

## Transfer pricing og immaterielle verdier:

# – Fra «egen FoU» til «oppdragsforskning»

**I et aktuelt kontorvedtak (2001–047KV<sup>1</sup>) behandlet skattekontoret spørsmål om løpende prising av immaterielle verdier i et selskap (A) som drev «oppdragsforskning» på vegne av prinsipalen (C). Saken gjaldt spørsmål om inntekten til A Norge AS kunne fastsettes ved skjønn etter sktl. § 13–1.**



Artikkelen er forfattet av:

Seniorskattjurist  
Sten-Frode Olsen  
Sentralskattekontoret for  
storbedrifter

Saken er et eksempel på hvordan immaterielle verdier benyttes som overskuddsflytting, og illustrerer spørsmålet om hvem som har rett til avkastning på immaterielle verdier og bruk av Profit splitt-metoden i praksis.

Internasjonalt skjer det mye innenfor Transfer pricing (TP)-området, se eksempelvis BEPS<sup>2</sup> som er et resultat av internasjonalt samarbeid i regi av OECD for å motvirke problemet med uthuling av skattegrunnlag (skatteerosjon) og overskuddsflytting. Et område som benyttes for overskuddsflytting, er immaterielle verdier (BEPS action 6). OECD har også de senere årene arbeidet med oppdaterte veiledninger til kapittel 6 i OECDs retningslinjer for internprising<sup>3</sup>. Prising av immaterielle verdier har de senere årene vært et økt fokusområde fra ligningsmyndighetenes side.

Saken gjaldt spørsmål om inntekten til A Norge AS kunne fastsettes ved skjønn etter sktl. § 13–1. Spørsmålet var nærmere bestemt om prising av royalty som selskap

A Norge AS betalte til selskap C (LLC) i USA var fastsatt til armlengdes pris.

For å kunne ta stilling til prisingsspørsmålet var det et sentralt spørsmål om hvilke immaterielle verdier som forelå mellom partene og hvem som eide disse. De immaterielle verdiene som saken omfattet kan i hovedsak deles inn i følgende to hovedgrupper, hhv. 1) patenter/teknologi, kildekode, manualer etc. og 2) know-how/goodwill.

Det norske datterselskapet (A) mente at det var en ren tjenesteleverandør som ikke eide verdifulle immaterielle verdier. Det ble anført at de immaterielle verdiene A eide var utdaterte og verdiløse. Basert på «oppdragsforskningen» mente selskapet at all «residual fortjeneste» i A var royalty for bruk av immaterielle eiendeler som C eide. Konsekvensen av dette var at A kun ble avlønnet med en «rutinemessig» avkastning for de funksjonene selskapet utførte. Kontoret var av motsatt oppfatning og økte As inntekt for inntektsårene 2004 – 2011 med ca. NOK 650 mill.

Vedtaket og de faktiske forholdene i saken er svært omfattende. Ved redegjørelse for saksforholdet og kontorets begrunnelse er det derfor fokusert på hovedtrekkene i saken. Vedtaket er påklaget til Skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter (SFS), men klagesaken er i påvente av MAP-forhandlinger<sup>4</sup> stilt i bero.

## Saksforholdet

A Norge AS er et datterselskap i X-konsernet beliggende i Norge. Selskapet driver virksomhet innen utvikling, design, pro-

duksjon og salg av medisinsk utstyr (Y-maskiner).

A ble ervervet av X-konsernet på slutten av 1990-tallet gjennom oppkjøp av A-konsernet, som A var en del av. Ca. ett år etter oppkjøpet ble det inngått en samarbeidsavtale mellom A og C, (C er et søsterselskap i X-konsernet beliggende i Delaware i USA). Samarbeidsavtalen regulerer i hovedsak teknologiutvikling i selskapet, deling av teknologi og betaling for delt teknologi.

## Samarbeidsavtalen

Samarbeidsavtalen innebærer at A, i motsetning til tidligere, skal utføre «oppdragsforskning» (Contract R&D Service) på vegne av C. Det er avtalt at C blir eier av all teknologi og immaterielle eiendeler som utvikles etter inngåelsen av avtalen. Som vederlag for å utføre oppdragsforskningen fikk A dekket kostnader tillagt en fortjenestemargin (10 %). C har ikke betalt noe engangsvederlag til A for å få tilgang til immaterielle verdier eid av A. Avtalen innebar også at A, mot å få benytte teknologi fra øvrige forsknings- og utviklings(FoU)-enheter innen konsernet, vederlagsfritt overførte en tilgang til immaterielle verdier eid av A. I tillegg til funksjoner knyttet til forskning, utvikling, testing og produksjon av produkter, utfører A noen funksjoner knyttet til salg til det nordiske markedet, samt noen administrative funksjoner.

## Virksomheten i A og C (hovedtrekkene)

A er en av omlag 10 FoU-enheter i X-konsernet beliggende i land som Østerrike, Kina, Israel og flere steder i USA. Antallet FoU-ansatte i A utgjør i underkant av 15 % av det totale antallet FoU-

<sup>1</sup> Også omtalt i kontorets artikkel som kommer i våren 2015 i Urv.

<sup>2</sup> *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), jf. rapport av 14. februar 2013.

<sup>3</sup> *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*.

<sup>4</sup> Mutual agreement procedure.



*INTERNASJONALT: De ti FoU-enhetene i X-konsernet ligger i land som Østerrike, Kina, Israel og flere steder i USA.*

ansatte innen denne typen virksomhet i X-konsernet.

Virksomheten i A er organisert i flere avdelinger/hovedfunksjoner blant annet FoU, produksjon, kvalitet og salg/markedsføring. Det fysiske produktet produseres hos eksterne underleverandører. Programvaren til produktene blir produsert/utviklet av A og det er på denne måten at de kliniske forskningsresultatene implementeres i produktene. Det går et skille mellom den teknologiske plattformen, som er PC-basert, og den forskningen og utviklingen som skjer knyttet til Y-produktet som diagnoseverktøy. Den kliniske forskningen, som knytter seg til bruk av Y som diagnoseverktøy, utgjør hovedvekten av den forskningen som utføres av A. Tilførsel av immaterielle verdier (merverdier) til produktet skjer først når programvaren, hvor selskapets kliniske forskningsresultater er produktifisert, blir installert. Installasjonen gjøres av A. Et viktig og sentralt produkt for A har de siste tiårene vært Y, som ble lansert ca. ett år etter samarbeidsavtalen ble inngått, og som er en «videreføring» av tidligere versjoner av Y-produktet. I kontrollperioden er det foretatt oppdateringer/modifiseringer av Y, og ca. åtte år etter er ny Y lansert, samt at det

er utviklet tilsvarende nye produkter, men som er betydelig mindre.

Bransjen har vært underlagt en stor teknologisk utvikling. Immaterielle eiendeler som patenter, er antatt å ha en «levetid» på ca. fem år. Noen prosjekter skjer i samarbeid med andre FoU-enheter, herunder morselskapet i X-konsernet. Implementering av FoU-resultater fra slike prosjekter skjer i hovedsak hos A.

I den grad A (eller andre FoU-enheter) benytter seg av andre FoU-enheter i konsernet, blir disse kompensert med en kost pluss og inngår i forskningskostnadene som A får dekket. Dette innebærer at alle transaksjoner mellom de ulike FoU-enhetene prises med kost pluss, mens transaksjoner for royalti til C skjer etter en residual profit splitt-metode.

Det er ingen ansatte i C og Cs bidrag er løpende finansiering av FoU.

#### **Identifisering av immaterielle verdier**

På oppkjøpstidspunktet var A eier av en rekke immaterielle verdier, herunder immaterielle eiendeler som eksempelvis:

- Teknologi/patenter

- Betydelig know-how knyttet til FoU-staben
- Øvrig know-how/goodwill

Basert på As PPA («Purchase Price Allocation») på oppkjøpstidspunktet, utgjorde immaterielle verdier ca. 80 prosent av total kjøpesum. Ulike sammenligningsundersøkelser viser at teknologirelaterte immaterielle eiendeler utgjør, i gjennomsnitt, 16,1 % av kjøpsprisen. Basert på dette kan kjøpsprisen fordeles på følgende måte; fysiske eiendeler 19,17 %, teknologi/patenter 16,19 % og andre immaterielle verdier 64,67 %.

#### **Skattekontorets bemerkninger**

Kontoret bemerket innledningsvis at konsernets internprisindestruktur innebærer at de ulike FoU-enhetene ikke vil oppnå avkastning utover kost pluss, mens «residual»/meravkastningen blir overført C gjennom Residual Profit metoden. Både selskapet og kontoret var enig i at det arbeidet som fant sted i de «teknologiske forskningssettene» og det samarbeidet som foregikk mellom disse, ikke var rutinefunksjoner. Tvert imot var disse et verdifullt bidrag til den teknologiske utviklingen i konsernet. Etter selskapets oppfat-

ning innebar imidlertid samarbeidsavtalen at C ble eier av alle immaterielle eiendeler som kan skape immateriell avkastning i disse selskapene, og all profitt som skapes utover rutine-profitt skulle dermed overføres til C som en residualprofitt.

Til dette bemerket kontoret at dersom det var konsekvensen av samarbeidsavtalen, herunder finansieringen av forsknings- og utviklingsprosjektene, så ville skattyter hatt mulighet til å styre en betydelig andel av fortjenesten i konsernet til for eksempel et lavskattelend, som Bermuda, gjennom tilsvarende avtaler. Det er nettopp slike strukturer BEPS og OECD har satt fokus på. Etter kontorets oppfatning skal den royalty som C mottar, tilsvare den royaltysatsen som ville vært avtalt mellom uavhengige parter.

## Funksjoner og eierskap til immaterielle verdier

Det var ikke tvilsomt at A på tidspunktet for oppkjøpet var eier av verdifulle immaterielle verdier, herunder patenter, teknologi, kildekode manualer og know-how, jf. ovenfor.

Etter kontorets oppfatning, var A også nå eier av verdifulle immaterielle verdier. Inngåelsen av samarbeidsavtalen og finansieringen av FoU prosjektene medførte ikke at C ble eier av alle verdifulle immaterielle verdier i A (og øvrige FoU-enheter).

Kontoret viste til at det var A som utførte alle vesentlige sentrale funksjoner knyttet til forskning, utvikling og produksjon/ implementering av produktene. Videre har A vært den vesentlige bidragsyteren til utvikling av hovedproduktet Y. Nye produkter utviklet etter Y, inkluderer patenter/teknologi eid av C, men produktet bygger imidlertid også på vesentlige og sentrale bidrag fra A. En tilgang til patentene som sådan, er ikke avgjørende. Sentralt var etter kontorets oppfatning at det var A som hele tiden hadde utviklet de immaterielle verdiene, produktifisert (kommersialisert) forskningsresultatene og i stor grad produsert produktene. Den kompetansen som A besitter, er en helt unik kompetanse knyttet til produktene, og til å utnytte de patentene som var registrert knyttet til teknologien som benyttes. Selv om man legger til grunn at C eier de immaterielle eiendelene, så er det A som kommersielt har sørget for å utnytte verdiene som ligger i de registrerte patentene. Dette var sentrale og viktige funksjoner. Det var også A som på vegne av C håndte-

rer alt det praktiske omkring søknader/ registrering av patentbeskyttelser.

Funksjonene i A kunne langt på vei sammenlignes med *Significant People Functions*, som er et sentralt begrep ved tilordning av inntekter og kostnader mellom hovedkontor og fast driftssted.<sup>5</sup> Det er også sentralt i nytt kapittel 9 (omstruktureringer) i OECD Guidelines, hvor retningslinjene ved allokering av risiko har et særlig fokus på «Significant People Functions.»

I tilknytning til selskapets merknader om at saken ikke gjaldt fast driftssted, bemerket kontoret at «Significant People Functions»-begrepet er sentralt for å foreta korrekt prising for bruk av immaterielle verdier mellom nærstående. Uten at kontoret fant det nødvendig å ta endelig stilling til om det foreligger en «restrukturering» eller ikke, bemerket kontoret at skattyters oppfatning innebar en helt annen risikoprofil før og etter inngåelse av samarbeidsavtalen. En slik vesentlig endring i risiko, vil langt på vei kunne anses som en delvis virksomhetsoverdragelse (omorganisering) som ville kunne betinge et armlengdes (engangs-)vederlag. Noe slikt vederlag forelå ikke. Når det ikke var betalt for immaterielle verdier, la kontoret til grunn at A var deleier av nye programvareplattformer som er bygget og videreutviklet på As teknologi. Kontoret fant støtte for et slik syn i OECDs høringsnotat om immaterielle verdier<sup>6</sup> punkt 96:

«In conducting a comparability analysis, it will therefore be important to consider the expected

useful life of the intangibles in question. In general, intangibles expected to provide market advantages for a longer period of time will be more valuable than similar intangibles providing such advantages for a shorter period of time, other things being equal. In evaluating the useful life of intangibles it is also important to consider the use being made of the intangible. **For example, if an intangible is used as a base for ongoing research and development, the commercial life of the current generation product line relying on that intangible may not be the relevant inquiry.**» (Uthevet her)

5 OECD kommentarene til Mønstervtalen i 2008, The Authorised OECD Approach (2008), forkortet AOA.

6 Draft av 6. juni 2012.

## Risiko

A anførte at det var C som hadde den vesentlige risikoen.

Til dette bemerket kontoret at det var vanskelig å se at det gikk noe klart skille i risikofordelingen mellom de to samarbeidspartene. Den forskningen og utviklingen som A utfører, knytter seg til de konkrete produktene som A produserer og selger. Risikoen er selvfølgelig redusert når C er med og finansierer FoU-kostnadene. Det var imidlertid vanskelig å se at C tok en høyere risiko enn A. Kontoret la til grunn at C, gjennom samarbeidsavtalen ikke var forpliktet til å fortsette å finansiere forskning og utvikling i A om A ikke lykkes med prosjektene og produktene ikke lenger var konkurransedyktige. Andre aktører vil da ta over markedet. Slik funksjonsfordelingen mellom partene var, fremstår dette som et betydelig risikoment for A.

Det var etter kontorets oppfatning også en vesentlig forskjell mellom A og uavhengige FoU-selskaper som utfører forskning og utvikling på kontraktbasis. I de uavhengige tilfellene, vil det være kunden som har kjøpt FoU-tjenesten som må bære risikoen for den kommersielle utnyttelsen av forskningsresultatet. Dette er for eksempel tilfelle i søsterselskapet (B), hvor søsterselskapet bærer risikoen for den kommersielle utnyttelsen av forskningsresultater, utført og kjøpt fra et uavhengig selskap. Slik kontoret så det, ligger fortsatt en betydelig del av denne risikoen i A. Risikoen er derfor ikke lik den man finner hos uavhengige selskaper som utfører forskning og utvikling på kontraktbasis.

## Forholdet teknologi og immaterielle verdier

Som det fremgår ovenfor, viser PPA-allokeringen på oppkjøpstidspunktet, at innenfor denne typen virksomhet utgjør teknologien ca. 20 % av de totale immaterielle verdiene. De resterende 80 % knytter seg til andre immaterielle verdier. Tilsvarende forholdstill har kontoret observert i andre undersøkelser. Etter kontorets oppfatning, knyttet disse immaterielle verdiene seg til de sentrale funksjonene som A utførte. Som eksempel kan nevnes det unike samarbeidet med forskningsinstitusjoner, herunder implementeringen av forskningsresultatene i produktene (kliniske forskning). Verdien av dette kunne ikke trekkes ut og overføres til C som en følge av samarbeidsavtalen som regulerer teknologi.

## Synergier

Selskapet anførte at en rekke FoU-synergier bør tilkomme C, som er det selskapet som gjennom de ulike samarbeidsavtalene muliggjør synergiene.

Til dette bemerket kontoret at «konsernsynergier» etter OECDs høringsnotat<sup>7</sup> om immaterielle verdier ikke er noe som eies av enkeltelskaper, men skal fordeles mellom de aktuelle konsernselskaper, jf. punkt 23:

«In some circumstances group synergies contribute to the level of income earned by an MNE group. Such group synergies can take many different forms including streamlined management, elimination of costly duplication of effort, integrated systems, purchasing power, etc. Such features may have an effect on the determination of arm's length conditions of controlled transactions and should be addressed for transfer pricing purpose as comparability factors. As they are not owned or controlled by a single enterprise, they are not intangibles within the meaning of section A.1.

I foreliggende sak bidrar A, sammen med øvrige forskningsenheter, til å skape blant annet FoU-synergier. A skal da ha «sin andel av disse synergiene». Kontoret fant også støtte for dette i Borgarting lagmannsretts dom av 11. januar 2010 *ConocoPhillips* (Utv. 2010 s. 199), hvor samordningsfordeler ble fordelt etter partenes «bidrag» til hvordan og hvem som skapte samordningsfordelen. Selskapets prisingsmetode innebar at alle merverdier knyttet til slike synergier tilordnes C, noe kontoret, med støtte i nevnte rettskilder, ikke antok var i samsvar med armlengdeprinsippet.

## Oppsummering

Basert på en funksjons- og risikoanalyse mellom partene, kom kontoret til at A var eier av immaterielle verdier og gjennom kompetanse og know-how bidrar vesentlig med unike immaterielle verdier. Når A ikke var blitt kompensert med vederlag for disse verdiene, mente kontoret at inntekten i A var redusert, og at vilkårene for skjønnsfastsettelse etter sktl. § 13-1 første ledd var oppfylt.

## Skjønnsutøvelsen

Ved skjønnet skal formue eller inntekt fastsettes som om interessefellesskapet ikke hadde foreligget, jf. sktl. § 13-1 tredje ledd.

Gjennom funksjons- og risikoanalysen var det avdekket at A utfører tilnærmet alle funksjoner knyttet til forskning, produktifisering av forskningsresultater, utvikling, produksjon, testing, salg osv. C bidrar på sin side med kapital, og det innebærer at begge parter bærer betydelig risiko knyttet til virksomheten. Det var imidlertid vanskelig å splitte denne risikoen. Den risikoen og den verdiskapningen som skjer, fremstår i den gitte situasjonen som svært integrert.

Kontoret var av den oppfatning at det nettopp er i slike situasjoner at den transaksjonsbaserte profitt-splitt-metoden har sin styrke. Spørsmålet ble etter dette hvordan meravkastningen skulle fordeles mellom partene.

Retningslinjene legger opp til at residualen bør splittes etter nærmere kriterier/forholds- eller nøkkeltall, jf. retningslinjene art 2.134 til 2.140. Et kriterium for splitt kan være antall funksjoner og eiendeler som hver av partene bidrar med, mens et annet alternativ kan være innskutt kapital. Ved bruk av sistnevnte kriterium vil det måtte tas stilling til de kostnadene som A har bidratt med opp gjennom årene, men som bemerket i retningslinjene vil pådratte kostnader ikke nødvendigvis ha noen god sammenheng med verdien av de immaterielle verdiene som hver av partene bidrar med.

Ved fordeling av meravkastningen mellom partene, tok kontoret utgangspunkt i en avkastningsmodell. Basert på en forutsetning for årene 2001 – 2011 (hele kontrollperioden), hvor de første årene anses som en investeringsperiode, og at utgangsverdien er lik inngangsverdien (ingen inntekter etter år 11), vil en splitt på 50/50 mellom partene ikke gi positiv avkastning for C. På den annen side la kontoret til grunn at teknologiutviklingen har en betydelig verdi, noe som underbygges av at investeringen og samarbeidet har vært vellykket. Sett over perioden har samarbeidet også gitt en god avkastning.

En alternativ splitt kan for eksempel være 30 % til A og 70 % til C, som i perioden gir en driftsmargin i A på 20 %. I boken *Cost of Capital, Yearbook 2004* av Ibbotson Associates. s. 3–72, statistics for SIC code 384, er det over en fem års periode (SIC Composite 5-Year average) rapportert en driftsmargin på ca. 25 %. Basert på samme forutsetning som ovenfor, vil en splitt på 70 % til C gi en avkastning på litt

over 30 %, i tillegg kommer avkastning gjennom en betydelig (utgangs)verdi.

Etter en samlet vurdering fant kontoret å falle ned på en splitt med 40 % til A og 60 % til C. Dette ga en gjennomsnittlig årlig driftsmargin til A på ca. 23 % og en avkastning til C på ca. 13 %. For A vil dette gi en noe lavere driftsmargin enn SIC Composit ved utgangen av 2004. Dette antok kontoret var rimelig, sett hen til lavere risiko for selskaper som drev i denne bransjen generelt, og at det her var til vurdering en utviklet teknologi som hadde vist seg å være konkurransedyktig. As teknologi har vært og er fortsatt verdensledende innenfor sitt område, og risikoen for investering innenfor slik teknologi er lavere sammenlignet med f. eks. Venture-selskaper, hvor det er usikkert om teknologien vil gi positive kontantstrømmer i fremtiden. Videre antok kontoret at en slik splitt er rimelig, basert på hva de enkelte partene bidrar med av funksjoner og eiendeler.

## Noen kommentarer

Ved oppkjøp vil det ofte være sentralt for kjøper å få tilgang til målselskapets immaterielle verdier. Dette kan gjøres på ulike måter, f.eks. ved lisensiering eller salg av de immaterielle eiendelene. Foreliggende sak er et annet eksempel på hvordan dette er gjort i praksis. I forhold til andre immaterielle verdier (know-how etc., omtalt som hovedgruppe 2 ovenfor), vil overdragelse av slike gjerne forutsette større endringer i faktiske funksjoner. Uavhengig av om det er salg eller lisensiering vil det ved vurdering av immaterielle verdier mellom nærstående, være sentralt å kartlegge hvilke funksjoner som utføres mellom partene. Der hvor virksomheten i det oppkjøpende selskapet fortsetter i det alt vesentlige som før, men hvor kostnadene knyttet til løpende FoU dekkes av en annen part, er det ikke gitt at all immateriell avkastning skal tilordnes den parten som angis som eier av de immaterielle eiendelene (patenter etc., omtalt som hovedgruppe 1 ovenfor).

BEPS-arbeidet og de nye oppdaterte retningslinjene fra OECD knyttet til kapittel 6, vil forhåpentligvis gi nyttige og gode veiledninger for både selskaper, rådgivningsbransje og skattemyndigheter til hvordan immaterielle verdier skal allokere mellom parter i interessefellesskap.