anses for at være ejet af flere selskaber på én gang, hvilket medfører dobbeltbeskatning, når aktiver overdrages. Det blev derfor foreslået, at der fastsættes et internationalt ejerskabsbegreb.

Ved værdiansættelsen finder armslængdeprincippet anvendelse. Det betyder, at der skal foretages en sammenlignelighedsanalyse, hvorved det undersøges, om den aftalte pris og vilkårene er i overensstemmelse med, hvad uafhængige parter ville have aftalt under tilsvarende omstændigheder. Da der typisk ikke findes et sammenligningsgrundlag, og da de immaterielle aktiver ikke altid har en værdi på overdragelsestidspunktet, er de specificerede metoder, som anbefales af OECD, kun sjældent anvendelige. Disse problemer opstår især, når der overdrages en længevarende brugsret mod betaling af en royaltyafgift.

Der blev herefter set nærmere på mulighederne for at anvende de specificerede metoder, som anbefales af OECD. Hvis der ikke foreligger en sammenlignelig transaktion er alene profit split metoden umiddelbart anvendelig. Herved opstod et nyt problem, idet denne metode tager udgangspunkt i de omkostninger, der har været forbundet med at udvikle og vedligeholde aktivet. Problemet er, at der ikke nødvendigvis er en sammenhæng mellem disse omkostninger og aktivets værdi.

En gennemgang af dansk og amerikansk ret viste, at armslængdeprincippet kan udlægges på flere forskellige måder. Således anvender USA *commensurate with income* princippet ud fra den betragtning, at en fastsat royaltyafgift altid er i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Det kunne imidlertid konkluderes, at selvom princippet medfører en årlig værdiansættelse i overensstemmelse med den aktuelle markedspris, er det ikke i overensstemmelse med armslængdeprincippet, som fastslår, at koncernforbundne selskaber skal fastsætte priser og vilkår, som uafhængige parter ville have gjort under tilsvarende omstændigheder.

Herefter omtaltes nogle øvrige metoder, som kunne tænkes at opfylde armslængdeprincippet. I det omfang det er muligt, blev det anbefalet at anvende *advance pricing agreements*, et armslængdeinterval eller nyttetestet.

7. PERSPEKTIVERING

Et problem ved OECD Guidelines er, at det ikke fremgår mere klart, hvorledes kontrollerede transaktioner skal sammenlignes med uafhængige transaktioner. Der er blot en henvisning til, at en sådan sammenligning skal foretages. Det er derfor blevet foreslået¹³¹, at der i dansk ret indføres regler i

¹³¹ Jf. Dam, side 787 ff.

lighed med de amerikanske, hvorefter skattemyndighederne har adgang til at korrigere en værdiansættelse ud fra senere indtrådte omstændigheder. Herved sikres som nævnt, at værdiansættelsen er i overensstemmelse med handelsværdien, men ikke, at den er i overensstemmelse med armslængdeprincippet. På nuværende tidspunkt ses der ikke at være et reelt alternativ til armslængdeprincippet.

Den optimale løsning på hele transfer pricing problematikken er at fjerne incitamentet til indkomstoverførsler, hvilket alene kan ske gennem en international harmonisering af selskabsbeskatningen.¹³² En sådan harmonisering er dog næppe realistisk i nær fremtid.

IVSC og IASB samarbejder for tiden om en publikation af *best practice* med hensyn til værdiansættelse af immaterielle aktiver.¹³³ Som følge af de ovennævnte problemer og usikkerheden i det hele taget, når selskaberne vælger den én fremgangsmåde frem for en anden, bør et forsøg på harmonisering hilses velkomment.

LITTERATURLISTE

Bøger

- Andriessen, Daniel: *Making Sense of Intellectual Capital*, Elsevier Butterworth-Heinemann, 2004
- Bundgaard, Jakob og Jens Wittendorff: *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, Magnus Informatik A/S, 1. udgave, 2001
- Dam, Henrik: *Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering*, Forlaget Thomson Gad Jura, 1. udgave, 2005
- Eriksen, Claus Hedegaard: *Beskatning af immaterielle aktiver*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2007
- Gam, Henrik, Jens Holger Helbo Hansen og Knud Erik Kriegbaum: *International beskatning – en introduktion*, 2. udgave, 2007
- Hansen, Anders Oreby og Peter Andersen: *Transfer pricing i praksis*, Magnus Informatik A/S, 1. udgave, 2008
- Karnø, Lars (red.), Lars Barslev, Jakob Bundgaard, Tinus Bang Christensen, Mikkel Gudsøe, Anders Lotterup, Mads Mortensen og Peter Koerver Schmidt: *Immaterialret - indhold, værdiansættelse og skat*, Forlaget Thomson A/S, 1 udgave, 2008
- Koktvedgaard, Mogens: *Lærebog i immaterialret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 7. udgave ved Jens Schovsbo, 2005
- Madsen, Palle Bo: *Markedsret – Del 2*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 2002
- Michelsen, Aage, Steen Askholt, Jane Bolander og John Engsig: *Lærebog om indkomstskat*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 12. udgave, 2007
- Nielsen, Thøger: *Indkomstbeskatning, bind 1*, Juristforbundets Forlag, 1965
- Nilausen, Karin Skov: *Løsning af internationale skattetvister*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2005
- Pedersen, Jan, Kurt Siggaard, Niels Winther-Sørensen og Jakob Bundgaard: *Skatteretten 1*, Forlaget Thomson Gad Jura, 4. udgave, 2004
- Pedersen, Jan, Kurt Siggaard, Niels Winther-Sørensen og Jakob Bundgaard: *Skatteretten 2*, Forlaget Thomson Gad Jura, 4. udgave, 2005
- Pedersen, Jan, Kurt Siggaard, Niels Winther-Sørensen og Jakob Bundgaard: *Skatteretten 3*, Forlaget Thomson, 4. udgave, 2006
- Pedersen, Jan: *Skatteudnyttelse*, G-E-C Gads Forlag, 1. udgave, 2. oplag, 1989

¹³² Jf. J. Pedersen i *Festskrift til Ole Bjørn*, side 423.

¹³³ Jf. Karnø, side 366.

- Pedersen, Jan: *Transfer Pricing – i international skatteretlig belysning*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 1998
- Pedersen, Susanne, Søren Friis Hansen og Nis Jul Clausen: *Festskrift til Ole Bjørn*, 1. udgave, 2004
- Politikens retskrivnings- og betydningsordbog, Politikens Forlag A/S, 2. udgave, 4. oplag, 1998
- Raad, Kees van (red.): *Materials on International & EC Tax Law – Volume 1 2007/2008*, 7th. Edition, 2007
- Reilly, Robert F. og Robert P. Schweihs: *The Handbook of Business Valuation and Intellectual Property analysis*, McGraw-Hill, 2004
- Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier: *Immaterielret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2008
- Vinther, Nikolaj & Erik Werlauff: *Dansk og international koncernret og koncernskatteret*, Forlaget Thomson, 1. udgave, 2005
- Werlauff, Erik: *Selskabsskatteret 2008/09*, Forlaget Thomson A/S, 10. udgave, 2008
- Winther-Sørensen, Niels: *OECD's modeloverenskomst 2005 – med kommentarer*, Magnus Informatik, 2. udgave, 2006

Artikler

- Andersen, Jørgen Juul og Lars Bjørn Christensen: *TP-dokumentation – uklarheder i de danske krav*, SR-Skat 2006.418
- Andersen, Jørgen Juul og Thomas Bjerre: *Transfer pricing af immaterielle aktiver*, SU 2004,85
- Andersen, Kim Wind: *National og international sambeskatning*, SPO 2005.223
- Bernsen, Jonathan: *Transfer Pricing – Praktiske aspekter af databaseundersøgelser*, SU 2003,55
- Damsbo, Ole og Jakob Plesner Mathiasen: *Hvad er immaterielle rettigheder?*, SU 2004,82
- Fleischer-Michaelsen, Ulrik: *Nye OECD-retningslinier om immaterielle rettigheder*, SU 1996,348
- Hansen, Anders Oreby: *Omkostningsfordeling i koncernforhold*, SU 2003,51
- Ottosen, Arne Møllin: *Værdiansættelse af immaterielle rettigheder*, SU 2004,83
- Pedersen, Jan: *Kommentarer til udvalgte afgørelser. Immaterielle aktiver, Filmrettigheder– Retskildeværdien af bindende forhåndsbesked*, RR 2004.30 SM
- Spang-Hansen, Aage: *Fast driftssted og forældelse*, TfS 1989.604
- Strobel, I. A.: *Stadig begrebsforvirring?*, SpO 1991.100
- Sørensen, Michael: *Praktiske erfaringer med transfer pricing dokumentation*, SPO 2001.114
- Wittendorff, Jens: *Allokering af det økonomiske afkast af marketingaktiver mellem koncernselskaber – Del 1*, RR 11 | 2004.40
- Wittendorff, Jens: *Allokering af det økonomiske afkast af marketingaktiver mellem koncernselskaber – Del 2*, RR 12 | 2004.26
- Wittendorff, Jens: *Omvendt bevisbyrde i transfer pricing-sager?*, UfS 2009.1117
- Wittendorff, Jens: *Skatteplanlægning og transfer pricing*, SU 2003,53
- Wittendorff, Jens: *Transfer pricing og immaterielle aktiver*, SU 2007,292

Hjemmesider

- http://www.usa-international-offshore-company-tax.com/transfer_pricing.asp
- <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.17.4822>
- <http://www.ipscore.dk>
- <http://www.ip-marketplace.dk>
- <http://www.pwc.com/extweb/pwcpublishings.nsf/docid/5dfe29b17f2a465980256b0500548c2b>

Øvrige kilder

Dokumentationsvejledningen: *Vejledning af 2006-02-06 om Transfer pricing; Kontrollerede transaktioner; Dokumentationspligt*

OECD Rapport (2006): *Valuation and Exploitation of Intellectual Property*, af 30. juni 2006

FORKORTELSER

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
AFL	Afskrivningsloven
AFTL	Aftaleloven
APA	Advance Pricing Agreement
CCA	Cost Contribution Arrangements
Guidelines	OECD Transfer Pricing Guidelines
H	Højesteretsdom
IASB	International Accounting Standards Board
IVSC	International Valuation Standards Council
LL	Ligningsloven
LR	Ligningsrådet
LSRM	Meddelelse fra Landsskatteretten
LV	Ligningsvejledningen
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OECD MC	OECD's Modeloverenskomst
R & D	Research and Development
RR	Revision & Regnskabsvæsen
SEL	Selskabsskatteloven
SFL	Skatteforvaltningsloven
SKL	Skattekontrolloven
SL	Statsskatteloven
SM	Skattemæssige Meddelelser
SO	Skattepolitisk Oversigt
SR	Skatterådet
SU	Skat Udland
TfS	Tidsskrift for skatter og afgifter
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
UfS	Ugeskrift for Skat
V	Vestre Landsretsdom
Ø	Østre Landsretsdom