

Udviklingen i det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver

- i lyset af koncernintern indkomstallokering på armslængdevilkår

af MARK HOVESEN

Iværksættelsen af BEPS-initiativerne har skabt rørte vande inden for den internationale skatteret. Dette gælder i høj grad også på området for transfer pricing og immaterielle aktiver. Et skærpet fokus på at sikre forøget kildelandsbeskatning – dvs. beskatning hvor aktiviteterne og værdiskabelsen reelt finder sted – udfordrer og nuancerer den nuværende danske retsstilling for placeringen af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver.

I dag udvikles en lang række immaterielle aktiver i samarbejde mellem to eller flere koncernenheder og oftest også på tværs af landegrænser. Det kan skabe udfordringer i relation til fordelingen af ejerskabet, og således allokeringen af indkomsten, mellem de pågældende enheder.

Afhandlingen behandler særligt spørgsmålet omkring, hvilke kriterier der nu og fremadrettet skal lægges til grund for vurderingen og placeringen af det skattemæssige ejerskab. Det konkluderes, at de civile kriterier, herunder en vurdering af potentielle civile registreringer, som indtil nu også har været styrende for selve ejerskabsvurderingen i dansk skatteret, nu i højere grad må forventes at skulle vige for substantielle økonomiske betragtninger, og herunder en vurdering af kontrol og risikofaktorer.

Derfor forventes BEPS-initiativerne at nuancere fortolkningen og vægtningen af vurderingskriterierne, således at rent økonomiske realitets- og substansbetragtninger fremover vil veje tungere ved vurderingen og placeringen af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver.

Indholdsfortegnelse

1	English Summary.....	3
2	Afhandlingens berettigelse.....	4
	2.1 Indledning	4
	2.2 Problemformulering.....	6
	2.3 Afhandlingens aktualitet	7
	2.4 Metode og teori	8
	2.5 Struktur og afgrænsning i forhold til beslægtede problemstillinger	9
	2.6 Illustration af en praktisk problemstilling.....	11
3	Immaterielle aktiver - et skattemæssigt perspektiv.....	12
	3.1 Civile- og offentligretlige afgrænsningsproblematikker	12
	3.2 Sondringen mellem teknisk bistand og knowhow	14

3.3	Goodwill – et ”synonymbegreb” for immaterielle aktiver	16
3.4	Indarbejdede immaterielle aktiver	16
3.5	Immaterielle aktiver i relation til produktion og marketing	18
3.6	Immaterielle aktiver - et residualbegreb	19
4	Ejerskab til immaterielle aktiver – et retsområde i udvikling.....	20
4.1	Det civilretlige- og juridiske ejerskabsbegreb - et referencepunkt	21
4.2	Et ejerskabsbegreb som skal afspejle realitet og substans	23
4.3	Sondringen mellem eksisterende- og nyudviklede immaterielle aktiver	26
4.3.1	Fællesudvikling af immaterielle aktiver	27
4.4	Overdragelse af immaterielle aktiver.....	28
4.5	Internationaliseringens indvirkning på ejerskabet til immaterielle aktiver.....	30
4.5.1	Markedsbestemte omkostningsniveauer og koncernsynergieffekter	30
4.6	Ejerskabsbegrebet - et kompliceret substansbegreb med rod i civilretten.....	31
5	BEPS-initiativernes forventede indflydelse på den internationale skatteret.....	33
5.1	Implementeringsfasen - Forholdet mellem dansk ret og international ret	33
5.1.1	Dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning.....	34
5.2	Ejerskabsdefinitionen i et selskabsperspektiv.....	35
5.2.1	Grundlæggende strukturelle overvejelser	35
5.2.2	Landerapportering - sikring af transparens på skatteområdet	36
5.3	BEPS-initiativerne – et skridt mod øget transparens og harmonisering af den internationale skatteret	37
6	Konklusion – et stadig uklart - men nuanceret - ejerskabsbegreb	38
7	Perspektivering i relation til beslægtede problemstillinger	40
7.1	Evnen at kunne balancere mellem forskellige værnsregler	40
8	Forkortelsesliste	41
9	Litteraturliste.....	42
10	Bilag.....	44
10.1	Bilag 1: Eksemplificering af problemstillinger vedr. ejerskabet til immaterielle aktiver - i lyset af den koncerninterne indkomstallokering på armslængdevilkår	44
10.1.1	Eksempel 1:.....	44
10.1.2	Eksempel 2:.....	45
10.1.3	Eksempel 3:.....	47
10.2	Bilag 2: Skematisk oversigt over eksemplerne i bilag 1 – overordnet illustration af eksemplets konkrete kriterier for vurderingen af det skattemæssige ejerskab	48

1 English Summary

By September 2013 OECD and all G20 countries endorsed the highly comprehensive and ambitious Action Plan against Base Erosion and Profit Shifting at their meeting in Saint Petersburg. From an international tax perspective this endorsement remarked a historic moment.

The Action Plan requires all OECD and G20 countries to take action on 15 pre-defined action points that addresses the enhanced gaps between existing national and international tax legislation, fiscal considerations and the globalized tendencies within increased cross border transactions and today's internationalised business models.

One of these action points addresses the issues arising in relation to the treatment of ownership to intangible assets in a transfer pricing perspective.

Several issues might arise when intangible assets are part of group transactions and value creation. Frequently it is difficult to bring forth solutions to very often complex and interrelated problems. It is, as part of the transfer pricing analysis, essential to identify potential intangibles and estimate the ownership to such intangibles by analysing the substance of the contributions and the exploitation by each group member in order to determine the right basis for distribution of income between the group members in question.

This thesis addresses the most common issues in relation to the determination of ownership to intangible assets and issues that might complicate and challenge common business models and future group visions.

The results of this thesis highlight the increased level of complexity within certain transactions involving intangible assets. It becomes clear that the majority of all the different tests and analysis' that are to be made in order to define proper solutions to the challenges regarding ownership to intangibles are influenced by individual and subjective assumptions. These assumptions might be quite different, and that constitutes the basis for different legal conceptions between companies and tax authorities. This might erode the foundation for certain strategic decisions on for example how to determine group structures and thus how to secure and exploit the optimum development potential.

It is clear that the BEPS initiatives have enhanced focus on substance and economic reality. This focus should though be compared to the fact that certain tax authorities are reluctant in relation to deviate from their very often quite conservative preference for legal registrations as the absolute most important criteria for the determination of ownership to intangibles.

To minimize the effects of such conditions the companies need to act proactively to secure compliance – especially in times where an increased number of countries are reviewing and reforming their international tax legislation.

Furthermore the majority of the involved countries are urging to increase the level of international reporting and sharing of corporate knowledge and information, especially with societies in which the groups are operating. These new standards for providing authorities with increased corporate information set new requirements to enhanced transparency and group reporting.

These international tendencies are closely interrelated and sometimes difficult to comprehend. Furthermore the countries are facing different levels of implementation strategies which enhance the

level of complexity and common understanding of the real impact of the transparency and the BEPS tendencies.

This development highlights the importance of providing certain stakeholders with the right amount of corporate information in order to make sure, that they are capable of making the most valid calculations and analysis' in the attempt to minimize risks of controversies and conflicts regarding tax matters and thus regarding matters in relation to determination of the ownership to intangible assets.

The uncertainty in relation to international tax matters including the issues about ownership to intangible assets are parts of the main question on how companies should prepare to navigate in an ever changing future tax landscape.

This thesis should be seen as a contribution to the debate and discussions of the development regarding the mentioned international tendencies and especially in relation to the tendencies on the area of ownership to intangible assets in a tax and transfer pricing perspective.

2 Afhandlingens berettigelse

2.1 Indledning

Denne afhandling behandler de juridiske og økonomiske problemstillinger, som særligt multinationale koncerner møder i kraft af deres koncerninterne anvendelse og fællesudvikling af immaterielle aktiver. Problemstillingerne anskues i lyset af udviklingen inden for den internationale skatteret, den stigende betydning af internationaliseringen, samt nutidens anvendelse af immaterielle aktiver som et væsentligt grundlag for værdiskabelsen.

Følgende udsagn bidrager til at definere rammen om denne afhandling:

“While there clearly is a tax compliance aspect, as shown by a number of high profile cases, there is a more fundamental policy issue: the international common principles drawn from national experiences to share tax jurisdiction may not have kept pace with the changing business environment. Domestic rules for international taxation and internationally agreed standards are still grounded in an economic environment characterized by a lower degree of economic integration across borders, rather than today’s environment of global taxpayers, characterized by the increased importance of intellectual property as a value-driver and by constant development of information and communication technologies.”¹

Med dette udsagn adresserer OECD det tids- og udviklingsmæssige vakuum som gennem årene, og særligt i nyere tid, har omkranset dele af den internationale skatteret. Heri nævnes særligt betydningen af immaterielle aktiver som værdiskaber og en af hovedårsagerne til udviklingen og internationaliseringen af nutidens forretningsmodeller. Ydermere skaber udsagnet også grobunden for en reformering og en opdatering af internationale standarder og guidelines indenfor den internationale skatteret.

Den svage totalharmonisering på området for direkte skatter udgør, i samspil med den teknologiske udvikling, og den generelt stigende internationalisering, grundlaget for denne afhandlings berettigelse. På den ene side har stærke fiskale synspunkter bidraget til at opretholde, mere eller mindre, nationalt forankrede skattesystemer, mens internationaliseringen, uafhængigt heraf, har udviklet sig hastigt og har medvirket til en væsentlig forøgelse af antallet af grænseoverskridende aktiviteter.² I

¹ OECD: Addressing Base Erosion and Profit Shifting s. 5.

² OECD: Addressing Base Erosion and Profit Shifting s. 5.

denne sammenhæng spiller de immaterielle aktiver en væsentlig rolle, idet de i dag udgør baggrunden for langt større dele af mange selskabers indtægtsgrundlag end tidligere.³ Udviklingen har på enkelte områder skabt en kløft mellem nutidens måde at drive forretning på og den eksisterende skattelovgivning. Sådanne uoverensstemmelser kan medføre situationer, hvor virksomheder udsættes for dobbeltbeskatning eller sågar slet ikke beskattes, og det har medført nogle muligheder for at strukturere koncerner på en sådan måde, at indtægter potentielt kan flyttes til lavskattelande for opnåelse af omkostningsbesparelser.⁴ Der er derfor også bred enighed om uhensigtsmæssigheden i den ustabile retssikkerhed, som skabes som følge heraf. Dette har medført et behov præcisere og reformere dele af det internationale skatteområde.⁵ Behovet for det pågældende reformationsarbejde skal således anskues fra både et selskabs- og et myndighedsperspektiv.

Selve diskussionen i relation til allokering af indkomst, som er genereret af immaterielle aktiver, har eksisteret i en længere årrække. Det var således for alvor på dagsordenen på International Fiscal Association (IFA) kongressen i Kyoto i Japan tilbage i 2007.⁶ Både førhen, og sidenhen, er der blevet udarbejdet og vedtaget en lang række initiativer, som alle har haft til formål at sikre en højere grad af ensretning og globale standarder for, hvordan man fremadrettet, og med fælles front, bør adressere problemstillinger indenfor den internationale skatteret. Tendenserne begyndte at se dagens lys tilbage i firserne, men det er først efter årtusindeskiftet, og særligt efter 2010, at reformeringsarbejdet for alvor har udviklet sig.⁷ Her skal blandt andet fremhæves vedtagelsen af EITI (Extractive Industries Transparency Initiative) kampagnen fra 2003, FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) reformen fra 2010 samt samme års godkendelse af den meget omtalte Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, som alle har bidraget til et forøget fokus på transparens og forbedret revision, herunder særligt på det internationale skatteområde.⁸ Formålet med disse reformer udgør således stærke inspirationskilder for de tendenser, og har stærke rødder i det reformarbejde, som for øjeblikket dominerer scenen for den internationale skatteret.

De kløfter, der gennem årene, er opstået mellem den eksisterende internationale skattelovgivning og forretningsmodellerne bag nutidens selskaber, har således fået OECD og alle verdens G20 lande til at gå sammen i forsøget på at adressere disse internationale udfordringer. Dette samarbejde har resulteret i et yderst ambitiøst projekt rettet mod eliminering af forsøg på erodering af skattegrundlag samt vilkårlig placering af profit i lande med de, til formålet, mest fordelagtige skattevilkår. Projektet går under navnet BEPS - Base Erosion and Profit Shifting.⁹

BEPS-projektet blev vedtaget i september 2013, og forløber dette projekt efter planen, skal OECD med støtte fra et bredt udvalg af interessenter, herunder særligt G20-landene, have udarbejdet de sidste rapporter, så de ligger klar til implementering ultimo 2015. Dette er en yderst ambitiøs tidsplan, men ikke desto mindre er store dele af materialet allerede offentligt tilgængeligt, og konturerne til udarbejdelse og implementering af nye nationale værnsregler, begynder allerede at tage form.¹⁰

Det er det overordnede formål at behandle 15 udvalgte initiativer, hvorunder transfer pricing indtager en central rolle. Den relativt store kompleksitet indenfor for den internationale skatteret bevirker da også, at disse 15 initiativområder ikke blot kan anskues uafhængigt af hinanden. Der eksisterer så-

³ OECD: Addressing Base Erosion and Profit Shifting s. 5, samt afsnit 3.2.

⁴ OECD: Addressing Base Erosion and Profit Shifting s. 5.

⁵ OECD: Explanatory Statement, s. 3.

⁶ Transfer Pricing and Intangibles, Volume 92a, International Fiscal Association, 2007.

⁷ EY Tax Insights for Business Leaders, s. 18-23.

⁸ EY Tax Insights for Business Leaders, s. 18-23.

⁹ OECD: Addressing Base Erosion and Profit Shifting.

¹⁰ OECD: Explanatory Statement, s. 4, og afsnit 5.1.

ledes en væsentlig forbundenhed, da mange af områderne er nært beslægtede og tilmed overlappende. Transfer pricing kommer til udtryk i særligt fire ud af 15 af disse initiativområder, hvorunder punkt otte blandt andet adresserer betydningen af immaterielle aktiver i en transfer pricing kontekst.¹¹ Netop dette punkt er helt centralt for udarbejdelsen af denne afhandling. OECD definerer formålet med punkt otte, og herunder relationen mellem immaterielle aktiver og en korrekt indkomstallokering på armslængdevilkår på følgende måde:

”In order to determine the arm’s length conditions for the use or transfer of intangibles it is important to consider as part of the comparability and functional analysis: (i) the identification of specific intangibles; (ii) the legal ownership of intangibles; (iii) the contribution of MNE group members to their development, enhancement, maintenance, protection and exploitation; and (iv) the nature of the controlled transactions involving intangibles including the manner in which such transactions contribute to the creation of value.”¹²

Udarbejdelsen af denne afhandling er naturligt inspireret af den systematik, som OECD fremhæver, som værende essentiel, for at sikre en korrekt indkomstallokering, når immaterielle aktiver indgår som væsentlige elementer i værdiskabelsen. Det være sig både i forhold til identificeringsproblematikker, betydningen af civilretligt aftalegrundlag og registreringer samt i relation til enkelte koncernheders særlige bidrag til udvikling og værdiskabelse. Som det fremgår, er det vigtigt at holde sig flere elementer og tests for øje, når der skal udarbejdes en grundig og fyldestgørende funktionsanalyse, som slutteligt skal danne rammen om at sikre, at koncernens indkomstallokering foregår på armslængdevilkår. Oftest vil sådanne tests bestå af meget komplekse analyseelementer, og derfor danner denne kompleksitet også baggrund for en mere dybdegående behandling i det følgende.

2.2 Problemformulering

Afhandlingen har til formål at analysere og diskutere tre centrale spørgsmål, i en højaktuel problemstilling, omkring internationale koncerners allokering af indkomst genereret af immaterielle aktiver.

- 1. Hvad bør der forstås ved immaterielle aktiver i en skattemæssig kontekst, og lader begrebet sig afgrænse, således der kan udledes en egentlig definition?**
- 2. Hvilke elementer lægges til grund for fastlæggelsen af det skattemæssige ejerskab til et immaterielt aktiv og dermed den retmæssige ejer til afkast af disse aktiver?**
- 3. I hvilket omfang udfordres den nuværende danske retsstilling på dette område af internationale initiativer og politiske tendenser, herunder særligt BEPS, og hvilke konsekvenser vil denne udvikling have for den fremtidige definition af ejerskabet til immaterielle aktiver i et dansk skattemæssigt perspektiv?**

Afhandlingen indledes med en beskrivelse af det eksisterende danske retsgrundlag samt den mere omfattende internationale regulering, som dominerer området – herunder særligt definitionen af immaterielle aktiver. Dette danner rammen for analysen af, hvad der på nuværende tidspunkt kræves for at statuere et skattemæssigt ejerskab, eller medejerskab, til immaterielle aktiver.

På baggrund heraf inddrages nye tendenser i form af OECD rapporter, udkast, politiske overvejelser mv., som samlet adresserer problemstillingen med henblik på at sikre en mere fyldestgørende analyse af nyere tendenser og politiske initiativers indvirkning på den internationale skatteret, og her-

¹¹ OECD: Addressing Base Erosion and Profit Shifting og OECD: Explanatory Statement, s. 4.

¹² OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles, s. 28, pkt. 6.4.

under på den fremtidige definition af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver. Udviklingens indvirkninger vurderes herefter i en praktisk kontekst.

Afslutningsvist sammenfattes de centrale aspekter i en konklusion, som slutteligt danner grundlag for en perspektivering i relation til nogle af de fremtidige praktiske udfordringer som udspringer af denne afhandlings centrale analyseafsnit og resultater.

2.3 Afhandlingens aktualitet

Immaterielle aktiver udgør i dag baggrunden og fundamentet for væsentlige dele af mange selskabers værdiskabelse og indtægtsgrundlag.¹³ En undersøgelse af udvalgte selskabers regnskaber og nøgletal giver et billede af de aktiverede immaterielle aktivers samlede værdi i forhold til værdien af selskabernes egenkapital. Det indikeres således, at den regnskabsmæssige værdi af de immaterielle aktiver i mange tilfælde overstiger værdien af egenkapitalen.¹⁴

Denne tendens er dog udpræget branchespecifik, hvilket også indikeres, af de store regnskabsmæssige forskelle.¹⁵ Det skal dog påpeges, at en stor del af de immaterielle aktiver, som behandles i denne afhandling, ikke nødvendigvis kan spores i virksomhedernes regnskaber, da der ikke de facto er konsistens mellem en omkostningers afholdelse, udviklingen af et immaterielt aktiv og aktiveringen af dette i regnskabets balance.¹⁶ Dette indikerer således, at de immaterielle aktiver udgør et endnu større fundament for nutidens selskabers værdiskabende aktiviteter.

Særligt vedtagelsen af OECD's handlingsplan imod BEPS har igangsat udviklingen, og skærpet fokus på styrkede værnsregler, på mange områder indenfor den internationale skatteret. Den omfattende handlingsplan er vedtaget i forsøget på at skabe en fælles vision, samt sikre fælles retningslinjer, for at opdatere landenes skattesystemer og bringe dem på niveau med nutidens udvikling, således de er gearet til at takle den globaliserede verdens forøgede grænseoverskridende skattemæssige udfordringer.¹⁷ Dette projekt har en relativt kort og ambitiøs tidshorisont. Det har skabt rørte vande indenfor den internationale skatteret, hvilket er den primære årsag til denne afhandlings berettigelse. Vi befinder os i OECD's afsluttende rapporteringsfase, og der kan, på trods af visse usikkerhedsmomenter, allerede på nuværende tidspunkt spores visse udviklingstendenser, inden for særligt udvalgte delområder. Dette gælder også området for transfer pricing og immaterielle aktiver.

De danske skattemyndigheder har primo 2015 udsendt en rapport over deres kontrolaktiviteter for en styrket regelefterlevelse i 2015.¹⁸ Heri specificerer SKAT de særlige retsområder, hvorpå de vil have særligt fokus i løbet af det aktuelle indkomstår. SKAT fremhæver blandt andet globaliseringen og den hastige teknologiske udvikling, som værende to særligt udfordrende faktorer, som kræver fleksible skattesystemer samt en højere grad af international videndeling.¹⁹ Desuden udgør transfer pricing et selvstændigt område, hvorunder der findes seks selvstændige kontrolaktiviteter. En af

¹³ Silberztein, Caroline, Transfer pricing aspects of intangibles: The OECD project, s. 1.

¹⁴ Således udgør den regnskabsmæssige værdi af DSV's og Carlsbergs immaterielle aktiver henholdsvis ca. 147 % og 127 % af værdien af selskabernes bogførte egenkapital. Kilde: http://borsen.dk/kurser/virksomhedsside/hoved-_og_noegletal/.

¹⁵ Således udgør den regnskabsmæssige værdi af Mærsk's immaterielle aktiver til sammenligning kun 6 % af selskabets bogførte egenkapital. Kilde: http://borsen.dk/kurser/virksomhedsside/hoved-_og_noegletal/.

¹⁶ Regnskaberne kan kun anvendes som indikator på udviklingens omfang. Selskabernes regnskaber vil typisk kun afspejle tilkøbte, og i øvrigt aktiverede, immaterielle aktiver, og således ikke med sikkerhed den de facto eksistens af immaterielle aktiver. Se nærmere i afsnit 3.4.

¹⁷ OECD: Explanatory Statement, s. 4.

¹⁸ SKAT: Rapport om kontrolaktiviteter.

¹⁹ SKAT: Rapport om kontrolaktiviteter, s. 12.

disse aktiviteter indebærer en forøget kontrol med, hvorvidt immaterielle aktiver beskattes korrekt. SKAT har således fokus rettet mod helt centrale dele af denne afhandlings hovedtema.²⁰

Det kan næppe afskrives, at det igangværende BEPS-projekt har haft indflydelse på udarbejdelsen af SKATs kontrolrapport. Der er således udarbejdet et kontrolområde med fokus på risikoafdækning og analyse af de netop igangværende BEPS-initiativer.²¹ SKAT har desuden indsat et punkt i relation til investering af flere ressourcer i forhandling med udenlandske skattemyndigheder med henblik på at eliminere dobbeltbeskatning.²² Dette initiativ formodes ligeledes at være inspireret af det igangværende BEPS-projekt.

Dette forøgede fokus på særligt videndeling mellem lande, og transparens i det hele taget, stiller stadig større krav til virksomhedernes tilvejebringelse af information samt sikring af gennemsigtighed. Behovet for risikostyring på dette område er således steget stødt gennem de seneste år, hvilket har givet sig udslag i, at globale virksomheder, i langt højere grad end tidligere, er begyndt at arbejde proaktivt med de elementer, som påvirker den samlede risikoprofil – herunder transfer pricing dokumentationen og de underliggende aftale- og kontraktgrundlag.

Det er således formålet, at systematisere nogle af de grundlæggende tendenser, samt resultater af allerede udarbejdede rapporter, og dermed skabe et mere nuanceret billede af retsudviklingen i relation til ejerskabet til immaterielle aktiver.

2.4 Metode og teori

Denne afhandling er hovedsagligt inspireret af den klassiske retsdogmatiske metodetilgang. Herved forstås en metode, der har til formål at udlede, systematisere, analysere og vurdere alle relevante retskilder på området. Denne metodetilgang skal således bidrage til at sikre, at alle retskilder behandles med respekt for den enkelte retskildes retskildemæssige værdi. Det betyder ligeledes, at de enkelte retskilder skal systematiseres i det indbyrdes forhold, således at de behandles med respekt for det eksisterende retskildehierarki. Det er således det overordnede mål at tilstræbe, at nå frem til et tilsvarende retsvidenskabeligt resultat – de lege lata – som en dansk domstol ville nå frem til, såfremt denne blev forelagt en tilsvarende problemstilling.²³

Det klassiske retskildehierarki består af grundloven som den øverste retskilde, efterfulgt af den øvrige lovgivning. Herunder findes bekendtgørelser og cirkulærer mv. Dette suppleres af retspraksis, der som retskilde kan bidrage til fortolkningen og rangeringen af de øvrige retskilder.²⁴ I Danmark gælder et dualistisk system i relation til forholdet mellem den nationale skatteret og den internationale skatteret. Det skal forstås således, at folkeretten, herunder blandt andet internationale guidelines, eksisterer sideløbende med intern ret, og således ikke træder i stedet for denne. Som konsekvens af den dualistiske retsopfattelse, kan folkeretten udelukkende anvendes som udfyldende og supplerende fortolkningsbidrag, i det omfang, der ikke eksisterer modstridende internretlige holdpunkter og højere rangerende internretlige retskilder til belysning af retsstillingen. Det gensidige forhold mellem international skatteret og intern dansk skatteret illustreres dog af, at national lovgivning i mange tilfælde være inspireret af den internationale skatteret.²⁵

Afhandlingen har til formål at behandle et retsområde, som i høj grad er præget af retslig usikkerhed. Årsagen til dette skyldes blandt andet mangel på interne nationale lovbestemmelser, som kan bidrage til belysningen af det aktuelle retsområde. Da området for transfer pricing og immaterielle

²⁰ SKAT: Rapport om kontrolaktiviteter, s. 35.

²¹ SKAT: Rapport om kontrolaktiviteter, s. 33.

²² SKAT: Rapport om kontrolaktiviteter, s. 35.

²³ Nielsen og Tvarnø, Retskilder og Retsteorier, s. 31.

²⁴ Nielsen og Tvarnø, Retskilder og Retsteorier, s. 34-35.

²⁵ Jf. diskussionen i Michelsen, Aage m.fl., International skatteret, 4. udgave, 2014, kapitel 3.

aktiver i særdeleshed er præget af den internationale skatteret, er det essentielt at understrege vigtigheden i at inddrage internationale guidelines samt retspolitiske tendenser og overvejelser for at sikre valide resultater. Det er derfor også naturligt, at denne afhandling i højere grad bygger på viden fra retskilder, herunder blandt andet OECD rapporter og guidelines, der således traditionelt ligger længere nede i retskildehierarkiet, idet der ikke foreligger tilstrækkelige internretlige retskilder til belysning af retsstillingen.

I kraft af diskussionen og belysningen af retsudviklingens mere økonomiske følger og konsekvenser er det således også naturligt, at visse delelementer kan afspejle en mere retspolitisk – de lege ferenda - eller sågar retsøkonomisk indgangsvinkel.²⁶ Dette kommer til udtryk gennem vurderinger af hensigtsmæssigheden eller uhensigtsmæssigheden af visse internationale eller sågar nationale udviklingstendenser samt de heraf følgende økonomiske konsekvenser. Anvendelsen af sådanne supplerende retsvidenskabelige metodetilgange har til formål at supportere den klassiske retsdogmatiske metodik på de områder, hvor denne muligvis ikke er tilstrækkelig, herunder på områder, hvor der reelt ikke eksisterer deciderede retskilder.

Valget af denne metodiske fremgangsmåde synes derfor, at forekomme mest naturlig og hensigtsmæssig i forhold til at sikre det bedst mulige videnskabelige udgangspunkt for afhandlingens bærende konklusioner og resultater. Den valgte metode sikrer således, at den bagvedliggende teori behandles med respekt for de usikkerhedsmomenter, som knytter sig til denne, og summen af metode- og teorivalg er således med til at bibringe denne afhandling den størst mulige videnskabelige værdi.

2.5 Struktur og afgrænsning i forhold til beslægtede problemstillinger

Formålet med denne afhandlings indledende afsnit er at skabe et struktureret overblik over de mest centrale begreber, herunder særligt definitionen af immaterielle aktiver, da dette er omdrejningspunktet for afhandlingen. Denne fremgangsmåde skal sikre, at der skabes det bedst mulige definatoriske udgangspunkt for afhandlingens centrale analyseafsnit samt senere vurderinger og konklusioner. Der er således vigtigt at introducere begrebet, samt dets indhold og kompleksitet, med henblik på at kunne skabe den bedste struktur og dermed en bedre forståelse for afhandlingens hovedtema. De indledende afsnit er desuden med til at belyse afhandlingens aktualitet, samt dennes praktiske relevans, idet mange af området centrale problemstillinger vil blive belyst allerede her.

Afhandlingens analyserende afsnit påbegyndes naturligt i løbet af de indledende og beskrivende afsnit, idet retstillingen vedrørende definitionen tilmed er præget af usikkerhed. Dette skal være med til at sikre en glidende og struktureret overgang til selve analysen af de problematikker, som er forbundet med statueringen af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver. I relation til analysen og vurderingen af ejerskabet til immaterielle aktiver behandles de problemstillinger, som opstår, når flere koncernselskaber udvikler og gør brug af fælles immaterielle aktiver. Som led i at opbygge sunde og velfungerende koncerner, der i en konkurrencepræget verden skal besidde evnerne til at generere profit, er dette samarbejde, og en sådan fællesudvikling, en naturlig del af den forretningsmæssige drift. Det kan dog skabe nogle underliggende konflikter, da samarbejde og fællesudvikling kan forrykke og forskyde ejerskabet, i økonomisk henseende, til underliggende værdiskabende immaterielle aktiver – et ejerskab som kan have central betydning for indkomstfordelingen, og dermed på hvor indtægterne indkomstføres og i sidste instans bringes til beskatning. Det kan give væsentlige strukturelle udfordringer for de pågældende koncerner, og disse udfordringer er netop kernen i denne afhandling. Disse vil derfor blive grundigt belyst, analyseret og vurderet i det følgende.

²⁶ Nielsen og Tvarnø, *Retskilder og Retsteorier*, s. 31 samt 485-486.

I forlængelse heraf inddrages mere praksisorienterede elementer, hvor koncernernes og de enkelte selskabers redskaber og værktøjer til risikostyring og sikring af optimal regelefterlevelse sammenholdes med den centrale analysedels teoretiske problemstillinger. Dette er med til at skabe et billede af de konkrete udfordringer, som virksomhederne står overfor.

Afslutningsvist sammenfattes afhandlingens væsentligste konklusioner med henblik på at udlede de mest centrale resultater, som denne fremstilling har bidraget med. Derefter perspektiveres de frembragte resultater i forhold til beslægtede skatteretlige problemstillinger. Det er tanken at perspektiveringens hovedsagligt skal bygge på en mere praksisvendt tilgang, hvorunder problemstillingerne vedrørende ejerskabet til immaterielle aktiver belyses fra et selskabsperspektiv. Da denne afhandlings grundlæggende problemstilling typisk ikke vil stå alene i en praktisk kontekst, er det således nærliggende at anskue afhandlingens konklusioner i lyset af øvrige skatteretlige værnsregler, som virksomhederne skal have for øje i forhold til risikostyring, strukturering samt det at agere og navigere på et globalt marked. Perspektiveringen har dermed til formål at indlede læseren på de oftest vanskelige beslutninger, som virksomhederne er stillet over for i relation til at få klarlagt forholdene vedrørende ejerskabet til de respektive immaterielle aktiver indenfor koncernen, uden at dette samtidig skal bringe koncernen i en situation, hvor beslutningerne karambolerer med øvrige værnsregler.

Afhandlingens centrale resultater underbygges af eksemplificeringer i videst muligt omfang. Således er der konstrueret et eksempel, som indledningsvist skal eksemplificere de grundlæggende problemstillinger, som kan være forbundet med statueringen af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver. Af bilag 1 fremgår et andet eksempel, som er udarbejdet af OECD, og som således skal eksemplificere og underbygge de centrale resultater, som kan udledes af de rapporter, som OECD indtil nu har offentliggjort. Det findes naturligt at medtage et af OECD's eksempler, idet dette netop illustrerer OECD's synspunkter i relation til udviklingen af det skattemæssige ejerskabsbegreb.

Hensynet til afhandlingens omfang, den usikre retsstilling, og den udprægede konkrethed, bevirker også, at der ikke specifikt tages stilling til de afledte konsekvenser af statueringen af et skattemæssigt ejerskab. Det være sig både i forhold til en eksakt fordelingsnøgle for eventuelle royalties eller salgssummer, samt hvorvidt en statuering af et skattemæssigt ejerskab kan påvirke anvendelsesområdet for dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

Det er ikke formålet med denne fremstilling at give en generel introduktion til armslængdeprincippet og transfer pricing systemet. Afhandlingen afgrænses til udelukkende at behandle særlige problemstillinger vedrørende ejerskabet til immaterielle aktiver, som blot udgør ét element af det store overordnede transfer pricing område. Et generelt kendskab til transfer pricing området vil derfor skabe det bedste udgangspunkt for forståelsen af afhandlingens resultater.

I forbindelse med analysen af de ejerskabsproblematikker, som kan opstå i relation til immaterielle aktiver, samt en potentiel overdragelse af disse, vil det være nærliggende at diskutere de beslægtede værdiansættelsesproblematikker, som kan opstå i forbindelse med overdragelsen. Dette medtages ikke på grund af hensynet til størrelsen og karakteren af denne afhandling. Det skal dog tilføjes, at spørgsmålet om værdiansættelse af immaterielle aktiver vil blive medtaget perifært i det omfang, det findes relevant, men udelukkende af hensyn til belysningen af denne afhandlings gennemgående tema.

Desuden afgrænses denne opgave til udelukkende at behandle de problemstillinger, som opstår i forhold til fastlæggelsen af ejerskabet til immaterielle aktiver mellem selskaber inden for samme koncern. Det er ikke hensigten at behandle de potentielle uoverensstemmelser, som kan opstå mellem medarbejdere i de enkelte selskaber og deres arbejdsgiver, i forhold til at vurdere, hvorvidt det

er selskabet eller medarbejderen, som har rettigheden til et potentielt nyudviklet immaterielt aktiv. Det er således forudsat, at selskaberne er de retmæssige ejere, og diskussionen omhandler derfor udelukkende ejerskabet mellem de enkelte concernforbundne juridiske personer.

Da en stor del af afhandlingens resultater er influeret af det verserende reformationsarbejde, som pågår i OECD-regi, kan dette have indflydelse på validiteten af afhandlingens konklusioner. Dette skyldes den interne forbundenhed, der eksisterer mellem de respektive fokusområder, som OECD netop nu er i gang med at udarbejde, reformere og fremlægge. Dette igangværende arbejde kan have indflydelse på udformningen af dele af det materiale, som indtil videre er offentliggjort. Det forventes dog ikke, at det vil få afgørende indflydelse, men der eksisterer en risiko for nuanceforskelle. Ydermere skal det pointeres, at implementeringsgraden af de respektive handlingspunkter kan variere, dels i relation til retskildehierarkiet og dels på landeniveau, da det er OECD's overordnede strategi, at initiativerne skal indarbejdes i eksempelvis internationale guidelines, i bilaterale og multilaterale overenskomster og i national skattelovgivning.²⁷ Det er således relevant at se afhandlingens konklusioner i lyset af disse usikkerhedsfaktorer.

Slutteligt skal det nævnes, at man også naturligt kunne have inddraget komparative studier i forhold til at belyse den komplekse retsstilling, som multinationale koncerner står overfor i dagligdagen. Der er dog ligeledes bortset fra sådanne komparative studier, dels i relation til graden af usikkerhed og implementeringsgrad af de internationale tendenser, og dels i relation til afhandlingens omfang.

2.6 Illustration af en praktisk problemstilling

”Mor og Datter er begge selskaber inden for forbrugsvareindustrien. Datter er 100 % ejet og kontrolleret af Mor, og selskaberne er placeret i to forskellige lande. Koncernen producerer og sælger visse typer af forbrugsprodukter. Mor er den juridiske og civilretlige ejer af et registreret varemærke. Mor og Datter har således indgået en aftale om at tildele Datter en licens til at anvende varemærket til brug for dets forretningsmæssige aktiviteter i hjemlandet. Det er desuden aftalt, at risiko og kontrolforpligtelserne ligger hos Mor. Det er forudsat at denne transaktion er indgået på armslængdevilkår.

Gennem en årrække er det blevet tydeligt at Datter løbende har overtaget mere ansvar for at sikre varemærkets fulde potentiale, mens Mor løbende har flyttet fokus mod andre forretningsområder og muligheder. Det er således blevet Datter, som licenstagere, der nu er blevet ansvarlig for væsentligt flere af udviklingsprocedurerne, herunder relaterede marketing aktiviteter, i relation til den forretningsmæssige udnyttelse af varemærket. Det betyder således også, at Datter nu bærer flere af de hertil knyttede forretningsmæssige risici, som blandt andet knytter sig til investeringer i marketing-aktiviteter og lignende.

Som følge af den tidsmæssige udvikling og de ændrede forretningsmæssige vilkår, har koncernledelsen således, på baggrund af en grundig funktionsanalyse, besluttet at allokere en større del af indkomsten, som er genereret af det pågældende varemærke til Datter. Denne allokering skal afspejle de forøgede kontrol- og risikoforpligtelser, som Datter løbende har påtaget sig.

I mellemtiden er Mor, i forbindelse med en transfer revision, blevet mødt med et krav om, at de lokale skattemyndigheder agter at forhøje selskabets skattepligtige indkomst med begrundelsen, at Mor er den registrerede juridiske, og dermed også skattemæssige, ejer af varemærket og således er berettiget til afkastet heraf. De lokale skattemyndigheder fastholder deres påstand på trods af, at koncernledelsen forsøger at argumentere for realiteten og den økonomiske substans i transaktionen.

Uenigheden omkring fortolkningen og fastlæggelsen af det skattemæssige ejerskab er nu tydelig for koncernledelsen, og spørgsmålet er nu, hvordan de skal forholde sig i den pågældende situation?

²⁷ Implementeringen behandles nærmere i afsnit 5.1.

Eksemplets centrale problemstillinger belyses i det følgende.

3 Immaterielle aktiver - et skattemæssigt perspektiv

Indledningsvist er det formålet at definere, hvad der skal forstås ved et immaterielt aktiv i en skattemæssig kontekst. Dette er vigtigt, idet en senere diskussion af ejerskabet til disse, kun vil give mening, såfremt der foreligger et immaterielt aktiv i skattemæssig henseende. Dette udgangspunkt anvendes også af OECD.²⁸ Selve definitionen kan være forbundet med væsentlig usikkerhed, da begrebet, immaterielle aktiver, ikke generelt kan afgrænses i forhold til eksempelvis almindelige tjenesteydelser. Enhver definition bør underkastens en subjektiv vurdering i lyset af de konkrete forretningsmæssige omstændigheder. Grænsedragningen kan således være meget flydende, og netop dette er med til at belyse de problemstillinger, som denne afhandling har til formål at behandle.

Dansk skatteret indeholder ikke nogen konkret definition på, hvad der kan betegnes som immaterielle aktiver. Der findes dog referencepunkter i henholdsvis afskrivningsloven og kildeskatteloven. Heri oplistedes en række eksempler på, hvad der kan klassificeres som immaterielle aktiver. Heraf fremgår patenter, varemærker og designs, samt henvisninger til særlige fremstillingsmetoder, hemmelige formler og oplysninger om industrielle, kommercielle og videnskabelige erfaringer.²⁹ Disse bestemmelser indeholder et bredt udsnit af de immaterielle aktiver, om end definitionerne dog langt fra er udtømmende.³⁰ Begrebet synes umiddelbart at være flydende og uafgrænset. I det følgende beskrives og analyseres de væsentligste elementer, holdepunkter og heraf afledte tests, som bør holdes for øje, når et selskab skal vurdere, hvorvidt der indgår potentielle immaterielle aktiver i den samlede aktivportefølje.

3.1 Civilretlige- og offentligretlige afgrænsningsproblematikker

Det er diskuteret, hvorvidt der kan drages paralleller mellem et decideret skatteretligt definitionsbegreb og de definitioner, som kan udledes af civilretten.³¹ Svaret herpå formodes at måtte besvares overvejende bekræftende, idet det kan være særdeles vanskeligt, at statuere den skattemæssige eksistens af et immaterielt aktiv uden støtte i civilretlig lovgivning. Det er derfor essentielt at konstatere, at der eksisterer væsentlige paralleller mellem, på den ene side de civilretlige referencepunkter, og på den anden side de offentligretlige og skatteretlige definitionskriterier.

OECD anvender forskellige udtryk i relation til en samlebetegnelse for immaterielle aktiver i deres transfer pricing guidelines. Således anvendes udtrykket: ”intangible assets”, som direkte oversat må formodes at være beslægtet med det danske skatteretlige begreb i form af immaterielle aktiver. Derudover anvendes også begrebet ”intellectual property”, som ligner det danske civilretlige begreb i form af immaterielle rettigheder. Denne mere flydende begrebsanvendelse kunne indikere, at man derfor også naturligt i dansk skatteret, vil lade sig inspirere af, og drage referencer til, civilretten i relation til definitionen af immaterielle aktiver.³²

Det bør dog nærmere undersøges, hvorvidt det skatteretlige begreb, immaterielle aktiver, er synonym med det civilretlige begreb, immaterielle rettigheder.

²⁸ OECD Transfer Pricing Guidelines, s. 191-195.

²⁹ Jf. AL § 40, stk. 2 samt KSL § 65 C, stk. 4. Der bør dog, for at minimere begrebsforvirringen, kun henvises perifært til bestemmelsen i KSL, idet denne hjemler betalingen af royalties hidrørende fra danske kilder, som kan knyttes både til udnyttelsen af visse immaterielle aktiver samt til teknisk bistand, der som bekendt ikke er et immaterielt aktiv.

³⁰ Jf. ordlyden af AL § 40, stk. 2 og særligt udtrykket ”såsom”.

³¹ Se hertil blandt andet SU 2007, 292, afsnit 3.1, s. 639.

³² OECD Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.2, s. 191. Se mere vedr. forholdet mellem OECD Transfer Pricing Guidelines og dansk skatteret i afsnit 5.1.

Der findes en række civilretlige særlove, der behandler forskellige typer af immaterielle rettigheder i forhold til beskyttelse og sikring af eksklusivrettigheder. Disse særlove indeholder definitioner på forskellige typer af immaterielle rettigheder, som supplerer definitionskriterierne, eller snarer mangler på definitionskriterier, i dansk skatteret. Af civilretlige særlove kan henvises til eksempelvis patentloven, brugsmodelloven, varemærkeloven, ophavsretsloven og designloven. Fælles for de enkelte love er, at de hjemler definitionsbestemmelser, som støtter definitionen, og dermed statueringen af eksistensen, af immaterielle aktiver i en skattemæssig kontekst.

Når man kigger nærmere på den civilretlige lovgivning, er det tydeligt at den behandler flere forskellige typer af immaterielle rettigheder. Således klassificeres et varemærke som et kommercielt kommunikationsmiddel, der besidder egenskaber i form af grafisk gengivne tegn, som kan skabe adskillelse fra konkurrerende varer, mens der stilles krav om, at et design skal være unikt, nyt og af individuel karakter.³³ Patentloven indeholder de krav, som stilles i relation til registrering, og dermed de civilretlige beskyttelseskriterier, i relation til patenter. Her er der således tale om, at der kan registreres et patent, såfremt der er gjort en opfindelse, som har opfindeshøjde, og som indeholder en væsentlig nyhedsværdi.³⁴

Selvom de immaterielle rettigheder klassificeres forskelligt, består der dog alligevel en vis sammenlignelighed mellem de helt basale definitions-kriterier. Således er der ofte generelle krav til det unikke, nyskabende og selvstændige, som foranlediger en vis form for differentiering.

Som et led i BEPS initiativerne, har OECD blandt andet taget initiativ til at opdatere de hidtidigt gældende transfer pricing guidelines. Af nyligt offentliggjort materiale definerer OECD immaterielle aktiver som et residualbegreb med særlige kommercielle egenskaber.

*"In these Guidelines, therefore, the word "intangible" is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable situations."*³⁵

Dette overordnede begreb kan således også rumme immaterielle aktiver, hvor der ikke findes civilretligt lovhjemlede definitions-kriterier, herunder blandt andet knowhow og goodwill.

Det er således naturligt at antage, at den tilbageholdenhed, og mangel på statuering af klare referenc punkter i dansk skatteret, har rod i samme grundlæggende formål, som ligger bag OECD's definitions-kriterier.³⁶ Et formål, som må antages at tage højde for de risici, som kan være forbundet med at fastlægge klare definitions-kriterier, nemlig det faktum at den hurtige samfunds- og erhvervsudvikling kan forårsage, at der udvikles immaterielle aktiver, som potentielt ikke ville kunne opfanges af en eventuel lovhjemlet definition. Såfremt der blev fastsat lovhjemlede definitions-kriterier, ville de i givet fald blive af en så overordnet karakter, at de næppe ville bidrage til en forandret retstilling.

Det skatteretlige begreb, immaterielle aktiver, er derfor en rammebetegnelse, som ikke umiddelbart indeholder en ligeså høj grad af positive afgrænsninger, som det beslægtede civilretlige begreb, immaterielle rettigheder, gør det. Begrebet er derfor en form for residualbegreb, som er præget af negative afgrænsninger i forhold til materielle- og finansielle aktiver, og som derudover må underkastes en konkret bedømmelse i lyset af den forretningsmæssige situation samt en grundlæggende funktions- og risikoanalyse. Det civilretlige begreb, immaterielle rettigheder, udgør derfor udelukkende en delmængde af det skatteretlige begreb, immaterielle aktiver.

³³ Jf. VML § 2, stk. 1.

³⁴ Jf. mere om kriterierne i PTL §§ 1-2.

³⁵ OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.6, s. 31-32.

³⁶ Se mere om forholdet mellem dansk- og international ret i afsnit 5.1.

Generelt kan det siges at eksistensen af nyskabte kommercielle opfindelser og værker, med en vis form for nyhedsværdi og individualitet, og som er egnet til at skabe en form for konkurrencemæssig fordel, bør henlede opmærksomheden på, at der i det konkrete tilfælde er en overvejende sandsynlighed for, at der foreligger et immaterielt aktiv. Det skal dog tilføjes, at de konkrete forretningsmæssige forhold har væsentlig indflydelse herpå.³⁷

De oftest sammenfaldende definitions-kriterier bevirker, at der kan opstå væsentlige usikkerhedsmomenter i samspillet og afgrænsningen mellem, såvel de enkelte civile retlige immaterielle rettigheder, samt øvrige immaterielle aktiver i en skattemæssig kontekst.

Et eksempel på en konkret problemstilling kunne være en situation, hvor man fravælger at patentere en opfindelse, men dog stadigvæk udnytter den industrielt. De civile retlige regler medfører således modsætningsvist, at potentielle konkurrenter heller ikke kan patentere denne opfindelse, da den nu er offentliggjort og taget i brug.³⁸ En manglende registrering af en patentrettighed bevirker således ikke automatisk, at der ikke foreligger eksistensen af et immaterielt aktiv. Den pågældende opfindelse kan, i en sådan situation, skifte karakter, fra at være et muligt patent, til at nærme sig definitionen af knowhow, der jo som bekendt ikke eksisterer lovhjemlede civile retlige definitions-kriterier eller referencepunkter for.³⁹ En sådan situation kan være med til at illustrere de udfordringer, som netop ligger i definitionen af immaterielle aktiver. Begrebet, immaterielle aktiver, indeholder dermed en lang række af både lovregulerede og ikke lovregulerede immaterielle rettigheder. De skattemæssige definitions-kriterier er derfor bredere end summen af de civile retlige definitioner.⁴⁰ Man kan således forestille sig en situation, hvor der foreligger et immaterielt aktiv i skatteretlig henseende, som ikke støttes af civile retlige definitions-kriterier.

3.2 Sondringen mellem teknisk bistand og knowhow

I mange tilfælde volder det ikke besvær at definere eksistensen af et immaterielt aktiv i skattemæssig henseende. Dette vil i høj grad være tilfældet, hvor der forefindes civile retligt registrerede rettigheder, såsom patenter, designs mv. I andre situationer udstilles de manglende skatteretlige definitions-kriterier. Så snart der forekommer immaterielle aktiver, som enten ikke er registreret, eller ikke kan registreres i civile retligt øjemed, opstår usikkerheden, idet de velkendte referencepunkter udviskes i større eller mindre grad.

Denne usikkerhed kommer særligt til udtryk i de situationer, hvor manglen på definitions-kriterier gør det vanskeligt at adskille eksempelvis knowhow fra en almindelig tjenesteydelse.

OECD opstiller visse krav til eksistensen af immaterielle aktiver. De skal kunne ejes eller kontrolleres. Desuden skal deres anvendelse eller overdragelse til uafhængige parter give sig udslag i en vederlæggelse mellem disse. Den uafhængige modtager skal således være villig til at kompensere for udnyttelsen eller overdragelsen af netop det specifikke aktiv. Disse krav fordrer ligeledes en vis differentierbarhed, idet det immaterielle aktiv skal kunne udskilles samt være genstand for selvstændig vederlæggelse. Kriterierne kan være anvendelige i forbindelse med at teste, hvorvidt en given transaktion indeholder et immaterielt aktiv, og de kan tilmed anvendes som reference i, den oftest svære grænsedragning mellem en almindelig tjenesteydelse og decideret knowhow. Eksistensen af et immaterielt aktiv fordrer med andre ord et ejerskabs-/og kontrolelement samt en vilje til selvstændig kompensation for udnyttelsen.⁴¹

³⁷ Jf. nærmere i blandt andet SKM2014.154.SR.

³⁸ Jf. PTL § 2, stk. 1 modsætningsvist.

³⁹ Se mere om definitionen af knowhow under afsnit 3.2.

⁴⁰ Se i forlængelse heraf betragtningerne i, SU 2007, 292, afsnit 2.1, s. 638.

⁴¹ OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.6, s. 31-32.

Det er ubestridt, at registrerede immaterielle aktiver kan ejes og kontrolleres. I forlængelse heraf opstår spørgsmålet om, hvorvidt knowhow – et ikke registreringsberettiget og ofte centralt immaterielt aktiv – reelt kan ejes eller kontrolleres. I dansk skatteret betegnes knowhow som et immaterielt aktiv og karakteres som en særlig fremstillingsmetode eller lignende.⁴² OECD definerer knowhow på følgende måde:

*”[Know-how] generally corresponds to undivulged information of an industrial, commercial or scientific nature arising from previous experience, which has practical application in the operation of an enterprise and from the disclosure of which an economic benefit can be derived”.*⁴³

Knowhow vil således være en ikke-offentliggjort viden, som er udviklet på baggrund af tidligere erfaringer, og som kan generere en økonomisk indtægt gennem en praktisk anvendelse. Denne definition er dog meget bred og stadigvæk præget af væsentlig u håndgribelighed.

Såfremt knowhow knytter sig til viden, som er udviklet og skabt på baggrund af tidligere erfaringer, vil denne de facto ofte have en stor tilknytning til virksomhedens ansatte. Rent regnskabsmæssigt vil medarbejdere ikke fremgå som aktiver på årsregnskabets balance, fordi de ikke anses for at være aktiver i regnskabsmæssigt øjemed, da man blandt andet ikke anser et selskab for at have egentlig kontrol med medarbejderne.⁴⁴ Da knowhow i mange tilfælde vil følge de ansatte, kan der måske rejses spørgsmål om, om knowhow som værende et immaterielt aktiv, da den i givet fald kan forsvinde sammen med medarbejderne. Dette vil hovedsagligt være tilfældet med nøglemedarbejdere. Modsat indeholder markedsføringsloven, og til dels også andre særlove, regler for anvendelse og videregivelse af såkaldte erhvervshemmeligheder.⁴⁵ Dette kan pege i retning af, at selskaberne alligevel, til en vis grænse, kan kontrollere knowhow, blandt andet gennem udarbejdelse af ansættelseskontrakter og generelt ved henvisning generalklausulen i markedsføringsloven. Det forhindrer dog ikke de ansatte i at søge nye udfordringer.

Idet knowhow typisk vil være tæt knyttet til de ansatte, bliver det tilsvarende vanskeligt at foretage en afvejning af, hvornår medarbejderen leverer simpel teknisk bistand, samt hvornår medarbejderen rent faktisk anvender særlige fremstillingsmetoder og dermed knowhow. Afgrænsningen kan være yderst hårdfin, men det illustrerer de afgrænsningsproblematikker, som særligt opstår mellem immaterielle aktiver og almindelig teknisk bistand.

Et andet centralt aspekt, er spørgsmålet om betaling for brug og udnyttelse af knowhow. OECD lægger op til, at identificeringen af et immaterielt aktiv kan påvirkes af det forhold, om en uafhængig part er villig til at betale for brugen eller udnyttelsen af eksempelvis en særlig fremstillingsmetode. Det må modsætningsvist betyde, at man, som led i identificeringen af eventuelle immaterielle aktiver, må kunne underkaste en given pris for enhver given transaktion en nærmere analyse med henblik på at udlede, hvorledes prisen er sammensat. Der kan være flere forskellige metoder til at prisfastsætte på, men de enkelte prisfastsættelsesmetoders validitet afhænger i høj grad af den mængde data og information, som er til rådighed på analysetidspunktet. Såfremt køber er villig til at betale en potentiel merpris for eksempelvis en bedre kvalitet, et flottere design eller en brandværdi, sammenholdt med lignende ydelser på markedet, kan dette indikere, at der indgår et immaterielt aktiv i transaktionen – et immaterielt aktiv, der i så fald skaber en merværdi svarende til forskellen mellem den faktiske salgspris, og prisen på en sammenlignelig transaktion.

En sammenligning med øvrige transaktioner mellem uafhængige parter, kan således være med til at afklare om eventuelle immaterielle aktiver indgår i en transaktion, idet forskelle i prisniveau, på

⁴² Jf. AL § 40, stk. 2, 1. pkt.

⁴³ OECD Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.5, s. 193.

⁴⁴ Jf. bilag 1, stk. C, nr. 1 til ÅRL.

⁴⁵ Jf. MFL § 19, stk. 2.

umiddelbart sammenlignelige transaktioner, kan afspejle eksistensen af immaterielle aktiver. Det skal dog også her pointeres, at det i særlige situationer kan være meget vanskeligt, at finde sammenlignelige transaktioner, hvilket eroderer grundlaget en sådan type test. Da man i realiteten tester på forskelle mellem sammenlignelige transaktioner, kan der muligvis argumenteres for, at transaktionerne allerede fra begyndelsen mangler en sådan grad af sammenlignelighed, at det ikke vil give mening, at foretage en sådan test. Ikke desto mindre, må det antages at være Skatteministeriets opfattelse, at eksistensen af en overnormal profit indikerer, at det pågældende selskab er i besiddelse af et immaterielt aktiv.⁴⁶

3.3 Goodwill – et ”synonymbegreb” for immaterielle aktiver

Der har gennem årene eksisteret en tendens til at samle alt, hvad der kunne betegnes som immaterielle aktiver, i en skattemæssig kontekst, under samlebetegnelsen goodwill. Goodwill har således i et vidt omfang været synonym for hovedparten af et selskabs immaterielle aktiver. Goodwill kan overordnet defineres som:

”Den til en erhvervsvirksomheds knyttede forretningsforbindelse eller lignende.”⁴⁷

Heri ligger indirekte, at goodwill som udgangspunkt udelukkende kan være knyttet til en erhvervsvirksomhed med et forretningsmæssigt islæt.⁴⁸

En af årsagerne til denne fremgangsmåde må formodes at være påvirket af det faktum, at beskatningen af de respektive immaterielle aktiver alle er hjemlet med udgangspunkt i afskrivningslovens § 40.

I regnskabsmæssig henseende udgøres goodwill af en betaling af den forventede fremtidige indtjening, som ikke er mulig at identificere individuelt, og som kan hidrøre fra synergieffekter og øvrige aktiver, som eksempelvis ikke berettiger til indregning i regnskabet.⁴⁹ Der er dermed lighed mellem den skatteretlige- og den regnskabsmæssige definition i forhold til at beskrive goodwill som en ekstra uåndsaglig værdi, der knytter sig til en identificerbar del af virksomheden.

Selvom der umiddelbart ikke synes at eksistere en væsentlig forbundenhed mellem begreber som knowhow og goodwill på et definatorisk niveau, kommer interaktionen mellem begreberne særligt til udtryk idet omfang, at knowhow og goodwill kan have en væsentlig indbyrdes indvirkning. Således kan en stærk og værdifuld knowhow bidrage til udviklingen af en stærkere og mere værdifuld goodwill. Der kan skabes en form for selvforstærkende effekt, som kan gøre det vanskeligt at henføre den reelle værdiskabelse til enten knowhow henholdsvis goodwill. Dette faktum belyser ligeledes de vanskelige definitions- og afgrænsningsproblematikker, som knytter sig til immaterielle aktiver.

3.4 Indarbejdede immaterielle aktiver

En analyse af selskabers profit eller indtjening og en efterfølgende sammenligning med generelle brancheforhold kan i visse situationer være nyttigt, til at teste den potentielle eksistens af immaterielle aktiver.

I dansk skatteret tillades det nemlig, at strukturere transaktioner på en sådan måde, at værdien af immaterielt aktiv indarbejdes i prisen for eksempelvis en underliggende vare.⁵⁰ Det kan være tilfældet hvor den merværdi, som et varemærke eller et design genererer indarbejdes i prisen for den un-

⁴⁶ Jf. blandt andet SKAT: C.D.11.4.3.4.3.

⁴⁷ SKAT: C.C.6.4.1.1.

⁴⁸ SKAT: C.C.6.4.1.1 samt bl.a. TfS 1992, 421 VLR.

⁴⁹ Jf. IAS 36 art. 81 - Kommissionens forordning Nr. 1126/2008.

⁵⁰ SU 2007, 292, s. 646 samt TfS 1990, 298 LSR.

derliggende vare.⁵¹ På denne måde vil værdien af det immaterielle aktiv indirekte påvirke indtjeningen. Dette refereres til som værende såkaldte ”pakkehandler”.⁵²

Denne struktur bidrager dog ikke nødvendigvis til at fremme mulighederne for at identificere immaterielle aktiver, idet det således bliver vanskeligere at adskille transaktionen i enkeltdele.

Det er væsentligt, at man grundigt overvejer, hvilke økonomiske multiple og nøgletal, som man anvender i sit sammenligningsgrundlag. På den ene side vil eksistensen af immaterielle aktiver påvirke indtjeningen i positiv retning. Omvendt kan en god indtjening også være et udslag af en effektiv omkostningspolitik. Dette bør særligt holdes for øje, når man sammenligner multiple og nøgletal på tværs af selskaber med sammenlignelige forretningsgrundlag.

De immaterielle aktivers indirekte effekt på top-linjen i regnskabet, står dog oftest alene. Rent regnskabsmæssigt kan det være vanskeligt at spore eksistensen af immaterielle aktiver, idet disse oftest ikke figurerer med en bogført værdi i årsrapportens balance. Dette vil oftest kun være tilfældet, såfremt der er tale om en situation, hvor et selskab har opkøbt et immaterielt aktiv.⁵³ Derfor vil værdien i mange tilfælde udelukkende kunne spores indirekte i resultatopgørelsen, da immaterielle aktiver af betydning må formodes at forøge indtjeningen. Det giver de udfordringer, at det bliver vanskeligere at udskille hvor meget indtjening, som de facto kan relateres til et specifikt immaterielt aktiv.

OECD fremhæver de oftest store tidsforskelle mellem afholdelsen af enkelte omkostninger og frembringelsen af de endelige resultater, som en naturlig årsag til indarbejdelsen i salgsprisen. Det kan derfor være nærliggende for et selskab, at indarbejde den merværdi, som et immaterielt aktiv påfører transaktionen, eksempelvis knowhow, hvis der går lang tid mellem udviklingsomkostningernes afholdelse og det efterfølgende afkast heraf. Det bliver således vanskeligere at spore en sammenhæng mellem konkrete udviklingsaktiviteter og de efterfølgende resultater.⁵⁴ At konkrete udviklingsomkostninger bogføres som almindelige driftsomkostninger i resultatopgørelsen, frem for at fremstå som en kapitaliserbar omkostning i relation til et konkret udviklingsprojekt, er umiddelbart ikke med til at forøge mulighederne for at udskille immaterielle aktiver som følge af eksempelvis en regnskabsanalyse.

I nogle tilfælde kan eksistensen af immaterielle aktiver dog alligevel antydes i selskabets balance, idet årsregnskabsloven indeholder en bestemmelse, hvorefter en positiv forskelsværdi mellem de konsoliderede virksomheders kapitalandele i en konsolideret dattervirksomhed og den forholdsmæssige andel af dattervirksomhedens nettoaktiver, i regnskabsmæssig henseende, skal behandles som goodwill.⁵⁵

At immaterielle aktiver i mange tilfælde kun har en indirekte påvirkning på resultatet i årsregnskabet, viser med al tydelighed, at identificeringen af immaterielle aktiver, gennem sammenligning af regnskaber, multiple og nøgletal, kan volde mange vanskeligheder, og således heller ikke de facto udgør en sikker test, når man forsøger at fastslå og udlede potentielle immaterielle aktivers eksistensgrundlag.

⁵¹ En sådan struktur kan være med til at minimere royaltybetalinger, idet prisen for eksempelvis et varemærke indgår i vareprisen og ikke længere betragtes som en licensbetaling i skattemæssig henseende. En udenlandsk modtager af betalingen, fra en dansk kilde, for ”brugen af varemærket” kan således undgå at blive begrænset skattepligtig til Danmark af sådanne indtægter, da de ikke hidrører fra betalinger, som er omfattet af den begrænsede skattepligt jf. SEL § 2, stk. 1, litra a-h.

⁵² SU 2007, 292, s. 646.

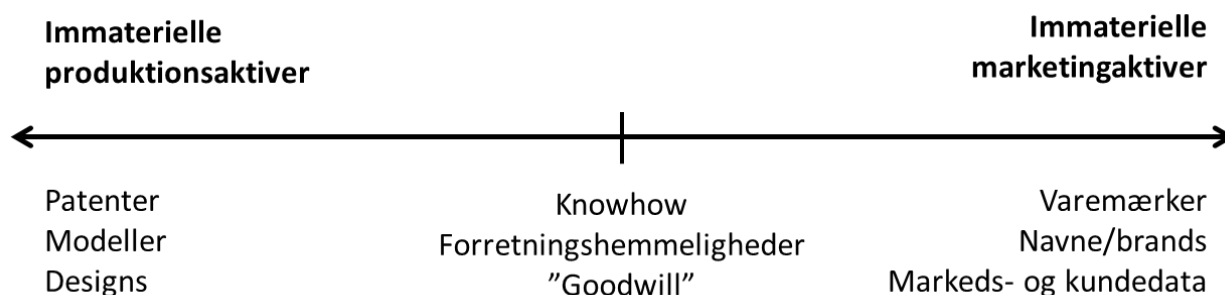
⁵³ Det er også kun muligt at foretage skattemæssige afskrivninger på tilkøbte immaterielle aktiver jf. AL § 40, stk. 2.

⁵⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.7, s. 193.

⁵⁵ Jf. ÅRL § 122, stk. 2-3.

3.5 Immaterielle aktiver i relation til produktion og marketing

I OECD's guidelines defineres de immaterielle aktiver overordnet som kommercielle immaterielle aktiver. Herunder grupperes de i yderligere to underkategorier, nemlig som immaterielle produktionsaktiver henholdsvis immaterielle marketingaktiver.⁵⁶ Kategoriseringen og strukturen er, ikke udtømmende, skitseret nedenfor:



Figur 1: OECD's nuværende kategorisering af immaterielle aktiver⁵⁷

Denne opdeling er formentligt tilstræbt i forsøget på at skabe et mere struktureret overblik over de forskellige typer af immaterielle aktiver som kan bidrage til værdiskabelsen. Samtidig må det antages, at denne systematik har til formål at sikre, en bredere forståelse for de respektive immaterielle aktivers relation og afgrænsning i forhold til hinanden. OECD beskriver opdelingen i relation til aktivernes forskellige natur, og de har med denne opdeling ligeledes haft fokus på, at immaterielle aktiver kan differentieres ved tildeling af egenskaber, som relaterer sig til faktorer som eksempelvis aktivets opståen og udvikling.⁵⁸ Således er det skitseret, at immaterielle produktionsaktiver ofte udvikles gennem risikofyldte og omkostningstunge forsknings- og udviklingsaktiviteter, som slutte­ligt målrettes i udviklingen af et produkt eller en ydelse. Derimod udspringer immaterielle marketing aktiver af de anvendte marketingstrategier i relation til opbygning af eksempelvis renommé og kundebase, og relaterer sig den kommercielle udnyttelse. De immaterielle marketingaktiver bibringer således en ekstra dimension til de respektive produkter og ydelser. De behøver dog ikke at knytte sig til et specifikt produkt, men kan florere på mere overordnede niveauer.⁵⁹ Der kan desuden udledes en vis grad af forskel mellem de to kategorier af aktiver i et tidsmæssigt perspektiv. Således relaterer de immaterielle produktionsaktiver sig typisk til før/under-produktionsfasen, mens immaterielle marketingaktiver ikke i samme omfang kan afgrænses til at knytte sig til bestemte tids­mæs­sigte faser i den samlede værdikæde.⁶⁰

Desuden berøres opdelingen særligt til støtte vedrørende mulighederne for prisfastsættelse i relation til marketingaktiver. Det anføres således, at værdien af et varemærke i enkelte situationer kan udledes ved at sammenligne en kontrolleret transaktion med en der tilsvarende ukontrolleret transaktion, hvori der med sikkerhed ikke indgår et varemærke eller et andet marketingaktiv i øvrigt. Prisforskellen mellem de pågældende transaktioner kan i så fald udgøre et estimat på den værdi, som det potentielle varemærke bidrager med.⁶¹ Denne fremgangsmåde kan dog ligeledes være præget af usikkerhed.

OECD synes dog, i relation til BEPS-initiativerne, at bevæge sig lidt væk fra denne mere traditionelle opdeling og kategorisering. Det nævnes, at man fremover blot vil referere til kategorierne,

⁵⁶ OECD Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.3, s. 192.

⁵⁷ OECD Transfer Pricing Guidelines, s. 192-195.

⁵⁸ OECD Transfer Pricing Guidelines, s. 192-195.

⁵⁹ OECD Transfer Pricing Guidelines, s. 192-195.

⁶⁰ OECD Transfer Pricing Guidelines, s. 192-195.

⁶¹ OECD Transfer Pricing Guidelines, pkt. 6.24-6.25, s. 199.

herunder eksempelvis ”bløde” og ”hårde” samt rutine- og ikke-rutineprægede immaterielle aktiver, uden dog at tillægge opdelingen væsentlig værdi. I stedet ønsker OECD i højere grad, at flytte fokus fra pre-definerede opdelinger og opstillede eksempler til et mere specifikt fokus på konkrete forhold og kriterier, som samlet bør adresseres i den endelige armslængdetest og således bør udledes af en detaljeret funktions- og sammenlignelighedsanalyse. Det er således OECD’s hensigt at undgå, at afgrænse definitionen ved at påsætte labels og mærkater på forskellige typer af immaterielle aktiver, og dermed skabe forudindtagede og generelle definitions-kriterier.⁶² Denne fremgangsmåde formodes dog ikke, at simplificere den nuværende retsstilling eller den praktiske tilgang til analysearbejdet.

Den hidtidigt velkendte opdeling vil om end stadigvæk have indvirkning idet omfang, værktøjet er indarbejdet i praksis eller i måden, hvorpå selskaber og skattemyndigheder vælger at anskue definitionen af immaterielle aktiver på. Opdelingen flourer da også stadigvæk i periferien af de nye guidelines. Det kan heller ikke afskrives, at kategoriseringen kan fungere som test og rettesnor for vurderingen af eksistensen af visse immaterielle aktiver, og måske særligt i relation til den indbyrdes afgrænsning af de immaterielle aktiver. Det kan formentlig i mange situationer stadigvæk være relevant at skele til denne opdeling.

3.6 Immaterielle aktiver - et residualbegreb

På denne baggrund kan det opsummeres, at én egentlig fælles skatteretlig definition på immaterielle aktiver, mest hensigtsmæssigt, bør opgives og i stedet bør opdeles i en flerhed af definitions-kriterier og identificeringstests. Der er således flere centrale forhold, som bør holdes for øje. Dette skyldes i høj grad diversiteten i udformningen og funktionen af forskellige typer af immaterielle aktiver. De grundlæggende forhold omkring det enkelte immaterielle aktivs natur kan således variere meget.

Den skatteretlige begrebsdannelse må antages at være bredere, end den tilsvarende civilretlige, som derfor blot kan siges at udgøre en delmængde af det skatteretlige begreb.

En civilretlig registrering bevirker, at der i sagens natur foreligger en immateriel rettighed i civilretligt øjemed, men det betyder derfor også, at der som udgangspunkt foreligger et immaterielt aktiv i en skattemæssig kontekst. En undersøgelse af eventuelle registreringsforhold kan derfor udgøre et helt centralt udgangspunkt for identificeringen af et immaterielt aktiv.

Desuden indeholder den civilretlige lovgivning en række forskellige definitions-kriterier, som kan vise sig som værdifulde referencepunkter, når det skal vurderes, hvorvidt et immaterielt aktiv eksisterer og bidrager til værdiskabelsen.

I forlængelse heraf skal det dog fremhæves, at de grundlæggende definitions-kriterier, både i civilretlig og skatteretlig sammenhæng, indeholder en særlig grad af uhåndgribelighed i relation til indholdet af specielt de ikke-registreringsberettigede immaterielle rettigheder, og specielt i relation eksempelvis udtryk som særlige fremstillingsmetoder, oplysninger og erfaringer, herunder blandt andet knowhow. De manglende civilretlige registreringsmuligheder er medvirkende til at eliminere den tilgængelige mængde af information og dermed vanskeliggøre identificeringen i et skattemæssigt perspektiv.

Den indbyrdes forbundenhed og den svage afgrænsning mellem visse immaterielle aktiver illustreres ydermere i relation til begrebet goodwill. Et selskabs goodwill knytter sig til kundevedte aktiviteter og forretningsforbindelser, men influeres i høj grad af bagvedliggende faktorer som eksempelvis knowhow, varemærker eller sågar andre immaterielle aktiver.

Til at belyse den potentielle eksistens af sådanne rettigheder eller aktiver af immaterielretlig karakter, kan der dog stadigvæk foretages forskellige andre typer af tests. Disse tests kompliceres dog

⁶² OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles, s. 31-32.

yderligere af det faktum, at de konstant bør foretages i lyset af en konkret vurdering af de foreliggende forretningsmæssige aspekter samt relevante branchemæssige forhold. Netop denne konstante konkrethed skaber grobund for divergerende subjektive opfattelser, som også må siges at udgøre essensen af definitionsproblematikkerne.

De respektive tests vil hovedsagligt omfatte en grundigere vurdering af de enkelte selskabers nøgletal kombineret med en sammenligning med relevante multiple for den pågældende branche. Denne fremgangsmåde kan give mulighed for at identificere en mulig overnormal profit, som potentielt kan indikere eksistensen af immaterielle aktiver.

Herudover kan det testes, hvorvidt de mulige immaterielle aktiver kan ejes og kontrolleres, og tilmed skabe en merværdi, som uafhængige parter er villige til at vederlægge. Denne test har til formål at belyse substansen i en given transaktion samt relationen til udviklingen og vedligeholdelsen af de underliggende immaterielle aktiver. Disse egenskaber i form af ejerskab og kontrol kendes i et vidst omfang fra de kriterier, som årsregnskabsloven opstiller i forhold til at medregne aktiver i årsregnskabet balance.

Det er dog ligeledes meget væsentligt at understrege, at denne type af tests også underkastes væsentlige subjektive skøn, som kan give anledning til tvister omkring retsopfattelsen mellem selskaber og myndigheder eller mellem forskellige nationers myndigheder imellem.

Generelt vil alle immaterielle aktiver opstå som led i udvikling af processer og erfaringer. Dette udgangspunkt er nært beslægtet med definitionen på knowhow eller særlige fremstillingsmetoder. Det er da også denne type aktiver, som er vanskelige at identificere, idet tilkøbte immaterielle aktiver i højere grad kan optages som aktiv med en målbar værdi i regnskabet balance. På denne måde, kan de immaterielle aktivers opståen og udvikling tilmed have væsentlig indflydelse på mulighederne for identificeringen.

Den usikre skatteretlige definition på immaterielle aktiver, og i særdeleshed manglen på afgrænsningen heraf, kan i særlige grænsetilfælde give store udfordringer i forhold til at sikre et sammenlignelighedsgrundlag og dermed sikre en nogenlunde rimelig subjektiv vurdering af de faktiske forhold. Det kan ende i situationer, hvor forskellige interessenter strides om forskellige opfattelser grundet vidt forskellige subjektive vurderingskriterier. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvor nationale skattemyndigheder ikke kan godkende en koncernintern overdragelse, eller sågar i situationer, hvor der kan forekomme forskellige opfattelser af de konkrete omstændigheder mellem flere involverede landes skattemyndigheder. Dette kan give store udfordringer i relation til struktureringen og tilvejebringelsen af den rette mængde af information og sammenligningsgrundlag for de implicerede selskaber.

4 Ejerskab til immaterielle aktiver – et retsområde i udvikling

Det overordnede mål med OECD's BEPS-projekt vedrørende immaterielle aktiver, er i hovedsagen at udvide de nationale skattemyndigheders værktøjskasse samt at skabe bedre juridiske rammebetingelser, dels for nationale skattemyndigheder og dels for selskaberne.⁶³ Formålet med det forøgede fokus på særlige dele af transfer pricing området er, i det væsentligste, at sikre bedre vilkår for en indkomstfordeling, som afspejler den reelle værdiskabelse, altså et ønske om at allokere en given indkomst til den enhed, der ud fra en substansbetragtning er nærmest til at oppebære indkomsten.⁶⁴ Det betyder også, at OECD, som led i BEPS-projektet, bevæger sig fra primært at behandle særlige overvejelser vedrørende immaterielle aktiver, til at komme med mere konkrete retningslinjer i for-

⁶³ OECD: Explanatory Statement, s. 3.

⁶⁴ OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.47-6.48, s. 43.

hold til behandlingen af immaterielle aktiver, og herunder også retningslinjer i relation til ejerskabsforhold.⁶⁵

*"The new guidelines should be clear, more comprehensive, and consistent with the realities of business."*⁶⁶

OECD opstiller et kriterium om substans, i relation til risiko- og kontrolfaktorer, som bidrager til vedligehold og udvikling af immaterielle aktiver, som grundlag for indkomstfordelingen. Det er med andre ord den eller de koncernenheder, som har den reelle kontrol, og som bærer den egentlige risiko, som er berettiget til at oppebære indkomsten.⁶⁷ Det skal overordnet sikre imod dannelsen af kunstige arrangementer og strukturer, som udelukkende har til hensigt at placere indkomst i lavskattelande.⁶⁸

Disse grundlæggende betragtninger danner ligeledes baggrunden for statueringen af det retmæssige økonomiske ejerskab til immaterielle aktiver. Det er således den eller de retmæssige økonomiske ejere, i ejerskabets bredeste forstand, der som udgangspunkt kan oppebære den indkomst, som er genereret af det immaterielle aktiv.⁶⁹

Den usikkerhed, som er forbundet med defineringen af visse immaterielle aktiver, skaber genklang, i forbindelse med statueringen af det retmæssige ejerskab til immaterielle aktiver. De oftest u håndgribelige definitions kriterier, sammenholdt med meget konkrete og oftest svært sammenlignelige situationer og forretningsgrundlag, kan skabe tvivl og uoverensstemmelser i forbindelse med både definitionen af det immaterielle aktiv samt fastsættelsen af det retmæssige ejerskab til dette. Det kan være tilfældet i situationer, hvor det er særligt vanskeligt at foretage en afvejning af de konkrete risiko- og kontrolfaktorer – ligesom i eksemplet med Mor og Datter.

I det følgende analyseres nogle af de forhold, som kan have væsentlig indflydelse på placeringen af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver.

4.1 Det civile retlige- og juridiske ejerskabsbegreb - et referencepunkt

Det er ikke udelukkende i forbindelse med den egentlige definition af immaterielle aktiver, at de civile retlige registreringer udgør solide referencepunkter. Det gør de ligeledes i forbindelse med statueringen af ejerskabet til de immaterielle aktiver. Dette er udgangspunktet, både i OECD's nye offentliggjorte udkast til retningslinjer, men også i dansk skatteret.⁷⁰

På trods af modstridende opfattelser, formodes der at være klare indikationer på, at civilretten i almindelighed også er styrende for skatteretten.⁷¹ Det har den betydning, at ejerskab til immaterielle aktiver, som udvikles og registreres i henhold til bestemmelser i civilretlig lovgivning, som udgangspunkt også skal anerkendes skattemæssigt. Dette medfører, at et civilretligt ejerskab til et immaterielt aktiv som hovedregel kan sidestilles med et skattemæssigt ejerskab til samme aktiv. Der kan dog forekomme situationer, hvor man helt grundlæggende kan blive nødsaget til at afvige fra dette udgangspunkt. Det kan være i tilfælde, hvor hensynet bag skattereglerne ikke kan forfølges,

⁶⁵ OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles.

⁶⁶ Silberstein, Caroline, Transfer pricing aspects of intangibles: The OECD project, s. 1.

⁶⁷ OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.47, s. 43.

⁶⁸ OECD: Addressing Base Erosion and Profit Shifting, s. 17. Her underbygger OECD formålet med BEPS-initiativerne med analyser af fremmede direkte investeringer. Det fremgår således af OECD's statistikker, at lande som Bermuda, Barbados og British Virgin Islands tilsammen modtog flere fremmedinvesteringer end eksempelvis Tyskland eller Japan. Omvendt foretog disse jurisdiktioner samlet set også flere fremmedinvesteringer end Tyskland. Det kan indikere, at en ikke uvæsentlig mængde af disse investeringer er drevet af skattemæssige hensyn.

⁶⁹ OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.47, s. 43.

⁷⁰ OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.34-6.35, s. 39-40 samt SU 2007, 292, s. 650 og Wittendorff, Jens, Armlængdeprincippet i dansk og international skatteret, s. 770. Se desuden SKAT: C.D.11.4.3.4.3.

⁷¹ Michelsen, Aage, m.fl. Lærebog om indkomstskat, s. 136 samt RR.11.2004. 40 s. 3, pkt. 5.2.

såfremt man uden videre overfører en civilretlig fortolkning. Det kan således heller ikke konsekvent afskrives, at domstolene vil foretage en selvstændig skatteretlig kvalifikation, som afviger fra principperne i civilretten.⁷²

Civilrettens indvirkning på den skatteretlige kvalifikation kommer også til udtryk i afskrivningsloven. Det er således den juridiske ejer af et immaterielt aktiv, der som altovervejende hovedregel har retten til at foretage afskrivninger på det pågældende aktiv.⁷³ Skatteministeriet fremhæver også specifikt væsentligheden af civilretlige kvalifikationer, som væsentlige for udarbejdelsen af funktionsanalysen.⁷⁴

De danske domstole har tidligere haft lejlighed til at behandle spørgsmål i relation til ejerskab til immaterielle aktiver. Det er således grundlæggende statueret, at de civilretlige kriterier for fastsættelse af ejerskab til immaterielle aktiver, ligeledes bør gælde som den klare hovedregel inden for skatteretten.⁷⁵

Praksis fremstår relativt fastlåst i forhold til at afvige fra det bagvedliggende kontraktuelle grundlag. Således tillægges en producents evne til at opsiges en samarbejdsaftale med en distributør væsentlig værdi for fastlæggelsen af det skattemæssige ejerskab til goodwill. Dette argument indgik i en afgørelse fra Højesteret, og er således efterfølgende blevet flittigt anvendt af de danske skattemyndigheder.⁷⁶

Dette udgangspunkt kan dog formentlig afviges i det omfang, at endog meget væsentlige forhold taler for, det modsatte synspunkt. Det skal hertil bemærkes, at mindretallet af Højesterets dommere i afgørelsen TfS 1999, 84 H, tillagde det betydning at: *”Ved denne aftale opgav A hovedparten af sin hidtidige agenturvirksomhed med de dertil knyttede kunder til fordel for Y, som havde en betydelig interesse i at fastholde det danske marked, og som uden en konkurrenceklausul måtte frygte, at kunderne på grund af A's mangeårige markedsføring i Danmark var knyttet til agenten.”*⁷⁷ Mindretallet var således af den opfattelse at vederlaget til agenten, som følge af opsigelsen af samarbejdsaftalen, udgjorde vederlag for goodwill. Dette synspunkt bakkes op af det faktum, at producenten var bange for at miste fodfæste på det danske marked, som følge af opsigelsen af agenturaftalen. Dette var dog ikke nok til at argumentere for en overdragelse af goodwill, og således ejerskabet til dette. Salget i Danmark udgjorde ifølge aftalen i det væsentligste salg af tommestokke. Det må formodes at have indvirkning på vurderingen, hvorvidt kunderne tiltrækkes af produktet, hvor producenten sandsynligvis står nærmest til at bære ejerskabet, eller hvorvidt kunderne tiltrækkes af distributøren, hvorfor distributøren må stå nærmest til at bære det skattemæssige ejerskab til den tilknyttede goodwill.⁷⁸ Denne vanskelige vurdering har således rødder i den grundlæggende problematik, som kan stamme fra den indbyrdes forbundenhed, som kan forekomme mellem forskellige immaterielle aktiver, herunder eksempelvis knowhow og goodwill.⁷⁹ Det kan således berettiget diskuteres, om ikke en distributør kan opbygge en goodwill, såfremt han bidrager med knowhow i forbindelse med salgsprocessen.

I en senere afgørelse fra Skatterådet, hvori ovenstående praksis fulgtes, udgjorde det faktum, at salgsselskabet besad de nødvendige koncessioner, at salgsselskabet var den ultimative beslutnings-

⁷² Michelsen, Aage, m.fl. Lærebog om indkomstskat s. 136. Hensyn, som kan danne grundlag for en selvstændig skatteretlig kvalifikation behandles indgående i afsnit 4.2.

⁷³ Jf. AL § 40, henholdsvis SKAT: C.C.2.4.1.2.

⁷⁴ SKAT: C.D.11.4.3.4.3.

⁷⁵ SU 2007, 292, s. 650.

⁷⁶ Argumentet kan udledes af TfS 1999, 84 H, TfS 2001, 231 H, TfS 2002, 563 H samt SKM2004.141.LR.

⁷⁷ Jf. mindretallets opfattelse i TfS 1999, 84 H.

⁷⁸ SU 2007, 292, s. 641.

⁷⁹ Dette fremgår ligeledes af afsnit 3.3.

tager samt at salgsselskabet besad særlige medarbejderressourcer ikke begrundelse nok for at afvige fra udgangspunktet om, at den civilretlige ejer kontrollerede kundekredsen. I det foreliggende tilfælde var der tale om salg af skadesforsikringer.⁸⁰

I begge tilfælde kan der argumenteres for, at der var tale om salg af relativt standardiserede produkter, hvilket kan støtte formodningen for, at kundebasen reelt var tiltrukket af distributøren, og således ikke producenten, som blev lagt til grund i afgørelserne.

Det juridiske ejerskab til immaterielle aktiver udgør således også en væsentlig grundsten for statueringen af ejerskabet til immaterielle aktiver inden for dansk skatteret.

Der vil ofte være konkrete forskelle i måden hvorpå man afviger fra civilretlige registreringer, når man statuerer et ejerskab, således der lægges mere vægt på konkrete økonomiske omstændigheder. De nuværende transfer pricing guidelines indeholder ingen særlige udspecificerede retningslinjer på dette område, men der har dog været en tendens til, at bevæge sig mere i retning af at supplere det juridiske ejerskab med grundlæggende forretningsmæssige og økonomiske betragtninger. Dette behandles også mere vidtgående i OECD's forslag til revidering af de nuværende transfer pricing guidelines.⁸¹

4.2 Et ejerskabsbegreb som skal afspejle realitet og substans

Selvom de civilretligt hjemlede registreringer udgør helt centrale referencepunkter, er det ikke blot disse registreringer, som kan danne baggrunden for vurderingen af det såkaldte juridiske ejerskab. Vurderingen kan, som angivet, således også omfatte en analyse af potentielle licensaftaler, udviklingsaftaler, omkostningsfordelingsaftaler og andet aftalegrundlag i øvrigt, som har til formål at regulere den inter partes adfærd, rettigheder og forpligtelser. Disse faktorer fremhæver OECD også i deres udkast til reformering af de eksisterende transfer pricing guidelines.⁸²

Der åbnes således op for, at koncerner gennem proaktiv tilpasning, ajourføring og udvikling af transaktionernes underliggende aftalegrundlag, i et eller andet omfang, har mulighed for at influere på placeringen og fordelingen af ejerskabet til koncernens immaterielle aktiver. Dette udgangspunkt modificeres dog i det omfang, at virksomhederne ikke lader de underliggende kontraktforhold afspejle den reelle økonomiske virkelighed.

Der er tidligere i dansk skatteretlig litteratur henvist til, at en vurdering af et økonomisk ejerskabsbegreb kan anvendes i modsætning til det juridiske ejerskabsbegreb, såfremt visse økonomiske faktorer, belyst af eksempelvis omkostningsfordelingsaftaler, taler for at det skattemæssige ejerskab, på trods af et fastsat juridisk ejerskab, bør kunne overføres eller fordeles mellem flere parter.⁸³ I sådanne tilfælde må de danske skattemyndigheder også som udgangspunkt respektere det underliggende aftalegrundlag.⁸⁴ Dette begreb læner sig op af det, som OECD fremhæver som essensen af at skabe et reelt billede af substans, kontrol og risiko som rettesnor for indkomstfordelingen.⁸⁵

De danske skattemyndigheder fremhæver ligeledes elementer af det økonomiske ejerskab, som grundlag for en fyldestgørende funktionsanalyse:

⁸⁰ Afgørelsesdatabasen: Journalnr. 07-173875.

⁸¹ OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles.

⁸² OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.34, s. 39.

⁸³ SU 2007, 292, s. 640 samt Wittendorff, Jens, Armlængdeprincippet i dansk og international skatteret, s. 752.

⁸⁴ SU 2007, 292, s. 643.

⁸⁵ OECD: Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.47, s. 43.

”Grundlæggende skal den enhed, der har afholdt omkostninger og haft risikoen i relation til udvikling eller opbygning af de immaterielle aktiver, have den økonomiske fordel, der er resultatet heraf.”⁸⁶

Dette er dog kun kortvarigt behandlet og relaterer sig kun perifært til den anførte praksis.

Med offentliggørelsen af BEPS-projektet har OECD nuanceret sin holdning i relation til indkomstallokeringen af indtægter genereret af immaterielle aktiver, således at denne i væsentligt højere grad bør bygge på helt grundlæggende realitets- og substansbetragtninger. OECD fremhæver blandt andet følgende:

”The arm’s length principle and the principles of Chapters I-III require that all members of the group receive appropriate compensation for any functions they perform, assets they use, and risks they assume in connection with the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of intangibles.”⁸⁷

Denne fremgangsmåde er helt central for statueringen af det skattemæssige ejerskab, idet dette påvirkes af de grundlæggende kontrol- og risikofaktorer, som er knyttet til udviklingen af et immaterielt aktiv. Der bliver således tale om et ejerskabsbegreb, der nu afviger fra et civilretligt ejerskab, og som i stedet afhænger mere af de konkret foreliggende forretningsmæssige omstændigheder og dermed en afspejling af økonomisk realitet og substans.

Af bilag 1 fremgår et tredelt eksempel, som illustration på de konkrete juridiske og særligt økonomiske forhold, som bør tages i betragtning, når man vurderer det skattemæssige ejerskab og dermed grundlaget for indkomstallokeringen. Eksemplerne har til formål at illustrere, hvorledes blot små ændringer i konkrete risiko- og kontrolelementer bør påvirke vurderingen af det skattemæssige ejerskab og således grundlaget for indkomstallokeringen mellem de implicerede parter. På trods af, at det juridiske ejerskab ligger hos producenten Primair, belyses en lang række af de faktorer, som gør, at der må foretages en selvstændig skatteretlig kvalifikation af ejerskabet til det underliggende varemærke, som i sidste instans er afgørende for den interne allokering af indtægter og omkostninger til datterselskabet Company S.

I eksemplet belyses indledningsvist den civilretlige registrering samt det underliggende aftalegrundlag. Dette udgangspunkt er helt centralt i forhold til at sikre, at der skabes det mest optimale grundlag for sammenlignelighedsanalysen. I denne analyse sammenlignes de afhængige parter bidrag, funktioner og adfærd med de bidrag, funktioner og den adfærd, som man berettiget ville kunne forvente af tilsvarende uafhængige parter i en sammenlignelig situation. Det er således ikke uvæsentligt at forholde sig til kontraktgrundlagets løbetid samt de betalingsstrømme, i form af eksempelvis royalties og service fees, som flyder mellem parterne, da dette kan have væsentlig indflydelse på omfanget af parternes bidrag og funktioner og dermed på sammenligningsgrundlaget. Af aftalegrundlaget kan ligeledes udledes aktuelle kontrolforanstaltninger. Sådanne kontrolforanstaltninger relaterer sig oftest til beslutningskompetencer. Det er således Primair, som i eksempel 1, skal gennemse og godkende overordnede strategier, budgetter og beslutninger. Desuden kompenseres Company S for eventuelt afholdte marketingomkostninger, der opstår som led i at skabe et fodfæste på markedet. Company S indtager dermed en assisterende rolle og besidder derfor ikke en decideret kontrol eller risiko i relation til udviklingen og vedligeholdelsen af varemærket, som man ikke ville kunne forvente af sammenlignelige uafhængige parter. I det første eksempel er der således ikke tilstrækkeligt økonomisk substans til at begrunde en afvigelse fra udgangspunktet om det juridiske ejerskab, som den skattemæssige fordelingsnøgle, til den genererede indkomst.

⁸⁶ SKAT: C.D.11.4.3.4.3.

⁸⁷ OECD: Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.48, s. 43.

I de efterfølgende eksempler modificeres omstændighederne således, at Company S fremover i højere grad oppebærer kontrollen med marketing- og distributionsaktiviteterne. Desuden kompenseres Company S ikke i samme omfang for afholdte marketingudgifter, og som følge af disse små justeringer af faktum, har Company S nu opnået en forøget kontrol samt en ikke uvæsentlig risiko i relation til markedsudviklingen og således afkastet fra salget af produkterne. Sådanne ændrede forudsætninger bør have en indvirkning på indkomstallokeringen, idet Company S nu påtager sig en større risiko i relation til marketing- og distributionsaktiviteterne og dermed bør kompenseres herfor.

Det kan således udledes, at funktionsanalysen som udgangspunkt bør belyse og sammenholde det konkrete foreliggende juridiske aftale- og registreringsgrundlag med de konkrete økonomiske omstændigheder, som relater sig til fordeling af kontrol og risiko mellem parterne. Resultaterne heraf bør således afspejles i indkomstallokeringen.

Bilag 2 fremhæver og illustrerer pointerne i bilag 1 i skematisk og mere overskuelig form, og således illustreres forskydningerne i det skattemæssige ejerskab.

Det må ligeledes antages at være OECD's grundlæggende holdning, at ejerskabsbegrebet, og vurderingen heraf, i højere grad bør nuanceres, således at civilretlige kvalifikationer i stigende grad bør kunne vige for substantielle økonomiske betragtninger.

Det bør derfor bemærkes, at der i konkrete fremtidige sager vil kunne forekomme situationer, hvor domstolene i højere grad må afvige fra den grundlæggende civilretlige vurdering af ejerskabet, for i stedet at fortolke ejerskabet i lyset af de foreliggende økonomiske omstændigheder, med det formål at kunne forfølge de bagvedliggende skattemæssige hensyn.⁸⁸ Dette bør særligt ses i lyset af, at de danske skattemyndigheder hævder at fortolke dansk skatteret, herunder særligt transfer pricing området, OECD-konformt.⁸⁹

OECD fremhæver, at det er det overordnede mål med funktionsanalysen, at belyse de respektive forhold, som kan have indvirkning på ejerskabet.

*"It is therefore necessary to determine, by means of a functional analysis, which member(s) perform and exercise control over development, enhancement, maintenance, protection and exploitation functions, which member(s) provide necessary funding and other assets, and which members control and bear the various risks associated with the intangible."*⁹⁰

Selve funktionsanalysen og ejerskabsvurderingen kan i visse situationer forekomme meget vanskelig. Det formodes særligt at gælde situationer, hvor der har foregået en koncernintern fællesudvikling af et immaterielt aktiv, og potentielt samtidig med, at flere koncernenheder har båret forskellige risici på forskellige udviklingsstadier.

En af udfordringerne ved at foretage centrale realitets- og substanstests udspringer af de forudsætninger som lægges til grund for vurderingerne. Det betyder, at vurderingerne kan præges af en større eller mindre grad af subjektivitet. Det fremgår kun svagt af eksemplet i bilag 1, at det kræver en særlig forretningsforståelse, at kunne transformere resultaterne fra en pålidelig sammenligneligheds- og funktionsanalyse til konkrete holdepunkter for indkomstallokeringen. Eksemplernes svagheit ligger således i, at deres konkrethed kun vanskeligt kan udstrækkes, og således anvendes til at belyse generelle tilfælde.

På trods af den vanskelige generaliserbarhed, anfører OECD særlige typer af risiko, som oftest vil have væsentlig indflydelse på funktionsanalysen, og herunder vurderingen af det skattemæssige ejerskab:

⁸⁸ Omfanget heraf er dog uklart. Diskussionen findes i Michelsen, Aage, m.fl. Lærebog om indkomstskat s. 137.

⁸⁹ SKAT: C.D.11.2.1.1.

⁹⁰ OECD: Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.48, s. 43.

”Particular types of risk that may have importance in a functional analysis relating to transactions involving intangibles include (i) risks related to development of intangibles, including the risk that costly research and development or marketing activities will prove to be unsuccessful; (ii) the risk of product obsolescence, including the possibility that technological advances of competitors will adversely affect the value of the intangibles; (iii) infringement risk, including the risk that defence of intangible rights or defence against other persons’ claims of infringement may prove to be time consuming, costly and/or unavailing; and (iv) product liability and similar risks related to products and services based on intangibles.”⁹¹

Disse typer af risici skal selvsagt være substantielle. Der skal således være sammenhæng mellem en påtaget risiko og den de facto placering af efterfølgende gevinster eller tab.⁹²

I udsagnet fremhæves fire overordnede typer af risici, som i høj grad vedrører markedsførings- og udviklingsaktiviteter, risici i forhold til ukurante og utidssvarende produkter, risici i relation til krænkelse af immaterielle rettigheder samt risici som knytter sig til produktansvar for produkter, som bygger på immaterielle aktiver. De forpligtelser, som knytter sig til placeringen af sådanne typer af risici, formodes således at have en sådan karakter, at de med overvejende sandsynlighed vil resultere i en andel af det økonomiske ejerskab til de relaterede immaterielle aktiver.

De grundlæggende uoverensstemmelser og problematikker, som kan opstå i forbindelse med vurderingen og placeringen af det skattemæssige ejerskab, vedrører derfor ikke spørgsmålet om, hvorvidt skatteretten reelt rummer et juridisk ejerskabsbegreb henholdsvis et økonomisk ejerskabsbegreb. Der er på det foreliggende grundlag ingen tvivl om, at dette er tilfældet.⁹³ Problemstillingerne udspringer således af et fortolkningsspørgsmål i relation til, hvorledes de konkret foreliggende omstændigheder skal vægtes i relation til afvejningen af civile og økonomiske kriterier. Spørgsmålet er derfor, i hvor høj grad man bør vægte de civile forhold, samt i hvor høj grad man bør vægte de konkrete økonomiske omstændigheder?

4.3 Sondringen mellem eksisterende- og nyudviklede immaterielle aktiver

Måden hvorpå det immaterielle aktiv frembringes og udvikles, kan have væsentlig indflydelse på placeringen af ejerskabet mellem forskellige koncernenheder. Dette gælder både i forhold til opnåelse af en eventuel civilretlig registrering, men det gælder i særdeleshed også i forhold til tidspunktet for det immaterielle aktivs opståen.

Her udgør kriterierne bag realitets- og substansbetragtningerne en central rolle for vurderingen. Det er således fremhævet, at den, som bærer risikoen og kontrollen i relation til udviklingen, forbedringen, vedligeholdelsen, anvendelsen og udnyttelsen af et immaterielt aktiv ligeledes bør karakteriseres som den retmæssige ejer til det pågældende immaterielle aktiv, i en skattemæssig kontekst, og de deraf afledte gevinster eller tab.⁹⁴

Det er således nærliggende at antage, at desto flere koncernenheder, som bidrager til udviklingen af det immaterielle aktiv, på et så tidligt stadie som muligt, desto større er sandsynligheden for en mere ligelig fordeling af ejerskabet mellem disse. Det må derfor betyde, at en eventuel registrering må tildeles større betydning, når ejerskabsforholdene skal vurderes mellem to koncernforbundne virksomheder, såfremt den ene part egenhændigt har båret kontrollen og risikoen ved aktivets opståen og udvikling. Dette må ligeledes kunne udvides til at betyde, at det bliver vanskeligere at fravige udgangspunktet for det juridiske ejerskab ved immaterielle aktiver såsom patenter og brugsmodel-

⁹¹ OECD: Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.64, s. 49.

⁹² OECD: Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.65, s. 49.

⁹³ Dette synspunkt støttes af Wittendorff, Jens, Armlængdeprincippet i dansk og international skatteret, s. 752.

⁹⁴ OECD: Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.48, s. 43.

ler, der er ikke nødvendigvis vil være karakteriseret ved et, efter registreringen, stort udviklings- og/eller vedligeholdelsesbehov.⁹⁵

Den civile retlige registrering medfører, afhængigt af registreringsens geografiske omfang og varighed, at det immaterielle aktiv, inden for det geografiske registreringsområde, nyder en civilretlig eksklusiv beskyttelse mod kopiering og efterligning. Dette kan, afhængigt af viljen til regelefterlevelsen, minimere behovet for særlige kontrolforanstaltninger i forbindelse med anvendelsen samt risikoen forbundet med udvanding af det immaterielle aktiv som følge af beskyttelsen. Dette kan vanskeliggøre argumentationen for, at andre end den registreringsberettigede bærer en forøget risiko eller kontrol i forhold til beskyttelsen af det immaterielle aktiv. Omvendt betyder dette de facto ikke, at det skattemæssige ejerskab ikke kan overgå fra en enhed, som besidder en registrering, til en anden koncernforbundet enhed, hvis denne påtager sig forøgede kontrol- og risikoforpligtelser i relation til eksempelvis vedligehold, forbedring og udnyttelse. Dette forhold må ligeledes bero på en konkret vurdering.

For så vidt angår immaterielle marketingaktiver er grænsen derimod mere flydende. Oftest udvikles sådanne aktiver i samarbejde mellem flere selskaber, og oftest tilpasses marketingaktiviteterne efter forskellige geografiske forhold. En sådan individuel tilpasning forøger dermed sandsynligheden for at særligt immaterielle marketingaktiver udvikles i et samarbejde mellem flere selskaber. På denne baggrund bliver den hidtidigt kendte opdeling mellem immaterielle produktions- og marketingaktiver igen relevant.

De civile retlige registreringer kan således influere på vurderingen af kontrol- og risikofaktorerne i relation til udviklingen, forbedringen, vedligeholdelsen, beskyttelsen og udnyttelsen af de immaterielle aktiver, og det netop er disse faktorer, som fremhæves som essentielle for den grundlæggende realitets- og substansbetragtning. Således må det formodes, at det er vanskeligere at opnå en andel i et skattemæssigt medejerskab til eksisterende og registrerede immaterielle aktiver, herunder særligt immaterielle produktionsaktiver, end det vil være tilfældet, når det drejer sig om fællesudvikling af eksempelvis immaterielle marketingaktiver.

4.3.1 Fællesudvikling af immaterielle aktiver

Der kan forekomme situationer, hvor en stor del af de civile retlige referencepunkter ikke er til stede til støtte for vurderingen af de konkrete ejerskabsforhold. Det kan være tilfældet, hvor der foreligger en koncernintern fællesudvikling af et ikke-registreringsberettiget immaterielt aktiv, og hvor det efterfølgende koncerninterne samarbejde omkring vedligeholdelse og udvikling ikke er tilstrækkeligt dokumenteret. I en sådan situation kan det være vanskeligt at vurdere, hvilken enhed, som reelt har besiddet kontrollen, og båret risikoen, med udviklingen.

En sådan situation er særlig relevant i tilfælde af, at der inden for koncernen, eksisterer immaterielle marketingaktiver. Den vanskelige tidsmæssige afgrænsning af det immaterielle marketingaktives udvikling i forhold til de immaterielle produktionsaktiver, samt den oftest geografisk forskelligartede karakter heraf, forøger sandsynligheden for, at flere koncernenheder de facto bidrager til vedligeholdelsen og udviklingen gennem lokale salgs- og markedsføringsaktiviteter. Netop disse salgs- og markedsføringsaktiviteter kan bidrage til at forøge værdien af de immaterielle marketingaktiver, og man kan således ende i situationer, hvor en egentlig fællesudvikling, ud fra kontrol- og risikobetragtninger, kan vanskeliggøre vurderingen af det underliggende økonomiske ejerskab og dermed i sidste ende have væsentlig indvirkning på den korrekte indkomstallokering.

⁹⁵ Lignende synspunkter fremhæves i SU 2007, 292, s. 643.

I dette tilfælde, kan der også drages paralleller til eksemplet i bilag 1. Her er der ligeledes tale om udviklingen af et marketingaktiv, og hvori det belyses, at selv små faktuelle justeringer, kan have væsentlig indflydelse på de konkrete ejerskabsforhold og således også indkomstfordelingen.

OECD berører ligeledes de problemstillinger, som kan være knyttet til udarbejdelsen af en funktionsanalyse i tilfælde af fællesudviklingen af immaterielle aktiver, der tjener som grundlag for yderligere udvikling. Principperne gælder dog for så vidt både selvudviklede og tilkøbte immaterielle aktiver, og dermed ikke blot immaterielle marketingaktiver. Her identificerer OECD eksempler på centrale funktioner, hvor der er en kraftig formodning for, at de bidrager til værdiskabelsen, og således berettiger til kompensation. Her nævnes funktioner som eksempelvis design og kontrol med undersøgelses- og marketingaktiviteter, styring og fastlæggelse af prioriteter for såkaldt ”bly-sky research”, kontrol med strategiske beslutninger vedrørende udviklingsaktiviteter og ledelse og kontrol med budgetplanlægning.⁹⁶ Rækken af eksempler er dog ikke udtømmende - snarere meget overordnet. Påtager et medlem af koncernen sig en eller flere af ovenstående, eller lignende, funktioner, er der en overvejende sandsynlighed for, at det pågældende selskab opnår et økonomisk ejerskab til det pågældende immaterielle aktiv i en skattemæssig kontekst, hvilket bør modsvares af en allokering af en del af de deraf genererede indtægter. Det kan være vanskeligt at udlede, hvad der præcist er indeholdt i de pågældende funktioner. Grundlæggende bygger de på de basale kontrol- og risikobetræktninger, som er grundelementet for statueringen af det skattemæssige ejerskab.

Desto tidligere de respektive selskaber begynder at samarbejde og fællesudvikle, desto større er sandsynligheden også for, at der kan statueres et medejerskab i en skattemæssig kontekst. Det må således formodes, at der oftest vil være knyttet en højere grad af kontrol- og risikofunktioner til udviklingsarbejdet, end til den efterfølgende vedligeholdelse. Dette gælder i særlig grad for de immaterielle produktionsaktiver, hvor kontrol- og risikofaktorerne specielt knytter sig til netop udviklingsfasen, og hvor det efterfølgende kan vise sig vanskeligt at opnå et økonomisk medejerskab til sådanne aktiver.

Der kan i de fleste tilfælde af fællesudvikling være mulighed for at opdele ejerskabet mellem flere koncernenheder – ikke blot det økonomiske, men også det juridiske ejerskab i form af fælleseje.⁹⁷ På den måde kan selskaberne, ved proaktivt at planlægge eksempelvis forsknings- og udviklingsaktiviteter være med til at påvirke de respektive ejerforhold – således både civilretligt og skatteretligt. Dette kan medvirke til at minimere risikoen for konflikter.

4.4 Overdragelse af immaterielle aktiver

I forlængelse af diskussionen omkring ejerskabet til immaterielle aktiver kan det, i mange tilfælde, blive aktuelt at tage stilling til, hvorvidt der, såvel direkte som indirekte, er sket en overdragelse fra en juridisk person til en anden juridisk person.

Immaterielle aktiver kan, på lige fod med materielle aktiver overdrages til andre personer, både fysiske og juridiske, hvad enten der består en koncernforbindelse eller ej. Sådanne overdragelser kan ske både helt eller delvist. Ved en hel overdragelse forstås en overdragelse, som indebærer en overgang af ejendomsretten, mens en delvis overdragelse vil bestå i en overdragelse af brugsretten til et immaterielt aktiv.

I forbindelse med selve overdragelsen er tidspunktet for indtrædelsen af beskatningen afhængig af, hvilken type overdragelse, der er tale om. Således opnår en overdragelse af ejendomsretten til et immaterielt aktiv skattemæssig virkning på tidspunktet for aftalens indgåelse, mens en overdragelse

⁹⁶ OECD: Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, pkt. 6.56, s. 46.

⁹⁷ SU 2007, 292, s. 643.

af brugsretten har skattemæssig virkning på tidspunktet, hvor overdrager og licensgiver erhverver ret til licensbetalingen.⁹⁸

Da de forskellige overdragelsesformer kan have vidt forskellige skattemæssige konsekvenser, såvel tidsmæssigt som økonomisk, er det derfor væsentligt at differentiere mellem de to overdragelsesformer. Dette kan dog være vanskeligt i situationer, hvor overdragelsen struktureres på en sådan måde, at vilkårene for en overdragelse af brugsretten til forveksling kan ligne vilkårene for en overdragelse af ejendomsretten. Dette kan være tilfældet, hvor der aftales uigenkaldelighed, en engangsbetaling, og hvor overdrageren er afskåret fra at anvende det immaterielle aktiv som følge af eksklusivrettigheder. Sådanne grænsetilfælde kan ligne både helt og delvise overdragelser af ejerskabet. Vurderingen heraf må i al almindelighed afgøres ud fra en samlet vurdering af de konkret foreliggende omstændigheder samt de almindelige bevisregler.⁹⁹

Selve overdragelsen af de immaterielle aktiver adskiller sig dog fra almindelige materielle overdragelser på den måde, at det kan være vanskeligt at opgøre, hvad der reelt er overdraget. Dette vil typisk være i situationer, hvor der også er en definitorisk tvivl om eksistensen af et immaterielt aktiv, samt i relation til ikke-registreringsberettigede immaterielle aktiver.

Denne u håndgribelighed har også haft betydning i relation til spørgsmålet om overdragelse af goodwill. De danske skattemyndigheder accepterer således ikke, at goodwill kan være genstand for en selvstændig overdragelse. Den skal således knytte sig til overdragelsen af en hel, eller en del af en, erhvervsvirksomhed.¹⁰⁰ Dette udgangspunkt hænger sammen med, at goodwill som begreb knytter sig til kundekreds, forretningsforbindelser eller lignende, der som formuegoder knytter sig til erhvervsvirksomheden.

Den oftest vanskelige vurdering af overdragelsessituationer kommer også til udtryk, når opmærksomheden henledes på de konkrete tilfælde, hvor der sker en udvikling i det økonomiske ejerskab til et immaterielt aktiv. I tilfælde af, at én koncernforbundet enhed er den formelle juridiske ejer af et immaterielt aktiv, mens en anden koncernforbundet enhed oppebærer kontrollen og risikoen forbundet med udviklingen af det samme aktiv, vil denne anden enhed således de facto besidde det økonomiske ejerskab til det immaterielle aktiv i en skattemæssig henseende. Det bevirker, set fra et skattemæssigt perspektiv, at den enhed, som besidder det økonomiske ejerskab også står nærmest til at oppebære den indkomst, som genereres af det pågældende immaterielle aktiv. I dette tilfælde vil den juridiske ejer blot besidde et formelt ejerskab, hvilket kan være nok til, at der ikke har fundet en decideret hel overdragelse sted, selvom indtægterne fremover tilfalder den økonomiske ejer.

Vurderingen af hvorvidt der har fundet en hel eller en delvis overdragelse sted, kan således være yderst vanskelig. På overfladen kan en transaktion således ligne en overdragelse af ejendomsretten, selvom den skatteretligt behandles som en overdragelse af brugsretten. Dette kan blive udfaldet selvom det underliggende aftaleforhold indeholder elementer, som typisk vil indikere, at der er tale om en overdragelse af ejendomsretten, herunder uigenkaldelighedsklausuler og afgivelse af enhver form for kontrol, mens aftalegrundlaget ud fra en samlet helhedsvurdering således alligevel, rent skattemæssigt, skal behandles som en overdragelse af brugsretten. Dette billede forstyrres yderligere idet omfang, at overdrageren og den juridiske ejer ikke oppebærer nogen fortjeneste, som genereres af det immaterielle aktiv, som følge af en overgang i det økonomiske ejerskab. På denne måde kan rettighederne som følge af en kombination af brugsret og økonomisk ejerskab til et immaterielt aktiv tilnærmelsesvist, med forbehold for afskrivningsadgangen, sammenlignes med de rettigheder, som typisk er tilknyttet besiddelsen af ejendomsretten. Der kan i særlige situationer potentielt ar-

⁹⁸ Jf. principperne i AL § 40 samt SU 2007, 292, s. 645 og TfS 1990, 214 H.

⁹⁹ SU 2007, 292, s. 645.

¹⁰⁰ SKAT: C.C.6.4.1.1, og eksempelvis SKM2002.310.HR.

gumenteres for, at der finder en praktisk overdragelse sted, som blot ikke anerkendes teoretisk og dermed ikke opnår de skatteretlige virkninger, som er tilknyttet en overdragelse af ejendomsretten.

4.5 Internationaliseringens indvirkning på ejerskabet til immaterielle aktiver

Der kan være en lang række økonomiske fordele, som ikke blot relaterer sig til de skattemæssige optimeringsmuligheder, ved at etablere koncernstrukturer på tværs af landegrænser. Etableringen af multinationale koncerner er ofte motiveret af et strategisk behov for, at være i stand til at imødekomme markedernes konkurrencevilkår. En del af sikringen af en optimal konkurrencekraft kan henføres til at forbedre toplinjen ved at øge det generelle salg gennem optimering og udvikling af nye markeder. Ydermere kan multinationale koncerner være med til at forbedre deres konkurrencesituation gennem optimering af omkostningsstrukturen og dermed en indirekte forbedring af bundlinjen.

Koncerner kan som led i optimeringen af deres omkostningsstrukturer forsøge at optimere skattebetalingerne, som de facto udgør omkostninger, gennem placering af en lang række indtægter i lande med en lav, eller ingen, selskabsskat. Omvendt er det dog væsentligt at holde sig for øje, at en sådan ensidig adfærd, den dag i dag, er udsat for en stor offentlig bevågenhed, der kan medvirke til en udstilling i offentligheden til skade for selskabets eksistensgrundlag.¹⁰¹

Det er da også de færreste multinationale selskaber, der arbejder med en så unuanceret opfattelse af måden at håndtere selskabsskattebetalinger på. Stadig flere af verdens store multinationale koncerner udarbejder og implementerer deciderede strategier for håndtering af de skattemæssige udfordringer, som kan opstå, når man opererer med globale forretningsmodeller. En stor del af selskabernes rapportering til forskellige landes skattemyndigheder, skal grundlæggende afspejle disse strategier.¹⁰² Det gælder også den lovpligtige transfer pricing dokumentation, som har til formål at skabe et struktureret overblik over koncernernes interne handel og afregning. Håndteringen af sådanne interne transaktioner påvirkes i høj grad af forskellige markedsfaktorer, som er særligt relevante at have for øje, da sådanne faktorer kan forstyrre billedet og sammenligningsgrundlaget samt vurderingen af det skattemæssige ejerskab, såfremt de ikke belyses fyldestgørende som led i udviklingen af dokumentationsgrundlaget. Dette gælder ligeledes på området for allokering af indkomst genereret af immaterielle aktiver.

4.5.1 Markedsbestemte omkostningsniveauer og koncernsynergieffekter

En lang række af de faktorer, som kan forstyrre det overordnede analysebillede udspringer af de geografiske forskelligheder, som er med til at påvirke de vilkår, som selskaberne opererer under på specifikke og lokale markeder. Derudover kan det være vanskeligt, at belyse et tilstrækkeligt sammenligningsgrundlag, idet koncernsynergieffekter de facto udspringer af mere eller mindre individuelle koncernstrukturer.

En international tilstedeværelse giver mange koncerner mulighed for at omkostningsoptimere ved at placere aktiviteter i lande med et generelt lavere omkostningsniveau. Dette omfatter eksempelvis såkaldte "roundtrip transactions", hvor immaterielle rettigheder overføres, helt eller delvist, til udenlandske enheder, som dernæst tilbagesælger eller videredistribuerer de producerede varer. Det kan medføre en forøget indtjening for koncernen, som følge af de pågældende omkostningsbesparelser. Der har hidtil ikke, i dansk skatteret, været faste holdepunkter for, hvorledes en sådan indtægt skal allokere mellem koncernens relevante enheder, og udgangspunktet må derfor være de

¹⁰¹ EY Tax Insights for Business Leaders, s. 40-41.

¹⁰² EY Tax Insights for Business Leaders, s. 40-41.

almindelige transfer pricing regler, herunder en almindelig funktions- og sammenlignelighedsanalyse.¹⁰³

Dette udgangspunkt ligner imidlertid også OECD's præcisering i deres udkast til de nye transfer pricing guidelines:

*"...it is necessary to consider (i) whether location savings exist; (ii) the amount of any location savings; (iii) the extent to which location savings are either retained by a member or members of the MNE group or are passed on to independent customers or suppliers; and (iv) where location savings are not fully passed on to independent customers or suppliers, the manner in which independent enterprises operating under similar circumstances would allocate any retained net location savings."*¹⁰⁴

Ligeledes gælder det for de fordele, som tilflyder som følge af andre markedsfaktorer samt opnåelsen af koncernsynergieffekter. Det gælder dels i forbindelse med de koncernfordele, som en særlig arbejdsstyrke kan skabe, men det gælder i særlig grad i forbindelse med de almindelige synergieffekter, som kan underbygge en magt- og forhandlingsposition, og som kan være med til at minimere omkostningsniveauer gennem minimering af særligt administrativt relaterede omkostninger:

*"Such group synergies can arise, for example, as a result of combined purchasing power or economies of scale, combined and integrated computer and communication systems, integrated management, elimination of duplication, increased borrowing capacity, and numerous similar factors."*¹⁰⁵

I forlængelse heraf, opstår spørgsmålet om, hvorvidt værdien af sådanne fordele, skal fordeles mellem koncernenhederne. Der må eksistere en formodning for, at der ikke skal ske en særskilt aflønning mellem koncernforbundne foretagender for de synergieffekter, hvad enten det hidrører fra omkostningsbesparelser eller øvrige fordele, som ikke er udtryk for en struktureret og samordnet indsats, samt i situationer hvor synergieffekterne har en mere tilfældig karakter.¹⁰⁶ Denne antagelse ligger også nært op af betingelserne for statuering af et økonomisk ejerskab, idet der også her foreligger et implicit substanskriterium. Omvendt vil der eksistere en større sandsynlighed for at værdien af synergieffekter, som opstår i forlængelse af en samordning eller fællesudvikling, bør fordeles mellem de relevante selskaber. Herudover bør den konkrete situation, i det omfang det er muligt, sammenholdes med den adfærd, som man berettiget ville kunne forvente af uafhængige parter i en sammenlignelig situation. Forhold som kan have indflydelse på de markeds-mæssige betingelser adresseres da også kort af de danske skattemyndigheder, som værende et grundlagene for udarbejdelsen af en fyldestgørende transfer pricing dokumentationen.¹⁰⁷

Det er således væsentligt, at afdække og analysere effekten af eventuelle koncernsynergieffekter med henblik på at vurdere, hvorvidt værdien af disse skal fordeles internt mellem relevante koncernenheder. Det er ydermere vigtigt, at belyse potentielle synergieffekters indvirkning på de respektive selskabers nøgletal og multible, såfremt disse danner grundlag for en del af den samlede funktions- og sammenlignelighedsanalyse, da det i modsat fald vil kunne forvrænge sammenligningsgrundlaget og tilmed forstyrre vurderingen af det skattemæssige ejerskab.

4.6 Ejerskabsbegrebet - et kompliceret substansbegreb med rod i civilretten

På baggrund af ovenstående kan det opsummeres, at fundamentet for den skattemæssige vurdering af ejerskabet til immaterielle aktiver som altovervejende hovedregel udspringer af civilretlige kvali-

¹⁰³ SU 2007, 292, s. 646-647.

¹⁰⁴ OECD: Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, pkt. 1.87, s. 15.

¹⁰⁵ OECD: Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, pkt. 1.98, s. 18.

¹⁰⁶ OECD: Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, pkt. 1.99-1.100, s. 18-19.

¹⁰⁷ SKAT: C.D.11.4.3.4.5.

fikationer, herunder eventuelle underliggende aftaleforhold og registreringer. Det illustreres således, at de civilretlige kvalifikationer, også på området for immaterielle aktiver, er styrende for de skatteretlige vurderinger. Indledningsvist bør vurderingen af det skattemæssige ejerskab således tage udgangspunkt i de civilretlige kvalifikationer af ejerskabsforholdene. Her vægtes registreringer og individuelle aftalevilkår mellem parterne. Dette er ligeledes det klare udgangspunkt i eksemplificeringen i bilag 1.

En ensidig civilretlig vurdering af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver kan dog forekomme u hensigtsmæssigt i tilfælde af, at indkomstallokeringen skal afspejles i den reelle værdiskabelse, herunder allokeres til enheder, som har bidraget hertil uden at være ejere af det pågældende immaterielle aktiv i civilretlig forstand. Det kan på baggrund heraf således konkluderes, at der må foretages en selvstændig skatteretlig kvalifikation af ejerskabet i tilfælde af, at de civilretlige kriterier ikke længere er tilstrækkelige i forhold til at sikre det økonomiske formål bag de skatteretlige regler på området for transfer pricing og indkomstallokering af indtægter genereret af immaterielle aktiver. Her må der foretages en selvstændig skatteretlig vurdering af det økonomiske ejerskab, der således træder i stedet for det civilretlige ejerskab i en skattemæssig kontekst. Dette synspunkt har OECD nuanceret væsentligt i forbindelse med reformeringen af de gældende transfer pricing guidelines.

Ved vurderingen af det økonomiske ejerskab lægges der i særlig grad vægt på de underliggende kontrol- og risikofaktorer, som knytter sig til udnyttelsen af det immaterielle aktiv. Her vurderes eksistensen og placeringen af kontrolelementer, herunder særligt ledelses- og beslutningskompetencer samt risikofordelingen, herunder hvem der bærer den de facto risiko i relation til eksempelvis succesfulde eller fejlslagne forsknings- og udviklingsaktiviteter eller sågar markedsføringsaktiviteter, og hvem der således, som følge heraf, må tåle at bære eventuelle omkostninger eller berettiget forlange en del af indtjeningen. Det må forholde sig med investering i den kommercielle udvikling og udnyttelse af immaterielle aktiver, som med investering i øvrige investeringsobjekter. Der vil således som altovervejende hovedregel være en positiv korrelation mellem risiko og forventet afkast, således at des højere risiko, som man påtager sig, des højere afkast vil man tilsvarende forlange som kompensation for den forøgede risiko.

De respektive vurderingsparametre vil variere i takt med variationen af de forskellige typer af immaterielle aktiver, men dog som udgangspunkt være i nær relation til disse mere overordnede kontrol- og risikoparametre. I forbindelse med en kontrol vil skattemyndighederne typisk teste sammenhængen mellem det formelle- og det faktuelle grundlag for transaktionerne. Det er således essentielt at sammenholde de aktuelle interne afregningsprocedurer, som antageligt fremgår af det underliggende aftalegrundlag, med den reelle kontrol- og risikofordeling, som afspejles i de respektive parterers adfærd i relation til det pågældende immaterielle aktiv.

Da det kan være vanskeligt at definere karakteren af det immaterielle aktiv samt den retmæssige ejer i skattemæssig henseende, kan dette de facto have en afsmittende effekt, i form af vægtige usikkerhedsmomenter, i forbindelse med foretagelsen af en korrekt indkomstallokering på armslængdevilkår. Ikke desto mindre forholder det sig således, at indkomstallokeringen bør afspejles i placeringen af det skattemæssige ejerskab.

Udfordringerne består primært i, at vurderingen af særligt det økonomiske ejerskab påvirkes af, at der arbejdes med en vurdering med en lang række uforudsigelige og ubekendte faktorer, som ofte kræver en særlig brancheindsigt, at kunne tage begrundet stilling til. Ligeledes forholder det sig sådan, at etableringen af koncernstrukturer, kan medføre et optimeringspotentiale i form af visse stordriftsfordele samt produktions- og omkostningssynergieffekter, som tilmed kan være med til at påvirke elementer i funktionsanalysen, herunder have en særlig indvirkning på vurderingen af ind-

tjeningsforhold samt i relation til mulighederne for at finde transaktionstyper, som er blot tilnærmelsesvist sammenlignelige.

I forlængelse heraf er det således også de respektive selskabers opgave, blandt andet at sikre interne systemer og procedurer, der uden unødvendigt ressourcospild kan tilvejebringe den relevante information i rette mængde og i rette tid.

5 BEPS-initiativernes forventede indflydelse på den internationale skatteret

5.1 Implementeringsfasen - Forholdet mellem dansk ret og international ret

Det er væsentligt at understrege, at den endelige implementering af BEPS-initiativerne har afgørende indflydelse på den afsmittende effekt, som det vil få på den danske praksis på området for den skattemæssige behandling af immaterielle aktiver. OECD har meldt ud, at implementeringen af de forskellige handlingsplaner, forventeligt vil ske på flere forskellige niveauer. Implementeringen vil ske i form af alt fra opdatering af internationale guidelines til deciderede nationale lovændringer.¹⁰⁸

Hvorvidt det kommer til at fordele sig, er endnu for tidligt at spå om, og det skaber dermed en usikkerhed i relation til initiativernes egentlige gennemslagskraft. Der kan næppe herske tvivl om, at der i fremtiden vil opstå diskussioner vedrørende fortolkningen, af de enkelte princippers formål og indvirkning. Dette vil særligt komme til udtryk idet omfang, initiativerne implementeres på folkeretligt niveau samt i overordnede guidelines. Omvendt vil en implementering i national skattelovgivning med ét skabe en klar effekt, medmindre implementeringen er præget dårligt lovteknisk arbejde, lappeløsninger samt en vanskelig og indviklet ordlyd.

OECD understreger da også vigtigheden i implementeringen af BEPS-initiativerne og fremhæver i denne sammenhæng det engagement og den drivkraft, som ligger bag initiativerne, og de enkelte medlemslandes tilslutning, som værende helt afgørende. Samtidig er udfordringen, at ingen reelt kan sige noget om gennemslagskraften og det endelige billede, idet de omfattede lande udelukkende vil være bundet af deres internationale folkeretlige forpligtelser:

”By its nature, BEPS requires co-ordinated responses. This is why countries are investing time and resources in developing shared solutions to common problems. At the same time, countries retain their sovereignty over tax matters and measures may be implemented in different countries in different ways, as long as they do not conflict with countries’ international legal commitments.”¹⁰⁹

Dette udgør usikkerhedsmomenter i forhold til at vurdere den fremtidige udvikling på området for den skattemæssige behandling af immaterielle aktiver.

I dansk skatteret er der næppe uenighed om, at vi på et teoretisk niveau fortolker vores interne danske skatteregler på transfer pricing området i en international kontekst og i lyset af OECD’s guidelines. Dette udgangspunkt fremhæves tillige af de danske skattemyndigheder.¹¹⁰

Dette har desuden medført, at de danske skattemyndigheder har sat fokus på implementeringen af BEPS-initiativerne i deres kontrolrapport for 2015,¹¹¹ og det er således nærliggende at antage, at disse initiativer fremadrettet vil udgøre en væsentlig inspirationskilde i forhold til udviklingen af fremtidige værnsregler indenfor dansk skatteret.

Undersøgelser peger desuden i retning af, at op imod 40 % af de lande, som står bag BEPS-projektet, allerede på nuværende tidspunkt er begyndt at implementere BEPS-initiativerne gennem

¹⁰⁸ OECD: Explanatory Statement, s. 3.

¹⁰⁹ OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles, s. 4.

¹¹⁰ SKAT: C.D.11.2.1.1.

¹¹¹ SKAT: Rapport om kontrolaktiviteter, s. 35.

udarbejdelse og gennemførelse af skattereformer. Ydermere indikerer godt en tredjedel af landene, at de har intensiveret deres prøvelser og undersøgelser for at klarlægge og eliminere uønsket skatteunddragelse. Ligeledes forventer en tredjedel af landene at forøge deres skatteindtægter som følge heraf allerede i 2015.¹¹² At så mange lande, allerede på nuværende tidspunkt, og før BEPS-projektet reelt er afsluttet, er begyndt at tage deres forholdsregler indikerer i den grad, at BEPS-initiativerne vil komme til at påvirke opbygningen og dannelsen af mange landes fremtidige udformning af deres respektive skattesystemer.

5.1.1 Dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning

Det kan udledes af den overordnede målsætning med BEPS-initiativerne, at formålet hermed i det væsentligste skal sikre en forbedret smidighed, således at u hensigtsmæssige situationer med dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning undgås. Det er således målet at forbedre konkurrencevilkårene for nationale koncerner og selskaber, ved at minimere de konkurrencemæssige fordele, som kan ligge i den strategiske balancering og anvendelse af flere dobbeltbeskatningsaftaler og nationale skattesystemer.¹¹³ Omvendt kan det udledes, at hensigten bag BEPS-initiativerne må være at sikre en form for minimumsharmonisering af den internationale skatteret. På trods af vidt forskellige nationale skattesystemer må det antages at være målet, at de respektive resultater og udfald af sådanne internationale initiativer kommer til at udgøre en ikke uvæsentlig rettesnor for udviklingen af netop de forskellige landes nationale skattesystemer og således indirekte influerer herpå. Det tyder allerede på nuværende tidspunkt på, at mange lande har skelet til denne udvikling.¹¹⁴

Dobbeltbeskatning eller sågar dobbelt ikke-beskatning udgør mere vidtgående retsfølger af en potentiel uoverensstemmelse omkring vurderingen af ejerskabet til immaterielle aktiver. Dobbeltbeskatning eller dobbelt-ikke beskatning opstår typisk i situationer, hvor flere landes skattemyndigheder er uenige i kvalificeringen af en konkret transaktion.¹¹⁵ Det kan også opstå, såfremt der anlægges forskellige fortolkninger af begrebet immaterielle aktiver. I Danmark er det eksempelvis den juridiske ejer, som er berettiget til at afskrive på immaterielle aktiver, mens andre lande kan lægge vægt på det økonomiske ejerskab ved vurderingen af afskrivningsadgangen. Således kan der opstå situationer med u hensigtsmæssig dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning.¹¹⁶

De enkelte lande er ikke decideret forpligtigede til at eliminere situationer med dobbeltbeskatning. Dog har de enkelte lande forskellige folkeretlige forpligtelser i forhold til at begrænse situationer med dobbeltbeskatning. Dels er der indarbejdet en bestemmelse i OECD's modeloverenskomst, som beskriver fremgangsmåden ved indgåelse af gensidige aftaler¹¹⁷, og dels indeholder kommentarerne til modeloverenskomstens artikel 9, som vedrører associerede foretagender, retningslinjer for, hvordan landene skal forsøge at imødegå dobbeltbeskatningsproblematikker gennem forhandling.¹¹⁸ Den relativt begrænsede retskildemæssige værdi heraf skal dog bemærkes, og desuden skal det pointeres, at artikel 25 kan fraviges i forskelligt omfang, hvorunder Danmark eksempelvis sjældent, hvis i det hele taget, har indarbejdet bestemmelsen om voldgift i de gældende dobbeltbeskatningsaftaler. Denne usikkerhed skal dog ses i lyset af, at SKAT, antageligt som konsekvens af BEPS-initiativerne, i deres kontrolrapport for 2015 påpeger, at fokus på netop forhandlingsproble-

¹¹² EY News – Many Governments are legislating now rather than awaiting final OECD BEPS recommendations.

¹¹³ OECD: Addressing Base Erosion and Profit Shifting, s. 7.

¹¹⁴ Se hertil afsnit 5.1 vedrørende implementeringsfasen.

¹¹⁵ I dette afsnit behandles udelukkende den såkaldte juridiske dobbeltbeskatning (påligningen af sammenlignelige skatter i to (eller flere) hos den samme skatteyder på det samme grundlag og for samme perioder) jf. Michelsen, Aage, m.fl. Lærebog om indkomstskat, s. 1054.

¹¹⁶ SU 2007, 292, s. 640.

¹¹⁷ Winther-Sørensen, OECD's modeloverenskomst 2010, s. 29.

¹¹⁸ Winther-Sørensen, OECD's modeloverenskomst 2010, s. 144.

matikkerne skal styrkes. Heraf fremgår, at SKAT fremover vil have fokus på at afhjælpe selskabers transfer pricing-dobbeltbeskatning ved forhandling med udenlandske skattemyndigheder.¹¹⁹ Indvirkningen af dette fokusområde er endnu uvis.

Derfor medfører den internationale skatteret, og måden hvorpå denne fungerer, og anvendes i praksis, til stadighed store udfordringer for multinationale selskaber. Disse selskaber skal således indledningsvist forholde sig til de nationale skatteregler, som gør sig gældende i de lande, hvori de opererer. Dernæst skal de forholde sig til potentielle multilaterale- eller bilaterale dobbeltbeskatningsaftaler mellem de respektive lande, som kan bevirke, at der bortses fra retsfølgerne af nationale bestemmelser, og sidst men ikke mindst skal de være opmærksomme på de rettigheder, som eventuelt tilkommer dem som følge af EU-retten.¹²⁰ Hertil skal lægges den usikkerhed som knytter sig til udfaldet af forhandlinger om fordeling af beskatningsretten mellem forskellige landes skattemyndigheder i tilfælde af en konkret situation med uhensigtsmæssig juridisk dobbeltbeskatning.

5.2 Ejerskabsdefinitionen i et selskabsperspektiv

Multinationale koncerner skal, uanset retsstillings beskaffenhed, forsøge at anvende de værktøjer, som er til rådighed, i forhold til at sikre den daglige regelefterlevelse. Dette gælder i relation til en lang række juridiske, lovhjemlede- som ulovhjemlede, forhold. Først og fremmest skal de multinationale koncerner sikre den optimale struktur for deres respektive forretningsmodel. Dette vedrører, i en transfer pricing kontekst, eksempelvis etablering og anvendelse af, de kontraktuelle muligheder, herunder anvendelsen af APA'er (Advanced Pricing Arrangements) samt CCA'er (Cost Contribution Arrangements). Ligeledes drejer det sig om, at sikre en effektiv og smidig behandling af den mængde data og information, som er til rådighed i koncernen, og efterfølgende at sikre optimale interne afrapporteringsprocedurer. Den rette mængde information skal bruges på rette sted og i rette tid, således problemstillinger med asymmetrisk information i forhold til skattemyndigheder og øvrige interessenter minimeres, og således at transfer pricing dokumentation fremstår så veldokumenteret som muligt.

5.2.1 Grundlæggende strukturelle overvejelser

Der findes en række værktøjer, som de respektive koncerner, og underliggende selskaber, kan anvende i forsøget på at adressere og imødekomme den risiko, som er knyttet til at opretholde et stort antal koncerninterne transaktioner, hvor underliggende immaterielle aktiver influerer på værdiskabelsen. En proaktiv anvendelse af disse værktøjer er forudsætningsvist afhængig af, at de pågældende selskaber sikrer, at der eksisterer en konsistens mellem det juridiske aftalegrundlag samt realiteten og substansen i de underliggende transaktioner.

De danske skattemyndigheder er som hovedregel forpligtede til at acceptere det foreliggende aftalegrundlag.¹²¹ Det gælder også for eventuelle aftaler om sameje og potentielle omkostningsfordelingsaftaler. Sådanne aftaler kan de respektive koncernheder således anvende i forhold til at belyse, regulere og afveje interne rettigheder og forpligtelser, herunder interne afregningspriser. Det er således forholdet mellem rettigheder og forpligtelser som, i sidste instans, er afgørende for vurderingen af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver. Således har de enkelte koncernselskaber, til en vis grænse, en mulighed for at regulere og kontrollere potentielle ejerskabsproblematikker. I bilag 1 illustreres indvirkningen af sådanne aftalevilkår. Heraf fremgår, at aftalegrundlaget i overvejende grad er styrende for placeringen af det skattemæssige ejerskab til varemærket og dermed fordelingen af indtjeningen genereret heraf. Således er det indledningsvist Primair, som i henhold til det konkrete aftalegrundlag og substansen besidder ejerskabet. Dette modificeres i de føl-

¹¹⁹ SKAT: Rapport om kontrolaktiviteter, s. 35.

¹²⁰ Se hertil Michelsen, Aage, m.fl. Lærebog om indkomstskat, s. 1053-1056.

¹²¹ SU 2007, 292, s. 643.

gende eksempler, eftersom aftalevilkårene ændres, hvorefter det således er Company S, der overtager kontrol- og risikoforpligtelserne og dermed den primære ret til det afkast, som genereres af varemærket.

I tilfælde af forøgede risici i relation til afstemningen af de interne afregningspriser er det muligt at gøre brug af såkaldte APA'er (Advanced Pricing Arrangements) samt CCA'er (Cost Contribution Arrangements). En CCA, eller en såkaldt omkostningsfordelingsaftale, er en aftale mellem to eller flere koncernenheder om deres respektive bidrag i forbindelse med udvikling, produktion og erhvervelse af eksempelvis rettigheder, herunder immaterielle aktiver.¹²² En APA er en aftale mellem den pågældende koncern og to eller flere landes skattemyndigheder om fastsættelsen af vilkårene for koncernens interne transaktioner.¹²³ Fælles for de respektive aftaler er, at de kan anvendes, og integreres i transfer pricing dokumentationen, som proaktive værktøjer til imødekommelse og eliminering af de risici, som er forbundet med udviklingen og vedligeholdelsen af immaterielle aktiver. Dette er således værktøjer, som multinationale koncerner kan anvende aktivt i deres risikostyring på transfer pricing området.

5.2.2 Landerapportering - sikring af transparens på skatteområdet

Et af midlerne til at imødekomme et stigende behov for gennemsigtighed beror på en forøget informationsudveksling. Det handler grundlæggende om at sikre, at alle aktuelle og potentielle interessenter, er i besiddelse af en tilstrækkelig mængde af information til at kunne træffe så virkelighedsnære beslutninger, som muligt. Udkastet til forøget landerapportering (country-by-country reporting) behandles også som en integreret del af BEPS-initiativerne.^{124 125}

Det er imidlertid ikke så enkelt, blot at informere de respektive interessenter, idet disse ofte kræver vidt forskellige typer af information. Der kan således være stor forskel på den type af information, som finansielle interessenter kræver, frem for den type information som skattemyndighederne kunne have interesse i. Derudover kan det være vanskeligt at afgøre den rette mængde og det rette tidspunkt for den respektive informationsstrøm, og ydermere vil hovedparten af de pågældende selskaber være tilbageholdende i relation til offentliggørelse af særlig konkurrencefølsom information. Det betyder således, at det bliver vanskeligt at udlede en egentlig definition på gennemsigtighedsproblematikken og ikke mindst dens indhold.¹²⁶ Den aktuelle type af information må formodes, at afhænge meget af koncernens forretningsområde, brancheforhold og lignende faktorer.

Denne problematik afspejler sig også i det egentlige reformarbejde. Således antages det, at der vil blive udarbejdet regler på både "hard-law" niveau, og "soft-law" niveau. Forventeligt vil en stor del af informationsudvekslingen, i relation til "soft law" reguleringen, således i høj grad komme til at forfølge et "comply or explain" princip, hvorefter multinationale koncerner, ud over de decidede lovhjemlede oplysningskrav, selv må afstemme mængden og typen af den information, som skal formidles til de respektive interessenter, og alternativt forklare, hvad der ligger til grund for en potentielt lav informationsudveksling:

¹²² SKAT: C.D.11.4.3.5. OECD adresserer netop nu omfanget og indholdet af de såkaldte Cost Contribution Arrangements, som følge af et nyligt offentliggjort Diskussion Draft, der har til formål at adressere udformningen af de fremtidige retningslinjer på dette område.

¹²³ SKAT: C.D.11.7.3.

¹²⁴ OECD: Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting.

¹²⁵ Tendenserne afspejles desuden i SKM2015.159.SKAT.

¹²⁶ EY Tax Insights for Business Leaders, s. 12.

”Ready or not, greater demands for increased visibility on corporate tax affairs are comin. While it remains unclear what exact form these requirements will ultimately take, companies need to start preparing to adapt.”¹²⁷

Der kan på grund af den oftest store kompleksitet i samspillet mellem nationale og internationale skatteregler opstå situationer, hvor efterspørgslen efter en bestemt type information, ud fra et selskabsperspektiv, kan være uhensigtsmæssig. Det vil være tilfældet såfremt nogle interessenter efterspørger og aktivt anvender en særlig type information uden reelt at have de nødvendige forudsætninger for tolke oplysningerne og ikke mindst de bagvedliggende forudsætninger, som ligger til grund for den pågældende type af information. Et eksempel herpå kunne være en unuanceret sammenligning af en koncernens effektive skattesats med den aktuelle selskabsskattesats i moderselskabets hjemland. Der kan således på overfalden være betydelig forskel i de respektive nøgletal, men der vil ligeledes være stor forskel i forudsætningerne bag disse nøgletal. Selskabernes opgave er således ikke blot at sikre en strøm af informationer, men ligeledes at sikre det optimale grundlag for, at de pågældende informationer behandles med respekt for de bagvedliggende konkrete omstændigheder. Desuden må selskaberne forholde sig til de ressourcer, som det vil kræve at tilvejebringe den rette information.¹²⁸

5.3 BEPS-initiativerne – et skridt mod øget transparens og harmonisering af den internationale skatteret

Det kan således opsummeres, at konturerne til en forøget harmonisering af den internationale skatteret efterhånden er ved at tage form. En lang række skattemyndigheder har på grundlag af et forøget fokus på skatteindtægter, indset at det bliver nødvendigt at adressere aktuelle problematikker på det internationale skatteområde med fælles front. I denne forbindelse spiller BEPS-initiativerne en væsentlig rolle, idet der lægges op til reformering af en lang række internationale skatteregler, herunder reglerne for transfer pricing og vurderingen af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver.

På trods af BEPS-initiativernes folkeretlige fodfæste, må de formodes at få væsentlig indflydelse på den fremtidige udformning af den internationale skatteret. Dette argument understøttes særligt, af den opbakning, som knytter sig til initiativerne, samt den allerede begyndende implementering i nationale regelsæt. Den endelige indflydelse må dog formodes at være meget landespecifik, idet landene på forhånd, i mere eller mindre omfang, forfølger nogle af de grundlæggende formål, som ligger bag initiativerne. Den største gennemslagskraft vil forventeligt opleves i en mere konform fortolkning af reglerne indenfor den internationale skatteret på tværs af landegrænserne. Dette udgangspunkt bør dog ses i lyset af, at det endnu ikke står klart, på hvilket retskildeniveau, som BEPS-initiativerne bliver endeligt implementeret, hvilket skaber en usikkerhed om omfanget, og således understøtter tesen om forskellige nationale implementeringsgrader. I forhold til indvirkningerne på dansk skatteret vil en række af formålene med BEPS-initiativerne allerede på nuværende tidspunkt være indarbejdet i form af diverse værnsregler, men det må forventes, at BEPS-initiativerne vil bidrage til en nuanceret retsopfattelse, herunder særligt i relation til transfer pricing og immaterielle aktiver, og yderligere fungere som inspiration for potentielt fremtidige værnsregler på dette, og andre, områder.

Det kan ikke afskrives, at BEPS-initiativerne vil opleve et fornyet rygstød i 2015, da 2015 er deadline for færdiggørelsen. Ydermere skal omkring en tredjedel af de involverede lande til parlaments-

¹²⁷ EY Tax Insights for Business Leaders, s. 14.

¹²⁸ Jf. diskussionen i EY Tax Insights for Business Leaders, s. 10 og frem.

valg i løbet af 2015, hvor problemstillingerne vedrørende BEPS må forventes at blive et af omdrejningspunkterne i de forestående valgkampe.¹²⁹

6 Konklusion – et stadig uklart - men nuanceret - ejerskabsbegreb

Der kan ikke udledes en eksakt definition på begrebet immaterielle aktiver i en skattemæssig kontekst. Begrebets overvejende negative afgrænsning bevirker, at det fremstår som et residualbegreb, der på særlige områder præges af u håndgribelighed.

Det skattemæssige ejerskab læner sig meget op af det civilretlige ejerskabsbegreb, og afviger som hovedregel kun derfra, såfremt en forfølgelse af de civilretlige kvalifikationskriterier vil skabe en uhensigtsmæssig retsfølge i et skattemæssigt perspektiv. I så fald bør det skattemæssige ejerskab i højere grad afspejle realitet og substans, således at underliggende kontrol- og risikobetrægtninger bliver styrende for statueringen af et økonomisk ejerskab til de underliggende immaterielle aktiver.

Iværksættelsen af BEPS-initiativerne har bidraget til at sikre et nuanceret og internationalt konformt fortolkningsgrundlag. Konklusionen støttes i særlig grad af den landeopbakning, som umiddelbart synes at løfte initiativerne.

I relation til den danske retsstilling på området, for det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver, vil udviklingen og de internationale tendenser forventeligt bidrage til en mere nuanceret og accepteret opfattelse af anvendelsen af det økonomiske ejerskabsbegreb som grundlag for indkomstfordelingen.

BEPS-initiativerne forventes at skabe en forøget ensretning af ejerskabsvurderingen på tværs af OECD- og G20 landene.

Den u håndgribelighed, som naturligt knytter sig til begrebet immaterielle aktiver, påvirker i høj grad definitions-kriterierne. Det kan således i mange tilfælde være særdeles vanskeligt at definere eksistensen af immaterielle aktiver. Begrebet kan dog til en vis grad opdeles i flere forskellige typer af immaterielle aktiver, hvortil der er knyttet konkrete definitions-kriterier. Her kan nævnes forskellige typer af immaterielle aktiver som eksempelvis patenter, brugsmødeller, designs, varemærker, og til dels også knowhow og goodwill.

Der kan foretages en flerhed af tests med henblik på at udlede, hvorvidt immaterielle aktiver bidrager til værdiskabelsen. Sådanne tests omfatter blandt andet en kontrol af civilretlige registreringer og aftalegrundlag i øvrigt, nøgletalsanalyser samt en vurdering af mulighederne for kontrol og udvikling af det pågældende aktiv. Her udgør de civilretlige registreringer stærke holdepunkter, idet et civilretligt registreret immaterielt aktiv som hovedregel også kvalificerer som et immaterielt aktiv i en skattemæssig kontekst. De øvrige indikatorer vil i høj grad være påvirket af konkrete forhold, hvilket gør det uhensigtsmæssigt at udlede en generel skatteretlig definition af begrebet. Oftest vil et immaterielt aktiv være kendetegnet ved en vis form for nyhedsværdi og individualitet, som er egnet til at skabe en konkurrencemæssig fordel.

Der er således tale om et flerleddet skattemæssigt definitionsbegreb, der som følge af en overvejende negativ afgrænsning må betegnes som et residualbegreb.

Betydningen af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver er særlig væsentligt, idet dette bør afspejle fordelingen af den indtjening, som genereres af det pågældende immaterielle aktiv. Vurderingen af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver udspringer, i dansk skatteret,

¹²⁹ EY News – Many Governments are legislating now rather than awaiting final OECD BEPS recommendations.

som hovedregel af de beslægtede civilretlige ejerskabskriterier. Det betyder, at den civilretlige ejer, herunder registreringsindehaveren, eller ejeren ifølge anden juridisk aftale, som udgangspunkt side-stilles med den skattemæssige ejer af det tilsvarende immaterielle aktiv.

Dette udgangspunkt vil dog kunne modificeres i det omfang, at formålet bag de skatteretlige regler på transfer pricing området ikke kan forfølges, såfremt de civilretlige ejerskabskriterier konsekvent overføres til en skattemæssig kontekst. Dette vil være tilfældet når den civilretlige ejer ikke kontrollerer eller bærer økonomiske risici i relation til udviklingen og vedligeholdelsen af det pågældende immaterielle aktiv. Således bør det civilretlige ejerskab vige for et substantielt ejerskab i en skattemæssig kontekst – også benævnt det økonomiske ejerskab.

Til grund for vurderingen af det økonomiske ejerskab ligger en lang række substans- og realitetsbetragtninger. Således vurderes det, hvem der reelt besidder kontrollen med den udvikling og vedligeholdelse, som knytter sig til det immaterielle aktiv. Det vurderes, hvilken enhed, der besidder beslutningskompetencen i forhold til væsentlige beslutninger, herunder eksempelvis strategiske tiltag og godkendelse af budgetter. Derudover foretages en grundig analyse af de risikofaktorer, som knytter sig til samme udvikling og vedligeholdelse af det immaterielle aktiv. Her vurderes, hvem der reelt bærer risikoen i forhold til afholdelsen af de ressourcer og omkostninger, som relaterer sig til udviklingen og vedligeholdelsen. En sådan analyse vil også omfatte en gennemgang af koncernens interne afregningspriser.

Vurderingen af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver er derfor ligeledes påvirket af en lang række konkrete faktorer, som er forbundet med en risiko for divergerende juridisk opfattelse af de foreliggende omstændigheder, hvilket kan afføde u hensigtsmæssige transfer pricing konflikter og problemstillinger.

I lyset af BEPS-initiativerne må det forventes, at der fremadrettet sikres et bedre grundlag for en konform international fortolkning af reglerne indenfor den internationale skatteret. Dette indikerer, at en lang række lande, nu for alvor har i sinde at, gøre op med de uoverensstemmelser, som kan opstå mellem den eksisterende internationale skatteret og nutidens måde, hvorpå man driver multinationale koncerner. BEPS-initiativerne nyder i øjeblikket en stor opbakning, og netop denne støtte er altafgørende for initiativernes endelige gennemslagskraft i de respektive nationale skattesystemer.

I kraft af at de danske regler på transfer pricing området overordnet skal fortolkes i overensstemmelse med indholdet i OECD's transfer pricing guidelines, vil gennemførslen af BEPS-initiativerne, herunder særligt action 8, få en mere direkte indvirkning på den danske retsstilling. Det må forventes, at fortolkningsgrundlaget nuanceres væsentligt i relation til vurderingen af det skattemæssige ejerskab til immaterielle aktiver. Det kan give de selskaber, som oppebærer aktiviteter i Danmark et yderligere rygstød i relation til en bredere anerkendelse af de økonomiske ejerskabskriterier som valide vurderingskriterier og holdepunkter for statueringen af det skattemæssige ejerskab til disse immaterielle aktiver. BEPS-initiativerne bidrager således til en udvidet og fremtonet fortolkning af de bagvedliggende realitets- og substansbetragtninger, som bærende faktorer for i fremtiden at indlemme væsentligt mere selvstændige skattemæssige kvalifikationskriterier, som i højere grad tillades at afvige fra de eksisterende rødder i civilretten. Dette er medvirkende til at løfte denne del af den internationale skatteret tættere den faktiske virksomhedsudøvelse og således minimere u hensigtsmæssige kløfter og heraf afledte problemstillinger.

Eksemplet med Mor og Datter illustrerer overordnet de, i nærværende sammenhæng, behandlede ejerskabsproblematikker i relation til immaterielle aktiver. I dette eksempel vil betragtningerne i BEPS-initiativerne som udgangspunkt underbygge koncernledelsens fokus på substansen i transaktionerne, hvilket kan indikere at det klassiske juridiske ejerskab, i det konkrete tilfælde, må vige for

en selvstændig skatteretlig realitets- og substansbetragtning, således at større dele af indkomsten fremadrettet bør allokeres til Datter som kompensation for dennes forøgede risiko- og kontrolforanstaltninger. Ydermere belyser eksemplet vigtigheden i at sikre en proaktiv tilvejebringelse af information samt udarbejdelse af klare koncerninterne retningslinjer og udviklingsaftaler, og herunder sikre en fyldestgørende transfer pricing dokumentation. En sådan tilgang forøger sandsynligheden for, at der skabes det optimale beslutningsgrundlag for de respektive skattemyndigheder, hvilket må forventes at minimere antallet af konflikter i relation til placeringen af det skattemæssige ejerskab.

7 Perspektivering i relation til beslægtede problemstillinger

Den internationale skatteret, har gennem årene været præget af en stærk national forankring. Dette er stadigvæk udgangspunktet, men modificeres dog idet omfang, at landene respekterer og forfølger gældende folkeretlige principper.

Det er diskuteret, på hvilke niveauer implementeringen af de nyeste udviklingstendenser på det internationale skatteområde skal foregå, og det er således tvivlsomt om et for ensidigt fokus på udviklingen af folkeretlige principper og guidelines er tilstrækkeligt. Det må dog konstateres, at BEPS-initiativerne oplever en stærk tilslutning og opbakning i denne sammenhæng.¹³⁰

BEPS-initiativerne har, som antydnet, til formål at behandle en lang række internationale skatteforhold, hvorunder denne afhandlings hovedtema blot udgør en del af det samlede billede. Omfanget af BEPS-initiativerne er udformet i erkendelse af, at målet med indsatsen ikke kan opnås uden at sikre en bred belysning af flere elementer af den internationale skatteret. Således er det målet med BEPS-projektet at behandle 15 overordnede initiativer, der på trods af opdelingen er internt forbundne.¹³¹

Internationale selskaber og koncerner skal derfor ikke blot forholde sig til den risiko, som består i regel- eller praksisændringer, som potentielt affødes af tendenserne inden for et enkelt af initiativerne. Risikoen forøges derved, at usikkerheden, som er knyttet til tendenserne inden for flere forskellige retsområder, udvikler sig såvel afhængigt som uafhængigt af hinanden. Dertil skal lægges, at selskaberne i kraft af deres internationale tilstedeværelse til dagligt arbejder med at sikre regelefterlevelse på en lang række af disse områder. Det medfører, at selskaberne skal samstemme en beslutning på ét område med de konsekvenser, dette kan have i andre skattemæssige henseender.

7.1 Evnen at kunne balancere mellem forskellige værnsregler

Det kan, med den internationale skatterets nuværende udformning, være vanskeligt at balancere mellem forskellige regelsæt. Således kan der opstå situationer, hvor en beslutning om at imødekomme en problemstilling i relation til placeringen af ejerskabet til immaterielle aktiver potentielt kan skabe en afledt situation, der har som konsekvens, at denne beslutning karambolerer med andre regelsæt.

Som eksempel, på den interne afhængighed og overlapning i udviklingen inden for de respektive regelsæt, kan nævnes relationen mellem reglerne for fastlæggelse af ejerskabet til immaterielle aktiver samt reglerne for statuering af fast driftssted. Såfremt et selskab vælger, at udsende en eller flere medarbejdere for at varetage markedsføringsfunktioner i et udenlandsk datterselskab, med henblik på at imødekomme og minimere de risici og usikkerheder som kan være knyttet til definitionen af det skattemæssige ejerskab i forbindelse med fællesudvikling af immaterielle markedsføringsakti-

¹³⁰ SU 2015, 38, s. 1-2.

¹³¹ OECD: Addressing Base Erosion and Profit Shifting, s. 5-7 samt OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles, s. 11-12.

ver, opstår der en pludselig risiko for karambolering med øvrige skattemæssige lovregler. Det kan, afhængigt af intern ret, og den respektive dobbeltbeskatningsaftale, opstå en risiko for at opnå fast driftssted i den pågældende situation. En vurdering af et potentielt fast driftssted vil afhænge af flere faktorer, herunder det tidsmæssige perspektiv, foretagens struktur samt omfanget af de funktioner, som de udstationerede medarbejdere påtager sig. Der opstår således en risiko for afledte skattemæssige konsekvenser, som de pågældende selskaber er nødsaget til at forholde sig til.

En udstationering af medarbejdere kan dog ikke blot skabe en risiko for opnåelse af fast driftssted i det respektive land, det kan ligeledes forøge risikoen for, at de respektive skattemyndigheder vælger at sidestille konstruktionen med en decideret overdragelse af immaterielle aktiver. Det formodes særligt at gælde for immaterielle aktiver, som knytter sig særligt til medarbejderne, som eksempelvis knowhow, og således også goodwill – immaterielle aktiver, hvor der ikke er tilknyttet civilretlige ejerskabskriterier. Udfaldet heraf vil ligeledes afhænge af en lang række konkrete faktorer.

Denne forbundenhed afspejler sig desuden ved vurderingen af de afledte praktiske konsekvenser, som statueringen af det økonomiske ejerskab til immaterielle aktiver har i en skattemæssig kontekst. Først og fremmest opstår spørgsmålet om, hvorvidt man bør fastsætte den endelige fordelingsnøgle til afkastet af de immaterielle aktiver. Herudover kan det være vanskeligt at fastslå om fordelingen konsekvent skal omhandle både royalties og salgssummer. Ydermere kan der opstå fortolknings-spørgsmål, såfremt et land ikke anerkender en enhed som værende økonomisk ejer i skattemæssig henseende, hvilket efterfølgende stiller spørgsmål ved, hvorledes man så bør forholde sig til anvendelsen af relevante dobbeltbeskatningsaftaler, såfremt de kan finde anvendelse.

Usikkerheden i forbindelse med implementeringen, og den praktiske indvirkning, af BEPS-initiativerne giver på nuværende tidspunkt ikke entydige svar på ovenstående problemstillinger.

Multinationale koncerner skal derfor, som eksemplificeret, ikke blot forholde sig til ét regelsæt. De skal ligeledes forholde sig til retsgrundlaget i de øvrige lande, hvori de har aktiviteter og ikke mindst samspillet imellem de specifikke regler. Dette oftest vanskelige samspil mellem nationale og internationale regler og forpligtelser udgør essensen af de udfordringer som for øjeblikket dominerer den internationale skatteret.

8 Forkortelsesliste

AL	Afskrivningsloven
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BML	Brugsmodelloven
DSL	Designloven
EU	Den Europæiske Union
H/HR	Højesteret
IAS	International Accounting Standards
KSL	Kildeskatteloven
LSR	Landsskatteretten
LR	Ligningsrådet
MFL	Markedsføringsloven
OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development
OHL	Ophavsretsloven

PTL	Patentloven
SEL	Selskabsskatteloven
SKM	Skatteministeriet
SR	Skatterådet
VLR	Vestre Landsret
VML	Varemærkeloven
ØLR	Østre Landsret
ÅRL	Årsregnskabsloven

9 Litteraturliste

Dansk lovgivning

Afskrivningsloven – Lovbekendtgørelse 2014-09-09 nr. 1106 om skattemæssige afskrivninger.

Brugsmodelloven – Lovbekendtgørelse 2012-01-24 nr. 106 om brugsmødeller.

Designloven – Lovbekendtgørelse 2012-01-24 nr. 102 af designloven.

Kildeskatteloven – Lovbekendtgørelse 2010-12-07 nr. 1403 af kildeskatteloven.

Ophavsretsloven – Lovbekendtgørelse 2014-10-23 nr. 1144 om ophavsret.

Patentloven – Lovbekendtgørelse 2012-01-24 nr. 108 af patentloven.

Selskabsskatteloven – Lovbekendtgørelse 2015-01-09 nr. 149 af selskabsskatteloven.

Varemærkeloven – Lovbekendtgørelse 2012-01-24 nr. 109 af varemærkeloven.

Årsregnskabsloven – Lovbekendtgørelse 2013-11-01 nr. 1253 af årsregnskabsloven.

Dansk praksis (sorteret efter årstal)

TfS 1990, 214 H

TfS 1990, 298 LSR

TfS 1992, 421 VLR

TfS 1999, 84 H

TfS 2001, 231 H

TfS 2002, 563 H

SKM2002.310.HR

Journalnr. 07-173875 af 19.08.2008

SKM2004.141.LR

SKM2014.154.SR

Folkeret og internationale guidelines – herunder BEPS rapporter

OECD (2010): OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.

OECD (2013): Addressing Base Erosion and Profit Shifting.

OECD (2014): Explanatory Statement: 2014 Deliverable: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.

OECD (2014): Action 8: 2014 Deliverable: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles.

OECD (2014): Action 13, 2014 Deliverable: Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting.

Litteratur

Michelsen, Aage m.fl., Lærebog om indkomstskat, 15. udgave, 2013, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Michelsen, Aage m. fl. International skatteret, 4. udgave, 2014 – Ikke trykt udgave.

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

Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D., Retskilder og Retsteorier, 4. Reviderede udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Winther-Sørensen, Niels, OECD's modeloverenskomst 2010 – med kommentarer samt opdateringer til artikel 26, 5. udgave, 2. oplag 2014, 2012 Karnov Group Denmark A/S.

Artikler

Silberztein, Caroline, Head of Transfer Pricing Unit at OECD, Transfer pricing aspects of intangibles: The OECD project, Transfer Pricing International Journal, 08/11, ISSN 2042-8154.

SU 2007, 292 - Wittendorff, Jens, Transfer pricing og immaterielle aktiver, Skat Udland, august 2007.

SU 2015, 38 – Schmidt, Peter Koerver og Bundgaard, Jakob, Ensretning i den internationale skatteret – Om muligheden for indførelse af CCCTB i lyset af Luxleaks, Skat Udland, 2015.

RR.11.2004.40, Wittendorff, Jens, Allokering af det økonomiske afkast af marketingaktiver mellem koncernselskaber – Del 1, Revision og Regnskabsvæsen, 1. november 2004.

Elektroniske kilder

SKAT: Den juridiske vejledning – C.C.2.4.1.2.

SKAT: Den juridiske vejledning – C.C.6.4.1.1.

SKAT: Den juridiske vejledning – C.D.11.2.1.1.

SKAT: Den juridiske vejledning – C.D.11.4.3.4.3.

SKAT: Den juridiske vejledning – C.D.11.4.3.4.5.

SKAT: Den juridiske vejledning – C.D.11.4.3.5.

SKAT: Den juridiske vejledning – C.D.11.7.3.

EY: EY News – Many Governments are legislating now rather than awaiting final OECD BEPS recommendations, London, February 2015, www.ey.com.

- <http://www.ey.com/GL/en/Newsroom/News-releases/news-ey-many-governments-are-legislating-now-rather-than-awaiting-final-oecd-beps-recommendations>

EY: EY Tax Insights for Business Leaders, Issue 12, Focus: Transparency, December 2014, <http://taxinsights.ey.com>.

- [https://taxinsights.ey-vx.com/ey-ti-ed-1/pdf/ey-tax12-client-version-141127-\(2\).pdf](https://taxinsights.ey-vx.com/ey-ti-ed-1/pdf/ey-tax12-client-version-141127-(2).pdf)

Børsens virksomhedsside for hoved og nøgletal.

- http://borsen.dk/kurser/virksomhedsside/hoved-_og_noegletal/

Øvrige kilder

Kommissionens forordning (EF) Nr. 1126/2008 af 3. november 2008 om vedtagelse af visse internationale regnskabsstandarder i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1606/2002.

Miyatake, Toshio m.fl., Cahiers de droit fiscal international – Transfer Pricing and Intangibles, Volume 92a, International Fiscal Association, 2007.

SKAT: Rapport om kontrolaktiviteter for styrket regelefterlevelse på skatteområdet, januar 2015.

SKM2015.159.SKAT

10 Bilag

10.1 Bilag 1: Eksemplificering af problemstillinger vedr. ejerskabet til immaterielle aktiver - i lyset af den koncerninterne indkomstallokering på armslængdevilkår¹³²

OECD's eksempel er medtaget, da det naturligt illustrerer nogle af de vurderingsparametre, som indgår i afhandlingens centrale analyseafsnit. Et analyseafsnit, hvori OECD's rapport vedrørende transfer pricing og immaterielle aktiver, herunder også nedenstående eksempel, udgør en væsentlig informationskilde.

10.1.1 Eksempel 1:

"Primair, a resident of country X, manufactures watches which are marketed in many countries around the world under the R trademark and trade name. Primair is the registered owner of the R trademark and trade name. The R name is widely known countries where the watches are sold and has obtained considerable economic value in those markets through the efforts of Primair. R watches have never been marketed in country Y, however, and the R name is not known in the country Y market.

In Year 1, Primair decides to enter the country Y market and incorporates a wholly owned subsidiary in country Y, Company S, to act as its distributor in country Y. At the same time, Primair enters into a long-term royalty-free marketing and distribution agreement with company S. Under the agreement, Company S is granted the exclusive right to market and distribute watches bearing the R trademark and using the R trade name in country Y for a period of five years, with an option for further five years. Company S obtains no other rights relating to the R trademark and trade name

¹³² OECD: Guidance on Transfer pricing Aspects of Intangibles, s. 101-107.

from Primair, and in particular is prohibited from re-exporting watches bearing the R trademark and trade name. The sole activity of Company S is marketing and distributing watches bearing the R trademark and trade name. It is assumed that the R watches are not part of a portfolio of products distributed by Company S in country Y. Company S undertakes no secondary processing, as it imports packaged watches into country Y ready for sale to the final customer.

Under the contract between Primair and Company S, Company S purchases the watches from Primair in country Y currency, takes title to the branded watches and performs the distribution function in country Y, incurs the associated carrying costs (e.g. inventory and receivables financing), and assumes the corresponding risks (e.g. inventory, credit and financing risks). Under the contract between Primair and Company S, Company S is required to act as a marketing agent to assist in developing the market for R watches in country Y. Company S consults with Primair in developing the country Y marketing strategy for R watches. Primair develops the overall marketing plan based largely on its experience in other countries, it develops and approves the marketing budgets, and it takes final decisions regarding advertising designs, product positioning and core advertising messages. Company S consults on local market issues related to advertising, assists in executing the marketing strategy under Primair's direction, and provides evaluation of the effectiveness of various elements of the marketing strategy. As compensation for providing these marketing support activities, Company S receives from Primair a service fee based on the level of marketing expenditure it incurs and including an appropriate profit element.

Assume for the purpose of this example that, based upon a thorough comparability analysis, including a detailed functional analysis, it is possible to conclude that the price Company S pays Primair for the R watches should be analysed separately from the compensation Company S receives for the marketing it undertakes on behalf of Primair. Assume further that based upon identified comparable transactions, the price paid for the watches is arm's length and that this price enables Company S to earn an arm's length level compensation from selling the watches for the distribution function it performs, the assets it uses and the risks it assumes.

In Years 1 to 3, Company S embarks on a strategy that is consistent with its agreement with Primair to develop the country Y market for R watches, In the process, Company S incurs marketing expenses. Consistent with the contract, Company S is reimbursed by Primair for the marketing expenses it incurs, and is paid a mark-up on those expenses. By the end of Year 2, the R trademark and trade name have become well established in country Y. The compensation derived by Company S for the marketing activities it performed on behalf of Primair is determined to be arm's length, based upon comparison to that paid to independent advertising and marketing agents identified and determined to be comparable as part of the comparability analysis.

Under these circumstances Primair is entitled to retain any income derived from exploiting the R trademark and trade name in the country Y market that exceeds the arm's length compensation to Company S for its functions and no transfer pricing adjustments is warranted under the circumstances."

10.1.2 Eksempel 2:

"The facts in this example are the same as in Example 1, except as follows:

Under the contract between Primair and Company S, Company S is now obligated to develop and execute the marketing plan for country Y without detailed control of specific elements of the plan by Primair. Company S bears the costs and assumes certain of the risks associated with the marketing activities. The agreement between Primair and Company S does not specify the amount of marketing expenditure Company S is expected to incur, only that Company S is required to use its best efforts to market the watches. Company S receives

no direct reimbursement from Primair in respect of any expenditure it incurs, nor does it receive any other indirect or implied compensation from Primair, and Company S expects to earn its reward solely from its profit from the sale of R brand watches to third party customers in the country Y market. A thorough functional analysis reveals that Primair exercises a lower level of control over the marketing activities of Company S than in Example 1 in that it does not review and approve the marketing budget or design details of the marketing plan. Company S bears different risks and is compensated differently than was the case in Example 1. The contractual arrangements between Primair and Company S are different and the risks assumed by Company S are greater than in Example 2 than in Example 1. Company S does not receive direct cost reimbursements or a separate fee for marketing activities. The only controlled transaction between Primair and Company S in Example 2 is the transfer of the branded watches. As a result, Company S can obtain its reward for its marketing activities only through selling R brand watches to third party customers.

As a result of these differences, Primair and Company S adopt a lower price for watches in Example 2 than the price for watches determined for purposes of Example 1. As a result of the differences identified in the functional analysis, different criteria are used for identifying comparables and for making comparability adjustments than was the case in Example 1. This results in Company S having a greater anticipated total profit in Example 2 than in Example 1 because of its higher level of risk and its more extensive functions.

Assume that in Year 1 through 3, Company S embarks on a strategy that is consistent with its agreement with Primair and, in the process, performs marketing functions and incurs marketing expenses. As a result, Company S has high operating expenditures and slim margins in Year 1 through 3. By the end of Year 2, the R trademark and trade name have become established in country Y because of Company S's efforts. Where the marketer/distributor actually bears the costs and associated risks of its marketing activities, the issue is the extent to which the marketer/distributor can share in the potential benefits from those activities. Assume that the enquiries of the country Y tax administrations conclude, based on a review of comparable distributors, that Company S would have been expected to have performed the functions it performed and incurred its actual level of marketing expense if it were independent from Primair.

Given that Company S performs the functions and bears the costs and associated risks of its marketing activities under a long-term contract of exclusive distribution rights for the R watches, there is an opportunity for Company S to benefit (or suffer a loss) from the marketing and distribution activities it undertakes. Based on an analysis of reasonably reliable comparable data, it is concluded that, for purposes of this example, the benefits obtained by Company S result in profit similar to those made by independent marketers and distributors bearing the same types of risks and costs as Company S in the first few years of comparable long-term marketing and distribution agreements for similarly unknown products.

Based on the foregoing assumptions, Company S's return is arm's length and its marketing activities, including its marketing expenses, are not significantly different than those performed by independent marketers and distributors in comparable uncontrolled transactions. The information on comparable uncontrolled arrangements provides the best measure of the arm's length return earned by Company S for the contribution to intangible value provided by its functions, risks, and costs. That return therefore reflects arm's length compensation for Company S's contributions and accurately measures its share of the income derived from exploitation of the trademark and trade name in country Y. No separate or additional compensation is required to be provided to Company S."

10.1.3 Eksempel 3:

“The facts in this example are the same as in Example 2, except that the market development functions undertaken by Company S in this Example 3 are far more extensive than those undertaken by Company S in Example 2.

Where the marketer/distributor actually bears the costs and risks of its marketing activities, the issue is the extent to which the marketer/distributor can share in the potential benefits from those activities. A thorough comparability analysis identifies several uncontrolled companies engaged in marketing and distribution functions under similar long-term marketing and distribution arrangements. Assume, however, that the level of marketing expense Company S incurred in Year 1 through 5 far exceeds that incurred by the identified comparable independent marketers and distributors. Assume further that the high level of expense incurred by Company S reflects its performance of additional or more intensive functions than those performed by the potential comparables and that Primair and Company S expect those additional functions to generate higher margins or increased sales volume for the products. Given the extent of the market development activities undertaken by Company S, it is evident that Company S has made a larger functional contribution to development of the market and the marketing intangibles and has assumed significantly greater costs and risks than identified potentially comparable independent enterprises (and substantially higher costs and risks than in Example 2). There is also evidence to support the conclusion that the profits realized by Company S are significantly lower than the profit margins of the identified potentially comparable independent marketers and distributors during the corresponding years of similar long-term marketing and distribution agreements.

As in Example 2, Company S bears the costs and associated risks of its marketing activities under a long-term contract of exclusive marketing and distribution rights for the R watches, and therefore expects to have an opportunity to benefit (or suffer a loss) from the marketing and distribution activities it undertakes. However, in this case Company S has performed functions and borne marketing expenditures beyond what independent enterprises in potentially comparable transactions with similar rights incur for their own benefit, resulting in significantly lower profit margins for Company S than are made by such enterprises.

Based on these facts, it is evident that by performing functions and incurring marketing expenditure substantially in excess of the levels of the function and expenditure of independent marketer/distributors in comparable transactions, Company S has not been adequately compensated by the margins it earns on the resale of R watches. Under such circumstances it would be appropriate for the country Y tax administration to propose a transfer pricing adjustment based on compensating Company S for the marketing activities performed (taking account of the risks assumed and expenditures incurred) on a basis that is consistent with what independent enterprises would have earned in comparable transactions. Depending on the facts and circumstances reflected in a detailed comparability analysis, such an adjustment could be based on:

Reducing the price paid by Company S for the R brand watches purchased from Primair. Such an adjustment could be based on applying a resale price method or transactional net margin method using available data about profits made by comparable marketers and distributors with a comparable level of marketing and distribution expenditure if such comparables can be identified.

An alternative approach might apply a residual profit split method that would split the combined profits from sales of R branded watches in country Y by first giving Company S and Primair a basic return for the functions they perform and then splitting the residual profit on a basis that takes into account the relative contributions of both

Company S and Primair to the generation of income and the value of the R trademark and trade name.

Directly compensating Company S for the excess marketing expenditure it has incurred over and above that incurred by comparable independent enterprises including an appropriate profit element for the functions and risk reflected by those expenditures.

In this example, the proposed adjustment is based on Company S's having performed functions, incurred risks, and incurred costs that contributed to the development of the marketing intangibles for which it was not adequately compensated under its arrangement with Primair. If the arrangements between Company S and Primair were such that Company S could expect to obtain an arm's length return on its additional investment during the remaining term of the distribution agreement, a different outcome could be appropriate.

10.2 Bilag 2: Skematisk oversigt over eksemplerne i bilag 1 – overordnet illustration af eksemplets konkrete kriterier for vurderingen af det skattemæssige ejerskab

Juridisk/økonomisk ejerskab	Eksempel 1*	Eksempel 2**	Eksempel 3***
Civilretligt registreret ejer	Primair	Primair	Primair
Ansvar og kontrol med produktionen	Primair	Primair	Primair
Placering af valutakursrisiko	Primair	Primair	Primair
Ansvarlig for marketingstrategi	Primair	Primair	Company S
Ansvarlig for udvikling og godkendelse af budgetter	Primair	Primair/Company S	Company S
Ansvarlig for kampagnedesigns, produkt positionering mv.	Primair	Primair/Company S	Company S
Overordnet ansvarlig for marketingplan	Primair	Primair/Company S	Company S
Omkostningsbæere i relation til marketingomkostninger	Primair	Company S	Company S
Placering af lager-, kredit- og finansieringsrisiko	Company S	Company S	Company S

I de tre eksempler afhænger den endelige indkomstfordeling af de konkrete omstændigheder. Der kan således ikke udledes en generel fordelingsnøgle. Dette skyldes, at samtlige forhold vedrørende placeringen af kontrol og risiko har indflydelse på allokeringen af indtægterne genereret af det immaterielle aktiv.

* I eksempel 1 vil Primair sandsynligvis være berettiget til at modtage hovedparten af indtægterne genereret af varemærket. I denne eksempel sker købet af varemærkeurene hos producenten til markedspris og på armslængdevilkår.

** I eksempel 2 vil Company S formentligt være berettiget til at modtage en andel af gevinsten, som følge af de forøgede risiko- og kontrolforpligtelser. I dette eksempel sker aflønningen i form af en nedsættelse af købsprisen for varemærkeurene, og således justeres markedsprisen, så Company S kompenseres for de forøgede kontrol- og risikoforpligtelser, som uafhængige parter ligeledes må antages at ville have forlangt kompensation for. Transaktionen foregår således stadigvæk på armslængdevilkår.

*** I eksempel 3 vil Company S, som følge af de ændrede forudsætninger, sandsynligvis være berettiget til at modtage hovedparten af det afkast, som varemærkeurene genererer på country Y markedet. Dette skyldes, at Company S nu bærer en langt højere kontrol og risiko med udviklingen og vedligeholdelsen af varemærket på det pågældende marked. Aflønningen kan ske på flere forskellige måder, herunder gennem eksempelvis lavere indkøbspriser, direkte kompensering for afholdte omkostninger mv. eller en kombination af flere prisjusterings- og prisfastsættelsesmuligheder. Målestokken er stadigvæk uafhængige parter i en sammenlignelig situation, og det må således formodes, at disse ville forlange et tilsvarende højere afkast som følge af de yderligere forøgede kontrol- og risikoforpligtelser.