

risikovurdering med utgangspunkt i hvilket land transaksjonsmotparten er skattemessig hjemmehørende.

*Endringer i konsernet* kan medføre risiko for feil (exit-beskatning mv.) Dette er årsaken til spørsmålene i pkt. 10–13.

*Transaksjoner uten vederlag eller mot symbolsk betaling* skal angis med betalingen under den enkelte transaksjonsart. I tillegg skal pkt. 14 eller 15 besvares med ja.

### Endringer i skjema

Frem til 2015 har det kun vært forholdsvis få endringer i RF-1123. Disse endringene er beskrevet i de årlige TP-årsrapportene.<sup>5,6</sup>

For inntektsåret 2014 er det foretatt flere endringer i skjemaet. Reglene for oppgaveplikt er ikke endret. Den viktigste endringen er at størrelsen av transaksjoner ikke lenger skal angis i intervaller, men med *bruttotall pr. transaksjonsart og mellomværender*, hvilket bedre tilfredsstiller SSBs behov.<sup>7</sup> Samtidig gis skattemyndighetene bedre muligheter for å kalkulere risiko for feil for det enkelte foretaket pr. transak-

sjonsart.<sup>8</sup> Angivelse av antall enheter som den opplysningspliktige har transaksjoner med, er bare tatt med for å tilfredsstille SSBs behov. Flere *transaksjonsarter har blitt splittet* i flere poster, enten for å få en bedre sammenheng med klassifikasjonen av virksomheten under punkt 9 eller fordi posten inneholdt transaksjoner med forskjellige risiko for feil. For eksempel kan nevnes bareboat leiekostnader i pkt. 23 a. som er vanskeligere å kalkulere enn andre leie- og leasingkostnader og derfor har en høyere iboende risiko.

Under *immaterielle driftsmidler* skal det nå angis antall nyregistrerte patenter mv. (godkjente søknader). I tillegg skal det angis kostnadsførte utgifter til egenutviklede immaterielle driftsmidler. Disse opplysningene sammen med andre tilgjengelige opplysninger, kan gi skatteetaten en mulighet for også å evaluere inntekter fra immaterielle driftsmidler.

Endring fra angivelse av intervaller til angivelse av bruttotall pr. transaksjonsart har medført at angivelsen av *andel av transaksjoner med nærstående pr. transaksjonsart har fått en ny funksjon*. Andelen av transaksjoner beregnes i forhold til transaksjonsverdien.<sup>9</sup> Tidligere ble andel av kontrollerte transaksjoner pr. transaksjons-

art anvendt til å vurdere omfanget av den enkelte transaksjonsarten pr. foretak. Etter endringen vil andelen anvendes til å vurdere risikoen for feil. Såfremt andelen av transaksjoner med nærstående utgjør 100 %, vil muligheten for å finne *internal comparables* være begrenset og derfor vil risikoen for feil sannsynligvis være høyere enn hvis andelen er under 50 %.

### Hvordan kan risiko for feil beregnes?

Risikoen beregnes ved å multiplisere størrelsen av transaksjonen (vesentlighet) med hhv. forventet avvik fra armlengdeprisen (basert på erfaringer og sammenligninger) og sannsynligheten for feil. Risiko kan enten beregnes pr. transaksjonsart eller for driftstransaksjonene under ett.

### Avslutning

OECD har de senere årene fokusert på risikostyring av TP-området som RF-1123 er en del av.<sup>10</sup> Skatteadministrasjonene skal bruke ressursene sine på best mulig måte og ikke kontrollere foretak som ikke representerer en risiko. Skjemaet har gjennomgått endringer de seneste årene og vil også i fremtiden bli tilpasset nasjonale og internasjonale trender.

5 Se TP-årsrapport 2011 pkt. 4.1 *Konsernkontoordninger*. skatteetaten.no/no/Bedrift-og-organisasjon/Drivebedrift/Aksjeselskap/Internprising/arsrapporter/TP-årsrapport.

6 TP-årsrapport 2013 pkt. 7.3.1. *Karakterisering av foretak* med angivelse av hvilken form for virksomhet foretaket driver. *Inntektsforhold for foretaket* skal angis i form av driftsresultat og driftsresultat i % av omsetningen. *Landkoder pr. transaksjonsart*. Opplysninger om oppkjøp.

7 R&R 1–2008, side 49, 3. spalte 2. avsnitt.

8 Danske myndigheter gjorde endringer fra intervaller til bruttotall for inntektsåret 2013.

9 For eksempel har et selskap leie- og leasinginntekter på i alt 100, herav inntekter fra konsern 60. Andelen utgjør således 60 %. Selskapet har en langsiktig gjeld på 1000,

herav utgjør konsernintern langsiktig gjeld 30. Andelen utgjør således 30 %.

10 OECDs rapport fra 2012: *Dealing Effectively with Challenges of Transfer Pricing*.

# Internprising av immaterielle eiendeler – BEPS

Artikkelen er forfattet av:



Henrik Brødholt  
Advokattfullmektig og Statsautorisert Revisor  
Deloitte Advokatfirma



Hans Martin Jørgensen  
Partner og Advokat  
Deloitte Advokatfirma

16. september utga OECD en oppdatert veiledning vedrørende internprising av immaterielle eiendeler, som en del **av BEPS-prosjektet (Base Erosion and Profit Shifting)**. De foreslåtte endringene kan få betydelige skattemessige konsekvenser for

internasjonale konserner med verdier i immaterielle eiendeler.

En stor del av veiledningen om internprising av immaterielle eiendeler er ferdigstilt, og de delene av veiledningen som enda ikke er ferdigstilt inneholder viktig informasjon om den sannsynlige retningen den endelige veiledningen vil ta. Planlagt ikrafttredelsesdato er utgangen av 2015 sammen med resten av BEPS-prosjektet,

og veiledningen skal da implementeres i OECDs retningslinjer for internprising («OECDs retningslinjer eller retningslinjene») kapittel I og VI.

Immaterielle eiendeler synes å utgjøre en vesentlig andel av markedsverdien til internasjonale konserner, og interne transaksjoner utgjør en stor andel av verdenshandelen. Når immaterielle eiendeler i tillegg ofte er utfordrende å verdsette, relativt enkle å flytte over grenser og at det i mange land er et fravær av treffende lovregulering, er det ikke overraskende at transaksjoner med immaterielle eiendeler i dag benyttes til å flytte skattbart overskudd til land med lavere beskatning. Dette kan særlig anses problematisk dersom profitten allokteres til et annet land uten at det reflekterer den reelle verdiskapningen knyttet til den immaterielle eiendelen, og dagens internasjonale skatteregulering gir anledning til en slik form for overskuddsflytting i en del tilfeller. I lys av dette er immaterielle eiendeler både en viktig og utfordrende del av BEPS-prosjektet.

Deloitte Advokatfirma har tidligere utgitt en artikkel angående høstens BEPS-leveranser.<sup>1</sup> Denne artikkelen vil behandle den oppdaterte veiledningen vedrørende immaterielle eiendeler i nærmere detalj, samt diskutere mulige konsekvenser og forholdet til norsk rett. I hovedsak vil artikkelen berøre fem sentrale temaer knyttet til veiledningen:

- I. Betydning for norsk rett
- II. Definisjon
- III. Rett til avkastning
- IV. Internprisingsmetoder
- V. Tilsidesettelse og endring av vilkår

I tillegg utga OECD i desember 2014 nye høringsnotater vedrørende BEPS-tiltak 8, 9 og 10. De nye utkastene omhandler hovedsakelig risiko, tilsidesettelse, endring av vilkår og bruk av profit split-metoden, og vil behandles der de kan få særlig betydning for internprising av immaterielle eiendeler.

## I. Betydning for norsk rett

### Betydningen OECDs retningslinjer

I Norge reguleres internprisingsspørsmål gjennom skattelovens § 13–1, som viser direkte til OECDs retningslinjer. Etter sktl. § 13–1 skal det tas hensyn til retningslinjene i skatteavtaletilfeller og de bør tas hensyn til så langt de passer i andre tilfeller. Følgelig synes det klart at ret-

ningslinjene i skatteavtaletilfeller skal tillegges vekt etter norsk rett. Hvor mye vekt OECDs retningslinjer må tillegges i skatteavtaletilfeller, og om de må tas hensyn til i situasjoner uten skatteavtale, er imidlertid mer uklart, og omdiskutert i juridisk teori.<sup>2,3,4</sup>

Et videre spørsmål er hva det innebærer å «ta hensyn til» retningslinjene. På grunn av deres karakter av å være av veiledende art og et produkt av en lang rekke kompromisser, gir de på flere punkter ikke tydelige svar. Om det må tas hensyn til retningslinjene og hvilken vekt de har etter norsk rett, blir dermed kun en mindre del av et større spørsmål – hvordan retningslinjenes omfattende og tidvis komplekse veiledning skal gis anvendelse i praksis.

Denne artikkelen tar ikke sikte på å behandle disse spørsmålene i dybden, men nøyer seg med å konstatere at det synes noe uklart om OECDs retningslinjer må anses obligatoriske i alle tilfeller, og hvilken rettskildemessig vekt de i så fall må tillegges.

Vedrørende grenseoverskridende spørsmål knyttet til internprising av immaterielle eiendeler, er det imidlertid vår oppfatning at de gir veiledning på et lite regulert område, og mest sannsynlig vil være relevant for, og tillegges vekt av, norske skattemyndigheter i en eventuell skattetvist.

### Riktig versjon av retningslinjene

Et særlig spørsmål er om veiledningen vil få umiddelbar effekt når den trer i kraft som en del av OECDs retningslinjer. Her bør det skilles mellom tilfeller der retningslinjene gis virkning direkte i norsk rett etter sktl. § 13–1 og tilfeller der en armlengdebestemmelse i en allerede inngått skatteavtale gjøres gjeldende.

Vår erfaring er at de ofte anvendes direkte uten å gå veien om armlengdebestemmelsen<sup>5</sup> i relevant skatteavtale, og ordlyden i sktl. § 13–1 fjerde ledd legger opp til dette.<sup>6</sup> Det synes naturlig å tolke henvisningen i sktl. § 13–1 dynamisk, basert på ordlyden i sktl. § 13–1 fjerde ledd og siden Høyesterett uttaler at retningslinjene

«med senere endringer» skal tillegges betydning i Agip-dommen.<sup>7</sup> Følgelig bør den siste offisielle versjonen av retningslinjene legges til grunn, og veiledningen vil da få umiddelbar effekt i norsk rett for skattesaker fremover i tid fra det tidspunktet den vedtas av OECD.<sup>8</sup>

I tilfeller der en armlengdebestemmelse i en allerede inngått skatteavtale anvendes, må spørsmålet avgjøres basert på en tolkning av denne. Retningslinjene anses i juridisk teori å ha samme tolkningsverdi ved tolkning av skatteavtaler som modellavtalens kommentarer.<sup>9</sup> Nyere versjoner av kommentarene kan antakelig anvendes fra det tidspunktet de trer i kraft på eldre skatteavtalebestemmelser, så lenge de er av presiserende art.<sup>10</sup> Nye kommentarer som gir uttrykk for andre oppfatninger enn tidligere kommentarer kan imidlertid normalt ikke anvendes. I tilfeller der nye kommentarer regulerer tidligere uregulerte situasjoner i modellavtalen kan det anføres at endringene kan legges til grunn så lenge de anses å være i tråd med artikkelens formål og plausible tolkning.<sup>11</sup> Veiledningen vedrørende immaterielle eiendeler kan forstås som en endring av retningslinjene som regulerer et tidligere lite regulert område innenfor artikkel 9 sitt virkeområde. Dermed kan det anføres at den nye veiledningen for immaterielle eiendeler også vil kunne gis umiddelbar effekt etter skatteavtalens armlengdebestemmelse, dog med forbehold om at vi ikke har sett hvordan det endelige nye kapittel VI i OECDs retningslinjer vil se ut.

På denne måten vil BEPS-endringene innen internprising antakelig få raskere effekt i norsk rett enn andre BEPS-endringer, som mest sannsynlig må gjennomføres i modellavtalen eller som ny nasjonal lovgivning. Selv om modellavtalen endres, må i tillegg nye skatteavtaler inngås før endringer får virkning i norsk rett. Det er dog en mulighet at det blir enighet om et multilateralt instrument etter BEPS-tiltak 15 som muliggjør en raskere implementering av endrede skatteavtaler enn i dag, men på

7 Rt. 2001 s. 1265; Agip.

8 I den utstrekning Norge har sluttet seg til retningslinjene og så fremt departementet ikke har bestemt noe annet, jf. sktl. § 13–1 fjerde ledd.

9 Se for eksempel Bullen, Andreas, «Arm's Length Transaction Structures: Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing», s. 38.

10 Bullen, Andreas, «Arm's Length Transaction Structures: Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing», s. 55.

11 Bullen, Andreas, «Arm's Length Transaction Structures: Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing», s. 55.

1 Pearson-Woodd og Gjeruldsen, «Det internasjonale skattesystemet endres», *Revisjon & Regnskap* nr. 7 2014.

## Bakgrunnen for BEPS

BEPS er OECDs pågående prosjekt med hovedformål å motvirke at skattegrunnlag enkelt og lovlig kan flyttes mellom land. I tabellen under er den siste statusen for de 15 ulike BEPS-tiltakene oppsummert:

Figur 1: Status for 15 BEPS-tiltakene

Tema	Tiltak	Status
Digital økonomi	1. Digital økonomi	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Utgitt 16. september 2014</li> <li>• Mye gjenstår og vil dekkes inn i hovedsak gjennom de andre tiltakene</li> </ul>
Etablere en internasjonal sammenheng i selskapsbeskatningen («tette hullene»)	2. Nøytralisere hybrider	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Utgitt 16. september 2014</li> <li>• Antatt ferdigstilt</li> </ul>
	3. Styrke NOKUS-regler (CFC)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Planlagt ferdigstilt september 2015</li> </ul>
	4. Begrense rentefradrag/finansbetalinger	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Høringsnotat utgitt 18. desember 2014</li> <li>• Planlagt ferdigstilt desember 2015</li> </ul>
	5. Motvirke skadelig skattepraksis	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Utgitt høringsnotat 16. september 2014</li> <li>• Planlagt ferdigstilt desember 2015</li> </ul>
Gjenopprette fulle effekter og fordeler av internasjonale standarder («håndtere friksjoner»)	6. Forhindre misbruk av skatteavtaler	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Veiledning delvis ferdigstilt 16. september 2014</li> <li>• Høringsnotat oppfølging utgitt 21. november 2014</li> </ul>
	7. Forhindre kunstig unnngåelse av skattemessig fast driftssted (PE)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Høringsnotat utgitt 31. oktober 2014</li> <li>• Planlagt ferdigstilt september 2015</li> </ul>
	8. Internprising av immaterielle eiendeler	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Veiledning delvis ferdigstilt 16. september 2014</li> <li>• Planlagt ferdigstilt september 2015</li> </ul>
	9. Risiko og kapital ved internprising	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Høringsnotat utgitt 19. desember 2014</li> <li>• Planlagt ferdigstilt september 2015</li> </ul>
	10. Andre høyrisiko-transaksjoner ved internprising	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ulike høringsnotater utgitt i desember 2014</li> <li>• Planlagt ferdigstilt september 2015</li> </ul>
Sikre transparens og oppfordre til økt sikkerhet og forutsigbarhet	11. Etablere metodikker for å samle og analysere data vedrørende BEPS	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Planlagt ferdigstilt september 2015</li> </ul>
	12. Redegjørelse for aggressiv skatteplanlegging	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Planlagt ferdigstilt september 2015</li> </ul>
	13. Revurdere krav til internprisingsdokumentasjon	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Utgitt 16. september 2014</li> <li>• Antatt ferdigstilt</li> </ul>
	14. Gjøre konfliktløsingsmekanismer mer effektive	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Høringsnotat utgitt 18. desember 2014</li> <li>• Planlagt ferdigstilt september 2015</li> </ul>
Rask implementering	15. Utvikle et multilateralt instrument	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Utgitt 16. september 2014</li> <li>• Planlagt ferdigstilt september 2015</li> </ul>

nåværende tidspunkt forblir det en eventualitet.

Et annet spørsmål er om oppdateringen av OECDs retningslinjer kan gis retroaktiv effekt etter den blir endelig vedtatt, for eksempel ved at oppdateringen på immaterielle eiendeler gjelder for transaksjoner som har funnet sted i år før veiledningen vedtas av OECD. En slik effekt kan tenkes begrunnet ved at den nye veiledningen kun behandler temaer som ligger innenfor armlengdebestemmelsen i inngåtte skatteavtaler slik at fremtidige endringer i veiledningen således anses stilltiende godtatt ved skatteavtaleinngåelsen. I Agipdommen ble 1995-versjonen av retningslinjene anvendt på transaksjoner fra 1986–87.<sup>12</sup> Det kan altså ikke utelukkes at norske domstoler vil tillate retroaktiv anvendelse av retningslinjene.

Vi har observert at skattemyndighetene har vist til OECDs ikke-vedtatte høringsnotat om immaterielle eiendeler i sin argumentasjon i pågående skattesaker. Vår oppfatning er at en slik bruk synes noe tynt begrunnet, men at denne fremgangsmåten fra skattemyndighetenes side øker sannsynligheten for at de også vil forsøke å anvende vedtatt veiledning retroaktivt.

Det er i dette henseende viktig å ta med i betraktning at internasjonale skattespørsmål er høyt på dagens politiske agenda, og at dette nok kan bidra til en viss holdningsendring hos myndighetene. Det omfattende arbeidet som gjøres gjennom BEPS, kan medføre at skattemyndigheter og domstoler får tilgang til nye anførsler og argumenter, samt økt motivasjon for å anvende disse ved bokettersyn og i rettsaker. Særlig på et lite regulert felt som internprising av immaterielle eiendeler kan det tenkes at skattemyndigheter og domstoler ikke vil være upåvirket av OECDs nye retningslinjer, gitt at de vedtas i 2016, i saker som angår ligningen for 2015 og tidligere.

### Rettspraksis og forholdet til OECDs retningslinjer

Det er begrenset med rettspraksis vedrørende internprising av immaterielle eiendeler, og i de tilfeller spørsmålet ikke tidligere er behandlet av en norsk domstol, synes det naturlig å tillegge OECDs retningslinjer mer vekt. Noe rettspraksis<sup>13,14</sup> finnes det imidlertid, og der et konkret

<sup>12</sup> Rt. 2001 s. 1265, Agip.

<sup>13</sup> Utv. 2007 s. 1440, Cyttec.

<sup>14</sup> Utv. 2013 s. 1012, Accenture.

spørsmål er behandlet av domstolene, vil det i dag være naturlig å vektlegge dette, særlig på grunn av retningslinjenes relativt sparsommelige behandling av immaterielle eiendeler i sitt nåværende kapittel VI.

Ved fravær av anvendelig norsk rettspraksis kan en nok argumentere for at relevant internasjonal rettspraksis kan tillegges vekt i Norge. For eksempel ble internasjonal rettspraksis vektlagt i Dell-dommen. Dette var ikke en internprisingsdom, men antakelig vil internasjonal rettspraksis på et relativt uregulert område som internprising av immaterielle eiendeler kunne tillegges en viss vekt etter norsk rett på tilsvarende måte som i Dell-dommen.

På den annen side skal det nok en del til før internasjonal rettspraksis ved motstrid vil vektlegges mer enn den nye, omfattende veiledningen når den trer i kraft som en del av OECDs retningslinjer. Et interessant spørsmål for fremtiden kan være hvordan en skal vektlegge de oppdaterte retningslinjene i forhold til eldre underrettspraksis ved motstrid.

## Delkonklusjon

Den nye veiledningen rundt internprising av immaterielle eiendeler vil antakelig få umiddelbar effekt gjennom sktl. § 13–1 når den vedtas av OECD, og vil nok måtte vektlegges i vesentlig grad da det er lite andre rettskilder på området. I det følgende vil vi redegjøre for veiledningens innhold og mulige konsekvenser.

## II. Definisjon

Hva som defineres som en immateriell eiendel for internprisingsformål, avgjør om den oppdaterte veiledningen i OECDs retningslinjer kapittel VI vil komme til anvendelse for et objekt eller en omstendighet, og er således et viktig avgrensnings-spørsmål.

OECD har valgt en bred definisjon av immaterielle eiendeler blant annet for å redusere sjansen for at verdifulle objekter eller omstendigheter faller utenfor definisjonen, og dermed vanskeligere vil kunne være gjenstand for prising for skatteformål.

Veiledningen definerer en immateriell eiendel som noe som oppfyller følgende tre kumulative vilkår:

1. Ikke en fysisk eller en finansiell eiendel
2. Kan eies eller kontrolleres for bruk i kommersiell virksomhet, og

3. Bruk eller overføring ville blitt kompensert mellom uavhengige parter i en sammenlignbar situasjon

Veiledningen drøfter om de ulike objektene og omstendighetene i figur 2 under er omfattet av definisjonen:

Figur 2: Definisjonens virkeområde

Immateriell eiendel	Potensielt immateriell eiendel	Ikke-immateriell eiendel
Patenter	Arbeidsstokk	Konsernsynergier
Knowhow og forretningshemmeligheter	Goodwill og verdi av fortsatt drift	Markeds-spesifikke forhold
Varemerker og merkenavn		
Lisenser, andre kontraktrettigheter og lignende begrensede rettigheter til immaterielle eiendeler		

Alminnelige immaterielle eiendeler som patenter, varemerker og knowhow omfattes av vilkårene i definisjonen, mens konsernsynergier og markeds-spesifikke karakteristika derimot normalt ikke kan eies eller kontrolleres i tilstrekkelig grad til å være omfattet av definisjonen. Konsekvensen av ikke å være omfattet av definisjonen er at et slikt objekt eller omstendighet ikke selv vil kunne være gjenstand for prising. Om nødvendig skal den i stedet tas hensyn til som en sammenlignbarhetsfaktor med betydning for sammenlignbarhetsanalysen ved prisingen av andre interne transaksjoner.

Merverdier knyttet til arbeidsstokken i et selskap vil ikke omfattes av definisjonen med unntak av i helt spesielle tilfeller. Det samme gjelder markeds-spesifikke forhold. Dersom det foreligger en goodwill med faktisk verdi, skal den etter veiledningen enten omfattes av definisjonen eller behandles som en sammenlignbarhetsfaktor avhengig av situasjonen. Etter vår oppfatning har det mest for seg at goodwill ikke omfattes av definisjonen i de tilfellene der den faktisk representerer uidentifiserbar restverdi.<sup>15</sup> Dette kan begrunnes med at goodwill da kan omfatte markeds-spesifikke forhold og arbeidsstokk, og siden veiledningen normalt ikke behandler disse som immaterielle eiendeler vil en selvmotsigelse kunne oppstå.

Når OECD identifiserer immaterielle eiendeler for internprisingsformål, fokuserer de på hva som ville vært avtalt mellom uavhengige parter i en sammenlignbar transaksjon. Den brede definisjonen er ment å gjelde uavhengig av ulike lands juridiske definisjoner innen andre rettsområder enn internprising, for eksempel innen regnskapsrett, patentrett og for alminnelige skatteformål. OECD påpeker at en internprisingsanalyse bør vurdere nøye om en immateriell eiendel eksisterer og om en immateriell eiendel har blitt brukt eller overført. Eksempelvis vil ikke kostnader til forskning og utvikling nødvendigvis skape en immateriell eiendel, eller øke verdien av denne, og alle markedsaktiviteter vil ikke skape eller forbedre en immateriell eiendel.

Eksistensen av juridisk, kontraktmessig eller annen form for beskyttelse er ikke en nødvendig betingelse for at en gjenstand kan karakteriseres som en immateriell eiendel, selv om det kan påvirke verdien og avkastningen av gjenstanden. Likeledes er ikke separat overførbarhet nødvendig for at en gjenstand faller inn under definisjonen.

Ved gjennomføringen av en internprisingsanalyse er det ifølge veiledningen viktig å identifisere relevante immaterielle eiendeler spesifikt. Vagt beskrevne eller udistensierte immaterielle eiendeler anses utilstrekkelige for dette formålet. Funksjonsanalysen skal identifisere de relevante immaterielle eiendelene, på hvilken måte de bidrar til å skape verdier i transaksjonene som analyseres og på hvilken måte de bidrar til verdiskapning for øvrige eiendeler i selskapet. Dette kan by på utfordringer i praksis da en del potensielle immaterielle eiendeler kan være vanskelige å identifisere.

## III. Rett til avkastning

Veiledningen drøfter hvordan avkastningen skal allokere når eierskapet til en immateriell eiendel helt eller delvis separeres fra aktiviteter relatert til utvikling, forbedring, vedlikehold, beskyttelse eller anvendelse av den immaterielle eiendelen. Denne delen av veiledningen er både viktig og kontroversiell siden den kan medføre en vesentlig endring av dagens praksis. For eksempel vil en royalty som i dag betales til et utenlandsk selskap som er formell eier av den immaterielle eiendelen, men ikke utfører viktige tilhørende funksjoner, antakelig måtte nedjusteres. På dette punktet er ikke veiledningen endelig,

<sup>15</sup> For øvrig slik den er definert i norsk regnskapsrett, jf. regnskapsloven § 5–7.

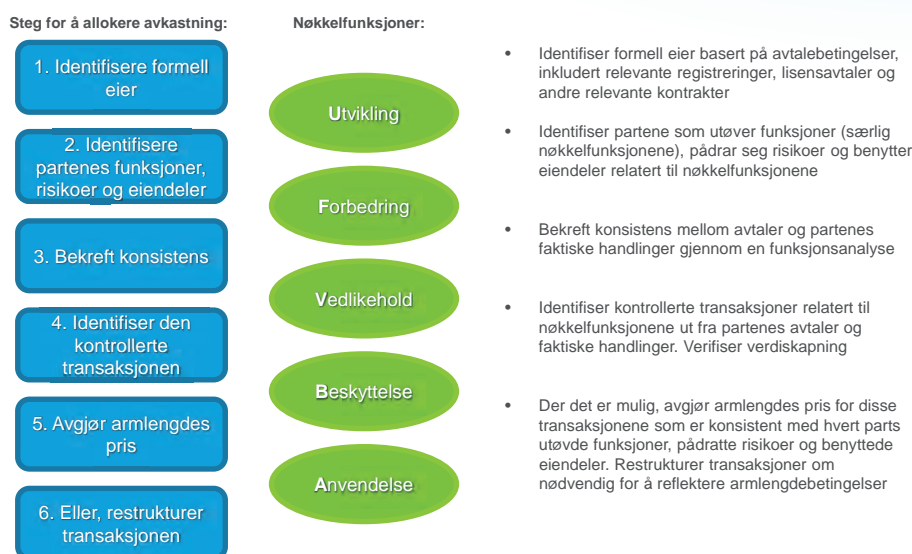
siden det her er sterk sammenheng med den pågående generelle oppdateringen av OECDs retningslinjer vedrørende risiko og kapital.

Som startpunkt for vurderingen bør betaling for bruk av en immateriell eiendel gjøres til den parten som har juridisk eierskap. Når en annen part har deltatt i aktiviteter som fører til utvikling, forbedring, vedlikehold, beskyttelse eller anvendelse av den immaterielle eiendelen, må det også vurderes om denne parten skal kompenseres gjennom en separat transaksjon som tar hensyn til den antatte markedsverdien av de utførte aktivitetene.

Veiledningen diskuterer problemstillingene knyttet til separasjon av eierskap fra aktivitet som fører til utvikling, forbedring, vedlikehold, beskyttelse eller anvendelse av immaterielle eiendeler, hvilken parts avkastning som skal testes og hvilken del av avkastningen som til slutt skal allokere til eieren og til de som gjennomfører disse aktivitetene. Konklusjonen synes å være at avkastningen bør være drevet av en funksjonsanalyse av de funksjonene som utføres, eiendeler som brukes og risikoer som pådras av alle medlemmene i konsernet, i henhold til kapittel I-III av OECDs retningslinjer. Den juridiske eieren vil ikke nødvendigvis ha krav på en andel av avkastningen. Hensikten er å redusere muligheten for lovlig overskuddsflytting ved bruk av immaterielle eiendeler, og vil antakelig effektivt redusere handlingsrommet for noen typer skatteplanlegging.

Figur 3 viser veiledningens seks steg for å allokere avkastning fra immaterielle eiendeler. Rammeverket synes teoretisk og vil antakelig være ressurskrevende å anvende i praksis. På den annen side indikerer veiledningen hvilke områder skattemyndighetene vil fokusere på i fremtidige bokettersyn.

Figur 3



Ved fastsettelsen av prisene anses noen viktige funksjoner å ha spesiell betydning for verdien av en immateriell eiendel, og inkluderer:

- Design og styring av forsknings- og markedsføringsprogrammer
- Etablering av retning og prioriteringer for kreative virksomheter
- Kontroll over strategiske beslutninger vedrørende utvikling av immaterielle eiendeler
- Styring og kontroll av budsjetter
- Viktige beslutninger om forsvar og beskyttelse av immaterielle eiendeler
- Pågående kvalitetskontroll over funksjoner som kan ha en vesentlig effekt på verdien av den immaterielle eiendelen

Mellom uavhengige parter kan flere av disse aktivitetene utføres av en annen part med spesialisert kunnskap, og følgelig benyttes til å dokumentere armlengdes pris. Internprisingspraktikere bør undersøke og identifisere aktiviteter av vesentlig betydning for sin virksomhets immaterielle eiendeler for å øke muligheten for å mønstre et effektivt forsvar av sin prising i et bokettersyn.

#### IV. Internprisingsmetoder

##### Valg av mest hensiktsmessig metode

OECDs retningslinjer gir anvisning på fem aksepterte metoder<sup>16</sup> for å teste om en kontrollert transaksjon kan anses å være i tråd med armlengdeprinsippet. Fire av disse metodene er ensidige, og i de fleste tilfellene er det disse som anvendes i dag. Det at en metode er ensidig, betyr at det er tilstrekkelig å teste en av partene i den kontrollerte transaksjonen for å kunne konkludere at den er gjennomført på armlengdes vilkår. Ofte gjennomføres testingen ved å lage en benchmark med et prisingsintervall ut fra observerte sammenlignbare transaksjoner mellom uavhengige parter. En av hovedgrunnene til at slike metoder i dag aksepteres er av hensyn til enkelhet og praktisk gjennomførbarhet, da en tosidig vurdering kan bli mer komplisert ved at en må ta hensyn til prisingsforhold hos både kjøper og selger, potensielt etter ulike lands reguleringer.

Profit split-metoden er ikke ensidig, da den søker å fordele overskudd i en transaksjon basert på en vurdering av flere parters bidrag. Ved valg av internprisingsmetode for immaterielle eiendeler, sannsynliggjør den nye veiledningen at profit split i flere situasjoner vil være å foretrekke, sammen med mer konvensjonell verdsettelsesmetodikk gjennom diskonterte kontantstrømsanalyser. Etter vår oppfatning vil dette særlig gjelde unike immaterielle eiendeler som etter sin art og innhold ikke enkelt kan sammenlignes med andre transaksjoner. Ved mangel på relevant sammenlignbar data vil en benchmark gjennom en ensidig metode være mindre egnet, og en vil kunne bli presset til å anvende profit split eller helt alminnelige verdsettelsesmetodikker.

Valget av den mest hensiktsmessige metoden for internprising bør etter veiledningen baseres på en funksjonsanalyse som gir en klar forståelse av konsernets globale forretningsprosesser og hvordan de immaterielle eiendelene samhandler med andre funksjoner, eiendeler og risikoer i den globale virksomheten. Funksjonsanalysen skal identifisere alle faktorer som bidrar til verdiskaping, inkludert hvem som bærer risiko, spesifikke egenskaper ved markedet, beliggenhet, forretningsstrategier og konsernsynergier. Dette vil antakelig medføre at det blir større fokus på konsernets prising som helhet, og ikke kun prisingen hos enkeltsekskapene.

<sup>16</sup> CUP (Comparable Uncontrolled Price), Resale minus, Cost plus, TNMM (Transactional Net Margin Method) og Profit split, jf. Retningslinjene kapittel II.

OECD påpeker videre at internprisingsmetoder som søker å anslå verdien av en immateriell eiendel basert på kostnaden ved utviklingen av den immaterielle eiendelen generelt ikke anbefales, på grunn av lav korrelasjon mellom kostnadene til utvikling og den senere verdien av den immaterielle eiendelen.

De unike funksjonene til den immaterielle eiendelen bør vurderes ved å gjennomføre en sammenlignbarhetsanalyse. Dette er spesielt viktig når CUP-metoden benyttes, men er også relevant når andre metoder avhengige av sammenlignbare transaksjoner anvendes. Hvis sammenlignbarhetsjusteringer representerer en stor andel av verdien av den immaterielle transaksjonen, vil justeringen inneholde større usikkerhet. Følgelig vil det være økt sannsynlighet for at transaksjonen ikke anses tilstrekkelig sammenlignbar til å kunne anvendes som en CUP. Spesielt for sjeldne og unike immaterielle eiendeler vil det være vanskelig å finne egnede sammenlignbare transaksjoner for bruk av CUP-metoden.

Videre advares det om at påliteligheten av ensidige internprisingsmetoder vil bli vesentlig redusert dersom parter som utfører en betydelig del av de viktige funksjonene behandles som testede parter i internprisingsanalysen. Hvis disse funksjonene ikke blir outsourcet mellom uavhengige parter, kan konsekvensen være at tilstrekkelig sammenlignbare transaksjoner ikke er mulige å finne.

Veiledningen konkluderer med at CUP- og profit split-metoden antakelig vil være best egnet ved prising av immaterielle eiendeler. I tillegg påpekes det at verdsettelsesteknikker kan være nyttige verktøy, og det settes en høy terskel for sammenlignbarhet, som sannsynligvis medfører at CUP-metoden vanskelig kan anvendes. Mulige unntak er der det nylig er gjennomført et sammenlignbart oppkjøp av en uavhengig part eller der det foreligger en passende intern CUP.

Dersom CUP normalt ikke kan anvendes, og de andre ensidige metodene heller ikke anses egnede, gjenstår kun profit split. Veiledningen antyder at profit split kan være den mest pålitelige metoden ved verdsettelse av egenutviklede immaterielle eiendeler. Forventningen til flere praktiskere er at bruk av profit split-metoden vil øke, og at myndighetene i økende grad vil utfordre bruk av ensidige metoder på transaksjoner knyttet til immaterielle eiendeler.

Dette kan underbygges videre ved at OECD i desember utga et høringsnotat<sup>17</sup> som spesifikt diskuterer bruk av profit split-metoder, og prising av immaterielle eiendeler et av hovedtemaene.

### *Realistiske handlingsalternativer*

I tillegg til utvidet veiledning vedrørende metodebruk og funksjonsanalyse skal realistiske handlingsalternativer for partene vurderes før en kan konkludere med at en transaksjon er gjennomført på armlengdes vilkår. Dette fremgår både av veiledningen til immaterielle eiendeler og det nye høringsnotatet<sup>18</sup> vedrørende risiko. Der som dette blir gjennomført som en del av OECDs retningslinjer, vil det nok medføre vesentlig merarbeid av for skattyterne, og det kan stilles spørsmål ved om en vurdering av en lang rekke hypotetiske realistiske alternativer for et konsern vil gjøre armlengdevurderingen mer treffsikker. Merk imidlertid at realistiske handlingsalternativer allerede implementert som en del av OECDs retningslinjer når det gjelder restruktureringer, jf. kapittel IX oppdatert i 2010.

### *Immaterielle eiendeler som er vanskelige å verdsette*

Enkelte lands skattemyndigheter har uttrykt bekymring for at noen immaterielle eiendeler er vanskelige å verdsette og teste ved hjelp av OECDs tradisjonelle metoder, enten fordi den immaterielle eiendelen er unik, og at en følgelig ikke kan finne sammenlignbare transaksjoner, eller fordi inntektsstrømmen som den immaterielle eiendelen anses å kunne generere, er svært usikker på transaksjonstidspunktet.

OECD åpner nå for bruk av alminnelige verdsettelsesteknikker for å anslå armlengdes pris i slike situasjoner der det er vanskelig å finne korrekt pris, herunder inntektsbaserte metoder som diskonterte kontantstrømmer. Ved anvendelse av slike verdsettelsesmetoder, er det viktig å vurdere forutsetningene som ligger til grunn for analysen. OECD tar ikke mål av seg å utarbeide en helhetlig veiledning for slike verdsettelse, men bemerker blant annet at følgende punkter spesielt bør vurderes:

- Nøyaktighet av økonomiske prognoser
- Forutsetninger for vekstrater
- Diskonteringsrente
- Brukstil for immaterielle eiendeler og terminalverdier

<sup>17</sup> BEPS-tiltak 8, 9 og 10: «Discussion draft in revisions to chapter 1 of the transfer pricing guidelines (including risk, recharacterization, and special measures».

<sup>18</sup> BEPS-tiltak 10: «Discussion draft on the use of profit splits in the context of global value chains».

- Forutsetninger vedrørende skatter
- Betalingsmåte

## V. Tilsidesettelse og endring av vilkår

Immaterielle eiendeler er ofte enkle å flytte over landegrenser og kan være vanskelige å identifisere og verdsette. På grunn av dette er det utfordrende for lovgivere og skattemyndigheter å motvirke overskuddsflytting med transaksjoner knyttet til immaterielle eiendeler. Derfor vurderer OECD gjennom BEPS spesielle tiltak, inkludert økt mulighet for tilsidesettelse og endring av transaksjoners vilkår.

Gjeldende retningslinjer tillater skattemyndighetene å sette til side og eventuelt endre vilkår i en kontrollert transaksjon kun i to *eksepsjonelle* tilfeller:<sup>19</sup>

1. Når den økonomiske substansen i transaksjonen er forskjellig fra sin form (substansunntaket), *eller*
2. Når vilkårene i transaksjonen i sin helhet skiller seg fra de som kunne blitt avtalt mellom kommersielt rasjonelle uavhengige parter, og selve strukturen hindrer skattemyndighetene å gjennomføre en hensiktsmessig prisfastsettelse (rasjonalitetsunntaket).

Ifølge ny veiledning skal kontrakter kunne brukes til å beskrive roller, ansvar og rettigheter mellom nærstående foretak, og tjene som et utgangspunkt for å identifisere og analysere kontrollerte transaksjoner knyttet til immaterielle eiendeler.

Imidlertid, hvis faktisk pådratt risiko og utøvde funksjoner som fører til utvikling, forbedring, vedlikehold, beskyttelse eller anvendelse av immaterielle eiendeler avviker fra det som følger av kontraktsforholdet, er det den faktiske situasjonen som skal være gjenstand for prising. Her synes OECD i økt grad å fokusere på partenes faktiske handlemåte.

Nytt høringsnotat vedrørende behandling av risiko, tilsidesettelse og spesielle tiltak har tilsvarende tilnærming.<sup>20</sup> Partenes faktiske handlemåte skal i utgangspunktet legges til grunn slik at eventuelle avvik i forhold til det som er avtalt medfører at avtalen må endres. I sin nåværende form kan dette anses å utvide retningslinjenes nåværende substansunntak.

<sup>19</sup> Retningslinjene punkt 1.65.

<sup>20</sup> BEPS-tiltak 8, 9 og 10: «Discussion draft in revisions to chapter 1 of the transfer pricing guidelines (including risk, recharacterization, and special measures».

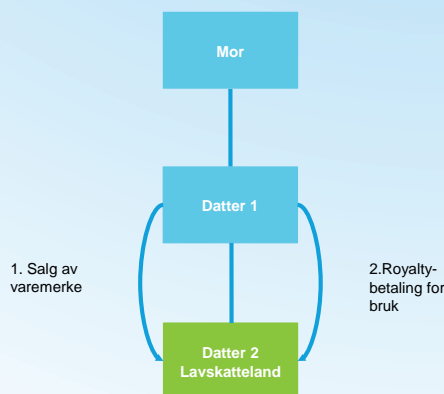
I tillegg synes høringsnotatet å legge opp til en potensielt vesentlig utvidelse av rasjonalitetsunntaket, som kan få store konsekvenser om det forblir uendret. Både substans- og rasjonalitetsunntaket i de nåværende retningslinjene skal kun anvendes i eksepsjonelle tilfeller, men det nye høringsnotatets diskusjon av grunnleggende økonomiske egenskaper og kommersiell rasjonalitet synes å legge opp til en utvidet adgang for myndighetene til å sette til side en transaksjon, og i stedet legge til grunn en transaksjon med endrede vilkår som antas å bedre reflektere armlengdeprinsippet.<sup>21</sup> Dette vil kunne øke sannsynligheten for dobbeltbeskatning, da en endring til antatte armlengdes vilkår i stedet for kun en endring av prisen, øker kompleksiteten i transaksjonen og kan medføre at det blir mer utfordrende for ulike lands skattemyndigheter å komme til enighet.

Et annet spørsmål er om eventuelle endringer i tråd med høringsnotatet vil medføre en endring i norsk rett. Ifølge «*Fornebudoktrinen*» kan det anføres at rasjonalitetsunntaket kan gjøres gjeldende uten at retningslinjenes vilkår om at selve strukturen hindrer skattemyndighetene å foreta en hensiktsmessig prisfastsettelse må være oppfylt.<sup>22,23</sup>

Trolig vil høringsnotatet vedtatt uendret likevel kunne medføre økt adgang til tilsidesettelse og endring av vilkår enn norsk rett tillater i dag, da det kan diskuteres om «*Fornebudoktrinen*» gir anledning til tilsidesettelse og endring av vilkår også i tilfeller som ikke anses eksepsjonelle etter OECDs retningslinjer. I et slikt tilfelle vil antakelig de nye retningslinjene anses styrende for når tilsidesettelse og endring av vilkår kan skje, gitt at norsk rettspraksis ikke utvikler seg i en annen retning.

Selv om dette høringsnotatet ikke spesifikt gjelder immaterielle eiendeler, er eksempelet<sup>24</sup> vedrørende tilsidesettelse og endring av vilkår i kjernen av diskusjonen rundt retten til avkastning av immaterielle eiendeler.

I eksempelet driver Mor og Datter 1 virksomhet i samme land og Datter 1 eier et verdifullt egenutviklet varemerke som det benytter ved salg av alle sine produkter. Datter 1 utøver vesentlige markedsfunksjoner for å vedlikeholde og forbedre varemerket, og selskapets strategi er helt avhengig av å kunne anvende dette varemerket.



Varemerket selges så til Datter 2 lokalisert i et lavskatteland for en engangssum på \$ 400 millioner, og Datter 1 får en lisens som det gir det rett til en anvende varemerket mot en årlig royaltybetaling. Datter 1 avtaler med Datter 2 å utøve vesentlige markedsfunksjoner relatert til vedlikehold og forbedring av varemerket. Datter 2 har flere ansatte som er egnet til å styre og følge opp anvendelsen av varemerket og \$ 10 millioner i kostnader. Imidlertid har ikke Datter 2 selv muligheten til å anvende varemerket siden hovedvirksomheten skjer i Datter 1. Intensjonen er at skattebesparelsen gjennom fradrag for royaltybetalingene hos Datter 1 vil overstige ekstrakostnadene gjennom økt administrasjon og antall ansatte i Datter 2.

Basert på disse fakta konkluderer OECD med at transaksjonen mangler grunnleggende økonomiske egenskaper som uavhengige parter ville benyttet, hovedsakelig på grunn av:

1. Transaksjonen hverken beskytter eller forbedrer den kommersielle eller finansielle situasjonen til Datter 1 eller Datter 2,
2. Konsernets totale kostnader før skatt har økt, og
3. Det realistiske alternativet for Datter 1 – å ikke gjennomføre salget – synes mer forretningsmessig fornuftig, da varemerket er svært sentralt for virksomheten.

Dette resulterer ifølge OECD i at salget av varemerket må tilsidesettes for internprisingsformål, slik at Datter 1 og Datter 2

skattlegges som om salget ikke hadde funnet sted.

OECD synes gjennom sitt eksempel å tydeliggjøre en hensikt om å redusere mulighetene for overskuddsflytting gjennom immaterielle eiendeler, og de ønsker derfor å gi skattemyndigheter økt anledning til å angripe selve transaksjonen eller strukturen i stedet for kun selve internprisingen.

Dersom dette trer i kraft uendret, vil det kunne få stor betydning for hvordan transaksjoner ved utflytting av immaterielle eiendeler vurderes skattemessig. Merk at dette eksempelet foreløpig kun er en del av et høringsnotat, og antakelig vil bli gjenstand for mye diskusjon i tiden fremover.

## Konklusjon

OECD har tatt på seg den vanskelige oppgaven å oppdatere veiledningen for internprising av immaterielle eiendeler i et BEPS-perspektiv. Selv om deler av veiledningen ikke er endelig, er retningen rimelig klar – juridisk eierskap av en immateriell eiendel alene skal ikke medføre at eieren har krav på betydelig avkastning fra den immaterielle eiendelen. Dette vil antakelig innebære at inntekter i større grad enn i dag tilordnes og beskattes i de landene hvor den immaterielle eiendelen utvikles, og at handlingsrommet for skattemessig overskuddsflytting ved bruk av immaterielle eiendeler, reduseres.

Videre synes OECD å legge til rette for økt bruk av profit split og mer konvensjonelle verdsettelsesteknikker for å estimere pris på transaksjoner med immaterielle eiendeler som en ikke kan finne igjen blant uavhengige parter.

OECD foreslår å øke muligheten for tilsidesettelse av og endring av vilkår i en transaksjon som ikke er i tråd med nærmere definerte grunnleggende økonomiske egenskaper. Dette har i sterkere grad blitt foreslått i det nye høringsnotat vedrørende risiko, tilsidesettelse og spesielle tiltak.

Den kommende veiledningen vil etter vår oppfatning kunne få betydelig innvirkning på dagens internprisingspraksis. Særlig internasjonale konserner med vesentlige interne transaksjoner knyttet til immaterielle eiendeler bør vurdere å gjennomgå kontrakter og strukturer, samt følge nøye med på den videre utviklingen.

21 BEPS-tiltak 8, 9 og 10: «Discussion draft in revisions to chapter 1 of the transfer pricing guidelines (including risk, recharacterization, and special measures)», punkt 83–93.

22 Rt. 1940 s. 598, Fornebu.

23 Bullen, Andreas, «Arm's Length Transaction Structures: Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing», s. 521–523

24 BEPS-tiltak 8, 9 og 10: «Discussion draft in revisions to chapter 1 of the transfer pricing guidelines (including risk, recharacterization, and special measures)», punkt 90–91.